

**CEUB**

EDUCAÇÃO SUPERIOR

ISSN 2236-1677

**REVISTA BRASILEIRA DE POLÍTICAS PÚBLICAS**  
**BRAZILIAN JOURNAL OF PUBLIC POLICY**

**As relações de complementaridade entre direito penal, direito processual penal e política criminal**

**The complementarity of Criminal Law, Criminal Procedure Law, and Criminal Policy**

Felipe da Costa De-Lorenzi

Guilherme Francisco Ceolin

Bruno Tadeu Buonicore

**VOLUME 13 • Nº 1 • ABR • 2023**

**PROBLEMAS E PERSPECTIVAS DA RELAÇÃO ENTRE O DIREITO PENAL, O DIREITO PROCESSUAL PENAL E A POLÍTICA CRIMINAL**

# Sumário

|   |            |
|---|------------|
| <b>FUNDAMENTOS DO SISTEMA JURÍDICO-PENAL.....</b>   | <b>13</b>  |
| <b>EDITORIAL .....</b>  | <b>15</b>  |
| <b>AS RELAÇÕES DE COMPLEMENTARIDADE ENTRE DIREITO PENAL, DIREITO PROCESSUAL PENAL E<br/>POLÍTICA CRIMINAL.....</b>                              | <b>19</b>  |
| Felipe da Costa De-Lorenzi, Guilherme Francisco Ceolin e Bruno Tadeu Buonicore  |            |
| <b>FINALIDADES E FUNÇÕES DO PROCESSO PENAL.....</b>   | <b>42</b>  |
| Cornelius Prittwitz   |            |
| <b>O STATUS ONTOLÓGICO DOS ESTADOS MENTAIS .....</b>  | <b>52</b>  |
| Carl-Friedrich Stuckenberg  |            |
| <b>REFLEXÕES SOBRE O SISTEMA PUNITIVO BRASILEIRO: PRISÃO, DIREITO À NÃO AUTOINCRIMINAÇÃO<br/>E PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA.....</b>                  | <b>67</b>  |
| Luís Roberto Barroso e Andre Luiz Silva Araujo  |            |
| <b>DIREITO PENAL .....</b>  | <b>85</b>  |
| <b>A TENTATIVA NA OMISSÃO IMPRÓPRIA: UM ESBOÇO SOBRE A DELIMITAÇÃO ENTRE ATOS<br/>PREPARATÓRIOS E INÍCIO DA EXECUÇÃO.....</b>                   | <b>87</b>  |
| Guilherme Góes e Janice Santin  |            |
| <b>TUTELA PENAL DO CLIMA: DA IMPORTÂNCIA DA TEORIA DO BEM JURÍDICO À AUTONOMIA DO<br/>EQUILÍBRIO CLIMÁTICO DIANTE DO BEM AMBIENTAL .....</b>    | <b>110</b> |
| Marcelo Bauer Pertille  |            |
| <b>POR UMA DETRAÇÃO COMPENSATÓRIA ENQUANTO DISPOSITIVO DE UMA POLÍTICA CRIMINAL<br/>REDUTORA DE DANOS.....</b>                                  | <b>130</b> |
| Patricia Carlos Magno e Leonardo Furtado Carvalho   |            |
| <b>DIREITO PROCESSUAL .....</b>   | <b>159</b> |
| <b>DO PROCESSO-ROCCO AO PROCESSO-RISCO: O PARADIGMA NEGOCIAL TORNANDO DÉMODÉE A<br/>CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO PROCESSO PENAL BRASILEIRO .....</b> | <b>161</b> |
| Rui Carlo Dissenha e Ana Paula Kosak  |            |
| <b>UM SISTEMA DE INFORMANTES? NOTAS SOBRE O DIREITO AO CONFRONTO E O ESTÍMULO A UMA<br/>JUSTIÇA CRIMINAL UNDERGROUND .....</b>                  | <b>180</b> |
| Ruiz Ritter e Ricardo Jacobsen Gloeckner  |            |

|  |            |
|--|------------|
| <b>A PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA E A INCONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO 492, I, “E”, DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL BRASILEIRO .....</b>  | <b>213</b> |
| Felipe Lazzari da Silveira   |            |
| <b>A FUNÇÃO GARANTISTA PROCESSUAL DOS PRINCÍPIOS RESTAURATIVOS .....</b>   | <b>231</b> |
| Selma Pereira de Santana e Rubens Lira Barros Pacheco  |            |
| <b>POLÍTICA CRIMINAL.....</b>  | <b>270</b> |
| <b>POLÍTICA (PÚBLICA) CRIMINAL, CIÊNCIA DO DIREITO PENAL E CRIMINOLOGIAS: APORTES PARA UMA CONSTRUTIVA RELAÇÃO DE INTERDISCIPLINARIDADE .....</b>                                | <b>272</b> |
| Marcelo Buttelli Ramos   |            |
| <b>POLÍTICA CRIMINAL: UMA POLÍTICA PÚBLICA RELATIVA À MATÉRIA CRIMINAL.....</b>  | <b>293</b> |
| Strauss Vidrich de Souza e Fernanda Carolina de Araujo Ifanger   |            |
| <b>MONITORAMENTO PRISIONAL NO BRASIL: EXPANSÃO INSTITUCIONAL EM TEMPOS DE AMBIGUIDADE NA POLÍTICA CRIMINAL.....</b>  | <b>307</b> |
| Guilherme Augusto Dornelles de Souza e Lígia Mori Madeira  |            |
| <b>ABOLICIONISMO E HEGEMONIA NO CAMPO DE DISCURSIVIDADE DOS SABERES PENAIS .....</b>   | <b>343</b> |
| Lucas Villa e Bruno Amaral Machado   |            |
| <b>OUTROS TEMAS .....</b>  | <b>365</b> |
| <b>CLIMATE CHANGE AND BUSINESS DEVELOPMENT: A CRITICAL ANALYSIS OF WAYS TO ACHIEVE SUSTAINABLE DEVELOPMENT .....</b>   | <b>367</b> |
| Mona Mahecha e Monika Punia  |            |
| <b>O PROGRAMA INOVAR AUTO E O ALCANCE DA IGUALDADE DE COMPETIÇÃO FRENTE ÀS CLÁUSULAS DA NAÇÃO MAIS FAVORITA E DO TRATAMENTO NACIONAL DA ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DO COMÉRCIO.....</b> | <b>385</b> |
| Keite Wieira   |            |
| <b>PROTEÇÃO DE DADOS E INSTITUIÇÕES DE ENSINO: O QUE FAZER COM DADOS DE ALUNOS?.....</b>   | <b>402</b> |
| Fabrício Vasconcelos Gomes, Marcelo Castro Cunha Filho e Victor Nóbrega Luccas   |            |
| <b>THE NON-AFFILIATES IN CHINA’S POLITICAL PARTY SYSTEM: HOW TO PLAY A ROLE? .....</b>   | <b>422</b> |
| Di Zhou  |            |
| <b>THE CHINESE ‘SHARP EYES’ SYSTEM IN THE ERA OF HYPER SURVEILLANCE: BETWEEN STATE USE AND RISKS TO PRIVACY .....</b>  | <b>440</b> |
| Mateus de Oliveira Fornasier e Gustavo Silveira Borges   |            |

# As relações de complementaridade entre direito penal, direito processual penal e política criminal

## The complementarity of Criminal Law, Criminal Procedure Law, and Criminal Policy

Felipe da Costa De-Lorenzi\*

Guilherme Francisco Ceolin\*\*

Bruno Tadeu Buonicore\*\*\*

### Resumo

O Direito Penal, o Direito Processual Penal e a Política Criminal, apesar de apresentarem autonomia, são ramos complementares na abordagem do fenômeno jurídico do crime e indissociáveis quando se busca solucionar casos concretos em matéria criminal. Neste artigo, após um resumido panorama histórico acerca da unidade, autonomização e reaproximação das três disciplinas, abordamos os fatores que tornam imprescindível uma visão conjunta e, em seguida, expomos três das principais propostas e críticas a essa união; por fim, fornecemos exemplos de questões em que essa perspectiva teórica pode ser frutífera para a resolução de problemas práticos. Adota-se um enfoque descritivo e exploratório, a fim de introduzir a questão da integração entre os ramos e apresentar pautas para posterior desenvolvimento científico.

**Palavras-chave:** Direito Penal; Direito Processual Penal; Política Criminal; Sistema Integral.

### Abstract

Criminal Law, Criminal Procedure Law, and Criminal Policy, despite being autonomous disciplines, are complementary branches in addressing the legal phenomenon of crime and inseparable fields when seeking to solve specific criminal cases. In this text, after a brief historical overview of these three disciplines' unity, differentiation, and reconciliation, we discuss the factors that make an unified perspective essential. Then, we present three important proposals and criticisms regarding this idea. Finally, we provide examples of issues where this theoretical viewpoint can be fruitful for solving practical problems. A descriptive and exploratory approach is adopted in order to introduce the subject of integration between these branches and to present topics for further scientific development.

**Keywords:** Criminal Law; Criminal Procedure Law; Criminal Policy; Integral System.

\* Artigo convidado

\*\* Doutor em Ciências Criminais pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUCRS, com período de estágio doutoral na Universidade Humboldt zu Berlin, Alemanha. Professor Substituto na Universidade Federal do Rio Grande – FURG. Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/8132922711654157>. Email: [felipe.lorenzi91@gmail.com](mailto:felipe.lorenzi91@gmail.com)

\*\*\* Doutor em Ciências Criminais pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUCRS, com período de estágio doutoral na Universidade de Bonn, Alemanha. Advogado. Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/4899801073812309>. Email: [guilherme.f.ceolin@gmail.com](mailto:guilherme.f.ceolin@gmail.com)

\*\*\*\* Doutor em Direito pela Universidade de Frankfurt, Alemanha. Professor Titular de Direito Penal no Centro Universitário de Brasília – CEUB. Advogado. Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/7711285073938421>. Email: [guilherme.f.ceolin@gmail.com](mailto:guilherme.f.ceolin@gmail.com)

# 1 Introdução

Em artigo intitulado “Política Criminal, Direito Penal e Direito Processual Penal”, publicado em 1977, o processualista penal argentino Julio Maier defende a necessidade de coordenação entre o Direito Penal e o Direito Processual Penal em razão da inafastável conexão entre eles e da influência recíproca de um ramo sobre o outro, propondo que ambos atuem enquanto unidade de fins na política social.<sup>1</sup> Com isso, além de defender uma atuação conjunta do Sistema Jurídico-Penal, coloca em destaque a Política Criminal como abordagem normativa que, com base em conhecimentos obtidos por meio das ciências empíricas, manifesta-se na crítica aos conceitos jurídicos vigentes em vista dos resultados que produzem no mundo real e na proposta de novos conceitos que os substituam ou corrijam.<sup>2</sup> Na mesma linha, diversos outros autores — embora com diferentes abordagens e proposições — compartilham a opinião de que há uma estreita vinculação entre o Direito Penal material e processual, por um lado, e entre o Sistema Jurídico-Penal e a Política Criminal, por outro.

Neste artigo, buscamos demonstrar, de forma introdutória, a importância da discussão dos problemas da relação entre o Direito Penal, o Direito Processual Penal e a Política Criminal, bem como das perspectivas trazidas pela abordagem conjunta dessas disciplinas. Para isso, após um breve histórico acerca da relação entre Direito Penal, Direito Processual Penal e Política Criminal (*seção 1*), abordamos a relevância de uma visão conjunta (*seção 2*), algumas das principais propostas e críticas a essa união (*seção 3*) e, por fim, fornecemos exemplos de questões em que essa perspectiva teórica pode ser frutífera para a resolução de problemas práticos (*seção 4*).

## 2 Breve panorama histórico

O Direito Penal e o Processual Penal têm, desde seu nascimento, o mesmo objetivo político-criminal: fundamentar e limitar, pela razão, o poder estatal de punir. Contudo, a comunhão de objetivos não impediu que ambas as disciplinas tomassem rumos paralelos e alcançassem autonomia científica. De um ponto de vista histórico, esse processo pode ser precariamente cartografado em três períodos: o de unicidade científica entre o direito e o processo penal; a autonomização das disciplinas; e, recentemente, o esboço de uma reaproximação.

Até o final do século XVI, nas palavras de Hespanha, o Direito Penal era “o ramo mais tardio e mais pobre da dogmática do direito comum”<sup>3</sup> e não apresentava uma clara autonomia disciplinar em relação ao Direito Processual Penal — ambos ainda tributários do Direito Privado: viam-se como “criminais”, indistintamente, todas as regras estatais relativas ao crime e à pena, independentemente de tratarem de definições e regras de atribuição de responsabilidade em abstrato ou do procedimento de persecução e julgamento em concreto.<sup>4</sup> Explicações possíveis para esse estado da arte podem ser encontradas, de um lado, no baixo grau de desenvolvimento teórico do Direito penal nas fontes romanísticas e, de outro, na ausência de uma uniformidade das leis que tratavam da matéria criminal.

<sup>1</sup> MAIER, Julio B. J. Política criminal, Derecho Penal y Derecho Procesal Penal. In: MAIER, Julio B. J. *Antología*. El Proceso Penal Contemporáneo. Lima: Palestra Editores, 2008, p. 161-188, p. 163-166.

<sup>2</sup> MAIER, Julio B. J. Política criminal, Derecho Penal y Derecho Procesal Penal (op. cit.), p. 168-169.

<sup>3</sup> O diagnóstico é HESPANHA, António Manuel. *Como os juristas viam o mundo (1550-1750): Direitos, estados, pessoas, coisas, contratos, ações e crimes*. Lisboa: CreateSpace Independent Publishing Platform (Amazon), 2015, §§ 2126 e 2127.

<sup>4</sup> QUEIROZ, Rafael Mafei Rabelo. *O direito a ações imoriais*: Paul Johann Anselm von Feuerbach e a construção do moderno direito penal. Almedina: São Paulo, 2012, p. 42.

O Direito Romano tratava as questões criminais externamente à ordem jurídica ordinária, relegando-as à competência de tribunais de natureza política ou à discricionariedade dos magistrados.<sup>5</sup> A isso se soma o fato de que a legislação penal pré-iluminista era casuística e dispersa entre os Direitos canônico, comum, do reino e local. Isso dificultou o desenvolvimento de princípios dogmáticos a regular a matéria de modo geral e abstrato.

O Direito Penal começa a ser desenvolvido e percebido como uma disciplina independente do Direito Civil somente no período pós-clássico (séculos IV a VI).<sup>6</sup> Mas é sobretudo no pensamento jurídico da Alta Idade Média, começando na Itália, que passa a prevalecer uma sistemática e um conjunto de conceitos próprios a essa disciplina. Desde o século XIV, a ciência jurídico-penal italiana inclinou-se à formação de uma parte geral do Direito Penal, ou seja, a uma emancipação sistemática em relação ao estudo dos delitos em espécie. Delinearam-se, desde então, conceitos como omissão, tentativa, formas de concurso de pessoas (autoria, instigação, auxílio e cumplicidade), imputabilidade, bem como as doutrinas do dolo e da culpa.<sup>7</sup>

Contudo, perdurava ainda o tratamento indistinto entre o Direito e o Processo Penal, que pode ser visto na *Constitutio Criminis Carolina* (1532)<sup>8</sup> e, entre nós, nas Ordenações Filipinas (1603)<sup>9</sup>, em que as matérias do Direito Criminal eram apresentadas segundo uma *ordo legalia* que seguia a ordem temporal do processo: normalmente, inicia-se por questões estruturais da justiça criminal, passando-se a questões procedimentais, seguidas da regulação dos distintos delitos, e termina-se com o regime das provas e do sentenciamento.<sup>10</sup>

No âmbito doutrinário, esse discurso sem diferenciação clara ocorreu, inclusive, durante o Iluminismo. Por exemplo, Beccaria abordou temas de Direito Penal e Processual indistintamente<sup>11</sup>; e até mesmo em auto-

<sup>5</sup> “No próprio direito romano, as questões penais foram sempre tratadas fora da ordem judiciária ordinária, ou por tribunais especiais de natureza política (*quaestiones perpetuae*) ou por magistrados agindo como que administrativamente, segundo um trâmite processual especial, a que se chamava a extra ordinem cognitio, que se tornou no único processamento para estas questões no ano 342 da nossa Era. O facto de esta forma de cognição extraordinária conceder um extenso espaço ao arbítrio do juiz ainda atrasou mais a fixação de princípios dogmáticos nesta área. Isto explica que a dogmática penal fosse tão subsidiária da dogmática do direito privado e a teoria do *crimen* (como *delictum publicum*) tão dependente da teoria do *delictum (privatum)*. Esta pobreza das fontes romanísticas relativamente a um conceito autónomo de crime e de direito criminal explica também que o direito penal fosse uma disciplina tardia na evolução do direito comum, sendo os seus inícios datáveis do séc. XVI (principalmente com Tiberio Deciano; mas também com Giovanni Menochio, Julio Claro, Antonio Matteus, Prospero Farinaccio)”. HESPANHIA, António Manuel. *Como os juristas viam o mundo* (1550-1750) (op. cit.), §§ 2126 e 2127.

<sup>6</sup> STEINBERG, Georg. *Geschichte des europäischen bis zum Reformationszeitalter*. In: HILGENDORF, Eric, et al (orgs.). *Handbuch des Strafrechts: Band 1, Grundlagen des Strafrechts*, Heidelberg: C. F. Müller, 2019, § 5, n.m. 9.

<sup>7</sup> STEINBERG, Georg. *Geschichte des europäischen bis zum Reformationszeitalter* (op. cit.), n.m. 30.

<sup>8</sup> O código é estruturado de acordo com o curso dos procedimentos: inicia com a descrição das competências e atribuições dos representantes do Estado (§§ 1-5), passando às regulamentações sobre o procedimento inquisitivo, *ex officio* (§§ 6-10), exceção legal ao procedimento acusatório (§§ 11-17). O texto então se concentra nas regras relativas aos elementos de prova mínimos necessários para a prisão e o início das investigações contra o acusado (“Anzeigung”, §§ 18-26), passando à regulação do emprego da tortura (§§ 27-32). Seguem-se regras sobre as provas exigidas para o processo de determinados delitos em espécie (§§ 33-47) - homicídio, infanticídio, roubo, furto, incêndio e feitiçaria, por exemplo. A seção seguinte regula como proceder após a confissão do acusado - *regina probationum* - em relação aos vários delitos, o tratamento das testemunhas, a reação a negações posteriores etc. (§§ 48-103). Posteriormente, as punições para os respectivos delitos são determinadas (§§ 104-129). Em seguida, dedicam-se seções especiais a dois delitos particulares, o homicídio (§§ 130-156), com uma regulamentação diferenciada da legítima defesa (§§ 139-146), e o furto (§§. 157-192), no contexto do qual são definidas regras específicas da autoria e participação (§ 177) e da tentativa (§§ 178). O diploma conclui com informações sobre a execução de sentenças (§§ 193-219). Com detalhes: STEINBERG, Georg. *Geschichte des europäischen bis zum Reformationszeitalter* (op. cit.), n.m. 35. Para consulta ao original: [https://archive.org/details/bub\\_gb\\_TTs\\_AAAAYAAJ/page/n3/mode/2up](https://archive.org/details/bub_gb_TTs_AAAAYAAJ/page/n3/mode/2up).

<sup>9</sup> Igualmente, seguindo ordem legal inspirada na sequência de atos processuais, notam-se, no Livro Primeiro, as regras relativas às competências e atribuições dos juízes e, no que diz respeito ao Direito criminal, no Livro III, a descrição de todo procedimento, desde a citação (título I) até à coisa julgada (título XCV); por fim, no Livro V, a regulação dos delitos e das penas (títulos I e seguintes), seguida do regramento da prisão (título CXIX e seguintes) e da execução das penas (título CXXXVII e seguintes).

<sup>10</sup> A respeito desta *ordo legalia*, com mais referências e documentos históricos: QUEIROZ, Rafael Mafei Rabelo. *O direito a ações imorais* (op. cit.), p. 43-44.

<sup>11</sup> É o que se nota da própria estrutura expositiva de BECCARIA, Cesare. *Dei delitti e delle pene*. Editado por Renato Fabietti. Milão: Mursia, 1973 [1764], que intercala temas que hoje atribuímos distinta e autonomamente às disciplinas do Direito Penal e do Processual Penal: a mero título de exemplo, o debate sobre o fim da pena criminal (p. 31) é seguido do tema do testemunho (p. 32), todos antes da análise de determinados crimes em espécie (p. 56 e ss).

res contemporâneos a Feuerbach, como Karl Grolman, que tratava a noção de “corpo de delito” como sinônimo de “tipo” (*Thatbestand*), conceitos que são, atualmente, próprios de cada disciplina.<sup>12</sup> Esse tratamento unitário era também produto do debate político-criminal efervescente do período, no qual que o “problema penal” era tratado com cariz filosófico e de modo holístico, buscando-se uma reforma geral em todas as questões correlatas que hoje tenderíamos a atribuir, distintamente, ao Direito Penal ou ao Processual Penal.<sup>13</sup>

Esse sincretismo foi paulatinamente abandonado em pelo menos duas frentes intelectuais complementares: no plano científico, em virtude do refinamento conceitual e das necessidades metodológicas particulares de cada disciplina, e no plano legislativo, em razão do processo de codificação.

No âmbito positivo, a distinção entre as disciplinas ganha fôlego já no Código Penal de Leopoldo I da Toscana, de 1786 — a Leopoldina; e se estabelece com maior força no Código Penal de José II da Áustria, de 1787 — a Josefina<sup>14</sup>. Esse fenômeno se repete, em seguida, no Código de Instrução Criminal (1808) e no Código Penal (1810), ambos de Napoleão, no Código Penal Bávaro (1813) e, entre nós, no Código Criminal do Império (1830) e no Código do Processo Criminal de Primeira Instância (1832).

No âmbito doutrinário, o marco da autonomização da disciplina ocorre em especial com Feuerbach. Em seu *Lehrbuch*, nota-se já, claramente, a bipartição: “*La doctrina de la forma en que el Estado hace valer legalmente sus derechos emergentes de las leyes penales (proceso criminal) es, por cierto, una parte del derecho procesal, que permanece vinculada al derecho criminal en sentido estricto sólo por las necesidades que se derivan de la enseñanza académica*”.<sup>15</sup>

Nesse sentido, o Direito Penal passou a desconsiderar, em grande medida, as preocupações práticas quanto às formas de processar os infratores das leis criminais ou de executar suas penas. Essa divisão, em Feuerbach, foi tão profunda que o processo penal não é sequer representado como um dos saberes auxiliares do Direito Penal.<sup>16</sup> Após a autonomização das disciplinas, a separação entre o Direito material e processual intensificou-se, em razão do refinamento do debate científico dentro de cada campo.

A dogmática penal, nos últimos dois séculos, tratou, grosso modo, de um mesmo grande objeto e desenvolveu terminologia técnica e esquemas argumentativos padronizados e duradouros. Em relação ao objeto, a dogmática cuidou das regras de aplicação das normas penais e da imputação de crimes, e, no seu discurso teórico, da legitimação, do fundamento e dos limites da autoridade do Estado para punir. A constância desse objeto permitiu que se desenvolvessem instrumentos conceituais e metodológicos nos moldes de uma teoria científica, ou seja, metalinguisticamente:<sup>17</sup> termos técnicos como “tipo”, “dolo” ou “culpa”, apesar das controvérsias acerca de seus conteúdos, demarcam *topoi* argumentativos compartilhados por todos os participantes do debate. Também os padrões de argumentação, em grande medida, permaneceram constantes: prevenção *vs.* retribuição, subjetivismo *vs.* objetivismo, ontologia *vs.* normativismo, e assim por diante.<sup>18</sup>

Esse conjunto permanente de estruturas argumentativas permite aos penalistas lerem as doutrinas de Feuerbach ou de v. Liszt, na Alemanha, e de Costa e Silva ou de Hungria, no Brasil, como se estivessem em diálogo direto com tais autores, como participantes de um mesmo paradigma científico. Claramente, essa afirmação deve ser lida com prudência: como todas as áreas jurídicas, o Direito Penal esteve, naturalmente, sujeito a avanços e retrocessos. No entanto, isso não impede que se diga que a ausência de quebras revolucionárias e reformas fundamentais é um traço característico da disciplina.<sup>19</sup>

<sup>12</sup> QUEIROZ, Rafael Mafei Rabelo. *O direito a ações imorais* (op. cit.), p. 42.

<sup>13</sup> Nesse sentido: SONTAG, Ricardo. “A irresistível ascensão dos filósofos”. Teoria da legislação e o ‘problema penal’ em Jeremy Bentham. *Meritum*, v. 3, n. 1, p. 255-285, 2008, p. 256, com referência a Giovanni Tarello.

<sup>14</sup> Para um estudo detalhado veja-se QUEIROZ, Rafael Mafei Rabelo. *O direito a ações imorais* (op. cit.) p. 96-102.

<sup>15</sup> FEUERBACH, Paul Johann Anselm Ritter von. *Tratado de Derecho Penal*. Trad. de Eugenio Zaffaroni e Irma Hagemeyer. Buenos Aires: Editorial Hammurabi, 2007, § 4, p. 40.

<sup>16</sup> Em detalhes: QUEIROZ, Rafael Mafei Rabelo. *O direito a ações imorais* (op. cit.) p. 197-198.

<sup>17</sup> O diagnóstico é de KINDHÄUSER, Urs. Straf-Recht und ultima-ratio-Prinzip. In: KINDHÄUSER, Urs. *Analytische Strafrechtswissenschaft*. Baden-Baden: Nomos, 2021, pp. 44-52, p. 44.

<sup>18</sup> Próximo, KINDHÄUSER, Urs. Straf-Recht und ultima-ratio-Prinzi (op. cit.), p. 44.

<sup>19</sup> VORMBAUM, Thomas; BOHLANDER, Michael. *A Modern History of German Criminal Law*. 3. ed. Berlin: Springer, 2014,

O mesmo pode ser dito do Direito Processual Penal. Já em *Dei delitti e delle pene*, de Beccaria — apesar da inexistência de uma pauta especificamente processual enquanto ciência autônoma —, encontram-se princípios e diretrizes essenciais de garantia que servem como pontos de referência inescapáveis do debate processual até os dias de hoje, como as ideias de presunção de inocência, separação entre a função de acusar e de julgar, publicidade, celeridade etc.<sup>20</sup>

Essas temáticas passam a constituir o objeto de uma disciplina autônoma somente a partir do século XIX. Até então, o processo era considerado simples meio de exercício dos direitos substantivos, estatuto incompatível com a hoje reconhecida independência do Direito Processual: a ação era confundida com o próprio direito subjetivo material em exercício e não se tinha consciência da existência uma *relação jurídica processual* que diferisse da relação jurídica material.<sup>21</sup> Essa visão sincretista desvaneceu quando dos estudos sobre a natureza jurídica da ação e do processo, e com o surgimento das grandes teorias processuais, erigindo-se definitivamente uma ciência processual separada do direito material.<sup>22-23</sup>

A Política Criminal, por outro lado, ainda luta por uma autonomia científica.<sup>24</sup> A tematização da busca pela melhor qualidade na elaboração das leis já havia sido objeto de estudo desde a Antiguidade, por autores como Platão ou por Cícero; e no Iluminismo, com muito afincamento, por Montesquieu, Filangieri e Bentham, os quais estavam inseridos no processo histórico de codificação.<sup>25</sup> Esse interesse foi abandonado durante o positivismo jurídico e retomado com maior fôlego somente no período do Pós-Guerra.

Dentro do espírito do positivismo jurídico, a Política Criminal era compreendida de modo unilateral e tinha seu objeto restringido: cuidaria, exclusivamente, do interesse público na luta contra a criminalidade e teria por objeto somente o delinquente individualmente considerado;<sup>26</sup> em oposição à “política social” e ao Direito Penal e ao Processual Penal. A “política social” cuidaria das condições gerais e sociais do crime;<sup>27</sup> enquanto o Direito Penal e o Processual Penal tratariam das garantias e dos interesses individuais do delinquente frente ao poder estatal.

A ideia de que o Direito Penal e o Processual Penal não são opostos à Política Criminal, mas que devem incorporar as decisões político-criminais fundamentais, e que ela inclui não apenas finalidades de combate ao crime, mas também princípios que tutelam o cidadão em face do poder do Estado, ganha forças somente após a superação do positivismo e a consagração do Estado Constitucional de Direito<sup>28</sup>, abrindo-se espaço para debates político-criminais em pelo menos dois enfoques:

p. 12 e ss. E, criticamente, GÄRDITZ, Klaus Ferdinand. *Demokratische Sonderstellung des Strafrechts?* In: BÄCKER, Matthias; BURCHARD, Christoph (orgs.). *Strafverfassungsrecht*. Munique: Mohr Siebeck, 2022, pp. 15-52, p. 18.

<sup>20</sup> Para o surgimento e desenvolvimento destas pautas, por todos: DEZZA, Ettore. *Lezioni di storia del processo penale*. Pavia: Pavia University Press, 2013, p. 93 e ss.

<sup>21</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel; BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy; LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. *Teoria Geral do Processo*. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2020, p. 71.

<sup>22</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel; BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy; LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. *Teoria Geral do Processo* (op. cit.), p. 71-72.

<sup>23</sup> Não pretendemos nos inserir no debate acerca da autonomia disciplinar do processo penal em relação ao processo civil. Para os dois lados do debate, veja-se: DINAMARCO, Cândido Rangel; BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy; LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. *Teoria Geral do Processo* (op. cit.), p. 77, defendendo uma teoria geral do processo, aplicável a ambos os ramos do direito processual, civil e penal; e LOPES JR., Aury. *Fundamentos do Processo Penal: Introdução crítica*. 5. ed. Saraiva: São Paulo, 2019, item 1.6, n.p., defendendo a independência disciplinar do processo penal.

<sup>24</sup> Sobre o processo recente de autonomização da política criminal enquanto “nova disciplina”, cf. DELMAS-MARTY, Mireille. *Os grandes sistemas de política criminal*. São Paulo: Manole, 2004, p. 3-88.

<sup>25</sup> Para uma análise detida de cada autor relevante do período, com referências, veja-se: HILGENDORF, Eric. *Die geistesgeschichtlichen Grundlagen des heutigen Strafrechts in der Aufklärung*. In: HILGENDORF, Eric, et al (orgs.). *Handbuch des Strafrechts: Band 1, Grundlagen des Strafrechts*, Heidelberg: C. F. Müller, 2019, § 6, n.m. 28-116.

<sup>26</sup> LISZT, Franz von. *Tratado de Direito Penal alemão*. Trad. José Hygino Duarte Pereira. Senado Federal: Brasília, 2006 [1899], p. 112.

<sup>27</sup> LISZT, Franz von. *Tratado de Direito Penal alemão*. Trad. José Hygino Duarte Pereira. Senado Federal: Brasília, 2006 [1899], p. 112.

<sup>28</sup> Por todos: ROXIN, Claus. *Kriminalpolitik und Strafrechtssystem*. 2. Aufl. Berlin: Walter de Gruyter, 1973, p. 10 e ss. Para uma crítica

(j) Um primeiro centrado na interpretação das leis pelo Poder Judiciário, buscando inserir, na dogmática jurídica, princípios de Política Criminal a auxiliar na aplicação da lei, culminando na criação de categorias dogmáticas destinadas a, inclusive, se oporem ao texto legal, como a função crítica ou extrassistemática do bem jurídico e o princípio da *ultima ratio*, com uma posterior e crescente aproximação da dogmática penal com o controle de constitucionalidade de leis.<sup>29</sup>

(ii) Um segundo dirigido ao momento de elaboração legislativa, tendo como destinatário o legislador e marcando a retomada do projeto iluminista abandonado pelo positivismo.<sup>30</sup> Essa ideia central reaparece com objetos mais amplos e distintas abordagens e termos, como jurisprudência, metódica legislativa, legística, e envolve estudos a respeito do procedimento legislativo,<sup>31</sup> com crescente enfoque, em período recente, no

---

à proposta de Roxin de relação entre direito penal e política criminal, entendendo que ela oculta o conflito entre interesses coletivos e direitos individuais, ver: D'AVILA, Fabio Roberto. Os limites normativos da política criminal no âmbito da “ciência conjunta do direito penal” (Algumas considerações críticas ao pensamento funcional de Claus Roxin). *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik*, v. 3, p. 485-495, out. 2008, p. 488 e ss.

<sup>29</sup> Mais recentemente, falando em “postulados de política criminal constitucionalmente fundados” (*verfassungsrechtlich fundierte kriminalpolitische Postulate*): ROXIN, Claus; GRECO, Luís. *Strafrecht*. Allgemeiner Teil. 5. Ed. München: C. H. Beck, 2020, p. 78, n.m. 94, e, na Itália, por todos: RECCHIA, Nicola. *Il principio di proporzionalità nel Diritto penale*. Torino: G. Giappichelli Editore, 2020, p. 24 e ss, distinguindo entre “*limiti politico-criminali*” e “*limiti costituzionali*” ao direito penal. Para o desenvolvimento do tema pode-se conferir, na Alemanha: LAGODNY, Otto. *Strafrecht vor den Schranken der Grundrechte*. Tübingen: Mohr Siebeck, 1996; APPEL, Ivo. *Verfassung und Strafe*. Berlin: Duncker & Humblot, 1998; STÄCHELIN, Gregor. *Strafgesetzbuch im Verfassungsstaat*. Berlin: Duncker & Humblot, 1998; KASPAR, Johannes. *Verhältnismäßigkeit und Grundrechtsschutz im Präventionsstrafrecht*. Baden-Baden: Nomos, 2014; WIECKHORST, Arno. *Grundrechtsschutz durch Legislativverfahren*. Mohr Siebeck: Tübingen, 2017 e BRODOWSKI, Dominik. *Die Evolution des Strafrechts*. Nomos: Baden-Baden, 2023. Na Itália: BRICOLA, Franco. Teoria generale del reato, in: AZARA, Antonio; EULA, Ernesto (orgs.). *Novissimo Digesto Italiano*. Torino: Unione Tipografico-Editrice Torinese, 1973, v. 19, pp. 7-93; MARINUCCI, Giorgio; DOLCINI, Emilio. *Corso di diritto penale*, 3. ed. Milano: Giuffrè, 2001, pp. 486 e ss.; DONINI, Massimo. L'eredità di Bricola e il costituzionalismo penale come metodo. Radici nazionali e sviluppi sovranazionali. *Diritto penale contemporaneo*, n. 2, pp. 51-74, 2012 e o já citado estudo de Nicola Recchia. Em Portugal: COSTA ANDRADE, Manuel da. A “dignidade penal” e a “carência de tutela penal” como referências de uma doutrina teleológico-racional do crime. *Revista Portuguesa de Ciências Criminais*, Coimbra, v. 2, n. 2, pp. 173-205, 1992; CUNHA, Maria da Conceição Ferreira. *Constituição e Crime: uma perspectiva da criminalização e da descriminalização*. Porto: Universidade Católica Portuguesa, 1995; e CUNHA, Paulo Ferreira da. *A Constituição do crime*. Da substancial constitucionalidade do Direito penal. Coimbra: Coimbra Editora, 1998; PALMA, Maria Fernanda. *Direito Constitucional Penal*. Coimbra: Almedina, 2011 e ANTUNES, Maria João. *Constituição, lei penal e controlo de constitucionalidade*. São Paulo: Almedina, 2020. Na Espanha, veja-se: AGUADO, Teresa. *El principio de proporcionalidad en Derecho penal*. Madrid: Edersa, 1999, BACIGALUPO, Enrique. *Principios constitucionales de derecho penal*. Buenos Aires: Hammurabi 1999 e LOPERA MESA, Gloria Patricia. *Principio de proporcionalidade y ley penal*. Madrid: CEPC, 2006.

<sup>30</sup> Para um histórico desse desenvolvimento, veja-se NIETO MARTÍN, Adán. Un triángulo necesario: ciencia de la legislación, control constitucional de las leyes penales y legislación experimental. In: NIETO MARTÍN, Adán; MORALES ROMERO, M. Muñoz; BECERRA MUÑOZ, J. (orgs.). *Hacia una evaluación racional de las leyes penales*. Marcial Pons: Madrid, 2016, pp. 407-443, p. 410 e ss.

<sup>31</sup> Na Alemanha, em especial, veja-se NOLL, Peter. *Gesetzgebungslehre*. Hamburg: Rowohlt-Taschenbuch-Verlag, 1973; KARPEN, Ulrich. Zum gegenwärtigen Stand der Gesetzgebungslehre in der Bundesrepublik Deutschland. *Zeitschrift für Gesetzgebung*, 1, p. 5-32, 1986; e, mais recentemente, STEINBACH, Armin. *Rationale Gesetzgebung*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2017. Na Espanha, em especial: ATIENZA, Manuel. *Contribución a una teoría de la legislación*. Editorial Civitas: Madrid, 1997, cujo modelo é aplicado ao direito penal por Díez Ripollés, José Luis. *A racionalidade das leis penais*. 2. ed. Revista, atualizada e ampliada. Trad. Luiz Regis Prado. Editora Revista dos Tribunais: São Paulo, 2016; veja-se também a proposta de PAREDES CASTAÑÓN, J. M., *La justificación de las leyes penales*. Tirant lo Blanch: Valencia, 2013. Para um panorama do debate italiano, veja-se PALAZZO, Francesco. La política legislativa y los controles de la ley en Italia. Díez Ripollés, José Luis et al. *La política legislativa penal en occidente: una perspectiva comparada*. Valencia: Tirant lo Blanch, p. 139-177, 2005, p. 140-141. De uma perspectiva comparada, cf. OLIVER-LALANA, Ángel Daniel. Rational Lawmaking and Legislative Reasoning in Parliamentary Debates. OLIVER-LALANA, Ángel Daniel; MEßERSCHMIDT, Klaus. *Rational lawmaking under review: legisprudence according to the German Federal Constitutional Court*. Switzerland: Springer International Publishing, 2016, p. 263. Em Portugal e no Brasil, é de grande influência a doutrina de Carlos Blanco de Moraes, como se pode notar em BARBOSA, Maria Nazaré Lins; MARINS, Camila Moraes Cajaiba Garcez; PIRES, Ieda Maria Ferreira. *Legística: estudos em homenagem ao professor Carlos Blanco de Moraes*. Almedina: Coimbra, 2020 e NASCIMENTO, Roberta Simões. *Teoria da legislação e argumentação legislativa: Brasil e Espanha em perspectiva comparada*. Alteridade: Curitiba, 2019, p. 187 e ss., com análise pormenorizada da produção brasileira. Veja-se também RAMOS, Marcelo Buttelli. *Política legislativa penal no Brasil: fundamentos e limites juspolíticos para a criminalização de condutas*. São Paulo: Marcial Pons (no prelo), com análise ampla dos autores mencionados.

direito constitucional<sup>32</sup> e no impacto empírico das legislações.<sup>33</sup> Somem-se a essas as abordagens de outras ciências, com a Ciência Política, em especial ao tratar de métodos de avaliação de políticas públicas e de prestações de contas; e de ciências sociais, como a Economia, por meio da análise econômica do direito e, claro, a Criminologia.<sup>34</sup>

Atualmente, após esse movimento histórico de afastamento decorrente da busca de uma autonomia científica, as disciplinas voltaram a se aproximar. Essa reaproximação não se deve mais à falta de clareza a respeito dos objetos de cada disciplina, como outrora. Ao inverso, é resultado da descoberta, sem perda analítica, da mútua imbricação entre os elementos do direito penal e do processo penal. É sobre as premissas dessa reconexão que se passa a expor.

### 3 A complementaridade entre as áreas do Sistema Jurídico-Penal

O Direito Penal estabelece normas que proíbem condutas sob ameaça de pena; a infração dessas normas por um agente culpável deve acarretar a sua punição. Porém, a verificação de que houve infração culpável da norma penal não é tarefa simples. A dogmática penal desenvolveu uma série de critérios para aferir se determinada conduta constitui um crime, os quais são desenvolvidos no âmbito da denominada teoria do crime. Assim, a verificação de que houve um crime de furto (art. 155 CP) não demanda apenas estabelecer que um sujeito subtraiu para si coisa alheia móvel, pois, apesar de alguém ter realizado uma conduta prevista em tipo criminalizador, será necessário verificar, por exemplo, que esse agente sabia que a coisa era alheia (agiu com dolo), que não estava em situação familiar inafastável de outro modo (se não atuou em estado de necessidade) e se era maior de 18 anos (se era imputável). E, ainda que haja crime, é possível que a conduta não seja sancionada em razão da presença de outras circunstâncias que afastem a punibilidade, como o fato de o agente ser filho da vítima do furto (causa pessoal de exclusão de pena — art. 181, II, CP) ou de ter se passado muito tempo desde a ocorrência do fato (prescrição).

Verificada a existência de uma infração culpável da norma penal e que, ademais, é punível, impõe-se a pena. Primeiramente, será aplicada a sanção pelo juiz, guiado pelas regras sobre sua espécie e medida, as quais são sistematizadas pela teoria da determinação da pena; posteriormente, será ela executada sob a supervisão do órgão competente, também com observância do regramento legal.

Contudo, é importante notar que a imposição da pena, como consequência jurídica do crime, não é um efeito imediato da existência, em si mesma, de uma conduta que infringe culpavelmente a norma penal. O crime é um fato histórico, o qual pode nem mesmo chegar ao conhecimento de outras pessoas — é possível, por exemplo, que a vítima que teve subtraído um relógio de pouco uso nunca perceba seu desaparecimento. O que efetivamente gera a punição é a constatação, por um órgão jurisdicional competente, mediante um processo penal válido, de que determinado sujeito infringiu uma norma penal de forma culpável e que essa conduta é punível.<sup>35</sup> O processo penal, portanto, insere-se nessa dinâmica em uma posição intermediária entre o crime, enquanto fato histórico, e a pena, como sua consequência jurídica.

Em um primeiro momento, não haverá um crime, mas tão somente uma suspeita (*notitia criminis*) e, a partir dela, desenvolver-se-á uma série de procedimentos voltados ao seu esclarecimento:<sup>36</sup> investigação

<sup>32</sup> Vide nota 29.

<sup>33</sup> No Brasil, veja-se: FERREIRA, Carolina Costa. *A política criminal no processo legislativo*. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2017 e RAMOS, Marcelo Buttelli. *Política legislativa penal no Brasil* (op. cit.).

<sup>34</sup> Com mais referências, NIETO MARTÍN, Adán. Un triángulo necesario (op. cit.), p. 408-409.

<sup>35</sup> Semelhante, KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Trad. João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 167.

<sup>36</sup> FREUND, Georg. Sobre la función legitimadora de la idea de fin en el sistema integral del Derecho Penal. Trad. Raguès i Vallès. In: WOLTER, Jürgen; FREUND, Georg (ed.). *El sistema integral del Derecho Penal*. Madrid: Marcial Pons, 2004, p. 91-128, p. 108-113; RAGUÉS I VALLÈS, Ramon. El Sistema Integral del Derecho Penal: variaciones en torno a una idea. *Revista Electrónica de Derecho*

preliminar, oferecimento e recebimento/rejeição de denúncia, produção de provas em juízo, sentença, recursos, até o trânsito em julgado. O resultado desse processo pode ser, por um lado, a constatação de que o réu praticou crime (condenação); por outro, a de que o réu não praticou crime, de que não há provas suficientes para afirmar que o réu praticou crime ou de que o crime não é punível (absolvição). Em razão da presunção de inocência que rege o processo penal, a condenação demandará um *standard* de prova alto, o qual, não atingido, acarretará sempre a absolvição. E para que o resultado do processo seja legítimo, o processo deve ser válido, isto é, seguir o devido processo legal<sup>37</sup> — o juízo deve ser competente, o réu deve ter sido citado e estar representado por defensor, o procedimento legalmente previsto deve ser observado etc. Apenas no caso de condenação resultante de um processo válido que a pena poderá ser legitimamente aplicada e executada.

Dessa breve descrição do funcionamento do sistema jurídico-penal, resulta clara a existência de uma estreita relação entre o Direito Penal e o Direito Processual Penal. Por um lado, o Direito Penal somente se efetiva por meio do processo, uma vez que a constatação da existência de um crime e a consequente imposição da pena dependem sempre de um processo penal válido, que esclareça o fato histórico supostamente criminoso e possibilite a aplicação das teorias do delito e da determinação da pena. Sem o processo e a observância de suas regras, é impossível afastar a presunção de inocência que protege os cidadãos, constatar a existência de um crime e impor a pena prevista em lei. Em outras palavras: sem ele, o Direito Penal não alcança a realidade. Por outro lado, o Direito Processual Penal é um instrumento para a aplicação das normas materiais, pois está voltado a esclarecer, mediante um procedimento constitucionalmente legítimo, aqueles elementos por elas estabelecidos — é dizer: sem o Direito Penal, o processo carece de objeto.<sup>38</sup>

A instrumentalidade do processo em relação ao Direito Penal deve ser vista não como a busca pela punição — com o que todo o processo que terminasse sem imposição de qualquer sanção seria disfuncional —, senão que pelo esclarecimento do fato histórico supostamente criminoso, independentemente do resultado que se obtenha (condenação ou absolvição), pois, qualquer que seja a conclusão, demonstra comprometimento do Estado com a averiguação de supostas infrações penais, tendo, por isso, efeito pacificador. Desde essa perspectiva, a atividade probatória assume papel central no processo penal.<sup>39</sup> Além dessa função esclarecedora — instrumental ao Direito Penal —, o processo penal cumpre uma importante função de garantia — subordinada especialmente ao Direito Constitucional —, protegendo o imputado contra abusos estatais mediante exigência de que o poder punitivo esteja subordinado a um devido processo legal.<sup>40</sup>

Contudo, é preciso notar que o processo penal — que é regido pela presunção de inocência — acarreta em seu curso, inevitavelmente, intervenções sobre direitos fundamentais.<sup>41</sup> O simples fato de ser criminalmente investigado ou processado é, por si só, uma intervenção sobre a honra e a autodeterminação infor-

*Penal e Política Criminal*, v. 5, n. 2, p. 1–13, 2017. Disponível em: <https://seer.ufrgs.br/index.php/redppc/article/view/78202>. Acesso em: 18 abr. 2023. p. 2-4.

<sup>37</sup> LOPES JR., Aury. *Direito processual penal*. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2021, p. 35-37.

<sup>38</sup> Nesse sentido, MAIER, Julio B. J. *Derecho procesal penal: fundamentos*. 2. ed. Buenos Aires: Del Puerto, 2004, v. 1. p. 146-147; FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *Direito Processual Penal*. Coimbra: Coimbra Editora, 1974, p. 27-28; FREUND, Georg. Sobre la función legitimadora de la idea de fin en el sistema integral del Derecho Penal (op. cit.), p. 93.

<sup>39</sup> RAGUÉS I VALLÈS, Ramon. El Sistema Integral del Derecho Penal (op. cit.), p. 6-8. Relevante, nesse aspecto, o papel da verdade como um dos objetivos do processo penal. Cf. DE-LORENZI, Felipe da Costa; CEOLIN, Guilherme Francisco. O processo penal busca a verdade, mas não a qualquer custo: os novos caminhos para uma antiga controvérsia. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 117, ano 29, p. 71-132, mar. 2021.

<sup>40</sup> PASTOR, Daniel R. La suerte de la teoría de la pena en la imputación procesal (En tiempos de deformación de los principios básicos del enjuiciamiento). In: AMBOS, Kai; MALARINO, Ezequiel; PASTOR, Daniel R. *Prevención y imputación*. Acerca de la influencia de las teorías de la pena en el Derecho penal y Proceso Penal. Buenos Aires: Hammurabi, 2017, p. 129-131; MAIER, Julio B. J. *Derecho procesal penal* (op. cit.), p. 162-165.

<sup>41</sup> Nesse sentido, GRECO, Luís. O inviolável e o intocável no direito processual penal: considerações introdutórias sobre o processo penal alemão. In: WOLTER, Jürgen; GRECO, Luís (Orgs.). *O inviolável e o intocável no Direito processual penal: reflexões sobre dignidade humana, proibições de prova, proteção de dados (e separação informacional dos poderes) diante da persecução penal*. São Paulo: Marcial Pons, 2018. p. 29 e ss.

macional; e essas intervenções podem ser mais intensas no caso de decretação de medidas investigativas ou cautelares, como as quebras de sigilo telefônico, bancário ou fiscal, o sequestro de bens e, em especial, a prisão processual. Ademais, atualmente, há institutos que permitem, sem sentença condenatória transitada em julgado, aplicação de medidas equivalentes a sanções penais,<sup>42</sup> como é o caso, no Brasil, do acordo de não persecução penal, da transação penal e da suspensão condicional do processo. Essas ingerências processuais sobre a esfera de direitos do indivíduo, que ocorrem antes do trânsito em julgado de uma sentença condenatória e, portanto, se chocam com a ideia de que a punição está condicionada a um devido processo legal, regido pela presunção de inocência, não podem ocorrer de forma irrestrita, demandando avaliação de sua legitimidade e estabelecimento de limites.

Além da influência recíproca entre Direito Penal e Direito Processual Penal, vale notar como a Política Criminal se insere nessa relação. Compreendida como subdivisão da Política Jurídica, a Política Criminal é o ramo responsável por discutir e determinar os objetivos sociais e os meios jurídicos utilizados pela Justiça Penal. Portanto, em um sentido amplo, pode ser entendida como a disciplina responsável por discutir e determinar a tarefa e as funções da Justiça Penal e suas diretrizes e limites, estabelecendo, com base nisso, um modelo determinado de regulação, o qual abarcará a demarcação do âmbito do penalmente relevante, a aplicação das normas penais por meio do processo penal, a prevenção da criminalidade e a superação das consequências do crime para suas vítimas.<sup>43</sup>

Em uma visão clássica acerca da relação, a Política Criminal era compreendida, exclusivamente, como o interesse público na luta contra a criminalidade, opondo-se ao Direito Penal enquanto conjunto de regras e princípios que protegem o indivíduo.<sup>44</sup> Uma visão posterior buscou demonstrar que o Direito Penal deve incorporar as decisões político-criminais fundamentais, que incluem não apenas finalidades de combate ao crime, mas também princípios que tutelam o cidadão em face do poder do Estado.<sup>45</sup> A Política Criminal pode ser perspectivada de duas formas: por um lado, como a descrição do conjunto de decisões tomadas quanto ao modelo de Justiça Penal efetivamente adotado em determinado ordenamento jurídico; por outro, como a avaliação crítica do modelo adotado e a proposição de melhores alternativas para a Justiça Penal. No primeiro caso, trata-se de uma abordagem descritiva, especialmente da legislação penal e processual vigente e de seu escopo, que servirá como base para elaborações dogmáticas; no segundo, cuida-se de abordagem normativa, que poderá acarretar alterações no Direito Penal e no Direito Processual Penal.<sup>46</sup> Para esse último ponto de vista, caberia, ainda, fazer uma referência à Criminologia, que, se compreendida como o estudo empírico do fenômeno da criminalidade, em seus aspectos sociais, culturais, biológicos, entre outros, deverá servir como base para toda avaliação do modelo de Justiça Penal vigente e proposição de reformas.<sup>47</sup>

Nesse contexto, o principal ponto a ser destacado é que a adoção de certas diretrizes políticas em matéria criminal afeta o Direito Penal e Processual Penal. Em um nível geral, pode-se notar que a opção por certo modelo de Direito Penal e por certa teoria da pena pode influenciar a estruturação do processo penal.<sup>48</sup> Assim, a escolha por um Direito Penal do fato, o qual pune comportamentos que objetivamente violam uma norma proibitiva — que veda uma conduta socialmente danosa — e não a personalidade, o modo de

<sup>42</sup> DE-LORENZI, Felipe da Costa. *Justiça negociada e fundamentos do direito penal*: pressupostos e limites materiais para os acordos sobre a sentença. São Paulo: Marcial Pons, 2020, p. 33-35.

<sup>43</sup> ZIPF, Heinz. *Kriminalpolitik*. Ein Lehrbuch. 2. ed. Heidelberg: Müller, 1980, p. 6-7.

<sup>44</sup> LISZT, Franz von. Ueber den Einfluss der soziologischen und anthropologischen Forschungen auf die Grundbegriffe des Strafrechts. In: LISZT, Franz von. *Strafrechtliche Vorträge und Aufsätze*. 2. Band. Berlin: Walter de Gruyter, 1970, p. 80.

<sup>45</sup> ROXIN, Claus. *Kriminalpolitik und Strafrechtssystem* (op. cit.), p. 10 e ss.

<sup>46</sup> Próximo, MAIER, Julio B. J. Política criminal, Derecho Penal y Derecho Procesal Penal (op. cit.), p. 168.

<sup>47</sup> ZIPF, Heinz. *Kriminalpolitik* (op. cit.), p. 11-16.

<sup>48</sup> ZIPF, Heinz. *Kriminalpolitik* (op. cit.), p. 144; FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *Direito Processual Penal* (op. cit.), p. 28-29. A respeito das influências das teorias da pena sobre a admissibilidade de acordos no processo penal, cf. DE-LORENZI, Felipe da Costa. *Justiça negociada e fundamentos do direito penal* (op. cit.), p. 286 e ss. Demonstrando certo ceticismo acerca da consideração das teorias da pena na estruturação do processo, PASTOR, Daniel R. La suerte de la teoría de la pena en la imputación procesal (op. cit.), p. 131 e ss.

vida ou meras intenções do autor, deve corresponder a um procedimento estruturado a fim de investigar o passado, para comprovar ou refutar a existência de uma infração da norma e possibilitar a decisão acerca da imputação de um fato a uma pessoa e da culpabilidade desta.<sup>49</sup>

Por sua vez, a assunção da prevenção especial positiva como finalidade da punição deveria moldar o procedimento de forma a investigar a personalidade do réu e obter dados que possibilitem um prognóstico de seu comportamento futuro, a fim de estabelecer a sanção apropriada para o autor;<sup>50</sup> a adoção de uma teoria retributiva da pena impossibilitaria a valoração de comportamento processuais (confissão, colaboração premiada etc.) na determinação da pena, que são incompatíveis com a lógica de punição proporcional ao injusto culpável;<sup>51</sup> e as funções de prevenção geral negativa e positiva poderiam favorecer uma redução dos standards probatórios em certos crimes, a fim de aumentar a probabilidade de imposição de pena e, por conseguinte, o potencial dissuasório da ameaça de punição, e de favorecer a confiança da população no sistema penal, que poderia ser afetada pela percepção de que o processo normalmente fracassa em condenar os culpados.<sup>52</sup>

No que diz respeito a problemas específicos, é possível notar que uma mesma questão pode ser político-criminalmente abordada sob a perspectiva material ou processual, como bem demonstra o denominado princípio da insignificância.<sup>53</sup> Assim, as infrações penais insignificantes recebem tratamento material no Brasil (por construção jurisprudencial), sendo aplicada uma causa suprallegal de exclusão da tipicidade material em razão da irrelevância da ofensa ao bem jurídico tutelado pelo tipo penal;<sup>54</sup> na Alemanha, ao revés, recebem tratamento processual, havendo arquivamento do processo sem imposição de qualquer condição — com base no princípio da oportunidade —, mediante requisição do Ministério Público ou decisão do tribunal, nesse último caso, a exigir consentimento do promotor e do réu (§ 153 do Código de Processo Penal alemão). E, a comprovar que é uma decisão de política criminal que altera a natureza do instituto, vale mencionar a Áustria, onde a insignificância possuía caráter penal, enquanto causa de exclusão da punibilidade regulada pelo § 42 do Código Penal austríaco, até 2008, quando esse dispositivo foi revogado e foi introduzido o § 191 no Código de Processo Penal austríaco, que adotou uma solução processual, muito semelhante ao modelo alemão.

Por fim, vale mencionar o fenômeno da “procedimentalização do Direito Penal”, que se refere à inserção no ordenamento penal de institutos que excluem o crime ou a punição mediante observância de determinado procedimento. Isso ocorre em âmbitos em que, pela importância dos interesses em conflito ou pela complexidade da área de regulação, torna-se difícil estabelecer, em abstrato, uma solução de validade geral, de modo que os legisladores a delegam para aqueles que atuam diretamente na situação dilemática, mediante observância de certas formalidades.<sup>55</sup> Exemplo disso é, na Alemanha, a exclusão da ilicitude do aborto com consentimento da gestante, desde que observadas o seguinte procedimento: interrupção da gravidez praticada por médico, em caso de gravidez de até doze semanas e com requerimento da gestante, mediante apresentação de certificado de consulta a um Órgão de Assessoramento sobre Conflitos Gestacionais (*Sch-*

<sup>49</sup> MAIER, Julio B. J. Política criminal, Derecho Penal y Derecho Procesal Penal (op. cit.), p. 164-165; semelhante, FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y Razón*. Teoría del garantismo penal. Madrid: Trotta, 1995, p. 483-484.

<sup>50</sup> MARAFIOTI, Luca. Proceso penal preventivo desde la perspectiva italiana. In: AMBOS, Kai; MALARINO, Ezequiel; PASTOR, Daniel R. *Prevenção y imputación* (op. cit.), p. 146 e ss.; próximo, MAIER, Julio B. J. *Derecho procesal penal* (op. cit.), p. 149.

<sup>51</sup> DE-LORENZI, Felipe da Costa. *Justiça negociada e fundamentos do direito penal* (op. cit.), p. 291-297.

<sup>52</sup> MALARINO, Ezequiel. Sobre el descuido de la prevención el la distribución del error en el juicio penal. In: AMBOS, Kai; MALARINO, Ezequiel; PASTOR, Daniel R. *Prevenção y imputación* (op. cit.), p. 251-253.

<sup>53</sup> Acerca das soluções materiais e processuais para a infrações penais insignificantes, ver ZIPF, Heinz. *Kriminalpolitik* (op. cit.), p. 119 e ss.

<sup>54</sup> Sobre o tratamento dado ao princípio da insignificância no Brasil, cf. DE-LORENZI, Felipe da Costa. O princípio da insignificância: fundamentos e função dogmática: uma leitura à luz do funcionalismo de Claus Roxin. In: *Revista de Estudos Criminais*. n. 57, p. 205-243, abr./jun. 2015, p. 222-229.

<sup>55</sup> SCHWEIGER, Theresa F. *Prozedurales Strafrecht: Zur Bedeutung von Verfahren und Form im Strafrecht*. Baden-Baden: Nomos, 2018, p. 207-208.

*wangerschaftskonfliktberatungsstelle*) ao menos três dias antes da intervenção médica (§ 218a Abs. 1 do Código Penal alemão).<sup>56</sup>

## 4 Propostas de união e críticas

Para além da descrição da existência de relações entre o Direito Penal e o Processual Penal, alguns autores projetaram modelos de efetiva integração teórica entre essas duas áreas. Essas propostas pressupõem, ainda que por vezes sem indicação expressa, determinadas ideias acerca do modelo de Justiça Penal mais adequado — portanto, uma certa concepção político-criminal. Destacaremos, a título de ilustração, três projetos com fundamentos distintos.

Ferrajoli, ao desenvolver seu modelo garantista de Direito Penal, adota uma visão conjunta do Direito material e do processual.<sup>57</sup> Embora não apresente explicações pormenorizadas acerca dessa união, o autor parte da ideia de que as garantias, tanto penais quanto processuais penais, decorrem de uma mesma ideia reitora que confere unidade ao sistema. Baseadas na tradição iluminista e liberal, configuram, em seu conjunto, um “esquema epistemológico” de identificação da infração penal que pretende conferir o máximo grau de racionalidade e confiabilidade ao juízo e, assim, reduzir a arbitrariedade no exercício do poder punitivo e na tutela dos direitos individuais. Essa ideia estaria composta de dois elementos, os quais correspondem a certo conjunto de garantias: por um lado, a definição legislativa do crime, segundo o princípio da estrita legalidade (convencionalismo penal), equivale a determinados princípios penais; por outro, a comprovação jurisdicional do crime, segundo o princípio da estrita jurisdicionalidade (cognitivismo processual), coincide com determinados princípios processuais.<sup>58</sup>

A estrita legalidade<sup>59</sup> se refere à necessidade de definição formal do crime, que deve ser feita por lei, excluindo a punição de condutas imorais, socialmente lesivas ou naturalmente anormais com base em uma avaliação de cada situação concreta; e de definição empírica do crime, que deve se basear em características empíricas e objetivas do comportamento, e não relativas ao autor. A estrita jurisdicionalidade, por sua vez, diz respeito à imposição de que as hipóteses acusatórias tenham caráter assertivo e que seja apresentada prova empírica, de modo que seja possível a verificação ou refutação, vedando-se um juízo amplamente valorativo do julgador, que seria inevitavelmente discricionário. Apesar de a estrita legalidade e a estrita jurisdicionalidade constituírem um modelo ideal (utópico), irrealizável de modo integral em razão de diversas aporias, pode servir como parâmetro e fundamento de racionalidade de um sistema penal garantista que objetive restringir o arbítrio no exercício do poder punitivo.<sup>60</sup>

Nessa linha, a unidade entre Direito material e processual no garantismo de Ferrajoli é demonstrada, ainda, pela lista dos dez axiomas principais que o compõem, os quais mesclam princípios penais e processuais: não há pena sem crime, sem lei, sem necessidade, sem ofensa, sem exterioridade (da conduta), sem culpabilidade, sem jurisdição, sem acusação (distinta do órgão jurisdicional), sem prova e sem defesa (ou contraditório).<sup>61</sup> As garantias ligadas à existência de crime, lei, necessidade, ofensividade, exterioridade da

<sup>56</sup> SCHWEIGER, Theresa F. *Prozedurales Strafrecht: Zur Bedeutung von Verfahren und Form im Strafrecht*. Baden-Baden: Nomos, 2018, p. 29 e ss., com outros exemplos na sequência.

<sup>57</sup> Já na introdução de *Direito e Razão*, o autor faz constar a necessidade de tratar conjuntamente, em um plano teórico, os problemas penais e processuais. Cf. FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y Razón* (op. cit.), p. 25.

<sup>58</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y Razón* (op. cit.), p. 33-38.

<sup>59</sup> Ferrajoli diferencia a “mera” legalidade da “estrita” legalidade, referindo-se a primeira à simples exigência de lei para a criminalização de condutas, sem qualquer parâmetro limitador das condutas que podem ser criminalizadas, e a segunda, à exigência de definição do crime por lei somada a critérios materiais relativos à conduta (p. ex., ofensividade, exterioridade, culpabilidade etc.). Cf. FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y Razón* (op. cit.), p. 94-97, 378-381.

<sup>60</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y Razón* (op. cit.), p. 34-40.

<sup>61</sup> Os dez axiomas fundamentais do garantismo, dos quais derivam outros trinta e cinco, são: A1 Nulla poena sine crimine; A2 Nullum crimen sine lege; A3 Nulla lex (poenalis) sine necessitate; A4 Nulla necessitas sine iniuria; A5 Nulla iniuria sine actione; A6

conduta e culpabilidade são penais, ao passo que as exigências de jurisdição, separação entre acusador e julgador, prova e defesa são processuais. Cada uma dessas garantias é entendida como uma condição necessária — mas não suficiente — para a atribuição de pena no modelo de Direito Penal garantista. Assim, tendo em vista que a responsabilidade penal é definida pelo autor como “o conjunto de condições normativamente exigidas para que uma pessoa seja submetida a uma pena”, tanto as garantias penais quanto as processuais são condições para a responsabilidade penal.<sup>62</sup> Nesse sentido, afirma que há uma relação de mútua implicação — lógica, teórica e teleológica — entre elas.<sup>63</sup>

Por fim, o jurista italiano assevera que a opção pelo modelo garantista, em contraste com modelos autoritários ou irracionais, é uma “opção ético-política” em favor dos valores por ele tutelados,<sup>64</sup> o que traz à tona a dimensão da Política Criminal.

Freund propõe uma união entre as teorias do crime, da determinação da pena e do processo penal, por entender que esses ramos possuem uma finalidade em comum e que, por isso, devem ser vistos como partes de um sistema integral. Esse fim que os conecta seria prevenção geral positiva, de modo que todo o sistema jurídico-penal estaria voltado à proteção preventiva de bens jurídicos, a qual, no âmbito da verificação da prática de um crime e da aplicação da respectiva pena, manifestar-se-ia como a necessidade de reestabilização da norma de conduta violada por meio da infração.<sup>65</sup> Com isso, o autor adota claramente uma posição político-criminal em prol do pensamento consequencialista e da teoria da prevenção geral positiva, defendendo que “somente a pena necessária é uma pena justa”.<sup>66</sup>

De acordo com Freund, a declaração de culpabilidade no processo serviria para caracterizar o conteúdo do comportamento infrator da norma de conduta, reforçando a ideia de que ninguém deve agir desse modo. A determinação judicial da pena, por sua vez, teria a função de quantificar a importância da infração dentro dos marcos abstratamente previstos, estabelecendo uma sanção adequada ao fato concreto. As possibilidades de reação à infração, por vezes, seriam ampliadas por institutos materiais como o perdão judicial e a suspensão condicional da pena.<sup>67</sup>

Como o Direito Penal material não se efetiva sem um processo, as teorias do crime e da determinação da pena não poderiam ser construídas sem a consideração das dificuldades de sua aplicação prática.<sup>68</sup> Por outro lado, destaca Freund que, no início, não há um fato punível, mas apenas uma suspeita, e o processo será desencadeado e se desenvolverá com base nisso. Assim, também o tratamento conferido pelo sistema jurídico-penal a essa suspeita deverá ter por base a necessidade de pena para fim de reestabilização da norma (supostamente infringida). Desse modo, a importância do crime sob suspeita deve ser considerada como parâmetro para decisões no processo. Por exemplo, o início de uma investigação criminal pode utilizar *standards* probatórios distintos quando o crime em questão fosse um homicídio ou um furto; certos crimes insignificantes não justificariam o custo do processo, que deveria ser arquivado; e a escolha pelos fatos a serem processados — já que é impossível perseguir todos os crimes — deveria ter por base a gravidade do crime e a probabilidade de êxito nas investigações.<sup>69</sup>

---

Nulla actio sine culpa; A7 Nulla culpa sine iudicio; A8 Nullum iudicium sine accusatione; A9 Nulla accusatio sine probatione; A10 Nulla probatio sine defensione. A formulação utilizada no corpo do texto sintetiza esses axiomas em uma única proposição, que corresponde à tese 56 de Ferrajoli: *Nulla poena sine crimine, sine lege, sine necessitate, sine iniuria, sine actione, sine culpa, sine iudicio, sine accusatione, sine probatione et sine defensione.*

<sup>62</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y Razón* (op. cit.), p. 91-94.

<sup>63</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y Razón* (op. cit.), p. 538.

<sup>64</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y Razón* (op. cit.), p. 92.

<sup>65</sup> FREUND, Georg. Sobre la función legitimadora de la idea de fin en el sistema integral del Derecho Penal (op. cit.), p. 97-98.

<sup>66</sup> FREUND, Georg. Sobre la función legitimadora de la idea de fin en el sistema integral del Derecho Penal (op. cit.), p. 91-93, 126-128.

<sup>67</sup> FREUND, Georg. Sobre la función legitimadora de la idea de fin en el sistema integral del Derecho Penal (op. cit.), p. 98-101.

<sup>68</sup> FREUND, Georg. Sobre la función legitimadora de la idea de fin en el sistema integral del Derecho Penal (op. cit.), p. 106-107.

<sup>69</sup> FREUND, Georg. Sobre la función legitimadora de la idea de fin en el sistema integral del Derecho Penal (op. cit.), p. 108-113.

Também a utilização da prisão preventiva deveria ter como um de seus parâmetros legitimadores a gravidade do crime e a necessidade preventiva de uma reação institucionalizada já ao longo do processo, atuando como uma espécie de punição provisória em casos em que há elementos suficientes de convicção de que o réu praticou a infração.<sup>70</sup> E, ademais, institutos processuais poderiam ser integrados harmonicamente ao sistema se entendidos como formas de responder adequadamente a uma suposta infração, afastando a necessidade de pena e, portanto, o próprio injusto penal. Seria o caso de institutos como a suspensão condicional do processo, que — com o consentimento do imputado — estabelecem certas condições restritivas de direitos antes da decisão de mérito, tornando desnecessária a continuidade do processo.<sup>71</sup>

Wolter, por sua vez, busca construir um sistema que una teoria do crime, teoria de determinação da pena e processo penal com base em três eixos valorativos, os quais abarcariam as causas de exclusão do crime, de impedimento ou suspensão da persecução e de exclusão ou redução da pena. Propõe, para isso, um sistema dividido em três níveis: merecimento de pena do injusto culpável, que se refere às categorias do injusto e da culpabilidade enquanto desaprovação fundamental de uma conduta por lei; necessidade de pena do injusto culpável, que representa a categoria da responsabilidade, incluindo causas de exclusão do crime fundadas em razões preventivas que diminuem o desvalor do injusto e da culpabilidade; e a punibilidade do injusto culpável, que leva em conta considerações extrapenais e finalidades jurídico-constitucionais que não afetam o injusto e a culpabilidade.<sup>72</sup>

Cada um desses três eixos do sistema representa valorações que, segundo o autor, afetam o crime, a aplicação da pena e o processo penal. No primeiro nível (merecimento de pena), constariam tanto causas de exclusão do crime quanto de afastamento da punição ou arquivamento do processo. Como exemplo — baseado do ordenamento jurídico alemão —, cita a posse de maconha, que abaixo de seis gramas acarretaria exclusão da tipicidade pela adequação social da conduta; acima disso, apesar de haver crime, poderia haver renúncia à pena ou arquivamento do processo por insignificância.<sup>73</sup> Da mesma forma, no segundo nível (necessidade de pena), entrariam causas de exclusão da necessidade preventiva de punição em razão de comportamentos concomitantes ou posteriores à realização do injusto culpável. Para ilustrar a extensão dessa valoração para diversos níveis do sistema, cita a possibilidade de o Ministério Público deixar de oferecer acusação em casos em que presentes os requisitos sob os quais o tribunal poderia renunciar à pena.<sup>74</sup> Um mesmo fundamento, portanto, pode incidir na determinação da pena, afastando-a, ou no arquivamento do processo com base no princípio da oportunidade.<sup>75</sup> E o mesmo valeria para o terceiro nível (punibilidade), como no caso da prisão preventiva de duração próxima à da pena que pode ser aplicada em caso de condenação, que poderia acarretar arquivamento do processo ou renúncia à pena.<sup>76</sup>

Todas as propostas buscam, com base em distintos parâmetros valorativos, compreender a totalidade do sistema do crime sob certos eixos comuns que perpassam crime, pena e processo penal, abandonando uma visão isolada desses fenômenos. No entanto, elas também são alvos de críticas.

<sup>70</sup> FREUND, Georg. Sobre la función legitimadora de la idea de fin en el sistema integral del Derecho Penal (op. cit.), p. 122-126.

<sup>71</sup> FREUND, Georg. Sobre la función legitimadora de la idea de fin en el sistema integral del Derecho Penal (op. cit.), p. 116-119.

<sup>72</sup> WOLTER, Jürgen. Estudio sobre la dogmática y la ordenación de las causas materiales de exclusión, del sobreseimiento del proceso y de la renuncia a la pena y de la atenuación de la misma. Estructuras de un sistema integral que abarque el delito, el proceso penal y la determinación de la pena. In: WOLTER, Jürgen; FREUND, Georg (ed.). *El sistema integral del Derecho Penal*. Madrid: Marcial Pons, 2004, p. 31-89, p. 34-38.

<sup>73</sup> WOLTER, Jürgen. Estudio sobre la dogmática y la ordenación de las causas materiales de exclusión, del sobreseimiento del proceso y de la renuncia a la pena y de la atenuación de la misma (op. cit.), p. 49-50.

<sup>74</sup> WOLTER, Jürgen. Estudio sobre la dogmática y la ordenación de las causas materiales de exclusión, del sobreseimiento del proceso y de la renuncia a la pena y de la atenuación de la misma (op. cit.), p. 54-60.

<sup>75</sup> WOLTER, Jürgen. Estudio sobre la dogmática y la ordenación de las causas materiales de exclusión, del sobreseimiento del proceso y de la renuncia a la pena y de la atenuación de la misma (op. cit.), p. 37-38.

<sup>76</sup> WOLTER, Jürgen. Estudio sobre la dogmática y la ordenación de las causas materiales de exclusión, del sobreseimiento del proceso y de la renuncia a la pena y de la atenuación de la misma (op. cit.), p. 60-63.

A proposta de Freund, por exemplo, é criticada por colocar a prevenção geral positiva como núcleo unificador do sistema jurídico-penal, o que conduziria a uma sobrevalorização da racionalidade instrumental<sup>77</sup> e a violações de princípios tradicionais do Direito Penal e Processual Penal voltados à proteção dos imputados. Afirma-se, a título de ilustração, que sua teoria legitima a punição antecipada — antes do trânsito em julgado da condenação — por meio da prisão preventiva, a qual estaria justificada pela gravidade do crime supostamente cometido, em ofensa à presunção de inocência e ao princípio da culpabilidade.<sup>78</sup> A sistematização de Wolter, por sua vez, substituiria as tradicionais categorias do crime (tipicidade, antijuridicidade, culpabilidade e punibilidade) por novos conceitos, os quais demandariam um maior desenvolvimento teórico a fim de darem conta de todas as questões historicamente abordadas pelas teorias do crime e da aplicação da pena. Ademais, partiria de uma perspectiva negativa — explicando causas de exclusão e redução —, sem estabelecer, adequadamente, os fundamentos positivos de cada nível do sistema.<sup>79</sup>

Não se pretende, neste artigo, avaliar profundamente os pontos fortes e as deficiências de tais propostas, tampouco elaborar uma concepção própria. Basta, contudo, perceber que representam tentativas de levar a cabo uma abordagem conjunta do sistema jurídico-penal, e nisso consiste seu principal mérito — independentemente de eventuais problemas que possam apresentar.

## 5 Exemplos

A fim de ilustrar como uma abordagem conjunta pode ser útil para compreender e enfrentar problemas jurídico-penais, lançaremos mão de dois exemplos: a justiça penal negociada e a prova dos conceitos dogmáticos.

1. A expansão dos acordos entre acusação e defesa que afetam a resolução do processo e as consequências jurídicas em matéria criminal (acordo de não persecução penal, transação penal, suspensão condicional do processo, colaboração premiada),<sup>80</sup> além de gerar conflitos com princípios processuais — devido processo legal, presunção de inocência, contraditório, legalidade processual etc. —, acarreta uma flexibilização das bases do Direito Penal e de construções oriundas da dogmática penal.<sup>81</sup>

Por um lado, a justiça negociada acarreta uma redução da importância da teoria do crime para a solução de casos penais.<sup>82</sup> A teoria do crime é um método de aplicação de normas a fatos que tem por base a busca histórica por uma aplicação justa e uniforme da legislação penal. Para sua utilização, porém, faz-se necessário que sejam produzidas provas acerca das circunstâncias relevantes do fato e de seu autor. Essa lógica é afetada de duas formas. Primeiro, porque a incorporação de acordos traduz uma opção político-criminal por favorecer a eficiência processual em detrimento da resolução materialmente correta e juridicamente segura

<sup>77</sup> FRISCH, Wolfgang. Delito y sistema del delito. In: WOLTER, Jürgen; FREUND, Georg (ed.). *El sistema integral del Derecho Penal*. Madrid: Marcial Pons, 2004, p. 193-280, p. 278-280.

<sup>78</sup> DÍAZ CANTON, Fernando. Vicisitudes de la cuestión de la autonomía o dependencia entre el derecho penal y el derecho procesal penal. *Revista General de Derecho Procesal*, n. 7, n. p., 2005; VIEIRA, Antonio; QUEIROZ, Paulo. Sobre a relação entre Direito Penal e Direito Processual Penal. In: MOREIRA, Romulo Andrade (org.). *Leituras complementares de processo penal*. Salvador: JusPodvim, 2008, p. 471-473.

<sup>79</sup> FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. Direito penal: parte geral: tomo 1: questões fundamentais: a doutrina geral do crime. São Paulo/Coimbra: Revista dos Tribunais/Coimbra Editora, 2007, p. 263-265.

<sup>80</sup> O fenômeno da expansão da justiça penal negociada e seus efeitos são bem explicados por VASCONCELLOS, Vinícius Gomes de. *Barganha e justiça criminal: análise das tendências de expansão dos espaços de consenso no processo penal brasileiro*. São Paulo: IBCCRIM, 2015, p. 150 e ss.; SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. *La expansión del Derecho penal: aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*. 3. ed. Madrid: Edisofer, 2011, p. 74 e ss.

<sup>81</sup> DE-LORENZI, Felipe da Costa. *Justiça negociada e fundamentos do direito penal* (op. cit.), p. 29-30.

<sup>82</sup> Nesse sentido, DONINI, Massimo. Escenarios del derecho penal en Europa a principio del siglo XXI. Trad. Carmen Portaceli. In: MIR PUIG, Santiago; MIRENTXU CORCOY, Bidasolo (dir.); GÓMEZ MARTÍN, Víctor (Coord.). *La política criminal en Europa*. Barcelona: Atelier, 2004, p. 50: negociação como um dos elementos de uma “flexibilização da dogmática”; HERRERA GUERRERO, Mercedes. *La negociación en el nuevo proceso penal: un análisis comparado*. Lima: Palestra Editores, 2014, p. 230-1.

do caso em conformidade com as normas penais. Nos acordos, a estrita aplicação da lei penal pelos tribunais cede em favor de uma solução que é, em maior ou menor nível,<sup>83</sup> negociada pelas partes — e, portanto, não corresponde a um parâmetro fixo de valoração prévia e objetivamente estabelecido.<sup>84</sup> Segundo, porque um dos focos dos acordos é afastar uma profunda, controvertida e demorada produção probatória pelas partes, substituindo-a por uma resposta célere e consensual. Com isso, reduz-se a base fática sobre a qual a teoria do crime deverá incidir, dificultando a análise dos pressupostos do crime e da espécie delitiva. Por exemplo, será mais difícil, quando as circunstâncias fáticas estiverem menos esclarecidas, verificar se houve causalidade entre a ação e o resultado em uma lesão corporal e diferenciar um furto de um roubo — isto é, determinar se houve ou não violência ou grave ameaça na subtração. Ainda que a licitude dos acordos dependa, no direito brasileiro, do controle dos tribunais acerca da correta imputação dos crimes (vedação de *charge bargaining*), essa verificação fica inevitavelmente prejudicada pela natural redução do suporte probatório acarretada pelos institutos negociais.<sup>85</sup>

Por outro lado, também a aplicação judicial da pena é afetada pela justiça negociada. Nela, decisão sobre a consequência jurídica de uma conduta penalmente relevante deixa de ter como principal parâmetro a punição proporcional à gravidade do fato e ao grau de culpabilidade do autor e passa a ser fortemente influenciada por um comportamento pós-delitivo do infrator (a escolha por fazer ou não um acordo) e pelo conteúdo do pacto entre acusação e defesa.<sup>86</sup> Pense-se, por exemplo, na possibilidade de perdão judicial decorrente da realização de uma colaboração premiada, que exclui a própria punição do crime.<sup>87</sup> Porém, mesmo em casos menos extremos, há uma modificação da qualidade e da quantidade da sanção, como quando se negocia, em um acordo de não persecução penal, o cumprimento de prestação pecuniária em um valor estabelecido pelas partes. Portanto, a sanção penal passa a ser orientada por novos fatores, estranhos à lógica clássica da punição, que estão ligados a comportamentos processuais, negociações e efeitos positivos para a Administração da Justiça.

2. A relação entre o direito e o processo penal, no que diz respeito ao dolo, abriga diversas discussões, cujos efeitos não são negligenciáveis e que demonstram a necessidade de abordagem conjunta entre o conceito de dolo e seus meios de prova.

A conclusão mais evidente a respeito da relação entre o conceito de dolo e a sua prova é que o primeiro determina o objeto da segunda. Se o dolo é compreendido como vontade e representação (adotadas as teorias do consentimento, do levar a sério o perigo, ou da indiferença, por exemplo<sup>88</sup>), no processo, deverá restar comprovado que o agente agiu com o referido elemento volitivo, somado à correspondente representação. Por outro lado, caso se adote um conceito meramente cognitivo (teorias da possibilidade, da probabilidade ou do risco, por exemplo<sup>89</sup>), a prova da vontade se torna desnecessária, devendo-se provar,

<sup>83</sup> As possibilidades e a amplitude da negociação variam muito de acordo com a cultura jurídica, a legislação nacional e a espécie de acordo. Para uma comparação entre os acordos sobre a sentença nos Estados Unidos, na Alemanha, na Itália e na Espanha, ver DE-LORENZI, Felipe da Costa. *Justiça negociada e fundamentos do direito penal* (op. cit.), p. 70 e ss.

<sup>84</sup> Próximo, SCHÜNEMANN, Bernd. El propio sistema de la teoría del delito. Trad. José Milton Peralta. *InDret – Revista para el Análisis del Derecho*, n. 1, jan. 2008, p. 8-9; SCHÜNEMANN, Bernd. *Vom Tempel zum Marktplatz*. Wie die Straffjustiz scheinbar die ökonomische Theorie des Rechts in Praxis, government in governance und Souveränität in Kooperation verwandelt hat. München: Bayerische Akademie der Wissenschaften, 2013, p. 25.

<sup>85</sup> Semelhante, LOBO DA COSTA, Helena Regina. Ampliação dos acordos processuais penais, execução da pena antes do trânsito em julgado de sentença condenatória e o ocaso da dogmática penal como ciência prática. In: MALAN, Diogo et al. (org.). *Processo penal humanista*: escritos em homenagem a Antonio Magalhães Gomes Filho. Belo Horizonte: D'Plácido, 2019. p. 104 e ss.

<sup>86</sup> DONINI, Massimo. Escenarios del derecho penal en Europa a principio del siglo XXI (op. cit.), p. 48-9; SANCINETTI, Marcelo A. Dictamen sobre proyectos de leyes, así llamados, de “Arrepentido” y de “Extinción de Dominio”, Buenos Aires, 2016, p. 9-10.

<sup>87</sup> Acerca dos problemas à aplicação judicial da pena ocasionados pela colaboração premiada, ver: DE-LORENZI, Felipe da Costa. A determinação da pena na colaboração premiada: análise da fixação dos benefícios conforme a Lei n.º 12.850/2013 e o Supremo Tribunal Federal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 155, ano 27, p. 293-337, maio 2019, p. 307 e ss.

<sup>88</sup> Para uma análise detalhada das teorias volitivas, veja-se: VIANA, Eduardo. *Dolo como compromisso cognitivo*. São Paulo: Marcial Pons, 2017, p. 85 e ss.; e MARTELETO FILHO, Wagner. *Dolo e risco no direito penal*. São Paulo: Marcial Pons, 2020, p. 91 e ss.

<sup>89</sup> Para as teorias cognitivas: VIANA, Eduardo. *Dolo como compromisso cognitivo* (op. cit.), p. 195 e ss. e MARTELETO FILHO, Wagner. *Dolo e risco no direito penal* (op. cit.), p. 121 e ss.

em regra, somente o conhecimento do agente. Em termos técnicos: o conceito de dolo tem primazia e determina quais elementos fáticos poderão compor seu catálogo de indicadores.<sup>90</sup> Essa conclusão, contudo, é insuficiente frente a uma série de questões relevantes a respeito da complexa relação entre direito e processo relativas ao conceito de dolo.

A primeira dessas questões diz respeito à natureza do conceito legal de dolo. Há dificuldades envolvidas em nível conceitual ao se tentar traçar uma linha divisória entre o conceito material e a sua prova. Isso porque não existe uma diferença ontológica entre eles, mas semântica, fazendo essa diferenciação conceitual depender do referencial teórico adotado. Se considerarmos, de acordo com a visão tradicional, que os elementos conceituais do dolo (representação e vontade) são entidades empíricas, fatos psicológicos internos passíveis de serem provados — ainda que indiretamente por meio de indicadores —, a divisão entre conceito e prova é facilmente aceitável.

Entretanto, se entendermos, em concordância com uma série de autores contemporâneos em grande parte influenciados principalmente por Wittgenstein e Ryle, que vontade e representação não são estados mentais, mas qualidades de uma ação; ou, se compreendermos que, embora tais estados existam, eles são inacessíveis, chegaremos a outra conclusão.<sup>91</sup> O tratamento dessa questão não é unívoco: por exemplo, alguns autores entendem os elementos conceituais do dolo como *conceitos disposicionais*;<sup>92</sup> outros como elementos de um *conceito tipológico*<sup>93</sup>, enquanto alguns buscam pela relevância do sentido social do comportamento<sup>94</sup> ou o “significado do dolo”.<sup>95</sup> O efeito dessas posições, contudo, é aproximado: estados mentais (por não existirem ou por serem totalmente inacessíveis) não podem ser “provados”, mas apenas “atribuídos/imputados”,<sup>96</sup> e as inferências a partir do comportamento observável a respeito do estado mental não seriam mais consideradas como pertencentes ao direito probatório, mas ao próprio conceito material de dolo.<sup>97</sup>

Essa distinção produz diversos efeitos concretos. No curso de uma ação penal, temas de prova e de direito material atraem efeitos distintos no que se refere à competência jurídica e à extensão do direito ao recur-

<sup>90</sup> Nesse sentido: MARTELETO FILHO, Wagner. *Dolo e risco no direito penal* (op. cit.), p. 429 e ss. Observa o autor, ainda, que o conceito de dolo determinará se o catálogo será aberto ou fechado, a depender da teoria do dolo adotada (p. 437 e ss.).

<sup>91</sup> Veja-se, com mais detalhes e referências: STUCKENBERG, Carl-Friedrich. O status ontológico dos estados mentais, neste volume. Próximo: GONZÁLEZ LAGIER, Daniel. Filosofia de la mente y prueba de los estados mentales: una defensa de los criterios de “sentido común”. *Quaestio facti*, n. 3, pp. 49-80, 2022.

<sup>92</sup> Isto é, como sentenças condicionais hipotéticas que não denotam fatos internos, mas uma disposição ou um julgamento puramente atributivo, de modo que a definição conceitual e as regras de prova coincidem: MYLONOPOULOS, Christos. Das Verhältnis von Vorsatz und Fahrlässigkeit und der Grundsatz in dubio pro reo: Eine strafrechtlich-rechtstheoretische Untersuchung. *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, Berlin, v. 99, n. 4, p. 685-722, 1989, p. 715 e ss e HASSEMER, Winfried. Los elementos característicos del dolo. Trad. de María del Mar Díaz Pita. *Anuário de Derecho Penal y Ciencias Penales*, v. 43, n. 1, p. 909-932, 1990, p. 925-926.

<sup>93</sup> SCHÜNEMANN, Bernd. De un concepto filológico a un concepto tipológico del dolo. Trad. de Mariana Sacher. In: SCHÜNEMANN, Bernd. *Obras*. 1ª ed. Santa Fé: Rubinzal-Culzoni, 2009, p. 417-435.

<sup>94</sup> RAGUÉS I VALLÈS, Ramon. *El dolo y su prueba en el proceso penal*. Barcelona: Bosch, 1999, p. 205-273, e 323 e ss.

<sup>95</sup> No Brasil, veja-se CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira. *Dolo e Linguagem*: rumo a uma nova gramática do dolo a partir da filosofia da linguagem. São Paulo: Tirant Lo Blanch, 2020 e a coletânea BUSATO, Paulo César (org.). *Dolo e Direito Penal: modernas tendências*. 3ª ed. Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2019.

<sup>96</sup> Na já bem conhecida frase de Hruschka: “el dolo no se constata y se prueba, sino que se imputa”, HRUSCHKA, Joachim. Sobre la difícil prueba del dolo. In: SÁNCHEZ-OSTIZ, Pablo (coord.). *Imputación y derecho penal*. 2. ed. Montevideo: B de F, 2009, pp. 181-197, p. 195.

<sup>97</sup> De qualquer modo, como observado por STUCKENBERG, Carl-Friedrich. *Vorstudien zu Vorsatz und Irrtum im Völkerstrafrecht: Versuch einer Elementarlehre für eine überationale Vorsatzdogmatik*. Berlin: De Gruyter, 2007, p. 386-389 (e no artigo publicado neste volume), importa advertir que essas questões até o presente momento têm dificuldade de alcançarem autonomia prática, pois qualquer subsunção legal sempre precisará de algum tipo de suporte fático que esteja de acordo com as regras gerais de experiência, o qual estará sujeito às regras probatórias independentemente de seu estatuto teórico. Para o dolo, esse suporte fático necessário sempre consistirá em relatos do próprio agente, em perspectiva de primeira pessoa; e comportamentos e circunstâncias externas observados e relacionáveis ao contexto da ação, em perspectiva de terceira pessoa. Nesse sentido, o debate sobre se consideramos os elementos do conceito de dolo como fatos internos, conceitos disposicionais ou meras atribuições, é pouco relevante, porque, em última análise, eles sempre serão o resultado da análise probatória desses dois tipos de dados. Também nesse sentido: CEOLIN, Guilherme Francisco. As divergentes concepções da teoria da cegueira deliberada: uma análise dos precedentes dos Tribunais Superiores e Tribunais Regionais Federais (2012-2019). *Revista de Estudos Criminais*, v. 20, n. 80, p. 91-138, 2021, p. 98, nota. 17.

so, bem como à possibilidade de aplicação do *in dubio pro reo*. De acordo com a visão tradicional, enquanto questões de direito — relativas ao conceito de dolo e sua correta interpretação — podem ser debatidas e reexaminadas em todas as instâncias recursais, as questões relativas à determinação fática — concernentes à sua prova — somente podem ser debatidas e reexaminadas em âmbito de primeiro e segundo grau, dado que os tribunais superiores, nas funções de julgar recursos, são incompetentes em relação a tais questões, sendo vedado o reexame de provas.<sup>98</sup> Além disso, às questões fático-probatórias, quando incerta sua determinação, é aplicável o *in dubio pro reo*, devendo ser o acusado absolvido. Já as questões de direito não sofrem o mesmo efeito, dado que o julgador, uma vez determinados os fatos, não pode deixar de declarar o direito adequado ao caso concreto (proibição de *non liquet*).<sup>99</sup>

A segunda questão diz respeito às *dificuldades de prova dos estados mentais* e à maneira como isso influencia, em retroalimentação, o correto perfilamento de seu conceito material. Superada ou contornada a discussão sobre o estatuto ontológico dos estados mentais em âmbito conceitual, em nível prático-jurídico, em que, em grande medida, se adota uma espécie de realismo ingênuo a respeito daqueles<sup>100</sup>, levanta-se o problema de os estados mentais não poderem ser reconstituídos de modo confiável em processos judiciais. Isso porque a base fática necessária para tanto sempre consistirá em apenas dois tipos de dados: confissões ou relatos do próprio agente, em perspectiva de primeira pessoa; e comportamentos e circunstâncias externas observados relacionáveis ao contexto da ação, em perspectiva de terceira pessoa. Os primeiros são pouco confiáveis porque há o interesse do acusado em tais declarações, que pode distorcer seu conteúdo; porque, mesmo que a declaração seja honesta, não é evidente que as pessoas sejam capazes de ter percepções acuradas de suas próprias representações e volições e expressá-las de modo intersubjetivamente compreensível; e porque, com o passar do tempo, a autorreflexão perde acurácia, dada a existência de alterações e ajustes de informações existentes no processo de resgate da memória (falsas memórias), entre outras razões. Além disso, no processo penal, os acusados não são obrigados a fornecer tais informações (*nemo tenetur se detegere*).<sup>101</sup> Portanto, a rigor, sempre será possível ao agente negar ter agido com o estado mental correspondente ao dolo. Por isso, critérios externos e indícios probatórios em perspectiva de terceira pessoa são necessários. Ocorre que tais elementos externos igualmente encontram dificuldades epistemológicas e normativas, e até o momento inexistente consenso sobre quando será possível, com a confiabilidade necessária, concluir acerca de processos psíquicos com base em circunstâncias externas comprovadas.<sup>102</sup>

As mencionadas dificuldades probatórias impactam o conceito de dolo, pois os conceitos de direito material somente podem ser compreendidos em totalidade quando inseridos em suas respectivas práticas processuais, o que decorre da exigência de racionalidade do discurso jurídico: qualquer conceito material deve levar em consideração, já em sua formulação, suas condições de aplicação.<sup>103</sup> Caso contrário, haverá o risco de que os conceitos materiais não sejam compatíveis com as práticas do direito probatório, o que poderá levar à ineficácia da norma penal ou a soluções probatórias emergenciais e distorções pelos tribunais que podem se distanciar da finalidade original da norma.<sup>104</sup>

Nesse sentido, verifica-se que o conceito material de dolo não detém uma primazia lógica *absoluta* em relação a sua prova. Antes, reconhece-se a existência de um *círculo hermenêutico* que faz com que o conceito

<sup>98</sup> Cf. Súmula n.º 7 do STJ, e Súmula n.º 279 do STF.

<sup>99</sup> Nesse sentido, STUCKENBERG, Carl-Friedrich. O status ontológico dos estados mentais, neste volume. Também: CEOLIN, Guilherme Francisco. As divergentes concepções da teoria da cegueira deliberada (op. cit.), p. 97-98.

<sup>100</sup> Sobre os limites da adoção de um realismo ingênuo no processo penal, com mais referências, veja-se DE-LORENZI, Felipe da Costa; CEOLIN, Guilherme Francisco. O processo penal busca a verdade, mas não a qualquer custo: os novos caminhos para uma antiga controvérsia. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 117, ano 29, p. 71-132, mar. 2021, p. 86-87.

<sup>101</sup> STUCKENBERG, Carl-Friedrich. *Vorstudien zu Vorsatz und Irrtum im Völkerstrafrecht* (op. cit.), p. 388.

<sup>102</sup> HÖRNLE, Tatjana. Plädoyer für die Aufgabe der Kategorie „bedingter Vorsatz“. *JuristenZeitung*, v. 74, n. 9, p. 440-449, 2019, p. 442.

<sup>103</sup> RAGUÉS I VALLÈS, Ramon. *El dolo y su prueba en el proceso penal*. Barcelona: Bosch, 1999, p. 192 e ss. e STUCKENBERG, Carl-Friedrich. *Vorstudien zu Vorsatz und Irrtum im Völkerstrafrecht* (op. cit.), p. 401 e ss.

<sup>104</sup> Mais detalhes em STUCKENBERG, Carl-Friedrich. *Vorstudien zu Vorsatz und Irrtum im Völkerstrafrecht* (op. cit.), p. 401 e ss.

não possa ser definido sem ajuda dos seus critérios de prova, mas, igualmente, que a escolha dos critérios de prova depende do conceito prévio a ser provado.<sup>105</sup> Isso significa que, da perspectiva da aplicação da lei, a fronteira entre o conceito substantivo de dolo as suas regras probatórias é fluida<sup>106</sup>, de modo que a prova (provas circunstanciais, indícios probatórios) e os elementos de interpretação (critérios conceituais) podem ser parcialmente intercambiáveis, sem que isso reflita em qualquer diferença no resultado final. Contudo, em casos-limite, será preciso decidir quais critérios são indícios probatórios dispensáveis, dentro do catálogo existente, e quais são indispensáveis, por serem elementos demandados, necessariamente, pelo conceito.<sup>107</sup> Isso não significa, todavia, que um conceito de dolo deva ser considerado melhor que outro simplesmente por ser mais facilmente provável em uma ação penal. A eleição de conceitos deve primar, antes, pelo de maior legitimidade. A exigência de aplicabilidade e possibilidade probatória somente traça um parâmetro negativo mínimo: aquele conceito que é inaplicável dentro de uma disciplina eminentemente prática como o direito penal deve ser rejeitado.<sup>108</sup>

Em ambas as situações, é possível visualizar como institutos processuais afetam a dogmática do Direito Penal e a estrita aplicação da lei penal. Isso, sem dúvida, produz problemas de difícil solução. Tais problemas podem ser vistos, por um lado, como demonstrações do enfraquecimento ou da pouca utilidade da dogmática penal; por outro, como o indicativo de um caminho a um novo desenvolvimento, com base em uma releitura dos papéis clássicos da teoria do crime e da determinação da pena, com inserção de novos elementos, que antes careciam de relevância.

## Referências

- AGUADO, Teresa. *El principio de proporcionalidad en Derecho penal*. Madrid: Edersa, 1999.
- ANTUNES, Maria João. *Constituição, lei penal e controlo de constitucionalidade*. São Paulo: Almedina, 2020.
- APPEL, Ivo. *Verfassung und Strafe*. Berlin: Duncker & Humblot, 1998.
- ATIENZA, Manuel. *Contribución a una teoría de la legislación*. Editorial Civitas: Madrid, 1997.
- BACIGALUPO, Enrique. *Principios constitucionales de derecho penal*. Buenos Aires: Hammurabi, 1999.
- BARBOSA, Maria Nazaré Lins; MARINS, Camila Morais Cajaíba Garcez; PIRES, Ieda Maria Ferreira. *Legística: estudos em homenagem ao professor Carlos Blanco de Moraes*. Almedina: Coimbra, 2020.
- BECCARIA, Cesare. *Dei delitti e delle pene*. Editado por Renato Fabietti. Milão: Mursia, 1973 [1764].
- BRICOLA, Franco. Teoria generale del reato, in: AZARA, Antonio; EULA, Ernesto (orgs.). *Novissimo Digesto Italiano*. Torino: Unione Tipografico-Editrice Torinese, 1973, v. 19, pp. 7-93.
- BRODOWSKI, Dominik. *Die Evolution des Strafrechts*. Nomos: Baden-Baden, 2023.
- BUSATO, Paulo César (org.). *Dolo e Direito Penal: modernas tendências*. 3ª ed. Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2019.

<sup>105</sup> Nesse sentido, PUPPE, Ingeborg. Der dolus eventualis und sein Beweis, *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik*, v. 14, n. 7-8, p. 409-4011, 2019, p. 411: “Denn es ist zwar richtig, dass die Auswahl der Indikatoren den Sinn des indizierten Begriffs mitbestimmt, aber der Sinn dieses Begriffs bestimmt und legitimiert auch die Auswahl der Indikatoren. Wenn man will, kann man das einen hermeneutischen Zirkel nennen”.

<sup>106</sup> STUCKENBERG, Carl-Friedrich. *Vorstudien zu Vorsatz und Irrtum im Völkerstrafrecht* (op. cit.), p. 401 e ss.

<sup>107</sup> PAWLIK, Michael. *Das Unrecht des Bürgers*. Grundlinien der Allgemeinen Verbrechenlehre. Tübingen: Mohr Siebeck, 2012, p. 388.

<sup>108</sup> RAGUÉS I VALLÈS, Ramon. *El dolo y su prueba en el proceso penal* (op. cit.), p. 199.

- CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira. *Dolo e Linguagem: rumo a uma nova gramática do dolo a partir da filosofia da linguagem*. São Paulo: Tirant Lo Blanch, 2020.
- CEOLIN, Guilherme Francisco. As divergentes concepções da teoria da cegueira deliberada: uma análise dos precedentes dos Tribunais Superiores e Tribunais Regionais Federais (2012-2019). *Revista de Estudos Criminais*, v. 20, n. 80, p. 91-138, 2021.
- COSTA ANDRADE, Manuel da. A “dignidade penal” e a “carência de tutela penal” como referências de uma doutrina teleológico-racional do crime. *Revista Portuguesa de Ciências Criminais*, Coimbra, v. 2, n. 2, pp. 173-205, 1992.
- CUNHA, Maria da Conceição Ferreira. *Constituição e Crime: uma perspectiva da criminalização e da descriminalização*. Porto: Universidade Católica Portuguesa, 1995.
- CUNHA, Paulo Ferreira da. *A Constituição do crime*. Da substancial constitucionalidade do Direito penal. Coimbra: Coimbra Editora, 1998.
- FEUERBACH, Paul Johann Anselm Ritter von. *Tratado de Derecho Penal*. Trad. de Eugenio Zaffaroni e Irma Hagemeyer. Buenos Aires: Editorial Hammurabi, 2007.
- FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *Direito penal: parte geral: tomo 1: questões fundamentais: a doutrina geral do crime*. São Paulo/Coimbra: Revista dos Tribunais/Coimbra Editora, 2007.
- FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *Direito Processual Penal*. Coimbra: Coimbra Editora, 1974
- FREUND, Georg. Sobre la función legitimadora de la idea de fin en el sistema integral del Derecho Penal. Trad. Ragués i Vallés. In: WOLTER, Jürgen; FREUND, Georg (ed.). *El sistema integral del Derecho Penal*. Madrid: Marcial Pons, 2004, p. 91-128.
- FRISCH, Wolfgang. Delito y sistema del delito. In: WOLTER, Jürgen; FREUND, Georg (ed.). *El sistema integral del Derecho Penal*. Madrid: Marcial Pons, 2004, p. 193-280.
- GÄRDITZ, Klaus Ferdinand. Demokratische Sonderstellung des Strafrechts? In: BÄCKER, Matthias; BURCHARD, Christoph (orgs.). *Strafverfassungsrecht*. Munique: Mohr Siebeck, 2022, pp. 15-52.
- GONZÁLEZ LAGIER, Daniel. Filosofía de la mente y prueba de los estados mentales: una defensa de los criterios de “sentido común”. *Quaestio facti*, n. 3, pp. 49-80, 2022.
- GRECO, Luís. O inviolável e o intocável no direito processual penal: considerações introdutórias sobre o processo penal alemão. In: WOLTER, Jürgen; GRECO, Luís (Orgs.). *O inviolável e o intocável no Direito processual penal: reflexões sobre dignidade humana, proibições de prova, proteção de dados (e separação informacional dos poderes) diante da persecução penal*. São Paulo: Marcial Pons, 2018.
- HASSEMER, Winfried. Los elementos característicos del dolo. Trad. de María del Mar Díaz Pita. *Anuário de Derecho Penal y Ciencias Penales*, v. 43, n. 1, p. 909-932, 1990.
- HERRERA GUERRERO, Mercedes. *La negociación en el nuevo proceso penal: un análisis comparado*. Lima: Palestra Editores, 2014.
- HESPANHA, António Manuel. *Como os juristas viam o mundo (1550-1750): Direitos, estados, pessoas, coisas, contratos, ações e crimes*. Lisboa: CreateSpace Independent Publishing Platform (Amazon), 2015.
- HILGENDORF, Eric. Die geistesgeschichtlichen Grundlagen des heutigen Strafrechts in der Aufklärung. In: HILGENDORF, Eric, et al (orgs.). *Handbuch des Strafrechts: Band 1, Grundlagen des Strafrechts*, Heidelberg: C. F. Müller, 2019, § 6.
- HÖRNLE, Tatjana. Plädoyer für die Aufgabe der Kategorie „bedingter Vorsatz“. *JuristenZeitung*, v. 74, n. 9, p. 440-449, 2019.

- HRUSCHKA, Joachim. Sobre la difícil prueba del dolo. In: SÁNCHEZ-OSTIZ, Pablo. (coord.), *Imputación y derecho penal*. 2. ed. Montevideo: B de F, 2009, pp. 181-197.
- KARPEN, Ulrich. Zum gegenwärtigen Stand der Gesetzgebungslehre in der Bundesrepublik Deutschland. *Zeitschrift für Gesetzgebung*, 1, p. 5-32, 1986;
- KASPAR, Johannes. *Verhältnismäßigkeit und Grundrechtsschutz im Präventionsstrafrecht*. Baden-Baden: Nomos, 2014.
- KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Trad. João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1998.
- KINDHÄUSER, Urs. Straf-Recht und ultima-ratio-Prinzip. In: KINDHÄUSER, Urs. *Analytische Strafrechtswissenschaft*. Baden-Baden: Nomos, 2021, pp. 44-52.
- LAGODNY, Otto. *Strafrecht vor den Schranken der Grundrechte*. Tübingen: Mohr Siebeck, 1996.
- LISZT, Franz von. *Tratado de Direito Penal alemão*. Trad. José Hygino Duarte Pereira. Senado Federal: Brasília, 2006 [1899].
- LISZT, Franz von. Ueber den Einfluss der soziologischen und anthropologischen Forschungen auf die Grundbegriffe des Strafrechts. In: LISZT, Franz von. *Strafrechtliche Vorträge und Aufsätze*. 2. Band. Berlin: Walter de Gruyter, 1970.
- LOBO DA COSTA, Helena Regina. Ampliação dos acordos processuais penais, execução da pena antes do trânsito em julgado de sentença condenatória e o ocaso da dogmática penal como ciência prática. In: MALAN, Diogo et al. (org.). *Processo penal humanista: escritos em homenagem a Antonio Magalhães Gomes Filho*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2019.
- LOPERA MESA, Gloria Patricia. *Princípio de proporcionalidade y ley penal*. Madrid: CEPC, 2006.
- LOPES JR., Aury. *Direito processual penal*. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2021.
- LOPES JR., Aury. *Fundamentos do Processo Penal: Introdução crítica*. 5. ed. Saraiva: São Paulo, 2019.
- MAIER, Julio B. J. *Derecho procesal penal: fundamentos*. 2. ed. Buenos Aires: Del Puerto, 2004, v. 1.
- MAIER, Julio B. J. Política criminal, Derecho Penal y Derecho Procesal Penal. In: MAIER, Julio B. J. *Antología*. El Proceso Penal Contemporáneo. Lima: Palestra Editores, 2008, p. 161-188.
- MALARINO, Ezequiel. Sobre el descuido de la prevención el la distribución del error en el juicio penal. In: AMBOS, Kai; MALARINO, Ezequiel; PASTOR, Daniel R. *Prevención y imputación*. Acerca de la influencia de las teorías de la pena en el Derecho penal y Proceso Penal. Buenos Aires: Hammurabi, 2017, p. 251-253.
- MARAFIOTI, Luca. Proceso penal preventivo desde la perspectiva italiana. In: AMBOS, Kai; MALARINO, Ezequiel; PASTOR, Daniel R. *Prevención y imputación*. Acerca de la influencia de las teorías de la pena en el Derecho penal y Proceso Penal. Buenos Aires: Hammurabi, 2017.
- MARINUCCI, Giorgio; DOLCINI, Emilio. *Corso di diritto penale*, 3. ed. Milano: Giuffrè, 2001.
- MARTELETO FILHO, Wagner. *Dolo e risco no direito penal*. São Paulo: Marcial Pons, 2020.
- MYLONOPOULOS, Christos. Das Verhältnis von Vorsatz und Fahrlässigkeit und der Grundsatz in dubio pro reo: Eine strafrechtlich-rechtstheoretische Untersuchung. *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, Berlin, v. 99, n. 4, p. 685-722, 1989.
- NASCIMENTO, Roberta Simões. *Teoria da legislação e argumentação legislativa: Brasil e Espanha em perspectiva comparada*. Alteridade: Curitiba, 2019.
- NIETO MARTÍN, Adán. Un triángulo necesario: ciencia de la legislación, control constitucional de las leyes penales y legislación experimental. In: NIETO MARTÍN, Adán;

- MORALES ROMERO, M. Muñoz; BECERRA MUÑOZ, J. (orgs.). *Hacia una evaluación racional de las leyes penales*. Marcial Pons: Madrid, 2016, pp. 407-443.
- NOLL, Peter. *Gesetzgebungslehre*. Hamburg: Rowohlt-Taschenbuch-Verlag, 1973;
- OLIVER-LALANA, Ángel Daniel. Rational Lawmaking and Legislative Reasoning in Parliamentary Debates. OLIVER-LALANA, Ángel Daniel; MEBERSCHIMIDT, Klaus. *Rational lawmaking under review: jurisprudence according to the German Federal Constitutional Court*. Switzerland: Springer International Publishing, 2016.
- PALAZZO, Francesco. La política legislativa y los controles de la ley en Italia. In: DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis et al (orgs.). *La política legislativa penal en occidente: una perspectiva comparada*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2005, p. 139-177.
- PALMA, Maria Fernanda. *Direito Constitucional Penal*. Coimbra: Almedina, 2011.
- PAREDES CASTAÑÓN, J. M., *La justificación de las leyes penales*. Tirant lo Blanch: Valencia, 2013.
- PASTOR, Daniel R. La suerte de la teoría de la pena en la imputación procesal (En tiempos de deformación de los principios básicos del enjuiciamiento). In: AMBOS, Kai; MALARINO, Ezequiel; PASTOR, Daniel R. *Prevención y imputación*. Acerca de la influencia de las teorías de la pena en el Derecho penal y Proceso Penal. Buenos Aires: Hammurabi, 2017.
- PAWLIK, Michael. *Das Unrecht des Bürgers*. Grundlinien der Allgemeinen Verbrechenslehre. Tübingen: Mohr Siebeck, 2012.
- PUPPE, Ingeborg. Der dolus eventualis und sein Beweis, *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik*, v. 14, n. 7-8, p. 409-4011, 2019.
- QUEIROZ, Rafael Mafei Rabelo. *O direito a ações imorais*: Paul Johann Anselm von Feuerbach e a construção do moderno direito penal. Almedina: São Paulo, 2012.
- RAGUÉS I VALLÈS, Ramón. *El dolo y su prueba en el derecho penal*. Barcelona: Bosch, 1999.
- RAGUÉS I VALLÈS, Ramon. El Sistema Integral del Derecho Penal: variaciones en torno a una idea. *Revista Eletrônica de Direito Penal e Política Criminal*, v. 5, n. 2, p. 1–13, 2017. Disponível em: <https://seer.ufrgs.br/index.php/redppc/article/view/78202>. Acesso em: 18 abr. 2023.
- RAMOS, Marcelo Buttelli. *Política legislativa penal no Brasil: fundamentos e limites juspolíticos para a criminalização de condutas*. São Paulo: Marcial Pons (no prelo).
- RECCHIA, Nicola. *Il principio di proporzionalità nel Diritto penale*. Torino: G. Giappichelli Editore, 2020
- ROXIN, Claus. *Kriminalpolitik und Strafrechtssystem*. 2. Aufl. Berlin: Walter de Gruyter, 1973.
- ROXIN, Claus; GRECO, Luís. *Strafrecht*. Allgemeiner Teil. 5. Ed. München: C. H. Beck, 2020.
- SCHÜNEMANN, Bernd. De un concepto filológico a un concepto tipológico del dolo. Trad. Mariana Sacher. In: SCHÜNEMANN, Bernd. *Obras*. 1. ed. Santa Fé: Rubinzal-Culzoni, 2009. p. 417-435.
- SCHÜNEMANN, Bernd. El propio sistema de la teoría del delito. Trad. José Milton Peralta. *InDret – Revista para el Análisis del Derecho*, n. 1, jan. 2008.
- SCHÜNEMANN, Bernd. *Vom Tempel zum Marktplatz*: Wie die Strafjustiz scheinbar die ökonomische Theorie des Rechts in Praxis, government in governance und Souveränität in Kooperation verwandelt hat. München: Bayerische Akademie der Wissenschaften, 2013.
- SCHWEIGER, Theresa F. *Prozedurales Strafrecht: Zur Bedeutung von Verfahren und Form im Strafrecht*. Baden-Baden: Nomos, 2018.

- SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. *La expansión del Derecho penal: aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*. 3. ed. Madrid: Edisofer, 2011.
- SONTAG, Ricardo. “A irresistível ascensão dos filósofos”. Teoria da legislação e o ‘problema penal’ em Jeremy Bentham. *Meritum*, v. 3, n. 1, p. 255-285, 2008.
- STÄCHELIN, Gregor. *Strafgesetzgebung im Verfassungsstaat*. Berlin: Duncker & Humblot, 1998.
- STEINBACH, Armin. *Rationale Gesetzgebung*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2017.
- STEINBERG, Georg. Geschichte des europäischen bis zum Reformationszeitalter. In: HILGENDORF, Eric, et al (orgs.). *Handbuch des Strafrechts: Band 1, Grundlagen des Strafrechts*, Heidelberg: C. F. Müller, 2019, § 5.
- STUCKENBERG, Carl-Friedrich. *Vorstudien zu Vorsatz und Irrtum im Völkerstrafrecht: Versuch einer Elementarlehre für eine übernationale Vorsatzdogmatik*. Berlin: De Gruyter, 2007.
- VASCONCELLOS, Vinícius Gomes de. *Barganha e justiça criminal: análise das tendências de expansão dos espaços de consenso no processo penal brasileiro*. São Paulo: IBCCRIM, 2015.
- VIEIRA, Antonio; QUEIROZ, Paulo. Sobre a relação entre Direito Penal e Direito Processual Penal. In: MOREIRA, Romulo Andrade (org.). *Leituras complementares de processo penal*. Salvador: JusPodvim, 2008, p. 471-473.
- VORMBAUM, Thomas; BOHLANDER, Michael. *A Modern History of German Criminal Law*. 3. ed. Berlin: Springer, 2014.
- WIECKHORST, Arno. *Grundrechtsschutz durch Legislativverfahren*. Mohr Siebeck: Tübingen, 2017.
- WOLTER, Jürgen. Estudio sobre la dogmática y la ordenación de las causas materiales de exclusión, del sobreseimiento del proceso y de la renuncia a la pena y de la atenuación de la misma. Estructuras de un sistema integral que abarque el delito, el proceso penal y la determinación de la pena. In: WOLTER, Jürgen; FREUND, Georg (ed.). *El sistema integral del Derecho Penal*. Madrid: Marcial Pons, 2004, p. 31-89.
- ZIPF, Heinz. *Kriminalpolitik: ein Lehrbuch*. 2. ed. Heidelberg: Müller, 1980.

Para publicar na revista Brasileira de Políticas Públicas, acesse o endereço eletrônico [www.rbpp.uniceub.br](http://www.rbpp.uniceub.br)  
Observe as normas de publicação, para facilitar e agilizar o trabalho de edição.