

Revista Justiça e Sistema Criminal

Modernas Tendências do Sistema Criminal

FAE Centro Universitário

<i>Rev. Justiça e Sistema Criminal</i>	Curitiba	v. 6	n. 11	p. 1-226	2014
--	----------	------	-------	----------	------

Associação Franciscana de Ensino Senhor Bom Jesus

Presidente
Frei Guido Moacir Scheidt, ofm
Diretor-Geral
Jorge Apóstolos Siarcos

FAE Centro Universitário

Reitor da FAE Centro Universitário | Diretor-Geral da FAE São José dos Pinhais
Frei Nelson José Hillesheim, ofm

Pró-Reitor Acadêmico | Diretor Acadêmico | Diretor de Legislação e Normas Educacionais
André Luis Gontijo Resende

Pró-Reitor Administrativo
Régis Ferreira Negrão

Diretor de Campus – FAE Centro Universitário
Cleonice Bastos Pompermayr

Diretor Acadêmico da Faculdade FAE São José dos Pinhais
Elcio Douglas Joaquim

Diretor de Pós-Graduação
Antoninho Caron

Vice-Diretor de Pós-Graduação
José Vicente Bandeira de Mello Cordeiro

Secretário-Geral
Eros Pacheco Neto

Diretor do Instituto de Ciências Jurídicas
Sérgio Luiz da Rocha Pombo

Ouvidoria
Samar Merheb Jordão

Diretor de Relações Corporativas
Paulo Roberto Araújo Cruz

Editor

Paulo César Busato

Editoração FAE

Ana Maria Oleniki (Diagramação)
Cláudia Mara Ribas dos Santos (Revisão de texto)
Carolina Bontorin Ceccon (Revisão de texto)
Débora Cristina Gipiela Kochani (Diagramação)
Edith Dias (Normalização)
Evelyn Souza Alves (Diagramação)
Luiz Henrique Bezerra (Revisão de texto)
Natasha Suelen Ramos de Saboredo (Revisão de texto)
Maristela Ferreira de Andrade da Silva (Coordenação)
Marcela Narvaéz Botero (Revisão de linguagem espanhol)
Thais Suzue Ikuta (Diagramação)
Ticiane de Farias Pietrô (Diagramação)

Coordenador do curso de Direito

Karlo Messa Vettorazzi

Coordenador do Grupo de Estudos Modernas Tendências do Sistema Criminal

Paulo César Busato

Pesquisadores do Grupo de Estudos Modernas Tendências do Sistema Criminal

Adriana Maria Gomes de Souza Spengler
Airto Chaves Junior
Alex Wilson Duarte Ferreira
Alexandre Ramalho de Farias
Alexey Choi Caruncho
Almério Vieira de Carvalho Júnior
Amanda Gehr
Ana Maria Lumi Kamimura Murata
Anne Carolina Stipp Amador Kozikoski
Antonio José Franco de Souza Pêcego
Bibiana Caroline Fontella
Bruno Augusto Vigo Milanez
Bruno Hauer Doetzer
Camila Rodrigues Forigo
Carolina de Freitas Paladino
Clara Moura Masiero
Daniel Fauth Washington Martins
Daniel Ferreira Filho
Danubia Andrade da Silva Santos
Danyelle da Silva Galvão
Denise Luz
Décio Franco David
Emília Merlini Giuliani
Fabiano Oldoni

Fernando Antônio Carvalho Alves de Souza
Fábio André Guaragni
Fábio da Silva Bozza
Gabriel Ribeiro de Souza Lima
Gustavo Britta Scandelari
Iuri Victor Romero Machado
Jacson Luiz Zilio
José Roberto Wanderley de Castro
João Paulo Arrosi
Júlia Flores Schütt
Larissa Horn Zambiasi
Leandro Ayres França
Leandro Garcia Algarte Assunção
Luiza Borges Terra
Maria Fernanda Loureiro
Mariana Andreola de Carvalho Silva
Marlus Heriberto Arns de Oliveira
Matheus Almeida Caetano
Michelangelo Cervi Corsetti
Márcio Soares Berclaz
Odoné Serrano Júnior
Patrícia Possatti Ferrigolo
Priscilla Placha Sá
Regina Lúcia Alves Carneiro
Rodrigo da Silva Brandalise
Rodrigo Jacob Cavagnari
Rodrigo Leite Ferreira Cabral
Rodrigo Régner Chemim Guimarães
Sandra Regina Szizera da Silva Busato
Silvia de Freitas Mendes
Stella Maris Piegel
Stephan Nascimento Basso
Sérgio Valladão Ferraz
Tahena Vidal Andrade
Tatiana Sovek Oyarzabal

Conselho Editorial e Consultivo

Adriana Maria Gomes de Souza Spengler (Univali)
Alexandre Ramalho de Farias (MPPR)
Alexey Choi Caruncho (FEMPAR)
Alexis Couto de Brito (Universidade McKenzie)
Alfonso Galán Muñoz, Dr. (Universidad Pablo de Olavide)
Ana Carolina Carlos de Oliveira (IBCCrim)
Bernardo Feijoo Sánchez (Universidad Autónoma de Madrid/Espanha)
Carlos Roberto Bacila, Dr. (UFPR)
Carmen Gomez Rivero, Dra. (Universidad de Sevilla)
Cezar Roberto Bitencourt, Dr. (PUC - Porto Alegre)
Diego Araque (Universidad de Medellín, Colômbia)
Dino Carlos Caro Coria (Pontificia Universidad Católica del Perú/Peru)
Edgar Hernán Fuentes Contreras (Universidad Jorge Tadeo Lozano, Colômbia)
Eduardo Demetrio Crespo (Universidad de Castilla-La Mancha/Espanha)
Elena Nuñez Castaño, Dra. (Universidad de Sevilla)
Fábio André Guaragni (Unicritiba)
Fernando Antonio Carvalho Alves de Souza (Universidade Mauricio de Nassau)
Francisco Muñoz Conde, Dr. (Universidad Pablo de Olavide)
Jacinto Néelson de Miranda Coutinho (UFPR)
Ignacio Flores Prada (Universidad Pablo de Olavide/Espanha)
Íñigo Ortiz de Urbina Gimeno (Universitat Pompeu Fabra/Espanha)
Isidoro Blanco Cordero (Universidad de Alicante/Espanha)
José Manuel Damião da Cunha (Universidade Católica Portuguesa/Portugal)
Leandro Ayres França (UCS)
Leandro Gornicki Nunes (Univille)
Manuel Maroto Calatayud (Universidad de Castilla-La Mancha/Espanha)
Marcus Alan de Melo Gomes, Dr. (UFPA)
Maurício Stegemann Dieter, Msc (FAMEC)
Michelângelo Cervi Corsetti (UCS)
Nilo Batista (UFRJ)
Patrícia Faraldo Cabaña (Universidade da Coruña/Espanha)
Priscilla Placha Sá (UFPR, PUC-PR)
Renato Vargas Lozano (Universidad Sergio Arboleda/Colômbia)
Ricardo Rabinovich-Berkman (UBA, Argentina)
Rodrigo Régner Chemim Guimarães, MSc (FAE, Unicritiba)
Rodrigo Sánchez Riós (PUC-PR)
Salo de Carvalho (UFRGS)
Sérgio Cuarezma Jerán, Dr. (Universidad Politécnica de Nicaragua)
Sérgio Valladão Ferraz (Proc. da República)
Vera Malaguti Batista (ICC)

Distribuição

Comunidade científica: 300 exemplares

Revista Justiça e Sistema Criminal. v. 1, n. 1, jul./dez. 2009 -
Curitiba: FAE Centro Universitário, 2009 -

v. ilustr.

Semestral
ISSN 2177 - 4811

1. Direito penal - Periódicos. I. FAE Centro Universitário

CDD 341.5

Os artigos publicados na Revista Justiça e Sistema Criminal são de inteira responsabilidade de seus autores. As opiniões neles emitidas não representam, necessariamente, pontos de vista da FAE Centro Universitário.

A Revista Justiça e Sistema Criminal tem periodicidade semestral e está disponível em www.sistemacriminal.org.

Endereço para correspondência:

FAE Centro Universitário

Rua 24 de Maio, 135 – 800230-080 – Curitiba – PR – Tel.: (41) 2105-4098

DOGMÁTICA, DIREITOS FUNDAMENTAIS E JUSTIÇA PENAL: ANÁLISE DE UM CONFLITO¹

DOGMATIC, FUNDAMENTAL RIGHTS AND CRIMINAL JUSTICE: A CONFLICT ANALYSIS

María Luisa Cuerda Arnau²

RESUMO

O presente trabalho visa acentuar as principais implicações da concepção significativa de ação no sistema de justiça penal. Essa teoria foi concebida por Vives Antón, originariamente, na primeira edição da obra “Fundamentos del sistema penal” (1996) e desenvolvida em sua recente obra “Fundamentos del sistema penal: Acción significativa y derechos fundamentales” (2010). Na referida concepção, atribui-se o papel de dogma aos princípios constitucionais que regem a totalidade do ordenamento. Dessa maneira, afirma-se a prioridade dos direitos fundamentais e das pretensões de justiça e de legitimidade (de validade) – que deles derivam – em detrimento de qualquer suposta ideia de ciência. Vives busca com sua concepção significativa de ação, como objetivo último, lutar por um sistema penal que torne efetivos os direitos fundamentais. Ao compreender o sentido como significado linguístico, ele procura situar a linguagem no núcleo do sistema penal. Segundo Vives, é a linguagem que aproxima as pessoas e que permite a compreensão mútua e, além disso, possibilita o entendimento do motivo pelo qual elas compartilham uma forma de vida: a forma que as torna iguais como seres humanos. Essa concepção pressupõe uma comunidade na qual se torna possível dialogar, argumentar, convencer e, em suma, tratar o outro como sujeito, e não como objeto. Assim, a partir do reconhecimento do outro como pessoa, deriva-se, por necessário, a vinculação de todo o ordenamento jurídico a uma série de direitos inseparáveis da condição humana dos quais depende a busca pela correção de qualquer pretensão de validade normativa.

Palavras-chave: Sistemas de Direito Penal. Direitos Fundamentais. Conceito de Ação de Vives Antón.

¹ CUERDA ARNAU, María Luisa. Dogmática, derechos fundamentales y justicia penal: análisis de un conflicto. Traducción: Rodrigo Jacob Cavagnari. **Teoría & Derecho**: revista de pensamiento jurídico. Valencia, n. 8, p. 121-140, dec. 2010.

² Catedrática de Derecho Penal, Universitat Jaume I (Castellón).

ABSTRACT

This study attempts to show the main implications for the criminal justice system of the meaningful concept of action formulated by Vives Antón in his “Fundamentos del sistema penal” (1996) and recently in his “Fundamentos del sistema penal. Acción significativa y derechos fundamentales” (2010). In this concept, the constitutional principles governing the entire system are classified as dogma, and the priority of fundamental rights, and the pretensions of justice and legitimacy (validity) deriving from them, over any supposed science are affirmed. Fighting for a criminal justice system that puts fundamental rights into effect is, in fact, the final objective Vives is pursuing with his meaningful concept of action. In seeing meaning as linguistic significance, what he is trying to do is to put language at the heart of the criminal justice system. It is language that brings people together, allowing them to understand one another because they coincide on a way of life: the way of life that makes them equals. This presupposes a community in which it is possible to have dialogue, to argue, to convince, and ultimately to treat others as subjects and not objects. And, from my recognition of others as people derives, as a necessary condition, the connection of the entire legal system to a series of rights that are inseparable from the human condition of those on whom the correctness of any pretension to normative validity depends.

Keywords: Criminal Law Systems. Fundamental Rights. Vives Antón’s Concept of Action.

1 O DIREITO PENAL DA SOCIEDADE DE RISCO: EXPANSÃO E CRISE

As democracias ocidentais hodiernamente sofrem o embate de um conjunto de fatores vinculados à chamada “sociedade de risco”, termo popularizado por Beck. Os indiscutíveis novos riscos surgiram do próprio desenvolvimento tecnológico e econômico, da globalização e de seus efeitos, de modo que as catástrofes ocorridas no meio ambiente e na economia multiplicaram o impacto de tais riscos. Essas novas realidades estão associadas a conflitos sociais de vários tipos e com acentuada complexidade, nessa época em que os fundamentalismos de diversas constelações adquirem força e se mesclam nas águas tormentosas da injustiça global e do terrorismo internacional. Em um momento anterior, a política criminal europeia – encabeçada pela Itália – caracterizou-se por uma profunda alteração da função da lei penal, a qual se adequava às necessidades do sistema. Para cumprir os objetivos que o sistema a assinalava, chegou-se ao ponto de deixar de servir como garantia do cidadão e como limite ao poder, aos governos e aos meios de comunicação, como, de fato, estes exercem na realidade. Essa tendência pressagia um mau futuro para os direitos fundamentais, de cuja efetiva vigência é dependente a própria democracia, esta, por tal razão, assiste, agora, ao rompimento de seus alicerces mais profundos.

E a dogmática penal não é inocente nesse processo. O chamado “direito penal do inimigo” é apenas o melhor exemplo das novas tendências, mas não é o único, nem mesmo o mais perigoso, devido a sua precariedade³. Sem dúvida, chegou o momento em que nós penalistas devemos deixar de adornar as nossas investigações com valores dogmáticos para, enfim, indagarmos com seriedade acerca da atual legitimidade do sistema penal.

2 O CONTEXTO: O ABUSO DO DIREITO PENAL, A FLEXIBILIZAÇÃO DOS PRINCÍPIOS E A INUTILIDADE DA IDEIA DE BEM JURÍDICO

A nota “social” que caracteriza o modelo de Estado desenhado pelas Constituições modernas tem, certamente, a virtude de indicar a existência de interesses sobre cuja necessidade de proteção não pode pairar dúvida. Como Estado que pretende desenvolver

³ Sobre o impacto de tal concepção nas últimas reformas penais, ver VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. ¿Estado democrático o estado autoritário? (reflexiones jurídico-políticas a propósito de un Anteproyecto de Código penal), *Teoría y Derecho*, Valencia, n. 4, p. 264-273, 2008. Ver, no mesmo sentido, as interessantes reflexões sobre o conjunto do projeto em: ÁLVAREZ GARCÍA, Francisco Javier; GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis (Dir.). *Consideraciones a propósito del Proyecto de Ley de 2009 de modificación del Código penal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2010.

um papel ativo na configuração da sociedade, o Estado Social obriga que os poderes públicos promovam as condições que tornem real a liberdade e a igualdade do indivíduo, bem como do grupo no qual o indivíduo se integra. E assim diz expressamente o art. 9.2 da Constituição espanhola.⁴

Algo distinto, entretanto, é dizer que corresponde ao direito penal o dever de cumprir um papel promocional. Apesar da consequência discutível e perigosa de conceber o direito penal como mecanismo de configuração social, hoje é possível dizer que aquela “hipertrofia penal do Estado Social” – segundo a fórmula de Frank no seu “Die Überspannung der staatlichen Strafgewalt” –, resulta em uma realidade incontestável. Produz-se uma expansão do direito penal, sob o amparo da ideia de aumentar os poderes estatais no interesse dos fins sociais. Hassemer advertia desse perigo há vinte anos. No clássico “Symbolisches Strafrecht und Rechtsgüterschutz” (1989), lamentava-se que o direito penal abandonasse a vertente liberal para ser um instrumento de controle das grandes perturbações sociais ou estatais. Passaria, então, de uma repressão pontual de concretas lesões de bens jurídicos para uma prevenção em grande escala de situações problemáticas. Para Hassemer, o direito penal encontrava-se afligido pelo que denominou *dialética do moderno*, caracterizada por três pontos fundamentais: 1) a proteção de bens jurídicos de um princípio negativo se transforma em um princípio positivo de criminalização; 2) a prevenção se converte no paradigma dominante; 3) a orientação às consequências se converte no objetivo predominante do direito penal moderno, que, por consequência, afasta da política penal a proporcionalidade e a retribuição do injusto.

O cenário, desde então, além de não ter mudado, acabou por ver acentuada a *lógica do defensismo*, denominada por Vives há mais de duas décadas. Trata-se de uma *lógica da prevenção*, oposta, claramente, à lógica da liberdade. Segundo ela, os princípios garantistas representam um obstáculo para impedir as crescentes e difusas demandas de prevenção, estas associadas à ideia de sociedade de risco enfatizada por Beck, acrescentando agora o adjetivo “global”.

Com efeito, a profunda transformação sofrida pelo direito penal nas últimas décadas está vinculada, certamente, à maior complexidade do cenário, quando comparada ao que foi enfrentado anteriormente. Aumenta-se, exponencialmente, a efetiva aparição de novos riscos em razão do progresso técnico. Assim convive o direito penal, com a aceleração

⁴ N.T.: o artigo 9.2 da Constituição espanhola prevê: “Corresponde aos poderes públicos promover as condições para que a liberdade e a igualdade do indivíduo e dos grupos em que ele se integra sejam reais e efetivas; remover os obstáculos que impeçam ou dificultem sua plenitude e facilitar a participação de todos os cidadãos na vida política, econômica, cultural e social” (tradução nossa).

dos ritmos econômicos, com a liberalização dos mercados e, em suma, com as múltiplas características que definem a globalização, da qual a integração supranacional não é nada mais do que um aspecto concreto. Porém, ao mesmo tempo, a sociedade pós-industrial é a encarnação do fracasso do modelo de Estado de bem estar. Com o desemprego e a instabilidade de trabalho somam-se outros fenômenos, tão compreensíveis quanto incessantes, tais como as imigrações e o conjunto de efeitos injustos que ordinariamente as acompanham. A partir daí, a exclusão social e o enfrentamento cultural formam uma base sólida para que se frutifiquem os fanatismos. O desencadeamento de fundamentalismos nacionalistas ou religiosos e o perigo que representa o terrorismo internacional sinalizam um panorama nada alentador. Junto a novas formas delitivas surge também um tipo de criminalidade distinto, caracterizado pelas ideias de organização, de poder econômico e de transnacionalidade. A sensação social de insegurança (correspondente ou não com a existência objetiva dos riscos) e as demandas de segurança (incluindo a segurança cognitiva) podem servir para fechar o círculo de fogo no qual o direito penal foi chamado a cumprir uma função. Sobre o conteúdo e o alcance dessa função existe cada vez menos consenso. O diagnóstico sobre a situação insustentável do direito penal, segundo a clássica coletânea da Escola de Frankfurt, não pode levar a desconhecer os desafios que o direito penal enfrenta. Deixam-se de lado polêmicas acerca de fórmulas limitadas, como algumas que enfrentam tanto os defensores da chamada modernização do direito penal quanto os partidários do denominado discurso de resistência.

Desconcertado, o legislador penal naufraga em sua tarefa, ele conduziu, até agora, a uma desconhecida expansão do direito penal, cujas características fazem soar todos os alarmes, motivando, ainda, um frutífero debate sobre os fundamentos da nossa disciplina. Hoje, mais do que nunca, reivindica-se a proteção penal de quaisquer bens como uma das prestações que o Estado social está obrigado a oferecer. Essa reivindicação encontra parte de sua origem nos meios de comunicação, que, por irrecusável, consiste no melhor canal para encorajar o que – com acerto – tem-se caracterizado como “populismo punitivo”.

Tal discurso tem produzido ao menos três grandes efeitos: atribuir ao direito penal uma função promocional; ampliar de forma alarmante a chamada função simbólica do direito penal; e, o que é mais grave, assenta-se com ele as bases de um direito penal autoritário, que, por óbvio, não se ajusta às exigências da democracia. Dita expansão tem lugar como via para facilitar a consolidação e a eficácia de um direito penal funcional, em detrimento da relação com os princípios garantistas. No Estado Social, os tradicionais princípios garantistas se acham submetidos a tal sorte de tensões que não é exagerado afirmar que é assistido a um autêntico *conflicto de princípios*, como já dissera Vives no “Informe del Consejo General del Poder Judicial al Anteproyecto de Código de 1992”.

Paradoxalmente, os princípios adquirem uma função incompatível com a sua essência limitadora dos excessos de poder. Inverte-se o seu sentido para que legitimem a função promocional atribuída ao direito penal. Muito se tem falado – especialmente na Itália – dessa função promocional. Nesse sentido, o direito penal tem-se configurado como instrumento que converge para a realização do modelo, ou seja, harmoniza-se com os fins de promoção social, estabelecidos anteriormente pela Constituição. Entende-se, assim, que o legislador está obrigado a criminalizar os ataques aos bens ou interesses constitucionais mais relevantes, invertendo-se, com isso, o princípio de proibição de excesso e suas exigências de intervenção mínima e de necessidade, perdendo seu verdadeiro sentido. O recente debate sobre o aborto ilustra suficientemente esse extremo.

De um lado, abandonam-se o caráter fragmentário e o caráter subsidiário atribuídos, tradicionalmente, ao direito penal. De outro lado, abandona-se a ideia subjacente às manifestações do princípio de proporcionalidade: a de que uma sociedade transformada por intermédio da pena converte-se em uma insuportável tirania. Destarte, igualmente ao que se chama de “hipertrofia jurídico-penal do totalitarismo”, não se pode negligenciar a possibilidade de uma perversão totalizadora do Estado Social. Nesse contexto, deve-se destacar que essa fuga ao direito penal tem muito de álibi ideológico, o qual “exonera” o Estado de se valer de outras vias mais adequadas para resolver os problemas estruturais, entretanto, mais onerosas, quando comparadas ao fácil recurso do direito penal. E esse perigo é maior em épocas de crise social e institucional, nas quais se supervaloriza, deliberadamente, a potencialidade promocional do direito penal. Dentre todas as normas, são as penais as que têm maior aptidão para servir como veículo de mensagens tranquilizadoras, pedagógicas, persuasivas e, em última instância, simbólicas.

Outra nota problemática que caracteriza o direito penal contemporâneo é o risco de que esse seja reduzido a uma pura função simbólica, a qual acaba por produzir um efeito deslegitimador de si mesmo. Naturalmente, não se questiona aqui o fato incontestável de que toda norma penal venha acompanhada de certa função simbólica. A simples tipificação e a ameaça da pena atuam sobre o corpo social estigmatizando a conduta sancionada. Ademais, desperta naquele a consciência acerca da importância do bem a que a norma se refere, o âmbito de proteção e o efeito que ela produz. O problema não é, portanto, que as normas penais produzam o que Díez Ripollés (2003) denominou efeitos expressivo-integradores. O problema é, como também dissera esse autor, que se faça deles um uso patológico e célere de legitimidade, na medida em que não resguardam as decisões político-criminais que fundamentam a pena. Isso é o que acontece quando se ditam normas que não estão destinadas a prevenir comportamentos que provocam danos ou perigo. Tais normas – cujas razões de ser variam desde o intento de acalmar a desordem social até a demonstração de quem atua – são de um Estado forte e decidido e resultam

em destrutivas a longo prazo. Esses *déficits* de aplicação da norma (de funcionamento, em geral) conduzem a um só resultado: que o direito penal e a administração da justiça percam credibilidade. Ela produz o efeito inverso ao desejado, ao minar a confiança da sociedade nos instrumentos jurídicos.

Ante o que foi dito, resulta quase uma obviedade dizer que as “necessidades” de um direito penal com essas características não encontram limites. As funções pretendidas tornam o direito penal incompatível com qualquer limite garantista. Tem-se falado, acertadamente, da *desformalização* como um dos caminhos de funcionalização do direito penal em sentido utilitário. Os instrumentos concretos utilizados para tal fim são diversos. Todos, porém, coincidem. Por um lado no fato de servir à *lógica do defensismo*, utilizando a expressão de Vives Antón. E, por outro, no fato de incidir negativamente nas garantias tradicionais do Estado de Direito, até o ponto de indagarmos seriamente sobre o desvio autoritário do novo direito penal.

Com efeito, as exigências materiais do princípio de legalidade não se conciliam com a orientação predominantemente preventiva que preside a *lógica do defensismo*. Satisfaz esse ponto de vista a mais flexível possível técnica de redação dos tipos penais, hábil a se adaptar à *necessidade de atuação (Handlungsbedarfs)*. Do mesmo modo, em um direito penal chamado a intervir diante das necessidades sociais que se modificam rapidamente, as cláusulas gerais são as mais convenientes. Não é por acaso que essa seja a orientação presente nos tipos penais – cada vez mais numerosos – que tutelam os chamados bens jurídicos coletivos. A teoria do bem jurídico apresenta conhecidas dificuldades com relação a esses, que, sem dúvida, são os mais propícios a servirem de objeto de manipulações.

Não é um problema menor o uso, cada vez mais alarmante, dos delitos de perigo abstrato, que é – não casualmente – a técnica de tipificação preferida dos delitos que protegem bens jurídicos coletivos. E algo parecido poderia se dizer em relação à outra manifestação, talvez não tão óbvia, mas igualmente importante desse direito penal “máximo”, consistente no crescente aumento dos delitos omissivos. Sobre esses, não se pode esquecer que, historicamente, serviram como técnica utilizada com frequência nas experiências jurídicas autoritárias. E, ainda que hoje se possa entender como uma técnica sancionatória de função promocional, nem por isso deixa de ser a expressão de uma tendência de Estado que assume um modelo intervencionista, em oposição a um Estado democrático que assume um modelo participativo. Como expus no trabalho em homenagem ao Dr. Vives, a evidente ampliação da comissão por omissão, muito além do que permitem o texto legal e os princípios constitucionais, é, ao final, um simples reflexo das causas que mencionei anteriormente.

Para completar, insisto nos perigos que um direito penal com essas características representa segundo o ponto de vista do princípio de proporcionalidade. Nem a criação de novos tipos, nem o agravamento da pena dos tipos já existentes respondem às exigências derivadas do princípio da proporcionalidade em sentido amplo. Sobre o alcance de tal princípio dissertei em outros trabalhos, nos quais asseverei que um direito penal que deixe de lado a proporcionalidade viola muitas exigências que se vinculam ao mandamento constitucional: nasce sem a exigência de necessidade; deixa de lado a características de *ultima ratio*; e chega ao extremo de fazer do direito penal a *prima ratio*, inclusive, se você leitor permitir a expressão, a única *ratio*. Na realidade, afasta-se a própria ideia de bem jurídico. Ignora-se que o bem jurídico é o primeiro tópico da argumentação em torno da validade da norma, um momento do processo de justificação racional da limitação de liberdade que atrai a seguinte conclusão: não é suficiente que determinadas condutas produzam de fato um dano social; é preciso que o ordenamento possa considerá-las racionalmente lesivas. Para tanto, impõe-se o afastamento das concepções de bem jurídico como objeto – inúteis para servir de limite a um legislador empenhado em abusar do direito penal – para concebê-lo como justificação. Vale dizer, não basta ressaltar o caráter nuclear que o bem jurídico ocupa na legitimação da pena, questão sobre a qual não parecem existir dúvidas. O problema reside na incapacidade das diversas concepções acerca do bem jurídico para servir de limite ao legislador ou, como dizia timidamente Roxin na última edição de seu tratado, no rendimento escasso atingido pelo conceito. Não se trata de renunciar a teoria do bem jurídico – ou de dissolvê-la, ao modo de Jakobs –, mas de elaborar a questão em outros termos. Abandonar sua contemplação em termos de conceito – material ou formal – e fazê-lo em termos de justificação é a proposta de Vives Antón, que na primeira edição dos “Fundamentos” sugeria conformar o bem jurídico segundo uma perspectiva procedimental, questão que foi aprofundada no capítulo XVIII de sua recente obra “Fundamentos del sistema penal: Acción significativa y derechos fundamentales” (2010). Sob o título “Sistema democrático e concepções do bem jurídico”, o autor insiste na inadequação – e não mera insuficiência – das abordagens tradicionais. Ao conceber o bem jurídico como justificação, e não como objeto, permite-se considerar não somente o dano que determinadas condutas podem de fato produzir, mas também levar em conta se o prejuízo causado está constitucionalmente justificado, o que impediria continuar reconhecendo um bem nas normas proibitivas, ou, inclusive, se o prejuízo causado, carente de justificação, legitimaria o recurso da pena ou de determinada quantidade de pena. Não basta perseguir uma finalidade legítima. Requer-se de uma justificação ulterior que o legitime, não *prima facie*, e sim definitivamente.

Esse modo de encarar o problema pode ser o nosso mais fiel aliado na hora de evidenciar o *déficit* de legitimidade nos locais onde se consolida a ideia de que diante

de determinados fenômenos criminais é legítimo reagir com uma espécie de legislação de guerra (a “guerra” contra o terrorismo, contra o narcotráfico ou contra a delinquência sexual, especialmente), como se recomenda em algumas das alternativas que maior importância estão tendo na realidade jurídica do conjunto de países democráticos. O mais grave é, como dizia, o êxito que angariam tais propostas de legitimação, cuja origem deve ser vista no fato de serem as que melhor respondem, não à segurança dos bens em detrimento da segurança jurídica, e sim, sobretudo, à necessidade de gozar de segurança cognitiva, ainda que o seja em detrimento da liberdade. A segurança – entendida como segurança material, e não como segurança de liberdade – é concebida, segundo essas propostas, como um valor autônomo e como um direito fundamental do indivíduo que os Estados devem garantir pela via do adiantamento da punibilidade, do incremento das penas ou, por fim, por meio da supressão de garantias processuais individuais. O chamado “direito penal do inimigo” como construção que se opõe ao direito penal do cidadão é, sem dúvida, o melhor expoente do vendaval que ameaça tombar o edifício do sistema penal democrático.

Contudo, essa não é a construção mais perigosa, uma vez que a precariedade de suas premissas gera, de maneira natural, aversão como estratégia global. Verdadeiramente perigoso é que a ideologia autoritária, que está na base daquela forma de conceber os fins do direito penal, infiltra-se de maneira quase imperceptível nos processos legislativos dos Estados que se autodenominam democráticos. Para nos limitarmos a nossos próprios pecados, basta pensar nas duas últimas propostas de reforma do Código Penal (CP). O conteúdo do Anteprojeto do CP de 2008 é, sem dúvida, uma boa mostra de triunfo desse direito penal, próprio do Estado autoritário, que teme a liberdade e desconhece que os princípios liberais pertencem à essência do sistema democrático. O projeto de 2009 é certamente melhor que o seu precedente, mas se considera – e é – tão herdeiro do anterior que não foi necessário submetê-lo aos relatórios normativos do *Consejo General del Poder Judicial* nem ao *Consejo Fiscal*. Portanto, poderiam ser reproduzidas as críticas que fizeram ao antigo Código com relação ao modelo de política criminal que agora se defende. Trata-se de uma política criminal que endurece a reação em face do aumento da criminalidade e da eventual eficácia preventiva das novas ou incrementadas penas. Uma política que, além de criar delitos como estigma para os que estabelecem presunções de periculosidade ou regras específicas em sede de execução ou em matéria de prescrição, ao final aborda a reação de um delito como se se tratasse da satisfação de uma demanda qualquer de bem estar e de segurança material.

Claro está que, como já disse em outra oportunidade a queridos colegas, as lógicas da política e da legalidade são coisas bem distintas, mais ainda: confundir ambas é um erro grave. No entanto, isso não tem nenhum liame com a função que nos compete. À doutrina compete, antes de tudo, evidenciar que a lógica da política somente pode atuar legitimamente dentro da lógica da justiça. Isso implica, entre outras coisas, na

impossibilidade de que coexistam um direito penal do cidadão e uma legislação de guerra ou, se preferir, de exceção permanente. E a ela compete também se opor a fabricar construções destinadas a convertê-la em um instrumento de legitimação desses modelos autoritários, bem como de não se tornar um cúmplice servo de seus excessos. Essa é, portanto, uma parte importante que é cabível exigir da dogmática.

3 ALGUMAS CONSIDERAÇÕES SOBRE O PAPEL DA DOGMÁTICA

3.1 O OBJETIVO DECLARADO

Seria injusto afirmar que a doutrina penal, em seu conjunto, vive distante da realidade preocupante que apenas acabei de esboçar. A doutrina não está somente consciente dessa realidade, como, ao menos em um número nada desdenhável de seus integrantes, adverte-nos dos sérios perigos que afetam o sistema pela concepção da função e fins do direito penal anteriormente mencionada. O problema, entretanto, é dizer se a dogmática penal moderna está nas melhores condições para fazer frente a um embate com tais características. Pessoalmente, creio que não.

Começemos por constatar o fracasso de seu propósito inicial, que não foi outro que dissipar as inseguranças da exegese. Desde que Von Liszt deu origem a ela, esse foi o objetivo da dogmática penal moderna, a qual, para ele, dispôs-se – ou acreditou dispor-se – de um estatuto científico de que deveria derivar-se uma resposta segura para cada um dos diferentes problemas interpretativos. Parecia imprescindível reconduzir as distintas descrições típicas a um esquema unitário, de maneira que essa sistematização permitisse entendê-las de um modo unívoco e congruente.

O primeiro sistema unitário foi dado pela ideia de causa. Parece uma ideia básica, universal e indiscutível. As ações reguladas pelas normas são processos causais. Adota-se a ideia de causa como proveniente da ciência e, inclusive, da lógica. Tudo tem uma causa. Portanto, tudo pode ser explicado por meio de suas causas. Remetem-se as descrições típicas, por consequência, a um mundo “físico”, regido por causas e efeitos, e impulsionado por uma vontade cujo conteúdo não interessa. Somente o “impulso da vontade” que, nas dogmáticas causalistas, situa as ações diante dos acontecimentos naturais que carecem de sentido. Este, embora impulse as forças da natureza, não desempenha função alguma e, portanto, não pode contribuir ao esclarecimento do sentido das diversas ações.

Sendo assim, o peso desse esclarecimento recai sobre o acontecimento exterior, que, no entanto, nem sempre está em condições de estabelecer o sentido da ação. Não

pode fazê-lo, desde logo, nem nas omissões, nem no conjunto de ações que usualmente consideramos definidas por regras, sejam elas jurídicas (prevaricar) ou sociais (injuriar). Muito se tem escrito sobre a incapacidade do conceito causal de ação para cumprir as funções assinaladas ao conceito de ação, mais concretamente, às funções classificatória e conceitual. A primeira, pela incapacidade de justificar a omissão; a segunda, porque descrita como processo neutro não está em condições de servir de substrato ao juízo de desvalor ou de reprovação. Não é este o momento de se estender sobre esse ponto. No fim das contas, somente se tratava de realçar que a concepção de ação das dogmáticas causalistas não pode resolver o principal problema que se coloca diante de toda a dogmática: o de saber quando a conduta pode subsumir-se no tipo. Exige-se desvelar o sentido das ações típicas, algo inexequível a partir da concepção causal.

O finalismo procurou acobertar o *déficit* que apresentavam as dogmáticas causalistas no que toca à determinação do sentido de ação. Para tanto, entendeu-se que o sentido não está fora, e sim dentro do sujeito. Não pode residir nos movimentos corporais impulsionados pela vontade e sim no conteúdo desta. Deve-se incluir na ideia de ação não somente o impulso da vontade, e sim seu conteúdo, pois o que faz dos movimentos corporais uma ação é a intenção que a dirige.

Exaustivamente, já se disse que a doutrina final fracassa nos crimes imprudentes. Todavia, mais grave do que isso é o fato de que o finalismo tenha colocado o sentido em um núcleo que é essencialmente indescritível, já que as intenções não são objetos da mente que alguém possa descrever. De um lado, carece de acesso à mente dos outros, e ainda que a tivesse, parece óbvio que o sentido não pode depender da intenção subjetiva. Se cada um não faz o que parece que faz, e sim o que pretende fazer, como podem entender-se os tipos, se, afinal, o sentido das ações se ajusta basicamente ao querer de cada um? Como injuriar alguém, por muito que esse seja meu desejo, dizendo a ele que é inteligente? Na medida em que o sentido das ações é psicológico, o fracasso do finalismo não afeta somente a imprudência, mas afeta todo o sistema.

O conceito social de ação, por sua parte, procura, antes de tudo, salvar a objeção oposta ao finalismo em relação às ações imprudentes. Por essa razão, começa-se a chamar a doutrina de final-objetiva por oposição à final-subjetiva proposta por Welzel. O sentido da ação já não está enraizado no impulso da vontade, nem no seu conteúdo, e sim no significado social. O que nos permite interpretar certos fatos como ações é que socialmente damos a eles esse sentido. Entretanto, ocorre que esse sentido comporta uma decisiva referência ao sujeito, pois somente se considera ação o que este pode prever e o que este pode evitar. Ocorre que o sentido social da ação não é tão social como se propugnava essa teoria. Ele depende de certos estados que residem na consciência do sujeito, como a previsibilidade subjetiva. Em primeiro lugar, observa-se que a doutrina social da ação

dissolve o conceito de ação na realização do tipo. Para determinar o sentido social das injúrias, das falsidades etc., não tem de acontecer a emissão de ondas nem o grafismo sobre o documento, mas que à luz do tipos de injúria ou de falsidade – que é a regra básica de interpretação estabelecida pela sociedade – possa ser atribuído tal sentido. Em segundo lugar, para a doutrina social, essa opção também implica definir a ação desde a possibilidade subjetiva de ajustar a conduta à exigência da norma. A intenção ou a previsibilidade subjetiva – o dolo e a imprudência – passam a integrar a ação e, portanto, constituem momentos do injusto típico. A tipicidade – e não a ação – é a portadora de um sentido juridicamente estabelecido, que somente poderá ser imputado ao sujeito que atua. E não poderá dizer que o sujeito fez isto ou aquilo. Pode, apenas, imputar-se tal evento porque o sujeito é responsável por ele. Em suma, a doutrina social estabelece o sentido social fora da linguagem, isto é, não resolve o problema do sentido no plano da ação, e sim fora dela, no sistema que abre a porta do pensamento funcional.

O funcionalismo, por sua vez, repousa em uma sociologia holística para a qual o dado primário é o sistema social ou o conjunto de subsistemas sociais. Os diversos momentos do sistema penal – ações, normas, sanções etc. –, são determinados pelo sistema social. A partir daí, as descrições típicas são entendidas em termos de imputação. Com o funcionalismo se dilui a ontologia, pois os conceitos de objeto são substituídos por conceitos de responsabilidade. A própria ideia de ação desaparece. Tendo em vista que o significado de atuar é determinado pelo subsistema jurídico, não importa tanto o que o sujeito faz. Importa, quanto ao significado, que o subsistema jurídico lhe outorgue sobre a base das competências e responsabilidades que lhe haja previamente atribuído à luz das exigências funcionais. Desse modo, as ações descritas pela lei convertem-se em processos de imputação. Sua determinação exige a infração de certos deveres, a previsibilidade e a evitabilidade das consequências indesejáveis para o sistema. Com o funcionalismo, a dogmática descreve um evidente círculo vicioso. As descrições típicas têm como tarefa delimitar o campo da responsabilidade, de modo que a responsabilidade já não está traçada pelas palavras da lei, e sim pelas próprias ideias de responsabilidade atribuídas ao aplicador do direito. A partir dessa perspectiva, parece que a segurança jurídica cinge-se a encontrar critérios de imputação cada vez mais sofisticados, quando o certo é: dissolvido o sentido das palavras da lei, toda garantia está desaparecida.

Essa rápida e elementar passagem pelo que foi a evolução do conceito de ação não tinha outra pretensão do que a de mostrar aonde chegamos depois de percorrer um longo caminho, que teve início com o objetivo de resolver as dúvidas que suscitam os textos da lei e que têm fim com perplexidades maiores do que as que se procurava corrigir. O descontentamento do dogmático é hoje, com razão, maior do que era há cem anos.

3.2 O PANORAMA RESULTANTE: O FRACASSO DA DOGMÁTICA

Se o que foi exposto até agora está correto, deve-se reconhecer que a situação que nos encontramos não é fruto de erros particulares atribuíveis a uma ou a outra concepção dogmática. A situação é fruto do produto direto de uma confusão lógica que afeta todas as abordagens que recorrem à ciência para encontrar soluções ao problema da justiça penal. Algo que nenhuma teoria “científica” está em condições de proporcionar. A aplicação do direito precisa de determinações quando as regras jurídicas seguem corretamente e quando não seguem corretamente, de modo que não estamos no âmbito teórico do que se pode saber, e sim no prático do que se deve fazer. A pretensão dogmática de que a ciência venha dar respostas às suas dúvidas acaba por seguir um caminho pelo qual não é possível chegar ao tão almejado destino.

A inadequação do método empregado para alcançar o objetivo proposto é, portanto, o primeiro problema de que adoecem as nossas sistemáticas. Pretende-se uma melhor e mais segura aplicação do direito. Mas para alcançar tal objetivo recorreremos a uma “linguagem” superior, que se sobrepõe ao que diz a lei. Assim, uma norma redigida em linguagem comum passa a ser lida em “linguagem” dogmática e, a partir daí, extraem-se consequências imprevisíveis para o cidadão com a consequente quebra de segurança e de certeza na aplicação da lei.

A segunda dificuldade que as nossas sistemáticas apresentam para alcançar o objetivo tem origem na fuga do conceito de ação para o conceito de responsabilidade. A pergunta pela ação se substitui pela pergunta acerca da responsabilidade. Não se pergunta quem matou, e sim quem foi o responsável pela morte. Mas, claro, para esta última pergunta existem tantas respostas como opiniões acerca da justiça material. A concordância, o consenso, não é fácil quando se trata de opiniões. A concordância é possível na linguagem, não nas opiniões. Assim, pois, em que pese as zonas cinzentas que indiscutivelmente existem, carece de sentido deslocar a concordância da linguagem pela discordância das opiniões, uma discordância, frise-se, contrária à ideia de previsibilidade inerente ao princípio de legalidade.

O terceiro problema que afeta os sistemas é a vaidosa pretensão de que os nossos conceitos e as nossas engenhosas construções podem limitar o legislador. Entretanto, resulta óbvio que nem os sistemas, nem as estruturas objetivas podem impor algo ao legislador. Os limites nascem somente dos princípios e das garantias constitucionais, que condensam direitos básicos da convivência em liberdade.

Por último, não é menor a disfunção que gera a crença de que o sistema nos dará explicações para problemas que são de ordem político-constitucional. A punibilidade ou não da tentativa inidônea ou a extensão que a lei decida conferir à comissão por omissão, para me limitar a dois exemplos, não se tratam de problemas dogmáticos e sim de outros

problemas: de até onde quero e até onde posso punir, segundo dispõe a Constituição. É, pois, um problema de discussão argumentativa. Ao legislador posso dizer que existiam opções mais eficazes ou que a sua decisão é inconstitucional. Contudo, não posso endossar que ele tenha seguido uma sistemática equivocada e, em conformidade com a dogmática, imponha esta independentemente do que diga a lei.

E, como dizia no início, se esse diagnóstico é exato, nem as incongruências que verificamos, nem a solução a elas depende do nosso posicionamento de acordo com uma ou outra corrente. É por isso que a crítica apenas esboçada não pretende desacreditar ninguém. É uma crítica contra o método da dogmática, na medida em que não pode haver nenhum método “científico” que garanta a estabilidade da interpretação da lei.

3.3 A DOGMÁTICA E SUAS CONSEQUÊNCIAS PRÁTICAS

De tudo isso, deduz-se, sem dificuldade, quais são as consequências práticas que conduzem as pretensões dogmáticas de conceituação. A questão é que essas não são uma espécie de jogo intelectual à qual a doutrina se entrega, e sim que as decisões dos nossos tribunais são impregnadas de conceitos, já que os nossos tribunais estão cada vez mais inclinados a fazer “dogmática”. Ouvi ilustres penalistas criticarem as tendências dos tribunais em fazer uso de construções dogmáticas para alcançar um objetivo predefinido, seja para ampliar, seja para restringir a punibilidade, em contrariedade ao que diz a lei. Não vou discutir que isso seja assim. Todavia, o fato de ser parte da “doutrina” e de compartilhar, há mais de dez anos, as experiências com juízes que procuram desempenhar bem seu trabalho, obriga-me a assumir a responsabilidade que outros recusam. Teriam que se perguntar: quem converteu o ponto de vista jurídico-penal em um supermercado de opiniões, abandonando o contexto de uso no qual cobram sentido as palavras da lei? Interessa-me insistir na responsabilidade da dogmática porque é certo que pela vaidade de sermos únicos nós eliminamos qualquer possibilidade de consenso, criando um universo de teorias, que substituem outras teorias, que em breve serão ultrapassadas por outras teorias, as quais não são nem mais nem menos convincentes, mas são apenas novas. Os juízes se limitaram a seguir nosso exemplo, sem perceber – isso sim – que a imprescindibilidade de suas decisões tem impacto na liberdade do cidadão, cuja característica falece nas diferentes opiniões dogmáticas.

Em suma, o resultado de tantos esforços dogmáticos atingiram hoje a diminuição do grau de previsibilidade das decisões judiciais. Nem são fáceis de prever a partir dos raciocínios dogmáticos, tampouco de inferi-lo dos precedentes jurisprudenciais, já que a proliferação de teorias gerou uma jurisprudência inconstante, que se serve dos fundamentos doutrinários como simples disfarces de uma decisão prévia.

4 NOVAS PERSPECTIVAS DE FUNDAMENTAÇÃO: A CONCEPÇÃO SIGNIFICATIVA DA AÇÃO DE VIVES ANTÓN

4.1 O PONTO DE PARTIDA: HEGEMONIA DA PRETENSÃO DE JUSTIÇA VERSUS HEGEMONIA DA PRETENSÃO DE VERDADE

As reflexões aqui postas têm como causa a convicção de que a origem do agravamento da crise do direito penal, na atualidade, provém tanto de uma falta de efetividade dos princípios constitucionais quanto do problema de como orientar todo o sistema penal de acordo com tais postulados.

A articulação de tal premissa não é simples. Mas, em todo caso, é imperioso contemplar o delito desde uma nova perspectiva centrada nas pretensões de validade das normas, como propôs Vives Antón. Para se compreender o conceito de validade prática é preciso entendê-la como uma validade categórica, do modo da racionalidade prática no sentido de Kant, e não como uma validade condicional. A justiça, em suma, passa a ser entendida, segundo defende Habermas e, entre os espanhóis, Jiménez Redondo (2008), como ingrediente interno da própria norma jurídica. Ao alicerçar a pretensão de validade da norma na razão prática, dota-se ela de uma pretensão de legitimidade que é interna à própria norma. Não pode, portanto, emanar de um ato de autoridade. Esta deve entregar a decisão deliberativa aos sujeitos. Abandonar a pretensão de verdade e substituí-la pela pretensão de justiça implica no reconhecimento de que as normas não são meras diretivas de conduta, e sim que uma pretensão de validade lhes é inerente, cabendo-lhe decidir o marco de um processo de argumentação racional.

Esse ponto de partida obriga a afastar qualquer sistemática que entenda a norma exclusivamente como mandado, pois este não precisa recorrer à racionalidade prática para ser válido. Não se trata de algo consubstanciado somente em teses clássicas imperativistas, mas também no funcionalismo. Essa posição dogmática – e muito especialmente o funcionalismo de Jakobs – limita-se a mudar o modo como se refere ao mandado, que passa a ser um “imperativo sistêmico”, cujo fundamento não tem grande importância. Assim compreendidos, os imperativos jurídicos são meramente relativos. A validade da norma reside no consenso empírico. No fim das contas, o direito penal não está imerso em um mundo de valores ótimos e sim em um determinado sistema social, sem que a “ciência” do direito penal possa interferir nas valorações políticas.

Diametralmente oposta à anterior é a concepção da norma que aqui se sustenta: a concepção defendida por Vives Antón. Ele deixa claro que afasta um entendimento exclusivo da norma como uma “decisão de poder”. Destaca a condição da norma como

diretiva de conduta. E concebe a norma como juízo de dever de caráter incondicional ou categórico. Em concreto, as normas penais conteriam mandados jurídicos incondicionais, porquanto não dependem dos fins que se persegue e sim que a autoridade do conteúdo desse mandado seja extraída da própria razoabilidade de tal conteúdo. Por fim, pode se dizer que a norma penal manifesta uma dupla essência: cabe concebê-la como decisão de poder e como determinação da razão. Como disse Jiménez Redondo (2008), essa concepção se opõe “[...] aos desenvolvimentos introduzidos na norma jurídica pelo positivismo e pelo funcionalismo”. Como constata o autor, as normas são algo articuladamente híbrido. No entanto, une-se aquela dupla essência, de modo que não é que teriam que ser isso e sim que são isso. Ademais, somente as compreendendo nessa dupla essência pode-se entender a estrutura dos sistemas de direito positivo moderno. Essa distinção, todavia, não implica em um retorno à tradicional polémica acerca de se a norma é um imperativo, um juízo de valor ou ambos. Trata-se de uma superação dessa discussão, situando-se, inclusive, mais além do que a proposta que se acolhe na teoria da dupla função da norma.

Desse modo, Vives se afasta, obviamente, das posturas jusnaturalistas e do positivismo jurídico. Afasta-se, também, do pensamento neokantiano e da perspectiva funcionalista, para, enfim, abordar o estudo do conteúdo do direito positivo moderno a partir da seguinte base: manter o conceito de validade ou de dever (ideal contraposto ao empírico e imanente à norma jurídica). Essa pretensão de validade coloca em primeiro plano a perspectiva procedimental, por meio da qual as normas adquirem sua legitimidade, na medida em que são justificadas racionalmente através de um processo de argumentação que, em última instância, remete-se ao procedimento democrático de criação do direito. Com essa perspectiva assume-se a advertência de Habermas de que o positivismo jurídico carrega a expectativa de que o procedimento democrático de produção do direito fundamente ou funde uma presunção de aceitabilidade racional das normas estatuídas.

A partir daí se desenvolve a pergunta: determinada norma penal é válida? Ela contém o valor global de justiça como “*prius*” para poder julgar determinada ação? Para elucidar tal questão, Vives propõe aproxima-la por intermédio de parciais *pretensões de validade*, as quais decompõem aquela pretensão geral de justiça. Pode-se dizer que a pretensão de justiça ocorre em duas fases: na primeira, procura-se elucidar se a norma é legítima, vale dizer, se é constitucionalmente válida. Em uma segunda fase, analisa-se se a norma está sendo aplicada corretamente no caso concreto. A pretensão geral de justiça seria, portanto, o marco do contexto interno no qual se agasalhariam as pretensões de validade específicas, isto é, as pretensões de validade que as normas penais exercem em face da ação humana. A partir daí Vives sugere, inclusive, a possibilidade de articular uma sistemática em torno de quatro pretensões: 1) a *pretensão de relevância*: incorpora uma pretensão de ofensividade (ou antijuridicidade material) e tem por objeto a afirmação de que a ação realizada é das que interessam ao direito penal;

trata-se, pois, de decidir se tal ação pode ser entendida de acordo com um tipo de ação definido em lei, o que ocorrerá quando os movimentos corporais realizados possam seguir a regra de ação empregada para tipificá-los; e, ainda, se tal ação é revestida do perigo ou do dano que induziu a cominá-la com pena; 2) a *pretensão de ilicitude* (ou antijuridicidade formal): pretende explicitar se a ação realiza o proibido ou não realiza o mandado, isto é, se contraria a norma entendida como diretiva de conduta, o que resultará excluído pela concorrência das normas contempladas nas leis permissivas, seja as que outorguem a essas um direito ou permissão forte (“causas de justificação”), seja as que se limitem a tolerar a ação, outorgando-lhes uma permissão fraca (“escusas”), seja, ainda, as que contemplem causas de exclusão da responsabilidade pelo fato; 3) a *pretensão de ilicitude*: versa sobre a ação, segue a culpabilidade ou reprovação que recai sobre o autor, a quem se reprova a ação ilícita segundo a capacidade de reprovação e, ainda, que tenha agido conhecendo ou podendo conhecer a ilicitude de sua ação; 4) a *pretensão de validade da norma*: faz referência à necessidade de pena, que, se em abstrato se mede através das distintas pretensões de validade material da norma a que foi feita referência (relevância, ilicitude, culpabilidade), pode ficar excluída no caso concreto, tanto pela concorrência de circunstâncias legalmente previstas quanto por outras não previstas que se concretizem por meio de mecanismos supraleais de extinção da punibilidade.

Articular um sistema de responsabilidade penal conforme a exigência de justiça imanente à norma comporta, por necessário, renunciar o castigo de qualquer caso em não possa ser utilizada uma pretensão de relevância, de ilicitude, de reprovação e de necessidade de pena. Exigir responsabilidade penal além de que foi dito é incompatível com a pretensão de validade que serve de marco a todas as restantes. Ademais, essa “sistemática” das pretensões é uma simples proposta de classificação, que não pretende determinar os conteúdos dos conhecimentos que se limita a classificar, menos ainda produzir conteúdos fora do que prescreve a lei. Por isso pode-se seguir uma classificação distinta. A localização sistemática das causas de justificação ou das escusas é irrelevante. Decisivo é orientar o sistema penal – material e processual – na direção dos direitos fundamentais e aproximar o estudo do delito das garantias constitucionais. Isso é o que nos guiará de maneira mais firme, tanto no que poderíamos chamar problemas genéricos ou de legitimidade do sistema, quanto na aplicação das normas penais ao caso concreto. E mais, deveríamos começar a refletir se é verdadeiramente possível enfrentar os problemas de aplicação da norma ao caso concreto a partir das *partes gerais* tal como aparecem concebidas atualmente. A partir do momento em que se aceita que a essência das ações está no sentido e que, logicamente, não é possível extrair apenas um significado de todos os significados possíveis, isto é, que não é possível um conceito geral de ação, o estudo da *parte geral* do direito penal deverá perder força para o estudo da *parte especial* do direito penal, esta tão injustamente menosprezada.

4.2 A CONCEPÇÃO SIGNIFICATIVA DE AÇÃO: UMA REFLEXÃO ACERCA DOS FUNDAMENTOS DO SISTEMA PENAL

4.2.1 Uma Nova Perspectiva Conceitual

Vives Antón dedicou as últimas décadas a refletir sobre os fundamentos do sistema penal e a reconstruir as ideias básicas sobre as que se tem levantado o edifício penal. Não se trata de reproduzir aqui seu pensamento, nem mesmo de acrescentar argumentos aos que já apoiam seu afastamento dos entendimentos anteriores. É mais honesto e também mais eficaz remeter o leitor à primeira edição da obra “Fundamentos del sistema penal” (1996) e de sua mais recente obra *Fundamentos del sistema penal: Acción significativa y derechos fundamentales* (2011)⁵. Agora me interessa em maior medida destacar que essa

⁵ Sobre a concepção significativa da ação desenvolvida por VIVES ANTÓN, Tomás Salvador, ver: **Fundamentos del sistema penal, acción significativa y derechos fundamentales**, Valencia, Tirant lo Blanch, 2011. A primeira parte da referida obra é uma versão ampliada de **Fundamentos del sistema penal**. Valencia: Tirant lo Blanch, 1996. A segunda parte da mesma é uma reflexão que, partindo da concepção significativa da ação, pretende evitar os perigos que recaem sobre os princípios constitucionais e sobre os direitos fundamentais. Muitos dos trabalhos que integram essa segunda parte são inéditos e os que não são constituem versões ampliadas de trabalhos anteriores, que são citados em ordem cronológica: “Principios constitucionales y dogmática penal”. In: VIVES ANTÓN, Tomás Salvador; y MANZANARES SAMANIEGO, José Luís (Dir.). **Estudios sobre el código penal de 1995**. Madrid: Publicaciones del Consejo General del Poder Judicial, 1996. v. 1, p. 39-60 [Tirant online, (Tol 464624)]. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA (NICARAGUA) El cambio en la función de la ley penal. **Justicia**: revista del Poder Judicial Nicaragüense, Managua, v. 5, n. 22, p. 132, 2000. VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. El principio de culpabilidad. In: DÍEZ RIPOLLÉS, José Luís. (Coord.). **La ciencia del derecho penal ante el nuevo siglo**: libro homenaje al profesor doctor don José Cerezo Mir. Madrid: Tecnos, 2002. p. 211-234. También en: TOLEDO Y UBIETO, Emilio Octavio de. Acción y omisión: tres notas a un ‘status quaestionis’”. In: TOLEDO Y UBIETO, Emilio Octavio de. (Coord.). **Estudios penales en recuerdo del Profesor Ruiz Antón**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2004. p. 1113-1129. VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. Defensa de un pedazo de papel. In: BARREIRO, Agustín Jorge. (Coord.). **Homenaje al Profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo**. Madrid: Civitas, 2005. p. 1113-1120. Principio de legalidad, interpretación de la ley y dogmática penal. In: DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Miguel; GARCÍA AMADO, Juan Antonio. (Coord.). **Estudios de filosofía del derecho penal**. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2006. p. 295-344.; “Más allá de toda duda razonable”. **Teoría & Derecho**: revista de pensamiento jurídico, n. 2, p.167-188, 2007. “Reexamen del dolo”. In: MUÑOZ CONDE, Francisco José. (Coord.). **Problemas actuales del derecho penal y de la criminología**: estudios penales en memoria de la profesora María del Mar Díaz Pita. Valencia: Tirant lo Blanch, Valencia, 2008. p. 369-388; Estudio preliminar al libro de RAMOS VÁZQUEZ, José Antonio. **Concepción significativa de la acción y teoría jurídica del delito**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2008. p. 10. Dos aportes de outros autores que se ocuparam da concepção de Vives merecem especial menção as de JIMÉNEZ REDONDO, Manuel. Estudio preliminar dos **fundamentos**. In: VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. **Fundamentos de derecho penal**. Valencia: Tirant lo Blanch, 1996. p. 33-98. MARTÍNEZ-BUJÁN PEREZ, C. “La concepción significativa de la acción de T. S. Vives y sus correspondencias sistemáticas con las concepciones teleológico-funcionales del delito. **Revista Electrónica de Ciencia Pena y Criminología**, Granada, n. 1, 1999 (ver: MARTINEZ-BUJAN PEREZ, A. Acción, norma y libertad de acción en un nuevo sistema penal”. In: GARCÍA VALDÉS, C. (Coord.). **Estudios penales en homenaje a Enrique**

reflexão não é uma crítica dirigida a algumas opções doutrinárias, tampouco pretende ser outra opção sistemática. É, de um lado, uma crítica geral aos procedimentos que estão servindo à dogmática e, de outro, uma proposta de clareza dos conceitos dirigida, em suma, a determinar o significado deles segundo uma nova perspectiva.

A necessidade dessa reflexão deriva do próprio fracasso da dogmática. Não é preciso retomar o que foi dito, basta reiterar que o primeiro momento de todas as dogmáticas, o fundamento de que partem é a ação e seu sentido. Portanto, a principal meta da dogmática deveria ser lograr um ajuste, o mais perfeito possível, entre as palavras da lei e as ações a que se aplicam. Esse é o ponto de partida que fracassa a dogmática ou “as dogmáticas”. Além de não permitir a formulação, a interpretação e a aplicação das leis penais com mais segurança e previsibilidade, tem contribuído para aumentar a confusão, pois a determinação do significado das palavras da lei a partir de padrões conceituais que variam de autor para autor, os quais inclusive se contrapõem, dificulta ou até impede o entendimento da lei, e resulta na imprevisibilidade de suas consequências.

Dar novo início às tarefas da dogmática nos moldes da concepção significativa da ação é colocar em primeiro plano a relação interna entre a lei e a linguagem. Com ela, deve-se oferecer uma nova fundamentação à sistemática capaz de evitar os problemas que ensejaram o naufrágio da dogmática.

Não se pretende explicar a concepção significativa da ação, nem mesmo justificá-la. Isso é algo que Vives Antón está em melhores condições de fazer. Eu me limitarei a expor muito

Gimbernat. Madrid: Edisofer, 2008. v. 1, p. 1237-1269; RAMOS VÁZQUEZ, José Antonio. **Concepción significativa de la acción y teoría jurídica del delito.** Valencia: Tirant lo Blanch, 2008; do mesmo: Un proceso interno necesita criterios externos: algunos apuntes sobre la gramática profunda del elemento volitivo del dolo. In: CARBONELL MATEU, Juan Carlos et al. (Dir.). **Constitución, derechos fundamentales y sistema penal:** semblanzas y estudios con motivo del setenta aniversario del profesor Tomás Salvador Vives Antón. Valencia: Tirant lo Blanch, 2009. v. 2, p. 1639-1659; nessa mesma obra e volume, MUÑOZ CONDE, Francisco. Algunas consideraciones en torno a la teoría de la acción significativa. In: CARBONELL MATEU, Juan Carlos et al. (Dir.). **Constitución, derechos fundamentales y sistema penal:** semblanzas y estudios con motivo del setenta aniversario del profesor Tomás Salvador Vives Antón. Valencia: Tirant lo Blanch, 2009. v. 2, p. 1449-1464; do mesmo, ver o Prólogo. In: BUSATO, Paulo César. **Derecho penal y acción significativa.** Valencia: Tirant lo Blanch, 2007, p. 1-2; também, a própria obra (sobre se BUSATO procede ou não a uma reformulação da ação como valoração de um substrato, ver as considerações de VIVES ANTÓN e MUÑOZ CONDE no estudo preliminar à obra de José Antonio Ramos Vázquez, p. 57, e à contestação que no livro homenagem ao primeiro dedica o catedrático sevilhano, p. 1459, nota 13). Ver no mesmo sentido o interessante desenvolvimento das pretensões de validade específicas em ORTS BERENQUER, Enrique; GONZÁLEZ CUSSAC, José Luís. **Compendio de derecho penal.** Valencia: Tirant lo Blanch, 2004. Ao que me diz respeito, procurei colocar as implicações do pensamento de Vives no âmbito da comissão por omissão: CUERDA ARNAU, María Luisa. Límites constitucionales de la comisión por omisión. In: CARBONELL MATEU, Juan Carlos et al. (Coord.). **Constitución, derechos fundamentales y sistema penal:** semblanzas y estudios con motivo del setenta aniversario del profesor Tomás Salvador Vives Antón. Valencia: Tirant lo Blanch, 2009. p. 415-436.

brevemente algumas das razões pelas quais aqui se assumem as premissas dessa concepção, bem como a ressaltar as consequências que, a meu ver, melhor servem para destacar a transcendência que deve exercer essa opção. Afinal, essas consequências que de maneira natural derivam de suas premissas são o que me levam a acolher a proposta. Não vou cair no embuste de reproduzir os alicerces da filosofia da ação e da linguagem quando nem sequer creio estar em condições de julgar se é ou não correta a reconstrução que Vives faz das ideias de Wittgenstein, a quem declara seguir nos conceitos fundamentais. Ainda que o melhor entendimento do pensamento de Wittgenstein não seja o que Vives Antón propõe – devido às múltiplas interpretações que se tem feito daquele não seria tão estranho – o certo é que quase qualquer um está em condições de acreditar que, desde logo, não se trata de uma reconstrução arbitrária e que, em todo caso, esse novo modo de conceber a ação poderia ter invocado como fundamento outras concepções filosóficas, de maneira que o importante não é, na verdade, aceitar ou não o pensamento de Wittgenstein segundo o entendimento que nos é proposto.

4.2.2 Premissas e Consequências: da Concepção Significativa ao Primado dos Direitos Fundamentais

4.2.2.1 Premissas básicas

A primeira das premissas de que parte a proposta aqui aceita é a de entender que o delito é, em primeiro lugar, uma ação.

Sendo assim, essa premissa incorpora como elemento incindível a ideia de que o sentido da ação humana não reside nem no comportamento exterior (no substrato), nem na psique. A ação não é de modo algum um objeto real, um fato composto pela reunião de um componente físico, o movimento corporal e o volitivo. A ação não é um substrato que conduz o que se pode dar um sentido, e sim que ela mesma é o sentido que conforme um sistema de regras pode atribuir-se a determinados comportamentos humanos. Como tantas vezes repetiu Vives, a ação não é um substrato de um sentido, e sim um sentido de um substrato. Esta é, como dirá a continuação, a segunda das premissas.

O sentido da ação humana se expressa na linguagem. É um significado linguisticamente determinado no que Wittgenstein chamou de “jogos de linguagem”, as diversas teias em que se entrelaçam os signos e as condutas. Se assim não fosse não poderia ser nem expressada nem compreendida, não poderia seguir ou não seguir as regras que as leis estabelecem. Menosprezar a linguagem ordinária, como faz Jakobs, é incompatível com o núcleo do pensamento de Luhmann – autor em que se ampara o próprio Jakobs

– e com a própria sociedade em funcionamento, pois a sociedade humana resultaria incompreensível sem a linguagem.

Não há, pois, nenhum substrato que signifique nada por si mesmo, nem um significado que venha atribuído diretamente, sem a mediação da linguagem. Para que haja um significado é preciso que exista um substrato condutor qualquer que signifique, isto é, que opere como um signo. Esta é a terceira das premissas.

Com efeito, para que um substrato qualquer opere como um signo é necessário que haja uma convenção respeitada na prática ou, ao menos, um hábito de uso. “Seguir uma regra” é a “*conditio sine qua non*” do significado. A ação humana, assim como as palavras, significa. E ela somente opera como um signo quando adquire sentido por uma prática social constante e unívoca. Do contrário, seu sentido pode se tornar cada vez mais obscuro, ou, inclusive, desaparecer por completo. O tão citado exemplo da placa que indica caminhos, oferecida por Wittgenstein em suas “Investigações filosóficas” é muito ilustrativo: se existe um caminho mais curto, menos tortuoso ou por outras razões deixaremos de seguir as indicações, nada significaria a placa. A indicação que figura na placa não representa nada por si. É preciso certa compreensão para que possamos dizer que aquela placa indica um caminho.

Isto é o que fecha o círculo das premissas em que se fundamenta a concepção significativa da ação: não são os conceitos, as ideias claras e distintas, e sim o uso regular que dota de significado nossas ações. E é esse significado das ações que permite a decisão: se elas se ajustam ou não ao que se encontra prescrito nas palavras da lei.

4.2.2.2 A prioridade dos direitos fundamentais *versus* a prioridade do sistema

As premissas anteriores conduzem, em síntese, ao abandono da pretensão de “cientificidade” e de seus dogmas e, também, à substituição por outras pretensões que não tem mais dogmas, na qual os princípios constitucionais e seus objetivos traduzem a efetividade. Somente a partir dessas premissas pode-se entender o princípio de legalidade e a própria ideia de lei.

A função da dogmática e o papel da sistemática devem necessariamente mudar.

Deve-se caminhar em direção a uma dogmática mais modesta, que não se considera ciência, mas somente hermenêutica. A dogmática não é uma ciência de fatos desde o momento em que o delito não é um objeto real sobre o qual tal “ciência” se projeta como uma forma de “ciência da responsabilidade”.

O abandono da ilusão científica comportará o abandono da ilusão sistemática. A pretensão, de origem kantiana, de alcançar a cientificidade pela via da sistematização

carece de fundamento. Sobretudo se por cientificidade se entende algo mais que a organização de conhecimentos, pois, então, o objetivo já não é uma sistemática dirigida a organizar conhecimentos ou práticas, ou seja, não se trata de seguir um sistema e sim de buscar encontrar o sistema que produza o autêntico conhecimento: o conhecimento científico. A sistemática tem um papel puramente instrumental, não é um fim em si mesma. É, tão somente, um meio para expor o conteúdo das normas. Nesse sentido, a chamada teoria jurídica do delito é apenas uma teoria com sentido fraco, e sua pretensão não é uma pretensão de verdade. É, definitivamente, um conjunto de opiniões bem ordenadas regidas por uma pretensão de correção (justiça). Julgamos as ações a partir das normas e de acordo com os valores implícitos na norma (liberdade, segurança, eficácia etc.), erigindo as concretizações da justiça como valor central do ordenamento.

Abandonado o método científico e a ilusão sistemática resta a nós indagar, caso a caso, segundo a fórmula empregada na lei e no seu significado. A partir daí, a única segurança possível é a que nos dá uma prática estável e bem argumentada. À jurisprudência ordinária, em primeiro lugar, cabe garantir esses usos estáveis, dos que depende o significado, interpretando as normas em harmonia com a efetividade dos princípios constitucionais. À doutrina compete, conjuntamente com uma tarefa de árdua vigilância, sugerir propostas que, longe de distorcer o panorama, contribuam para que os níveis de segurança jurídica não restem nunca abaixo do que resulta tolerável.

Deve ser acentuada a transcendência que tem essa mudança, pois a renúncia a se fazer ciência, no sentido mais forte da expressão, pressupõe, por fim, os indesejáveis efeitos vinculados a essa pretensão. Talvez os dois mais graves sejam, de um lado, a pretensão de verdade que procura alcançar e, de outro, a legitimação da absoluta liberdade interpretativa.

O primeiro conduz a uma consequência incompatível com o próprio procedimento democrático, pois converte um problema da vida em um problema da ciência e, com isso, retira-o da esfera pública. Vale dizer, elimina a possibilidade de submetê-lo ao pensamento e à discussão de todos os sujeitos. Nessa medida, Vives disse, por muitas vezes, que a pretensão de cientificidade é uma pretensão autoritária.

Por sua vez, os efeitos vinculados à sobrevalorização do sistema e sua intromissão na liberdade de interpretação do texto da lei não são menos devastadores. O sistema não se limita a ordenar conhecimentos. Ao contrário, gera o verdadeiro conhecimento científico a partir de refinamentos dogmáticos que variam de autor para autor, eliminando a possibilidade de usos contínuos. Destrói-se, portanto, o primeiro dos objetivos que deveria perseguir a dogmática.

O mais grave de tudo isso é que os juízes se contagiam. Também eles querem fazer dogmática ainda que para isso tenham que acabar com os usos estáveis. Ao me deparar com esse estado de coisas não posso deixar de insistir na ilegitimidade de qualquer mudança fundada em uma liberdade interpretativa, como frequentemente se entende. O juiz ordinário

não pode levantar uma suposta liberdade interpretativa para deixar de aplicar a regra típica segundo temos entendido até agora, para substituir por outra, retroativamente, contra o réu, por muito que possa nos parecer – ou inclusive ser – tecnicamente melhor. Tal ato é intolerável, porque o que se está fazendo é mudar uma regra por outra de maneira ilegítima e, portanto, ainda que esse novo uso chegue a se consolidar, não deixaria de ser uma mudança ilegítima, que parte de um equívoco sobre o que significa interpretar e, ainda, não conserta a incompatibilidade de semelhante interpretação com o nosso modelo normativo.

O abandono da pretensão científica implica em reconhecer que não é a interpretação que dota de sentido a lei. Qual é o papel da interpretação na fixação do significado não é uma pergunta que se possa ventilar em uma dada ocasião, mas claro é que a interpretação, por si só, não pode determinar o significado. Se o significado da regra pudesse ser livre de interpretação, não poderíamos falar de regra. Porém, para que se possa falar de regra é necessário que ao menos uma parte nuclear possa ser aplicada cegamente sem interpretação alguma. Isso somente se obtém com usos estáveis, já que seguir uma regra é uma prática. Se isso não é claro, pouco vai servir que o Tribunal Constitucional lute para forçar o novo paradigma que instauraram as sentenças 111/1993⁶, 137/1997⁷ e 151/1997⁸ em matéria de legalidade, já que é óbvio que, em um panorama onde a liberdade interpretativa parece ser a regra, o cânone de previsibilidade não cumpre função alguma, pois, nesse marco, qualquer interpretação é, afinal de contas, previsível. O exemplo da prescrição ou a mudança de critério sobre a acumulação de condenações no caso *Parot*⁹ mostram, com sobras, até onde podem chegar os abusos que se cometem em nome da liberdade interpretativa que se associa à verdade científica.

⁶ N.T.: trata-se da sentença 111/1993, prolatada em 25 de março de 1993, na qual o Tribunal Constitucional da Espanha decidiu que a aplicação extensiva do art. 321.1 do Código Penal espanhol viola o princípio da legalidade, firmando a tese de que os tipos penais não podem ser interpretados e aplicados em contrariedade aos direitos fundamentais.

⁷ N.T.: trata-se da sentença 137/1997, prolatada em 21 de junho de 1997, na qual o Tribunal Constitucional da Espanha debateu acerca da alegada violação do princípio da legalidade e do direito de greve, firmando a tese de que o princípio de legalidade é violado na hipótese em que a subsunção dos fatos esteja fora do possível significado dos termos utilizados no tipo penal imputado.

⁸ N.T.: trata-se da sentença 151/1997, prolatada em 29 de setembro de 1997, na qual o Tribunal Constitucional da Espanha firmou a tese de que os limites ao exercício dos direitos fundamentais devem ser estabelecidos, interpretados e aplicados de forma restritiva, e, não podem ser mais intensos do que o necessário para preservar outros bens ou direitos protegidos pela Constituição.

⁹ N.T.: trata-se da sentença 197/2006, prolatada em 20 de fevereiro de 2006, na qual o Tribunal Supremo da Espanha, em mudança de tese firmada pela corte há décadas, decidiu que a pena de Henri Parot Navarro, militante do ETA, deveria ser remida a partir da pena total aplicada, e não do máximo de trinta anos, como outrora havia decidido o referido Tribunal. A tese ficou conhecida como doutrina Parot. No dia 21 de outubro de 2013, a Corte Europeia de Direitos Humanos, no Caso *Del Rio versus Espanha* (processo 42750/2009), decidiu que a doutrina Parot viola o art. 5º da Convenção Europeia de Direitos Humanos, porque a aplicação retroativa da nova jurisprudência em prejuízo do réu ofende a segurança jurídica.

O paradigma que reflete os perigos de se construir a dogmática como um discurso de verdade, fora do que diga a Constituição espanhola e a lei, está, sem dúvida, representado pelo pensamento de Jakobs.

Tem razão Vives Antón quando diz que o pior de Jakobs não é sua tão criticada opção pelo direito penal do inimigo, e sim o fato de que ele prescindia, em geral, dos tipos penais e que, sem ligar para a Constituição escrita, situe os interesses do sistema no qual qualquer um pode ser tratado como um inimigo, ou seja, negado em seus direitos fundamentais e, portanto, em sua condição de pessoa. A inclusão do outro como pessoa, na classificação de Jakobs, depende da configuração adotada pelo sistema em cada momento. Guantánamo é somente a expressão mais evidente do fenômeno, mas, desde logo, não é a única. A política criminal que em matéria de imigração se está consolidando na Europa, encabeçada pela Itália, é uma mostra de como se conduz a compreensão do outro como um simples meio.

A concepção significativa de ação é justamente o contrário. O primado da legalidade como o “princípio dos princípios” – em combate às pretensões cientificistas – e a compreensão do outro como sujeito – e não como objeto – são as consequências últimas a que conduz a concepção de Vives. Por ambas razões, é, por evidente, uma concepção democrática e humanista da imputação penal.

Ao colocar a ação e a linguagem no centro tornam-se certamente efetivas as exigências que a legalidade comporta. Ao contrário, quando a ação é posta em dúvida e se antepõem a ela resultados e imputações, o princípio da legalidade, e ainda a ideia mesma de lei, escapam pela janela. A concepção significativa restitui à lei – e à Constituição como lei suprema – o lugar de honra que lhe corresponde em um sistema democrático. Essa é, obviamente, uma consequência política de primeira magnitude. Assegura-se ao cidadão a garantia da lei em face do poder, das distintas classes de poder. É imprescindível acentuá-lo porque o resultado é o de que se as ações têm um sentido independente da linguagem, então, qualquer intérprete pode-se situar acima da lei e da Constituição. O *ius puniendi* pode, assim, ser exercido contornando os direitos fundamentais que a Constituição tutela, contanto que esse exercício seja visto como correto por quem os exerce.

Entender a ação como significado que nasce das regras, derivada do uso dos símbolos, nos distintos jogos de linguagem – e situar, com isso, a linguagem no núcleo do sistema penal – é, ao mesmo tempo, articular um modelo de responsabilidade em que os homens coincidem e que lhes permite a compreensão mútua. Os homens coincidem em uma forma de vida, a forma de vida que faz deles seres humanos iguais. Pressupõe uma comunidade na qual é possível entender, argumentar, convencer e, em suma, tratar o outro como sujeito, e não como objeto. E, desde o momento em que reconheço o outro como pessoa, daí se deriva, como condição necessária, a vinculação de todo o ordenamento

jurídico e, especialmente, o conjunto do sistema penal a uma série de direitos inseparáveis da condição humana de que depende a correção de qualquer pretensão de validade normativa. A essa concepção de ação corresponde, pois, uma concepção da norma que se encontra na racionalidade prática e que, como vimos, afasta-se necessariamente, não somente de mandados violentos, mas, também, do mais sutil imperativo sistêmico.

Assim entendidas, ação e norma se autoimplicam e convergem na fundamentação do poder punitivo. Um poder que se for exercido com a negativa de vigência aos direitos fundamentais e aos princípios constitucionais é, tão somente, um ato de hostilidade ou de vingança e, portanto, não pode ser a expressão de um direito de castigar. Acentua-se, na verdade, o que magistralmente expôs Hobbes: o que então se concebia como determinadas exigências básicas de justiça determina o próprio conceito de delito e de pena, de modo que na ausência de tais exigências não há verdadeiro exercício do direito de castigo pelo Estado. Como disse Vives, no mesmo sentido, os limites constitucionais não são limites axiológicos e exteriores, e sim limites que possuem um caráter definitivo do que entendemos por delito e por pena, de maneira que, quando aquelas fronteiras lógicas são ultrapassadas, deixamos de falar de delito e de pena e passamos a falar de outra coisa. Nessa medida, quando castigamos à margem do que diz a lei, ou quando o fazemos ante a existência de dúvidas sobre os fatos – ou inclusive sobre o significado da lei –, a reação não pode ser tida legitimamente como pena. Por isso não é possível nenhuma teoria jurídica do delito ou da pena na qual os princípios constitucionais saiam perdendo.

A prioridade dos direitos fundamentais e da pretensão de legitimidade que dele se deriva é a reafirmação do Estado de Direito, que deve ser postulado como absolutamente válido diante de qualquer outro tipo de governo, porque é o Estado da democracia. Como expôs magistralmente Habermas, democracia e Estado de Direito se autoimplicam, de maneira que não se pode falar de uma sem se falar do outro. Isso obriga a construir o sistema de justiça penal a partir da ideia de democracia, cuja raiz é constituída pelos direitos fundamentais, dos quais se originam as regras básicas de procedimento que devem se ajustar às tomadas de decisões em todo o sistema democrático. Essa vem a ser, hoje, depois de mais de vinte anos dedicados à dogmática penal, a única certeza que me resta.

REFERÊNCIAS

ÁLVAREZ GARCÍA, Francisco Javier; GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis (Dir.). **Consideraciones a propósito del Proyecto de Ley de 2009 de modificación del Código penal**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2010.

ASUA BATARRITA, Adela. El discurso del enemigo y su infiltración en el derecho penal: delitos de terrorismo, finalidades terroristas y conductas periféricas. In: CANCIO MELIÁ, Manuel; GOMEZ-JARA DIEZ, Carlos (Coord.). **Derecho penal del enemigo**: el discurso penal de la exclusión. Buenos Aires: Euros, 2006. v. 1, p. 239-276.

BOBBIO, Norberto. Sulla funzione promozionale del diritto. **Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile**, Milano, v. 23, n. 4, p. 1313-1329, 1969.

BRANDARIZ GARCÍA, José Angel. **Política criminal de la exclusión**: el sistema penal en tiempos de declive del estado social y de crisis del estado-nación. Albolote, Granada: Comares, 2007.

BRICOLA, Franco et al. **Diritto premiale e sistema penale**. Milano: Vita e Pensiero Editore 1983.

_____. **Funzione promozionale, tecniche premiale e diritto penale. La Questione criminale**, Milano, 1981.

BUSTOS RAMÍREZ, Juan. Necesidad de la pena, función simbólica y bien jurídico medio ambiente. **Penas y Estado**: revista hispanolatinoamericana, Barcelona, n. 1, p. 101-109, sept./dic. 1991.

CAMPO MORENO, Juan Carlos; GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis. **La generalización del derecho penal de excepción**: tendencias legislativas. Madrid: Consejo General del Poder Judicial. Centro de Documentación Judicial, 2007. (Colección de Estudios de derecho judicial, n. 128).

CANCIO MELIÁ, Manuel. De nuevo ¿derecho penal del enemigo? In: JAKOBS, Günther; CANCIO MELIÁ, Manuel. **Derecho penal del enemigo**. 2. ed. Madrid: Thomson Civitas, 2006. (Cuadernos Civitas). p. 57-62.

_____. GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos (Coord.). **Derecho penal del enemigo**. Buenos Aires: Edisofer, 2006.

CARBONELL MATEU, Juan Carlos. Reflexiones sobre el abuso del derecho penal y la banalización de la legalidad. In: FARALDO CABANA, Patricia (Ed.). **Derecho penal de excepción**: terrorismo e inmigración. Valencia: Tirant lo Blanch, 2007. v. 1, p. 129-144.

_____. Reflexiones sobre el abuso del derecho penal y la banalización de la legalidad. In: ARROYO ZAPATERO, Luis; NIETO MARTÍN, Adán; GOMEZ DE LA TORRE, Ignacio Berdugo (Coord.). **Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos**. La Mancha: Universidad Castilla; Salamanca, Cuenca: Universidad de Salamanca, 2001. v. 1, p. 129-144.

CARBONELL MATEU, Juan Carlos et al. (Coord.); CUERDA ARNAU, María Luisa. (Coord.). **Constitución, derechos fundamentales y sistema penal**: (semblanzas y estudios con motivo del setenta aniversario del profesor Tomás Salvador Vives Antón. Valencia: Tirant lo Blanch, 2009. v. 2, p. 1639-1654.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA (NICARAGUA) El cambio en la función de la ley penal. **Justicia**: Revista del Poder Judicial Nicaragüense, Managua, v. 5, n. 22, p. 132, 2000.

DÍEZ RIPOLLÉS, José Luís. De la sociedad del riesgo a la seguridad ciudadana: un debate desenfocado. **Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología**, 2005. Disponible em: <<http://criminet.ugr.es/recpc/07/recpc07-01.pdf>>. Acceso em: 23 mar. 2015.

ENZENSBERGER, Hans Magnus. **El perdedor radical**: ensayo sobre los hombres del terror. Barcelona: Anagrama, 2007.

FARALDO CABANA, Patricia; PUENTRE ABA, Luz María; BRANDARIZ GARCÍA, José Ángel (Coord.). **Nuevos retos del derecho penal en la era de la globalización**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2004.

FIANDACA, Gianluca. Il bene giuridico come problema teorico e come criterio di politiche criminale. **Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale**, Milano, v. 25, n. 1, p. 42-81, genn./mar.1982.

GARCÍA, José. S. Bien jurídico y constitución. **Cuadernos de política criminal**, Madrid, n. 43, p. 5-44, 1991.

GARCÍA ARÁN, Mercedes; BOTELLA CORRAL, Joan (Dir.). **Malas noticias**: medios de comunicación, política-criminal y garantías penales en España. Valencia: Tirant lo Blanch, 2008.

GARCÍA RIVAS, Nicolás et al. **El derecho penal frente a la inseguridad global**. 1. ed. Albacete: Bonarzo, 2007.

GONZÁLEZ CUSSAC, José Luís. El renacimiento del pensamiento totalitario en el seno del estado de derecho: la doctrina del derecho penal enemigo. **Revista penal**, Madrid, n. 19, p. 52-68, enero, 2007.

GRACIA MARTÍN, Luis. Algunas reflexiones sobre la pretendida contrariedad del derecho penal moderno a los principios y garantías penales del estado de derecho. In: CARBONELL MATEU, Juan Carlos; GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis; ORTS BERENGUER, Enrique; CUERDA ARNAU, María Luisa (Coord.). **Constitución, derechos fundamentales y sistema penal**: semblanzas y estudios con motivo del setenta aniversario del profesor Tomás S. Vives Antón. Valencia: Tirant lo Blanch, 2009. v. 1, p. 879-922.

_____. **Prolegómenos para la lucha por la modernización y expansión del derecho penal y para la crítica del discurso de resistencia**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2003.

HASSEMER, Winfried. **Crisis y características del moderno derecho penal**. Madrid: Actualidad Penal, 1993.

_____. Symbolisches Strafrecht und Rechtsgüterschutz. **Neue Zeitschrift für Strafrecht**, München, v. 9, n. 12, p. 553-559, 1989.

HEGENBARTH, Rainer. Symbolische und instrumentelle Funktionen moderner Gesetze. **Zeitschrift für Rechtspolitik**, Münchn, v. 14, n. 9, p. 201-204, 1981.

JIMÉNEZ REDONDO, Manuel. Estudio preliminar. In: VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. **Fundamentos de derecho penal**. Valencia: Tirant lo Blanch, 1996. p. 33-98.

KINDERMANN, Harald. Symbolische Gesetzgebung. In: GRIMM, Dieter; MAIHOFER, Werner. **Gesetzgebungstheorie und Rechtspolitik**. Westdt: Opladen, 1988. p. 222-245

KREISSL, R. Symbolisches Strafrecht. **Kriminologisches Journal**, Berlin, v. 16, n. 6, p. 152-153, 1993.

LANDROVE DÍAZ, Geraldo. Una cierta política criminal. In: CARBONELL MATEU, Juan Carlos; GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis; ORTS BERENQUER, Enrique; CUERDA ARNAU, María Luisa (Coord.). **Constitución, derechos fundamentales y sistema penal: semblanzas y estudios con motivo del setenta aniversario del profesor Tomás S. Vives Antón**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2009. v. 1, p. 1079-1088.

MAQUEDA ABREU, María Luisa. La intensificación del control y la hipocresía de las leyes penales. GARCÍA VALDÉS, Carlos et al. (Coord.). **Estudios penales en homenaje a Enrique Gimbernat**. Madrid: Edisofer, 2008. p. 449-464.

MARTINEZ-BUJAN PEREZ, A. Acción, norma y libertad de acción en un nuevo sistema penal". In: GARCÍA VALDÉS, C. (Coord.). **Estudios penales en homenaje a Enrique Gimbernat**. Madrid: Edisofer, 2008. v. 1, p. 1237-1269.

_____. La concepción significativa de la acción de T. S. Vives y sus correspondencias sistemáticas con las concepciones teleológico-funcionales del delito. **Revista Electrónica de Ciencia Pena y Criminología**, Granada, n. 1, 1999.

MÜLLER, Jeans-Cristian. Die Legitimation des Rechtes durch die Erfindung des symbolischen Rechtes. **Kriminologisches Journal**, 1993, n. 2.

MÜLLER-DIETZ, Heinz. Zur problematik verfassungsrechtlicher Pönalisierung. In: DREHER, E. **Festschrift für E. Dreher**. Berlin, New York: De Gruyter, 1977.

MUÑOZ CONDE, Francisco. Algunas consideraciones en torno a la teoría de la acción significativa. In: CARBONELL MATEU, Juan Carlos et al. (Dir.). **Constitución, derechos fundamentales y sistema penal: semblanzas y estudios con motivo del setenta aniversario del profesor Tomás S. Vives Antón**. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2009. v. 2, p. 1449-1464.

_____. (Coord.). **La ciencia del derecho penal ante el nuevo milenio**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2004.

_____. Prólogo. In: BUSATO, Paulo César. **Derecho penal y acción significativa**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2007. p. 1-2

_____. **De nuevo sobre el derecho penal del enemigo**. Buenos Aires: Hammurabi, 2005.

NOLL, Peter. Symbolisches Gesetzgebung. **Zeitschrift für schweizerisches Rechts**, n. 100, p. 347-364, 1981.

ORTS BERENQUER, Enrique; GONZÁLES CUSSAC, José Luís. **Compendio de derecho penal**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2004.

PÉREZ CEPEDA, Ana Isabel. **La seguridad como fundamento de la deriva del derecho penal postmoderno**. Madrid: lustel, 2007.

PORTILLA CONTRERAS, Guilherme (Coord.). **El derecho penal entre el cosmopolitismo universalista y el relativismo posmodernista**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2007.

_____. **Mutaciones de Leviatán: legitimación de los nuevos modelos penales**. Tres Cantos (Madrid): Akal, 2005.

_____. **Mutaciones de Leviatán: legitimación de los nuevos modelos penales**. Madrid: Universidad Internacional de Andalucía, 2005.

PULITANO, Domenico. Obblighi costituzionali di tutela penale? **Rivista Italiana di Diritto Processual Penale**, Milano, v. 26, p. 532-558, apr./giu. 1983.

RAMOS VÁZQUEZ, José Antonio. **Concepción significativa de la acción y teoría jurídica del delito**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2008.

_____. Un proceso interno necesita criterios externos: algunos apuntes sobre la gramática profunda del elemento volitivo del dolo. In: CARBONELL MATEU, Juan Carlos et al.; CUERDA ARNAU, María Luisa. (Coord.). **Constitución, derechos fundamentales y sistema penal: semblanzas y estudios con motivo del setenta aniversario del profesor Tomás Salvador Vives Antón**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2009. v. 2, p. 1639-1659.

RODRÍGUES MONTAÑES, Teresa. Expansión del derecho penal y límites constitucionales. In: CARBONELL MATEU, Juan Carlos et al. (Coord.). **Constitución, derechos fundamentales y sistema penal** (semblanzas y estudios con motivo del setenta aniversario del profesor Tomás Salvador Vives Antón). Valencia: Tirant lo Blanch, 2009. v. 2, p. 1655-1672.

SILVA SÁNCHEZ, José Maria. **Aproximación al derecho penal contemporáneo**. Barcelona: J. M. Bosch, 1992.

_____. (Dir.). **La expansión del derecho penal**. 2. ed. Madrid: Civitas, 2001.

_____. (Dir.). **La insostenible situación del derecho penal**. Granada: Comares, 2000.

TERRADILLOS BASOCO, Juan Maria. Función simbólica y objeto de protección del derecho penal. **Pena y Estado**: revista hispanolatinoamericana, Barcelona, n. 1, p. 9-22, 1991.

TOLEDO Y UBIETO, Emilio Octavio de. Acción y omisión: tres notas a un 'status quaestionis'. In: TOLEDO Y UBIETO, Emilio Octavio de. (Coord.). **Estudios penales en recuerdo del Profesor Ruiz Antón**, Valencia: Tirant lo Blanch, 2004. p. 1113-1129.

VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. El cambio en la función de la ley penal en Justicia. **Revista del Poder Judicial Nicaragüense**, Managua, n. 22, 2000, p. 132 e ss.

_____. Defensa de un pedazo de papel. In: BAJO FERNÁNDEZ, Miguel; JORGE BARREIRO, Agustín; SUÁREZ GONZÁLEZ, Carlos J. (Coord.). **Homenaje al Profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo**. Cizur Menor (Navarra): Aranzadi, 2005. p. 2209-2216.

_____. ¿Estado democrático o estado autoritario? (reflexiones jurídico-políticas a propósito de un Anteproyecto de Código penal), **Teoría y Derecho**, Valencia, n. 4, p. 264-273, 2008.

_____. Estudio preliminar al libro de RAMOS VÁZQUEZ, José Antonio. **Concepción significativa de la acción y teoría jurídica del delito**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2008. p. 10.

_____. **Fundamentos del sistema penal**. Valencia: Tirant lo Blanch, 1996.

_____. **Fundamentos del sistema penal: acción significativa y derechos fundamentales**. Valencia, Tirant lo Blanch, 2011.

_____. Más allá de toda duda razonable. **Teoría & Derecho – revista de pensamiento jurídico**, n. 2, p. 167-188, 2007.

_____. El principio de culpabilidad. In: DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis et al. **La ciencia del derecho penal ante el nuevo siglo**. Libro Homenaje al profesor Dr. D. José Cerezo Mir. Madrid: Tecnos, 2002. p. 211-234.

VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. Principio de legalidad, interpretación de la ley y dogmática penal. In: DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Miguel; GARCÍA AMADO, Juan Antonio. (Coord.). **Estudios de filosofía del derecho penal**. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2006. p. 295-344.

_____. Principios constitucionales y dogmática penal. In: VIVES ANTÓN, Tomás Salvador; Manzanares Samaniego, José Luís (Coord.). **Estudios sobre el código penal de 1995**. Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 1996.

_____. Reexamen del dolo. In: MUÑOZ CONDE, Francisco José (Coord.). **Problemas actuales del derecho penal y de la criminología**: estudios penales en memoria de la profesora María del Mar Díaz Pita. Valencia: Tirant lo Blanch, 2008. p. 369-388.

VOß, E. **Symbolische Gesetzgebung**. Ebelsbach: Gremer, 1989.