

LIBER DISCIPULORUM

PARA

JORGE DE FIGUEIREDO DIAS

Organização

MANUEL DA COSTA ANDRADE
JOSÉ DE FARIA COSTA
ANABELA MIRANDA RODRIGUES
MARIA JOÃO ANTUNES

BIBLIOTECA	
Cias.	_____
Tombo	833
Data	___/___/___



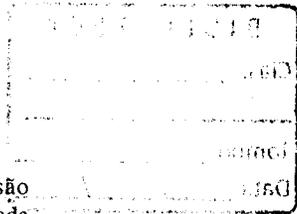
Coimbra Editora

2003



3132

2/12.2
C87L



Composição e impressão
Coimbra Editora, Limitada

ISBN 972-32-1193-9

Depósito Legal n.º 199 762/2003

Agosto de 2003

95202

SOBRE UMA OPÇÃO JURÍDICO-POLÍTICA E JURÍDICO-METODOLÓGICA DE COMPREENSÃO DAS CIÊNCIAS JURÍDICO-CRIMINAIS (*)

Fernando ANDRADE FERNANDES

A partir do momento em que as construções filosóficas incumbiram-se de demonstrar a inequívoca participação do sujeito no processo cognitivo, não se limitando, pois, à restrita ótica do objeto do conhecimento, em termos científicos é imprescindível que seja identificada a mundivisão de que parte um determinado "sujeito cognoscente" para que se possa chegar à identidade do seu pensamento e à compreensão mais ajustada das suas idéias.

Antes de mais, portanto, impõe-se situar o labor de FIGUEIREDO DIAS no vasto âmbito das ciências ditas culturais ou, espirituais, onde habita a Ciência do Direito, que, por sua vez, abriga as Ciências Jurídico-Criminais, certamente o objeto — não único, mas com reconhecida paixão — das, já por anos a fio, inquietações do autor.

Portanto, sendo um objeto de natureza cultural, as mundivisões que FIGUEIREDO DIAS aporta ao seu conhecimento ou que o próprio objeto oferece devem ser buscadas também no mundo da cultura.

Assim sendo, e em atenção às inferências diretas com a Ciência do Direito, o enfoque há que se centrar no *modelo de estado* e na *opção metodológica* subjacentes ao pensamento jurídico-penal de FIGUEIREDO DIAS, pois certamente é a partir dessas duas colunas basilares que se edifica o seu pensamento científico, projetando conseqüências não apenas nos aspectos mais específicos da sua, já inesgotável, obra, como também no pensamento daqueles que

(*) Escopo único do presente estudo é o de fornecer as bases, quanto a nós, imprescindíveis para a exata compreensão da variada contribuição do Prof. Dr. Jorge de Figueiredo Dias para o desenvolvimento das Ciências Jurídico-Criminais, servindo, pois, de ponto de apoio para a análise dos aspectos parcelares do seu pensamento.

tiveram o privilégio e a honra de serem concebidos no seio da Escola que o tem por representante máximo.

MODELO DE ESTADO E MODELO DIREITO PENAL

I

Ao que o primeiro aspecto pertine, não é demais recordar as íntimas relações existentes entre o modelo de estado e o respectivo modelo de Direito Penal — sentido amplo —, de modo a ser inequívoca a influência de uma determinada concepção de estado no conjunto das idéias que se tem acerca do *Sistema Jurídico-Penal* (1). Em reparo e esclarecimento ao que acaba de ser dito, para logo é necessário elucidar o *sentido* e a *forma* que se dá esse relacionamento entre modelo de Estado e respectivo modelo de Direito penal.

Com efeito, somente um *sentido* de dupla via, de interferência recíproca, pode satisfatoriamente explicar as relações existentes entre modelo de Estado e modelo de Direito Penal. Ou seja, não é somente em um sentido de mão única, do Direito Penal para o modelo de Estado, ou vice versa, que se forma a relação entre ambos, mas sim as implicações são recíprocas (2), senão vejamos.

Sendo, numa acepção lata, o estado uma das projeções de uma determinada organização social, de natureza institucional por óbvio (3), e havendo um certo consenso quanto ao ser o Direito um dos instrumentos de viabi-

(1) Certamente, esta é uma verdade que já adquiriu foros de cidadania no âmbito da Ciência Jurídica, conf.: FRANCESCO C. PALAZZO, *Valores constitucionais e direito Penal*, Porto Alegre: Fabris, 1989, p. 16 e s.

(2) A ser especificado na seqüência o vínculo entre estado e sociedade, acerca do caráter recíproco mencionado no texto afirma GÜNTHER JAKOBS (JAKOBS, *Sociedad, norma y persona em uma teoria de um derecho penal funcional*, Madrid: Civitas, 1996, p. 22-23) que é impossível separar o Direito Penal da sociedade, pois o Direito Penal é um cartão de identidade da sociedade, do mesmo modo que da sociedade se pode deduzir conclusões bastante confiáveis sobre o Direito Penal; segue que, "existe uma dependência recíproca entre a sociedade e o Direito penal: cabe pedir ao Direito penal que realize esforços para assumir novos problemas sociais, até que o sistema jurídico alcance uma complexidade adequada com referência ao sistema social, do mesmo modo que, inversamente, o Direito penal pode recordar à sociedade que devem ser levadas em conta certas máximas que se consideram indisponíveis".

(3) Já podendo ser adiantada, com ZIPF (HEINZ ZIPF, *Introducción a la política criminal*, trad. Miguel Izquierdo Macías-Picavea, Jaén: Edersa, 1979, p. 30), a natureza funcional do vín-

lização da co-existência em sociedade ⁽⁴⁾, no interior do qual o Direito Penal *deve ser* o último recurso ⁽⁵⁾, apega-se em demasia a essa capacidade de conformação ⁽⁶⁾ social das normas jurídico-penais, conduzindo não só ao equivocado entendimento acerca do sentido unidirecional acima apontado, como, o que é mais grave, ao dimensionamento desmesurado dessa capacidade. Ou seja, se nos é lícito reconhecer que, em certa medida, o Direito Penal é chamado a atuar na vida em sociedade, no limite do mínimo necessário para a proteção e segurança jurídicas por meio das normas ⁽⁷⁾, indevida, e desborda a sua capacidade, é a atribuição às normas jurídico-penais da missão de dirigismo social, como meio de uma qualquer engenharia ou tecnologia social ⁽⁸⁾.

culo entre ambos, com o acréscimo no sentido de que nesta medida o estado já não se apresenta como “portador de uma missão transcendente, mas sim como forma de organização da sociedade”, sendo não um fim absoluto mas apenas um “meio de possibilitar a convivência das pessoas na dimensão tempo-espacial”.

⁽⁴⁾ Em sentido próximo à viabilização da co-existência em sociedade: EUGENIO RAÚL ZAFFARONI, JOSÉ HENRIQUE PIERANGELI, *Manual de direito penal brasileiro. Parte Geral*, 2.ª ed., São Paulo: RT, 1999, p. 93-94.

⁽⁵⁾ CLAUS ROXIN, *Derecho penal. Parte general*, Madrid: Civitas, 1997, p. 65.

⁽⁶⁾ Se é que de conformação se pode falar.

⁽⁷⁾ Com esta afirmação não se pretende, por ora, avançar em nada qualquer referência a um sentido da *função* do Direito Penal.

⁽⁸⁾ Os traços essenciais dessa orientação tecnológica da Ciência do Direito nos são fornecidos por CASTANHEIRA NEVES (ANTÓNIO CASTANHEIRA NEVES, “O actual problema metodológico da realização do direito”, Separata do *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, Coimbra, número especial: *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor António de Arruda Ferrer Correia*, p. 3-50, nov. 1990, p. 27 s.): essa perspectiva prefere as decisões situacionalmente oportunas e científico-tecnologicamente adequadas e eficientes à certeza analítica e à objetivo-formal impessoalidade dedutiva. Isso sem que tenha de abandonar a pressuposição do direito prescritivo, pois segue vindo na prévia prescrição das regras jurídicas a legítima objetivação normativa do programa político-social, relevando tanto no sentido de definidora do sistema de fins a que programaticamente se deve obediência quanto como metódico fator de controle. As regras prescritas demarcariam no seu quadro lingüístico o campo das possibilidades decisórias. A opção em concreto entre essas possibilidades decisórias seria dada não pelas regras em si mesmas, ou pela sua simples interpretação, mas sim será orientada pelos fins programados e determinada pelos efeitos das alternativas verificáveis em concreto. Decorre disso as seguintes características: “o direito em si como uma estratégia político-social finalisticamente programada, a decisão concreta como uma tática de realização ou execução consequencial, a própria função judicial como uma instituição funcionalmente adequada a essa estratégia/tática”. Todo esse quadro estaria em coerência com o paradigma cultural do nosso tempo, caracterizado, no plano ontológico, pela preterição dos fundamentos a favor dos efeitos; no plano axiológico, pelo abandono da *justiça* (da validade axiológico-material) a favor da utilidade (a oportuna e estratégica eficiên-

Portanto, é pressuposto um melhor entendimento de como se dá a relação entre os dois termos, no sentido partindo do Direito Penal para o modelo de sociedade institucionalizado na figura do Estado. A questão liga-se diretamente ao tormentoso problema da própria função que se pode atribuir ao Direito Penal, aqui não detalhada por suposto, mas apenas indicada a posição que se afina com o modelo de Estado e com a opção metodológica a serem apontadas.

Na lição de FIGUEIREDO DIAS ⁽⁹⁾, o Direito Penal não é (nem se deve tornar em) um direito de prevenção de riscos futuros, abstratos e longínquos e de promoção de finalidades específicas de política estatal. Ou seja, repudia o Autor tanto um Direito Penal que se antecipe de forma desmedida aos fatos que reclamam a sua intervenção, quanto a sua utilização como instrumento de conformação social, aos moldes de uma tecnologia ou engenharia social, anteriormente referidos. Segue-se que, enfaticamente, o Direito Penal é “um direito de tutela de bens jurídico-penais, isto é, afinal, de preservação das *condições fundamentais da mais livre realização possível da personalidade de cada homem na comunidade*”. Aqui, desde logo, a ousadia de se tentar extrair todo o conteúdo do pensamento do Autor, em que pese a sua evidência cristalina, no sentido de se reconhecer que, antes de implicar uma tal proposta a idéia de que se tem em vista com a intervenção penal a “viabilização da vida harmônica dos homens em sociedade”, com isso enaltecendo destacadamente o interesse social, do que se trata na verdade é de viabilizar as condições essenciais para a plena realização da personalidade humana, enquanto inserida em um determinado contexto social. Vê-se, pois, que é a realização da personalidade humana que é enaltecida no plano da sociedade. Assim sendo, não se trata de uma mera vivência harmônica em sociedade, mas sim de uma verdadeira “com-vivência” harmônica, só ela apta

cia); no plano metodológico, pela substituição da racionalidade material-fundamentante pela racionalidade instrumental-funcional. Também apontando, com muita propriedade, as características de um semelhante modelo e as conseqüências dele decorrentes: JOSÉ JOAQUIM GOMES CANOTILHO, “Teoria da legislação geral e teoria da legislação penal”, *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra: Estudos em Homenagem ao Prof. Dr. Eduardo Correia*, Coimbra, número especial, p. 827-858, 1984. Crítico ao modelo: WINFRIED HASSEMER, “Derecho penal y filosofía del derecho en la república federal de alemania”, trad. Francisco Muñoz Conde, *Doctrina Penal*, Buenos Aires, ano 14, n.º 53-54, p. 87-100, ene/jun 1991, p. 94/95.

⁽⁹⁾ JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, *Questões fundamentais do direito penal revisitadas*, São Paulo: RT, 1999, p. 74.

a conduzir à viabilização da estrutura social. Em uma tal concepção, assumida em medida ótima, ainda que se busque a preservação do Sistema Social⁽¹⁰⁾ da ocorrência de uma determinada *disfuncionalidade social* relevante, é sempre o homem a referência central da medida de proteção, em um claro sentido *antropocêntrico*⁽¹¹⁾. Somente neste sentido é que se mostra legítimo o reconhecimento de uma interferência do Direito Penal no respectivo modelo social institucionalizado.

Por outro lado, cada vez mais sentida, em virtude da aceleração das mudanças sociais, é a influência que a sociedade, institucionalizada em um determinado modelo de estado, exerce na conformação concreta do respectivo modelo de Direito Penal. Isso se evidencia desde as opções relacionadas aos concretos bens que serão revestidos da dignidade penal, sendo por todos lados sentido o acréscimo ao catálogo dos bens jurídicos objeto da proteção, em virtude dos avanços experimentados na vida de relação (informática, patrimônio genético, dentre outros)⁽¹²⁾, até às formas relevantes de ofensa, sendo cada vez

(10) Como pretendem alguns posicionamentos fundados em uma exaltação do funcionamento do sistema social. O apelo é mais uma vez a JAKOBS (GÜNTHER JAKOBS, "El concepto jurídico-penal de acción", in: *Estudios de derecho penal*, Madrid: Civitas, 1997, p. 104), quando afirma que o importante é uma sociedade que possa ser imaginada como sociedade em funcionamento, além de outras manifestações mais expressivas do Autor a esse respeito: GÜNTHER JAKOBS, *Derecho penal*, Madrid: Marcial Pons, 1995, p. 12 e s.

(11) A semelhante conclusão se pode chegar em relação ao pensamento de ROXIN (CLAUS ROXIN, *Derecho penal*, cit.), a partir da conjugação da sua conclusão enfática no sentido de que a missão do Direito penal é a "proteção subsidiária de bens jurídicos" (p. 51) com a definição que dá acerca do bem jurídico: "circunstâncias dadas ou finalidades que são úteis para o indivíduo e seu livre desenvolvimento no marco de um sistema social global" (p. 56).

(12) Destaque merece a este respeito a tendência denominada *coletivista*, que busca a proteção de bens jurídicos coletivos, supra-individuais, ou trans-pessoais, em oposição à chamada tendência *individualista*, centrada na proteção de bens que possam ser reconduzidos ao núcleo essencial da personalidade humana individualizada ou que com ela se relacionem diretamente. Demonstrando a situação: WINFRIED HASSEMER, "Il bene giuridico nel rapporto di tensione tra costituzione e diritto naturale", *Dei delitti e delle pene*, ano II, n.º 1, p. 104-113, gen-apr 1984, p. 109. Assim mesmo, de forma crítica: WINFRIED HASSEMER, "Crisis y características del moderno derecho penal", *Actualidad Penal*, n.º 43/22, p. 635-646, nov. 1993, p. 638. De forma ampla sobre "os novos bens jurídicos", inclusive com a adequada correlação da questão com o surgimento e o crescimento da tutela atribuída a "instituições, funções, objetivos ou subsistemas indispensáveis à subsistência e funcionamento duma sociedade organizada em Estado de Direito: MANUEL DA COSTA ANDRADE, *Liberdade de imprensa e inviolabilidade pessoal. Uma perspectiva jurídico-criminal*, Coimbra: Coimbra Editora, 1996, p. 13 e s.

mais valorado não só o dano efetivo ao bem mas também a sua exposição a perigo, característica certamente ampliada em decorrência das mutações ocorridas na sociedade (13). De todo modo, dir-se-á, com acerto, que a tensão provocada no interior do Direito Penal por essa demanda acrescida de tutela — quanto aos objetos e quanto à forma — é o principal combustível que atualmente propulSIONA a evolução da Ciência Jurídico-Penal, com particular ênfase à estrutura dogmática respectiva.

Portanto, o sentido da relação existente entre modelo de estado, institucionalização de uma determinada organização social, e respectivo modelo de Direito Penal é de interferência recíproca. No que se refere à forma do relacionamento, é evidente que somente poderá ser um relacionamento dinâmico, como provam as mudanças que um modelo determina no outro, antes referidas.

(13) JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, "Direito Penal e a proteção das gerações futuras, texto original gentilmente fornecido pelo Autor à época, agora reproduzido como: O direito penal na "sociedade do risco", in: JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, *Temas básicos da doutrina penal*, Coimbra: Coimbra Editora, 2001, p. 155 e s. Amplamente: JESÚS MARÍA SILVA SANCHEZ, *La expansión del derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*. Madrid: Cicitas, 1999. Com efeito, "quando as relações sociais são simples é possível aplicar-se um direito penal clássico, com seu aspecto tríplice: ação, relação de causalidade e resultado. Pelo contrário, quando as relações sociais são altamente complexas, quando a massificação conduz à fabricação em massa, com intervenção de muitas pessoas, e à venda também de forma massificada, aquele aspecto tríplice já não é capaz de responder. A sociedade de massas cria amplamente o risco e demanda um direito penal que possa resolver os problemas que ela gera. A solução se encontra em atividades de intervenção, por meio de uma ampla rede de normas administrativas, com exigência de permissões e controles, esquecendo-se do resultado para acudir claramente ao perigo. A geração de riscos é admissível até o limite permitido, a partir daí, a superação de dita fronteira determina a intervenção do direito penal; neste, não é necessária a produção de um resultado concreto nem o exame de uma difícil relação causal, basta a criação do perigo", conf.: JACOBO LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, "El moderno derecho penal para una sociedad de riesgos", CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL, *Revista del Poder Judicial*, n.º 48, p. 289-321, cuarto trimestre 1997. Questionando o fato de se poder reconhecer nas referidas mutações sociais o advento de uma verdadeira "sociedade do risco", pois que "uma análise histórica equilibrada e livre de preconceitos conduzirá antes, muito provavelmente, à conclusão de que a sociedade foi sempre — e talvez mais do que hoje, e porventura será sempre — uma sociedade de risco", FIGUEIREDO DIAS (JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, *Questões...*, cit., p. 72) assume a posição lúcida no sentido de que não há razão para que uma tal situação conduza ao crescimento exponencial de proteções antecipadas de bens jurídicos, perdendo estes os seus contornos, deixando dessa forma "de exercer a sua função crítica como padrão de legitimação do direito *condito* e do direito *condendo*".

II

Sendo o modelo de estado adotado a melhor expressão para se chegar à identificação do modelo de ordenação social respectivo ⁽¹⁴⁾, e estando ele, ao menos formalmente, gravado na constituição, é a partir desta que deverão ser buscadas as características essenciais do Estado tomado por referência.

Dispõe a esse respeito o art. 2.º da CRP:

“a República Portuguesa é um Estado de direito democrático, baseado na soberania popular, no pluralismo de expressão e organização política democráticas e no respeito e na garantia de efectivação dos direitos e liberdades fundamentais, que tem por objectivo a realização da democracia económica, social e cultural e o aprofundamento da democracia participativa.”

Todavia, o conjunto normativo subjacente à Constituição Portuguesa e, principalmente, o substrato *axiológico* que a sustenta permitem que nela se identifique um modelo de *Estado de Direito, Democrático e Social, Material*. Portanto, a referência aqui feita vai buscar a estrutura do Estado não tanto no que a Constituição expressamente estabelece, mas sobretudo no conjunto normativo e nas intenções de valor nela inseridos. Desse modo, sendo expressa na Constituição a opção por um *Estado de direito democrático*, a menção feita no art. 2.º à “realização da democracia económica, social e cultural e o aprofundamento da democracia participativa” conduz inequivocamente ao aspecto *social* desse modelo. Assim, na medida em que a democracia participativa e a democracia económica e social representam a realização da democracia em todas as suas vertentes, contribuindo para a *democracia plena*, “então o Estado do direito democrático estará tanto mais completo quanto mais se aproximar do seu objectivo, isto é, quanto mais se superar a si mesmo e se for

(14) Advirta-se, para logo, que com isso não se pretende afirmar que haja uma absoluta correspondência entre modelo político e respectivo modelo social, mesmo no plano formal, mas sim que, sendo o estado a institucionalização de uma determinada organização social, como se está insistindo desde o início, a forma do modelo nele adotado estará influenciando as normas destinadas à viabilização da ordenação social. A tal relacionamento autorizam CANOTILHO/VITAL MOREIRA, quando em comentário ao art. 2.º da CRP enaltecem que na Constituição “Estado” designa toda a organização política da sociedade, constitucionalmente institucionalizada”, conf.: JOSÉ JOAQUIM GOMES CANOTILHO/VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa anotada*, 3.ª ed., Coimbra: Coimbra Editora, 1993, p. 62.

transformando em *Estado de direito democrático e social* (15). Bem assim, conforme se verá, o aspecto *material* desse modelo diz com a efetivação dos demais aspectos.

Todavia, para não se incorrer na censurável técnica das meras adjetivações nominalísticas, destituídas de fundamento e, por conseqüência, desprovidas de efetivação, impõe-se uma atribuição de sentido aos termos que compõem o indicado modelo de estado.

Já com uma considerável maturação científica, causa da sua, por vezes hipervalorização, o *de direito* que compõe a definição desse modelo de estado é geralmente observado a partir de uma concepção formal e outra material. Formalmente, o modelo de estado de direito é concebido como o "*primado de direito* na construção do Estado e na regência da vida comunitária dos cidadãos" (16), com a característica particular da sujeição do próprio estado às regras por ele editadas (17). JOSÉ AFONSO DA SILVA (18) aponta as características básicas dessa concepção formal do Estado de Direito, historicamente vinculado ao movimento do *liberalismo*, porém sendo ainda hoje relevantes: a) submissão ao *império da lei*; b) *divisão de poderes*, entre os órgãos executivos, legislativos e judiciários, como forma de evitar a concentração da força e combater o arbítrio; c) *enunciado e garantia dos direitos individuais*.

É fácil perceber que na perspectiva do Direito Penal este aspecto se refere à dimensão de *garantia* dessa parcela do Ordenamento Jurídico, assegurando a *proteção dos cidadãos contra a prepotência, o arbítrio e a injustiça*, especialmente por parte do Estado, o qual detém o monopólio da intervenção penal legalizada. Se pode dizer, pois, com ROXIN (19) que o aspecto *de direito* do modelo de estado em foco pressupõe a existência de uma ordem estatal, obtida por meio da vinculação ao direito, voltada para assegurar a igualdade na aplicação do direito e liberdade individual.

(15) JOSÉ JOAQUIM GOMES CANOTILHO/VITAL MOREIRA, *Constituição...*, cit., p. 65.

(16) JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, "Direito penal e estado-de-direito material", *Revista de Direito Penal*, Rio de Janeiro, n.º 31, p. 38-53, jan/jun 1981, p. 39.

(17) Em sentido convergente, salientam CANOTILHO/VITAL MOREIRA (JOSÉ JOAQUIM GOMES CANOTILHO/VITAL MOREIRA, *Constituição...*, cit., p. 63) que o aspecto *de direito* do modelo em foco "é sobretudo conglobador e integrador de um amplo conjunto de regras e princípios dispersos pelo texto constitucional, que densificam a idéia da *sujeição do poder a princípios e regras jurídicas*, garantindo aos cidadãos liberdade, igualdade e segurança".

(18) JOSÉ AFONSO SILVA, *Curso de direito constitucional positivo*, 9.ª ed., São Paulo: Malheiros, 1994, p. 103.

(19) CLAUD ROXIN, *Política criminal y sistema del derecho penal*, trad. Francisco Muñoz Conde, Barcelona: Bosch, 1972, p. 33 e s.

Do termo democrático resulta a exigência de que o Estado português esteja estruturado segundo uma democracia material, fundado na realização da democracia *econômica, social e cultural*, buscando, como estabelece o art. 2.º supra citado, a efetivação dos direitos econômicos, sociais e culturais. Assim sendo, o aspecto democrático inerente ao modelo não se limita à consagração da soberania popular ou no fato de estar baseado na vontade do povo, ou mesmo na circunstância de estar assente na participação democrática dos cidadãos na resolução dos problemas nacionais, exigindo-se mais: um *conceito material alargado* de democracia que, porém, é circunscrito pela Constituição, fora da qual nenhuma vontade pode prevalecer (20). O que se busca com a vinculação ao aspecto democrático é a própria legitimação do Estado, e do Direito que o regulamenta, no âmbito social e não para além dele, sendo necessária uma orientação deste último no sentido da missão social do *Sistema* com um todo, abandonando-se a técnica de estruturá-lo em um universo abstrato, a-histórico e independente das realidades socio-culturais. Diga-se, para logo, que o problema da legitimação é uma questão que perpassa por todo o universo jurídico, devendo ser otimizada no ponto de confluência da legitimidade material com a legitimidade formal (21). Expressamente, diz FIGUEI-

(20) JOSÉ JOAQUIM GOMES CANOTILHO/VITAL MOREIRA, *Constituição...*, cit., p. 64. Analisando a polémica surgida em torno do relacionamento entre estado de direito e estado democrático, CANOTILHO (JOSÉ JOAQUIM GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional*, Coimbra: Livraria Almedina, 1993, p. 460) salienta que “o princípio democrático e o princípio de Estado de direito contribuem ambos para a conformação e racionalização da vida da comunidade e são ambos instrumentos contra abusos do poder. O princípio democrático acentuará talvez o *momento dinâmico e conformador*, o princípio do Estado de direito colocará a tônica no momento de *permanência e defesa*”. Acresce que é nesse sentido que se deve interpretar o art. 2.º da CRP, ou seja, no de que “a República Portuguesa não é só um Estado de direito mas um “Estado de direito democrático”.

(21) Quanto ao Direito em geral, especificamente quanto ao problema do seu “para-qué”, CASTANHEIRA NEVES (ANTÓNIO CASTANHEIRA NEVES, *O actual problema metodológico da realização do direito*, cit., p. 4/5) evidencia, no contexto amplo do seu laicismo, a sua necessária referência à contingência histórica (histórico-cultural, histórico-social e histórico-política). Especificamente quanto ao Direito Penal, não é sem razão a dedicada atenção que FARIA COSTA (JOSÉ FRANCISCO DE FARIA COSTA, *O perigo em direito penal. Contributo para sua fundamentação e compreensão dogmáticas*, Coimbra: Coimbra Editora, 1992) dedica ao problema da sua legitimação. Também ANABELA RODRIGUES (ANABELA MARIA M. RODRIGUES, *A determinação da medida da pena privativa de liberdade*, Coimbra: Universidade de Coimbra, 1995, p. 244 e s.) destaca a importância de se ter uma legitimação material para o Direito Penal — obtida mediante o conhecimento empírico dos efeitos que produz a aplicação da normas penais — e não apenas uma legitimação formal — buscada através da legitimidade do processo de elaboração das normas. Posteriormente (p. 253), enfatiza que o Direito Penal somente poderá aspirar à legitimação se

REDO DIAS (22) a esse respeito que a “dimensão axiológica” que constitui um princípio como jurídico e, pois, fornece o fundamento do seu particular modo de validade, deve ser buscada no quadro dos valores integrantes do consenso comunitário, que radicam no fundo ético-cultural de uma sociedade em dado momento e que se objetivam historicamente através da “consciência jurídica comunitária”. Todavia, para que possam arvorar-se em fundamentos de validade jurídica esses valores precisam, “ainda, porém, de ser mediados ou “positivados” pela Constituição democrática do Estado”.

Portanto, a projeção do aspecto *democrático* do modelo em análise no modelo de Direito Penal diz respeito à sua necessária legitimação não somente formal mas, principalmente, material.

Já adiantado em que consiste o aspecto *social* inerente ao modelo de estado em análise, resta acrescer que ele se liga à idéia do Estado Social, consistindo em um processo, um caminhar no sentido de crescente “justiça social”, constituindo cada avanço nessa direção um aperfeiçoamento do próprio Estado de Direito democrático (23). O aspecto social impõe uma promoção ativa ao Estado em favor da pessoa humana (24).

Transposto para o campo penal este aspecto, se pode dizer, com MIR PUIG (25), que “enquanto Direito penal de um Estado social, deverá legitimar-se como sistema de proteção efetiva dos cidadãos, o que lhe atribui a missão de prevenção na medida — e somente na medida — do necessário para aquela proteção”.

É do relacionamento entre os aspectos *de direito e social* do referido modelo de Estado que resulta a sua necessária materialização, sendo a busca

e na medida em que se estruturar em termos teleológicos e, pois, orientar as suas decisões para a função que deve exercer na sociedade moderna, tendo sido já indicadas a proteção de bens jurídicos essenciais e a conformação da realidade social como pontos de referência privilegiados dessa função. Discorrendo sobre o CPP português de 1987, FIGUEIREDO DIAS (“La reforma del proceso penale portoghese”, *La Legislazione Penale*, Torino, n.º 2, p. 229-243, 1989, p. 243; *Idem*, JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, “O novo código de processo penal”, *Boletim do Ministério da Justiça*, Lisboa, n.º 369, p. 5-23, 1987, p. 6) acentua que ele alcança tanto a legitimidade material, através de “soluções jurídicas dos problemas sociais reveladoras da máxima funcionalidade compatível com certos referentes axiológicos fundamentais”, quanto a legitimidade formal, decorrente do amplo processo de argumentação e de consenso democráticos a que foi submetido em todas as instâncias politicamente representativas da comunidade.

(22) JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, *Direito penal e estado-de-direito material...*, cit., p. 48.

(23) JOSÉ JOAQUIM GOMES CANOTILHO/VITAL MOREIRA, *Constituição...*, cit., p. 66.

(24) HEINZ ZIPF, *Introducción...*, cit., p. 27-28.

(25) SANTIAGO MIR PUIG, *Derecho penal*, Barcelona: PPU, 1995, p. 73.

do equilíbrio entre ambos uma tarefa constante para a justiça criminal, uma vez que a relação de tensão entre eles existente tem sua origem na irresolúvel contradição do homem como pessoa individual e social (26).

Portanto, no que ao aspecto *material* pertine, segundo CANOTILHO (27), “a função do direito num Estado de direito material não é apenas negativa ou defensiva, mas *positiva*: o direito deve assegurar, também positivamente, o desenvolvimento da personalidade, intervindo na vida social, econômica e cultural”. Uma adequada noção do étimo fundante *material* do Estado de Direito, de cariz social e democrático, advém das lições de FIGUEIREDO DIAS/COSTA ANDRADE (28), ao asseverarem que se trata de “... um Estado que mantém incólume a sua ligação ao direito, e mesmo a um esquema rígido de legalidade, bem como seu respeito e o seu propósito de garantia dos direitos fundamentais; mas que se move dentro daquele esquema, por considerações de justiça na promoção e realização de todas as condições (sociais, culturais e econômicas) de livre desenvolvimento da personalidade de cada homem...”.

As projeções no Direito Penal deste aspecto *material* do modelo de estado passam pela ótica da opção metodológica a ser abordada na segunda parte, a qual, por sua vez, produz influências de monta no *Sistema Jurídico-Penal*, que, todavia, pode ser dito constituem uma “página em construção”, para nos valer de uma linguagem cibernética.

III

Apontado o modelo de Estado e especificados cada um dos aspectos que compõem a sua definição, impõe-se agora identificar e analisar um dos princípios inseridos na Constituição que conduz à necessária materialização antes aludida (29), sem que haja o compromisso de esgotar todo o seu conteúdo, mas apenas aproximar o seu sentido à opção político-criminal que se mostra compatível com o modelo de estado antes referido.

Sem dúvida alguma, o princípio nuclear de toda uma ordem jurídica e constitucional que se pretenda ancorada em um modelo de *Estado de Direito*,

(26) HEINZ ZIPF, *Introducción...*, cit., p. 29.

(27) JOSÉ JOAQUIM GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional*, cit., p. 359.

(28) JORGE DE FIGUEIREDO DIAS/MANUEL DA COSTA ANDRADE, *Criminologia. O homem delinquente e a sociedade criminógena*, Coimbra: Coimbra Editora, 1984, p. 95. A lição se repete em: JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, *Questões...*, cit., p. 32.

(29) Indicando a *materialização* do princípio do Estado de Direito pela via da proteção da dignidade da pessoa humana: HEINZ ZIPF, *Introducción...*, cit., p. 25.

Democrático e Social, Material é aquele da indispensável *proteção da dignidade humana*, densificação de uma série de outros princípios.

Tal é a relevância que este princípio assume na Ordem Jurídica portuguesa que ele foi inserido logo no art. 1.º da Constituição, assim redigido: “Portugal é uma República soberana, baseada na dignidade da pessoa humana e na vontade popular e empenhada na construção de uma sociedade livre, justa e solidária”.

Considerada como um valor autônomo e específico, inerente à todos os homens em virtude da sua simples condição de *ser humano*, a dignidade da pessoa humana figura como uma referência constitucional unificadora de todos os direitos fundamentais — desde os direitos pessoais (direito à vida, à integridade física e moral, etc.), até aos direitos sociais (direito ao trabalho, à saúde, à habitação), passando pelos direitos dos trabalhadores (direito à segurança no emprego, liberdade sindical, etc.), como também confere unidade à organização econômica. Disso decorre a consideração do homem como *sujeito* e não como objeto dos poderes ou relações de domínio. Mais precisamente, “o conceito de dignidade da pessoa humana obriga a uma densificação valorativa que tenha em conta o seu amplo sentido normativo-constitucional e não uma qualquer idéia apriorística do homem, não podendo reduzir-se o sentido da dignidade humana à defesa dos direitos pessoais tradicionais, esquecendo-a no caso dos direitos sociais, ou invocá-la para construir uma ‘teoria do núcleo da personalidade’ individual, ignorando-a quando se trate de garantir as bases da existência humana” (30).

Porém, um tal sentido alargado — em si mesmo correto — não se compadece com a necessária delimitação a que *devem* estar circunscritas as normas penais que tutelam os bens jurídicos, incriminando as condutas contra eles dirigidas. Afirma-se, pois, que “a dignidade humana é a verdadeira realidade numenal protegida pelo direito penal sob a forma e *sub nomine* dos bens jurídico-penais de índole pessoal, afinal de contas as máscaras, as mostrações ou cintilações fenomenológicas acessíveis à racionalidade técnico-jurídica deste particular ramo de direito” (31). Em uma palavra: a proteção à dignidade

(30) JOSÉ JOAQUIM GOMES CANOTILHO/VITAL MOREIRA, *Constituição...*, cit., p. 58-59.

(31) MANUEL DA COSTA ANDRADE, *Liberdade de imprensa...*, cit., p. 13. Enaltecidos no texto os bens de caráter pessoal, em virtude do contexto em que se insere a citação, nem por isso estarão na esfera de proteção coberta pela dignidade humana apenas bens de cunho pessoal, pois, como vimos, na sua acepção genérica a proteção da dignidade humana envolve, igualmente, a garantia de outros direitos indispensáveis à existência humana. Assim, deve ser reconhecido que “sem prejuízo do axioma onto-antropológico sobre o qual repousa toda a

humana no âmbito jurídico-penal é mediada pela sua expressão nos concretos bens jurídicos objetos da tutela, que assim cumprem a função de exteriorizar a sua proteção.

Em síntese, pode ser dito que o modelo de estado aqui tomado por referência e que deve perpassar toda a ordem de considerações a serem feitas sobre a estrutura dogmática do Direito Penal e os respectivos princípios político-criminais que a embasam é aquele do Estado de Direito, Democrático e Social, Material, fundado na eminente dignidade da pessoa humana.

Acerca do referido modelo de estado se pode dizer, que não sendo o “final dos tempos” nesta matéria — tampouco algo que se possa afirmar ser genericamente reconhecido e já plenamente efetivado —, ao menos é condizente com o estágio atual dos padrões culturais, e por certo axiológicos, de uma evolução no sentido da superação das arbitrariedades e abusos que já foram praticados em defesa de uma qualquer proposta de modelação da institucionalização da vida humana em sociedade.

IV

É, pois, chegada a hora de se indagar sobre qual é a opção político criminal que se mostra adequada a um semelhante modelo de Estado, uma vez que é dessa opção — obviamente de base constitucional — que devem ser extraídos os princípios político criminais reitores, os quais, posteriormente, deverão orientar a estrutura dogmática do Direito Penal e, por certo, serem utilizados na solução dos casos concretos (*infra*).

Pois bem, uma tal proposta arranca da constatação de que a noção a respeito da dignidade da pessoa humana liga-se — mas não só — à idéia de ser a pessoa, pela sua condição de *ser humano*, um centro de convergência de direitos na sua maior amplitude possível (individuais, sociais, decorrentes da organização econômica), impondo-se não só a sua previsão, como também a viabilização de mecanismos voltados para a asseguuração da sua efetividade. Assim sendo, à idéia da dignidade da pessoa humana ligam-se os seguintes aspectos: o aspecto densificador com que se apresenta, enquanto sintetiza os diversos direitos que são atribuídos ao ser humano; o seu caráter absoluto, na

matéria penal —, ao lado dos bens jurídicos individuais ou dotados de referente individual e ao mesmo nível de exigência tutelar autónoma, existem autênticos bens jurídicos sociais, trans-individuais, trans-pessoais, colectivos, ou como quer que prefiramos exprimir-nos a propósito”, conf.: JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, *O direito penal na “sociedade do risco”*, cit., p. 174-175.

medida em que intangíveis devem ser os direitos inerentes à pessoa humana; a sua natureza comum, no sentido de alcançar todos os homens indistintamente, pela própria condição de ser humano.

Dados esses aspectos que a revestem, particularmente o relacionado ao seu carácter absoluto, já dito, os direitos sintetizados na dignidade da pessoa humana não deverão, em princípio, ser objeto de qualquer tipo de supressão ou restrição por parte das outras pessoas em relação de "com-vivência", tampouco, e especialmente, por ação do próprio Estado, diretamente, ou através da ordem jurídica em que se encontra estruturado.

Todavia, vimos que essa eminente dignidade da pessoa humana encontra-se ligada a um modelo de Estado — ainda que não em uma relação de necessidade — que se propõe, igualmente, a uma função de proteção jurídica, em virtude da característica social que forma o seu conceito. Em assim sendo, a anteriormente mencionada intangibilidade dos direitos decorrentes da dignidade da pessoa humana tem que ser confrontada com aquelas situações em que, do exercício de um direito, a ação humana transborda para a afetação de outros direitos também objeto de proteção. Nesta situação impõe-se, e é legítima, uma intervenção corretiva, ainda que com a supressão ou restrição de algum direito inerente à dignidade de pessoa humana, na medida do que seja *necessário* para a tutela, frise-se, *preventiva*, do direito exposto à afetação.

Portanto, em um modelo de Estado que pretenda ser de Direito, Democrático e Social, Material, fundado no reconhecimento da eminente dignidade da pessoa humana, a supressão ou restrição de algum direito inerente a esta última somente será possível na medida da necessidade para a proteção de um outro direito.

Escrevendo sobre o *princípio da reserva da constituição*, decorrente do modelo de Estado de Direito material, CANOTILHO ⁽³²⁾ afirma que, no âmbito dos *direitos, liberdades e garantias*, a reserva de constituição significa que as restrições a esses *direitos, liberdades, e garantias* somente poderão ser feitas diretamente pela constituição, ou através de lei, mediante autorização expressa e nos casos expressamente previstos pela constituição, conf. art. 18.º, n.º 2, da Constituição Portuguesa. Complementando, em anotação ao referido art. 18.º, n.º 2 ⁽³³⁾,

(32) JOSÉ JOAQUIM GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional*, cit., p. 361.

(33) Art. 18.º (Força jurídica): "1. Os preceitos constitucionais respeitantes aos direitos, liberdades e garantias são directamente aplicáveis e vinculam as entidades públicas e privadas. 2. A lei só pode restringir os direitos, liberdades e garantias nos casos expressamente previstos na Constituição, devendo as restrições limitar-se ao necessário para salvaguardar outros direi-

salientam CANOTILHO/VITAL MOREIRA ⁽³⁴⁾ que o regime próprio dos direitos, liberdades e garantias previstos na Constituição não proíbe de todo em todo a possibilidade de *restrição*, por via de lei, do exercício dos direitos, liberdades e garantias, porém submete tais restrições a vários e severos requisitos. Enumeram-se como condições de verificação *cumulativa*: que a restrição esteja expressamente admita (ou, eventualmente, imposta) pela própria Constituição (n.º 2, 1.ª parte); que a restrição vise salvaguardar outro direito ou interesse constitucionalmente protegido (n.º 2, *in fine*); que a restrição, exigida por essa salvaguarda, seja apta para o efeito e se limite à medida necessária para alcançar esse objetivo (n.º 2, 2.ª parte); que a restrição não aniquile o direito em causa atingindo o conteúdo essencial do respectivo preceito (n.º 3, *in fine*). Acresça-se que, além desse pressupostos materiais, a validade das leis restritivas submetem-se a três outros requisitos quanto ao carácter da própria lei: a lei deve revestir carácter geral e abstrato (n.º 3, 1.ª parte), a lei não pode ter efeito retroativo (n.º 3, 2.ª parte); a lei deve ser uma lei da Assembléia da República ou, quando muito, um decreto-lei autorizado (art. 168.º/1/b).

Ora bem, partindo-se do pressuposto de que a intervenção reprovadora ⁽³⁵⁾/preventiva do Estado, por meio do Direito Penal, nos casos em que já houve uma lesão ou exposição a perigo de um bem jurídico e, pois, já é de se esperar um abalo da norma, se dá através da supressão ou restrição de algum direito de que é titular o agente ao qual se imputa o delito ⁽³⁶⁾, impõe-se que ela seja submetida inapelavelmente ao juízo de necessidade imposto pelo reconhecimento da dignidade da pessoa humana.

Portanto, uma opção político-criminal conforme ao modelo de estado tomado como referência pode ser sintetizada pelo regime de *necessidade de intervenção*. Não é, pois, sem razão que proclama, lucidamente, FIGUEIREDO

tos ou interesses constitucionalmente protegidos. 3. As leis restritivas de direitos, liberdades e garantias têm de revestir carácter geral e abstracto e não podem ter efeito retroactivo nem diminuir a extensão e o alcance do conteúdo essencial dos preceitos constitucionais”.

⁽³⁴⁾ JOSÉ JOAQUIM GOMES CANOTILHO/VITAL MOREIRA, *Constituição...*, cit., p. 148 e s.

⁽³⁵⁾ Obviamente, no sentido exclusivo de *limite* máximo.

⁽³⁶⁾ Esclareça-se o ponto para que não parem dúvidas sobre a forma como se dá a intervenção *preventiva* do Direito Penal: se dá por meio da tutela dos bens jurídicos, “não, obviamente, num sentido retrospectivo, face a um crime já verificado, mas com um significado *prospectivo*, correctamente traduzido pela necessidade de tutela da *confiança* (...) e das expectativas da comunidade na manutenção da vigência da norma violada; neste sentido sendo uma razoável forma de expressão afirmar como finalidade primária da pena o *restabelecimento da paz jurídica comunitária* abalada pelo crime”, conf.: JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, “Fundamento, sentido e finalidades da pena criminal”, in: *Temas básicos da doutrina penal*, cit., p. 105-106.

DIAS (37) que “a legitimação da intervenção penal não pode hoje ser vista como advinda de qualquer ordem transcendente e absoluta de valores, mas unicamente de critérios funcionais de *necessidade* (e de conseqüente *utilidade social*”. Uma tal opção político criminal se compatibiliza plenamente com a necessária, porque não, *indispensável* legitimação material do Direito Penal, nos seguintes sentidos: corresponde à exigência — já enaltecida no paradigma do “contrato social” — “de que o Estado só deve tomar de cada pessoa o *mínimo* dos seus direitos e liberdades que se revele indispensável ao funcionamento sem entraves da comunidade”; correspondente ao aspecto *democrático* do modelo de Estado de Direito propugnado, ela também vincula-se à exigência de que o Estado somente deverá intervir nos direitos e liberdades fundamentais na medida em que isso se torne imprescindível ao asseguramento dos direitos e liberdades fundamentais *dos outros*; corresponde, ademais, ao caráter *pluralista e secularizado (laico)* do referido modelo de Estado, dito contemporâneo, do qual resulta a vinculação a que “só utilize os seus meios punitivos próprios para tutela de bens de relevante importância da pessoa e da comunidade e nunca para a instauração ou reforço de ordenações axiológicas transcendentais de caráter religioso, moral, político, econômico, social ou cultural” (38).

No Ordenamento Jurídico português essa opção político criminal encontra-se especificada no próprio Código Penal, estatuinto o seu art. 40, n.º 1, em consonância paradigmática com o referido normativo constitucional, que “a aplicação de penas e de medidas de segurança visa a proteção de bens jurídicos e a reintegração do agente na sociedade” (39).

V

Importa agora especificar, concretizando, o núcleo essencial da referida opção político criminal, de modo a viabilizar a identificação dos princípios político-criminais com ela compatíveis.

Não necessariamente nessa ordem, aliás, talvez a inversão atenda melhor a um critério de racionalidade, os critérios que se destacam na mencionada opção político-criminal são o da *carência de tutela penal* e da *dignidade penal*.

Trata-se, pois, da *carência de tutela penal* (40), expressão dos princípios da

(37) JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, *Questões...*, cit., p. 38.

(38) *Idem, ibidem*, p. 75.

(39) *Idem, ibidem*, p. 75.

(40) Invocando novamente o magistério de COSTA ANDRADE (MANUEL DA COSTA ANDRADE, “A “dignidade penal” e a “carência de tutela penal” como referências de uma dou-

subsidiariedade, ultima ratio e proporcionalidade, pelos quais o Direito Penal só deve intervir quando a proteção dos bens jurídicos não possa alcançar-se por meios menos gravosos. Trata-se de um referente político criminal, de cunho particularmente *funcional*, que implica em um duplo juízo: o da *necessidade*, dizendo respeito à inexistência de outros meios — jurídicos ou não — capazes de oferecer uma tutela adequada e suficiente (*subsidiariedade*); o da *idoneidade*, relativo à aptidão e eficácia da tutela penal para a proteção do bem (*adequação*); o da *proporcionalidade*, implicando em uma verificação das vantagens e desvantagens político-criminais da intervenção penal, com vistas a se poder afirmar que a tutela não gera mais custos que benefícios. Em sentido convergente, nas palavras de FIGUEIREDO DIAS (41), “a violação de um bem jurídico-penal não basta por si para desencadear a intervenção, antes se requerendo que esta seja absolutamente indispensável à livre realização da personalidade de cada um na comunidade. Nesta precisa acepção o direito penal constitui, na verdade, a *ultima ratio* da política social e a sua intervenção é de natureza definitivamente subsidiária”. E mais, relacionado ao princípio jurídico-constitucional da *proporcionalidade em sentido amplo*, que por sua vez se manifesta pelo princípio da *proibição de excesso*, a carência de tutela penal implica em que o Direito Penal somente poderá intervir quando todos os outros meios da política social, particularmente os da política jurídica, revelarem-se *insuficientes e inadequados* (42).

trina teleológico-racional do crime”, *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Lisboa, ano 2, fasc. 2, p. 173-205, abr/jun 1992, p. 186), “a carência de tutela penal dá expressão ao princípio de *subsidiariedade* e de *ultima ratio* do direito penal. O direito penal só deve intervir quando a proteção dos bens jurídicos não possa alcançar-se por meios menos gravosos para a liberdade. A afirmação da carência de tutela penal significa ‘que a tutela penal é também *adequada e necessária (geeignet und erforderlich)* para a prevenção da danosidade social, e que a intervenção do direito penal no caso concreto *não desencadeia efeitos secundários, desproporcionadamente lesivos*’. A carência de tutela penal analisa-se, assim, num duplo e complementar juízo: em primeiro lugar, um juízo de *necessidade (Erforderlichkeit)*, por ausência de alternativa idónea e eficaz de tutela não penal; em segundo lugar, um juízo de *idoneidade (Geeignetheit)* do direito penal para assegurar a tutela, e para o fazer à margem de custos desmesurados no que toca ao sacrifício de outros bens jurídicos, máxime a liberdade”.

(41) JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, *Questões...*, cit., p. 78-79.

(42) Os exemplos oferecidos na mesma fonte são mais do que elucidativos: a legitimidade ou ilegitimidade da emissão de cheques sem provisão de fundos, quando não constitua uma conduta praticada na forma do estelionato, deverá ser cotejada com a suficiência da intervenção dos meios civis; o cotejo da criminalização das condutas relacionadas às contra-ordenações — que no Ordenamento Jurídico português correspondem às infrações penais-administrativas — com as sanções do direito administrativo; e, enfim, a verificação da *inadequação* das sanções penais

Havendo, pois, alternativas menos formais, idôneas e eficazes para a função de tutela que, ademais, não impliquem em custos desmesurados em relação a outros bens jurídicos relevantes, sem hesitação devem ser preferidas. Oferecendo o lastro mais do que seguro para o que se expôs, é o próprio COSTA ANDRADE ⁽⁴³⁾ a declarar ser "manifesto que também o processo penal se mostra aberto ao juízo de carência de tutela penal. É o que paradigmaticamente revela a disciplina de institutos como a *voläufige Einstellung* do § 153 a) da StPO germânica ou a suspensão provisória do processo do artigo 281.º do Código de Processo Penal português" ⁽⁴⁴⁾.

O outro critério que se liga à mencionada opção político criminal cobre-se, por inteiro, com a noção de *dignidade penal*, concebida como a expressão de um "juízo qualificado de intolerabilidade social, assente na valoração ético-social de uma conduta, na perspectiva da sua criminalização e punibilidade", assegurando que só os bens jurídicos de eminente *dignidade de tutela* devem gozar de proteção penal ⁽⁴⁵⁾, podendo implicar, inclusive, também em uma variação quanto ao rigor (processual/penal) dessa tutela. Trata-se de um referente axiológico ligado à importância do bem tutelado (o seu caráter essencial) e à gravidade da lesão que sobre ele pende (caráter grave, donoso ou intolerável da lesão).

para prevenir certos ilícitos, nomeadamente aqueles em que a criminalização dos respectivos comportamentos for fator da prática de muitíssimas mais violações do que as que a criminalização procura evitar, como ocorre, sobretudo no âmbito dos criminologicamente denominados "crimes sem vítima" (consumo de drogas ou de álcool, a prostituição, a pornografia, dentre outros). Em todos esses casos não devendo ser descartada a afirmação de que a prevenção e controle de tais comportamentos, quando se demonstre ser socialmente desejável, e só nesta última condição, deve ser deixada por inteiro à intervenção de meios não penais de controle social.

⁽⁴³⁾ MANUEL DA COSTA ANDRADE, *A "dignidade penal" e a "carência de tutela penal"...*, cit., p. 200. Aliás, com maestria, o Autor já havia anteriormente (p. 187) afirmado que "não deve, de todo modo, desatender-se o peso acrescido dos momentos de finalidade no juízo de carência de tutela penal e a respectiva orientação preferencial para a fronteira do *out-put*, característica dos programas finais. E, por vias disso, a sua abertura aos dados empírico-criminológicos, em permanente renovação, mas indispensáveis à ponderação da eficácia relativa do sistema penal face às alternativas não penais".

⁽⁴⁴⁾ Neste último sentido, ou seja, relacionado à submissão também das formas processuais a um juízo de carência de tutela penal, consultar: FERNANDO ANDRADE FERNANDES, *O processo penal como instrumento de política criminal*, Coimbra: Almedina, 2001, dissertação de doutoramento defendida na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, sob a honrosa e essencial orientação do Prof. Dr. Jorge de Figueiredo Dias.

⁽⁴⁵⁾ A concepção é de: MANUEL DA COSTA ANDRADE, *A "dignidade penal" e a "carência de tutela penal"...*, cit., p. 184.

Isso conduz a uma inafastável relação entre o valor do bem jurídico e a necessidade da intervenção pelo Direito Penal. Ou, dizendo de modo mais explícito, é essencial indagarmos sobre o relacionamento existente entre o valor do bem jurídico e as necessidades de política criminal. Portanto, uma observação já desde logo se impõe, com vistas a se aproveitar ao máximo as contribuições advindas de uma opção metodológica, como a que será exposta na segunda parte: antes de uma relação entre bem jurídico e finalidades da sanção penal, pura e simples, o vínculo deve ser estabelecido entre aquele — o bem, e a danosidade social que a sua lesão representa — e a própria função do Direito Penal no contexto social. Certo a esse respeito é, aliás, o pensamento de ROXIN ⁽⁴⁶⁾, que, aludindo ao bem jurídico, assevera tratar-se "apenas de uma denominação daquilo que é lícito considerar digno de protecção na perspectiva *dos fins do direito penal*. Deste modo, uma vez definidos os fins da pena, há que derivar daí aquilo que se considera bem jurídico".

Portanto, não é sem razão que hoje se apregoa — um pouco por toda parte — a imanência entre o conceito de bem jurídico e o respectivo modelo de Direito Penal, de modo que a perspectivização deste último como *extrema ratio*, fundado nos critérios de proporcionalidade e subsidiariedade ⁽⁴⁷⁾, impõe uma mais que escrupulosa definição de bem jurídico, centrada na idéia da sua essencialidade. Após enfatizar o papel central que a idéia do bem jurídico representa para o "problema penal", com a devida acentuação do critério limitador que ele oferece para a formação do ilícito penal, também TOLEDO ⁽⁴⁸⁾ sugere a imanência existente entre o seu valor — do bem jurídico — e as medidas voltadas para a contração do *Sistema Jurídico-Penal*.

É relevante para o deslinde desta questão a necessidade de determinação político-criminal do conteúdo do tipo penal — de modo incensurável posta em evidência por AMELUNG ⁽⁴⁹⁾ —, pressupondo a "referência ao carácter

(46) CLAUD ROXIN, "Franz Von Liszt e a concepção político-criminal do projecto alternativo", in: *Problemas fundamentais de direito penal*, trad. Ana Paula dos Santos Luís Natschedetz, 2.ª ed., Lisboa: Vega Universidade, p. 49-89, 1993, p. 61.

(47) Apontados frequentemente como molas propulsoras para a viabilização da administração da justiça criminal no âmbito do Direito Material.

(48) FRANCISCO DE ASSIS TOLEDO, *Princípios básicos de direito penal*, São Paulo: Saraiva, 1991, p. 18 e s.

(49) KNUT AMELUNG, "Contribución a la crítica del sistema jurídico-penal de orientación político-criminal de Roxin", trad. Jesús-María Silva Sánchez, in: BERND SCHÜNEMANN (comp.), *El sistema moderno del derecho penal: cuestiones fundamentales*, Madrid: TECNOS, p. 94-107, 1991, p. 96 e s. Certamente, as origens remotas de uma tal compreensão do tipo penal remontam à mudança verificada quanto ao destinatário do seu conteúdo; ou seja, se numa pri-

especial do injusto descrito tipicamente" (50) e, pois, implicando em uma ponderação entre o valor do bem jurídico e os "interesses que incidem na configuração do tipo penal", quanto a nós, evidentemente de natureza político-criminal.

No fundo, a idéia não é mais do que a projeção do que hoje se entende assente no estudo do bem jurídico, no sentido da sua relevância para a ordenação social. Assim, a relevância do bem jurídico deve ser buscada na ordem social, devendo ser considerado crime apenas a danosidade social que a lesão a um dado bem jurídico essencial representa (51). Ao nível dos elementos estruturais do delito, tudo isso condiz plenamente com a constatação de que, em virtude da referência material-axiológica (de base constitucional) ao bem jurídico, o tipo é portador de um juízo de intolerabilidade, de uma expressão de danosidade digna e carecida de pena (52), em perfeita adequação ao ambiente *racional e teleológico-funcional* (53) que a seguir será exposto como a opção metodológica compatível com a opção político-criminal que foi exposta.

meira aceção o tipo penal tinha como destinatário os próprios órgãos de administração da justiça penal, dizendo respeito às indicações do que se tem de fazer quando ocorre um ilícito penal, numa correta compreensão do seu conteúdo nele estão contidas ao mesmo tempo normas dirigidas ao indivíduo (normas primárias), cujo sentido é a determinação ao agir, conf.: FRIEDRICH-CHRISTIAN SCHROEDER, *Strafprozessrecht*, München: Verlagsbuchhandlung, 1997, p. 4.

(50) Aqui estamos novamente de acordo com AMELUNG (*ob. loc. cit.*) e também com SCHÜNEMANN (BERND SCHÜNEMANN, "Introducción al razonamiento sistemático en derecho penal", trad. Jesús-María Silva Sánchez, in: BERND SCHÜNEMANN (comp.), *El sistema moderno del derecho penal*, cit., p. 72) quando atribuem ao tipo a finalidade de descrever um injusto punível, a matéria de proibição (merecedor e necessitado de pena).

(51) Se se quer com isso exprimir uma interpretação social do bem jurídico, nada obsta. É também COSTA ANDRADE (MANUEL DA COSTA ANDRADE, *Consentimento e acordo em direito penal*, Coimbra: Coimbra Editora, 1991, p. 18) a afirmar a importância da valência sistêmico-social para o conceito de bem jurídico.

(52) Conf.: MANUEL DA COSTA ANDRADE, *Consentimento...*, cit., p. 22. Semelhante é o entendimento de KNUT AMELUNG, *Contribución...*, cit., p. 97, asseverando que a função político-criminal do tipo define-se cada vez mais com a ajuda de considerações jurídico-constitucionais. Nesse sentido, são determinantes do seu conteúdo a proporcionalidade, a necessidade e a idoneidade de uma reação jurídico-penal, considerada a forma de reação mais grave do ordenamento jurídico. Com isso, o objeto da decisão político-criminal já não surge da questão se uma ação deve estar, em geral, proibida, mas sim pela indagação relativa a se deve estar proibida sob a imposição de uma pena. "Deste modo, a delimitação do injusto punível como *injusto agravado* converte-se na função essencial do tipo penal".

(53) Não deve surpreender, pois, quando se afirma que o princípio da insignificância seria uma regra de interpretação geral que pode ser aplicada já ao nível da interpretação legal dos tipos penais (OLG Hamm, *NJW* 1980, 2537). Pela sua importância pontual, vale a transcri-

Antes, porém, conclua-se no sentido de que é dessa ordem de idéias, fundada em uma opção político-criminal que se expressa pela *necessidade da intervenção* e que se concretiza pelos critérios da carência de tutela penal e da dignidade penal que decorrem os princípios político-criminais relevantes: legalidade, lesividade, fragmentariedade, subsidiariedade, proporcionalidade, responsabilidade pessoal, culpabilidade, dentre outros, aqui não tratados, porém que devem ser projetados necessariamente na busca da solução mais *justa* do caso concreto.

OPÇÃO METODOLÓGICA

I

Estabelecidas as linhas mestras que estruturam o modelo de estado e a opção político-criminal que lastreiam o pensamento de FIGUEIREDO DIAS, é chegada a hora de buscarmos a identificação da outra característica fundamental que orienta as suas construções científicas: o método.

Parte-se da indagação fundamental, relacionada à possibilidade da coexistência harmônica de dois modelos metódicos aparentemente opostos: o *pensamento sistemático* e o *pensamento problemático*.

Com efeito, dentre os diversos modelos metódicos de realização do Direito, destacam-se na atualidade aqueles voltados para uma sua maior racionalidade⁽⁵⁴⁾, ou seja, o pensamento *sistemático*, com a sua respectiva racionalidade de natureza *hermenêutica*, e o pensamento *problemático*, com a sua respectiva racionalidade fundada na *tópico-retórica*. Analisados inicialmente como opções metodológicas opostas e inconciliáveis, nada elimina a possibilidade de uma tentativa de reconstrução desses modelos metódicos a partir da integração dialética dos dois vetores que lhe são subjacentes: o *sistema* e o

ção literal do trecho a esse respeito contido na mencionada decisão: "Dass ganz geringfügige Rechtsgutsbeeinträchtigungen materiell schon den Tatbestand einer Strafnorm nicht erfüllen, auch wenn sie von dessen Wortlaut formell mit umfasst werden, ist für eine Reihe spezieller Vergehen — wie Körperverletzung, Sachbeschädigung, Freiheitsberaubung, Bestechung, Verkehrsunfallflucht — ausdrücklich anerkannt" (em síntese: o fato de que restrições mínimas de bens jurídicos não cumprem materialmente já o tipo de uma norma penal é expressamente reconhecido para uma série de delitos específicos, tais como, lesões corporais, danos materiais, privação de liberdade, suborno e fuga após causação de acidente).

(54) Em geral, parece evidenciada a tendência da modernidade para uma maior *racionalidade*, conf.: MANUEL DA COSTA ANDRADE, *Consentimento...*, cit., p. 18.

problema. Escrevendo sobre a necessidade dessa conciliação, FIGUEIREDO DIAS (55) enfatiza que deve ser abandonada a postura metodológica de se ver o Direito como um conjunto de princípios gerais e abstratos que, de forma padronizada, incidiria sobre qualquer situação concreta; mais adequada é a adoção de critérios reveladores de princípios que deverão desenvolver-se em contato com a realidade, amoldando-se à infinita variedade dessa. Com isso, buscar-se-á uma "terceira via" para o pensamento jurídico, a qual "o liberte tanto do dogma da exacta subsunção logicamente imposta como da aventura da decisão voluntarista incontrolada".

Portanto, a tônica da qual decorre a opção metodológica a seguir exposta funda-se no entendimento de que "a oposição entre o pensamento sistemático e a tópica não é, assim, exclusivista. Ambas as formas de pensamento antes se completam mutuamente interpenetrando-se, até, em parte" (56).

Postas assim as coisas, é plenamente fundada e metodologicamente aceitável a adesão ao entendimento de que "a dialéctica entre *sistema e problema* numa intenção judicativa de realização normativa é, pois, a racionalidade jurídica a considerar", postulando, por um lado, uma *validade* pressuposta e a objectivar-se em um dogmática e, por outro, uma concreta problematização praxística a exigir uma mediação judicativa (57). Exclui-se, pois, tanto uma pura tópica quanto um estrito normativismo. É dizer, "se a intenção axiológico-normativa do direito vai logrando a sua objectiva manifestação e a sua universal determinação na normatividade do sistema jurídico (...), a consideração da dimensão problemática abre continuamente o sistema e só ela permite uma realização adequada e justa (materialmente correcta e normativamente plausível) da juridicidade" (58).

Portanto, indispensável se mostra uma integração do problema no âmbito do sistema previamente estruturado, obtendo-se dessa forma o sentido e orien-

(55) JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, "A reforma do direito penal português — princípios e orientações fundamentais", *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, Coimbra, vol. XLVIII, p. 107-144, 1972, p. 118, n. 24.

(56) CLAUD-WILHELM CANARIS, *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. Trad. António Menezes Cordeiro. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989, p. 289. No mesmo sentido o pensamento de CLAUD ROXIN, *Derecho penal*, cit., p. 216, n. m. 49, que fala de uma frutífera e possível síntese, até um certo grau, entre o pensamento sistemático e o problemático.

(57) ANTÓNIO CASTANHEIRA NEVES, *O actual problema metodológico da realização do direito*, cit., p. 42.

(58) *Idem, ibidem*, p. 46.

tação para esse mesmo sistema bem como a sua necessária mobilidade. Uma via adequada para se realizar essa integração é aquela que parte da orientação teleológica. É justamente esse fator *teleológico* que imprime a mobilidade ao sistema, tornando-o apto a dar resposta aos problemas intra-sistêmicos nele gerados. É TEUBNER⁽⁵⁹⁾ quem demonstra a transformação do Direito formal clássico, de orientação normativo-formal, em um Direito teleologicamente orientado ("jurídico político-finalisticamente orientado"), enfatizando que "se é certo que não fora certamente incidental a não inclusão do método teleológico no catálogo de métodos de interpretação de Savigny nos finais do século passado, é também certo que a sua primazia sobre os restantes métodos é hoje facto mais ou menos expressamente reconhecido". À indagação de se uma interpretação jurídica teleológica, orientada às conseqüências reais, tem perspectivas de futuro enquanto método universalmente aplicável e se ela oferece um fundamento para a compreensão dogmática da *ratio legis*, responde LUHMANN⁽⁶⁰⁾ que "a interpretação teleológica do direito põe ao serviço das classificações do input uma orientação às conseqüências extremamente simplificada"; do ponto de vista técnico, "a metódica de racionalização de decisões programadas segundo um fim não opõe resistência à sua limitação jurídica mediante proibições ou condicionamentos". Já tendo sido doutrinariamente questionada, de modo satisfatório, a pertinência de uma "teleologia técnica", baseada em um finalismo tecnológico, talvez seja mais adequado reconhecer uma "teleologia prática", fundada em uma prática normatividade material, na qual os fins são intenções práticas a sustentarem juízos práticos⁽⁶¹⁾. Tem-se a partir dessa integração teleológica o abandono da idéia da Ciência Jurídica como um sistema fechado, assumindo, ao revés, uma característica aberta, implicando: enquanto "sistema científico" (sistema de proposições doutrinárias), a natureza incompleta do conhecimento científico, em virtude da sua abertura a todas as outras Ciências; enquanto "sistema objectivo" (sistema da ordem jurídica), estando sujeito à mutabilidade dos valores jurídicos funda-

(59) GUNTHER TEUBNER, "Juridificação — noções, características, limites, soluções", trad. José Engrácia Antunes, *Revista de Direito e Economia*, Coimbra, ano XIV, p. 17-100, 1988, p. 43. No mesmo sentido, com a respectiva especulação sobre o tipo de finalismo que vem implicado nessa transformação: ANTÓNIO CASTANHEIRA NEVES, *O actual problema metodológico da realização do direito*, cit., p. 37 s.

(60) NIKLAS LUHMANN, *Sistema jurídico y dogmática jurídica*, trad. Ignacio de Otto Pardo, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1983, p. 85.

(61) Neste último sentido acompanhando novamente a ANTÓNIO CASTANHEIRA NEVES, *O actual problema metodológico da realização do direito*, cit., p. 37 s.

mentais, em decorrência de ser o Direito um fenômeno situado no processo da história e, por isso, ser mutável (62).

II

Sendo assim em relação à Ciência Jurídica em geral, também na linha de superação da idéia do *Sistema Penal* como sendo um sistema acabado, fechado sobre si mesmo e sobre os seus critérios exclusivamente lógico-categoriais, defende-se hoje a idéia de um sistema aberto (63), dotado de mobilidade e historicidade (64), conseqüência mesmo da mediação efetuada pelo pensamento problemático. Trata-se de provar que o Direito Penal não pode ordenar-se em um sistema fechado nem tampouco abandonar-se a mercê de um pensamento tópico, o qual opere a margem do sistema, mas sim que, em lugar de tudo isso, se construa um sistema aberto, no qual cada novo problema seja discutido com conhecimento do sistema disponível e se resolva de um modo que possa integrar-se no referido sistema ou force a sua modificação (65). Em uma

(62) CLAUS-WILHELM CANARIS, *Pensamento...*, cit., p. 281. De se acrescer, para que não parem dúvidas, que, se o Direito positivo é fundamentalmente um sistema imóvel, ele compreende partes móveis (p. 282).

(63) JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, "Sobre o estado actual da doutrina do crime. Sobre os fundamentos da doutrina e construção do tipo-de-ilícito", *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, número especial lançamento, p. 23-52, dez. 1992, p. 28. Da mesma forma expondo a oposição que atualmente se verifica em relação a um sistema axiomático dedutivo e a tendência em se buscar uma ordem sistemática embasada em elementos juridicamente definidos — assegurando a sua conservação — mas que apresentem uma certa porosidade e vaguidade útil para garantir a abertura do sistema: ANABELA MARIA M. RODRIGUES, *A determinação da medida da pena privativa de liberdade*, cit., p. 247, n. 237. Não sendo ardoroso defensor do pensamento sistemático, ao invés, FARIA COSTA (JOSÉ FRANCISCO DE FARIA COSTA, *O perigo em direito penal*, cit., p. 139) aponta a necessidade de se perfilar de forma aberta o sistema.

(64) MANUEL DA COSTA ANDRADE, "Sobre o estatuto e função da criminologia contemporânea", *Revista da Ordem dos Advogados*, Lisboa, ano 44, p. 481-522, 1984, p. 507; A. L. CHAVES CAMARGO, "Direito penal, processo penal e dogmática jurídica", *Revista do Advogado*, São Paulo, n.º 42, p. 25-29, abr/94, p. 26.

(65) BERND SCHÜNEMANN, *Introducción...*, cit., p. 40. Em outros termos (p. 42-43): "o ideal da elaboração sistemática no Direito Penal (como na ciência jurídica, em geral) vem representado por um 'sistema aberto', que ordene e conserve os conhecimentos obtidos de modo seguro após o debate científico, porém que, por outro lado, não esteja imunizado frente à sua modificação, ou inclusive subversão, provocada pela aparição de novas soluções aos problemas ou de novos conhecimentos materiais". Já, com anterioridade, afirmava FIGUEIREDO DIAS (JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, *O problema da consciência da ilicitude em direito penal*,

palavra, do que se trata é da solução do problema em particular conforme a realidade e a liberdade de oposição intrasistemática.

Portanto, correlata à discussão travada no âmbito da Ciência Jurídica em geral, também no âmbito do *Sistema Jurídico-Penal* a questão que se coloca é a oposição entre o método sistemático e o problemático de abordagem da questão penal.

Expressão de garantia e segurança jurídica, o método sistemático em Direito Penal não diverge da sua feição elaborada em relação à Ordem Jurídica como um todo, embora aqui reforçado o seu fundamento em atenção à regra do *nullum crimen sine lege*, conduzindo, por necessidade, à existência de uma dogmática jurídico-penal. Pode ser afirmado, então, que é justamente a existência de uma estrutura dogmática, com seus elementos e princípios previamente traçados ⁽⁶⁶⁾, que assegura e informa o *Sistema Jurídico-Penal* ⁽⁶⁷⁾.

Entretanto, considerando mesmo que o Direito, em especial o Penal, é uma Ordem que incide sobre a realidade social, com as suas mais diversas implicações, um *Sistema Jurídico-Penal* fechado em termos dogmáticos pode conduzir a uma abstração desmedida das categorias penais, abandonando-se por completo os aspectos particulares do caso concreto. É de se indagar mesmo se um modelo assim erigido, ainda que formalmente correto, não poderá conduzir a resultados materialmente injustos. É dessa perspectiva que parte a tentativa de remodelação, ou mesmo re-construção, do *Sistema Jurídico-Penal*, buscando-se aqui também uma opção metódica fundada na composição entre o pensamento sistemático, a dogmática jurídica, e o pensamento problemático, adiantando-se: a política criminal.

3.ª ed., Coimbra: Coimbra Editora, 1987, p. 7) que é do problematismo próprio de cada situação que se deve partir para a determinação da totalidade normativa, acrescentando ainda que "na justa resolução do problema posto pela situação e na sua posterior integração no sistema há-de, pois, consistir a verdadeira e integral função da dogmática jurídica". A lição se repete em: JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, "Os novos rumos da política criminal e o direito penal português do futuro", *Revista da Ordem dos Advogados*, Lisboa, 1983, p. 10-11; *Idem*, *Sobre o estado actual da doutrina do crime*, cit., p. 29; JORGE DE FIGUEIREDO DIAS/MANUEL DA COSTA ANDRADE, *Criminologia*, cit., p. 95-96.

(66) Leia-se, dentre outros, como elementos, a tipicidade, a ilicitude e a culpabilidade; como princípios, exemplificativamente, o da ofensividade ou, lesividade, o da responsabilidade pessoal e o da culpabilidade.

(67) Segundo ROXIN (CLAUS ROXIN, *Derecho penal*, cit., p. 193, n. m. 2) a dogmática jurídico-penal não se limita em expor conjuntamente e tratar sucessivamente suas proposições doutrinárias, mas sim intenta estruturar a totalidade dos conhecimentos que compõem a teoria do delito em um "todo ordenado", com vistas a tornar visível simultaneamente a conexão interna dos dogmas concretos.

Enfrentando a questão do *critério de valoração* a ser adotado pelo legislador e pelo aplicador, com vistas a valorar normativamente o substrato pré-jurídico, de natureza lógico-material, com que devem lidar, FIGUEIREDO DIAS (68) afirma que ele deve ser conformado pela busca de uma solução *justa* do caso concreto que seja simultaneamente adequada ao sistema jurídico-penal. Isso supõe, segue o Autor, uma "penetração axiológica" do problema jurídico-penal, a ser feita com referência teleológica a finalidades valorativas e ordenadoras de natureza político-criminal ou, *valorações político-criminais co-naturais ao sistema*. Inequívoca também em ROXIN (69) é a idéia de que um Sistema Punitivo Estatal que se pretenda moderno, funcional, evoluído quanto à orientação às conseqüências, somente pode comprometer-se com uma função de antecipar-se e evitar a ocorrência dos conflitos; ou seja: ser inspirado por motivos de política criminal. Obtém-se, dessa forma, um sistema estruturado a partir de uma ordem conceitual, referido à realidade e orientado às finalidades político-criminais. Efetivamente, ROXIN (70) é enfático em asse-

(68) JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, *Questões...*, cit., p. 35 e s. Esclarecendo melhor as coisas, de modo a ser possível uma adequada compreensão da natureza (axiológica, normativa, fática) de cada um dos elementos que integram a Ciência Conjunta do Direito Penal, é possível acompanhar a MIR PUIG (SANTIAGO MIR PUIG, *Derecho Penal. Parte Geral*, 3.ª ed., Barcelona: PPU, 1995, p. 19) quando, advertindo previamente o aspecto demasiadamente gráfico do modelo, recorre à estrutura tridimensional do Direito, nele distinguindo uma dimensão *normativa*, outra *fática* e uma terceira *valorativa*; assim sendo, cabe dizer que a dogmática jurídico-penal se ocupa do Direito Penal como norma, a Criminologia como fato, e a política criminal como valor. Portanto, na perspectiva de que ora nos ocupamos do que se trata é de utilizar os critérios axiológicos de política criminal para a valoração *normativa* do substrato *fático*, de modo a tender a uma solução que seja não só adequada ao *Sistema* mas que também seja a mais justa possível.

(69) CLAUS ROXIN, *Derecho penal*, cit., p. 217, n. m. 52, asseverando, ademais, que as finalidades dirigentes que constituem o Sistema de Direito Penal somente podem ser do tipo político-criminal. Segundo informação segura de SILVA SÁNCHEZ (JESÚS-MARÍA, SILVA SÁNCHEZ, *Introducción...*, in: BERND SCHÜNEMANN (comp.), *El sistema moderno del derecho penal...*, cit., p. 19), o intento de construir as categorias do sistema orientando-as aos fins do Direito Penal remonta à sistemática teleológica do neokantismo, não sendo, pois, apenas um fenômeno de "moda".

(70) *Política criminal...*, cit., p. 33; Em sintonia com a análise anteriormente feita no texto sobre o modelo de estado, como fundamento constitucional do que se afirma sustenta o Autor na mesma passagem que "uma ordem estatal sem uma justiça social, não forma um Estado material de Direito, como tampouco um Estado planificador e tutelar, porém que não consegue a garantia da liberdade como no Estado de Direito, não pode pretender o qualificativo de constitucionalidade sócio-estatal". Com maestria, MIR PUIG (SANTIAGO MIR PUIG, *Derecho Penal*, cit., p. 71 e s.) invoca a tese que lhe é tão peculiar, no sentido da necessidade de se analisar

verar que o caminho acertado somente pode consistir em deixar penetrar as decisões valorativas político-criminais no Sistema do Direito Penal, de modo que sua fundamentação legal, sua clareza e legitimação, sua combinação livre de contradições e seus efeitos não estejam submetidos às vinculações do sistema positivista formal proveniente de LISZT. "A vinculação ao Direito e a utilidade político-criminal não podem contradizer-se, mas sim que devem compagnar-se em uma síntese, do mesmo modo que o Estado de Direito e o Estado Social não formam, em verdade, contrastes irreconciliáveis, mas sim uma unidade dialética". Em sentido convergente, afirma ANABELA RODRIGUES (71) que "um sistema de direito penal fundado nos valores político-cri-

a função do Direito Penal no contexto do Direito próprio de um determinado momento histórico-cultural, de acordo com a concepção do Estado em ato, para concluir que no modelo de Estado cunhado como de "Estado social e democrático de Direito" o Direito Penal deverá assumir várias funções, correlatas aos distintos aspectos que nele se combinam. Dito isso, segue também MIR PUIG sustentando que "enquanto Direito Penal de um Estado Social, deverá legitimar-se como sistema de proteção efetiva dos cidadãos, o que lhe atribui a missão de prevenção na medida — e só na medida — do necessário para aquela proteção. Isso já constitui um limite da prevenção. Porém, enquanto Direito Penal de um Estado democrático de Direito, deverá submeter a prevenção penal a outra série de *limites*, em parte herdeiros da tradição liberal do Estado de Direito e em parte reforçados pela necessidade de preencher com conteúdo democrático o Direito Penal". Demonstrando amplamente a necessidade da mencionada síntese, na Doutrina brasileira consultar LUIZ LUISI, *Os princípios constitucionais penais*, Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1991, p. 9 e ss., o qual salienta que ao incorporar os princípios do Estado liberal (*Rechtsstaats*) e do Estado social (*Sozialstaats*), e ao conciliá-los, as Constituições modernas renovam as garantias individuais mas também introduzem uma série de normas destinadas a torná-las concretas, reais, tutelando igualmente valores de interesse geral. Também sustentando que a política criminal e a dogmática jurídico-penal somente estarão adequadamente postas a serviço da luta contra o delito quando forem consideradas como unidades que produzem efeitos reciprocamente relacionados, MAURACH/ZIPF (REINHART MAURACH/HEINZ ZIPF, *Derecho penal. Parte geral I*, trad. Jorge Bofill Genzsch y Enrique Aimone Gibson, 7.^a ed., Buenos Aires: Astrea, 1994, p. 52) advertindo, contudo, que não seria correto pretender deduzir dessa conclusão algo que seja contrário à autonomia dos campos da política criminal e da dogmática jurídico-penal. As decisões de tipo valorativo, próprias da política criminal, e as novas formas de configuração que a ela compete desenvolver, representam uma forma distinta de trabalho científico, condicionam um instrumento de trabalho diverso e exigem outra classificação teórico-científica.

(71) ANABELA MARIA M. RODRIGUES, *A determinação da medida da pena privativa de liberdade*, cit., p. 245, n. 234. Digno de reprodução é, ademais, o adequado complemento feito pela Autora (*ob. loc. cit.*) em termos que: "uma ciência penal reconhecidamente valorativa e essencialmente crítica que não enjeite a sua responsabilidade política implica, *de lege ferenda*, uma política criminal autenticamente política e não apenas tecnocrática — que fixe os objectivos que o direito penal deve perseguir, com a conseqüente abertura da sua possibilidade de crítica; e,

minais visa uma construção dogmática vizinha da realidade. Uma estreita ligação entre normas jurídicas e realidade social é a premissa para a construção de um sistema que aspira a uma perspectiva de praticabilidade".

Concretamente, do que se trata na metodologia aqui versada é da adoção no âmbito penal do *racionalismo teleológico-funcional* (*Zweckrationalismus*), fundado na perspectiva de se estabelecer uma conexão direta entre os elementos integrantes do *Sistema Jurídico-Penal* e a sua respectiva função; a esse respeito prognosticando COSTA ANDRADE (72), menos em tom profético, que tudo permite antecipar que esta impostação virá a influenciar e co-determinar decisivamente o futuro (mais próximo) da dogmática penal, inaugurando uma nova etapa a ser acrescentada às grandes fases encontradas na trajetória da nossa Ciência.

Consequência prática dessa opção metodológica é, pois, a de que as categorias e os conceitos básicos da dogmática jurídico-penal devem ser *determinados e cunhados* a partir de proposições político-criminais e da função que por estas lhes é assinalada no sistema. Assim, quando a dogmática jurídico-penal estuda os conceitos básicos integrantes da noção de infração penal — ação, tipi-

de *lege lata*, uma dogmática 'criadora', essencialmente orientada no sentido das finalidades político-criminais da lei, que não só constitua a superação de uma dogmática 'cega', 'de costas para a realidade', mas também evite uma dogmática acrítica e puramente técnica".

(72) MANUEL DA COSTA ANDRADE, *A "dignidade penal" e a "carência de tutela penal"...*, cit., p. 174. É o mesmo COSTA ANDRADE (MANUEL DA COSTA ANDRADE, *Consentimento...*, cit., p. 21) quem, após reforçar que o *racionalismo funcional* pressuposto por este paradigma envolve uma re-orientação do sistema penal na direção da fronteira do *out-put*, tornando-o aberto aos dados mediatizados pela representação cognitiva e zetética do real, o distingue da *sistemática teleológica* de SCHMIDHAUSER (Autor alemão que também preocupou-se com a modelação teleológica do *Sistema jurídico-Penal*. Em palavras mais do que simples, a distinção entre os dois modelos reside em que, enquanto SCHMIDHAUSER procura orientar teleologicamente o *Sistema* tendo por referência um elemento que lhe é imanente, ou seja, a pena ou a punibilidade da conduta, o *racionalismo funcional* (Roxin e outros) toma como referência a própria função transcendente do *Sistema*: a proteção ao bem jurídico essencial dos danos que podem provocar perturbações socialmente intoleráveis da convivência social constitucionalmente sancionada. À referência teleológica de SCHMIDHAUSER podemos associar também o sistema teleológico de RADBRUCH (G. RADBRUCH, "Zur Systematik der Verbrechenslehre", in: *Fest. f. Frank*, 1930, p. 156), o qual afirma que "os elementos do delito devem ser deduzidos dos fins da pena". Todavia, tendo sempre presente a advertência bem posta por FIGUEIREDO DIAS (JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, *Sobre o estado actual da doutrina do crime*, cit., p. 26) no sentido de que a opção por um sistema teleológico-funcional e teleológico-racional não implica na recusa à intervenção de considerações axiológicas, de pontos de vista de valor, de critérios de validade e de intencionalidades normativas no *Sistema jurídico-Penal*, tampuco significa um pronunciamento favorável a argumentos de pura "tecnologia social".

cidade, ilicitude, culpabilidade, punibilidade — não os deve ela tomar em si e por si mesmos, ou derivá-los de considerações lógicas, filosóficas ou metafísicas, mas sim “construí-los como unidades funcionalizadas à consecução dos propósitos, das finalidades, do *telos* político-criminal que o sistema jurídico-penal lhes assinala”. Disso resulta que, de ciência competente para atuar apenas no plano da reforma penal, não podendo ser levada em conta pelo jurista a não ser no plano *de iure constituendo*, a política criminal passa a ser competente para definir, em último termo, os *limites da punibilidade* (73).

Exemplificando, a partir dessa opção metodológica o conceito material de crime deixa de ser deduzido a partir de idéias vigente a *se* em qualquer ordem extra-jurídica e extra-penal, devendo, ao revés, ser buscado no horizonte de compreensão imposto ou permitido pela própria função — leia-se, político-criminal — que ao direito penal se atribua no sistema jurídico-social, correspondendo dessa forma ao sentido *teleológico-funcional* da opção em análise. Por sua vez, o sentido *racional* dessa opção se dá “na medida em que o conceito material de crime vem assim a resultar da função do direito penal de *tutela subsidiária (ou de ‘ultima ratio’) de bens jurídicos dotados de dignidade penal (de ‘bens jurídico-penais’)*; ou, o que é dizer o mesmo, de *bens jurídicos cuja lesão se revela digna de pena* (74).

Salientando que da elaboração sistemática de exigências do Estado de Direito não se pode obter nenhum argumento favorável à contraposição entre Direito Penal e política criminal ou contrário à sistematização segundo pontos de vista de político-criminais, afirma ROXIN (75) que isso não significa que a política criminal dogmática e a legislativa tenham as mesmas competências; uma semelhante hipótese equipararia o juiz com o legislador e infringiria o princípio da divisão de poderes e da legalidade. Diversamente, a dogmática tem que exercer a política criminal no marco da lei, ou seja, dentro dos limites da interpretação. Esclarecendo, o Direito Penal é a forma, a veste, atra-

(73) JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, *Questões...*, cit., p. 41. Também para RUDOLPHI (HANS-JOACHIM RUDOLPHI, “El fin del derecho penal del estado y las formas de imputación jurídico-penal”, trad. Jesús-María Silva Sánchez, in: BERND SCHÜNEMANN (comp.), *El sistema moderno del derecho penal: cuestiones fundamentales*, Madrid: TECNOS, p. 81-93, 1991, p. 81) “o conteúdo e pressupostos tanto das normas penais de conduta como das normas penais de sanção devem ser determinados, assim mesmo, a partir dos fins e objetivos de um Direito penal estatal”.

(74) JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, *Questões...*, cit., p. 62.

(75) CLAUS ROXIN, *Derecho penal*, cit., p. 224 e 225. Do que se trata, na verdade, é da necessidade de que as concretas categorias do delito sejam desenvolvidas e sistematizadas a partir da sua função político-criminal.

vés da qual se exteriorizam as proposições de política criminal no *modus* da validade jurídica; vale isso por dizer, a política criminal somente pode exteriorizar-se através das normas de Direito Penal, respeitando os princípios estruturais deste último.

Por sua vez, segundo FIGUEIREDO DIAS (76), "as proposições político-criminais não-de ser, também elas, procuradas dentro do quadro de valores integrantes do consenso comunitário e mediados ou 'positivados' pela Constituição democrática do Estado". Ou seja, se na perspectiva aqui considerada a política criminal é trans-sistemática em relação ao Direito Penal, ela deve ser imanente à concepção do Estado plasmada na Constituição. Assim, se a política criminal pode ser o elemento integrador do *Sistema*, não se lhe reconhece, porém, um primado absoluto por sobre as demais Ciências Criminais; não se lhe negando o papel trans-sistemático, exclui-se a sua consideração como elemento totalizador desse mesmo *Sistema*. Com COSTA ANDRADE (77): na recuperação da *gesamte Strafrechtswissenschaft* a sua *unidade funcional* não poderá ser construída em um sentido unívoco, com o primado absoluto de alguma das Ciências Criminais; ao revés, o modelo global de Ciência Penal deverá adotar um sentido policêntrico, edificado a partir de cada um dos setores do *Sistema*.

Pode ser afirmado, então, que a partir da mencionada opção metodológica a relação entre política criminal e dogmática jurídico-penal não é o da introdução de um âmbito no outro, mas sim uma questão de otimização da colaboração entre ambos, de modo que, antes de se tratar de uma unidade sistemática, adequadamente se reconhecerá a existência de uma *unidade cooperativa* ou uma *unidade funcional* entre as duas disciplinas (78).

(76) JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, *Os novos rumos da política criminal e o direito penal português do futuro*, cit., p. 12. Evidenciando o ambiente secularizado em que se encontra o Direito Penal no tempo presente, ANABELA RODRIGUES (ANABELA MARIA M. RODRIGUES, *A determinação da medida da pena privativa de liberdade*, cit., p. 237) enfatiza a primazia e transcendência da política criminal em relação ao Direito Penal, consolidando a sua autonomia frente a este.

(77) MANUEL DA COSTA ANDRADE, *Sobre o estatuto e função da criminologia contemporânea*, cit., p. 517.

(78) JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, *Questões...*, cit., p. 44. Esclarecendo esta *unidade funcional*, temos que "a relação da política criminal com a dogmática jurídico-penal não se apresenta como um problema de incorporação de um campo no outro, mas sim como uma questão de cooperação ótima entre ambas", formando uma unidade cooperativa, conf.: REINHART MAURACH/HEINZ ZIPF, *Derecho penal. Parte geral I*, cit., p. 53. Atente-se para o fato que a mudança metodológica versada no texto encontra-se exposta também na Obra por último citada, p. 54.

Portanto, é esta opção metodológica que se afina com o modelo de estado objeto da análise na primeira parte do texto, na medida em que se as considerações de natureza sistemática são adequadas à segurança e tutela da liberdade individual inerente ao Estado de Direito, as ponderações problemáticas de natureza político-criminais hão de conduzir à satisfação dos reclamos do Estado Social, numa intenção materializada no respeito à dignidade humana; tudo, enfim, voltado, antes que para uma estéril organização lógico-sistemática, para a solução do caso concreto que seja, a um só tempo, *justa e adequada* (79).

Em síntese conclusiva é possível afirmar que os postulados básicos de que se nutre o pensamento de FIGUEIREDO DIAS são: um modelo de *Estado de Direito, Democrático e Social, Material, fundado na eminente dignidade da pessoa humana*, com a respectiva opção político criminal fundada na necessidade de intervenção; a opção pelo método *racional teleológico-funcional (Zweckrationalismus)*, centrado na orientação político-criminal do *Sistema Jurídico-Penal*. Sem hesitação, são esses os dois aspectos que se encontram na base da já inesgotável construção científica de FIGUEIREDO DIAS, especificamente projetando conseqüências práticas importantíssimas em relação a todo o universo das Ciências Jurídico-Criminais.

(79) Devendo ser escrupulosamente obedecida esta ordem.