

XXV ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI - BRASÍLIA/DF

DIREITO PENAL E CONSTITUIÇÃO

CAMILA CARDOSO DE MELLO PRANDO

MÁRCIO RICARDO STAFFEN

DIAULAS COSTA RIBEIRO

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 Napolini 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

D598

Direito penal e constituição [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UnB/UCB/IDP/ UDF;

Coordenadores: Camila Cardoso De Mello Prando, Diaulas Costa Ribeiro, Márcio Ricardo Staffen – Florianópolis: CONPEDI, 2016.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-168-5

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

Tema: DIREITO E DESIGUALDADES: Diagnósticos e Perspectivas para um Brasil Justo.

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Encontros. 2. Direito Penal. 3. Constituição.
I. Encontro Nacional do CONPEDI (25. : 2016 : Brasília, DF).

CDU: 34



CONPEDI

Conselho Nacional de Pesquisa
e Pós-Graduação em Direito

Florianópolis – Santa Catarina – SC
www.conpedi.org.br

XXV ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI - BRASÍLIA/DF

DIREITO PENAL E CONSTITUIÇÃO

Apresentação

As articulações teóricas entre Direito Penal e Democracia permitem avançar nas discussões da Dogmática Penal, da Criminologia e do Direito Penal. Neste livro, perspectivas diversas de análise contribuem para pensar as experiências punitivas contemporâneas.

A sociedade da globalização, da revolução tecnológica, da desterritorialização do Estado, do fenecimento das estruturas tradicionais do constitucionalismo, do reposicionamento do Direito Penal, desvela um tempo de grandes mudanças e transformações, as quais atingem espaços jurídicos, políticos, econômicos e até culturais. Surgem, então, novos direitos, novos atores sociais e novas demandas, as quais reclamam novas formas de equacionamento e proteção de bens juridicamente considerados relevantes.

Intacto neste processo não restou o ordenamento jurídico. Afinal, o ordenamento jurídico não será relevante a menos que a lei (em sentido amplo) seja capaz de produzir efeitos na sociedade. Destaque-se não tão-somente a impotência jurídica como causa deste inadimplemento, some-se neste quadro os vultos impeditivos e/ou promocionais decorrentes de condições nacionais, regionais, internacionais, tecnológicas, sociais e, especialmente, econômicas.

Parte dos textos enfrentaram as dinâmicas atuais do sistema de justiça criminal e as violações de direitos no sistema democrático. Luciana Correa Souza faz uma revisão bibliográfica apontando para a realização das funções de seletividade e reprodução social do sistema penal legitimado pelas promessas de segurança jurídica da Dogmática Penal. Edyleno Italo Santos Andrade e Daniela Carvalho Almeida da Costa descrevem a tendência de administrativização do direito penal e sua consequente violação dos princípios limitadores constitucionais penais. Lenice Kelner discute o processo de expansão do encarceramento e as violações sistemáticas de direitos dos presos. Bruna Nogueira Almeida Ratke e Celia Camelo de Souza, desde uma pesquisa empírica, revelam a ineficácia do direito à educação no sistema prisional frente às regras internas de segurança e à precária estrutura material dos estabelecimentos. Ezilda Claudia de Melo, por fim, problematiza os efeitos da espetacularização midiática nas decisões do Tribunal do Juri.

O modo como o regime de gênero afeta o funcionamento do sistema de justiça criminal e, por consequência, obstaculiza a realização democrática, também foi abordado sob perspectivas

diversas. Mariana Faria Filardi e Maria Rosineide da Silva Costa exploraram as possibilidades alternativas à pena de prisão como forma de resposta mais adequadas aos crimes de violência doméstica contextualizados pela Lei 11.340/2006. Mayara Aparecida da Silva discutiu as previsões legais e doutrinárias e sua compatibilidade constitucional em relação ao não reconhecimento do marido como sujeito ativo do crime de estupro. E, por fim, Vitor Amaral Medrado e Nayara Rodrigues Medrado apontaram as incompatibilidades, desde uma macroanálise, entre as demandas punitivistas do movimento feminista e a realização de igualdade.

Fernando Martins Maria Sobrinho e Fábio André Guaragni assinalam a necessidade de que o Direito Penal Econômico dialogue e receba insumos interdisciplinares, especialmente, de critérios provenientes da atividade empresarial e do primado da função social da empresa, para além da visão restrita de máxima lucratividade.

Em linhas similares, o artigo “A construção do Direito Penal Ambiental e seu conflito no ordenamento jurídico brasileiro”, de autoria de Maurício Perin Dambros e Patrícia de Lima Félix, ao retomar o debate sobre bens jurídicos relevantes e o intuito protecionista do ambiente, defende um constante e perene diálogo do Direito Ambiental com o Direito Penal e com Direito Administrativo.

A proposta de Luiz Eduardo Dias Cardoso, em seu artigo, verte a importância da aproximação do Direito com a Economia, sob o viés da Análise Econômica do Direito. Para tanto, em termos específicos, clama pela relevância de aferição da efetividade aos crimes tributários à luz da Análise Econômica do Direito no Brasil. Assim, busca o autor verificar a hipótese de que a repressão aos crimes fiscais no Brasil é ineficiente, sobretudo em decorrência do mau aparelhamento do aparato repressivo estatal, conforme critérios fixados por Gary Becker.

Fábio Augusto Tamborlin insere questionamentos sobre a função do Direito Penal em cenários globalizados e orientados por uma sociedade de risco. Nestes termos, coloca o Direito Penal diante de uma das mais complexas situações de atuação, isto é, a passagem do Direito Penal para além das fronteiras nacionais.

No texto “Breves reflexões acerca do princípio do bis in idem e o Direito Ambiental”, a autora, Larissa Gabriela Cruz Botelho, retoma o estudo das convergências e divergências da teórica clássica do Direito Penal em relação aos preceitos de proteção ambiental. Para tanto, busca insumos na apreciação dada à problemática pela Corte Constitucional espanhola e seus reflexos na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

O artigo de Andreza do Socorro Pantoja de Oliveira Smith, destina uma crítica contundente à lei brasileira de combate ao tráfico de seres humanos, ao tempo que tal dispositivo aborda a prostituição no Brasil uma vez que este é o único propósito previsto pela legislação nacional, o que dificulta não só a real compreensão das diversas formas existentes de exploração, mas também as respostas adequadas por Estado.

No texto “O Patriot Act americano nas visões de Hannah Arendt e Giorgio Agamben: o direito penal do inimigo como remontagem do homo sacer”, os autores retomam a pauta da criminalização do terror e das novas fronteiras da persecução penal por “razões de Estado”, importando em progressiva mitigação de Direitos Humanos e garantias processuais pelos atos pós-11 de setembro de 2001.

A proteção penal do patrimônio cultural e da paisagem demonstra, na visão das autoras, que não se tutela apenas aqueles mas, sobretudo o liame subjetivo que os conecta com o ser humano, garantindo identidade e pertencimento ao meio, pretendendo responder qual o fundamento jurídico para a impossibilidade de se aplicar o princípio da insignificância e garantir solidariedade intergeracional na proteção do patrimônio cultural material e da paisagem na tutela penal brasileira.

Márcio de Almeida Farias, introduz uma posição crítica em relação à responsabilidade penal da pessoa jurídica em crimes ambientais e a necessidade de uma lei geral de adaptação, para tanto, conclui com a síntese da necessidade de ampla reestruturação dogmática do direito penal e processual penal para dar guarida às pessoas jurídicas.

Fabíola de Jesus Pereira e Andreia Alves de Almeida analisam a eficácia da colaboração premiada no combate à corrupção e o efeito dominó na operação Lava Jato, tema de grande atualidade e relevância na maior operação de combate à corrupção já realizada no Brasil.

Nelson Eduardo Ribeiro Machado argui a inconstitucionalidade do art. 28 da Lei nº 11.343/2006, que pune o porte de drogas para uso próprio, concluindo que a não criminalização do porte de drogas para consumo próprio quantificando um valor para a posse de pequena quantidade, bem como medidas alternativas à criminalização, de cunho administrativo, devem ser adotadas, tais como a possibilidade de tratamento do usuário, medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo, conforme prescrito no art. 28 da Lei nº 11.343/06, inciso III. Enfim, deve haver um esforço conjunto entre Poder público e sociedade em prol do enfrentamento do problema.

Alberto Jorge Correia de Barros Lima e Nathália Ribeiro Leite Silva apresentam uma análise dogmática dos mandamentos constitucionais criminalizadores e dos princípios constitucionais penais. Colocando em foco os princípios constitucionais penais e os mandamentos constitucionais criminalizadores, os autores concluíram que se deve ter em mente que, sendo os primeiros originários do Estado Liberal, e os segundos decorrentes do Estado Social, tal qual o Estado Democrático de Direito em que vivemos hoje deve constituir uma síntese e superação desses seus dois antecessores, também é preciso que, ao se estudar o Direito Penal Constitucional, leve-se em conta que tanto os princípios como os mandamentos desempenham papel de relevância no Direito Penal hodierno, e que entre eles deve haver a necessária correlação para que coexistam a fim de consagrar um Direito Penal mínimo e eficiente, que faça jus ao avanço das sociedades, enquanto democráticas.

Gerson Faustino Rosa e Gisele Mendes de Carvalho indagam se o casamento ainda é um bem jurídico penal ante o princípio da intervenção mínima do Direito Penal. A pergunta é respondida desafiando o crime de bigamia. Quanto ao casamento como bem jurídico específico, concluem os autores que, por óbvio, também deve-se, não somente dispensar, mas evitar a intervenção da ingerência penal, a qual decorre de um tempo em que não se admitia o divórcio, onde as pessoas uniam-se para a eternidade, onde criminalizava-se o adultério e outros fatos que hoje inexistem, especialmente em face da evolução cultural e legislativa, trazida pela nova Constituição, que revolucionou o Direito de Família.

Fernando Andrade Fernandes e Leonardo Simões Agapito trataram da hermenêutica midiática e das distorções dos critérios de atribuição de responsabilidade criminal. Frente às análises realizadas ao longo do texto, compreendem que a progressiva redução das garantias processuais e violação das liberdades individuais pela ultra exposição de fatos sigilosos do processo, à margem de conceitos normativos e critérios técnicos, sem a crítica necessária às instituições judiciárias e desprendido de qualquer autorreflexão, acabam por gerar uma distorção dos fatos, por consequência, do próprio direito penal e suas categorias, pensadas justamente como um contrapeso à intervenção punitiva sem controles.

Ana Clara Montenegro Fonseca e Vinícius Leão de Castro analisaram o impacto dogmático das chamadas circunstâncias concomitantes na formação do conceito finalista de culpabilidade normativa pura e seu confronto com a moderna perspectiva funcional-sistêmica. Após um detido enfrentamento do tema, os autores concluem que o funcionalismo normativo-sistêmico e, conseqüentemente, sua concepção de culpabilidade-, com seu método exageradamente normativista, não é bem-vindo vez que não limita a intervenção punitiva do Estado – pelo contrário, possibilita a sua maximização. Ademais, é esse modelo funcional incompatível com o ordenamento pátrio, que se funda na teoria finalista.

Diego José Dias Mendes tratou da não punibilidade do excesso na legítima defesa e as possíveis repercussões para a valoração da agressão lícitamente precipitada pela vítima. Após comparar sistemas jurídicos que já superaram a questão, o autor concluiu que se hoje a mera proposta de explicação do comportamento criminoso à luz de atitudes da vítima já causa escândalo na sociedade, isto ocorre porque se trata de forma de pensar (técnica de neutralização) que de fato – segundo demonstra a vitimologia crítica – mobiliza comportamentos criminosos; conceber que dê azo também à impunidade não soa de modo algum sequer suportável à luz das finalidades preventivas e da necessária formalização do direito penal.

Halyny Mendes Guimarães analisou o efeito irradiante do princípio da presunção de não culpabilidade na esfera administrativa das corporações militares estaduais, concluindo que as previsões contidas nos estatutos das Corporações Militares devem estar ajustados a esse princípio constitucional.

André Eduardo Detzel e Aline Martinez Hinterlang de Barros Detzel trataram da superação das vedações dogmáticas para a responsabilização penal da pessoa jurídica, apresentando reflexões sobre o modelo construtivista de autorresponsabilidade. Os autores chegaram à conclusão de que a principal crítica feita ao modelo construtivista de autorresponsabilidade penal dos entes coletivos é que ele apresentaria imperfeições teóricas que o assimilariam ao conceito clássico de imprudência. Mas resumiram, por fim, que é possível, apesar das críticas, concluir que o modelo construtivista de autorresponsabilidade contempla fundamentos necessários para investigar, denunciar, processar e condenar uma pessoa jurídica pela prática de um crime ambiental, isto é, é possível assegurar a vigência do artigo 225, § 3º, da Constituição Federal.

À guisa de conclusão, o Grupo de Trabalho de Direito Penal e Constituição cumpriu às inteiras o seu objetivo, reunindo os excelentes artigos que agora são disponibilizados nesta publicação.

Profa. Dra. Camila Cardoso de Mello Prando (UNB)

Prof. Dr. Diaulas Costa Ribeiro (UCB)

Prof. Dr. Márcio Ricardo Staffen (IMED)

Coordenadores

AS (FALSAS) PROMESSAS DA DOGMÁTICA PENAL THE FALSE PROMISES OF CRIMINAL DOGMATIC

Luciana Correa Souza ¹

Resumo

O presente artigo pretende analisar a Dogmática Penal, bem como suas funções, enquanto paradigma de Ciência Penal na modernidade. A fim de alcançar o objetivo proposto, inicialmente, será examinada a construção do saber dogmática penal, momento em que serão apresentados os seus objetivos e funções. Em um segundo momento da pesquisa, analisar-se-á as teorias do delito e as teorias da pena, em especial, as teorias justificacionistas do poder punitivo. Ao final, pretende-se compreender em que medida o saber dogmático cumpre as suas funções que lhe foram atribuídas, bem como, em que medida são cumpridas as funções reais e não declaradas.

Palavras-chave: Dogmática penal, Poder punitivo, Funções

Abstract/Resumen/Résumé

This article aims to analyze the Criminal Dogmatic and its functions, as paradigm of Criminal Science in modernity. In order to achieve the proposed objective, initially, the construction of knowledge criminal dogmatic, at which its objectives and functions will be presented will be examined. In a second phase of the research will be to analyze the theories of the crime and the theories of punishment. At the end, we intend to understand to what extent the knowledge dogmatic fulfills its functions assigned to it, and to what extent the real and not declared functions are fulfilled.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Criminal dogmatic, Punitive power, Functions

¹ Mestranda pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Pará. Bolsista da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (CAPES). Advogada.

1. INTRODUÇÃO

A dogmática penal surge a partir do século XIX, na Europa continental, proveniente de duas grandes matrizes, o iluminismo liberal e o tecnicismo jurídico, sendo que sua consolidação se desenvolveu em paralelo ao paradigma etiológico da criminologia, que até então se firmava como hegemônico no campo da ciência penal.

A dogmática penal se afirma como a ciência penal e, enquanto ciência destina seu objeto de estudo ao direito penal positivo, que possui como tarefa metódica a construção de um sistema de conceitos criados a partir da interpretação da norma positivada, segundo procedimentos próprios, cujo fim destina-se à aplicação do direito, através de suas funções de racionalização do poder punitivo e de efetivação da segurança jurídica.

Pretende-se, nesse artigo, então analisar a Dogmática Penal, em especial, suas funções, enquanto paradigma de Ciência Penal na modernidade. A fim de alcançar o objetivo ora proposto, esse artigo será desenvolvido a partir do método dedutivo, sendo que o exame da questão ora proposta partirá de uma teoria-crítica, uma vez que se analisará a sistematização da dogmática jurídico-penal a partir de fontes secundárias, sendo estas, essencialmente, bibliográficas – livros, artigos, periódicos, revistas – dentre outras.

No âmbito dos aspectos metodológicos, inicialmente, serão examinadas a dogmática penal, enquanto paradigma da modernidade, e suas funções a partir da análise de sua autoimagem. Feitas tais considerações, serão analisadas, no segundo tópico, as teorias do delito, momento em que serão examinadas as críticas internas ao saber dogmático. Posteriormente, pretende-se analisar as teorias da pena, especificamente, as teorias que legitimam o poder punitivo. E, por fim, no último tópico desse artigo, verificar-se-á em que medida são cumpridas as funções atribuídas ao saber dogmático, bem como será examinada relação existente entre os discursos de poder e o discurso dogmático.

A partir do presente estudo será possível responder ao questionamento que norteia essa pesquisa: O saber dogmático jurídico penal cumpre suas funções atribuídas? Concluindo, assim, pelo déficit no cumprimento das funções de racionalizar o poder punitivo e promoção da segurança jurídica, oficialmente, atribuídas ao saber dogmático.

2. DOGMÁTICA PENAL: O PARADIGMA DA MODERNIDADE

A Dogmática Penal ou Dogmática Jurídico-Penal surge como um dos paradigmas¹ científicos da modernidade a partir do século XIX, no contexto da Europa continental, permanecendo até hoje em vigor, tendo sido recepcionada no Brasil nas primeiras décadas do século XX.

Inicialmente, convém destacar que o “paradigma dogmático não é uma peculiaridade da Ciência Penal, mas referido a um modelo geral de Ciência Jurídica” (ANDRADE, 2015, p. 47), o qual se materializou em diversos desdobramentos de dogmáticas jurídicas parciais entre as quais a dogmática jurídico-penal. No que se refere à autoimagem da dogmática jurídica:

[...], ela se identifica como a ideia de Ciência do Direito que, tendo por objeto o Direito Positivo vigente em um dado tempo e espaço e por tarefa metódica (imane) a “construção” de um “sistema” de conceitos elaborados a partir da “interpretação” do material normativo segundo procedimento intelectuais (lógico-formais) de coerência interna tem por função ser útil a vida, isto é, à aplicação do Direito. (ANDRADE, 2015, p. 48)

Verifica-se partir da autoimagem da dogmática jurídica o seu caráter juspositivista e, embora a dogmática penal vá ter autonomia e identidade própria, conforme se verá adiante, há uma relação de dependência significativa em relação ao paradigma da dogmática jurídica, em especial, no que concerne ao apego juspositivista.

O iluminismo liberal – matriz mediata – e o tecnicismo jurídico – matriz imediata – constituem marcos significativo para a construção dogmática jurídico-penal. Ressalta-se que a consolidação da dogmática penal, durante a transição do século XIX para o XX, ocorre em paralelo ao surgimento e consolidação do paradigma etiológico da Criminologia, que a época se mostrava hegemônica no campo da Ciência Penal.

Conforme expõe Andrade (2015), o iluminismo constitui matriz mediata na construção da Dogmática Penal, uma vez que demarca o projeto penal moderno como promessa de racionalização do poder punitivo do Estado, garantindo, portanto, os direitos individuais do acusado. Assim sendo, o Direito Penal, sob essa ótica, consistiria em um instrumento garantidor de direitos.

Por seu turno, o tecnicismo jurídico constitui a matriz imediata da dogmática penal, o qual embora possua raízes na doutrina alemã, só passa a ter caráter de Escola Técnico-Jurídica na Itália com Arturo Rocco. As raízes do tecnicismo jurídico surgem ainda na Ciência Penal alemã, sendo que a primeira construção oficial acerca da dogmática penal é atribuída a Karl

¹ “um paradigma científico é aquilo que os membros de uma comunidade científica partilham. E, inversamente, uma comunidade científica consiste em homens que partilham um paradigma” (KUHN apud ANDRADE, 2015, p. 31)

Binding, o qual é apontado como o “primeiro grande representante do positivismo jurídico que se caracterizou pela pretensão de construir uma Ciência do Direito Penal positivo, especificamente jurídica e liberada de influências jusnaturalistas e sociológicas.” (ANDRADE, 2015, p. 96), sendo que esse positivismo jurídico que se desenvolve na Alemanha com Binding, que mais adiante vai originar na Itália o tecnicismo jurídico-penal.

Arturo Rocco foi responsável sistematizar de forma significativa o tecnicismo jurídico. Rocco desenvolve seu pensamento a partir de um contexto de crise na Ciência Penal Italiana a qual até então não havia delimitado seu horizonte. Em resposta a crise da Ciência Penal, Rocco trilhou o caminho do positivismo jurídico e do paradigma dogmático da Ciência Jurídica, além de delimitar como objeto de investigação da Ciência Penal, “o estudo exclusivo do direito penal e, de acordo com seus meios do único direito penal que existe como dado da experiência, ou seja, o direito positivo.” (ROCCO apud ANDRADE, 2015, p. 89).

2.1. AS FUNÇÕES² ATRIBUÍDAS³ À DOGMÁTICA JURÍDICO-PENAL

A partir da análise da autoimagem da dogmática penal é possível verificar quais as funções oficialmente atribuídas ao saber dogmático, bem como qual o objeto, método e função da ciência do Direito Penal. A dogmática penal, no que diz respeito a sua autoimagem, pode ser compreendida como:

[...] Ciência do “dever ser” que tem por objeto o Direito Penal positivo vigente em dado tempo e espaço e por tarefa metódica (técnico-jurídica, de natureza lógico-abstrata) a “construção” de um “sistema” de conceitos elaborados a partir da “interpretação” do material normativo, segundo procedimentos intelectuais de coerência interna, tendo por finalidade ser útil à vida, isto é, à aplicação do Direito. (ANDRADE, 2015, p. 123)

Desse modo, o fim útil da dogmática penal refere-se tanto a administração da justiça, quanto a efetivação da segurança jurídica. O discurso dogmático objetiva afastar a

² Convém destacar a diferenciação de Hassemer e Muñoz Conde (1989) no que concerne aos termos missão e função, Os citados autores afirmam que numa linguagem jurídica tradicional o termo função seria entendido como as consequências queridas ou desejadas de uma coisa, sendo nesse sentido equiparados ao de meta ou missão. Ao passo que no âmbito da linguagem sociológica, função seria a soma das consequências objetivas de uma coisa. De acordo com Hassemer e Muñoz Conde (1989) essa segunda acepção deveria também ser empregada ao Direito Penal para denominar as consequências não desejadas, porém reais do sistema, sendo que o termo missão ou meta para denominar as consequências queridas e buscadas pelo sistema. Nesse artigo optou-se por não se filiar a essa distinção, distinguindo as funções reais das funções atribuídas a Dogmática Penal e aos instrumentos dela decorrentes.

³ Quanto à utilização de “funções atribuídas, considera-se tal terminologia mais adequada em detrimento a “funções declaradas” utilizada por Andrade (2015), no entanto, utilizar-se-á ao longo desse artigo os termos de maneira sinônima a fim de designar as funções que são atribuídas ao saber dogmático jurídico penal.

irracionalidade do poder punitivo estatal, essa constitui a primeira grande promessa da dogmática jurídico-penal, denominada de função instrumental/racionalizadora do poder punitivo que a dogmática penal, em tese.

A partir da racionalização do poder punitivo através do discurso dogmático, seria possível, então, impor limites ao arbítrio estatal de modo que se garantam os direitos fundamentais do indivíduo. Nesse mesmo sentido compreende Fragoso (apud ANDRADE, 2015, p. 127) que afirma que: “A Dogmática Jurídica é a Ciência da norma jurídica, que visa ao seu conhecimento sistemático, para permitir a aplicação igualitária e justa do Direito.”.

Portanto, dogmática jurídico penal consiste em uma ciência sistemática e prática a serviço da administração racional da justiça penal, que tem como consequências lógicas a produção de segurança jurídica e a “justiça” nas decisões judiciais. De acordo com Andrade (2015) no que se refere à dogmática jurídica penal e suas funções:

A dogmática afirma-se, portanto, desde sua gênese histórica, como uma Ciência sistemática e eminentemente prática ao serviço de uma administração racional da justiça penal que teria como subproduto a segurança jurídica e a justiça das decisões judiciais. Podemos demarcar, pois, no discurso dogmático, uma função declarada e oficialmente perseguida que denominaremos de função instrumental racionalizadora/garantidora. Ela guarda, a rigor, duas dimensões que, embora umbilicalmente ligadas, podem ser analiticamente distinguidas. É que a dimensão orientadora, preparadora, programadora, ou prescritiva das decisões judiciais penais, nela contida, implica uma contribuição técnica do paradigma (interpretativa e conceitual) no reconhecimento da juridicidade e na decisão dos conflitos criminais, isto é, à operacionalidade decisória. Mas intrinsecamente conectada a esta dimensão técnica encontra-se uma base humanista que, ideologicamente vinculada à exigência de garantia dos Direitos Humanos individuais, confere àquela dimensão técnica um compromisso intrínseco com a gestação de decisões igualitárias, seguras e, além disso, justas. (ANDRADE, 2015, p. 123)

Dessa maneira, em um contexto de Estado de Direito, a dogmática penal surge com a promessa de racionalizar o poder punitivo estatal, como reação contra o arbítrio da antiga justiça penal. Percebe-se, nesse ponto, que o discurso dogmático também busca a sua própria justificação com a função de instrumentalização racionalizadora/garantidora. Além da função racionalizadora/garantidora da dogmática Penal, a segunda grande promessa da dogmática refere-se a segurança jurídica. A função atribuída de promover a segurança jurídica está enraizada no discurso dogmático na teoria do crime/delito, o que será mais bem analisada no tópico seguinte.

Andrade (2015) compreende que a dogmática penal funcionaria como uma instância comunicacional entre as normas penais em abstrato e a aplicação da norma em concreto nas decisões judiciais, de tal modo que a segurança jurídica seria garantida a partir do elo

comunicacional promovido pela dogmática penal que gera a conversão das decisões programáticas do legislador nas decisões programadas do juiz.

Nesse diapasão, a dogmática penal a partir da construção da teoria do crime/delito forneceria os limites de interpretação possíveis no que tange à aplicação da lei penal em uma relação fato-crime e não em torno da pessoa do autor, portanto, “a arquitetônica conceitual do crime corresponde assim a um secular esforço da dogmática na construção das categorias que demarquem os parâmetros objetivos e subjetivos para a imputação da responsabilidade no processo penal.” (ANDRADE, 2015, p. 132).

3. TEORIA DO DELITO: CRÍTICA INTERNA AO SABER DOGMÁTICO

No âmbito da sistemática do saber dogmático, conforme exposto anteriormente, a teoria do delito é fundamental para fornecer parâmetros objetivos e subjetivos ao juiz, no que concerne a responsabilização penal. Desse modo, resta evidente, a importância da construção da teoria do delito para consolidação da dogmática jurídico penal enquanto ciência. No que concerne ao conceito e a instrumentalidade da teoria do delito:

A teoria do delito (ou a teoria do crime ou teoria do fato punível) ocupa-se dos pressupostos gerais – formais e materiais – que devem concorrer para que um determinado comportamento humano possa ensejar a aplicação de uma sanção penal (pena ou medida de segurança). Estudá-la é estudar as categorias sistemáticas de tipicidade, ilicitude e culpabilidade, bem assim os conceitos e institutos que lhes são inerentes. [...] A dogmática trata, pois, de subministrar critérios racionais e legítimos (pretensamente) de imputação (objetiva e subjetiva) e responsabilização penal. (QUEIROZ, 2013, p. 165)

Consoante se depreende do conceito acima transcrito, a teoria do delito é um saber sistematizado que objetiva delimitar critérios para a responsabilização penal, de modo tal que a imputação penal se dê de modo racional, garantindo, assim, a segurança jurídica prometida pela dogmática penal.

No plano da teoria do crime se desenvolveu de acordo com Andrade (2015), a crítica interna a dogmática, em razão da revisão sucessiva do conteúdo do sistema do delito. De acordo com a autora são três grandes matrizes do sistema do crime: a) Positivismo naturalista; b) Neokantismo valorativo; c) Finalismo.

Para a teoria natural da ação (causalista ou naturalista), que teve como expoentes Von Liszt e Ernst Beling, a vontade humana era compreendida em dois aspectos distintos, uma parte externa e outra interna, o âmbito externo, de natureza objetiva, corresponderia ao

processo causal de ação do ser humano, enquanto que o interno, de caráter subjetivo, diz respeito ao conteúdo final da ação.

Ressalta-se que a noção de tipicidade só foi inserida na teoria por Beling em 1906 a partir da introdução da teoria do tipo, para o autor tipicidade diz respeito à adequação da conduta (positiva ou negativa) do agente ao preceito legal. Portanto, a tipicidade e a antijuridicidade são requisitos de caráter objetivo, sendo que no aspecto da culpabilidade verificam-se as circunstâncias subjetivas do delito, tais como dolo e culpa.

A primeira revisão crítica do sistema proposto causalista foi inspirada nos pressupostos da filosofia neokantiana, com a crítica de Radbruch (1904) em razão da impossibilidade de o conceito causal de ação fundamentar inteiramente uma teoria do crime, principalmente no que concerne a distinção da teoria causalista entre objetivo e subjetivo. O citado autor ressaltou a impossibilidade de reduzir os conceitos de ação e omissão a um único fator, visto que a ação necessita de um movimento corporal, ao passo que a omissão é a negação da ação.

A partir do neokantismo, vislumbrou-se a culpabilidade não mais em uma relação psicológica subjetiva tal como propunha o naturalismo, mas, sim como um problema valorativo. De acordo com Zaffaroni e outros:

[...] a culpabilidade precisava de incorporar algum critério objetivo, porque a concepção que a restringia a um liame psicológico entre o sujeito e o delito não podia abarcar a culpa inconsciente (sem representação do resultado lesivo). Tratou-se, então, de substituir a concepção anterior por um critério valorativo (teoria normativa da culpabilidade, entendida como reprovabilidade). (ZAFFARONI et al., 2010, p. 32)

Vê-se, portanto, que neokantismo não rechaçou inteiramente a teoria causalista, mas tão somente introduziu correções nela.

Hans Welzel – que teceu fortes críticas a teoria naturalista, em razão de esta preocupar-se tão somente com o resultado prático da conduta. – com base nas concepções filosóficas de Honigswald e Nikolai Hartmann, criou a teoria finalista da ação no final da década de 1920.

A teoria finalista da ação foi especialmente desenvolvida na Alemanha em reação ao dogma naturalista, visando romper com estrutura positivista de Kant que ainda vigorava na época, trazendo para o Direito Penal uma estrutura nova que se baseava em valores de caráter ontológicos e axiológicos.

Tal teoria ganhou força na Alemanha moderna pós-guerra, pois desapegava do positivismo estatal que vigorava no regime nazista, prestigiando a finalidade como elemento essencial para formação da conduta, de acordo com o Welzel a conduta é o binômio ação ou omissão mais sua finalidade. A teoria finalista proposta por Welzel não se preocupa tão somente com o elemento subjetivo do dolo, ou seja, com a vontade de praticar o conteúdo da norma, ela atenta também para a necessidade de se analisar a culpa do indivíduo, visto que somente após a análise do conteúdo da vontade do indivíduo é possível determinar qual o tipo penal que se amolda aquela conduta.

Portanto, verifica-se no finalismo que a ação humana é proveniente do exercício da vontade consciente para alcançar determinado fim (finalidade) e não fruto do causalismo. Welzel desloca o dolo, bem como a culpa, da culpabilidade para a tipicidade. Desse modo, a tipicidade no âmbito da teoria finalista passa a possuir um caráter valorativo, autônomo em relação à antijuridicidade, sendo que, essa, por seu turno passa a figurar como um juízo valorativo (objetivo).

A partir dos anos 60, Roxin e Jakobs desenvolveram suas teorias funcionalistas em oposição a abstração e o ontologismo da teoria finalista, os quais embora se afastem por diversas vezes de Welzel, reconhecem em sua teoria o seu ponto de partida. Aduzem Zaffaroni e outros (2010, p. 36) que o funcionalismo se comprometia com “os conceitos jurídico-penais com os objetivos políticos da criminalização primária ou do sistema penal como um todo, renunciando a deduzir tais conceitos da natureza ou de estruturas ônticas.”.

O funcionalismo de Roxin é visto como funcionalismo teleológico/moderado, o autor desenvolve sua teoria propondo a superação da dualidade existente entre o direito penal e a política criminal, retomando as ideias do neokantismo, todavia substituindo as normas de cultura de Mayer, que o autor considera imprecisa, pela orientação política criminal segundo a teoria dos fins da pena. De modo sintético, Zaffaroni e outros (2010) destacam duas características próprias da teoria de Roxin:

- a) A mais notória reside em sua teoria da imputação no tipo objetivo [...], na qual o autor vai afirmar que nas três sistemáticas antecedentes, o tipo objetivo se reduz à mera causalidade, propondo uma correção que lhe agrega o requisito da *produção ou incremento de um risco não permitido dentro do âmbito tutelar da norma*; [...] b) A culpabilidade, como indeclinável condição de qualquer pena, passa a integrar a categoria mais ampla da *responsabilidade*, que requer também a necessidade preventiva (geral e especial) da sanção penal [...]. (ZAFFARONI et al., 2011, p. 36/37).

Já no que diz respeito ao funcionalismo sistêmico de Jakobs, de acordo com Zaffaroni e outros:

Jakobs não apenas nega a teoria das estruturas lógico-objetivas, mas também propõe exatamente o contrário, ou seja, uma radical normatização de toda a dogmática. [...] A consequência sistemática de sua elaboração é a nítida separação quanto à construção do objeto da culpabilidade e da própria culpabilidade, fundada em que o primeiro consiste numa imputação objetiva baseada no risco desaprovado e em sua realização (que inclui o aspecto cognoscitivo do dolo) e a segunda se representa numa imputação subjetiva (onde se situa o aspecto conotativo do dolo). (ZAFFARONI et al., 2011, p. 37)

Ao longo do exposto verificou-se a importância da construção das teorias do delito, no âmbito dogmático jurídico-penal, ao que tange ao cumprimento de suas funções, quais sejam, a de racionalização do poder punitivo e de promoção de segurança jurídica. Ademais, conforme exposto inicialmente, a partir das sucessivas revisões de teóricas de uma teoria em relação à outra é possível vislumbrar as críticas internas dos próprios autores dogmáticos em relação à dogmática jurídico-penal.

4. TEORIAS DA PENA: AS TEORIAS LEGITIMADORAS DO PODER PUNITIVO

Consoante compreendem Zaffaroni e outros (2010), a pena delimita o horizonte de projeção do Direito Penal, contudo delimitar os contornos conceituais a pena é problemático, o conceito de pena está longe de ser dotado de certa precisão, o termo pena tem origem no vocábulo latino *poena*, o qual por sua vez é oriundo da voz grega *poné* que corresponde a vingança. Entre outras significações que foram dadas ao termo pena em diferentes culturas ao longo da história. A falta de clareza da etimologia da pena, de acordo com os autores é o começo das dificuldades “que causa a pena como delimitadora do saber jurídico-penal” (ZAFFARONI et al., 2010, p. 91)

As teorias da pena objetivam solucionar o problema justificação da pena, para Ferrajoli (2002) esse talvez seja o problema clássico da filosofia do direito, o autor questiona em que se baseia o direito de punir, e se existem quais as razões que tornam justo ou justificável ou ao menos moralmente aceitável à violência ilegal representada pelo delito se agregue aquela segunda violência legal que é a pena.

Para o problema de justificação, o citado autor afirma que ao longo da história tiveram duas respostas: a) justificacionistas (respostas positivas): as teorias justificacionistas justificam os custos do Direito penal com objetivos razões ou funções moralmente ou

socialmente irrenunciáveis; b) abolicionistas (respostas negativas): as teorias abolicionistas não reconhecem nenhum tipo de justificação alguma para o direito penal e visam sua eliminação, diferenciando-se entre si em relação aos motivos.

Assim, para estabelecer o conceito de pena e justificá-la, foram criadas diversas teorias que conferem a pena funções distintas, sendo que a aceitação de qualquer uma dessas teorias implica em diferentes horizontes de projeção da pena, bem como compreensões diversas acerca do Direito Penal.

É imperioso diferenciar duas grandes categorias ou tipologias de justificação do Direito Penal e da pena: teorias justificacionistas absolutas e teorias justificacionistas relativas. Para teorias absolutas – também denominadas retribucionistas – a pena possui um fim em si mesma, fim esse de retribuição, de castigo, de reação à conduta descrita na lei como delito. Ao passo que para as teorias relativas – utilitaristas – a pena não possui um fim ou valor em si mesma, mas sim um meio ou um custo para se alcançar determinado fim utilitário, que pode consistir, de modo geral, em prevenir ou evitar delitos futuros.

As teorias absolutas fundam-se na premissa de que é justo devolver ou retribuir um mal com outro mal qual seja a pena. Essa ideia esteve presente na base dos ordenamentos jurídicos primitivos (vingança de sangue), tendo sido abandonada pelo utilitarismo ilustrado, entretanto retomada no século XIX a partir das doutrinas kantianas - a pena como retribuição ética – e hegelianas – a pena como retribuição jurídica.

Na visão Kantiana, a pena se justificaria em virtude de consistir em uma retribuição ética ao desvalor moral do delito, a exigência da pena derivaria da própria ideia de justiça, sendo que para Hegel, a pena se justifica por ser uma retribuição jurídica necessária para restabelecimento da ordem jurídica violada, que também equivale a uma legitimação moral das penas. Verifica-se, portanto, uma clara confusão entre o direito e a moral nessas teorias.

Na raiz destas teorias está a crença mágico-religiosa ou cristã-moderna de que há um vínculo necessário entre culpa e castigo, no qual o fim da pena é restauração da ordem violada ou purificação do delito mediante o castigo ou, ainda, reparar o mal através da pena.

Cabe ressaltar as reflexões de Hassemer e Muñoz Conde (1989), no que se refere às teorias absolutas. De acordo com os autores, as matizes da negação do delito e a realização da justiça como fins da pena se aproximam das modernas teorias funcionalistas, em especial, com a teoria da prevenção geral positiva, uma vez que a realização da justiça pela pena se vincula aos fins sociais. Bem como as finalidades atribuídas a pena, legitimam o Estado moderno – e o seu poder punitivo – a buscar o bem-estar geral.

Ainda no que diz respeito ao pensamento de Hassemer e Munõz Conde (1989) as teorias relativas são as que mais se adéquam com os tempos atuais ao contrário das absolutas, as quais para os citados autores negam a própria condição humana. E, atualmente, são dominantes tanto na prática jurídica quanto na teoria, pois se adaptam ao paradigma moderno da prevenção de delitos.

Ferrajoli (2002) denomina as teorias relativas como teorias utilitaristas da pena, consoante expõe o autor, a doutrina utilitarista pressupõe a pena como meio para tutela dos cidadãos. O Direito Penal, sob viés utilitarista, deve ser desenvolvido para produzir o maior grau felicidade, uma vez que a finalidade da lei não é outra que não produzir a maior felicidade dos cidadãos.

Conforme destaca Ferrajoli (2002) o utilitarismo é pressuposto necessário, todavia, não é suficiente, no plano teórico, para fundar um sistema de garantias penais, uma vez que no utilitarismo há uma ambivalência entre o objetivo da máxima segurança e a mínima aflição, a doutrina utilitarista, poderia dar margem a dois extremos. Na visão do citado autor, existe uma primeira versão do utilitarismo de natureza autoritária que se liga ao direito penal máximo, “que é aquela *ex parti principis*, quer refira-se a ele, realisticamente, à utilidade dos governantes [...] quer, ao invés, diga respeito, idealmente, a utilidade do Estado, concebido como sujeito político autônomo e acima da sociedade.” (FERRAJOLI, 2002, p.210, grifo do autor).

De outra banda, o utilitarismo *ex parti populi* que tem sua origem no contratualismo e no iluminismo, tem como viés o bem-estar e utilidade não mais dos governantes, mas sim dos governados, contudo, conforme compreende Ferrajoli (2002) até mesmo essa espécie do utilitarismo é ambivalente.

Para o supracitado autor, a combinação entre prevenção geral ou especial, que dizem respeito aos destinatários da prevenção, e as prevenções negativas ou positivas, que se relacionam com a natureza das prestações de acordo com seus destinatários, é possível advir quatro tipo de doutrinas relativas ou utilitaristas: a) prevenção especial positiva ou da correção; b) prevenção especial negativa; c) prevenção geral positiva ou da integração; d) prevenção geral negativa. Feitas tais considerações, passa-se a análise de cada uma das teorias relativas ora apresentadas.

As doutrinas da prevenção geral positiva atribuem à pena a função de integração social. Para essas teorias, o Direito Penal se justifica porque, através da imposição da pena, a confiança da sociedade nas instituições é restaurada, renovando-se, portanto, a fidelidade dos cidadãos ao Estado.

Um dos defensores da prevenção geral positiva é Hassemer, na concepção do autor, sendo o Direito Penal uma parte do controle social, ele deve ser caracterizado pela possibilidade de formalização. Para ele a sanção seria uma ação aplicada em virtude da lesão à norma e com uma finalidade: a estabilização da norma. Nesse sentido afirma o autor, em tradução livre: “A especificidade que caracteriza o Direito Penal e ao mesmo tempo o justifica é a sua capacidade de formalização: a proteção de interesses humanos elementares ante as agressões do infrator da norma, solucionando o conflito” (HASSEMER e MUÑOZ CONDE, 1989, p. 162)

Desse modo, a pena seria uma parte deste sistema que busca afirmar e assegurar as normas fundamentais de uma determinada sociedade, possuindo a tarefa de desenvolver a confiança do povo nas normas corretas, bem como construir uma consciência de normas.

Na visão de Hassemer e Muñoz Conde (1989), a teoria da prevenção geral positiva não é de modo algum uma determinação absoluta dos fins da pena, pois exige do Direito Penal e da pena a persecução e a realização das metas – e não funções. Ainda de acordo com os autores, as missões da pena na teoria da prevenção geral positiva não são separáveis das missões do Direito Penal, uma vez que dela derivam, sendo que a pena só é justificada quando se mantêm dentro do controle formalizado.

Há, de acordo com Zaffaroni e outros (2013), não um efeito de intimidação “e sim como valor simbólico produtor de consenso, e, portanto, *reforçador de sua confiança no sistema social em geral (e no sistema penal em particular)*” (ZAFFARONI et al., 2013, p. 121 – grifo do autor).

Ainda na visão do autor, o que ocorre é que “essa teoria conduz à legitimação dos operadores políticos que falseiam a realidade e os operadores de comunicação que os assistem, desde que a população seja levada acreditar nessa falsa realidade (...)” (ZAFFARONI et al., 2013, p. 123). Ao discorrer acerca da função da prevenção geral positiva, Zaffaroni e outros (2013) afirmam que no plano teórico a comunicação funciona como um símbolo para manter a confiança no sistema, sendo que no aspecto da realidade social a partir do momento em que há disseminação da sensação de insegurança, a fim de que a opinião pública exija não apenas o aumento da repressão criminal, mas também o aumento do poder de atuação das agências executivas.

Outrossim, no que tange a prevenção geral negativa, Zaffaroni e outros (2013) compreendem que sua versão pura pretende obter a partir da pena a dissuasão daqueles que não delinquiram, entretanto, podem sentir-se tentados a fazê-lo. Para Ferrajoli (2002) as doutrinas da prevenção geral negativa dispõem que o direito penal e as penas justificam-se

por sua função de prevenir delitos através da intimidação exercida pela pena sobre a generalidade dos indivíduos, ou seja, sobre toda a coletividade.

As doutrinas da prevenção geral negativa podem ser subdivididas, de acordo com o tipo de intimidação que a pena exerce. As doutrinas da intimidação podem se fundamentar na no exemplo da imposição da pena no caso concreto, ou seja, pela aplicação da pena através de uma sentença condenatória⁴ e doutrinas da intimidação mediante a ameaça da pena contida na lei⁵, ou seja, através da pena cominada (pena *in abstracto*).

Cumprir ressaltar que as doutrinas da prevenção geral negativa ao pautarem-se na eficácia dissuasória da pena mediante o exemplo da condenação, utiliza-se a pessoa do condenado como um meio para alcançar um fim, o fim da prevenção de delitos futuros. Entretanto, tal opção é indicada como imoral por Kant, pois segundo o autor nenhuma pessoa pode ser utilizada como meio para obtenção de fins que lhe são alheios, ainda que esses sejam sociáveis e louváveis.

Ademais, ressalta-se que de acordo com Zaffaroni e outros (2011) no plano da realidade social, o argumento dissuasório estaria destinado a cumprir-se sempre sobre certa massa da população, aqueles indivíduos mais vulneráveis no seio social, e estaria sempre referidos a tipos específicos de delitos que essas pessoas tendem a cometer, tais como os delitos contra o patrimônio. O efeito dissuasório da pena, na concepção do autor não projeta sua função de dissuadir aqueles que praticam crimes de colarinho branco, crimes movidos pelo fanatismo religioso, entre outros. Sendo que, a consequência desse modelo teórico no plano político é adoção de penas cada vez mais graves até que se chegue a pena de morte para todos os delitos, uma vez que não é possível a dissuasão total dos delitos.

No que concerne à prevenção especial, essa apresenta duas finalidades para pena, as quais não se excluem e podem concorrer paralelamente dependendo da personalidade do agente, se corrigível ou incorrigível: a) positiva de reeducação do réu; b) negativa de eliminação ou neutralização

As teorias da prevenção especial da pena dizem respeito não ao crime, mas ao réu, objetivando não a prevenção de futuros delitos e sim a correção dos desviantes a partir de suas técnicas ou ainda, a exclusão ou neutralização do apenado do seio social em que se insere.

No plano teórico, de acordo com Zaffaroni (2013), tal teoria parte do pressuposto que a pena na verdade é um bem para quem a sofre, desse modo, legitima-se o poder punitivo atribuindo-lhe a função positiva de melhoramento do próprio infrator. Contudo, sabe-se que,

⁴ Tais doutrinas foram defendidas por Grócio, Hobbes, Locke, Beccaria, Filangieri e Bentham.

⁵ Cita-se como expoente de tais doutrinas por Feuerbach, Romagnosi e Schopenhauer.

em verdade, o processo de criminalização secundária causa mais efeitos perversos ao indivíduo criminalizado, e mais ainda ao prisonizado, do que benefícios, se é que existem benefícios.

Ademais, dentre as críticas de Zaffaroni e outros (2013, p.127) ao modelo legitimador por ele denominado de “*ideologias re*: ressocialização, reeducação, reinserção, repersonalização, reindividualização e reincorporação”. Embora, atualmente, deslegitimadas em face dos dados provenientes da ciência social, tais ideologias ainda são sustentadas a fim de que não ocorra um retribucionismo irracional da pena em relação ao delito.

Não obstante a deslegitimação, a função da pena enquanto instrumento de ressocialização, é irrealizável, pois a pena não tem capacidade corretiva ou educativa em relação ao apenado, sendo que a prisão constitui na verdade, um ambiente criminógeno que incita à prática delitiva. Isso porque, conforme assevera Ferrajoli (2002), repressão e educação são incompatíveis, conforme destaca o autor:

[...] repressão e educação são definitivamente incompatíveis, como são a privação de liberdade e a liberdade mesma, que constitui a substância e o pressuposto da educação, de maneira que a única coisa que se pode pretender do cárcere é que seja o menos repressivo possível e, por conseguinte, o menos dessocializador e deseducador possível. (FERRAJOLI, 2002, p.)

Por seu turno, para as teorias da prevenção especial negativa, a pena não serve como instrumento para melhorar o indivíduo criminalizado, mas sim para “neutralizar os efeitos da inferioridade, à custa de um mal para pessoa, que ao mesmo tempo é um bem para o corpo social.” (ZAFFARONI et al., 2013, p. 127). De acordo com Zaffaroni e outros (2013), essa teoria não se manifesta de forma exclusiva, porém em combinação com a anterior, em face do fracasso das “*ideologias re*”, recorre-se a neutralização e eliminação do réu, contudo, as “*ideologias re*” sempre fracassam.

Diante de todo o exposto, uma vez verificada a falibilidade das funções atribuídas a pena frente às funções reais da pena compreendem Zaffaroni e outros (2013, p. 98, grifo nosso) que “não se transpõe esse atoleiro com uma nova teoria punitiva, mas sim apelando para **uma teoria negativa ou agnóstica da pena**”.

Portanto, para os autores é necessário que diante do fracasso das teorias as teorias positivas (por serem falsas ou não-generalizáveis) surja uma teoria negativa da pena como horizonte de projeção do Direito Penal, “adotando-se uma teoria negativa, é possível delimitar o horizonte do Direito penal sem que seu recorte acabe por provocar a legitimação de estados de polícia.” (ZAFFARONI et al., 2013, p.98)

Contudo, é imperioso que se recorra a um conceito de pena que não apele para as suas funções manifestas, bem como não possível valer-se das funções reais da pena. Zaffaroni e outros (2013, p.98, grifo do autor) vão afirmar que “o adequado seria *procurar o conceito de pena delimitador do universo do direito penal por um caminho diverso de suas funções*”, uma vez não são conhecidas todas as funções as funções reais da pena, bem como se sabe que todas as teorias positivas são falsas ou não-generalizáveis.

Zaffaroni e outros partem, então, de referências ônticas para definir o conceito de pena, a partir dessas referências pode-se construir um conceito de pena levando em consideração que “a pena é uma coerção, que impõe uma privação de direitos ou uma dor, mas não repara nem restitui, nem tampouco detém as lesões em curso ou neutraliza perigos iminentes.” (ZAFFARONI et al., 2013, p.99).

Na visão dos autores, conceitua-se pena “como um exercício de poder que não tem função reparadora ou restitutiva nem é coerção administrativa direta.” (ZAFFARONI et al., 2013, p.99). Trata-se de conceito negativo de pena por duas razões, primeiro não atribui a pena função positiva e é obtido por exclusão. Ademais, é agnóstico em relação a sua função, uma vez que confessa não conhecê-la.

Convém destacar as considerações de Barreto (2000, p. 179) no que concerne ao conceito de pena, para o autor não se trata de um conceito jurídico, mas sim político, senão vejamos: “O Conceito de pena não é um conceito jurídico, mas político. Este ponto é capital. O defeito das teorias usuais na matéria consiste justamente no erro ao considerar a pena como uma consequência do direito, logicamente fundamentada”.

Assim sendo, não há no mundo jurídico um fundamento para a pena, o conceito de pena é um conceito produzido, de maneira artificial, por diferentes teorias que objetivam legitimar o poder punitivo. O conceito de pena não pode ser oriundo de nenhum discurso legitimante, nem tampouco pode ser produto de uma construção legislativa. A única explicação para pena é que ela é uma manifestação de poder.

5. AS FALSAS PROMESSAS DA DOGMÁTICA PENAL

Diante do exposto ao longo desse artigo, no qual foi traçado, de modo breve, um panorama acerca a matriz teórica da dogmática jurídico penal e acerca das teorias de legitimação, dividida em teoria do delito e teoria da pena, é possível responder ao questionamento proposto inicialmente, em que medida o saber dogmático jurídico penal cumpre suas funções atribuídas? Bem como refletir acerca da relação existente entre o saber dogmático e os discursos de poder no âmbito do processo de criminalização primária.

Ao longo da presente pesquisa, concluiu-se que na verdade, há um déficit em relação às funções declaradas/atribuídas a dogmática penal, ao passo em que, verifica-se, que há o cumprimento excessivo de outras funções não atribuídas ao paradigma dogmático, sendo que as funções reais não são tão somente distintas das oficialmente declaradas, mas opostas àquilo que o saber dogmático objetiva buscar.

Conforme compreendem Zaffaroni e outros, a dogmática jurídica “estabelece limites e constrói conceitos, possibilita uma aplicação do direito penal segura e previsível e subtrai essa aplicação da irracionalidade, da arbitrariedade e da improvisação.” (ZAFFARONI et al., 2011, p. 155). Contudo, a função de promover a segurança jurídica não é satisfeita com uma mera previsibilidade das decisões, há de ser ter em mente que a segurança jurídica não é segurança da reposta. A dogmática jurídica não cumpriu até hoje – e nem cumprirá da forma como atualmente se estrutura enquanto saber científico – com a promessa de racionalização do poder punitivo, de modo tal que concedesse segurança jurídica e a igualdade nas decisões penais.

Há um expressivo déficit na produção da segurança jurídica pela racionalização do poder punitivo através do saber punitivo *versus* o excesso de seletividade e descontrole punitivo que o sistema penal reproduz utilizando-se do discurso eficientista que pode ser legitimado por diversas teorias legitimadoras do poder punitivo.

Desse modo, no plano da realidade social, a dogmática ao longo da história cumpriu uma função instrumental oposta à oficialmente atribuída e uma função simbólica de produção de segurança jurídica. O discurso dogmático não apenas não cumpriu com suas promessas, como legitimou ao longo da história discursos punitivos que prometeu combater.

Sabe-se que, historicamente, o saber dogmático foi utilizado com o objetivo de racionalizar o discurso punitivo do Estado em dado momento histórico, uma vez que o poder punitivo sempre tende a expansão e necessita de limites claros e bem definitivos. Atualmente, a dogmática propõe racionalizar o poder punitivo em nome da proteção dos Direitos Humanos e da segurança jurídica exigida pelo Estado de Direito. Todavia, esse mesmo controle que utilizado pelo poder punitivo para a sua operacionalização e legitimação, é o mesmo que ele utiliza para operar seletivamente e violar, sistematicamente, os Direitos Humanos de determinado grupo de indivíduos selecionados pelo sistema. Consoante destaca Zaffaroni (Inimigo, p. 189) “o direito penal sempre justificou e legitimou – com maior ou menor amplitude e prudência (ou imprudência) – o tratamento de algumas pessoas como inimigos.”.

O saber dogmático tem legitimado esse tratamento diferenciado aos inimigos ou estranhos, e isso “está atingindo o Estado de direito concreto, real ou histórico e, ao mesmo

tempo, está invadindo o princípio diretor do Estado de direito, porque toda racionalização doutrinária nesse sentido implica uma quebra do instrumento orientador da função política do direito penal” (ZAFFARONI, 2011, p. 190).

O que se vê é que o saber dogmático, o qual surge com a grande promessa de racionalização do poder punitivo e ganha força em um contexto de Estado Democrático de Direito, está, na verdade, legitimando a irracionalidade poder punitivo, que viola direitos humanos e volta-se para o controle social das classes marginalizadas.

Desse modo o direito penal serve para reproduzir e manter a hegemonia do discurso de dominação sobre as classes marginalizadas, promovendo a sua criminalização mascarada sob o discurso da igualdade e da neutralidade de um Estado imparcial.

Por de trás dos excessos do poder punitivo, há, ainda, outro discurso que não o acadêmico, o qual influi diretamente no processo de criminalização primário e secundário⁶, o discurso punitivista proveniente das massas. Esse discurso ideológico que prega o embate entre o bem x mal, cidadão x inimigo, vítima x criminoso é, em grande medida, disseminado pelas campanhas de “lei e ordem” veiculadas pela mídia, que projeta a exclusão do criminoso como indivíduo perigoso, o que faz com que no senso comum sejam disseminados os modelos de repressão criminal pautados no Estado de Polícia.

Nesse contexto, ganha força o discurso do populismo penal, o qual se vale do senso comum para buscar o apoio popular em relação a medidas que aumentam o rigor penal, penas mais severas, maior repressão, entre outros aspectos que, de modo geral, levam sempre a expansão do poder punitivo em face dos direitos e garantias do acusado e/ou apenado, como se o Direito Penal fosse à solução para o problema da criminalidade enfrentado no Brasil.

O hiperpunitivismo é a marca do atual modelo político criminal brasileiro, que cada vez mais incorpora as irracionalidades do discurso populista punitivista, o que faz com que não apenas não se enfrente e muito menos se discuta as causas reais do aumento da criminalidade e da violência no Brasil nos últimos anos. Assim sendo, no Brasil, o Direito Penal, bem como a pena em si, passaram a cumprir de forma excessiva suas funções latentes,

⁶ Acerca dos processos de criminalização:

Criminalização primária é o ato e o efeito de sancionar uma lei penal material que incrimina ou permite a punição de certas pessoas. (...) Em geral, são as agências políticas (parlamentos, executivos) que exercem a criminalização primária, ao passo que o programa por elas estabelecido deve ser realizado pelas agências de criminalização secundária (policiais, promotores, advogados, juízes, agentes penitenciários). (...) a criminalização secundária é a ação punitiva exercida sobre pessoas concretas, que acontece quando as agências policiais detectam uma pessoa que supõe-se tenha praticado certo ato criminalizado primariamente. (ZAFFARONI et al., 2013, p. 43)

entre elas própria seletividade do sistema penal que diante do descontrole punitivo se torna mais expressiva.

O discurso punitivista do populismo penal pode ser levado a cabo por diversos agentes, opinião pública, policiais, políticos, entre agentes, contudo, os meios de comunicação se sobressaem na propagação do discurso do populismo penal.

Nesse cenário, a mídia atua como um grupo de pressão, que de modo progressivo e com regularidade, desencadeia legislações no âmbito penal, em face do elevado potencial de alcance e de mobilização que consegue alcançar:

[...] o aparelho midiático pode, sistematicamente, distorcer quantitativamente e qualitativamente notícias criminais, superdimensionando-as sobre outros temas através de maior volume e extensão que, somados aos exageros da narrativa, projetarão a uma imagem delitiva que não coincide com a realidade, restando por acarretar na percepção de que a violência está se expandindo no meio social [...] (ALMEIDA, 2013, p. 236):

A autora afirma que a postura midiática possui também um alto potencial de repercutir no campo político, “pois os candidatos se sentem compelidos a incluir os reclames punitivistas destas opiniões pública e publicada na sua pauta eleitoral a fim de não cair em ‘[...] desprestígio midiático ou em impopularidade, como também ativar a clamada produção legislativa em matéria criminal no escopo de obter o respaldo eleitoral com tranquilização simbólica da coletividade.” (ALMEIDA, 2013, p. 240/241).

Em virtude do discurso punitivista, disseminado pelos meios de comunicação, cada vez está mais forte no imaginário popular a necessidade de aumento da repressão criminal contra aqueles tidos como inimigos. Há um claro nexos entre as escolhas legislativas e o discurso midiático. No Brasil a elaboração normativa tem se pautado cada vez mais nesses discursos para aumentar a repressão criminal.

Muito embora o discurso populista punitivista seja irracional e sem fundamento de base empírica, é possível, perfeitamente, justificá-lo com base nas teorias legitimadoras Direito. Em face da ineficácia da política criminal, recorre-se, então, ao Direito Penal como forma prevenir e reprimir delitos, em que, constantemente, as garantias do criminoso são relativizadas a fim de oferecer a população uma resposta mais rápida e eficaz ao crime, que é a condenação, ou seja, a exclusão do indivíduo da sociedade para que não mais represente um perigo ao bem-estar geral da sociedade.

Nesse contexto, em que os discursos das massas ganham destaque, o saber dogmático passa a exercer uma função simbólica, em que a dogmática se encontra distante do plano da realidade social, de acordo com Andrade (2015, p.313) “[...] vivemos o império da

insegurança jurídica “com” uma dogmática penal simbólica que segue ancorada numa visão idealizada (ideologizada) do funcionamento do Direito Penal, na premissa de sua legitimidade e ilusão de segurança jurídica.”.

Por fim, é necessário que a dogmática jurídico penal abandone seu isolamento, e passe a vislumbrar cognoscitivamente a realidade social, bem como promova um diálogo interdisciplinar e problematize suas próprias premissas. Nesse aspecto, é imperioso que o saber dogmático faça uso do saber criminológico, pois, o saber normativo, deve sempre ser acompanhado do saber empírico.

Desse modo, a resposta para o problema das funções da dogmática jurídico-penal só será possível quando não houver mais embate entre a criminologia crítica e o saber dogmático, um não pode negar ao outro, pois há muitos pontos de contato entre esses dois saberes. Em verdade, a criminologia, com seu saber empírico, e a dogmática penal, como seu saber teórico, devem caminhar juntas, para que se instaure um novo modelo integrado de ciência penal.

6. CONCLUSÃO

Ao longo da presente artigo pretende-se analisar a Dogmática Penal e sua sistematização das teorias do delito e teorias da pena que legitimam o poder punitivo, com especial destaque para as funções atribuídas a dogmática jurídico-penal, quais sejam, a de racionalização do poder punitivo e de fornecer segurança jurídica.

Para atingir o objetivo ora proposto, examinei, inicialmente, examinei a dogmática jurídico-penal, enquanto paradigma da modernidade, a partir de sua autoimagem, momento em que se vislumbrou quais as suas funções atribuídas, a racionalização do poder punitivo e a segurança jurídica. Posteriormente, partiu-se para análise das teorias do delito, especificamente, positivismo naturalista, neokantismo valorativo, finalismo – as três grandes matrizes do sistema do crime – e, por fim, o funcionalismo, momento em que se vislumbrou a crítica interna ao saber dogmático.

Feitas tais considerações, analisou-se as teorias da pena legitimadoras do poder punitivo à luz de Ferrajoli (2002) e Zaffaroni e outros (2010), em que se concluiu que as teorias da pena são falhas e fruto de um conceito jurídico artificial da pena. E, por fim, verificou-se em que medida são cumpridas as funções atribuídas ao saber dogmático, bem como foi analisada a relação existente entre os discursos de poder proveniente das massas e o discurso dogmático-jurídico.

Ao final dessa pesquisa, conclui-se que o saber dogmático não cumpriu com as suas promessas, verifica-se que no Brasil há um déficit em relação ao cumprimento das funções declaradas/atribuídas a dogmática penal. Ao passo em que, de outra banda, vê-se que há o cumprimento excessivo de outras funções não oficiais, que não foram atribuídas à dogmática jurídico penal, entretanto, são as funções verdadeiramente produzidas, sendo que essas funções reais não são tão somente distintas das oficialmente declaradas, mas opostas as promessas do saber dogmático.

Conclui-se, então, que em face do atual caráter simbólico da dogmática jurídico-penal, em virtude de seu distanciamento do plano da realidade social, torna-se imperioso que o saber dogmático recorra à criminologia e seu saber empírico, de tal maneira que dogmática jurídica se abra cognoscitivamente à realidade fática e problematize seus próprios postulados a fim de superar a crise que lhe afeta.

REFERÊNCIAS

- ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **A ilusão da segurança jurídica: do controle da violência à violência do controle penal**. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.
- BARRETO, Tobias. O fundamento do direito de punir. In: **Estudos de Direito**. BARRETO, Tobias. Campinas: Bookseller, 2000.
- FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. Tradução Ana Paula. 2º ed. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2002.
- GOMES, Luis Flávio; ALMEIDA, Debóra de Souza. **Populismo penal midiático: Caso mensalão, mídia disruptiva e direito penal crítico**. São Paulo: Editora Saraiva, 2013.
- HASSEMER, Winfried; MUÑOZ CONDE, Francisco. **Introduccion a la criminologia y al derecho penal**. Valencia: Tirant Lo Blanch, 1989.
- JEWKES, Yvonne. **Media & Crime**. 2. ed. Londres: Sage, 2011.
- PINA, Sara. **Media e leis penais**. Coimbra: Almedina, 2009.
- QUEIROZ, Paulo. **Curso de direito penal: parte geral**. 9. ed. Salvador: Juspodivm, 2013.
- SULOCKI, Victoria-Amalia de B. C. G.. “Políticas de Segurança Pública para a Construção de um Estado Democrático” in **Segurança Pública e Democracia. Aspectos Constitucionais das Políticas Públicas de Segurança**. Rio de Janeiro: Lúmem Júris. 2007.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl et al. **Direito penal brasileiro, primeiro volume : teoria geral do direito penal**. 4. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2013. v. 1.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl et al. **Direito penal brasileiro, segundo volume** : teoria do delito : introdução histórica e metodológica, ação e tipicidade. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2010. v. 2

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Em busca das penas perdidas**. 5. ed. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2001.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **O inimigo no direito penal**. 3. ed. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2011.