

O SISTEMA JURÍDICO-PENAL NA SOCIEDADE PÓS-MODERNA

Herivelton Rezende de Figueiredo *

Resumo: Com o advento da sociedade pós-moderna novos desafios são lançados para o Direito Penal, nesse contexto de novos valores surge o funcionalismo como uma crítica da suposta isenção axiológica finalista que em muitos casos põe em xeque o ideal de Justiça. O problema dessa transição dogmática são as incertezas que elas geram, o futuro é incerto e está em construção, apenas sabemos que atualmente há uma tendência jusnaturalista em todas as áreas do Direito e na seara penal ela ganha contornos com a dogmática funcionalista.

Sumário: Introdução; 1. A sociedade pós-moderna; 1.1. O contexto histórico da criação do funcionalismo; 1.2. O Direito Penal na sociedade pós-moderna; 2. Ideologia penal funcionalista (utilitarismo); 2.1. Direito Penal mínimo; 2.2. Direito Penal punitivista; 2.3. Direito Penal do inimigo; 3. Princípios norteadores da dogmática funcionalista; 3.1. Princípio da adequação social; 3.2. Princípio da intervenção mínima; 3.3. Princípio da proporcionalidade; 3.4. Princípio da insignificância; 3.5. Princípio da culpabilidade; 3.6. Princípio da autorresponsabilidade; 3.7. Princípio da ofensividade/ lesividade; 3.8. Princípio da confiança; 3.9. Princípio da exclusiva proteção dos bens jurídicos; 4. Breves considerações acerca da teoria do delito na dogmática funcionalista; 4.1. O funcionalismo estrutural (moderado); 4.2. O funcionalismo estratégico (radical); 4.3. Análise crítica do funcionalismo; Conclusão; Referência bibliográfica.

* Mestrando em Ciências Jurídico-Criminais pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Advogado.

Palavras-Chave: Sociedade pós-moderna; visão utilitarista do Direito Penal; princípios do Direito Penal; Dogmática Funcionalista.

INTRODUÇÃO



partir da década de 1970 mudanças substanciais vêm ocorrendo nas ciências sociais com reflexo no Direito Penal. O velho tabu da neutralidade dogmática começou a ser contestada a partir de Roxin no seu livro “Política Criminal e Sistema Jurídico-Penal” demonstrando a importância da política para a formulação e interpretação do Direito Penal.

O lado positivo é que o Direito voltou a preocupar-se com a realização da Justiça e começou a buscar uma integração com as outras disciplinas das ciências humanas.

O lado negativo é que como toda mudança ela trouxe insegurança com visões antagônicas.

Contudo, nenhuma teoria é a prova de falhas o diferencial é que a dogmática funcionalista não se fecha em si mesma ela expõe suas fraquezas e virtudes, está aberta e em construção.

Este trabalho pretende ajudar a entender esse processo de transformação do Direito Penal, partindo do contexto histórico da sociedade pós-moderna para compreensão da mudança de foco no Direito Penal, que foi de uma doutrina acrítica para o funcionalismo (o pensamento crítico).

Procuramos também expor a ideologia penal que permeia o funcionalismo e com isso demonstrar que tentar ser neutro em uma ciência social como o Direito é um mito, pois sujeito e objeto estão inexoravelmente interligados não é como a matemática ou a física que é meramente descritiva com verdades universais, não temos que valorar nem discutir, por exemplo, a lei da gravidade, afinal é um fato. Agora nas relações humanas

a comunidade acadêmica move-se em uma areia movediça, pois a verdade varia de acordo com o tempo e o espaço. Esse é o grande mérito do funcionalismo, ou seja, discute-se a finalidade do Direito Penal sua utilidade na sociedade, que ao contrário das demais somente cuidam de aplicá-las de forma retributiva (pagar para a sociedade o mal que causou a ela) sem nenhuma reflexão mais profunda.

Expomos alguns princípios que norteiam a construção dessa dogmática, temos ciência de que esse rol de princípios apresentados não tem caráter taxativo, sendo meramente exemplificativo, por isso tentamos selecionar apenas os mais importantes.

Mostramos o conceito de funcionalismo e a sua divergência entre Roxin e Jakobs. E com base nas idéias de Guaragni expostas no seu livro “As Teorias da Conduta Humana em Direito Penal” fizemos algumas críticas a respeito desse novo modelo, ao mesmo tempo em que, também discorreremos sobre o ceticismo que cerca esta nova escola.

1. A SOCIEDADE PÓS-MODERNA

1.1. O CONTEXTO HISTÓRICO DA CRIAÇÃO DO FUNCIONALISMO

A história dos vinte anos após 1973 é a de um mundo que se perderam as referências, marcada pela instabilidade e crise, foi o fim da chamada “era de ouro”, denominação dada pelo historiador Eric Hobsbawm que corresponde ao período entre o início da guerra fria e a crise do petróleo, esse período tinha como característica o pensamento econômico do Estado do bem-estar social, introduzido pelo economista John Maynard Keynes. Podemos afirmar que o sistema capitalista passa por ciclos de crescimento e depressão (ciclos de Kondratiev), e que a sociedade pós-moderna é o ciclo da depressão econômica.

Nesse contexto surgem os neoliberais (defensores do *laissez-faire*) liderados por Friedrich Von Hayek e Milton Friedman, consideram que a solução para controlar a inflação seria abandonar a política keynesiana e reafirmar a “mão oculta” smithiana do livre mercado, ou seja, era preciso reduzir a intervenção do Estado na economia e conseqüentemente nas relações sociais.

A depressão econômica trouxe a insegurança nas indústrias manufatureiras e escritórios de profissionais liberais, sentiram que nem seus empregos, nem seus futuros estavam seguros.

Quanto à pobreza e a miséria, na década de 1980 muitos dos países mais ricos e desenvolvidos se viram outra vez acostumando-se com a visão diária de mendigos nas ruas, e mesmo com o espetáculo mais chocante de desabrigados protegendo-se em vãos de portas e caixas de papelão, quando não eram recolhidos pela polícia¹.

Nos países pobres uma grande parcela da população entra na economia informal, enquanto nos países ricos temos a formação de uma subclasse separada e segregada por estereótipos sociais, como os guetos da população negra dos Estados Unidos.

O Estado não se sente mais responsável pelo pleno emprego. Agora sem a proteção do Estado, o homem volta a sentir o medo do desemprego e suas conseqüências como o aumento do nível da violência causada pela tensão gerada entre a concentração de renda e a exclusão social de grandes contingentes populacionais urbanos, convivendo com uma mídia global que valoriza o comportamento anti-social e estimula os padrões de consumo que poucos podem ter. Os Estados e partidos políticos passam a perder a legitimidade do poder de mediação dos conflitos sociais. No seu lugar surgem slogans de direita e esquerda do espectro político sem qualquer profundidade. A esquerda abraça novos movimentos sociais diversos que foram outrora

¹ Hobsbawm, 1995, p. 396.

os agentes de sua fragmentação, tiveram que abandonar a fé no proletariado como instrumento de mudança, tem o tratamento da alteridade como algo que deve estar onipresente em todas as relações sociais. A direita por seu turno, não se ocupa mais em combater os comunistas, mas a criminalidade, a prisão é um instrumento não apenas de controle social, mas de solução dos problemas sociais.

O marketing e as notícias instantâneas produzem uma compreensão do tempo e de espaço exaltando-se em uma euforia do progresso e ao mesmo tempo em um temor de ameaça social, isso conduz o indivíduo ao niilismo, explicado por Dupas:

O sujeito da pós-modernidade é performático, visa só o momento, está voltado para o gozo a curto prazo e a qualquer preço. As drogas, oficiais e ilegais, oferecem a possibilidade concreta para as pessoas voltarem a ter uma boa performance. Vem daí a relação sutil existente hoje entre o narcotráfico e a psiquiatria.²

O pós-modernismo foi a arte de 1980, surgiu como uma negação dos valores pré-estabelecidos nas artes, mas acabou espalhando-se para as ciências sociais, que relativizava e contestava a essência do mundo no qual se apoiava em crenças opostas³ e na ideologia do progresso que isso refletia.

Assim, as ciências sociais procuraram novas formas de administrar os novos paradigmas e com isso temos o surgimento de novas ideologias e isso não foi diferente com a Ciência Penal. A ideologia⁴ é a maneira de ver o mundo conforme a vivência de cada um, que traça as suas escolhas. Os fins perseguidos pela atividade política são variáveis de acordo com a

² Dupas, 1999, p. 240.

³ Capitalismo versus comunismo.

⁴ Segundo Löwy, 2000, p. 90. O marxismo foi a primeira corrente a colocar o problema do condicionamento histórico e social do pensamento e a desmascarar as ideologias de classe detrás de um discurso pretensamente neutro dos economistas e outros cientistas sociais.

Nas passagens do Dezoito de Brumário, Marx define ideologia como sendo uma criação de classe que “cria e forma” as visões sociais de mundo.

visão de mundo (ideologia) e a preponderância dos interesses de grupos dominantes, nessa nova dinâmica de contestação dos velhos valores e o relativismo, surge a Política Criminal como o centro da nova dogmática penal como veremos mais adiante.

Todo cientista social é condicionado não somente por sua posição de classe, mas também com relação à nacionalidade, cultura, sexo, etc. A ciência tem sua autonomia própria de descobrir a verdade, conforme uma lógica racional, mas se serve de um saber acumulado como toda produção nova o que acarreta em um determinado ponto de vista. Além disso, sujeito e objeto estão juntos e em constante interação, por isso é diferente das ciências exatas, isso é um fato que devemos aceitar como condição *sine qua non* para entendermos as mudanças nas áreas humanas.

A ilusão jurídico-institucional do século XIX em crer que o sistema político fosse auto-suficiente em face do sistema global e que bastava buscar remédios para controlar o sistema político está desmoronando e com isso o sistema de poder da sociedade está cada vez mais consciente de que o sistema político é apenas um subsistema do sistema global (podemos afirmar com base no marxismo que a força matriz são as relações econômicas) e que o controle do primeiro não implica no controle do segundo.

Bobbio explica que a relação Estado/ cidadão no plano dos direitos do homem é hoje a visão individualista ligada ao modelo jusnaturalista, contraposto de seu eterno adversário o positivismo.

“O problema fundamental em relação aos direitos do homem, hoje não é tanto o de justificá-los, mas o de protegê-los. Trata-se de um problema não filosófico, mas político”.⁵

Podemos observar esse fenômeno quando constatamos que o princípio atualmente não serve apenas para preencher as lacunas da lei, mas é um parâmetro para a criação e aplicação

⁵ Bobbio, 1992, p. 24.

das leis, desse novo modelo surge o ativismo judicial que acaba adquirindo inevitavelmente um caráter político, neoconstitucionalismo e funcionalismo são as escolas jurídicas que marcam esse novo tempo.

No momento em que vivemos uma fase delicada do parlamento brasileiro, de promulgação de leis criminais altamente punitivistas (evitadas invariavelmente do vício da inconstitucionalidade) como produtos da política de Law and Order pautada pela agenda político-eleitoral, clama-se em muitas ocasiões a atuação do Supremo Tribunal Federal com vistas a salvaguardar os direitos e garantias fundamentais do cidadão alvo da persecução criminal, expressamente consagrados no texto constitucional.⁶

1.2. O DIREITO PENAL NA SOCIEDADE PÓS-MODERNA

Existe uma tendência de dar a qualificação de crime aos atos que cada vez mais são vistos como indesejáveis. O propósito ostensivo da correção era tirar os internos do caminho da perdição moral que embarcaram por vontade própria ou para o qual foram empurrados. Na história da prisão jamais se verificou a reabilitação das pessoas na prática o que foi feito é encorajá-los a absorver os hábitos e costumes penitenciários. O confinamento segundo Bauman é antes uma alternativa ao emprego, uma maneira de utilizar ou neutralizar uma parcela considerável da população que não é necessária à produção e para o qual não há como se integrar na sociedade.

O Estado beneficente, fundado no conceito moralizante de pobreza, tende a bifurcar-se num Estado social que prevê garantias mínimas de segurança para as classes médias e num Estado cada vez mais repressivo que contra-ataca os efeitos violentos da condição cada vez mais precária da grande massa da população principalmente os negros⁷.

Cresce rapidamente em quase todos os países o número

⁶ Tebet, 2008, p. 6. Podemos visualizar nessa citação a clara correlação de forças entre as novas tendências ideológicas entre direita e esquerda.

⁷ Bauman, 1999, p. 111, citando Pierre Bourdieu.

de pessoas na prisão ou que esperam uma sentença penal condenatória. Essa política encontra apoio na opinião pública para disciplinarem importantes grupos e segmentos populacionais. O combate ao crime dá um excelente espetáculo televisivo, que divide a sociedade em criminosos e guardiães da ordem, surtindo como efeito a propulsão do medo e a multiplicação do aumento das penas para passar uma impressão de que as autoridades são severas e capazes de fazer algo pela sociedade diante da indiferença geral, o que importa é a quantidade efetiva de crimes detectados e reportados e que de vez em quando um novo crime chame a atenção da mídia e do público sedento por uma “justiça” rápida e áspera.

“A atenção localizada sobre um “ambiente seguro” e tudo o que possa de fato ou supostamente implicar é exatamente o que as “forças de mercado”, atualmente globais, querem dos governos⁸”.

A prisão nesse contexto significa uma prolongada e talvez permanente exclusão. Assim, surgem alguns lemas segundo Bauman: “arrancar o mal pela raiz”, “tornar as ruas seguras”. O sistema penal ataca a base da sociedade, tendo em vista a intenção seletiva dos legisladores, todavia graças ao trabalho da mídia em moralizar a “coisa pública” os crimes do colarinho branco também estão na mira dos legisladores, porque eles também são uma das causas da insegurança, da sensação de impunidade e do clamor público por penas mais severas, mas são difíceis de detectar, pois estão perpetrados em um círculo de pessoas unidas pela cumplicidade mútuas, além disso, há também uma tremenda vantagem, visto que os guardiões da ordem são locais ao passo que a elite e as leis do livre mercado são transnacionais.

O Direito Penal na pós-modernidade⁹ tende a ser pragmá-

⁸ Idem, cit., p.128.

⁹ Luiz Flávio Gomes e Alice Bianchini, *O Direito Penal na era da globalização*. Os autores e outros (inclusive sociólogos) utilizam o termo globalização para analisar o atual efeito do Direito Penal na sociedade contemporânea, porém com a devida

tico, ou seja, ser eficiente (no sentido de punir) ainda que com um alto custo dos direitos e garantias individuais. A sua hipertrofia é a principal característica decorrente das integrações supranacionais que postulam exigências práticas flexibilizando a Teoria do Delito de forma a criar, por exemplo, a responsabilidade penal da pessoa jurídica e o *plea bargaining* (transações penais), isso faz com que o Direito Penal tende a ser mais severo e repressivo.

Sob o movimento da Lei e Ordem são atacadas as classes marginalizadas, postulando a criminalização da microcriminalidade (crimes praticados pelos pobres), também há um clamor da esquerda punitivista pela criminalização da macrocriminalidade (crimes do colarinho branco).

Enquanto no âmbito econômico o Estado procura não intervir na economia, no Direito penal ocorre o oposto, temos uma ampla utilização técnica dos crimes de perigo abstrato (presumido) para relativizar o conceito de bem jurídico e facilitar a atividade de *persecutio criminis* (ferindo o Princípio da Intervenção Mínima), também temos o menosprezo patente ao princípio da lesividade e da insignificância com a criminalização de ilícitos de mera desobediência (jogo do bicho, incitação ao crime apologia ao crime, bigamia, etc.), como instrumento de “política de segurança pública” fere o seu caráter subsidiário (necessidade da tutela penal). Essa preocupação em submeter ao Direito Penal todas as relações sociais provocou uma excessiva criminalização das infrações de pouca importância o que demonstra a defasagem entre o legislador e a realidade. Assim o Direito Penal tem sido instrumentalizado pelos meios de comunicação com o discurso de que a lei existe para preservar a convivência social, os políticos “vendem leis” como se fosse uma mercadoria levando a uma inflação legislativa tornando-o

vênia preferimos utilizar o termo pós-modernismo, porque globalização é um processo que ocorreu em toda história do capitalismo desde os seus primórdios (capitalismo mercantil), pois a engrenagem do sistema consiste justamente em integrar as economias nacionais para a livre circulação de mercadorias.

muitas vezes meramente simbólico, por isso causa uma sensação de impunidade.

As ideologias modernas não se apresentam como doutrinas (crença na fatalidade), mas como um prognóstico. Temos de um lado o movimento da Lei e Ordem que se fortalece perante a opinião pública clamando pela severidade das penas para minimizar os “riscos sociais”. No sentido totalmente oposto da anterior e em minoria temos aqueles que pretendem a abolição do Direito Penal a pretexto da “culpa social”. No campo intermediário temos os defensores do Direito Penal mínimo como o Estado não suporta tutelar essa grande quantidade de causas penais busca-se a descriminalização dos delitos bagatelares, substituição das penas privativas de liberdade por restritivas de direito, deslocamento de determinadas ações para a esfera civil ou administrativa.

O Direito penal contemporâneo fragmentou-se nas escolas, ideologias, tendências doutrinárias, ou seja, ganhou-se em método, mas perdeu o objeto. Assim, o Direito Penal não se compatibiliza mais com as estruturas rígidas que fomentavam a doutrina do isolacionismo jurídico, isso faz, segundo Bonfim, com que se levantem algumas indagações:

- a) Quem o Direito Penal tutela?
- b) Como se deve tutelar?
- c) O Direito Penal deve ser “puro” ou contextualizado?
- d) O Direito Penal se forma com o legislador ou com o aplicador-intérprete?

Resumindo, é possível constatar que da autocompreensão da moderna Ciência Penal – não unânime; aqui, exclui-se, sobretudo, a abordagem de Kelsen – faz parte uma associação com o sistema político e com o sistema jurídico, com base na qual a Política e a prática devem servir, em prol de sua própria estabilidade, aos conhecimentos da Ciência. – A associação da Ciência com o sistema educacional é evidente e somente carece de denominação..¹⁰

¹⁰ Jakobs, *Direito Penal do inimigo*, p. 99.

Mesmo com essa histeria em massa pela severidade das penas e por uma aparente vitória do movimento de Lei e Ordem, Roxin afirma que o Direito Penal do futuro será mais suave:

Apesar do aumento previsto da criminalidade, as penas não se torna-se mais suaves. À primeira vista, isso parece paradoxal, pois corresponde ao raciocínio do leigo reagir a uma criminalidade crescente com penas mais duras. E também surpreenderá aquele que tenha observado que, nos últimos anos, a moda político-criminal tem tendido para um enrijecimento do direito penal, e isto não só na Alemanha. Fenômenos como a criminalidade organizada, ainda não suficientemente investigada nem jurídica, nem criminologicamente, o que faz portanto causadora de muita insegurança, e também o medo da criminalidade entre os cidadãos, aumentado pelas reportagens da mídia, tornam a exigência de penas mais duras um meio cômodo para que muitos políticos consigam votos. Ainda assim, penso que este desenvolvimento se trate de uma oscilação cíclica, a que a criminalidade sempre volta a submeter-se após certo período de tempo. A longo prazo, suponho que este desenvolvimento leve, com certa necessidade, a uma suavização das penas. Afinal, a mais severa de nossas atuais sanções, a pena privativa de liberdade, que dominou o cenário das penas nos países europeus desde a abolição dos castigos corporais, tem seu ápice bem atrás de si, e vai retroceder cada vez mais.¹¹

Segundo Roxin seu pensamento sobre a “suavização” das penas está calcado em dois fundamentos. Em primeiro lugar, quanto mais criminalizarem as condutas, menos será possível ao Estado reagir com penas privativas de liberdade devido aos recursos financeiros necessários para a manutenção das instituições carcerárias. Em segundo lugar, não é possível a ressocialização por meio das penas privativas de liberdade e a maior parte dos crimes são constituídos por delitos de pequena e média gravidade.

Embora seja evidente a expansão exagerada do Direito

¹¹ Roxin, *Estudos de direito penal*, p. 17-18.

Penal, não há como negar certa ambivalência nas orientações político criminais dos últimos anos tem de um lado medidas descriminalizadoras e de outro lado orientação criminalizadora.¹²

2. IDEOLOGIA PENAL FUNCIONALISTA (UTILITARISMO)

Segundo Ferrajoli o utilitarismo entende que a pena não pode ser um fim em si mesma, a legitimação externa da pena é separada de sua legitimação interna isto significa a separação entre Direito e moral, ou seja, enquanto a legitimação externa é de cunho moralista, visa apenas a retribuição do mal cometido (vingança), a legitimação interna flui do próprio Direito com a função de prevenção.

Assim, o Direito Penal possui quatro funções:

- a) prevenção especial positiva (corrigir o réu);
- b) prevenção especial negativa (neutralizar a ação do réu);
- c) prevenção geral positiva (reforçar a fidelidade dos cidadãos à ordem constituída);
- d) prevenção geral negativa (dissuadir os cidadãos de cometer delitos por meio da ameaça da pena).

Encontra-se amparo nos filósofos iluministas como Montesquieu, Beccaria, Voltaire, Hume, etc. A pena é um mal necessário, por isso devem ser excluídas as penas socialmente inúteis. Ela só tem sentido quando serve para impedir males maiores (como linchamento, ódio contra determinado grupo, etc.), não é uma homenagem à ética, religião ou sentimento de vingança.

As verdades até aqui expostas demonstram à evidência que o fim das penas não pode ser atormentar um ser sensível,

¹² Luiz Flávio Gomes e Alice Bianchini, *O Direito Penal na era da globalização*, p. 48.

nem fazer que um crime não cometido seja cometido. Como pode um corpo político, que, longe de se entregar às paixões, deve ocupar-se exclusivamente com pôr um freio nos particulares, exercer crueldades inúteis e empregar o instrumento do furor, do fanatismo e da covardia dos tiranos? Poderão os gritos de um infeliz nos tormentos retirar do seio do passado, que não volta mais, uma ação já cometida? Não. Os castigos têm por fim único impedir o culpado de ser nocivo futuramente à sociedade e desviar seus concidadãos da senda do crime. Entre as penas, e na maneira de aplicá-las proporcionalmente aos delitos, é mister, pois, escolher os meios que devem causar no espírito público a impressão mais eficaz e mais durável, e, ao mesmo tempo, menos cruel no corpo do culpado.¹³

Os princípios garantistas reivindicados pelo Direito natural tais como a estreita legalidade, ofensividade, culpabilidade, etc., fundamentam essa corrente ideológica. Contudo, ela é ambivalente, porque atribui a máxima segurança aos não criminosos e a mínima aflição aos criminosos, isso pode levar paradoxalmente a procedimentos antigarantistas (Direito Penal do inimigo) como a tortura e a pena de morte. Essa bifurcação do utilitarismo leva a dois modelos atuais de Política Criminal como veremos a seguir.

2.1. DIREITO PENAL MÍNIMO

Chamado por Ferrajoli de “utilitarismo reformador” consiste na proteção do mais fraco contra o mais forte. O fraco é tanto a vítima que é ameaçada pelo delito, quanto o agressor que é ameaçado pela vingança. O forte é o réu quando pratica o delito e o ofendido ou o Estado quando busca a vingança. Assim, a pena ainda que um mal é justificável, porque poupa o condenado de punições informais, incontroladas e cruéis.

Visto que a pena é um mal o Direito Penal deve interferir

¹³ Beccaria, 2001, p. 20.

minimamente na sociedade e com as máximas garantias, temos que reconhecer que mesmo se o Direito Penal desaparecesse não acabaria a reação contra o delito podendo ser ocupada por outra forma de controle social mais insegura e violenta. A idéia segundo Luiz Flávio Gomes é reduzir seu âmbito de aplicação por meio das seguintes medidas:

- a) descriminalização (retirar o caráter criminoso do fato, ou seja, a *abolitio criminis*);
- b) despenalização (atenuar a resposta penal ao fato ilícito);
- c) desjudicialização (afastar o conflito da esfera do juiz, ou seja, buscar soluções conciliatórias);
- d) descarcerização (afastar o encarceramento provisório).

Todos os penalistas do século XX (neokantistas ou finalistas) foram apenas dogmáticos, acríticos, formalistas que glorificavam o legislador. Com a nova dogmática jurídica teleológica-valorativa o delito conta com uma dimensão axiológica de modo que os princípios ocupam uma posição de destaque para a interpretação e aplicação das leis. Eles são formados a partir da visão político-criminal para adequá-las à realidade social. Essa nova visão se concretiza na Teoria do Delito com as novas exigências presentes na construção da tipicidade, sejam elas: a teoria da imputação objetiva, tipicidade conglobante e a tipicidade material.

Não se confunde com os abolicionistas, pois os minimalistas defendem a redução da esfera penal, também não é sinônimo da Teoria Garantista, porque este é mais abrangente que aquele, ou seja, enquanto o minimalismo é uma visão de política criminal o garantismo é uma filosofia do Direito¹⁴.

¹⁴ A Teoria Garantista desenvolvida por Ferrajoli tem três significados:

- a) É um modelo normativo de Direito com o objetivo de minimizar a violência e maximizar a liberdade, sendo este significado o ponto de contato com o minimalismo;
- b) Exprime o “ser” e o “dever-ser” a partir do grau de efetividade da norma como

2.2. DIREITO PENAL PUNITIVISTA

Também conhecido como “estatal disciplinar” ou “utilitarismo punitivista”. Caracteriza-se pela grande importância dada às funções preventivas gerais e uma política criminal de segurança pública mediante técnicas de vigilância capaz de conviver com as democracias modernas.

Crêem que a criminalidade aumenta quando o sistema fracassa, porque isso diminui os riscos para o infrator favorecendo a prática da infração penal.

Segundo Luiz Flávio Gomes e outros autores existem sete grupos de punitivistas:

1 – O Direito Penal deve ser utilizado inclusive para infrações de menor importância.¹⁵

2 – Neo-retribucionismo prega a permanente vigilância para impedir que o sistema fracasse.

3 – O Direito Penal deve ser utilizado como um instrumento de contra-poder (inspirado pela criminologia crítica), deve incluir somente os poderosos. É o reforço das funções estatais para o efetivo exercício de suas funções fundamentais (saúde, educação, meio-ambiente, etc.), promovendo de tempos em tempos uma cruzada contra determinados tipos de delinquentes.

4 – É um instrumento de interesses globais como lavagem de capitais, crimes de responsabilidade fiscal, evasão de divisas, combate à corrupção, etc.

5 – Tem como função à resposta ao fato criminoso para a

doutrina jurídica de legitimação;

c) Designa uma filosofia política que requer do Direito e do Estado o ônus da legitimação externa dos bens dos quais se tutela.

¹⁵ Conforme nos ensina Luiz Flávio Gomes esta corrente punitivista foi colocada em prática pelo ex-prefeito Giuliani denominado “tolerância zero”, trata-se da criminalização da pobreza, orientado pelo discurso do *Law and Order* defendido desde a década de 1970 nos Estados Unidos para o mundo.

estabilização da sociedade e a confirmação do Direito.

6 – Serve para a gestão da moral sendo constituídos por ecologistas, feministas, “pacifistas”, defensores das minorias, ONG’s que defendem Direitos humanos.

7 – É a segurança contra os riscos da sociedade moderna. Com o crescimento econômico, avanços na biologia, informática, comunicações, etc., o Estado não tem condições de controlar todos esses avanços nem de prevenir a criminalidade, por isso o Direito Penal para evitar a criação desses riscos deve antecipar a tutela penal (proliferação dos delitos de perigo abstrato); a punição dos atos preparatórios torna-se regra, ainda que a punição seja desproporcional não haveria outra forma de contenção dos riscos.

2.3 DIREITO PENAL DO INIMIGO

Trata o indivíduo em cidadão e não cidadão, sendo que o Direito penal do inimigo recai sobre este último grupo, trata-se de uma exceção da regra dentro da própria visão punitivista.

Na realidade praticamente é um ato de guerra não entre nações, mas entre um Estado e um indivíduo ou grupos de indivíduos. Teve como marco histórico o ataque às torres gêmeas em 11 de setembro de 2001, isso levou o presidente americano George W. Bush atacar o Afeganistão em represália ao grupo terrorista pelo atentado e declarar guerra ao Iraque para levar a “democracia” forçada nesse país e realizar uma “legítima defesa antecipada”, pois o ditador Saddam Hussein supostamente teria armas de destruição em massa (o que mais tarde verificou-se o contrário), apontados contra a “civilização judaico-cristã”.

Jakobs um dos principais teóricos do funcionalismo é o primeiro que descreve esse fenômeno jurídico.

Nenhum furor político-jurídico me conduz nessa empreitada – minha exposição não é de cunho político-jurídico, mas sim uma conferência de natureza filosófico-jurídica e científico-penal, analiticamente orientada e que trata das condi-

ções da legalidade. Minhas observações, repito, são de cunho descritivo, não prescritivo.¹⁶

Não é possível encontrar o Direito Penal do inimigo e o Direito Penal do cidadão em sua forma pura. Para o cidadão segundo Jakobs o Direito Penal é a comunicação sobre a vigência da norma, enquanto para o inimigo é uma necessidade do Estado de Direito. Neste caso, olha-se para o futuro, se o indivíduo é perigoso ou não. A personalidade é uma construção normativa e torna-se real quando são satisfeitas as expectativas dirigidas a uma pessoa, por isso o Direito Penal do cidadão está impregnado do Direito Penal do inimigo, porque nem todo criminoso é um adversário do ordenamento jurídico.

Com base em Hobbes, Jakobs diferencia os inimigos e os delinquentes cidadãos, este é condenado segundo as leis promulgadas enquanto aquele é combatido. O inimigo é adversário da sociedade liberalmente constituída, assim não existe vínculo jurídico, mas que paradoxalmente continua a ter Direitos na medida em que vincula seus cidadãos e o Estado no combate aos inimigos com a finalidade de garantir a segurança de todos. Aquele que não oferece uma garantia cognitiva mínima de comportamento fiel ao direito exclui a si mesmo do sistema, torna-se um inimigo.

Quando se fala em Direito Penal do inimigo não significa dizer em “pena incendiária”, esquitejamento, tortura, etc., mas em isolamento total do preso, vigilância das telecomunicações e informantes. É certo que o procedimento para tratamento de indivíduos hostis é juridicamente regulado, mas é uma regulação jurídica de exclusão.

Uma sociedade que perdeu os respaldos de uma religião estatal e da família e onde a nacionalidade é entendida como uma qualidade fortuita dá aos indivíduos numerosas possibilidades de construir uma identidade desconsiderando-se o Direito, pelo menos, mais do que uma sociedade mais fortemente vinculada poderia oferecer. Adicione-se a isso a força

¹⁶ Jakobs, *Direito penal do inimigo*, p. 29.

explosiva do multiculturalismo – um mero disparate: ou as diferentes culturas são um simples complemento para um ponto jurídico comum básico, e, nesse caso trata-se de “multifolclorismos” de uma cultura; ou então – e esta é a variante mais perigosa – as diferenças marcam a identidade dos membros, mas, nesse caso, a base jurídica comum degrada-se em mero instrumento de convivência, e, como todo instrumento, é descartada, quando não se precisa mais dela.¹⁷

Em síntese são características do Direito Penal do inimigo:

- a) Ampla antecipação da punibilidade;
- b) Nenhuma redução proporcional da pena à antecipação;
- c) Transição da legislação penal para a legislação de combate, por exemplo, combate ao narcotráfico, combate à criminalidade organizada, etc.;
- d) Supressão das garantias processuais.

O Brasil não está a salvo dessa doutrina e legislação fascista, temos inúmeros exemplos, como no caso dos crimes hediondos que não pode ter o indulto individual ou coletivo e a progressão de regime é mais severa (Lei 8072/90), Regime Disciplinar Diferenciado (art. 52 da Lei 10792/03), a Lei de Abate de Aeronaves (Lei nº 9.614/98) de modo que pune-se o autor e não o fato.

O inimigo é uma simplificação muito simples dos problemas criminais, o critério para a atribuição do adjetivo de “inimigo” é puramente discriminatório com base na seletividade

¹⁷ Jakobs, *Direito Penal do inimigo*, cit., p. 104. É interessante observar que Jakobs tenta justificar a existência do Direito Penal do inimigo e ao fazer isso mostra uma visão semelhante ao período anterior a Primeira Guerra Mundial e ao período entre guerras, que se caracterizava pela busca de uma identidade cultural (pode ser entendido aqui também como etnia ou raça, parece que o termo “identidade cultural” foi utilizado apenas porque é mais politicamente correto do que o termo “raça”) perdida em meio à diversidade e nacionalismo exacerbado. Foi assim que Hitler justificou sua invasão na Tchecoslováquia durante a Conferência de Munique alegando que estava apenas reivindicando o “espaço vital” (unir todo o povo alemão para manter sua identidade cultural nos territórios onde está presente a “raça ariana”).

de das condutas sociais ao sabor do legislador mitigando a presunção de inocência, o princípio da isonomia e da legalidade. Trata-se do olhar discriminatório frente ao outro, que sempre se manifestou na História, mas com nomes diferentes, na Idade Antiga os romanos chamavam de bárbaros, na Idade Média temos os hereges, na Idade Moderna falava-se em selvagens (índios e negros), na Idade Contemporânea começamos com comunistas e hoje com o fim da guerra fria temos os terroristas.

O Direito Penal do inimigo é um retrocesso no Direito Penal e nos Direitos Humanos. Afronta a dignidade da pessoa humana, porque trata o inimigo como objeto de Direito, um exemplo mais claro que temos é a prisão de Guantánamo utilizada para prisão provisória por tempo indeterminado e interrogatório dos suspeitos de terrorismo contra os Estados Unidos.

Os membros de um sistema de direito penal baseado na dignidade humana são sempre sistemas com status de cidadão em virtude da sua própria existência humana. O Direito Penal não conhece inimigos e não tem lugar algum para a exclusão de alguns seres humanos.¹⁸

3. PRINCÍPIOS NORTEADORES DA DOGMÁTICA FUNCIONALISTA

3.1. PRINCÍPIO DA ADEQUAÇÃO SOCIAL

O princípio da adequação social de acordo com Rogério Greco tem duas finalidades a primeira é restringir o âmbito de abrangência do tipo penal, excluindo as condutas aceitas pela sociedade; a segunda é dirigida ao legislador para selecionar as condutas que deseja proibir.

Welzel, fazendo uma análise entre o tipo e a adequação social, diz:

Na função dos tipos de apresentar o “modelo” de con-

¹⁸ Ambos, *Derecho penal del enemigo*, disponível em: <http://www.etextos.com/textos/106-module1861/web/frameset.html>.

duta proibida se põe de manifesto que as formas de conduta selecionadas por eles têm, por uma parte, um caráter social, que dizer, são referentes à vida social ordenada. Nos tipos, encontra-se patente a natureza social e ao mesmo tempo histórica do Direito penal: indicam as formas de conduta que se separam gravemente dos mandamentos históricos da vida social.¹⁹

Esse princípio representa uma transição entre o finalismo e o funcionalismo, inspirou Roxin quando criou a sua Teoria da Imputação Objetiva.

3.2. PRINCÍPIO DA INTERVENÇÃO MÍNIMA

A intervenção penal é a forma mais drástica de reação do Estado frente ao delito, por isso deve ser a *ultima ratio* do Direito devendo ter um caráter fragmentário e subsidiário.

O caráter fragmentário significa que o Direito Penal deve-se restringir a tutela dos bens jurídicos mais relevantes imprescindíveis para a coexistência pacífica dos indivíduos na sociedade.

O caráter subsidiário diz respeito à intervenção do Direito penal na sociedade que só é legítima em situações na qual o Estado não possa resolver por outros meios como o Direito Civil e o Direito Administrativo sendo vedada a instrumentalização do Direito Penal para acalmar a população e assegurar os privilégios de classe.

A Turma retomou julgamento de habeas corpus em que se pretende, por ausência de potencialidade lesiva ao bem juridicamente protegido, o trancamento de ação penal instaurada contra denunciado pela suposta prática do crime de porte de munição sem autorização legal (Lei 10.826/2003, art. 14), sob o argumento de que o princípio da intervenção mínima no Direito Penal limita a atuação estatal nesta matéria — v. Informativos 457 e 470. O Min. Cezar Peluso, em voto-vista, por reputar atípica a conduta imputada ao paciente, deferiu o writ para determinar o trancamento da ação penal. Observou,

¹⁹ Greco, 2006, p.61 e 62.

de início, que a matriz definidora e legitimadora do Direito Penal residiria, sobretudo, na noção de bem jurídico, sendo ela que permitiria compreender os valores aos quais o ordenamento concederia a relevância penal, de acordo com a ordem axiológica da Constituição, e, por isso, legitimaria a atuação do instrumento penal. Ressaltou que, na chamada sociedade do risco, com a pretensão de se atenuar a insegurança decorrente da complexidade, globalidade e dinamismo social, demandar-se-ia a regulação penal das atividades capazes de produzir perigo, na expectativa de que o Direito Penal fosse capaz de evitar condutas geradoras de risco e de garantir um estado de segurança. Considerou que, para justificar a antecipação da tutela penal para momento anterior à efetiva lesão ao interesse protegido, falar-se-ia em prevenção e controle das fontes de perigo a que estão expostos os bens jurídicos, para tratar situações antes não conhecidas pelo Direito Penal tradicional. Frisou que, para previsão de determinada conduta como reprovável, construir-se-ia uma relação meramente hipotética entre a ação incriminada e a produção de perigo ou dano ao bem jurídico. Destacou que o ilícito penal consistiria na infração do dever de observar determinada norma, concentrando o injusto muito mais no desvalor da ação do que no desvalor do resultado, que se faria cada vez mais difícil identificar ou mensurar. Assim, enfatizou que, em vez do tradicional elemento de lesão ao bem jurídico, apareceria como pressuposto legitimador da imputação a desaprovação do comportamento que vulnera dever definido na esfera extrapenal. Asseverou, no ponto, que essa tendência poderia entrar em choque com os pressupostos do Direito Penal clássico, fundado na estrita legalidade, na proporcionalidade, na causalidade, na subsidiariedade, na intervenção mínima, na fragmentariedade e lesividade, para citar alguns dos seus princípios norteadores. Evidenciou, destarte, que grave dilema se poria no fato de que, de um lado se professaria que o Direito Penal deveria dedicar-se apenas à proteção subsidiária repressiva dos bens jurídicos essenciais, por meio de instrumentos tradicionais de imputação de responsabilidade, segundo princípios e regras clássicos de garantia, e, de outro, postular-se-ia a flexibilização e ajuste dos instrumentos dogmáticos e das regras de atribuição de responsabilidade, para que o Direito Penal reunisse condições de atuar na proteção dos bens jurídi-

cos supra individuais, e no controle dos novos fenômenos do risco. Esclareceu que as normas de perigo abstrato punem a realização de conduta imaginada ou hipoteticamente perigosa sem a necessidade de configuração de efetivo perigo ao bem jurídico, na medida em que a periculosidade da conduta típica seria determinada antes, por meio de uma generalização, de um juízo hipotético do legislador, fundado na idéia de mera probabilidade. Avaliou que, nos tipos de perigo concreto, se exigiria o desvalor do resultado, impondo o risco do bem protegido, enquanto, nos tipos de perigo abstrato, ocorreria claro adiantamento da proteção do bem a fases anteriores à efetiva lesão. Asseverou, todavia, que deveria restar caracterizado um mínimo de ofensividade como fator de delimitação e conformação de condutas que merecessem reprovação penal. Nesse sentido, registrou que a aplicação dos instrumentos penais de atribuição de responsabilidade às novas realidades haveria de se restringir aos casos em que fosse possível compatibilizar a nova tipificação com os princípios clássicos do Direito Penal. Salientou ser certo que a lesividade nem sempre significaria dano efetivo ao bem jurídico protegido, mas, para se entender e justificar como tal, exigiria, pelo menos, que de algum modo se pusesse em causa uma situação de perigo. Reportou que, ainda nos delitos de perigo abstrato, seria preciso acreditar na perigosidade da ação, no desvalor real da ação e na possibilidade de resultado perigoso, não sendo punível, por isso, a conduta que não pusesse em perigo, nem sequer em tese ou por hipótese, o bem jurídico protegido. Entendeu que a conduta considerada perigosa de um ponto de vista geral e abstrato poderia não o ser em verdade e, no caso dos autos, não haveria possibilidade de lesão à incolumidade pública em virtude do transporte de 10 projéteis, de forma isolada, sem a presença de arma de fogo. Sustentou que daí não se poderia admitir a comparação com eventual tráfico ou transporte de grande quantidade de material de munição. Nesse diapasão, compreendeu que a conduta de portar munição, uma das várias previstas pelo art. 14 da Lei 10.826/2003, não seria aprioristicamente detentora de dignidade penal, porquanto se haveria de se verificar, em cada caso, se a conduta seria capaz de, por si, representar ameaça real ou potencial a algum bem jurídico. Consignou que, se não se vislumbrar ofensividade da conduta, a criminalização do porte de munição fulmina a refe-

rência material, que, segundo os padrões clássicos, deveria não só justificar a intervenção do Direito Penal, mas presidir a interpretação dos tipos com vistas a determinar a sua realização. (STF – 1ª T. HC 90075/SC, rel. Min. Eros Grau, 20.4.201)

3.3. PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

Também conhecido como princípio da razoabilidade ou proibição do excesso. Rejeita a imposição de cominações legais e penas que careçam de relação valorativa com o fato cometido e a sua consequência.

Seus destinatários são o Poder legislativo e o Poder Judiciário. O Poder Legislativo ao elaborar as leis deve estar atento entre a importância do bem jurídico na sociedade e a pena. O Poder Judiciário realiza este princípio ao aplicar a pena um juízo lógico de ponderação entre a gravidade do fato e a gravidade da pena.

Trata-se de adequar o meio (aplicação da pena) ao seu fim (finalidade da pena) tanto na visão retribucionista quanto na preventiva (utilitarista).

3.4. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA

Quando a lesão ao bem jurídico for tão insignificante que qualquer sanção penal seria desproporcional de modo que afasta não a punibilidade, mas a própria tipicidade. Nesse caso estamos falando dos crimes bagatelares que na visão de Luiz Flávio Gomes pode ser de dois tipos.

Infração bagatelar própria é a que já nasce sem nenhuma relevância penal, porque não há desvalor da ação ou do resultado, temos como exemplo o furto de um saco de feijão em um grande supermercado. Para a aplicação deste princípio deve-se analisar o caso concreto destacando o valor econômico da coisa, se houve ameaça a pessoa ou não, a situação econômica da

vítima e do ofensor.

Infração bagatelar imprópria significa que o fato nasce relevante para o Direito, porém no caso concreto a pena apresenta-se desnecessária (na realidade é o princípio da irrelevância penal do fato, conforme nos ensina Luiz Flávio Gomes), também deve ser verificado no caso concreto levando-se em conta vários fatores como o ínfimo grau de culpabilidade, ausência de antecedentes criminais, reparação do dano, colaboração com a Justiça, reconhecimento da culpa, etc.

O STF assentou algumas circunstâncias que deve orientar a aferição do princípio da insignificância:²⁰

- a) A mínima ofensividade da conduta do agente;
- b) nenhuma periculosidade social da ação;
- c) reduzidíssimo grau de culpabilidade do comportamento;
- d) inexpressividade da lesão jurídica provocada.

Na jurisprudência temos a aplicação deste princípio principalmente nos crimes de furto (STF, AgRg no REsp 1043525/SP, Rel. Min. Paulo Gallotti), nos crimes ambientais (STF, Tribunal Pleno, AP 439/SP, Rel. Min. Marco Aurélio) e nos crimes de descaminho (STF, 2ª Turma, HC 96374/PR, Rel. Min. Ellen Gracie).

Habeas Corpus. Princípio da insignificância. Crime de Receptação. Objeto de valor reduzido. Devolução espontânea à vítima. Requisitos do crime de bagatela preenchidos no caso concreto. Atipicidade material da conduta. Ordem concedida. 1. A incidência do princípio da insignificância depende da presença de quatro requisitos, a serem demonstrados no caso concreto: a) mínima ofensividade da conduta do paciente; b) ausência de periculosidade social da ação; c) reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento; d) inexpressividade da lesão jurídica provocada. 2. A via estreita do habeas corpus não admite um profundo revolvimento de provas nem o sopesamento das mesmas. A aplicação do princípio da insignificância só será permitida se os autos revelarem clara-

²⁰ Capez, *Princípio da insignificância*.

mente a presença dos requisitos mencionados. 3. No caso, a receptação de um walk man, avaliado em R\$ 94,00, e o posterior comparecimento do paciente perante a autoridade policial para devolver o bem ao seu dono, preenchem todos os requisitos do crime de bagatela, razão pela qual a conduta deve ser considerada materialmente atípica. 4. Ordem concedida para determinar o trancamento da ação penal de origem (STF - 2ª T. - HC 91.920 - rel. Joaquim Barbosa - j. 09.02.2010 - DJE 12.03.2010).

3.5. PRINCÍPIO DA CULPABILIDADE

Por meio desse princípio é que se determinam os pressupostos que alguém pode ser responsabilizado por um comportamento social lesivo, ou seja, é a aferição do grau de reprovabilidade da conduta. Consiste no agir ilícito quando tinha o poder de agir diversamente. Não se pode confundir com a parte que compõe o delito chamado de “culpabilidade”.

Para Roxin é em torno desse princípio que reside todo o critério da imputação objetiva e subjetiva. A imputação objetiva (aspecto externo deste princípio) depende de fatores objetivos e subjetivos de forma a averiguar se existe a criação não permitida de um risco, depende do ponto de vista de um observador prudente junto com o conhecimento do autor (fator subjetivo).

A exclusão do acaso (desvio do curso causal) é o aspecto externo (fator objetivo) deste princípio, sendo imputado somente na medida em que representa a realização de um risco não permitido criado pelo autor de forma a permitir a orientação no plano do injusto penal.

O aspecto interno da culpabilidade é a realização do injusto penal (imputação subjetiva). O erro de proibição que é uma falsa percepção da realidade não deveria sob este enfoque excluir a categoria que compõe o delito chamado culpabilidade, mas a tipicidade, porque o sujeito não tinha a intenção de cometer o fato típico. Nesse mesmo raciocínio é que se desloca

a legítima defesa exculpante e o estado de necessidade exculpante do plano da antijuridicidade para o da tipicidade.

3.6. PRINCÍPIO DA AUTORRESPONSABILIDADE

Mesmo que o agente cria um risco não permitido, não pode ser punido quando a vítima se autocoloca em perigo, por exemplo, usuário de drogas que falece em razão de overdose, o traficante responde pelo tráfico (criação de risco não permitido), mas não responde pelo homicídio, pois a vítima assumiu o risco de produzir este resultado quando usou a droga. Assim, esse princípio funciona como um limite ao alcance do tipo.

3.7. PRINCÍPIO DA OFENSIVIDADE / LESIVIDADE

O crime deve afetar um bem jurídico que é o critério de limitação da intervenção estatal. Essa ofensa pode consistir em uma lesão ou em um perigo concreto de lesão ao bem jurídico. O perigo concreto seria a antecipação máxima da tutela penal, portanto é vedada a utilização do perigo em abstrato (visão do utilitarista reformador).

O Direito Penal só pode assegurar a ordem pacífica externa da sociedade, ir além desse limite não pode ser permitido, porque se legitimaria como um instrumento de educação moral dos seus cidadãos. Nilo Batista atribui quatro funções a este princípio:

- a) proibir a incriminação de uma atitude interna;
- b) proibir a incriminação de uma conduta que não exceda o âmbito do próprio autor, por exemplo, os atos preparatórios para realizar o crime, cuja execução não é iniciada;
- c) proibição de simples estados, ou condições existenciais, ou seja, deve respeitar a autonomia moral da pessoa de forma a impedir o Direito Penal do autor;
- d) proibir a incriminação de condutas desviadas que não

afetem a qualquer bem jurídico. Assim, trata-se de condutas que a sociedade reprova sob o aspecto moral, mas que não afeta bens de terceiros.

3.8. PRINCÍPIO DA CONFIANÇA

Desenvolvido por Jakobs, constitui a viga mestra da sua visão sobre a Teoria da Imputação Objetiva, portanto também limita o alcance do tipo. Significa que apesar das pessoas cometerem erros, em uma medida pode determinar seu comportamento como correto. O agente em que se confia não responderá pelo curso causal, quando um terceiro conduza ao dano mediante um comportamento defeituoso. Trata-se de analisar os papéis entre autor, vítima e terceiro e imputar o tipo a quem violou o seu comportamento.

Por exemplo, um condutor de táxi escuta de seu cliente, que a finalidade de tê-lo chamado é porque vai cometer homicídio na rua onde o taxista deverá deixá-lo. Assim, o taxista não responderá pelo homicídio mesmo sabendo da finalidade ilícita do seu cliente.

Este princípio também impede a proibição do regresso *ad infinitum*, portanto só responde pelo processo causal aquela pessoa que poderia evitar o resultado, mas que em razão da sua conduta gerou o dano não permitido.

Assim, não se deve punir pelo homicídio o fabricante do veículo que causou o acidente, mas a pessoa que com sua conduta agiu diretamente para causar o dano.

3.9. PRINCÍPIO DA EXCLUSIVA PROTEÇÃO DOS BENS JURÍDICOS

A norma penal tem uma função protetora de bens jurídicos, por meio da tipificação legal, aqueles comportamentos que lesionam ou põem em perigo concreto valores no qual o legis-

lador formulou de maneira abstrata e genérica uma conduta proibida. A proteção exclusiva dos bens jurídicos sob a ótica funcionalista moderada é o único critério de legitimação dos tipos penais

Contudo, a penalização de um comportamento necessita de uma legitimação diferente da simples discricionariedade do legislador, conforme Roxin nos ensina:

Eu parto de que as fronteiras da autorização de intervenção jurídico-penal devem resultar de uma função social do Direito Penal. O que está além desta função não deve ser logicamente objeto do Direito Penal. A função do Direito Penal consiste em garantir a seus cidadãos uma existência pacífica, livre e socialmente segura, sempre e quando estas metas não possam ser alcançadas com outras medidas político-sociais que afetem em menor medida a liberdade dos cidadãos. Esta descrição de funções corresponde, segundo minha opinião, com o entendimento de todas as democracias parlamentares atuais, por isso não necessita, então de uma fundamentação teórica mais ampla.²¹

Assim, este entendimento corresponde à base democrática, desde à concepção ideológica do contrato social que procura um equilíbrio entre o poder de intervenção social e a liberdade civil. Segundo Roxin, para o legislador estabelecer uma punição legítima deve-se ter em vista:

1 – não atentar contra Direitos Fundamentais como a pena de prisão perpétua previsto no Tribunal Penal Internacional;

2 – a simples formulação de uma lei não fundamenta necessariamente um bem jurídico, temos como exemplo a punição por manter casa de prostituição, ora a prostituição não é crime, por que então criminalizar a casa de prostituição?

3 – não cabe fundamentar o simples atentado contra a moral, por exemplo, o ato obsceno, que lesão ou perigo à sociedade tal ato impõe?

4 – a proteção dos sentimentos de ameaça somente encontra respaldo para proteger a sociedade do medo, como por

²¹ Roxin. *A proteção dos bens jurídicos como função do direito penal*, p. 16.

exemplo, o crime de racismo, etc.;

5 – nem sempre um atentado contra a dignidade humana lesa o bem jurídico como exemplo Roxin cita a manipulação de material genético para impedir doenças hereditárias;

6 – autolesão não legitima uma sanção punitiva, isso inclui para Roxin a participação no suicídio²², eutanásia, esportes de risco e a aquisição de pequenas quantidades de drogas.

7 – as leis penais simbólicas estão fora do Direito Penal, porque perseguem finalidade de amenizar a sensação de impunidade, em curto prazo cumpre função educativa, porém ao longo prazo gera um processo de obstrução no processo de adesão social da norma gerando um sentimento de injustiça, exemplo, crimes contra a ordem tributária²³;

8 – não pode regular de tabus, podemos citar como exemplo de crimes que fere este princípio a posse sexual mediante fraude, trata-se de enganar um suposto(a) inocente com promessas e devaneios, mas vivemos na era da globalização temos informação em excesso a tal ponto que somos obrigados a selecionar o que queremos saber, a ingenuidade é um tabu do Brasil colônia e que vem se mantendo atualmente como uma espécie de tradição chauvinista, ora se todos são maiores e capazes não existe o porquê de tal crime;

9 – não cabe a proteção de uma abstração imensurável como os crimes que atentam contra a paz pública, porque presuppõe um juízo de valor não fundado empiricamente, não é

²² Neste ponto discordamos do professor, haja vista, que o suicida é um sujeito em uma crise psíquica grave ao ponto de ir contra o instinto de sobrevivência, por isso o auxílio ou a participação ao suicídio devem ser punidos, porque o agente se aproveitou da fragilidade psíquica da vítima a autolesão neste caso não foi provocada de forma lúcida.

²³ A prisão por crime tributário na realidade é uma prisão civil por dívida, pois o Estado utiliza da coação penal para que ninguém fique sem pagar e como o art. 5º, LXVII da CF não admite a imposição de pena civil pela falta de pagamento de um débito, mesmo a de natureza fiscal ou tributária. Logo se conclui que punir essas condutas é inconstitucional e transforma o Direito Penal em um instrumento para realizar a arrecadação de débitos do Estado, ou seja, administrativiza o Direito Penal e com isso deforma sua finalidade.

uma solução racional porque não previne da ameaça de delitos, protege apenas sentimentos que não configuram medo a sociedade.

Segundo Jakobs a idéia de proteção do bem jurídico, conduz a uma enumeração desordenada da tutela penal. O bem jurídico que a lei deve considerar relevante para a vida é apenas de uma proposição jurídica singular ou uma abreviatura de uma idéia a um fim. A doutrina majoritária assinala uma função ao conceito de bem jurídico como um valor ou uma situação irrenunciável para o reconhecimento jurídico de proteção do Direito positivo, contudo o critério correto seria valorar uma situação, por exemplo, o crime contra a propriedade não recai sobre a propriedade, mas na relação de utilização entre o proprietário e a coisa. Assim, o conceito de “unidade-funcional” evitaria referi-se a algo sensorial resolvendo o problema do que é juridicamente legítimo. Também temos o conceito de “danosidade funcional”, visto que uma norma não pode proteger todos os bens, contra todos os riscos, por exemplo, no homicídio não deve debater a questão social da vítima morta, mas aplicar a punibilidade pela perturbação da paz social, inclusive é nesse contexto que se explica e legitima os delitos de perigo abstrato e também a tentativa.

Estes conceitos de “unidade-funcional” e “danosidade funcional” legitimam o movimento de política criminal punitivista e agride todos os postulados do garantismo e minimalismo penal, porque o Direito torna-se um fim em si mesmo, tudo é legítimo sob a ótica do funcionalismo radical basta o legislador (representante legítimo da ordem social) prescrever como lei.

4. BREVES CONSIDERAÇÕES ACERCA DA TEORIA DO DELITO NA DOGMÁTICA FUNCIONALISTA

A idéia de que um sistema fundado em lei ontológica se-

ria isenta de ideologias atraí e sobrevive a quase todas as críticas. É até possível a estrutura da ação como um dado lógico-real, mas não impede as infiltrações ideológicas, por exemplo, a exclusão da punibilidade de acontecimentos é defendida e se legitima no elemento volitivo.

Todas as categorias do sistema de Direito Penal partem de princípios norteadores da política criminal, que, entretanto, não contem a solução para o problema concreto, isto serve apenas de guia para desenvolver-se na matéria jurídica.

O funcionalismo é um abandono (parcial ou total) das concepções ontológicas, reputada reducionistas pela dificuldade de implantar soluções justas, visto que são um sistema fechado (lógico-objetiva), os pressupostos fáticos da causa permissiva, por exemplo, não excluem a tipicidade subjetiva, pois mantém o dolo na íntegra mesmo numa hipótese de legítima defesa putativa. Outro problema é a teoria do erro que não se adapta no finalismo.

A crítica funcionalista ao finalismo é que o método não deve ser restrito no sentido de vincular o legislador e a dogmática em uma lógica fechada sobre si mesma sem analisar os valores que envolvem a sociedade. Assim, o funcionalismo é herdeira do neokantismo. No neokantismo a análise do crime era referida a valores e fins independentes, não existia uma construção sistêmica da Teoria do Delito. No funcionalismo a sistematização orienta-se sobre as bases político-criminais e sistêmicas, e este é guiado pelas finalidades do Direito Penal.

O funcionalismo pretende explicar o sistema jurídico e também compor uma análise global de todo o sistema social de modo que permaneça estável. Os conceitos da Teoria do Delito devem-estar atrelados na medida em que visa realizar as finalidades do Direito Penal.

Contudo, a integração entre Direito Penal e Política Criminal resulta na manifestação de duas tendências (ideologia minimalista versus ideologia punitivista) uma no sentido de

exercer sua função protetora das garantias penais e processuais penais e a outra no sentido de visar a sua eliminação. Essa dialética renova a necessidade de legitimação do Direito Penal, a fim de que se torne um instrumento político e tecnicamente eficaz.

4.1. O FUNCIONALISMO ESTRUTURAL (MODERADO)

Seu principal teórico é Roxin que procura superar a barreira existente entre Direito Penal e Política Criminal.

Segundo Roxin, o Direito penal não protege a coletividade, mas o indivíduo que contra ele se levantou, concedendo a este o Direito de só ser punido sob os pressupostos da lei.

Atribui-se a Liszt a estrutura da Teoria do Delito considerando o crime e a pena como generalizações conceituais, pura técnica-jurídica o que possibilita uma jurisprudência racional e uniforme. Contudo, permanece um desconforto sobre as consequências práticas do Direito Penal, como é possível adequá-las à realidade se a Política Criminal não pode entrar no sistema Penal? Esta crítica não é dirigida ao pensamento sistemático, mas ao desenvolvimento dogmático, pois sem uma estrutura do delito o Direito Penal retrocederia o problema é com relação ao banimento da dimensão social e política.

(...) eu não tenho aversão ao empírico, algo que se atribui, por exemplo, à teoria de Jakobs. Eu proponho, pelo contrário uma dogmática plena de dados empíricos, que se ocupa das realidades da vida de modo muito mais cuidadoso que um finalismo concentrado em estruturas lógico-reais um tanto abstratas. Mas é verdade que o parâmetro de decisão político-criminal, que seleciona e ordena os dados empíricos jurídicos penalmente relevantes, tem preponderância. Normativismo e referencia empírica não são métodos que se excluem mutuamente, mas eles se complementam.²⁴

Deve-ser mantido no Direito Penal todas as suas funções

²⁴ Roxin, *Estudos de direito penal*, p. 63.

garantistas de acordo com as finalidades político-criminais não podem contradizer, devem ser uma unidade da mesma forma que o Direito e Estado Social compõe uma unidade dialética.

Cada categoria do delito (tipicidade, antijuridicidade e culpabilidade) deve ser desenvolvida sob o aspecto de sua função político-criminal. Há uma substituição da teoria final da ação por uma tipicidade, que abrange a realidade social, sendo que a Teoria da Imputação Objetiva tem um papel central ao analisar o risco não permitido dentro do tipo. O conteúdo do tipo deve ter natureza fragmentária somente sendo aplicado quando indispensável para a proteção do bem jurídico. O princípio da adequação social, introduzido por Welzel auxilia a interpretação para restringir a aplicação do tipo. O princípio da insignificância também é importante, porque exclui de plano as lesões de bagatela.

A fraqueza dos sistemas abstratos não está somente em sua posição defensiva contra a política criminal, mas, mais geralmente, no desprezo pelas peculiaridades do caso concreto, no fato de que em muitos casos, a segurança jurídica seja salva à custa da justiça.²⁵

Assim, a função político-criminal é de solução de conflitos com base na realidade empírica subjacente a categoria do delito. E a finalidade do Direito Penal é a prevenção tanto geral quanto especial, mas não é intimidador, seu dever é restaurar a paz jurídica e social.

4.2. O FUNCIONALISMO ESTRATÉGICO (RADICAL)

O seu maior expoente é Jakobs que correlaciona a missão do Direito Penal com a perspectiva sociológica funcionalista, na qual o Direito Penal deve ser orientado para assegurar a confiança institucional dos cidadãos. A violação da norma não coloca em perigo apenas o “bem jurídico” que se pretende proteger, mas toda a integridade e estabilidade social.

²⁵ Roxin, *Política Criminal e Sistema jurídico-penal*, p. 85.

A pena simboliza a reação social ao não cumprimento da norma (prevenção geral positiva). Assim, ela impõe ao infrator suas conseqüências e reforça a fidelidade ao Direito.

Jakobs não se orienta pela Política Criminal, mas na necessidade sistêmica, ou seja, a violação da norma é disfuncional ao sistema, porque se contradiz com o modelo de orientação do Direito, o Direito Penal não serve para proteger bens jurídicos, pois estamos expostos constantemente aos perigos da vida em sociedade, sua missão é manter o status social vigente.

Fundamenta-se nas expectativas de relacionamento, sendo a norma um fator de estabilização do sistema, na qual ela não está fixada pela orientação da consciência humana, mas em fenômenos sociais.

O ponto de contato com o funcionalismo estrutural está na construção da Teoria do Delito ao introduzir a Imputação Objetiva, contudo o ponto de apoio de Jakobs é a teoria sistêmica desenvolvida por Luhmann.

Para Luhmann o Direito é um subsistema do sistema social, em outras palavras a sociedade é o ambiente do sistema jurídico, o seu “entorno”.

O delito passa a ter uma conotação diversa do que foi construído pelo Finalismo (pensamento ontológico), transportando-se conceitualmente como a falta de fidelidade para com o Direito, colocando-se em risco a validade da norma e, por conseguinte, a confiança que transmite ao cidadão (confiança social). A pena passaria a ter a função de reafirmar o sistema normativo violado.²⁶

A definição de ação (processo causal e social) que já estava delimitada por Welzel pelo princípio da adequação social é acrescentada por Jakobs pela introdução do critério da evitabilidade como condição do indivíduo sobre o aspecto material do resultado.

O sujeito vincula-se ao mundo exterior de acordo com o

²⁶ Breier, *Ciência Penal...*, cit., p. 482.

seu papel social²⁷, orientado segundo suas capacidades individuais, e este ao executar deve garantir a expectativa social. Assim, o injusto é uma atitude incorreta frente à norma, cujo pressuposto é a inevitabilidade individual do comportamento e o resultado não é o dano em si, mas a postura do agente.

Guaragni estabelece um paralelo entre Jakobs e Hegel. Para este o crime é a negação do Direito e a pena seria a negação da negação, isto é a afirmação do Direito (visão retributiva da pena). Jakobs ao contrário de Hegel enxerga a pena de maneira relativa (preventiva), ao relacioná-lo com o papel de estabilização do sistema social, o que na prática não difere muito de Hegel.

4.3. ANÁLISE CRÍTICA DO FUNCIONALISMO

Segundo Guaragni o método neokantista invocado pelos funcionalistas permite que se compreenda em valores a conduta humana e o critério da inevitabilidade (Jakobs). Enquanto Roxin propõe um Direito Penal orientado na Política Criminal, Jakobs pretende que o conceito analítico do crime sirva para contra faticamente afirmar a norma. Mas, quem elegerá a função do Direito Penal, se os conceitos são tão diversos?

Há, portanto, que reconhecer no funcionalismo um exagero em radicalizar o abandono dos dados ontológicos com os quais o direito penal tem que trabalhar, dentre os quais a conduta humana. Este exagero implica em quebrar a ponte mais firme que o direito penal tem com o universo sensível em que atua (...) há uma passagem curiosa de Zaffaroni (...). “Quando o direito penal deve elaborar conceitos, não pode desconhecer que ainda quando não o façam teleologicamen-

²⁷ Recomendamos o leitor para analisar o livro “Ética Protestante e o Espírito do capitalismo” de Max Weber na qual ele desenvolve um conceito chave de “ação racional”, conforme a organização social. O que é racional pode ser irracional em outra cultura. Assim, a pessoa quando age é para manter-se fiel numa crença de um determinado valor criado pela sociedade onde vive. Parece que quando comparamos a idéia de conduta defendida por Jakobs ela se aproxima muito com a idéia de “conduta racional prática” desenvolvida por Weber.

*te, estes cumprem uma função política e, por conseqüência, não lhe resta alternativa que orientá-los politicamente, sob pena de construir conceitos perversos. Para não cair na perversidade deve afastar a tendência a inventar o que no mundo não existe, como também que o que existe limita mais além da necessidade.*²⁸

Roxin crê na prevenção levando a uma aproximação com o Direito Penal do autor, apesar de seus esforços em sentido contrário, pois as linhas preventivas especiais operam na ressocialização e isso é justamente uma forma de impor um modo de ser a um padrão comportamental vertical (dos homens que formam a cúpula do Estado ao povo), o que acarreta no reforço do poder estatal.

Jakobs pouco importa com o conteúdo das normas de Direito Penal, cria um Direito Penal como sendo um fim em si mesmo. A conduta não serve para descrever um dado ôntico, mas é o marco inicial para imputar um sujeito a um acontecimento.

Assim, conforme Guaragni o funcionalismo pode orientar-se nos conceitos jurídico-penais obtidos na análise dos valores, desde que respeite o limite ontológico da conduta e construa uma política criminal unificada.

Concordamos com Guaragni quando critica o problema da divisão dos conceitos na dogmática funcionalista, isso causa uma insegurança entre os aplicadores do Direito, pois abre-se um leque muito grande de possibilidades diversas de soluções quando analisarmos um caso concreto.

Além disso, a falta de preocupação do conteúdo da norma por parte de Jakobs faz com que se admita sempre a intervenção do Direito Penal sem nenhum critério, a imensa flexibilidade que Jakobs dá ao Direito Penal faz com que ele se torne acrítico e passível de injustiças como foi no finalismo.

Apesar do conceito de Política Criminal ser vago e permitir qualquer tipo de valoração para guiar o Direito Penal,

²⁸ Guaragni, 2009, p. 340 e 341.

acreditamos que esse é o caminho correto, pois Roxin não abandona a estrutura finalista pelo contrário ele acrescenta.

A idéia de política criminal de Roxin encontra limite nos princípios, construído pelo ativismo judicial contemporâneo. Um retorno jusnaturalista não é a solução final para o Direito Penal, mas é um começo, desde que assegure a sua intervenção mínima o que provavelmente ocorrerá na medida em que cada vez mais se torna simbólica a punição devido à própria contradição do “neoliberalismo em enxugar o Estado” e a expansão irracional das leis penais. Enquanto não extinguir o Direito Penal é necessário manter vivo o ideal ressocializador, pois ele é uma tentativa de recolocar o indivíduo no sistema capitalista. A ideologia retribucionista (que é a vigente no finalismo) admite pena de morte, penas cruéis, tortura, pois não crê na capacidade de resgatar o indivíduo da “marginalidade”.

Tanto a prevenção geral quanto a tese retribucionista agridem a dignidade humana, todavia a prevenção especial é a crença na capacidade do ser humano em agir de acordo com a ordem social vigente. A prevenção especial não é perigosa, porque o modelo que ela impõe é para todos, ou seja, agimos de acordo com o sistema, sendo o crime uma reação contra o sistema (nesse sentido Jakobs tem razão), o Direito é imposto (uma forma de coação estatal), por isso mesmo o ideal para fugir dos modelos verticais de padrões seria a extinção de luta de classes e com isso a extinção do próprio Direito.

O finalismo apesar de sua aparente neutralidade guarda uma carga ideológica que vem antes mesmo do causalismo estampado na visão de que o jurista é o simples porta voz incondicional do legislador, que segundo Rousseau é a expressão da vontade geral. Essa ideologia é nada mais do que a proclamação dos interesses burgueses do tempo da Revolução Francesa (o importante é proteger a propriedade privada daqueles “marginais” que não possuem), que agora entra em crise assim como todas as ciências sociais. Do causalismo ao finalismo

podemos afirmar que as mudanças foram dentro da Teoria do Delito, mas a sua finalidade dentro da sociedade sempre permaneceu inalterada. É um mito falar em neutralidade no Direito, porque ele é um produto cultural.

CONCLUSÃO

A ideologia dentro do Direito existe e sempre existirá ela fluirá conforme o processo histórico, mas isso não significa que a Ciência Penal está a mercê de legitimar governos autoritários, pois como toda ciência ela procura racionalizar e explicar a realidade social, talvez o maior problema na área do Direito encontra-se justamente no seu aspecto deontológico que indubitavelmente sofre influência da religião e da moral fazendo com que sua estrutura epistemológica enquanto ciência fique abalada, tornando-se necessário a consciência do jurista sobre as forças sociais que determinam a criação e aplicação da lei para instrumentalizar de forma racional e livre das paixões imediatistas dos leigos.

A função do jurista dentro da sociedade pós-moderna ganha uma nova função que é exercer o papel do legislador negativo, isto é, racionalizar as leis penais para frear a inflação legislativa e caráter simbólico das leis. Essa função por seu turno exige uma tomada de decisão sobre a finalidade do Direito Penal, sendo isto o grande desafio do Direito Penal na atualidade.

Esses questionamentos refletem dentro da Teoria do Delito com a criação de novos elementos na tipicidade como a Imputação Objetiva, que implica em um esvaziamento da parte subjetiva e em certa medida das outras categorias como, por exemplo, não pode fazer parte da antijuridicidade o exercício regular do direito e o erro de proibição que é excludente da culpabilidade pelo finalismo sendo ambos os casos resolvidos pela tipicidade.

Ademais, não sabemos qual doutrina dentro do funciona-

lismo irá prevalecer, assim ante a incerteza justifica-se o apego ao finalismo porque parece em um primeiro momento ser despedido de conteúdo valorativo, mas como vimos isso é pura falácia.

Apesar da incerteza que o funcionalismo gera sua grande vantagem consiste em colocar o jurista frente à realidade e obrigá-lo a refletir e isto sim é fazer ciência, antes o Direito Penal era técnico, ou seja, formulação de conceitos para justificar o interesse do legislador de forma acrítica sob um manto falso de neutralidade e racionalidade.



REFERÊNCIA BIBLIOGRÁFICA

- AMBOS, Kai. *Derecho penal Del enemigo*. Disponível em: <<http://www.etextos/106-module1861/web/frameset.html>> Acesso em: 10. Dez. 2008.
- BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*. 9. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2004.
- BAUMAN, Zygmunt. *Globalização: As conseqüências humanas*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1999.
- BECCARIA, Cesare *Dos delitos e das penas*. Disponível em: <<http://www.ebooksbrasil.org/nacionais/ebookpro.html>>. Acesso em: 11. Jan. 2009.
- BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Trad. Carlos Nelson Coutinho. 11. ed. Rio de Janeiro: Campus, 1992.
- BONFIM, Edilson Mougnot. *Direito Penal da sociedade*. 2. ed. São Paulo: Editora Oliveira Mendes, 1998.
- BOTTOMORE, Tom. *Dicionário do pensamento marxista*.

- Trad. Waltensir Dutra. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1988.
- BREIER, Ricardo. Ciência penal pós-finalismo: uma visão funcional de direito penal. *Revista portuguesa de ciência criminal*. Coimbra: Coimbra editora, ano 13, nº4, outubro, 2003, p. 463 a 468.
- CAPEZ, Fernando. Princípio da insignificância ou bagatela. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 13, n. 2312, 30 out. 2009. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=13762>>. Acesso em: 10 jan. 2010.
- DUPAS, Gilberto. *Economia global e exclusão social pobreza, emprego, estado e futuro do capitalismo*. 3. ed. São Paulo: Paz e Terra, 1999.
- FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. 2. ed. Trad. Ana Paula Zoner Sica; Fauz Hassan Chouk; Juarez Tavares; Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.
- GOMES, Luiz Flávio; BIANCHINI, Alice. *O direito penal na era da globalização*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- GOMES, Luiz Flávio. *Direito Penal Parte Geral*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. Vol. 1.
- GOMES, Luiz Flávio. Infração bagatelar imprópria. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 10, n. 960, 18 fev. 2006. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7984>>. Acesso em: 10 jan. 2010.
- GOMES, Luiz Flávio; MOLINA, Antonio García-Pablos de; BIANCHINI, Alice. *Direito penal V.1: Introdução e princípios fundamentais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.
- GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal: Parte Geral*. 6º ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2006.
- GUARAGNI, Fábio André. *As teorias da conduta em direito*

- penal: um estudo da conduta humana do pré-causalismo ao funcionalismo pós-finalista*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. Vol. 2.
- HARVEY, David. *Condição pós-moderna: Uma pesquisa sobre as origens da mudança cultural*. São Paulo: Edições Loyola, 1992.
- HOBSBAWM, Eric. *Era dos Extremos: o breve século XX: 1914-1991*. Trad. Marcos Santarrita. 2. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.
- JAKOBS, Günther. *Derecho penal – Fundamentos y teoría de La imputación. Parte general*. Trad. Joaquin Cuello Contreras e Jose Luis Serrano Gonzales Murillo. 2. ed. Madrid: Marcial Pons, 1997.
- JAKOBS, Günther. *Direito penal do inimigo*. Trad. Gercélia Batista de Oliveira Mendes. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009.
- LÖWY, Michael. *As aventuras de Karl Marx contra o Barão de Münchhausen: marxismo e positivismo na sociologia do conhecimento*. Trad. Juarez Guimarães e Suzane Felicie Léwy. 7. ed. São Paulo: Cortez, 2000.
- ROXIN, Claus. *A proteção de bens jurídicos como função do direito penal*. Trad. André Luís Callegari, Nereu José Giacomolli. 2. ed. Porto alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009.
- ROXIN, Claus. *Estudos de Direito Penal*. Trad. Luís Greco. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.
- ROXIN, Claus. *Política criminal e sistema jurídico-penal*. Trad. Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.
- TEBET, Diogo. Ativismo judicial e processo penal: mais warren's court e menos Law and Order. *Boletim IBCCRIM*. São Paulo, ano 17, nº 205, p. 6-7, dezembro/2008.