PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DO RIO GRANDE DO SUL
FACULDADE DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM CIÊNCIAS CRIMINAIS
MESTRADO EM CIÊNCIAS CRIMINAIS

TIAGO LORENZINI CUNHA

PRINCÍPIOS DO MERECIMENTO DE PENA E DA NECESSIDADE DE PENA COMO FUNDAMENTO DA PUNIBILIDADE E SEUS REFLEXOS NA INTERPRETAÇÃO E APLICAÇÃO DO ART. 59 DO CÓDIGO PENAL

Porto Alegre
2016

TIAGO LORENZINI CUNHA

PRINCÍPIOS DO MERECIMENTO DE PENA E DA NECESSIDADE DE PENA COMO FUNDAMENTO DA PUNIBILIDADE E SEUS REFLEXOS NA INTERPRETAÇÃO E APLICAÇÃO DO ART. 59 DO CÓDIGO PENAL

Dissertação para ser apresentada em banca no Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais, Mestrado em Ciências Criminais pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul.

Área de concentração: Sistema Penal e Violência

Linha de Pesquisa: Sistemas Jurídico-Penais Contemporâneos

Orientador: Prof. Dr. Paulo Vinícius Sporleder de Souza

Porto Alegre

2016

Ficha Catalográfica

C972p Cunha, Tiago Lorenzini

Princípios do merecimento de pena e da necessidade de pena como fundamento da punibilidade e seus reflexos na interpretação e aplicação do artigo 59 do Código Penal / Tiago Lorenzini Cunha . – 2016.

179 f.

Dissertação (Mestrado) – Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais, PUCRS.

Orientador: Prof. Dr. Paulo Vinícius Sporleder de Souza.

1. Merecimento de pena. 2. Necessidade de pena. 3. Punibilidade. 4. Hermenêutica. 5. Art. 59 do Código Penal. I. Souza, Paulo Vinícius Sporleder de. II. Título.

Elaborada pelo Sistema de Geração Automática de Ficha Catalográfica da PUCRS com os dados fornecidos pelo(a) autor(a).

TIAGO LORENZINI CUNHA

PRINCÍPIOS DO MERECIMENTO DE PENA E DA NECESSIDADE DE PENA COMO FUNDAMENTO DA PUNIBILIDADE E SEUS REFLEXOS NA INTERPRETAÇÃO E APLICAÇÃO DO ART. 59 DO CÓDIGO PENAL

Dissertação para ser apresentada em banca no Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais, Mestrado em Ciências Criminais pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul.

Área de concentração: Sistema Penal e Violência

Linha de Pesquisa: Sistemas Jurídico-Penais Contemporâneos

Orientador: Prof. Dr. Paulo Vinícius Sporleder de Souza

Aprovada em: ____ de _____ de 2016.

BANCA EXAMINADORA

_____
Orientador: Prof. Dr. Paulo Vinícius Sporleder de Souza - PUCRS

_____
Examinador(a): Prof.(a).

_____
Examinador(a): Prof.(a).

AGRADECIMENTOS

À sabedoria dos mais velhos que permitiu a compreensão futura de suas realizações. Iluminar o caminho possui, de fato, mais valor do que conquistar uma solução inquestionável.

À minha família e aos meus amigos; em especial, aos meus pais, que guiando minha formação, tornaram-me um homem pensante. Obrigado pela tolerância e paciência; admiro em vocês a coragem de educar seu filho em tempos tão negros.

À minha segunda mãe, com quem dividi tantas angústias e desesperanças; sem receber nada em troca, ensinou-me o valor da humildade.

À Profª. Drª. Ruth Maria Chittó Gauer, a possibilidade de me mostrar outros mundos, os quais, sem saber, precisava desesperadamente conhecer. Obrigado pelas imprescindíveis aulas que levarei com carinho em minha jornada acadêmica; não pelo conhecimento, mas por conhecimento. Sim, há uma diferença.

Ao meu orientador, Prof. Dr. Paulo Vinícius Sporleder de Souza, agradeço os inestimáveis conselhos, as sugestões, os ensinamentos e a amizade durante esta jornada. Mais ainda, obrigado por estar sempre presente, sol ou chuva, quando precisava de forças e incentivo para continuar. Agora, ao fim de um especial momento, lembro-me com orgulho do começo e, por isso, só tenho a agradecer aos irmãos Sporleder de Souza.

Ao Prof. Dr. Fábio Roberto D'Avila, que, tendo participado da minha banca de qualificação, incentivou-me a rever propostas e delimitações deste estudo. Obrigado pela gentileza e afeto.

Aos professores deste emérito e distinto Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais, agradeço a oportunidade de ouvi-los e, assim, aprender com gigantes de nossa época a quem tenho grande estima e carinho há anos.

A *mi maestro* Diego-Manuel Luzón Peña, em razão de termos conversado várias e várias vezes em suas obras.

E, por fim, às Forças Maiores que me tornam vivo e justo, pois, sem elas, nada existiria. Era verdade, uma gota de luz no oceano de nossa doutrina.

"A tarefa não é tanto ver aquilo que ninguém viu, mas pensar o que ninguém ainda pensou sobre aquilo que todo mundo vê."

(Arthur Schopenhauer)

RESUMO

Esta dissertação tem como objetivo aprofundar o estudo jurídico-penal sobre os princípios do merecimento de pena e da necessidade de pena como fundamento da punibilidade e seus reflexos na interpretação e aplicação do art. 59 do Código Penal brasileiro. Para tanto, é utilizado o método de revisão bibliográfica, com o intuito de alcançar a hipótese de que os princípios jurídico-penais do merecimento de pena e da necessidade de pena, enquanto fundamento da punibilidade, inserem-se como critérios de interpretação e sistematização dos tipos penais e de análise do injusto praticado – para o legislador e o magistrado respectivamente. Razão pela qual, as considerações – especialmente – de política criminal estariam para além do injusto culpável, isto é, não poderiam ser amparadas pela tipicidade, a antijuridicidade e a culpabilidade (teoria clássica do delito). Dessa forma, são abordados, sobretudo, os reflexos da punibilidade e seus princípios para a interpretação e aplicação do art. 59 do CP, assim como um limite epistemológico ao poder da discricionariedade judicial. Isso porque não há atualmente unanimidade na doutrina acerca do alcance do significado material e da função do merecimento de pena e/ou necessidade de pena no atual estado da dogmática penal. Esses conceitos, amplamente estudados pela doutrina alemã – ("S*trafwürdigkeit"* e "*Strafbedürftigkeit"*, respectivamente) –, e que são utilizados não só como fundamento de uma aproximação entre o Direito Penal e a Política Criminal como ainda acabaram por impulsionar inúmeros esforços em outras expressões de nossa doutrina, particularmente, em uma orientação teleológica e sistemática da dogmática jurídico-penal, seriam também pressupostos da categoria punibilidade – ou ainda, para alguns, dissolvidos dentro ou fora da estrutura do delito. Nesse sentido, a importância de discutir o núcleo legitimador das condições objetivas de punibilidade, das escusas absolutórias e outras causas que isentem ou impeçam a imposição de uma pena; assim como a proposta de rigor ou flexibilização da teoria do delito em um novo conceito (material) de crime.

Palavras-chave: Merecimento de pena. Necessidade de pena. Punibilidade. Hermenêutica. Art. 59 do Código Penal.

ABSTRACT

This thesis aims to deepen the criminal legal study on the principles of merit and worth of the need for punishment as the basis for criminal liability and its impact on the interpretation and application of art. 59 of the Brazilian Penal Code. Thus, the literature review method is used, in order to achieve the hypothesis that the legal and penal principles of the worthiness and the need for punishment, as the basis of punishing, are inserted as criteria for interpretation and systematization of criminal and analysis of the types practiced unfair - for the legislator and the magistrate respectively. For this reason, the considerations - especially - criminal policy would be beyond the culpable unfair, that is, they could not be supported by the typicality, the unlawfulness and the culpability (classical theory of the crime). In this way, the effects of criminality and its principles for the interpretation and application of art. 59 PC, above all, are approached as well as an epistemological limit to the power of judicial discretion. This is because there is no unanimity currently in the doctrine of the scope of the material meaning and of the function of the penalty merit and / or need to punishment in the current state of criminal dogmatic. These concepts, widely studied by the German doctrine - ("Strafwürdigkeit" and "Strafbedürftigkeit" respectively) - and which are used not only as the basis for a rapprochement between the Criminal Law and Criminal Policy. They also boost numerous efforts in other expressions of our doctrine, particularly in a teleological orientation and systematic criminal legal dogmatic, they would also be assumptions of criminality category - or, for some, dissolved in or out of the offense structure. In this sense, the importance of discussing the legitimizing core of the objective conditions of criminality, of absolving excuses and other causes that exempt or prevent the imposition of a penalty; as well as the proposal of stringency or flexibility of crime theory in a new concept (material) of crime.

Keywords: Merit of Punishment. Necessity of Punishment. Punishment. Hermeneutics. Art. 59 of Penal Code.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO..... 10
1 PRINCÍPIOS JURÍDICOS-PENAIS DO MERECIMENTO DE PENA E DA NECESSIDADE DE PENA..... 15
1.1 APROXIMAÇÃO DA DOGMÁTICA JURÍDICO-PENAL E DA POLÍTICA CRIMINAL..... 15
1.2 MERECIMENTO DE PENA E NECESSIDADE DE PENA: CONTEÚDO JURÍDICO-VALORATIVO E SISTEMÁTICO..... 25
1.2.1 Natureza jurídica (princípios) do merecimento de pena e da necessidade de pena: consequências jurídicas ao utilizarmos a expressão "princípio"..... 32
1.2.2 Princípio do merecimento de pena..... 36
1.2.2.1 Dignidade penal do bem jurídico..... 36
1.2.2.2 Dignidade penal da conduta..... 42
1.2.3 Princípio da necessidade de pena..... 47
2 DEFINIÇÃO, TERMINOLOGIA E LOCAL DA PUNIBILIDADE..... 58
2.1 CONTEÚDO JURÍDICO-VALORATIVO E SISTEMÁTICO..... 58
2.2 PUNIBILIDADE, PUNIÇÃO E PENA..... 64
2.3 O ESPAÇO DA PUNIBILIDADE NA ESTRUTURA SISTEMÁTICA DO DELITO..... 66
2.4 PRESSUPOSTOS DE PUNIBILIDADE..... 69
2.4.1 Dos diversos fundamentos materiais dos pressupostos de punibilidade: interesses político-criminais, de política geral/extrapenais ou por razões de oportunidade e conveniência do legislador..... 69
2.4.2 Condições objetivas e escusas absolutórias da punibilidade..... 76
2.4.2.1 Momento jurídico-valorativo..... 76
2.4.2.2 Princípios do merecimento de pena e da necessidade de pena como fundamento material da punibilidade e de seus pressupostos..... 84
2.4.2.3 Condições objetivas e procedimentais..... 93
2.4.2.4 Causa pessoal de exclusão de pena e causa de anulação (liberação/levantamento) da pena..... 95
3 PUNIBILIDADE, INTERPRETAÇÃO E APLICAÇÃO DO ARTIGO 59 DO

CÓDIGO PENAL..... 99
3.1 O PAPEL DO JUIZ NA INTERPRETAÇÃO E NA APLICAÇÃO DOS TIPOS PENAIS..... 99
3.1.1 O papel das normas em relação ao direito penal..... 102
3.1.2 O papel do juiz na interpretação e na aplicação das normas jurídicas: novos horizontes na (pré)compreensão da hermenêutica filosófica..... 112
3.1.3 A redação do art. 59 (*in fine*) do CP e a possível relação com os princípios do merecimento de pena e da necessidade de pena..... 126
3.1.3.1 A flexibilização do conceito do delito de Wolter e Freund..... 134
3.1.3.2 O rigor dogmático do conceito do delito de Kuhlen..... 142
3.1.3.3 O conceito material do delito de Frisch..... 145
4 CONCLUSÃO..... 156
REFERÊNCIAS..... 172

INTRODUÇÃO

Na atualidade, o pensamento teleológico-funcionalista de Roxin – defendido pelo autor nos anos 1970 – tem incentivado investigações em relação a uma nova abertura do pensamento moderno na compreensão do direito penal através da ideia de uma adequada correção dos fins do direito penal, baseado em critérios (funções) político-criminais e não em soluções meramente "lógico-conceituais",[1] na intenção de tentar superar a contraposição tradicional daquilo que é dogmaticamente correto e o que é político-criminalmente satisfatório.[2]

Nesse sentido, a defesa de uma unidade de diálogo entre a política criminal e a ciência do direito penal aconteceria por meio de decisões de valor da política-criminal de forma a penetrar a sistemática do direito penal,[3] a fim de vincular um próximo passo no "verdadeiro *status* da dogmática".[4]

Em outras palavras, continua sendo necessário refletir acerca não só da identidade de determinados temas da política-criminal, mas também da possibilidade de que essas novas exigências valorativas possam compatibilizar-se com a atual estrutura tradicional de nossa dogmática penal e do próprio delito, conferindo ao delito realidade prática (social).

Por certo, se vivemos "em tempos de política criminal",[5] também estamos então em um momento de nossa dogmática penal de pensar como integrar a conveniência de determinadas considerações político-criminais na construção do sistema do delito.[6] Para tanto, a discussão acerca da punibilidade, nas últimas décadas, mostra-se como um importante marco desse problema de investigação em termos do fortalecimento e da procura por um fundamento político-criminal coerente para a ciência penal.

---

[1] ROXIN, Claus. **Política criminal e sistema jurídico-penal**. Tradução de Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2012, p. 20; 90-99. Antes do surgimento dessa tese de Roxin, chamamos a atenção para a chamada "ciência conjunta (total ou global) do direito penal", isto é, a influência do estudo da criminalidade e da política criminal, ainda no século XIX, já afetava a dogmática penal. Apontamos essa revisão à DIAS, Jorge de Figueiredo. **Questões fundamentais do direito penal revisitadas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 21-25. Essa indicação, também foi realizada por ROXIN, Claus, ibidem, p. 2, nota 2.

[2] SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **Aproximação ao direito penal contemporâneo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 123.

[3] Ibidem, p. 20 e ss.

[4] Sobre a necessidade de fortalecimento do sistema do Direito Penal e seu verdadeiro *status* SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **Aproximação ao direito penal contemporâneo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, ibidem, p. 122 e ss.

[5] DIAS, Jorge de Figueiredo. **Questões fundamentais do direito penal revisitadas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 21.

[6] SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María (ed.). **Política criminal y nuevo derecho penal (Libro Homenaje a Claus Roxin)**. Barcelona: Bosch, 1997, p. 100.

Tendo em vista tais considerações, os princípios político-criminais do merecimento de pena e da necessidade de pena como fundamento da punibilidade e seus reflexos na interpretação e aplicação do art. 59 do Código Penal é tema desta dissertação. De maneira delimitada, nosso recorte de trabalho são os princípios político-criminais do merecimento de pena e da necessidade de pena como fundamento da noção de punibilidade. Isso porque, como categoria dogmática, a punibilidade exerce sobre os princípios da política criminal (merecimento e necessidade) função de união entre esses dois campos do conhecimento, agindo como expressão concreta e prática das condições objetivas, das escusas absolutórias e outras causas que limitam a legítima intervenção do Estado Democrático de Direito.

A relação da punição com o Direito, tendente a adotar conceitos fechados, não limita o objeto de sua aplicação ou proteção, mas incentiva o relativismo das categorias da teoria do delito, ou seja, do crime. Em outras palavras, poderíamos questionar quais são os reflexos da punibilidade baseada nos princípios jurídico-penais do merecimento de pena e da necessidade de pena, na ciência da dogmática jurídico-penal?

O adjetivo jurídico-penal é aplicado ao questionamento apresentado (e não o termo político-criminal) porque, apesar do merecimento de pena e da necessidade de pena serem princípios da política criminal, busca-se aproximá-los ao Direito Penal. Essa percepção é uma maneira de demonstrar que esses conceitos poderiam ser, futuramente, apresentados como princípios jurídico-penais. Isso significa dizer que o Direito Penal possui inúmeros princípios jurídico-penais, salientamos, pois, que o merecimento de pena e/ou a necessidade podem ser um deles – por isso a não utilização da expressão *político-criminal*. Essa proposta de abordagem configura o problema de pesquisa desta dissertação.

Dessa maneira, o objetivo geral deste trabalho é aprofundar o estudo jurídico-penal sobre os princípios do merecimento de pena e da necessidade de pena como fundamento da punibilidade e seus reflexos na interpretação e aplicação do art. 59 do CP. Os objetivos específicos são: a) revisar as tentativas (modelos) de união entre a política criminal e o Direito Penal; b) demonstrar que as condições objetivas da punibilidade, as escusas absolutórias e outras causas limitadoras da pena são expressões concretas e práticas da categoria de punibilidade ou, minimamente, afetadas pelo âmbito da última em sentido amplo; c) revisar a pré-compreensão necessária e, portanto, hermenêutica para a interpretação e aplicação dos tipos penais, em especial, o art. 59 do CP.

É importante salientar que não se tratará dos fins (sociais) da pena. Em uma linha de tempo, discutiremos um momento anterior: o da legitimidade dos pressupostos de punibilidade; relação com o delito. A discussão sobre a punibilidade é um caminho para

chegar à legítima intervenção penal, à legitimidade dos pressupostos que autorizariam determinada pena.

Para alcançar os objetivos explicitados, como este trabalho possui a finalidade de expor os princípios jurídico-penais do merecimento de pena e da necessidade de pena enquanto fundamento da punibilidade, será utilizado o método de revisão bibliográfica. Esperamos, por meio dessa revisão bibliográfica, alcançar a hipótese de que os princípios jurídico-penais do merecimento de pena e da necessidade de pena, enquanto fundamento da punibilidade, inserem-se como critérios de interpretação e sistematização dos tipos penais e de análise do injusto praticado – para o legislador e o magistrado respectivamente. Dessa forma, assentam as bases para estabelecer o limite, a função e o alcance das expressões concretas da punibilidade: as condições objetivas, as escusas absolutórias e outras causas que afetam a legitimidade da intervenção penal. Outra hipótese é a de que a punibilidade pode ser reconhecida como elemento da teoria do delito.

A existência desta dissertação justifica-se porque o Direito Penal caminha, na atualidade, em direção a um diálogo com a política criminal. Através das concepções teleológico-funcionalistas – iniciadas por Roxin na década de 70 – que visam a vincular determinado conteúdo político-criminal ao âmbito do Direito Penal, a fim de conceder particularmente à teoria do delito e seus pressupostos dogmáticos (a ação típica, ilícita e culpável) realidade prática. O grande dilema é saber quais fundamentos de política criminal estariam aptos a desenvolver uma coerente e íntegra dogmática jurídico-penal, sem que comprometam as basilares teorias e os princípios já construídos, no sentido do próprio Direito Penal que está posto até o momento.

No Brasil, assim como em outros países, encontramo-nos em um momento de pensar as condições objetivas de punibilidade, as escusas absolutórias e outras causas de limitação da intervenção penal. Isso porque a doutrina dominante defende que, quanto ao delito, a pena não pode ser imposta por razões de oportunidade e conveniência do legislador, ou ainda, por razões de política criminal. Por conseguinte, para interpretar e aplicar essas hipóteses, é preciso conhecer as razões, bem como desenvolver a ciência do Direito Penal.

O merecimento de pena e a necessidade de pena apresentam-se capazes de reorganizar e possibilitar esse encontro do fundamento político-criminal que estaria, segundo as correntes teleológico-funcionalistas, para além do injusto culpável. Isso significa dizer que as considerações de política criminal não poderiam estar abarcadas pelo elemento da ação, da tipicidade, da ilicitude e da culpabilidade, mas sim entrelaçadas às valorações jurídico-penais

dispostas a compreender a teoria do delito, através da punibilidade, como uma importante discussão a ser desenvolvida no sentido de fortalecer o Direito Penal atual. Tais correntes funcionalistas, em suas mais distintas expressões possibilitam a reflexão acerca da adequação de determinada finalidade político-criminal (orientação teleológica) frente às exigências valorativas na teoria do delito e à ideia de um sistema do Direito Penal.

Ademais desta introdução, no que tange à organização da dissertação, o primeiro capítulo apresenta a fundamentação necessária de pressupostos mínimos de coerência e segurança jurídica entre a aproximação da dogmática penal e a política criminal. Diálogo esse assegurado, para parte da doutrina, nos princípios do merecimento de pena e/ou da necessidade de pena como forma de sistematização de determinados conteúdos político-criminais (orientação teleológica), dentro do direito penal e do delito.

Assim sendo, no capítulo intitulado *Princípios jurídico-penais do merecimento de pena e da necessidade de pena*, é abordada a aproximação das duas áreas em pauta, a saber, a dogmática jurídico-penal e a política-criminal. Esse capítulo também trata do conteúdo jurídico-valorativo em sua dimensão sistemática; discorre sobre os conceitos de merecimento de pena e da necessidade de pena; e, por fim, aborda a questão do merecimento de pena e da necessidade de pena enquanto princípios limitadores de punição.

No segundo capítulo da dissertação, intitulado *Definição, terminologia e local da punibilidade*, será revisado o atual estado da punibilidade frente às novas exigências políticas e principiológicas do primeiro capítulo, com a intenção de discutir a falta de realidade prática (social) do delito na busca pelo fundamento político-criminal (unidade conceitual e valorativa) das chamadas condições objetivas de punibilidade, as escusas absolutórias e os demais casos (pressupostos de punibilidade). Dessa maneira, as condições e as escusas da punibilidade são contextualizadas. Também é discutido qual o espaço da punibilidade na sistematização da estrutura do delito.

Por fim, será abordada no terceiro capítulo, intitulado *Punibilidade, interpretação e aplicação do artigo 59 do Código Penal*, a (pré)compreensão necessária e, por isso hermenêutica, que serve de alicerce para a interpretação e a aplicação dos tipos penais, da mesma forma que motiva a compreensão da teoria do delito compatível com o sistema de normas.

Se for certo que "a teoria do crime é um instrumento de compreensão e aplicação das normas penais e um veículo de desenvolvimento do sistema penal",[7] então continua sendo necessário refletir sobre a compatibilização da estrutura dos elementos tradicionais do delito e harmonia com a teoria das normas, fundadas em um sistema de valorações. Assim sendo, o estudo que se apresenta não poderia estar completo – se citamos anteriormente a falta de realidade prática do injusto – sem fazermos considerações da própria realidade do processo penal. Nesse sentido, sem uma criteriologia razoável ou mínima de interpretação e aplicação dos fundamentos materiais que autorizam uma legítima pena pelo Estado social e democrático de Direito (através dos princípios materiais do merecimento de pena e da necessidade de pena), será, portanto, cada vez mais complexa a tarefa de refletir sobre o questionamento: Até onde se pode institucionalizar a coerção penal?[8] Qual seria o limite dessa coerção frente à necessidade de punir do Estado?

A aposta em um sistema teleológico-funcional do direito penal, cada vez mais próxima da política criminal, parece constituir-se como um necessário caminho a ser percorrido para refletir acerca dos questionamentos apontados. Isso significa dizer que a correta função da política criminal dentro do sistema do direito penal deve versar não só sobre o limite do *ius puniendi* do Estado frente à sua legitimidade material mas também sobre a conformação do valioso rol de princípios constitucionais de nossa democracia com os princípios basilares de nossa dogmática jurídico-penal.

[7] COSTA PINTO, Frederico de Lacerda da. **A categoria da punibilidade na teoria do crime**. Coimbra: Almedina, 2013, t.2, p. 950.
[8] BIANCHINI, Alice. **Pressupostos materiais mínimos da tutela penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 20.

CONCLUSÃO

A nova era do direito penal não traz apenas novos desafios mas novas exigências para a construção de suas bases ou pilares racionais mediante uma metodologia teológico-funcional que consiga integrar determinados critérios/fundamentos/princípios político-criminais reitores dentro do delito e da dogmática penal enquanto um sistema valorado teleologicamente. Em verdade, além de exigências político-criminais, surgem novas possibilidades de construir um novo caminho racional que permita o encontro de uma harmonia entre o que seria a falta de realidade prática da dogmática penal e as soluções político-criminais que tentam corrigir a organização da estrutura dogmática a partir da reivindicação de um espaço político-criminal na teoria clássica do delito.

Assim sendo, o fato punível como é conhecido na formulação de uma ação típica, antijurídica e culpável precisa ser reescrito à luz de uma nova categoria dogmática que permita dialogar sistematicamente com essas categorias formais, sacrificando o mínimo do postulado teleológico que cada conceito ou elemento que compõe o sistema de análise do crime não pode abdicar-se, isto é, cada categoria desse modelo dogmático já é parte integrante e perfeita de acordo com a evolução de nossa dogmática jurídico-penal, que as construiu sob as representações de modernos conceitos e *topos* que estão abarcadas por cada momento de análise do crime.

Diante desse contexto, é cada vez mais difícil na modernidade manter uma fronteira irrestrita e intangível entre o direito penal e a política criminal, pois uma verdadeira dogmática jurídico-penal que necessita ser edificada sob uma visão científica e crítica permite-nos concluir que a ciência criminal deve ser composta por uma aproximação entre esses dois campos do conhecimento, a fim de buscar um diálogo que assegure a segurança jurídica do direito positivo. Dessa forma, não se pretendeu estabelecer uma integração absoluta entre esses campos do saber – o que destruiria a identidade e os limites que são impostos a cada um desses campos –, mas um esforço mínimo de aproximação entre os princípios de uma política criminal e as categorias de análise do crime. Um entendimento como esse consegue flexibilizar a teoria do crime a cumprir motivações reais ou práticas (sociais) sem regredir a soluções lógico-conceituais ou lógico-dedutivas fundadas em um rigor dogmático que está distante de uma política criminal racional, pelo fato de apegar-se ainda a um sistema axiomático ou perfeito (fechado) que nem sempre consegue ir além da categoria da culpabilidade e da legitimidade formal do poder de punir do Estado.

Mais do que a difícil missão do Estado em proteger todos os indivíduos e assegurar a proteção de bens jurídicos, não raras vezes, por meio da punição, é preciso reorganizar as premissas teóricas que estão ausentes nessas indagações, ou seja, apontar qual a classe de bens jurídicos que devem ser protegidos pelo direito penal, qual o limite da intervenção jurídico-penal e qual deve ser a função de nossa dogmática jurídico-penal nesse sentido. Em outras palavras, é importante destacar que a discussão acerca da legitimidade *ius puniendi* do Estado é uma reflexão não somente sobre o limite, a justificação e a fundamentação sobre a faculdade do Estado (Luzón Peña, 2012) em auferir ou impor uma punição em sentido *lato sensu* mas sobre a função do direito penal substantivo.

Por esse motivo – e por todos os demais expostos neste estudo – é que a discussão que envolve a punibilidade e os seus pressupostos (condições objetivas de punibilidade, escusas absolutórias e outras causas que limitam ou excluem a imposição de uma pena), bem como a procura por seus fundamentos materiais (os princípios do merecimento de pena e da necessidade de pena) é que possuem minimamente a possibilidade de garantir uma legitimidade material do direito penal subjetivo, haja vista a função da dogmática penal que deve ter como fim: a garantia dos direitos fundamentais do indivíduo perante o poder do Estado, um limite à intervenção penal e uma conquista irreversível do pensamento democrático (Muñoz Conde, 1975).

Se por um lado não é coerente encorajar que o sistema do delito seja ampliado mediante soluções político-criminais discrepantes, haja vista que reduziria o âmbito dogmático à subserviência da política criminal e, assim, a perda de sentido de um direito penal já consolidado na história; por outro lado, são os princípios do merecimento de pena e da necessidade de pena que conseguem proporcionar, pela via da justificação material, um reforço argumentativo não só na tarefa de introduzir considerações político-criminais no sistema do direito penal, mas introduzir na própria política criminal considerações dogmáticas, isto é, demonstrar que a adição de conteúdos político-criminais na estrutura clássica do delito não possui contradição alguma com o direito penal, porém há a necessidade de cultivar uma racionalidade que consiga ir além de meras decisões políticas do legislador senão também voltadas à aplicação judicial.

Diante dessas considerações, os princípios do merecimento de pena e da necessidade de pena como fundamento da punibilidade e seus reflexos na interpretação e aplicação do art. 59 do Código Penal foi o tema desta dissertação. Nesse sentido, nossa pretensão foi também demonstrar como esses princípios de política criminal poderiam tornar-se princípios jurídico-penais para o direito penal, como fundamento material da punibilidade e de seus pressupostos.

Além disso, ratificamos nossa premissa de que os princípios do merecimento de pena e da necessidade de pena inserem-se na dogmática jurídico-penal como critérios de interpretação e sistematização dos tipos penais e de análise do injusto praticado tanto para o legislador quanto para o magistrado.

Em apertada síntese, foi nossa intenção no primeiro capítulo colocar em relevo as contribuições dos princípios do merecimento de pena e da necessidade de pena para o campo da política criminal, com certo consenso teórico razoável, tais institutos são princípios materiais de interpretação, verificação e sistematização para a construção da lei positiva e das condutas a serem protegidas e, por isso, criminalizadas pelo legislador. Por outro lado, já no segundo capítulo, as contribuições desses princípios para a dogmática penal se transformam no ponto de maior dissenso teórico deste estudo, pois haverá quem introduza *à fórceps* esses princípios em uma determinada categoria do delito ou as dissolva em todas as categorias de análise do crime; ou mesmo, entenda por bem as fixar em uma quarta e autônoma categoria do delito, a punibilidade.

Finalmente, no terceiro capítulo, as contribuições desses princípios para o processo penal, especialmente em analogia com o art. 59 do CP, representam um terceiro passo na via de aproximar as fronteiras que separam o direito penal e o processo penal, isto é, compreender que o processo penal não é apenas um alargamento ou prolongamento do direito penal material, mas um direito processual penal que, em comum, compartilha uma mesma questão de estudo com a dogmática jurídico penal, como compatibilizar a teoria do delito com o sistema de normas a evitar decisionismos, riscos à democracia e um arbítrio ilimitado do poder da discricionariedade judicial do juiz. Nessa linha argumentativa, tais problemáticas suscitadas recebem o auxílio por meio dos princípios do merecimento de pena e da necessidade de pena ao termos analisado duas discussões importantes que têm tratado parte da doutrina alemã, a proposta de um sistema integral do direito penal, bem como um novo conceito material de crime (Wolter; Freund; Kuhlen; Frisch, 2004).

Essas delimitações fazem-nos crer que os princípios do merecimento de pena e da necessidade de pena são os fundamentos político-criminais e materiais, mas não processuais da punibilidade e de seus pressupostos. Isso porque, por mais que não possa haver uma cisão entre o fundamento político-criminal e o fundamento material da punibilidade, uma vez que este estudo foi desenhado na intenção de enxergar as similaridades entre esses dois saberes como forma de aproximação na busca pela unidade conceitual – o conteúdo – dos princípios do merecimento de pena e da necessidade; e, ainda, os princípios gerais do direito penal vigente (legalidade, subsidiariedade, fragmentariedade, intervenção mínima, insignificância)

são também princípios político-criminais (merecimento de pena e necessidade de pena) que atuam como limites ao poder de punir do Estado e como referenciais vinculados aos fins do sistema do direito penal. Todavia, por mais que uma política criminal racional (dogmática) possa oferecer um meio de racionalização da aplicação judicial (Silva Sánchez, 2004), somente esse entendimento não nos convence a aceitar os princípios em estudo como fundamento processual da punibilidade e de seus pressupostos, haja vista os problemas apartes que ensejam a idealização de um sistema integral do direito penal, um sistema global capaz de abarcar o delito, o processo penal e a política criminal.

Em contrapartida, confirmamos as premissas iniciais deste estudo de que se nem toda conduta deve ser punível, mesmo que haja uma ação típica, ilícita e culpável, em face dos casos que diminuam ou isentem a imposição de uma pena (condições objetivas, escusas absolutórias e outras causas de levantamento, renúncia, exclusão ou suspensão da punibilidade) por falta de merecimento de pena e de necessidade de pena; também nem todos os bens jurídicos podem tornar-se bens jurídico-penais, uma vez que lhes faltaria, em determinados casos, dignidade penal do bem jurídico para constituírem-se como bens jurídicos merecidos de tutela penal. Visão essa que se constatou, em especial, a partir da ideia de Roxin e Figueiredo Dias sobre uma concepção minimalista do direito penal, isto é, a proteção subsidiária de bens jurídicos.

Mais ainda, rejeitamos a concepção que predomina na doutrina tradicional no tratamento das condições objetivas de punibilidade, das escusas absolutórias e outras causas de limitação da intervenção penal, ou também, quando uma delas (escusa absolutória) concorre com uma outra (condição objetiva de punibilidade) – e, assim, também o entendimento majoritário no Brasil – de que em tais hipóteses a pena não pode ser imposta por meras razões de oportunidade e conveniência do legislador, ou mesmo, por motivos de política criminal. Esse entendimento, apenas acentua a falta de tradição no país com um tema complexo e heterogêneo como esse, isto é, esconde a verdadeira reflexão a ser realizada no entorno dessas questões, a procura pela identidade ou pelo conteúdo jurídico-valorativo (os limites) do que estaria por de trás dessas frágeis fundamentações, as quais, no entanto, precisam ser confrontadas com o estudo acerca da idoneidade e do alcance dos princípios do merecimento de pena e da necessidade de pena como forma a integrar um mundo paralelo e difuso de causas que são um "cajón de sastre" (Luzón Peña, 2012) e as unidades capazes de integrá-las em um só âmbito dogmático e sistemático.

No complexo processo de criminalização das condutas a serem valoradas pelo legislador, ou dito de outra forma, em relação às condições materiais mínimas que devem

exigir uma conduta para que possam ser passíveis de tutela jurídico-penal e, por isso, de imposição de uma pena (consequência jurídico-penal); os princípios do merecimento de pena e da necessidade de pena atuam no plano político-criminal racional (dogmático-material) como critérios de verificação, interpretação, sistematização ou correção dos sistemas penais positivos (Romano, 1995), dos tipos penais e na elaboração da dogmática penal atual (Roxin, 2012; Luzón Peña, 1995) como categorias heurísticas de política criminal (Romano, 1995) e para a construção da lei positiva (Luzón Peña, 1995). Numa palavra: são critérios de organização e sistematização para a interpretação das normas que estão por detrás dos tipos penais e da reorganização dos princípios gerais do direito penal, a fim de corrigir os espaços político-criminais que estão para além da culpabilidade e reservados à punibilidade, no sentido de auxiliar no desenvolvimento do sistema do delito e do direito penal, que devem ser construídos de forma crítica.

Ademais, é pouco útil aceitarmos que somente o caráter fragmentário e subsidiário do direito penal possa contribuir no complexo processo de condutas que devem ser criminalizadas pelo legislativo, pois não saberíamos quais são os bens jurídicos que merecem e/ou necessitam de proteção jurídico-penal; saberíamos apenas, de forma insuficiente, que o direito penal não pode proteger todos os bens jurídicos e que essa dogmática penal precisa ser sempre a *ultima ratio* do sistema penal – sentimos muito, mas como dissemos durante todo este estudo, isso não é dizer nada sobre a dificuldade do legislador e do magistrado em valorar os fatores materiais que culminarão na imposição de uma pena.

Nesse sentido, a importância dos dois elementos que compõem a base do princípio do merecimento de pena e de seu juízo jurídico-valorativo, que demonstram o merecimento de tutela jurídico-penal: a dignidade penal do bem jurídico e a dignidade penal da conduta, que atuam de maneira conjunta para identificar a função e o limite de proteção penal pelo Estado, pois, por mais que possa haver a dignidade penal do bem jurídico, nem sempre haverá dignidade penal da conduta em virtude da ausência ou diminuição da intensidade dessa ameaça ao bem através da realização de uma conduta típica, ilícita e culpável. E, inversamente, também poderá haver uma ação grave que lesione um bem valioso à sociedade (dignidade penal da conduta), porém que não seja anteriormente um bem digno de proteção penal (dignidade penal do bem jurídico), haja vista que se trataria, por exemplo, da punição da moral, do sentimento, da honra, da homossexualidade, da pornografia, entre outros; e não, bens dignos de tutela perante a Constituição.

No primeiro elemento do princípio do merecimento de pena – a dignidade penal do bem jurídico –, freia-se especialmente a atuação punitiva do Estado de modo a estabelecer um

limite imperativo (constitucional) na tomada de decisões do legislador na complexa tarefa de definir os bens que se mostrem dignos de serem protegidos. Por outro lado, no segundo elemento do princípio do merecimento de pena – dignidade penal da conduta – avalia-se a intensidade do ataque ao bem jurídico tutelado e a reprovação dos comportamentos com repercussão social para além dos limites aceitados por meio do princípio da adequação social e pelo princípio da insignificância.

Ademais, nem sempre o fato merecedor de pena será necessitado de pena, caso haja outro meio disponível que seja eficaz e menos ofensivo que o penal e que demonstre, assim, a efetiva necessidade da sanção por meio do direito penal. Dessa forma, por serem princípios, tanto o princípio do merecimento de pena quanto o princípio da necessidade de pena não possuem um caráter absoluto, visto que são normas complementares (Humberto Ávila, 2005) que sempre precisaram de complementação de sentido através de outras normas. Assim, o princípio da necessidade de pena presta então auxílio como fundamento material complementar ao legislador-dogmático (Souza, 2004) antes de sua efetiva intervenção infraconstitucional, ou seja, é permitido agir nos casos em que falharem outros meios da política social ou da política jurídica que se mostrarem insuficientes e inadequados (Figueiredo Dias, 1999).

Tais conclusões nos permitem ir contra às críticas, de um lado, aos princípios do merecimento de pena e da necessidade de pena em relação à incerteza sobre a sua natureza jurídica (identidade) e o seu alcance, em decorrência que seriam esses princípios somente uma nova tendência ou manifestação política dos novos tempos de política criminal sem aplicabilidade ou relevância para o sistema dogmático e do delito; simplesmente, um novo rótulo da expansão do direito penal vigente. E, de outro lado, superar a visão tautológica dos princípios do merecimento de pena e da necessidade de pena, isto é, merece pena o que se necessita de pena e se necessita de pena o que merece pena.

No capítulo intitulado *Definição, terminologia e local da punibilidade*, revisamos o atual estado da punibilidade frente às novas exigências políticas e principiológicas do primeiro capítulo, com a intenção de discutir a falta de realidade prática (social) do delito no encontro pelo fundamento material (unidade conceitual e valorativa) das denominadas condições objetivas de punibilidade, as escusas absolutórias e outros casos de ausência ou diminuição da punibilidade (pressupostos de punibilidade). Aliás, foi discutido qual o espaço da punibilidade na sistematização da estrutura do delito.

De fato, o encontro da harmonia do edifício da estrutura do delito e, por isso, dos limites acerca da conduta punível não chegou ao fim com a categoria da culpabilidade (Roxin,

2014), pois há uma série de questões relevantes para o direito penal que somente podem ser resolvidas dentro da punibilidade (Flávio Gomes, 2003). No entanto, a construção dos elementos e categorias de análise do crime não é um mero jogo conceitual (Roxin, 2014) ou edifício estético (Silva Sánchez, 2011); é antes um trabalho sobre os pilares racionais do direito penal (fins) a partir da introdução de princípios político-criminais reitores dentro da teoria do delito enquanto um sistema valorado de forma teleológica e hermenêutica. Nesse sentido, os princípios do merecimento de pena e da necessidade de pena não são um método capaz de dispersar realidade prática a todas as categorias de análise do crime, mas um método compreendido diante de uma circularidade que se preocupa em circunscrever uma determinada realidade político-criminal apenas dentro de uma categoria específica, a punibilidade.

Tal orientação tenta demonstrar que um método específico de análise jurídico-valorativa (funcional-teleológica) encontra os seus limites não de maneira ilimitada (*ad infinitum*), mas com pretensão de complementaridade; precisa ser compreendido à luz de escopos racionais que se fundam não em um sentido literal de diversos conceitos (na ação, na tipicidade, na ilicitude e na culpabilidade), mas na dimensão hermenêutica de um elemento adicional (a punibilidade). Diante disso, a punibilidade é uma ponte hermenêutica a esses elementos e não os princípios do merecimento de pena e da necessidade de pena.

Do contrário, em nada contribuirão os princípios do merecimento de pena e da necessidade de pena, pois seriam essas categorias formais do delito já aptas a desenvolver todo e qualquer conteúdo político-criminal, o que implicaria – na melhor das hipóteses – a diluição dos princípios do merecimento de pena e da necessidade de pena nos elementos tradicionais do delito. Além disso, esses princípios não são círculos secantes dessa estrutura tradicional, porque não secam ou corrigem um fato típico, ilícito e culposo, mas secam ou corrigem um outro momento valorativo (a punibilidade) que assegura ou impede a imposição de uma pena por presença ou falta de uma ação punível do ponto de vista político-criminal.

Entretanto – e dando ouvidos à paranoia –, alguém poderia perguntar se não é possível cindir o fundamento material do fundamento político-criminal da punibilidade, isto é, a contribuição dos princípios do merecimento de pena e da necessidade de pena no plano político-criminal do plano dogmático, como é possível defender a correção de um espaço político-criminal em apenas parte da estrutura do delito e não em todas as categorias de análise do crime? Porém, essa aparece contradição esconde uma contradição ainda maior que precisa ser trazida à tona como resposta a esse questionamento: qual a vantagem de construir um fundamento material (dogmático) que não fosse político-criminal, mas que deveria ser

utilizado sob amparo da punibilidade e de seus pressupostos para corrigir a falta de um espaço político-criminal no delito? Ora, dito de maneira direta, a verdadeira provação a ser levantada é: 1) por que se haveria de construir um fundamento material (dogmático); 2) que não seja político-criminal; e 3) para corrigir a falta de um espaço político-criminal no delito.

Tais reflexões têm o objetivo de evidenciar que não é coerente ou teleologicamente recomendável que determinadas considerações político-criminais sejam introduzidas no delito através de fundamentos materiais (dogmáticos) que não sejam também político-criminais, isto é, seria a incoerência de esperar que um fundamento material sem natureza político-criminal pudesse circunscrever um espaço político-criminal dentro da estrutura clássica do delito. Nesse sentido, ao orientar de forma teleologicamente adequada a matéria de regulação político-criminal no delito, a punibilidade não é só uma categoria material mas é o único elemento de análise do crime que tem condições de circunscrever através dos princípios do merecimento de pena e da necessidade de pena o lugar da política-criminal na dimensão do fato punível.

Em outros termos, se os princípios do merecimento de pena e da necessidade de pena determinam sozinhos quando uma conduta será punível e, assim, a imposição de uma pena; não haveria sentido a punibilidade, bem como que esses princípios estivessem dentro dessa categoria, visto que seriam elementos superiores de análise do crime. Não obstante, se a punibilidade pudesse determinar sozinha quando uma conduta fosse punível e, assim, a imposição de uma pena; não haveria sentido os princípios do merecimento de pena e da necessidade de pena, visto que a punibilidade não precisaria desses fundamentos materiais. Pelo contrário, é o que se tentou revisar e desenvolver neste estudo, que em determinados casos, mesmos havendo uma ação típica, ilícita e culpável, podemos não ter uma ação punível por falta de merecimento e necessidade de pena em relação a punibilidade do agente; os princípios do merecimento de pena e da necessidade de pena como fundamento material da punibilidade e de seus pressupostos.

São esses os casos em que se constatam a presença de uma condição objetiva de punibilidade, de uma escusa absolutória e de outras causas que afetam de modo a reduzir ou eliminar o âmbito da punibilidade e, por isso, a imposição de uma pena àquele agente, pois, como no caso das escusas absolutórias previstas no art. 181 do CP brasileiro, a eleição do legislador pela preservação do valor família na Constituição, haja vista o art. 226 da Carta Magna, fez com que a conduta praticada naquelas hipóteses específicas do Código Penal, mesmo que constituam uma ação típica, ilícita e culpável, a conduta não é punível, pois não é merecida e nem necessitada de pena. Em uma palavra: diante da presença de um dos

elementos do princípio do merecimento de pena, nesses casos, a dignidade penal do bem jurídico releve-se o merecimento de proteção de um bem digno de tutela penal em face dessa opção constitucional legislativa e, dessa forma, a falta de merecimento de pena. Ademais, há a falta de necessidade de pena, tendo em vista a ilegitimidade do sistema penal para punir a dimensão familiar, já que há outros meios menos graves (extra-penais) para sancionar o agente sem necessidade de voltar-se ao poder punitivo do Estado.

Essas explanações e delineações entorno do conteúdo e sistematização dos princípios do merecimento de pena e da necessidade de pena através da punibilidade e de seus pressupostos auxiliam-nos a compreender a discussão que é travada com relação à punibilidade acerca de qual seria a sua posição sistemática na estrutura do delito e, assim, se a inclusão da punibilidade da estrutura clássica do delito seria a repetição do juízo definitivo da ação típica, ilícita e culpável; bem como outra questão levantada em decorrência da punibilidade enquanto sua função conceitual e sua função estrutural no delito como aponta parte da doutrina (Bustos Rubio, 2015; Cobo del Rosal, 1982; Carvalho, 2008, entre outros).

Assim sendo, não é razoável sacrificar a função conceitual da punibilidade – a necessidade de encontro de seus fundamentos materiais – pela função estrutural da punibilidade – qual deve ser o espaço da punibilidade nesse esquema dogmático – no sistema do delito. Discordamos de Bustos Rubio e Cobo del Rosal quando afirmam que a punibilidade não é parte estrutural do delito, mas consequência dele, pois, no sistema do fato punível, toda a ação ou omissão típica, antijurídica e culpável configurariam os pressupostos (fundamentos) da punibilidade de um fato e, portanto, a adição da punibilidade na teoria clássica do delito implicaria a imposição de uma pena por uma conduta duplamente punível.

Em verdade, se o fundamento material da punibilidade como nota conceitual deveria ser uma ação típica, antijurídica e culpável, tais elementos essenciais não necessitariam de mais uma nova categoria elementar de análise do crime, porque antes da necessidade de arguir pela defesa e pela análise da punibilidade como parte integrante da teoria do delito, o fato punível já seria perfeitamente representado e valorado mediante tais categorias formais. No entanto, a importância da punibilidade para a teoria do crime, em sentido material, é antes em sua função conceitual do que em sua função estrutural, isto é, seu fundamento material são os princípios do merecimento de pena e da necessidade pena e, em matéria de seus pressupostos (condições objetivas, escusas absolutórias e outras causas de diminuição ou ausência de intervenção penal), esses princípios também servem como fundamentos dentro da categoria da punibilidade. Em outras palavras, os pressupostos de punibilidade, a nosso entender, não

são a ação típica, ilícita e culpável, mas essas figuras que diminuem ou isentam a imposição de uma pena na dimensão da punibilidade e de seus fundamentos materiais.

Essa realidade que se formulou enfrenta confusões classificatórias e consequenciais na dimensão dessa nova categoria dogmática. Isso porque não é aceitável que não se deva separar dois momentos jurídico-valorativos dos pressupostos de punibilidade em decorrência da autonomização da punibilidade na estrutura clássica do delito. De um lado, esses pressupostos possuem uma natureza heterogênea sob diferentes razões percebidos pela doutrina (razões ou interesses político-criminais, de política geral/extrapenais, motivos de oportunidade e conveniência do legislador, a distinção entre norma primária e secundária, merecimento e/ou necessidade de pena, subsidiariedade, etc.); e, de outro, a adição da punibilidade como categoria autônoma ao delito não deve justificar-se em relação ao número escasso de casos de condições objetividade, escusas absolutórias, entre outras causas, na doutrina e na jurisprudência, que sirvam de fundamento capaz de legitimar a inclusão desses pressupostos dentro da punibilidade (Carvalho, 2008).

Diante disso, a punibilidade somente pode adentrar a estrutura de análise do crime, abarcando, de qualquer sorte, esses pressupostos, através dos fundamentos materiais dos princípios do merecimento de pena e da necessidade de pena. Não sendo possível o caso concreto (o fato a ser analisado) determinar qual será o fundamento material a ser aplicado; é antes o trabalho do direito penal demonstrar quais serão esses fundamentos materiais a serem utilizados na prática diária dos tribunais pelos magistrados. Do contrário, que direito penal é esse que se rende à casuística e ao empirismo cotidiano em vez de buscar os seus fundamentos racionais de análise do crime?

Mais ainda, sobre esses limites traçados por nós, tentamos ir além das críticas acerca da possibilidade de que os princípios do merecimento de pena e da necessidade de pena cortariam a estrutura do delito como um machado sob o argumento de que seriam legitimados por oportunidade e conveniência do legislador; ou que seriam esses princípios mera emanação e, por isso, dissolvidos nas categorias do delito; ou, por fim, um tal processo de expansão que o direito vem sofrendo nas últimas décadas em virtude da inclusão de determinados conteúdos político-criminais em tensão com a dogmática jurídico-penal (Carvalho, 2014).

Finalmente, no capítulo intitulado *Punibilidade, interpretação e aplicação do artigo 59 do Código Penal*, abordamos a necessidade de uma (pré)compreensão hermenêutica que serve de alicerce para a interpretação e para a aplicação das normas que estão por de trás dos tipos penais, sejam elas normas de conduta e normas de sanção, ou ainda, determinadas normas sociais que possam gerar expectativas contrafáticas para a sociedade em relação à

preservação da paz e da convivência pacífica dos indivíduos. Nesse sentido, refletimos sobre duas realidades em mesmo universo fenomenológico, quais sejam, o conjunto de normas que conferem legitimidade ao sistema penal, de um lado, e como interpretar e aplicar essas normas, de outro. Aliás, também foi nosso objetivo analisar a compreensão da teoria do delito compatível com o sistema de normas, um novo conceito material de crime, o chamado sistema integral do direito penal e a contribuição do merecimento de pena e da necessidade de pena sob a divisão entre normas primárias (normas de conduta) e normas secundárias (normas de sanção). Todas essas investigações são oportunas para analisar a analogia com a possibilidade de que o art. 59 do CP pudesse, por meio do legislador, ter estabelecido previamente dois critérios materiais para a imposição de uma pena, isto é, os princípios do merecimento de pena e da necessidade de pena.

De qualquer sorte, ao questionarmos até onde se pode institucionalizar a coerção penal (Bianchini, 2002), ou mesmo, qual seria o limite dessa coerção frente à necessidade de punir do direito penal subjetivo; utilizamos o entendimento de que o direito penal não é todo o controle social (Muñoz Conde, 2005) – ou a parte mais relevante da construção de uma dinâmica dentro de um determinado campo social –, não só as normas jurídico-penais (normas de conduta e normas de sanção) são elementos de controle social mas as normas sociais, isto é, ambas as dimensões são relevantes para determinar a legítima imposição de uma pena ou uma válida justificação da coerção do poder punitivo do Estado. Tal entendimento nos é precioso no sentido de evitar alguns dos equívocos entorno de uma parcial verdade que permeia a pena como instrumento de controle social repressivo e preventivo do Estado.

O primeiro desses equívocos, portanto, é acreditar que o conjunto normativo e a compreensão sobre a qual recai não a forma (o método), mas as condições de possibilidade de interpretar e aplicar essas normas também não são instrumentos de controle social repressivo e preventivo do Estado. A imposição de uma pena em decorrência da aplicação de determinado dispositivo legal de forma automática e literal, em desrespeito a uma norma constitucional superior acentua não só um sujeito escravo das estruturas jurídicas (um intérprete escravizado pelo texto) como deslegitima as próprias finalidades de um direito penal racional orientado à proteção das garantias fundamentais e construído a partir de uma legitimidade material principiológica (os princípios do merecimento de pena e da necessidade de pena). Por outro lado, a imposição de uma pena em virtude da vontade do sujeito em desacordo com o sistema constitucional vigente demonstra não só um indivíduo que por meio de sua vontade ou convicção imotivada se mostra como proprietário das possibilidades de se

punir alguém no caso concreto (um intérprete proprietário do sentido de um texto) mas, novamente, viola os fins materiais e racionais que devem ser fundados o direito penal vigente.

Diante dessas delimitações, a virada filosófica que possibilitou uma nova era de filosofia da linguagem e, por isso, a importância dos trabalhos de Heidegger em uma filosofia hermenêutica (círculo da compreensão) e de Gadamer em uma hermenêutica filosófica (círculo hermenêutico) se dão nessa fusão de horizontes, na qual não se espera que o ato de interpretar o sentido de um texto seja a subserviência do sujeito pelo objeto ou pela essência imanente dessa estrutura estática ou que seja a apropriação do sentido literal de um texto (ou intenção jurídica para (Castanheira Neves, 2003) por esse indivíduo que enxerga e vê tudo por uma vontade onipotente; não, tal fusão insere-se em um contexto em que a linguagem é o *médium* universal em que se realiza a própria compreensão (Heidegger, 2005). Além disso, concordamos com Gadamer, que dentro da circularidade hermenêutica, a interpretação começa com preconceitos (conceitos prévios) que, ao longo dessa compreensão fenomenológica, precisa substituir essa visão prévia por conceitos mais adequados em um novo projeto de sentido.

Essa constatação se propõe a criar um freio epistemológico para que o julgador possa, de fato, motivar as decisões judiciais e não "suas" decisões judiciais, pois a sentença não é "sua", é apenas um empréstimo simbólico da legitimidade e do poder punitivo do Estado. Para a interpretação e aplicação de um determinado dispositivo legal, o juiz deve compreender-se dentro de uma circularidade (traçar um círculo imaginário) que, ao segurar os seus impulsos prévios, permite que ele se faça a seguinte pergunta: existe alguma norma, regra ou princípio constitucional que impediria a aplicação desse dispositivo legal que estou por aplicar?

O segundo equívoco em aceitar somente que a pena é o único instrumento de controle social repressivo e preventivo do poder estatal se dá, em analogia com Silva Sánchez, quando a sanção punitiva em sua perversidade estatal através do rigor da pena privativa de liberdade é a única forma para justificar a proteção dos indivíduos e da ordem social como combate ao fenômeno da violência, esquecendo que a redução da violência punitiva estatal deve ser, não obstante, um dos fins do direito penal moderno. Sobre essa visão, compartilhamos desse viés teórico do autor, o qual menciona o preço a ser pago por tal retrocesso dogmático: a flexibilização das garantias e dos princípios político-criminais, dos limites para a imputação criminal, da criação de novos tipos penais para reprimir os atos violentos da sociedade, dentre outras expansões da dogmática penal.

A violência, enquanto um problema complexo, não deve ser compreendida isoladamente pelo direito penal. Um direito penal racional construído a partir de fundações

racionais (os princípios do merecimento de pena e da necessidade de pena) precisa ater-se as causas sociais, econômicas e políticas que afetam a violência. Nesse sentido, a cultura do ódio propagada por determinados setores sociais que utilizam o direito penal e o poder repressivo e preventivo do Estado como forma de combate à violência através de sua causa reitora, a impunidade – haja vista que essa seria a grande causa da violência, pois não? –, somente fortificam as bases de um direito penal irracional e injustificado que atribui a essa dogmática a tarefa de superlotação do cárcere, isto é, um direito penal do cárcere, um direito penal da violência, um direito penal expansivo e um direito penal do ódio; pois seria preciso que ele atuasse contra tudo e contra todos quando, em verdade, deveria atuar somente em determinadas situações que demonstrassem serem merecidas e/ou necessitadas de proteção penal e, por isso, de intervenção jurídico-penal. Em uma palavra: tentamos aqui quebrar com um ciclo de ódio como fundamento (fim) do direito penal, ou melhor dizendo, ir contra a cultura do ódio a dar solução com ódio ao problema de ódio da violência.

Finalmente, sobre os pilares racionais (principiológicos) que devem ser edificados a dogmática jurídico-penal, em termos de encontro de uma unidade conceitual que permita assegurar um certo rigor dogmático sem deixar de flexibilizar parte da estrutura tradicional do delito (a punibilidade) enquanto exigências político-criminais; são os princípios do merecimento de pena e da necessidade de pena que conseguem avaliar a capacidade de rendimento de uma determinada estrutura dogmática, pela via material, sem modificar a identidade dos elementos e categorias que compõe a teoria do crime, pela via formal. Os princípios do merecimento de pena e da necessidade de pena não são categorias do delito, mas fundamentos materiais ulteriores ao fato típico, antijurídico e culpável que, por isso, precisam ser abarcados pela punibilidade e seus pressupostos.

Aliás, é devido ao caráter complementar desses princípios que se consolida uma preocupação acerca da adequação entre o problema e a solução esperada dentro de um conceito material de crime, ou ainda, no sistema do delito, isto é, para solucionar através de postulados político-criminais o problema de falta de realidade prática (social) do delito não faz sentido corrigir o todo da estrutura (todos os elementos tradicionais do crime) e não apenas parte do todo (no espaço reservado à punibilidade). Isso porque a modificação do todo (todas essas categorias formais) representaria um novo conceito de crime sacrificando a identidade ou idoneidade de toda essa estrutura dogmática. Todavia, é a modificação apenas de parte do todo (na punibilidade) que possibilita o desenvolvimento de um novo conceito de delito sem interferir na harmonia e na segurança jurídica de um rigor dogmático que antecede

a própria discussão atual – e, assim, outras discussões a parte – que se faz em relação à punibilidade.

Tal distinção que fazemos é preciosa, porque tem a intenção de evidenciar que, do ponto de vista teleológico da construção de um edifício sistemático do delito, a estrutura de análise do crime pode ser somente flexibilizada até um certo limite, isto é, até que a adição de um determinado conteúdo político-criminal nesse sistema não comprometa as bases sobre as quais ele está assentado, de modo que sobre a pretensão da distribuição de uma sistematicidade no delito não se abalem teleologicamente as raízes sobre as quais ele esteja enraizado.

Mais ainda, para responder à indagação levantada neste estudo – quais circunstâncias materiais podem transformar um fato em um delito (Frisch, 2004) – não podemos esquecer nenhum dos fatores materiais que possam ser determinantes para imposição de uma pena (Silva Sánchez, 2004), isto é, em nossa visão, não podemos esquecer dos princípios do merecimento de pena e da necessidade de pena e sua relevância para o sistema do delito. Diante dessa provocação, discordamos de Frisch acerca de um conceito material de crime por meio da prática de um injusto merecido e necessitado de pena. O que converte um fato em um delito é uma ação típica, antijurídica, culpável e também punível, pois os princípios do merecimento de pena e da necessidade de pena não são o centro gravitacional da teoria do delito, mas o centro de sustentação da punibilidade e de seus pressupostos, isto é, são o meio-termo racional (fundamento material) que, através da punibilidade e de seus pressupostos, interagem para constatar ou afastar a presença de uma conduta punível.

Os princípios do merecimento de pena e da necessidade de pena não interferem na avaliação de uma ação ou omissão típica, antijurídica e culpável, haja vista que os pilares racionais de cada elemento dessa estrutura já possuem suas próprias ferramentas e construções dogmáticas em decorrência de outros princípios legitimadores. Concordamos com Souza, quando diz que o direito penal, possuindo princípios igualmente legitimadores da dogmática penal e da política criminal, tais princípios fundamentam e limitam, assim, a teoria geral do crime, isto é, amparado em uma ideia de sistematicidade, há princípios reitores em toda a construção da estrutura do delito: uma função típica exercida pelo princípio da legalidade na ação típica, uma função antijurídica exercida pelo princípio da ofensividade na ação antijurídica e uma função culpável exercida pelo princípio da culpabilidade na ação culpável. Assim sendo, tal posicionamento de Souza nos permite dar um próximo passo no sentido de entender que há uma função punível que deve ser exercida através dos princípios

do merecimento de pena e da necessidade de pena – ou para o autor, princípios da dignidade penal e da necessidade penal – na ação punível.

Ainda sobre a complementaridade que deve haver entre os princípios do merecimento de pena e da necessidade de pena, rejeitamos o entendimento de Silva Sánchez em relação à divisão entre norma primária e secundária a partir dos critérios de merecimento de pena e da necessidade de pena, uma vez que, para o autor, a ideia de merecimento de pena poderá relativizar a ideia de necessidade de pena em decorrência de uma maior amplitude conceitual. Isso porque, segundo Costa Pinto, isso nem sempre acontecerá, haja vista que a ideia de necessidade de pena pode, em determinados casos, relativizar também o merecimento de pena. Ratificamos, portanto, nossa adesão ao caráter de aproximação desses princípios nos moldes compreendidos por Costa Andrade: deve haver uma distribuição igualitária entre valor racional (merecimento de pena, ou dignidade penal para o autor) e racionalidade (necessidade de pena, ou carência de tutela penal para o autor).

Em nosso entender, é possível que se compreenda, desde que se construa doutrinariamente essa premissa, que no art. 59 do CP estão presentes os princípios do merecimento de pena e da necessidade pena nos termos "suficiente" e "necessário", respectivamente. O modelo de sistema do delito que melhor convém a tal visão, no âmbito de determinação de uma pena como prolongamento desse sistema, é o de Frisch, porque, desde uma concepção iusfilosófica, tenta legitimar o direito penal vigente sob o amparo dos critérios do merecimento de pena e da necessidade de pena a partir de um conceito de delito e de pena. O conceito de pena de Frisch possibilita também circunscrever os espaços político-criminais de aplicação das hipóteses contidas nos incisos I e II desse dispositivo legal. Todavia, já no âmbito da sistematicidade de um conceito material de crime, discordamos de Frisch na construção pensada pelo autor, pois o merecimento de pena e a necessidade de pena não nos convence que sejam categoriais superiores ou centrais em relação ao delito; são antes princípios fundamentadores da punibilidade e de seus pressupostos e, assim, interagem com a punibilidade e seus pressupostos, mas não com as categorias do conceito de crime.

No modelo idealizado por Wolter, rejeitamos essa proposta em analogia com o art. 59 do CP porque, nesse sistema, tanto o merecimento de pena quanto a necessidade de pena e a punibilidade configuram modelos superiores de análise do crime, ocasionando uma quebra dos elementos tradicionais do crime; em que pese haveria benefícios em prolongar algum dos três níveis idealizados pelo autor (o merecimento, a necessidade e/ou punibilidade do injusto culpável) para o sistema do processo penal e, portanto, para o sistema de determinação de uma pena em analogia com as hipóteses III e IV do art. 59 do CP.

No sistema de Freund, também não concebemos nenhuma analogia com o art. 59 do CP, haja vista a absolutização da ideia de necessidade de pena nessa construção dogmática, como criticado por Frisch e Silva Sánchez. Por fim, não é razoável nenhuma analogia nesse dispositivo legal em decorrência da proposta de Kuhlen, pois se estaria tratando de uma visão política e meramente acientífica como advertida, principalmente, por Frisch.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoría de la argumentación jurídica**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1989.

ÁLVAREZ VIZCAYA, Maite. La excusa absolutoria de los delitos patrimoniales: artículo 268 del CP. In: **Estudios jurídicos en memoria de José María Lidón**. Bilbao: Universidad de Deusto, 2002.

AMELUNG, Knut. Contribución a la crítica del sistema jurídico-penal de orientación político-criminal de Roxin. In: SCHÜNEMANN, Bernd (Compilador). **El sistema moderno del derecho penal**: cuestiones fundamentales. Estudios en honor de Claus Roxin en su 50.° aniversario. Madrid: Tecnos, 1991.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 4.ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

BECK, Ulrich. **A Europa alemã***:* de Maquiavel a «Merkievel»: estratégias de poder na crise do euro. Lisboa: Edições 70, 2013.

BIANCHINI, Alice. **Pressupostos materiais mínimos da tutela penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**: parte geral. 17.ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

BITTAR, Walter Barbosa. **A punibilidade no Direito Penal**. São Paulo: Almedina, 2015.

_____. **As condições objetivas de punibilidade e as causas pessoais de exclusão da pena**: um estudo sobre a repercussão do tema na teoria do delito. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

BRUNO, Aníbal. **Direito penal**: parte geral. Rio de Janeiro: Forense, 1967, t.1.

BUSTOS RAMÍREZ, Juan. **Manual de derecho penal español**: parte general. Barcelona: Ariel Derecho, 1984.

BUSTOS RUBIO, Miguel. Más allá del injusto culpable: los presupuestos de la punibilidad. **Estudios Penales y Criminológicos**, v.35, p. 189-238, 2015.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Teoria da legislação geral e teoria da legislação penal**. Coimbra: Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 1984, t.1.

CARVALHO, Amilton Bueno de. **Direito penal a marteladas:** algo sobre Nietzsche e o Direito. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.

CARVALHO, Érika Mendes de. O favorecimento pessoal entre familiares (art. 348, §2.º, do CP) como causa de inculpabilidade. **Ciências penais. Revista da Associação Brasileira de Professores de Ciências Penais**, Maringá, PR, v.4, n.2, p. 27-51, jul./dez. 2006.

_____. **Punibilidade e Delito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

_____. ÁVILA, Gustavo Noronha de. Princípio da precaução e responsabilidade penal em matéria ambiental. In: SANTIAGO, Nestor Eduardo Araruna; SANTOS, Nivaldo dos; GUARAGNI, Fábio André. (orgs.). **Direito Penal e Criminologia**. Curitiba: Clássica, 2014. v. 17.

_____. Punibilidade e fins da pena. **Ciências Penais**, v. 3, p. 123, jul./2005. Disponível em: <http://www.professorregisprado.com/resources/Artigos/Punibilidade%20e%20fins%20da%20pena.pdf > Acesso em: 07 set. 2016.

CARVALHO, Salo de. **Garantismo e teoria crítica dos direitos humanos:** aportes iniciais. Belo Horizonte: Instituto de Hermenêutica Jurídica, 2009, p. 127-148, ISSN 1678-1864.

CEREZO MIR, José. **Curso de Derecho Penal español**: parte geral. Madrid: Tecnos, 2001. t.3.

CASTANHEIRA NEVES, Antônio. **O actual problema metodológico da interpretação jurídica I**. Coimbra: Coimbra, 2003.

_____. **O Direito Hoje e com que Sentido?** O Problema atual da Autonomia do Direito. 3. ed. Lisboa: Instituto Piaget, 2012.

COBO DEL ROSAL, Manuel. La punibilidad en el sistema de la parte general del derecho penal español. **Estudios penales y criminológicos**, n. 6, 1981-1982.

COSTA, José de Faria. **Noções fundamentais de Direito Penal**: (Fragmenta Iuris Poenalis). 3. ed. Coimbra: Coimbra, 2012.

COSTA ANDRADE, Manuel. A dignidade penal e a carência de tutela penal como referências de uma doutrina teleológico racional do crime. **RPCC**, Coimbra, v. 2, p. 173-174, 1992.

COSTA PINTO, Frederico de Lacerda da. **A categoria da punibilidade na teoria do crime**. Coimbra: Almedina, 2013. t. 1 e 2.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. A linguagem nos Tribunais (a linguagem dos juízes e advogados). In: ROSA, Alexandre Morais da; COUTINHO, Aldacy Rachid. (orgs.). **Hermenêutica, constituição, decisão judicial:** estudos em homenagem ao professor Lenio Luiz Streck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016.

CUNHA, Tiago Lorenzini. O princípio do contraditório e sua conformação constitucional. In: Nereu José Giacomolli; Nathalia Beduhn Schneider; Carolina Llantada Seibel Scarton... (Org.). **Processo penal contemporâneo em debate**. Florianópolis: Empório do direito, 2016, v. 1, p. 113-124.

D'AVILA, Fábio Roberto. **Aproximações à teoria da exclusiva proteção de bens jurídicos no direito penal contemporâneo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

DE PAULO BARRETO, Vicente. **Dicionário de filosofia do direito**. São Leopoldo, RS: Renovar: Unisinos, 2006.

DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito penal**: parte geral. Coimbra: Coimbra, 2004. t.1.

_____. **Direito penal**: parte geral. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. t.1.

_____. **Questões fundamentais do direito penal revisitadas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

_____. **Temas básicos da doutrina penal**: sobre os fundamentos da doutrina penal; sobre a doutrina geral do crime. Coimbra: Coimbra, 2001.

DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Miguel. **La autoría en Derecho Penal**. Barcelona: PPU, 1991.

DOLCINI, Emilio; MARINUCCI, Giorgio. Constituição e Escolha dos Bens Jurídicos. **Revista Portuguesa de Ciências Criminais**, Coimbra, v. 4, n. 2, p. 151-198, 1994.

DWORKIN, Ronald. **A raposa e o porco-espinho: justiça e valor**. Tradução de Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2014.

FERRÉ OLIVÉ, Juan Carlos. Punibilidad y processo penal. **Revista General de Derecho Penal**, n. 10, nov. 2008.

FLÁVIO GOMES, Luiz. **A punibilidade como terceiro requisito do fato punível.** 2003. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2003-jul-21/punibilidade_terceiro_requisito_fato_punivel>. Acesso em: 29 ago. 2016.

FREUND, Georg. Sobre la función legitimadora de la idea de fin en el sistema integral del derecho penal. In: WOLTER, Jürgen; FREUND, Georg (eds.). **El sistema integral del derecho penal**: delito, determinación de la pena y proceso penal. Madrid: Marcial Pons, 2004.

FRISCH, Wolfgang. Delito y sistema del delito. In: WOLTER, Jürgen; FREUND, Georg (eds.). **El sistema integral del derecho penal**: delito, determinación de la pena y proceso penal. Madrid: Marcial Pons, 2004.

GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método:** traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. Tradução de Flávio Paulo Meurer. 3ª ed. Petrópolis: Vozes, 1999.

GALLAS, Wilhelm. **La teoría del delito en su momento actual**. Barcelona: Bosch, 1959.

GARCÍA PÉREZ, Octavio. **La punibilidad en el derecho penal**. Pamplona: Aranzadi, 1997.

_____. La racionalidad de la proporcionalidad en sistemas orientados a la prevención especial. **Revista electrónica de ciencia penal y criminología**, Granada, n. 9, 2007.

GAUER, Ruth Maria Chittó. **A fundação da norma para além da racionalidade histórica**. Porto Alegre: EdiPUCRS, 2009.

_____. Falar em tempo, viver o tempo! In: GAUER, Ruth Maria Chittó; SILVA, Mozart Linhares (orgs). **Tempo/história**. Porto Alegre: EdiPUCRS, 1998.

GIACOMOLLI, Nereu José. **O devido processo penal:** abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. Tiene Futuro la Dogmática JurídicoPenal? In: **Estudios de Derecho Penal**. 3. ed. Madrid: Tecnos, 1990.

GRACIA MARTÍN, Luis. **O horizonte do finalismo e o direito penal do inimigo**. São Paulo: Revista dos tribunais, 2007.

HABERMAS, Jürgen. **Verdade e justificação**. São Paulo: Loyola, 2004.

HASSEMER, Winfried; MUÑOZ, Conde. **Introducción a la criminología y al derecho penal**. Valencia: Tirant lo Blanch, 1989.

_____. **Introdução aos fundamentos do direito penal.** Tradução de Pablo Rodrigo Alflen da Silva. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2005.

HEIDEGGER, Martin. **Tempo e Ser.** Conferências e Escritos Filosóficos. São Paulo: Nova Cultura, 2005.

_____. **Ser e tempo**. Parte I. Tradução de Marcia Sá Cavalcante Schuback. 15. ed. Petrópolis: Vozes, 2005.

_____. **Ser e tempo**. Parte II. Tradução de Marcia Sá Cavalcante Schuback. 15. ed. Petrópolis: Vozes, 2005.

HIRSCH, H. J. El desarrollo de la dogmática penal después de Welzel. **Derecho penal**: obras completas. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores, 2000.

HUNGRIA, Nélson. **Comentários ao Código Penal**. 5.ed., Rio de Janeiro: Forense, 1978. v. 1, t. 2.

JAKOBS, Günther. **Derecho penal**: parte geral: fundamentos y teoría de la imputación. 2.ed. Madrid: Marcial Pons, 1997.

JESCHECK, Hans-Heinrich. **Tratado de derecho penal**: parte geral. Barcelona, Bosch, 1981.

_____. **Tratado de derecho penal**: parte geral. 4. ed. Granada: Comares, 1993.

KHALED JR, Salah H**. Justiça social e sistema penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

KUHLEN, Lothar. ¿Es posible limitar el derecho penal por medio de un concepto material de delito? In: WOLTER, Jürgen; FREUND, Georg (eds.). **El sistema integral del derecho penal**: delito, determinación de la pena y proceso penal. Madrid: Marcial Pons, 2004.

LOPES JR., Aury. **Direito processual penal**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

_____. **Direito processual penal**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel. La Relación de Merecimento de Pena y de la Nececidad de Pena en la estructura del Delito. In: DIAS, Jorge de Figueiredo; SCHÜNEMANN, Bernd; SILVA, Sánchez (coord.). **Fundamentos de un Sistema Europeo del Derecho Penal**. Barcelona: J. M Bosch Editor, 1995.

_____. **Lecciones de derecho penal, parte general**. 2. ed. Valencia: Tirant lo blanch, 2012.

LYOTARD, Jean-François. Reescrever a modernidade. In: **O inumano**. 2. ed. Lisboa: Estampa, 1989.

MANTOVANI, Di Ferrando. **Diritto penale**: parte generale. 6.ed. Padova: CEDAM, 2007.

MAPELLI CAFFARENA, Borja. **Estudio jurídico-dogmático sobre las llamadas condiciones objetivas de punibilidad**. Madrid: Centro de Publicaciones del Ministerio de Justicia, 1990.

MARQUES NETO, Agostinho R. O Poder Judiciário na Perspectiva da Sociedade Democrática – O Juiz-Cidadão. IN: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO MARANHÃO. **Revista do Tribunal de Justiça do Estado do Maranhão**, ano III, n° 4, 1995, p. 58-96. São Luís: Centro de Processamento de Dados do Tribunal de Justiça.

MARTINS, Rui Cunha**. A hora dos cadáveres adiados: corrupção, expectativa e processo penal**. São Paulo: Atlas, 2013.

MIR PUIG, Santiago. Bien jurídico y bien jurídico penal como límites del ius puniendi. **Estudios penales y criminológicos**, n.14, 1991.

_____. **Introducción a las bases del derecho penal**. 2. ed. Montevideo: Editorial IB de F, 2003.

MOCCIA, Sergio. Función sistemática de la política criminal. Principios normativos para un sistema penal orientado teleológicamente. In: SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María; SCHÜNEMANN, Bernd; DIAS, Jorge de Figueiredo (coords.). **Fundamentos de un Sistema Europeo del Derecho Penal**. Barcelona: J. M Bosch Editor, 1995.

MORAIS DA ROSA, Alexandre. **Engane-me se puder: a linguagem corporal entra no jogo processual?**. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2016-fev-12/limite-penal-engane-me-puder-linguagem-corporal-entra-jogo-processual>. Acesso em: 17 ago. 2016.

_____. **No jogo processual, é importante conhecer o fator Julia Roberts.** Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2016-jan-30/diario-classe-jogo-processual-importante-conhecer-fator-julia-roberts>. Acesso em: 17 ago. 2016.

MORENO-TORRES HERRERA, María Rosa. **El error sobre la punibilidad**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2004.

MUÑOZ CONDE, Francisco. **Introducción al derecho penal**. Barcelona: Bosch, 1975.

_____.; GARCÍA ARÁN, Mercedes. **Derecho penal, parte general**. 2. ed. Valencia: Tirant lo blanch, 1996.

_____. **Direito penal e controle social**. Tradução de Cíntia Toledo Miranda Chaves. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

PEDREIRA GONZÁLEZ, Félix María. Derecho penal material, Derecho procesal penal y prohibición de retroactividad. In: **Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales**. Tomo 61, 2008.

QUEIROZ, Paulo de Souza. **Direito penal**: parte geral. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

_____. **O que é o Direito?** 2007. Disponível em: <http://www.pauloqueiroz.net/o-que-e-o-direito/>. Acesso em: 17 ago. 2016.

REYES CALDERÓN, José Adolfo. Punibilidad, punición y pena. **Archivos de Criminología, Criminalística y Seguridad Privada**, ano 4, v. 7, ago./dic. 2011.

ROBLES PLANAS, Ricardo. Introducción a la edición española. Dogmática de los límites al derecho penal. In: ROBLES PLANAS, Ricardo (ed.). **Límites al derecho penal:** principios operativos a la fundamentación del castigo. Barcelona: Atelier/Livros Jurídicos, 2012.

RODRÍGUEZ DEVESA, José María; SERRANO GOMEZ, Alfonso. **Derecho penal español**: parte geral. 18.ed. Madrid: Dykinson, 1995.

ROMANO, Mario. Merecimento de Pena, Necesidad de Pena y Teoria del delito. In: DIAS, Jorge de Figueiredo; SCHÜNEMANN, Bernd; SILVA, Sánchez (coord.). **Fundamentos de un Sistema Europeo del Derecho Penal**. **Barcelona**. Barcelona: J. M Bosch Editor, 1995.

ROXIN, Claus. **Derecho Penal**: parte geral: fundamentos: la estructura de la teoría del delito. Madrid: Civitas, 1997. t. 1.

_____. **Política criminal e sistema jurídico-penal**. Tradução de Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2012.

_____. **Política criminal y estructura del delito (elementos del delito en base a la política criminal)**. Barcelona: PPU, 1992.

_____. **Política criminal y sistema del derecho penal**. Barcelona: Bosch, 1972.

_____. **Política criminal y sistema del derecho penal**. 2.ed. Buenos Aires: Hammurabi, 2002.

_____. **Sentido e limites da pena estatal**: problemas fundamentais do direito penal. Lisboa: Vega, 1986.

_____. **Novos estudos de direito penal**. Organização de Alaor Leite; Tradução de Luís Greco [et al.]. São Paulo: Marcial Pons, 2014.

RUDOLPHI, Hans-Joachim. El fin del Derecho penal del Estado y las formas de imputación jurídico-penal. In: SCHÜNEMANN, Bernd (Compilador). **El sistema moderno del derecho penal**: cuestiones fundamentales. Estudios en honor de Claus Roxin en su 50.° aniversario. Madrid: Tecnos, 1991.

RUEDA MARTÍN, M. A. **La teoría de la imputación objetiva del resultado en el delito doloso de acción**: una investigación, a la vez, sobre los límites ontológicos de las valoraciones jurídico-penales en el ámbito de lo injusto. Barcelona: Bosch, 2001.

SCHÜNEMANN, Bernd (Compilador). **El sistema moderno del derecho penal**: cuestiones fundamentales. Estudios en honor de Claus Roxin en su 50.° aniversario. Madrid: Tecnos, 1991.

_____. Introducción al razonamiento sistemático en derecho penal. In: SCHÜNEMANN, Bernd (Compilador). **El sistema moderno del derecho penal**: cuestiones fundamentales. Estudios en honor de Claus Roxin en su 50.° aniversario. Madrid: Tecnos, 1991.

_____; SILVA, Sánchez (coord.). **Fundamentos de un Sistema Europeo del Derecho Penal**. Barcelona: J. M Bosch Editor, 1995.

SILVA, Virgílio Afonso. **Interpretação constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2005.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **Aproximação ao direito penal contemporâneo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

_____. Prólogo a la edición española. In: ROBLES PLANAS, Ricardo (ed.). **Límites al derecho penal**: principios operativos a la fundamentación del castigo. Barcelona: Atelier/Livros Jurídicos, 2012.

_____ (ed.). **Política criminal y nuevo derecho penal**: Libro Homenaje a Claus Roxin. Barcelona: Bosch, 1997.

_____. Introducción. In: SCHÜNEMANN, Bernd (Compilador). **El sistema moderno del derecho penal**: cuestiones fundamentales. Estudios en honor de Claus Roxin en su 50.° aniversario. Madrid: Tecnos, 1991.

_____. Introducción: dimensiones de la sistematicidad en la teoría del delito. In: WOLTER, Jürgen; FREUND, Georg (eds.). **El sistema integral del derecho penal**: delito, determinación de la pena y proceso penal. Madrid: Marcial Pons, 2004.

_____; SCHÜNEMANN, Bernd; DIAS, Jorge de Figueiredo (coords.). **Fundamentos de un Sistema Europeo del Derecho Penal**. Barcelona: J. M Bosch Editor, 1995.

_____. **La expansión del Derecho penal**: aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales. 3. ed. Madrid: EDISOFER S.L., 2011.

SOUZA, Paulo Vinícius Sporleder de. **Bem jurídico-penal e engenharia genética humana**: contributo para a compreensão dos bens jurídicos supra-individuais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

_____. Princípios jurídico-penais legitimadores da teoria do delito punível. **Consulex**, ano 17, n. 399, 1 set. 2013.

STEIN, Ernildo. Breves considerações históricas sobre as origens da filosofia no Direito. **Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica**, Porto Alegre, v.1, n.5, p. 97-110, 2007.
_____. **Pensar é pensar a diferença: filosofia e conhecimento empírico.** 2. ed. Ijuí: Unijuí, 2006.

_____. **Introdução ao pensamento de Martin Heidegger.** Porto Alegre: EDIPUCRS, 2011.

_____. Gadamer e a consumação da hermenêutica. In: STEIN, Ernildo; STRECK, Lenio Luiz. (org.). **Hermenêutica e Epistemologia:** 50 anos de Verdade e Método. 2. ed. rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto – decido conforme minha consciência?** 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

_____. **Hermenêutica Jurídica e(m) crise.** 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

_____. **Verdade e consenso***:* constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 5. ed. Porto Alegre: Saraiva, 2014.

_____. **Lições de Crítica Hermenêutica do Direito.** 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016.

_____. Hermenêutica e Decisão Jurídica: questões epistemológicas. In: STEIN, Ernildo; STRECK, Lenio Luiz. (org.). **Hermenêutica e Epistemologia:** 50 anos de Verdade e Método. MORAIS DA ROSA, Alexandre [et al.]. 2. ed. rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

_____. **Existe montinho artilheiro epistêmico na teoria da decisão jurídica?**. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2016-fev-18/senso-incomum-existe-montinho-artilheiro-epistemico-teoria-decisao-juridica#sdfootnote1anc>. Acesso em: 17 ago. 2016.

_____. **"Não sei... mas as coisas sempre foram assim por aqui".** 2013. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2013-set-19/senso-incomum-nao-sei-coisas-sempre-foram-assim-aqui>. Acesso em: 18 ago. 2016.

VON HIRSCH, Andrew; SEELMANN, Kurt; WOHLERS, Wolfgang. Introducción. ¿Qué son los <<mediating principles>> ?. In: ROBLES PLANAS, Ricardo (ed). **Límites al derecho**

penal: principios operativos a la fundamentación del castigo. Barcelona: Atelier/Livros Jurídicos, 2012.

WELZEL, Hans. **Derecho penal alemán**: parte general. 11. ed. Santiago: Ed. Jurídica de Chile, 2014.

WOLTER, Jürgen. Estudio sobre la dogmática y la ordenación de las causas materiales de exclusión, del sobreseimiento del proceso, de la renuncia a la pena y de la atenuación de la misma. Estructuras de un sistema integral que abarque el delito, el proceso penal e la determinación de la pena. In: WOLTER, Jürgen; FREUND, Georg (eds.). **El sistema integral del derecho penal**: delito, determinación de la pena y proceso penal. Madrid: Marcial Pons, 2004.

_____. Derechos humanos y protección de bienes jurídicos en un sistema europeo del derecho penal. In: SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María; SCHÜNEMANN, Bernd; DIAS, Jorge de Figueiredo (coords.). **Fundamentos de un Sistema Europeo del Derecho Penal**. Barcelona: J. M Bosch Editor, 1995.