

RESENHA BIBLIOGRÁFICA

Rumo a um novo paradigma do direito penal

Pablo Daniel Vega & Daniel Andrés Raizman*

Zaffaroni, E. Raúl, A. Alagia e A. Slokar.
Derecho Penal, Parte General, B. Aires, Ediar, 2000.

Em aberta autocrítica e contra as “calosidades” ou ortodoxias que podem implicar trabalhos anteriores, esta obra apresenta um estilo *Lehrbuch* alemão, em que se formula um complexo modelo de criatividade e densidade admiráveis, firmados por coragem intelectual e compromisso ideológico.

Com uma monumental acumulação de dados, esta inovadora teoria do direito penal é uma profunda reflexão com correlato filosófico-político e marcante sensibilidade histórica, que – contra e ao contrário de qualquer outra construção atual – escapa do *fetichismo* próprio da justificação do castigo.

Em primeiro lugar, a obra precisa seu horizonte de projeção, esclarecendo a expressão “direito penal” e o conceito de pena. Em seguida, constrói-se um sistema de compreensão que explica quais hipóteses e condições permitem formular o requerimento punitivo (teoria do delito) e qual resposta deve proporcionar a agência (judicial) competente ante esse requerimento punitivo (teoria da responsabilidade punitiva).

As novas diretrizes que orientam o tratado se expressam a partir do conceito mesmo de direito penal em que se faz expressa a intenção como prévia delimitação do horizonte de projeção. Assim, define-se como um ramo do saber jurídico que, mediante a interpretação das leis penais, propõe aos juízes um sistema orientador de decisões que contém e reduz o poder punitivo, para impulsionar o progresso do Estado constitucional de direito. Nessa perspectiva, o direito penal (o discurso de juristas) é um conceito diverso daquele traçado para a legislação penal (o ato do poder político) e o poder punitivo, pois a lei penal, como dispositivo jurídico que habilita o exercício do poder coercitivo do Estado em forma de pena (poder punitivo), é uma parte do objeto do saber do direito penal; constitui seu material básico de interpretação que deve ter a abertura

conceitual necessária para incluir não somente as leis penais manifestas, mas também as leis penais latentes e as eventualmente penais.

Esta distinção adquire suma relevância, visto que a identificação do direito penal com a lei penal deu origem ao importante debate acerca do caráter sancionador ou constitutivo daquele saber. Mas essa discussão vincula-se à teoria das normas, da qual se quis fazer derivar todo o sistema da imputação penal. Na posição de contenção, a norma constitui um auxiliar lógico para desentranhar o alcance da proibição prevista no tipo penal, de maneira que não se pode reconhecer uma existência real e, muito menos ainda, afirmar que fixa a natureza do injusto como ato contrário ao dever. Aqui não é o espaço para abordar seu desenvolvimento; entretanto, interessa destacar que as únicas normas que existem são as leis penais, das quais se inferem normas deduzidas como recurso metodológico, que expressam função dialética bifronte: no momento político habilitam eventual criminalização secundária, mas no momento jurídico servem para limitar esse mesmo poder. A partir desta perspectiva realista, o problema do destinatário se dissolve, porque as normas penais (leis) estão dirigidas a todos naquele momento político, ao passo que no momento jurídico estão dirigidas aos juízes, para lhes indicar como decidir, enquanto que as normas deduzidas não estão dirigidas a ninguém, porque são instrumentos para o conhecimento do alcance da proibição, inferidos pelo jurista.

Com base no exposto, a obra reconhece como objeto de interpretação do direito penal a lei penal, que se distingue da não penal através do conceito de pena, e por isso enfrenta a tarefa nada simples de definir a pena como delimitação mesma do horizonte de projeção. Para tanto se examina a função política do direito penal através do aprofundamento dos modelos do Estado de polícia e do Estado de direito, relevando o exercício do poder punitivo (com sua seleção de criminalizados e vitimados por vulnerabilidade, o sacrifício de seus operadores, sua imagem bélica etc.) como um capítulo do modelo de Estado de polícia que sobrevive dentro do Estado de direito. Por esta via, ocorre a rejeição das funções positivas a este poder; e, por sua vez, realiza-se um minucioso exame crítico das racionalizações elaboradas para sustentar sua legitimidade, não somente a partir do plano da realidade social como também dos níveis político e teórico, demonstrando que estas são falsas ou, quanto menos, falsas em suas generalizações.

Com a rejeição das teorias positivas da pena, apela-se a uma teoria negativa ou agnóstica da mesma que, valendo-se de dados ontológicos, constrói um conceito jurídico limitador que a entende como “uma coerção que impõe uma privação de direitos ou uma dor que não repara, não restitui nem tampouco detém as lesões em curso e também não neutraliza os perigos iminentes”. Trata-se de um conceito negativo porque não assinala nenhuma função positiva à pena e é definido por exclusão, e agnóstico quanto à sua função, porque parte de seu desconhecimento. Assim, a pena é reduzida a mero ato de poder que só tem explicação política.

O reconhecimento da persecução do fim prático que se reconhece ao direito penal (busca do conhecimento para orientar as decisões judiciais no marco da constituição republicana, cuja supremacia se deve controlar) impõe a construção de um sistema que não somente constitua uma teoria interpretativa que possibilite sua aplicação de forma segura e previsível (de maneira a garantir segurança na resposta), mas que, ademais, proveja segurança jurídica, entendida como os direitos e bens jurídicos de todos os habitantes ao propor às agências jurídicas que operem otimizando

seu exercício de poder para controlar, limitar e reduzir o poder das agências de criminalização primária e secundária. Em outros termos, aquele ramo do saber jurídico não se ocupará de tutelar os direitos das vítimas – posto que é um modelo que por essência confisca os direitos desta -, mas de proteger os direitos de todos, através de uma dinâmica contentora, frente ao exercício do poder punitivo.

Desta maneira, abre-se uma nova perspectiva metodológica no campo do direito penal que reconhece uma *decisão política prévia* que permite sua construção teleológica com base em uma função explícita: construir um sistema que permita às agências jurídicas um exercício racional do seu poder para conter o exercício do poder punitivo e, assim, reforçar o Estado de direito. Desta forma, mas com significado oposto, elaborase uma construção teórica que aproveita o desenvolvimento teórico anterior resultante do exercício do poder punitivo. É daí que a sua função se configura como uma contradição e, por isso, sua construção seja dialética, de modo que os princípios limitadores do poder punitivo não serão estáticos, mas de realização progressiva. De outro lado, esta elaboração haverá de reconhecer que os conflitos para os quais projeta decisões, bem como as conseqüências da criminalização cujo avanço propõe limitar, se produzem em um mundo físico e em uma realidade social (protagonizada pela interação de pessoas) que se deve respeitar.

Como adequadamente se assinala na obra, o impulso do progresso do Estado de direito, através da planificação para uso judicial da contenção e redução do poder punitivo, constitui uma opção construtiva que oferece a vantagem de resolver melhor os conflitos – e com isso prover maior paz social – frente ao Estado de polícia, que se encontra incapacitado de resolvê-los ao deixar uma parte – no caso, a vítima – fora de seu modelo.

Caberá a este trabalho, entre os outros méritos, além da base de razões de natureza ética, científica, política e pragmática, ter optado em favor do exercício de seu poder discursivo reconhecendo: a) que na maioria dos casos a pena não pode cumprir nenhuma das funções explícitas que a ela são destinadas; b) a seletividade; c) a incapacidade para resolver os conflitos e d) os demais efeitos reais do exercício do poder punitivo. Enfim, ter escolhido a construção de uma teoria do direito penal que, com a necessidade de limitar a criminalização, pautar somente o poder das agências jurídicas do sistema penal, conforme as regras de redução e mínimo de violência, e com base em dados sociais verdadeiros; também, opte por exercitar o poder direto de dentro do sistema penal, tratando de aumentar o poder controlador e redutor de violência das agências jurídicas.

Na base desta opção construtiva, aprofunda-se o desenvolvimento dos princípios limitadores do poder punitivo, vinculando formal e funcionalmente o direito penal ao direito constitucional e ao direito internacional dos direitos humanos. Desta maneira, também se incorporam, à análise das manifestações particulares do princípio geral da legalidade, aqueles que excluem toda pretensão punitiva que incorra em grosseira incompatibilidade com os direitos humanos, ou que derivem de forma direta do princípio do Estado de direito ou do princípio republicano de governo.

Para o operador do direito, este trabalho constituirá uma ferramenta indispensável que oferecerá a base teórica para dar uma resposta de contenção às pretensões do poder punitivo de: a) alargar os tipos penais; b) afastar as mudanças do

contexto social, cultural e tecnológico que levam a conduta a perder seu conteúdo lesivo; c) modificar de maneira mais gravosa um critério jurisprudencial que alcançou certa generalidade; d) habilitar seu exercício quando carece de conflito, ou quando este não é relevante; e) impor uma pena que exceda ao caráter pessoal que lhe é próprio, importe em tratamento que violenta a proscrição da crueldade ou constitua dupla punição; e f) imputar ações proibidas quando a pessoa não tenha tido a possibilidade de prever o resultado de sua conduta, ou não lhe tenha sido possível conhecer a cominação legal penal e adequar sua conduta ao direito na circunstância concreta. Também, formular uma oposição às habilitações de modelos punitivos fortemente inidôneos, a criminalizações não necessárias de um conflito, ou quando as criminalizações primárias se estabeleçam pela atividade irresponsável ou clientelista das agências políticas.

Em suma, procura-se oferecer um sistema de resistência que, sobre a base do desenvolvimento atual do direito constitucional e do direito internacional dos direitos humanos, abarque todas as frentes em que o poder punitivo tente penetrar, com um grau de irracionalidade intolerável para um Estado constitucional de direito.

Com isso se adianta uma nova virtude da obra, o desenvolvimento da necessária interdisciplinaridade do direito penal com outros saberes, precisando os inevitáveis atritos ou superposições parciais de seu horizonte de projeção com as demais disciplinas; também, sua vinculação com a filosofia e, com isso, a presença do questionamento ontológico.

Nesse aspecto, chama a atenção o modo pelo qual é decodificada a abordagem da questão criminal a partir dos saberes tangentes não-jurídicos, principalmente a criminologia. Também, a caracterização do direito penal como apêndice do direito constitucional; o reconhecimento da dependência teórica, ideológica e político-criminal com o direito processual e, neste âmbito, a caracterização da prisão preventiva como lesiva à presunção de inocência e, portanto, como pena antecipada da sentença, quando não se trata de uma coação direta.

Menção especial merece abordagem da interdisciplinaridade do direito penal com o direito internacional, analisando em particular sua relação com o direito internacional penal, o direito internacional dos direitos humanos, o direito internacional humanitário e o direito penal internacional (ou direito internacional privado).

A partir deste ponto, a obra penetra na dinâmica histórica da legislação penal, transpassando a perspectiva tradicional através da clarificação dos contextos em que tiveram lugar os processos de codificação ocorridos na Europa e América.

Finalmente, constitui uma valiosa contribuição para a compreensão da abordagem da teoria do direito penal a meticolosa análise da vinculação do direito penal com a filosofia. Neste desenvolvimento, de citações bibliográficas abundantes, ressalta-se a mudança no modo de perseguir o conhecimento e, em particular, o estabelecimento da verdade processual através da *inquisitio*, a partir do século XIII europeu. Como se assinala na obra, a confiscação da vítima e o desprezo à filosofia – com a conseqüente rejeição da elaboração de um discurso pensante – serão as características distintivas de um processo em que se encontra inserto o exercício do poder punitivo e o direito penal. Nesse contexto, não se pode passar ao largo do reconhecimento do *Malleus Maleficarum*, ou *Martelo das feiticeiras*, de 1484, escrito pelos inquisidores Heinrich

Kramer e James Sprengrer, como obra fundamental do direito penal, nem tampouco de suas permanências. Mas a generosidade deste riquíssimo trabalho não se limita ao exposto, continua com o estudo da evolução do pensamento penal, analisando as circunstâncias que estreitam o impulso pensante, o etnocentrismo do idealismo romântico europeu – e suas respostas -, a periculosidade e finalmente os embates da modernidade, a anti-modernidade e a pós-modernidade.

Resenhar os aspectos mais destacáveis deste desenvolvimento constitui uma tarefa improdutiva para uma recensão; não obstante, quiçá somente por sua maior atualidade, cabe destacar, de um lado, a rejeição das teorias sociológicas organicistas ou sistêmicas, por serem funcionais para a legitimação do poder punitivo, que modernamente foram introduzidas no discurso penal; e, de outro lado, a opção em favor das teorias sociológicas conflitivistas, que demandam uma delimitação do conflito e implicam uma tomada de posição a respeito da sociedade e, portanto, do ser humano, com respeito ao marco fundamental da antropologia jurídica positivada no artigo 1º da Declaração Universal dos Direitos Humanos.

A partir dessa perspectiva, é animador poder contar com uma opção construtiva em nosso campo, deslegitimante do poder punitivo, que, mediante o poder social orientado conforme o princípio do Estado de direito, entendido como princípio regulador das atitudes diante da conflictividade social e o poder das agências estatais, rejeita toda colocação de um direito penal transpersonalista.

Quanto à dogmática jurídico-penal, a concepção da teoria do delito como um sistema de filtros que permitem indagar sobre uma resposta habilitante do poder punitivo por parte das agências jurídicas permite conferir àquela a mais importante função do direito penal em relação ao poder repressivo ou negativo que habilitam as leis penais.

Certamente a obra reconhece a maior ou menor consistência das objeções dirigidas contra a dogmática jurídica, mas na hora de lançar a fundamental indagação sobre sua capacidade de rendimento instrumental, a partir da assunção de uma teoria agnóstica e negativa da pena, não tem dúvidas em ratificar o emprego daquela metodologia, não somente porque se jogaria fora o esforço intelectual e o treinamento secular que ela implicou, mas também porque conduziria à colocação de insensatezes intuitivas condenáveis por via do absurdo, convertendo o direito penal redutor em um discurso político, ainda que juridicamente oco.

Entre a opção de transitar pelo caminho de um idealismo alucinado que, onipotente, se encarrega de inventar a realidade colocando no mundo dados inexistentes para uma livre elaboração de conceitos jurídico-penais (neokantismo) e a de pretender que estes constituam uma imposição ontológica a partir do próprio plano do ser (finalismo), a obra orienta o desenho de seu sistema com base na funcionalidade política daqueles conceitos, destacada como verdadeiro dado ontológico.

De tais coordenadas resulta que a edificação conceitual do delito deva ser levada a cabo como um sistema regulado pela idéia reitora de sua intencionalidade limitadora do poder punitivo em uma construção teleológica e não meramente classificatória. Como se adiantou, à diferença dos desenhos funcionais-sistêmicos do delito, que procuram estabelecer uma ponte com a sociologia no entendimento da sociedade como

um sistema, o vínculo que com as ciências sociais traga um direito penal redutor se assenta no marco de uma sociedade entendida conforme a teoria do conflito, ou seja, integrada por grupos cujos interesses colidem e competem entre si.

Sobre a base das tais particularidades construtivas, o modelo redutor tão meticulosamente elaborado não constitui fratura na teoria dinâmica do delito, pois reconhece do neokantismo o treinamento para a fina construção sistemática; do finalismo, seu toque de atenção quanto ao respeito ao mundo e seus dados, e, do funcionalismo, sua sincera assunção de que os conceitos jurídico-penais são politicamente funcionais.

Por outro lado, este empenho em desenhar uma sistemática redutora orientada teleologicamente em direção ao reforço do Estado constitucional de direito permite estabelecer com plausível nitidez uma significativa distinção conceitual: a separação do pressuposto habilitante do poder punitivo (delito) da mesma resposta punitiva (responsabilidade). Deste modo, superando a antiga distinção entre *delito e crimen*, propõe-se sua remarcação pela diferenciação entre a teoria do delito e a teoria da sua responsabilidade, que transfere à agência criminalizante o dever de responder pela habilitação do poder punitivo por intermédio da análise de supostos que excluem e cancelam a punibilidade.

No momento de estabelecer as linhas básicas do conceito sistemático do delito, parte-se do pressuposto de que as ciências sociais informam o direito penal sobre o dado da seletividade que caracteriza a atividade das diversas agências que conformam o sistema penal e, portanto, aquele saber deverá assegurar-se de que, pelo menos, qualquer pretensão do exercício punitivo se materialize sobre uma ação. Trata-se da consagração teórica do *nullum crimen sine conducta*, que comporta um requisito de elementar racionalidade e por isso mesmo cumpre uma função de primazia dentro do modelo redutor, servindo de base às três características filtrantes específicas (tipicidade, antijuricidade e culpabilidade).

Tampouco reuniria um mínimo de racionalidade republicana a pretensão de que o poder punitivo se formalize sem que a ação gere um conflito caracterizado pela circunstância de que ela se projeta no mundo afetando, através de lesão ou por perigo, e de maneira significativa, um bem jurídico alheio. Entretanto, dado que o processo de criminalização primária se formaliza através de tipos (*tatbestand*) que fixam os pressupostos de fato penalmente relevantes, a obra, precavida da mecânica irracional desenvolvida pelo poder punitivo, adverte ao teórico sobre a necessidade de fortalecer tanto quanto possível aqueles instrumentos, mediante uma análise essencialmente valorativa tendente a evitar justamente a realização de arbitrariedades por parte dos operadores judiciais que acarretam na elasticidade dos tipos e sua conseqüente neutralização do princípio da legalidade. Ainda quando uma conduta produza um conflito, relevam-se as bondades derivadas da consideração do elemento subjetivo no extrato da tipicidade a fim de frear o exercício do poder punitivo mediante a exigência de dolo ou culpa.

Como segundo momento filtrante específico dentro do sistema dogmático redutor, a antijuricidade constituirá uma categoria em que se confirmará a conflitividade mediante a constatação da inexistência de permissivo algum que autorize a realização da conduta lesiva. Finalmente, a culpabilidade terá a missão de neutralizar toda pretensão

punitiva quando não se possa razoavelmente reprochar o agente pela produção do conflito.

Pois bem, no que se refere especificamente à elaboração dos estratos analíticos do delito nesta nova teoria do direito penal, talvez seja nas categorias da ação e da culpabilidade que se possa apreciar com a assombrosa nitidez a abertura aos dados sociais que aquela – como construção teleológica – receba para satisfazer seu encargo político redutor. Tendo em conta que a história e a realidade do exercício do poder punitivo demonstram que este sempre pugna por recair sobre as pessoas selecionadas em atenção a estereótipos historicamente condicionados, conforme à sua natureza substancialmente discriminante, constrói-se um conceito jurídico-penal de ação anterior à análise da tipicidade (pré-típico) como válvula de segurança do *nullum crimen sine lege* na forma do *nullum crimen sine conducta*, de modo a conter o impulso seletivo pessoal do poder punitivo.

A partir disso, o pensamento de Zaffaroni se afasta de seu anterior desenho sobre tal categoria sistemática, em que o pré-típico se identificava com o pré-jurídico sobre a base de um conceito ôntico-ontológico de acordo com a tradição iniciada por Welzel mediante sua doutrina final da ação. A partir dessa nova perspectiva, a ação é um conceito jurídico-penal que cumpre uma função limitadora da criminalização primária que se baseia na Constituição e no direito internacional dos direitos humanos. Um conceito de ação orientado por essa prioritária função política deve ser também suficientemente amplo para abarcar todas as formas típicas constitucionalmente admissíveis de individualizar ações (conceito de ação).

Certamente, a partir da assunção de que os conceitos com os quais trabalha o direito em geral (e o direito penal em particular) respondem a elaborações que somente podem ser compreendidas através de um estudo focado no poder, a obra destaca a imperiosa necessidade de limitar o processo construtivo das categorias jurídico-penais e, para tanto, nada melhor que o respeito ao “ser”, que não impõe conceitos, mas os condiciona. A partir de tais coordenadas e em virtude da função continente que disciplina o direito penal, o conceito de ação será tanto mais funcional quanto mais redutor resulte, propósito para o qual a noção delineada pelo finalismo apareceria como uma alternativa politicamente preferível.

Restaria destacar a questão do resultado e sua possível situação sistemática. Sustenta-se que a afirmação de que aquele se encontra em um plano pré-típico constituiria uma defeituosa compreensão da função do tipo penal e sua concepção puramente descritiva como costume proveniente da denominada escola clássica. O abandono daquela imagem bucólica própria do liberalismo ingênuo, segundo o qual o legislador subministra instrumentos acabados e perfeitos para que o juiz proceda com o juízo de subsunção, conduz a afirmar que os tipos captam uma ação e sua obra (pragma conflitivo) e que a análise da tipicidade haverá de ser substancialmente valorativa de seu contexto e efeitos. Em tal sentido, a construção adquire uma saudável dose de neokantismo que não degenerará na tendência idealista de “inventar o mundo”, mas que implicará a correta ubiquação da pergunta acerca da tipicidade que confronta a realidade da ação com os efeitos e contextos que interessam ao tipo.

Constituiria uma grave omissão deste trabalho não recuperar a noção de tipicidade como terreno de conflito no qual colidem o Estado de polícia (processos de

criminalização primária e secundária) e o Estado de direito (saber penal), por dela derivar dual concepção do tipo penal: para o poder punitivo é um instrumento habilitante de seu exercício, ao passo que para o direito penal constitui uma ferramenta indispensável para sua limitação.

O encargo atribuído ao direito penal como dique colocado para conter o Estado de polícia afetará também a própria estrutura do tipo objetivo cuja construção deixará de responder aos alinhamentos propiciados pela doutrina dominante. Tal aspecto do tipo passará a desempenhar dupla categoria de funções: a) uma função sistemática que consiste em prover todos os componentes objetivos que emergem da análise isolada do tipo (tipo objetivo sistemático); e b) uma função aglutinante em cuja virtude se verifique a conflitividade do pragma, que implica tanto a comprovação da lesividade como da circunstância de que o mesmo possa ser imputado ao agente como próprio – imputação por *dominabilidade* (capacidade de dominar o fato – tipo objetivo aglutinante).

Vale destacar o conceito da *dominabilidade* como critério de imputação de resultados como pertencentes ao agente. Este interessante recurso sistemático parte da premissa de que a *dominabilidade* é o pressuposto objetivo do domínio do fato, portanto a tipicidade objetiva pressupõe a existência de um sujeito com possibilidade objetiva de controlar o evento. Pois bem, rompendo com os padrões sociais de prudência e evitando cair em construções artificiais inexistentes como as de bom pai de família, homem médio, razoável ou normal, que se valem de mecanismos de pré-compreensão facilmente manipulados pelo intérprete e por isso mesmo inadequados para prover limites certos à tipicidade, na obra revela-se a existência de um mínimo grau de previsibilidade, compartilhado por todos os integrantes de uma cultura. Isso implica que um observador, em caso de *dominabilidade*, asseveraria a concorrência de um plano concreto que se move em direção à produção do resultado, e somente nesta hipótese teria sentido perguntar pelo dolo do agente.

Como se poderá facilmente advertir, a inclusão de novos diques na teoria do tipo permite à dogmática concretizar a sua missão redutora no primeiro momento filtrante específico sem que para isso tenha que se utilizar do perigoso recurso de jurisdicionar outros saberes, o que termina por proporcionar um discurso fundamentador da pena e do sistema penal, que cultiva a própria destruição de todo limite.

No âmbito da antijuricidade, impõe-se relevar aspectos altamente significativos. Em primeiro lugar, a idéia de que a tensão entre a tipicidade e as causas de justificação constituem um segundo capítulo dialético dentro da teoria do injusto, derivado da inevitável necessidade legislativa de reconhecer que a ingerência do poder punitivo é irracional quando o indivíduo realiza a ação antinormativa como parte de seu exercício de liberdade. Tal perspectiva evidencia um forte compromisso com o respeito ao Estado constitucional de direito, de forma que as relações entre a tipicidade e os permissivos não constituiriam um jogo de regras e exceções – como entendia Beling -, mas que se trataria do caráter confirmatório – por parte daqueles preceitos – do estado de liberdade garantido pela Constituição, ainda quando o mesmo tenha sido posto entre parênteses pela antinormatividade.

Como segundo aspecto transcendental – ainda que ligado ao primeiro -, cabe destacar a rígida exclusão do elemento subjetivo como efeito de viabilizar a operatividade de uma causa de justificação. Este enfoque evita que o eixo valorativo

deixe de girar sobre os interesses da lesão (conflitividade) para fazê-lo sobre o ânimo e a intenção do autor desobediente à vontade do Estado. Esta delimitação na construção da antijuricidade configura uma estrutura de análise inteligentemente articulada dentro do desenho teleológico redutor que, desta maneira, escapa de posições preventivistas ou imperativistas nos quais o elemento subjetivo adquire o valor de gerar o ilícito (ou co-gerador nos casos menos nocivos). Em conseqüência, a importância desta perspectiva reside em que a inexistência de conflitividade fecha todos os caminhos do Estado em seu desejo de se intrometer nas liberdades individuais; e isso independentemente da intencionalidade que tenha presidido a ação do agente.

A culpabilidade constitui um terceiro momento dialético da teoria do delito entre Estado de polícia e Estado de direito. O primeiro trata de fazer valer a razão do Estado prescindindo da seletividade do poder punitivo, ao passo que o segundo aceita a culpabilidade ética como pura culpabilidade pelo fato conforme o âmbito de autodeterminação do sujeito, mas lhe opõe a relevância delimitadora do dado da seletividade.

Esta superação dialética do delineamento formal, proporcionado pela ética tradicional mediante a noção de culpabilidade pela vulnerabilidade, se sintetiza em uma culpabilidade normativa que traduz o esforço legítimo do saber jurídico-penal por reduzir até onde o seu poder alcance o resultado da culpabilidade como reprovação ética. Nesta nova perspectiva, a culpabilidade é entendida como reprovação do esforço pessoal do agente por alcançar a situação particular de vulnerabilidade do poder punitivo e, em virtude destes desdobramentos, fica superada a noção de culpabilidade, a partir de um conceito normativo que coroa o sistema de filtros da teoria do delito.

Como se pôde advertir, as pugnas entre o Estado de direito e o Estado de polícia se manifestam inevitavelmente em todos os extratos analíticos da teoria do delito, como resultado da função política do primeiro em conter a irracionalidade do segundo. Somente através da luta entre “saber” e “poder” é possível obter certo limite ao exercício do poder punitivo; e quase como faz Nietzsche quando explica a origem do conhecimento, poderíamos também dizer que o limite seria uma centelha que brota do choque de duas espadas.

Restariam ainda muitas questões a serem abordadas. Nossa intenção foi unicamente aproximar o leitor de fala portuguesa aos eixos primordiais plasmados em uma obra que, por sua riqueza e inteligência, poderá nos manter em permanente aprendizagem.

A coerência intra-sistemática da construção posta a serviço de sua funcionalidade política também é advertida na solução propícia para outros problemas apresentados pela dogmática jurídico-penal. Assim, caberia ainda fazer alusão à substituição da tradicional classificação de culpa consciente e inconsciente – que em matéria de tipicidade imprudente a doutrina reconhece – pela adoção do critério de temeridade que, do ponto de vista do injusto, assinalaria a magnitude da culpa e que haverá de ter lugar quando exista *dominabilidade*. Cabe ressaltar que, somente na hipótese de culpa temerária, encontra-se sentido prático para a classificação tradicional, posto que deste modo evitar-se-ia a confusão entre culpa temerária consciente e dolo eventual; ao passo que na culpa não temerária o tipo subjetivo careceria de importância sistemática.

Além disso, é impossível deixar de mencionar, neste trabalho, o compromisso selado com os princípios mais básicos – ainda que nem por isso respeitados – em matéria de legalidade e garantias individuais, quando se propicia a inconstitucionalidade dos tipos omissivos impróprios não escritos. Com efeito, não se duvida nem um instante em afirmar que tais pressupostos, ainda quando configurem situações escandalosas de impunidade, não autorizam aos juízes a cobrir as omissões do legislador por via da analogia. Ademais de negar-se a existência de tais lacunas de punibilidade – pois, em qualquer caso, o que se reclamaria seria um aumento da punição prevista para esses fatos nos textos positivos -, destaca-se que a irresponsabilidade legislativa não permite a violação da Constituição por parte dos juízes e, menos ainda, a instigação a tanto por parte da doutrina.

Finalmente, não podemos tampouco deixar de lembrar uma importante mudança em matéria de teoria do erro, pois na base da perspectiva redutora adotada assume pleno significado o erro sobre a punibilidade entendida como aquele que recai sobre as causas pessoais de exclusão da punição, denominados pela doutrina como “erro sobre as excusas absolutórias”, ficando fora de tal âmbito o erro que recai sobre as causas anulatórias, por sobreviverem estas à ação típica e antijurídica.

De outro lado, cabe fazer referência à teoria da responsabilidade punitiva, pois nela também aparecem abordagens inovadoras que se advertem desde o início da sua construção. Responsável é o Estado que, através da agência judicial, permite a manifestação do poder punitivo e, por isso, em termos jurídicos – que pressupõem os correspondentes limites éticos que o impedem de habilitar um poder punitivo intoleravelmente irracional – é responsável por essa habilitação. Igualmente, cabe relevar a análise dos pressupostos legais de exclusão e cancelamento da punibilidade como também dos que se derivam de princípios constitucionais e legais para fazer o uso mínimo do poder punitivo e inclusive – por imposição constitucional habilitá-lo somente por baixo dos mínimos legais.

Não deve passar em branco o importante desenvolvimento em matéria de penas e medidas de segurança, aos quais se deve ressaltar o reconhecimento da existência de penas que excedem o marco da pena formal, circunstância esta que leva a sustentar sua inconstitucionalidade.

Desse modo, o incomparável esforço levado a cabo para permitir a inteligibilidade do real funcionamento do sistema penal tem sua origem em uma profunda visão do fenômeno punitivo feito a partir de diversos prismas: ontológico, axiológico, social e, fundamentalmente, político.

Creemos vislumbrar nessa metodologia uma pedra angular do imenso significado que adquire a construção dogmática proposta no trabalho sobre segurança social, pois evidencia uma autêntica preocupação ao perceber os aspectos mais essenciais do mundo punitivo, a fim de modelar um saber verdadeiramente comprometido com o Estado constitucional de direito a partir daquela especificidade.

Talvez, esse cuidadoso empenho de não deixar escapar do olhar teórico nenhum dado que possa ser de interesse da perspectiva teleológica adotada – baseado num peculiar modo de observar a realidade – tenha como resultado uma construção

dogmática de magnitude semelhante, como se desse razão àquela frase de Caeiro colocada por Pessoa na boca de Bernardo Soares, ao afirmar que “o homem é do tamanho de como é visto e não do tamanho de sua altura”.

Entretanto, o poder punitivo sempre é arrimado para alcançar a legitimação e estender, a partir dela, o âmbito do seu exercício. Esta característica é mais que notória em nossa atualidade, em que as campanhas de “lei e ordem” e “tolerância zero” criam raízes no sistema penal valendo dos recursos ministrados historicamente pela inesgotável fonte política de “discursos de emergência” (hoje em dia provenientes da droga, do crime organizado, da delinqüência das ruas, etc.). Se tivermos que definir o curso da história a partir desta realidade punitiva, seguramente nos sentiríamos muito mais próximos da idéia nietzscheana de tempo circular – em que tudo se repete como um eterno retorno do idêntico – que do progresso linear hegeliano que tanta influência teve sobre a modernidade.

Por sua vez, partindo do plano jurídico, é também possível apreciar aquela orientação legitimante. Basta para isso pensar na transcendência alcançada pelas doutrinas funcionais-sistemáticas no terreno do direito penal, que têm sido propagadas pelo universo acadêmico com não exígua efetividade, racionalizando a pena com funções preventivas e até ensinando-a como retribuição, tal como faz Jakobs ao reproduzir o sofisma hegeliano da dupla negação como afirmação. Dessa maneira, o discurso político e o discurso jurídico se dão as mãos em torno do mesmo objetivo: a legitimação do poder punitivo.

Frente a isso, como se viu, a obra que aqui tentamos resenhar se propõe exatamente o contrário: a deslegitimação do castigo e do sistema penal, tarefa mais difícil ante os embates atuais, levando-se em conta que se trata de um discurso jurídico garantista dos direitos humanos, que como discurso político é pouco eleitoral. Adotar um discurso político e realista, suscetível de evadir às tentações do marketing eleitoral e sua rentabilidade, nos alerta sobre o perigo de ficarmos, em nossa aproximação com a realidade, definitivamente sós.

Por isso, é imperiosa a tomada de consciência da situação latino-americana pela nova geração de juízes, advogados e teóricos do direito que perseguem algum propósito transformador, para o que a obra representa um precioso e imprescindível material de estudo. Se fosse de outra maneira, fariam abortados os benefícios de um saber jurídico-penal redutor do poder e, como nos afiliamos às suas idéias, compartilharíamos a sensação existencial do Bernardo Soares de Pessoa: “seremos no momento que nos olhamos, solitários súbitos, que nos reconheceremos desterrados onde sempre acreditávamos ser cidadãos”.

Em síntese, tal como advertimos, o desenho dogmático proposto se edifica sobre a função política redutora do exercício do poder punitivo que foi conferido ao direito penal, entendido este como apêndice do direito constitucional, a partir de uma concepção agnóstica e negativa da pena que a denuncia como mero fato de poder com a vantagem intelectual da certeza. Talvez, com a internalização, por parte da agência judiciária, de um direito penal propulsor de um sistema orientador de decisões com base naquela função, não seja possível afirmar com Tolstoi que “se no mundo há justiça, não é por causa dos juízes, mas apesar deles”.

Tradução: Carlos Arthur Hawker Costa