

# As implicações jurídicas de uma ciência social: política criminal, Direito Penal e Estado Social de Direito\*

## The Juridical Implications of a Social Science: Criminal Policy, Criminal Law and Social State of Law

**Francesco Schiaffo<sup>1</sup>**

Università degli studi di Salerno (UNISA/Italia)  
schiaffo@unisa.it

### Resumo

Apresenta-se um novo modelo de ciência penal, baseado nas propostas de Claus Roxin, Alessandro Baratta e Eugênio Zaffaroni, onde a política criminal ultrapassa o tecnicismo jurídico e impacta a práxis do Direito e da política (sistemas jurídico e político), com o escopo de salvaguardar os postulados civilizatórios mais básicos insculpidos no ideário dos direitos fundamentais difundidos em nossas sociedades. Nesse contexto, tem-se em conta a dimensão jurídica da política criminal enquanto ciência social e como fonte dos valores basilares do Estado Social de Direito. Assim, identifica-se um novo fundamento de toda a ação do Estado: a função integral de tutelar as garantias constitucionais e sobrepujar o afã punitivista. Do cotejo das teorias estudadas, extrai-se o novo modelo supracitado de integração entre criminologia e Direito Penal, que tem por finalidade precípua tratar o ser humano como um fim em si mesmo e reafirmar as estratégias de prevenção primária para afastar os obstáculos que limitam, de fato, a liberdade, a igualdade e a participação democrática, como função norteadora e interditória ao legislador e ao jurista.

**Palavras-chave:** Direito penal, criminologia crítica, política criminal, direitos fundamentais.

---

\* Artigo inédito traduzido para o português por André Pedrolli Serretti (Doutor em Direito Penal pela Universidad de Salamanca e em Direito Público e Filosofia Jurídica pela Università degli studi di Salerno; professor colaborador do Doutorado em Ciências Jurídicas da Universidad de Granada; e-mail: andrepedrolli@yahoo.com)

<sup>1</sup> Doutor em Sistema Penal e Processo pela Università degli studi di Firenze. Professor Titular de Direito Penal e Criminologia da Università degli Studi di Salerno, Via Giovanni Paolo II, 132, Dipartimento di Scienze Giuridiche, 3 andar, CEP 84084, Fisciano, Salerno, Itália.

## Abstract

A whole new model of criminal sciences is presented, based on the proposals of Claus Roxin, Alessandro Baratta and Eugenio Zaffaroni, where criminal policy goes beyond legal technicality and impacts the praxis of Law and politics (legal and political systems), to defend the most basic civilizing rules deduced from the fundamental rights' concepts spread among our societies. We consider the legal dimension of the criminal policy as a social science and as a source to the basic values that substantiates the Social State of Law. Thus, a basis of all State action is identified: the integral function of protecting constitutional guarantees and overcoming the punitivist eagerness. From a comparison of the theories studied, this new model of summarization between criminology and criminal law is extracted, whose main purpose is to treat the human being as an end in itself and to reaffirm the primary prevention strategies to remove the obstacles that limit *de facto* freedom, equality and democratic participation, as a guidance to the legislator and to the jurist.

**Keywords:** Criminal law, critical criminology, criminal policy, constitutional rights.

## Introdução: rumo a um novo modelo de ciência penal integrada – a proposta de Baratta

Se esta é, contudo, a relação de dependência entre discurso jurídico e ciência social, na práxis teórica contemporânea, é necessário que surja um novo paradigma no âmbito do modelo integrado clássico de ciência penal, no qual a relação entre ciência social e discurso jurídico não seja mais uma relação entre duas ciências, mas uma relação entre ciência e técnica. Por técnica jurídica entende-se o preparo dos instrumentos legislativos interpretativos e dogmáticos, com vistas a uma finalidade e às opções político-criminais conscientemente perseguidas no âmbito da correção lógico-argumentativa e da discricionariedade valorativa atribuída ao jurista, em níveis diversos da atividade própria do sistema jurídico-político. Esse novo modelo deve levar em consideração não somente a realidade normativa existente (e assim as opções políticas mais ou menos vastas que permitem a interpretação e a construção dogmáticas), mas também sua ampla possibilidade de transformação dentro do quadro constitucional e, dessa forma, a vasta dinâmica das relações sociais que tal processo prevê e indica. A indicação do momento de transformação técnico-jurídica e da dependência em relação à ciência social no âmbito de um novo modelo integrado de ciência penal pretende representar algo que não seja uma mera *capitis diminutio* do jurista, uma mera redução da sociedade à técnica. Ao contrário, tal forma de conceber a realidade pretende suscitar a consciência para um novo estatuto científico da atividade do jurista, indicando claramente a base desde a qual se realizará. Nesse contexto, o jurista tornar-se-á um cientista, e não meramente um técnico, na medida em que finalmente será um cientista social e sustentará com sua ciência o labor de sua técnica. (Baratta, 1975, p. 7)

Assim, no ano 1975, Alessandro Baratta propunha um novo modelo de ciência penal, radicalmente alternativo àquele definido sessenta e cinco anos antes por Arturo Rocco, no manifesto do tecnicismo jurídico.

## **A política criminal, “seja ela arte ou ciência”: o tecnicismo jurídico de Arturo Rocco**

Na preleção sassarense do ano 1910, Arturo Rocco considerou que “a produção científica contemporânea do Direito Penal” (Rocco, 1933, p. 266) havia revelado o

estado geral de incerteza da nossa ciência. Ela vai vagarosamente, duvidando de si e de seus fins, ainda quase que procurando a si mesma. E isso é corrente hoje em todos os tratados, monografias e artigos, ditos de Direito Penal, em relação aos quais há de perguntar-se, entre outras coisas, se uma ciência chamada de Direito Penal é ou não uma ciência jurídica. Nota-se que há algo de antropologia, de psicologia, de estatística, de sociologia, de filosofia e de política, tudo, em resumo, exceto algo de Direito.

Como nas proposições científicas fundamentais (contidas nas contribuições que interpretam a evolução e a situação relativas ao problema, e depois propõem respostas) a homenagem à dúvida indica o *incipit* de uma das citações mais representativas de Arturo Rocco, que assimila, sob sua égide, a proposição de Baratta, indicando que:

Sendo assim, ou estamos errados, ou não há outro remédio além desse, remédio simplicíssimo, ao menos quanto à sua indicação: manter-se firme, religiosamente e escrupulosamente vinculado ao estudo do Direito (...) positivo vigente, somente o que a experiência nos indica que possa formar o objeto de uma ciência jurídica, tal qual a ciência penal o é, e tal qual (...) deve e quer manter-se. Ao mesmo tempo, acentuar a distinção – não a separação – entre a ciência jurídico-penal, e a antropologia, a psicologia, a sociologia, a filosofia do Direito e a política criminal, seja esta arte ou ciência (Rocco, 1933, p. 274).

## **A medida da distância: política criminal e sistema jurídico na preleção sassarense**

A distância entre as duas propostas – a de Rocco e a de Baratta – pode ser medida por meio da régua da política criminal, identificada por Baratta na definição de suas finalidades e opções, para cada nível da atividade do jurista, ou em sua identificação como arte ou ciência, por Rocco. Resta, todavia, na preleção sassarense de Arturo Rocco a referência constante às premissas e às implicações sistemáticas de cada discurso jurídico-penal específico. A ciência jurídica não é, de fato, mero:

comentário exegético puro e estrito da letra da lei! Este erro ainda é, por mais que não se acredite, comum à maior parte dos penalistas, especialmente aos pertencentes às fileiras da prática, cujo déficit de atividade especulativa, a falta do hábito científico, a inaptidão à pesquisa e a ausência de familiaridade à abstração, os impedem de ir além do obtuso e tateante exame do texto legal. O comentário puramente exegético – o deleite de certos doutrinadores – é, na maioria das vezes, levado em conta em *in se* e *per se*, como uma forma de produto literário significativamente inferior (Rocco, 1933, p. 299).

Pode-se dizer ainda mais sobre o tema, pois “o estudo exegético é apenas uma parte” (Rocco, 1933, p. 299) do Direito, porque há “aquela outra tarefa que a ciência do Direito Penal deve cumprir chamada de investigação dogmática, (...) pesquisa – como a própria palavra nos informa – dogmaticamente descritiva e expositiva dos princípios fundamentais do Direito positivo, consistente na lógica e na coordenação sistemática de tais princípios” (Rocco, 1933, p. 299).

Se, portanto, a referência basilar de toda a atividade do intérprete é o sistema jurídico em geral, fica evidente que Rocco, quando considera a política criminal arte ou ciência, aduz que nenhuma das disposições do sistema geral do Direito positivo vigente (ao qual o intérprete deve manter-se religiosamente e escrupulosamente vinculado) ou seja, que nenhum dos princípios fundamentais do Direito, pode ser interpretado e reelaborado em termos de mandamento ou diretriz de política criminal: na sua perspectiva, de fato, somente nessas condições é possível afirmar a coerência e distinção (não separação!) entre Direito Penal e política criminal.

A indiscutível estatura do mestre do tecnicismo jurídico parece suficiente para excluir qualquer dúvida sobre a real clausura do sistema jurídico de sua época, em relação às considerações de natureza político-criminal.

### **A *gesamte Strafrechtswissenschaft* de Franz von Liszt: a política criminal em função exclusiva de *lege ferenda***

“O Direito Penal é o limite intransponível da política criminal” (Rocco, 1933, p. 299) – é a afirmação bem conhecida de Franz von Liszt, quem, na mesma oportunidade, continua a lecionar de forma igualmente notória, com outra frase também conhecida, referente ao fato de ser o Código Penal a “*magna charta* dos criminosos” (Von Liszt, 1905c, p. 80).

Para von Liszt, resulta evidente a identificação do Direito Penal e da política criminal em situações figurativas e termos não muito diferentes daqueles traçados por Arturo Rocco, quando este sustentava sua proposta de distinção, definindo-a em alternativa explícita – e, portanto, em contraposição – a uma ideia de separação dos dois âmbitos da ciência penal. Note-se também que a ideia de um limite, de fato, exclui de forma implícita, porém clara, uma possível noção de separação como um distanciamento recíproco dos dois âmbitos do conhecimento.

Assim, resta fora de qualquer dúvida que, para von Liszt, na perspectiva *de lege lata* – à qual evidentemente se referem suas considerações – o Direito Penal não se confunde absolutamente com a política criminal. Dessa forma, não surpreende a afirmação de Arturo Rocco (1933, p. 278) segundo a qual:

von Liszt (cujas contribuições ao estudo da psicologia, da sociologia e da política criminal, o fazem certamente acima de qualquer suspeita de ignorância ou negligência em relação a essas ciências) é, entre os escritores recentes, um dos mais ávidos apoiadores do tecnicismo jurídico no Direito Penal, e um dos mais incansáveis defensores da separação entre a ciência do Direito Penal (entendida esta como a ciência prática do Direito Penal positivo vigente) e a política criminal, a sociologia, a antropologia e a psicologia criminal.

Em uma consideração mais atenta, no entanto, resulta evidente que Rocco, quando se refere a von Liszt, apresenta a relação entre ciência do Direito Penal e política criminal usando termos diferentes e, às vezes, até mesmo contraditórios em relação àqueles propostos alhures.

Em particular, emerge evidente uma contradição nas palavras do mestre italiano do tecnicismo jurídico citadas, precisamente onde a distância entre Direito Penal e política criminal parece aumentar, transformando-se a distinção em separação que antes, ao contrário, era simplesmente negada.

Por outro lado, além disso, na esteira do pensamento de Rocco (1933, p. 278), afirma-se que nada impede que “um dos mais ávidos apoiadores do tecnicismo jurídico (...) passe a reunir a ciência do Direito Penal e a política criminal sob a denominação comum de ‘ciência total do Direito Penal’ (*gesamte Strafrechtswissenschaft*)”.

Evidentemente, identifica-se uma referência ao *Marburger Programm* de 1882, ulteriormente elaborado e sustentado na subsequente produção científica de Franz von Liszt (1905c, p. 284) – que se consolida na preleção berlinense do ano 1899 – onde são claramente definidas as tarefas fundamentais da *gesamte Strafrechtswissenschaft*. Em síntese, as tarefas citadas podem ser definidas sistematicamente, da seguinte forma:

I. Como tarefa pedagógica, de formação dos criminalistas práticos: 1) através do ensino lógico-jurídico do Direito Penal e do Direito Processual Penal (ciência jurídico-penal em sentido estrito), 2) através da instrução técnico-prática sobre a investigação de infrações penais (criminalística). II. Como tarefa científica, a explicação causal: 1) do delito (criminologia), 2) da pena (penologia). III. Como tarefa política, o desenvolvimento da legislação no sentido de uma luta consciente contra o delito e, em particular, mas não exclusivamente, através da pena e das normas a ela vinculadas (política criminal) (Von Liszt, 1905a, p. 296).

Em referência direta à política criminal, na mesma preleção berlinense, von Liszt havia anteriormente afirmado que “também esta tarefa não é nova. Os defensores da ciência do

Direito Penal nunca se assustaram ao utilizar a palavra para desaprovar o Direito vigente, pedir sua reforma, elaborar, criticar e melhorar projetos de lei” (Von Liszt, 1905a, p. 294).

Dessa forma, para o autor citado, a função da política criminal é limitada à crítica e à reforma da legislação penal, ou seja, em uma perspectiva rigorosamente circunscrita à valoração *de lege ferenda*; em perspectiva *de lege lata*, o Direito Penal mantém-se, assim, “o limite intransponível da política criminal” (Von Liszt, 1905a, p. 80). e nenhuma integração é prevista entre as duas disciplinas em suas considerações.

## **Os postulados metodológicos da integração *de lege lata* entre Direito Penal e política criminal: a *teleologische Begriffsbildung* de inspiração neokantista**

Uma integração *de lege lata* entre Direito Penal e política criminal será proposta, no entanto, no ano 1970, com o *Berliner Programm* de Claus Roxin. Nessa perspectiva, trata-se, evidentemente, de trabalhar com o Direito positivo vigente e com o porvindouro e, portanto, o problema exegético é prioritário e o papel do intérprete é decisivo.

Como Arturo Rocco e Alessandro Baratta, também Roxin (1998, p. 48) preocupa-se em radicar sua proposta na evolução histórica do próprio âmbito de pesquisa:

A metodologia do neokantismo (axiologicamente orientada), que nos anos vinte teve predominância científica, poderia ter conduzido, do ponto de vista normativo, a uma ‘imagem do sistema penal’ totalmente nova, se houvesse escolhido as diretivas de política criminal como critério pelo qual informar todas as formulações dogmáticas. Mas desses fundamentos nunca surgiu um sistema capaz de substituir a construção lógico-formal da tradicional teoria do crime. O seu desenvolvimento chegou somente a resultados parciais.

Nos quais “residem importantes princípios que permitem a introdução da finalidade político-criminal no trabalho dogmático” (Roxin, 1998, p. 48). A referência que se faz remete ao método para a *teleologische Begriffsbildung*, comumente aceita pelos juristas alemães de inspiração neokantista nas primeiras décadas do século XX.

Com o desvanecer do domínio epistemológico que havia transformado o positivismo científico em uma espécie de religião laica coletivamente aceita em muitíssimos âmbitos científicos e culturais, com o retorno a Kant – e, em particular, à sua teoria do conhecimento (Rickert, 1928, p. 205; Lask, 1923, p. 275) – disciplinas diferentes das ciências naturais recuperavam seus objetos de pesquisa autônomos e, assim, recuperaram funções gnosiológicas também autônomas.

Em particular, era expressamente reconhecido o papel exclusivo das *Kulturwissenschaften* – ou *geschichtliche Kulturwissenschaften* (Rickert, 1926, p. 78) – que, diferentemente das ciências da natureza (*Naturwissenschaften*), não operam pela generalização progressiva, descuidando e negligenciando, de vez em quando, as peculiaridades específicas da singularidade do dado real (Rickert, 1913, p. 226), mas selecionando efetivamente estas

peculiaridades de acordo com os pontos de vista – ou os valores de referência – de cada disciplina individualmente considerada (Karenz, 1991, p. 95).

É evidente, no entanto, que não se trata de uma observação arbitrária à qual Roxin (1998, p. 48) parece fazer referência quando afirma que na “metodologia do neokantismo axiologicamente orientada (...) residem importantes princípios que permitem a introdução da finalidade político-criminal no trabalho dogmático”.

A revolução copernicana de Kant, repristinada pelos neokantistas é, de fato, interpretada no sentido de que a atividade do pensamento do sujeito do conhecimento produz ou (ao menos reelabora) o objeto da própria pesquisa (Rickert, 1913, p. 226), transformando-o e referindo-se a ele sobre a base do próprio valor de referência, das características de forma e figura que, erroneamente, se creem pertencerem a esse objeto já desde a origem (Rickert, 1928, p. 361).

Assim, resulta claramente definido o postulado fundamental segundo o qual a possibilidade de que, já em uma perspectiva *de lege lata*, determinados princípios de política criminal assumidos como *telo*i ou valores de referência para a elaboração de conceitos jurídicos contribuam à configuração, definição e determinação dos objetos da ciência penal.

### **A crítica de Hans Welzel: as *sachlogische Strukturen* para não “passar, indiferente, por cima dos dados mais terríveis da realidade”**

Como é notório, nas primeiras décadas do século XX, a ampla adesão da doutrina penal alemã aos postulados neokantistas de elaboração teleologicamente orientada de conceitos jurídicos produziu êxitos extremamente significativos à teoria do crime. Mas consequências bem mais radicais produziram as sucessivas considerações críticas de Hans Welzel (1935, p. 42), quem propôs, ao contrário, uma opção metodológica diferente:

Quando se observa nos profundos motivos metafísicos da maioria dos avanços da metafísica pré-crítica, identifica-se que o conceito de filosofia limitou-se – para afirmar, com Kant (*Kritik der reinen Vernunft, II ed., p. 866*) – à filosofia como ‘conceito escolástico’, – isso é, a um sistema de conhecimento que é concebido apenas como ciência – que rejeitava expressamente uma filosofia como ‘conceito cósmico’, em que ‘o filósofo não é apenas um artista da razão, mas o legislador da razão humana’. A primazia da razão prática de Kant foi substituída por uma primazia da razão teórica, segundo a qual ‘o sistema dos valores compreende completamente a verdade no sentido puro de validade objetiva’. Nessa posição, dita científica, e na rejeição decisiva de toda a metafísica, aparecem os traços comuns do kantismo e do positivismo.

A referida citação foi extraída de *Naturalismus und Wertphilosophie*, de 1935, em que Welzel reconstruiu e criticou as opções fundamentais gnosiológicas e epistemológicas dos juristas de inspiração neokantista. Embora tais juristas houvessem se colocado em posições explicitamente definidas como uma alternativa àquelas dos juristas que aderiram ao positivismo científico, os neokantistas, segundo Welzel, ainda compartilhavam a opção

naturalista fundamental, ou mesmo o próprio conceito de realidade (Bodenheimer, 1969, p. 72).

Enquanto, no entanto, os positivistas aceitavam tal opção naturalista fundamental como um dogma, os neokantistas, com base em um retorno a Kant que Welzel acreditava ser apenas parcial (Welzel, 1935, p. 44), questionavam-se sobre seus imperativos categóricos (valores) que, no entanto, não são considerados imanentes à realidade, mas aderem a ela graças à atividade de pensamento do sujeito do conhecimento: não se compreende, de acordo com Welzel, de onde esses valores derivam e em que, exatamente, consiste sua adesão ao dado ôntico (Welzel, 1935, p. 53).

Trata-se, por outro lado, de identificar os limites que podem ser diretamente deduzidos do sistema elaborado por Rickert (1921, p. 113), onde, ao enunciar o princípio da *Wertneutralität*, ele define a distância dos valores do dado ôntico e, assim, constitui-se em um sistema de valores deliberadamente aberto. As posições de Rickert (1921, p. 154) são, de fato, efetivamente representativas da perspectiva neokantista, onde se afirma que “a filosofia deve determinar todos os conceitos possíveis de valor, separá-los uns dos outros e, finalmente, apresentar um sistema no qual todos encontrem seu lugar”. Além disso, a escolha de valores não é tarefa do filósofo que, ao contrário, deve manter uma atitude de mera contemplação em relação a eles. Welzel também – já em 1935 – considera Emil Lask um dos maiores e mais competentes juristas de inspiração neokantista, ao ponto de colocá-lo em um lugar privilegiado em suas análises críticas.

A argumentação de Lask certamente oferece uma representação muito aprofundada sobre a disposição espiritual fundamental da filosofia dos valores sobre o ser ôntico que, apesar da referência à revolução copernicana de Kant, está muito longe da metafísica kantista. Trata-se de uma posição que, na forma mais adequada, poderia ser chamada de ‘científica’: como o naturalismo ou psicologismo aplicam o conceito superior do mecanicismo causal ou da psicologia em áreas não mecânicas ou não psicológicas, assim o ‘cientificismo’ aplica o conceito superior de ciência sobre o ôntico. O cientificismo coloca os conceitos científicos em primeiro plano, não os dados de natureza ôntica. Isso deturpa o ôntico em um *continuum* heterogêneo e isento de valores, retirando dele e colocando em um ‘mundo de conceitos’ irreal a ordem jurídica e a distinção entre o que é valor imanente e o que é o ser. Assim, tal expediente priva a história e a natureza de seu caráter ôntico de ser e torna-os produtos de elaborações metodológicas conceituais, partes de uma razão teórica definida. A filosofia dos valores oferece imediatamente uma justificativa para o fundamento da ciência (sobretudo das ciências da cultura) veteroliberal: a prevalência do conceito sobre o ser ôntico (Welzel, 1935, p. 48).

A ciência jurídica que aplica o método para a elaboração conceitual teleologicamente orientada, proposta pelos neokantistas, estaria, portanto, longe da realidade e, por isso, exposta ao risco de uma deriva cientificista (Schiaffo, 2012, p. 15).

Alternativamente, Welzel (1931, p. 709) propunha um método de elaboração conceitual constantemente relacionado ao dado ôntico e real das estruturas lógicas (*sachlogische Strukturen*), consideradas tais estruturas como uma restrição que afeta até mesmo o



legislador: a capacidade do homem de prever e orientar o curso causal de suas ações – que, para Welzel (1931, p. 718), foi o fundamento do seu conceito finalista de ação – representa apenas o exemplo mais conhecido dessa proposição.

Muito além das implicações dogmáticas individuais da metodologia welzeliana – que, de qualquer forma, marcaram reviravoltas na teoria do crime de sua época – sustentou-se efetivamente que a referência constante às estruturas lógicas (*sachlogische Strukturen*) permitiu que Welzel (1935, p. 49) partisse “da realidade, que é necessária à realização da finalidade política que se atribui ao Direito Penal, mas sem inventar o que não existe na realidade, à diferença do neokantismo”. Em apertada síntese, sustenta-se que o método proposto por Welzel respeita o mundo, não o inventa. Esta seria a contribuição mais importante do finalismo, porque

um Direito Penal que não respeita o mundo pode ser construído por uma técnica asséptica para resolver casos concretos, que permite aos juízes passarem, indiferentes, pelos dados mais terríveis da realidade. A janela sobre a realidade que foi aberta com a teoria das estruturas lógicas das coisas impede tal forma de autismo tecnocrático. O mundo existe e tem a sua ordem. Pode-se construir uma teoria penal com o objetivo político que se deseja, mas essa ordem deve ser respeitada, ou seja, a existência do mundo deve ser respeitada (Zaffaroni, 2007, p. 265).

Assim, foram claramente definidos, segundo Zaffaroni (2007, p. 271), os termos essenciais da alternativa welzeliana à conceituação teleológica (*teleologische Begriffsbildung*) proposta e compartilhada pelos juristas alemães da inspiração neokantista.

### **A integração de *lege lata* nas propostas de Claus Roxin e Alessandro Baratta: a afirmação de um necessário e urgente conhecimento criminológico do penalista**

Contudo, em 1970, Claus Roxin (1998, p. 76) orientou seu Programa de Berlim (*Berliner Programm*) precisamente à “metodologia neokantista orientada axiologicamente, que (...) poderia ter levado, de um ponto de vista normativo, a uma ‘imagem do sistema penal’ inteiramente nova”. Tal proposição poderia haver sido considerada uma proposta metodológica politicamente descabida, contudo, o próprio Roxin (1998, p. 76) indicou imediatamente sua condição fundamental e indispensável, identificada na escolha de “diretivas de política criminal como critério para informar todas as formulações dogmáticas”. A referência à política criminal advinha da realidade das elaborações conceituais, produzidas pela aplicação do método teleológico dos neokantistas, método este que lhes indicava, de fato, indícios precisos de eficácia.

A este respeito, Sergio Moccia, na *Presentazione alla prima edizione italiana* da obra *Kriminalpolitik und Strafrechtssystem*, definiu precisamente o papel absolutamente fundamental que, na proposta de Roxin, as diretivas de política criminal assumiam, ao

informar que, de um plano teórico mais geral, a proposta de Roxin é caracterizada pela “aquisição estável da necessidade de uma metodologia conforme às exigências de se inserir momentos de finalidade na construção sistemático-estrutural do Direito, com referências constantes à vida real” (*in* Roxin, 1998, p. 21).

Em relação à proposta metodológica de Roxin, são precisamente as constantes referências à vida real que dela excluem a principal crítica welzeliana ao neokantismo, identificada na equação entre teleologismo e cientificismo, ou seja, na relação entre o teleologismo e o papel absolutamente marginal – se não irrelevante – das estruturas lógicas (*sachlogische Strukturen*).

Contudo, quando Roxin (1998, p. 76) informa que “é absolutamente impossível separar peremptoriamente as construções dogmáticas das escolhas corretas de política criminal”, o autor não usa palavras muito diferentes daquelas que já foram utilizadas por Arturo Rocco, em 1910. Também Rocco (1933, p. 274), de fato, considerando necessária a distinção entre ciência jurídico-penal e política criminal, se preocupava em excluir explicitamente a possibilidade de uma separação total de tais âmbitos do conhecimento.

No entanto, o distanciamento diametral entre as duas propostas metodológicas resta evidente nos esclarecimentos posteriores à sua proposição, onde Roxin (1998, p. 76) afirma que “transformar conclusões criminológicas em dados de política criminal, e estes em regras jurídicas, *de lege lata* ou *ferenda*, representa um procedimento cujos estágios são tão necessários quanto importantes para a realização da justiça social”.

Em sua obra, Roxin sustenta que há a necessidade de que os dados de política criminal, de derivação criminológica, integrem constantemente o discurso jurídico-penal e que, portanto, a ciência penal seja integrada não apenas na perspectiva *de lege ferenda* – como já havia proposto von Liszt –, mas também na perspectiva *de lege lata*, própria do intérprete.

Roxin, no entanto, afirma também a necessidade prioritária de que o penalista desenvolva competências nos âmbitos da criminologia. Desse ponto de vista, Roxin parece antecipar, em 1970, a posição adotada em termos muito mais resolutos por Baratta, quem, em 1975, concluiu que a relação entre ciências sociais e discurso jurídico-criminal é a relação entre duas ciências, muito mais que uma relação entre ciência e técnica.

Para Baratta, o mesmo estatuto epistemológico tradicionalmente compartilhado e aplicado pela ciência jurídica parece restar radicalmente comprometido. No entanto, após a afirmação mencionada, Baratta (1979, p. 147) explica seu próprio pensamento, quando afirma que: “a delimitação do âmbito técnico-jurídico e de sua dependência das ciências sociais não pretende ser uma *capitis diminutio* do jurista (...). Pelo contrário, tal indicação pretende despertar a consciência para um novo estatuto científico da atividade do jurista” que permanece “cientista (...) na medida em que ele finalmente se torna um cientista social e com sua ciência fundamenta seu trabalho de técnico” (Baratta, 1979, p. 147).

Referindo-se substancialmente às mesmas perspectivas *de lege ferenda* e *de lege lata* indicadas por Roxin, Baratta (1979, p. 147) define a tarefa do penalista como a “preparação de instrumentos legislativos (técnica legislativa), interpretativos e dogmáticos, com vistas à finalidade e às opções político-criminais conscientemente buscadas no âmbito da correção lógico-argumentativa e da discricionariedade valorativa atribuída ao jurista (...) pelo sistema

político-jurídico”, o que, antes de tudo, “deve ser considerado (...) nas mais ou menos vastas opções políticas permitidas pela hermenêutica jurídica e pela construção dogmática” (Baratta, 1979, p. 147).

Mesmo nas palavras de Baratta, portanto, resta evidente e decisivo o papel da interpretação e, portanto, do intérprete. Em relação ao novo modelo de ciência penal integral, Baratta reconhece-lhe um novo estatuto científico justamente em virtude de sua finalidade de buscar os objetivos político-criminais definidos pela ciência social de referência.

## **A dimensão jurídica de uma ciência social: política criminal e Estado Social de Direito**

Entretanto, ao afirmar a dependência do âmbito técnico-jurídico em relação à ciência social, Baratta limita e determina expressamente, de acordo com critérios evidentemente normativos, a relevância em sede jurídica dos objetivos político-criminais sugeridos pelas ciências sociais.

Baratta (1975, p. 55), de fato, é suficientemente explícito quando, ao atribuir ao jurista a tarefa de perseguir finalidades político-criminais, define os limites de sua atividade no “âmbito da correção lógico-argumentativa e da discricionariedade valorativa atribuída ao jurista (...) pelo sistema político-jurídico”. Pode-se identificar claramente em seus escritos um novo modelo de ciência penal derivado de um novo modelo de integração entre ciência social e discurso jurídico.

O processo citado caracteriza-se por uma definição de papéis absolutamente originais, muito mais complexos e profundamente diversos daquele que, nos modelos tradicionais de integração, se resolvia na mera função auxiliar da ciência social: a assunção de um âmbito de correção lógico-argumentativa e de discricionariedade valorativa é, provavelmente, apenas o ponto central.

### **a) A Política criminal na unidade dialética do Estado Social de Direito**

Dada a perspectiva particular de sua contribuição, Baratta não dedica ulteriores aprofundamentos ao estatuto epistemológico da nova ciência penal integral. No entanto, cinco anos antes, Roxin também havia excluído uma dimensão exclusivamente empírica das opções político-criminais relevantes para o jurista, propondo sua integração com o poder vinculativo do Direito.

Em particular, Roxin (1998, p. 46) havia afirmado que “a natureza vinculativa do Direito e a finalidade da política criminal não podem estar em contradição, mas devem ser conduzidos a uma síntese, assim como o Estado de Direito e o Estado Social não constituem, na realidade, opostos inconciliáveis, mas uma unidade dialética”. À mesma unidade dialética, portanto, devem também ser conduzidos a política criminal e o Direito Penal.

De fato, como “a essência daqueles princípios segundo os quais o Estado deve conduzir a luta contra a criminalidade, através da pena e das instituições a ela ligadas” (Von Liszt, 1905b,

p. 290), contribui claramente à definição da ação política de “um Estado de planejamento assistencial” que, no entanto, “sem as conquistas do Estado de Direito que garantem a liberdade” não “pode pretender ser reconhecido como um Estado Social” (Roxin, 1998, p. 46).

No pensamento de Roxin, portanto, já em 1970, era evidente a referência aos princípios fundamentais do ordenamento de um Estado Social de Direito, para definir e limitar normativamente o âmbito de operatividade da política criminal.

## **b) Um novo limite intransponível: a função das garantias constitucionais entre a macrofísica da soberania (punitiva) e a microfísica das disciplinas (criminológicas)**

Na perspectiva *de lege lata* ou *ferenda*, tornam-se essenciais as garantias que costumam ser instituídas para proteger os direitos humanos, contidas nos princípios fundamentais do Estado de Direito, pois uma possível eficácia político-criminal de soluções legislativas específicas (em perspectiva *de lege ferenda*) ou normativas (em perspectiva *de lege lata*), ainda que demonstrada científica e inequivocamente, nunca poderá implicar na violação dos preceitos citados.

Em uma perspectiva diferente, trata-se de limitar e evitar, em particular, que as funções do poder soberano e punitivo do Estado tomem o controle, poder este que, como alternativa a uma espécie de macrofísica da soberania, Foucault definiu como disciplinar (2010, p. 29).

Em particular, no curso sobre o poder psiquiátrico realizado no *Collège de France*, no ano acadêmico 1973/1974, Foucault (1977, p. 15) também ofereceu uma representação histórica do que, imediatamente depois, tornar-se-ia sua proposta explícita de “uma filosofia política que não seja construída em torno do problema da soberania, portanto, da lei e, assim, da interdição.”<sup>2</sup> O autor resume tal ideia no mesmo texto, na metáfora altamente eficaz referente à afirmação da necessidade de “decapitar-se o rei” (Foucault, 1977, p. 15).

No curso sobre o poder psiquiátrico, Foucault propõe, em particular, a cena da internação do Rei George III, descrita por Pinel no *Traité médico-philosophique* de 1800, para representar claramente o poder soberano do rei dominado pela mania, que sucumbe àquele da psiquiatria, ou para representar

o confronto, a submissão, a articulação entre um poder soberano e um poder disciplinar: encontramos, portanto, diante de um ato de deposição, da queda do rei (...) de certa forma novo, diferente, por exemplo, se comparado ao que podemos encontrar em um drama shakespeariano. Não se trata aqui de algo como o que ocorreu com o Rei Ricardo III, que foi ameaçado de deposição por outro poder soberano, nem com o que ocorreu com o Rei Lear que, despojado de sua majestade, vagava errático pelo mundo imerso em solidão, na miséria e na loucura (Foucault, 2010, p. 30).

---

<sup>2</sup> Nota do tradutor: A palavra “interdição” deve ser entendida em seu significado próximo ao psicanalítico freudiano, de limitação à pulsão (*triebe*) – ou à função do Nome-do-Pai (*Nom-du-Père*), na psicanálise de matiz lacaniano – não como algo relacionado ao procedimento judiciário de declaração da redução da capacidade civil de uma determinada pessoa.

Mas de “um poder de um gênero bastante diferente daquele da soberania, e que, aliás, (...) opõe-se a ele em tudo e para tudo” (Foucault, 2010, p. 30) porque é “anônimo, sem nome, sem rosto, é um poder que resta subdividido entre pessoas diferentes e que se manifesta implacavelmente através de um regulamento que nem sequer é formulado” (Foucault, 2010, p. 30).

De fato, “enquanto o poder soberano manifesta-se essencialmente através dos símbolos da força fulgurante do indivíduo que o detém, o poder disciplinar é um poder discreto, difuso” (Foucault, 2010, p. 31) que “funciona somente através de uma rede de relações e que se torna visível apenas através da mansidão e da submissão daqueles sobre quem, silenciosamente, é exercitado” (Foucault, 2010, p. 32).

Nesse sentido, Foucault (2010, p. 68) encontra os mesmos “dispositivos disciplinares (...) nas comunidades religiosas”, formais ou espontâneas, da Idade Média, que se constituem em ilhotas de pesquisa disciplinar (Foucault, 2010, p. 70), dispositivos estes depois aplicados nas colonizações disciplinares, até o momento em que o autor define como o terceiro tipo de colonização, ou a “colonização interna de vadios, mendigos, devassos, delinquentes, prostitutas e assim por diante, o que deu origem a todo o sistema de internação” (Foucault, 2010, p. 75). A esse tema específico foi dedicado o livro *Vigiar e Punir* (Foucault, 1987), publicado pouco mais de um ano após o curso de Foucault no *Collège de France* sobre o poder psiquiátrico.

Nas páginas finais do trabalho citado, referindo-se aos juízes, Foucault (1993, p. 336) afirma que “seu imenso ‘apetite pela medicina’ que se manifesta incessantemente – desde o apelo aos especialistas em psiquiatria até a atenção às tendências da criminologia – expressa o fato mais importante: o poder que exercem foi desnaturado”.

A avaliação, evidentemente crítica, realizada por Foucault em relação às tendências citadas, refere-se à criminologia que surgiu no século XIX, quando o homem, descoberto no criminoso por ocasião do protesto contra a tortura que se encontrava em toda parte (a partir da segunda metade do século XVIII) transforma-se no “alvo da intervenção penal, o objeto que se pretende corrigir e transformar, o campo de toda uma série de ciências práticas e específicas – como a penitenciária e a criminológica” (Foucault, 1993, p. 79). Sobre a premissa absolutamente admissível do protesto contra a tortura, portanto, desenvolveu-se um poder desnaturado.

Contudo, pode-se tentar alcançar um resultado completamente análogo à integração do discurso dos juristas com uma ciência social que, ao contrário do que Alessandro Baratta (1975, p. 55) propunha, pode ir além do mero “âmbito da correção lógico-argumentativa e da discricionariedade valorativa atribuída ao jurista (...) pelo sistema político-jurídico”, o que representaria uma espécie de finalismo da política criminal sem a “natureza vinculativa da lei” (Roxin, 1998, p. 46), que foi proposto, por sua vez, como uma “unidade dialética”, por parte de Claus Roxin (1998, p. 47).

Essa é, por exemplo, a função da proibição das penas desumanas e degradantes, instituída em 1950 pelo artigo 3º, da CEDH (CONSIGLIO D'EUROPA, 1950), reafirmando o contido no artigo 5º, da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 (ONU, 1948), que foi amplamente instituída nas Constituições modernas, pois ainda que fosse demonstrável com

certeza quase absoluta a eficácia político-criminal de penas dessa natureza (em relação à prevenção de formas muito especiais de crimes muito graves e excepcionais), tais medidas ainda assim seriam consideradas ilegítimas.

Por outro lado, o próprio Roxin (2006, p. 222) referiu-se à existência de normas fundamentais de validade supranacional, afirmando que “os direitos do homem e os princípios do Estado Social de Direito entram nas valorações político-criminais e, através de sua validade supranacional, tornam-se ‘pedras angulares do Direito Penal europeu’.”

### **c) Além da política criminal: o papel dos direitos humanos no “novo modelo” de integração entre criminologia e Direito Penal proposto por Raul Zaffaroni.**

A mesma referência aos direitos humanos foi essencial para Zaffaroni definir um modelo ulterior de integração entre criminologia e Direito Penal, em uma perspectiva que vai além da mera referência à política criminal como saber acessório.

Em particular, Zaffaroni (2016, p. 75) define tal perspectiva em termos suficientemente explícitos quando, revisitando o estatuto epistemológico do referido campo do saber, informa que “a criminologia deve superar um sério preconceito – já bastante desacreditado – que é o de sua assepsia ideológica” para “pôr em prática uma crítica aos discursos sobre a base de um empenho ideológico pelos direitos humanos” (Zaffaroni, 2016, p. 93). Às valorações críticas da criminologia é atribuído, portanto, um papel que não é mais simplesmente heurístico, mas imediatamente operacional e concreto.

Zaffaroni (1993, p. 383) já havia proposto implicitamente tal empenho ideológico quando desejou, para o “começo do terceiro milênio”, um Direito Penal que fosse o direito humanitário do âmbito da política (como “direito humanitário de guerra”).<sup>3</sup> Nesse contexto, o autor citado propôs a necessidade de “reconciliar o Direito Penal com a ética, de reconciliar o poder com a ética, assim impondo-lhes a obrigação de exercer um controle redutor e tornar-se autenticamente liberal” (Zaffaroni, 1993, p. 76).

Segundo o que afirma o próprio Zaffaroni, desde então vislumbrava-se claramente a definição das relações entre criminologia e Direito Penal, sucessivamente explicitadas, quando, em uma contribuição muito mais recente, Zaffaroni assumiu a necessidade de um controle redutor como indispensável ao Direito Penal, referente à “contribuição permanente dos dados da realidade relacionados ao exercício do poder punitivo, provenientes da criminologia” (Zaffaroni, 2016, p. 76) afirmando que, com

a integração desse novo modelo, (...) aquilo que a criminologia trará ao Direito Penal no futuro serão, justamente, os dados relativos à periculosidade do próprio poder punitivo” [assim, mesmo que] “parecesse um conceito

---

<sup>3</sup> Baratta (1979, p. 147) era quem já afirmava a necessidade de uma “redução drástica” do emprego da política criminal e de medidas de encarceramento “para problemas de proteção que não possam ser resolvidos de outra forma” e da “preparação de um sistema de medidas de política criminal que ajam em médio e longo prazos, a serem verificadas com base em seus efeitos e dos seus custos sociais” e, em referência explícita a Radbruch, considerava um “importante sinal de progresso”, a “consciência maliciosa” adquirida pelo pesquisador do Direito Penal com a consciência da absoluta contraditoriedade entre funções declaradas e funções reais do sistema penal.

abandonado (...) hoje, a periculosidade deveria renascer límpida e viva, não orientada ao criminoso comum, mas ao próprio poder punitivo”.

Iniciar-se-ia, então, uma terceira fase na evolução do pensamento criminológico, seguida, antes de tudo, da “longa fase legitimante, iniciada com os demonologistas medievais e concluída com o declínio do positivismo racial na Segunda Guerra Mundial” (Baratta, 1979, p. 147)<sup>4</sup> e, posteriormente, “àquela transitória ou negacionista, que começa com a criminologia etiológica sociológica do pós-guerra e termina com a criminologia da reação social e crítica, em todas as suas versões” (Baratta, 1979, p. 147). Para inaugurar a referida fase, segundo Zaffaroni (2016, pp. 85-96), a criminologia

[D]eve ir além dos limites que ela delineou a si mesma em seu tempo”, [quando] “será superada na medida em que introduza o genocídio em seu horizonte”. [pois] “nem mesmo os genocídios passados foram cometidos em função de qualquer guerra, porque ocorreram quando a guerra já havia cessado, com o inimigo já vencido” [sendo que] “todos os genocídios foram realizados pelo poder punitivo ou no exercício da função punitiva” [matando] “cerca de cem milhões de pessoas, ou seja, um quinquagésimo da população do planeta, enquanto as guerras causaram cerca de quarenta e cinco milhões de vítimas” [e] “não ocorrem como erupções vulcânicas ou terremotos dificilmente previsíveis, mas que vão se preparando lentamente, com reações discriminatórias difusas, depois orgânicas e ideologicamente preparadas e, finalmente, tomados como políticas estatais” [e, por isso] “os massacres não podem ser uma questão de contabilidade dos cadáveres”.

Zaffaroni (2016, p. 96), de fato, ao considerar generalizada e evidentemente supérflua a seguinte reflexão, também assume como dado o princípio ético basilar que contém o imperativo categórico kantiano segundo o qual “todo ser humano deve ser considerado um fim em si mesmo”.

### **“Somente o homem é um fim em si mesmo”: a necessidade da afirmação de estratégias para a prevenção primária de obstáculos que limitam de fato a liberdade, a igualdade e a participação**

Na proposta de Zaffaroni (2007, p. 271), portanto, o genocídio é a síntese mais histórica dos “dados mais terríveis da realidade”, sobre os quais o jurista não pode passar indiferente, até se tornar uma representação quase iconográfica: sua assunção no horizonte da criminologia é, de fato, evidentemente paradigmática da contribuição permanente à percepção dos dados da realidade, dados estes que a criminologia deve fornecer sobre o concreto exercício do poder punitivo e a sua periculosidade.

---

<sup>4</sup> O papel do “paradigma etiológico” na evolução da criminologia e a necessidade de superá-lo já haviam sido definidos por Baratta (1979, p. 147).

Os dados e fatos relativos ao genocídio, portanto, fornecem ao pesquisador do Direito Penal elementos para revisar e especificar, – considerando a periculosidade do poder punitivo – os resultados de seu trabalho, realizado na perspectiva *de lege lata* ou *ferenda*.

A periculosidade do poder punitivo, no entanto, representa um dano potencial e abstrato apenas enquanto o discurso, *de lege lata* ou *ferenda*, permanecer rigorosamente limitado no âmbito da fase – essencialmente acadêmica ou, de qualquer forma, doutrinária – da proposição da norma jurídica. No entanto, na fase de aplicação da norma – necessariamente limitada e referida apenas em uma perspectiva de *lege lata* –, a periculosidade sempre corre o risco de dissolver-se para ressurgir transformada em dano atual e concreto (em termos que, além disso, podem ser mais ou menos difusos) (Petrocelli, 1965, p. 3).

Então, na mesma perspectiva mencionada, em episódios específicos e concretos, o jurista preocupar-se-á em reafirmar os direitos do indivíduo prejudicado pelo poder punitivo e por seu ordenamento jurídico, o que lhe será possível através de ações judiciais contra os responsáveis por violações a direitos dessa natureza ou, se a questão já estiver judicializada, através dos recursos processuais ainda disponíveis. Em ambas as hipóteses, assim, a reafirmação dos direitos do indivíduo só será realizável como resultado de um processo judicial.

A primeira condição para que tudo isso realmente ocorra, porém, é que o próprio sistema jurídico – talvez com soluções legislativas específicas e paralelas (*v. g.*, pela prestação de assistência judiciária gratuita) – garanta o real acesso ao processo judicial ou que, de acordo com o que previsto no artigo 3º, item 2, da Constituição Italiana, tal sistema realmente consiga “remover os obstáculos que, ao limitarem de fato a liberdade e a igualdade” (Italia, 1947), tornam ineficazes os direitos do indivíduo, já afirmados exaustivamente de forma geral e abstrata.

Entretanto, mesmo quando alcançada, a reafirmação fática posterior dos direitos do indivíduo prejudicado pelo sistema penal não implica necessariamente na restauração do *status quo ante* e, em qualquer caso, poderia satisfazer apenas de um modo muito parcial a demanda do lesionado. Por outro lado, de forma mais realista e com muito mais frequência, é concebível, ao contrário, que o dano produzido permaneça, no todo ou em parte, irreparável em suas formas específicas físicas e psíquicas, sem a possibilidade de restabelecimento da situação originária.

Certamente, a reafirmação dos direitos do indivíduo restabelece o equilíbrio originário do sistema jurídico. No entanto, não é o equilíbrio originário do sistema jurídico, mas “apenas o homem, e com ele toda criatura racional, que pode ser um fim em si mesmo” (Kant, 1996, p. 187).

Nesse contexto, surge e consolida-se uma perspectiva que é concentrada na realidade alternativa àquela jurídico-normativa, e que encontra uma clara relevância constitucional na consecução da missão da República, de remover os obstáculos que de fato limitam a liberdade e a igualdade (artigo 3º, item 2, da Constituição Italiana de 1947): é dever do jurista, portanto, compartilhar tal realidade não apenas para valorar com a máxima consciência os pressupostos da realidade de sua ação política, mas também para considerar seus escopos, sua eficácia e, sobre tudo, seus efeitos.



Assim, colocam-se nessa perspectiva as soluções legislativas paralelas que, como a assistência judiciária gratuita, destinam-se a tornar verdadeiramente acessíveis os remédios judiciais para os danos, atuais e concretos, produzidos pelo poder punitivo. Mas, nessa mesma perspectiva, é igualmente evidente a necessidade de impedir-se que de fato, ainda que somente uma única vez, o poder punitivo e seu ordenamento jurídico se tornem, para o indivíduo, ocasião e instrumento de danos que em realidade não serão nunca totalmente remediados.

Se, portanto, o sistema penal, além de suas funções manifestas, resulta de fato em obstáculo (se não um dano propriamente dito) à liberdade e à igualdade, torna-se missão da República (Italia, 1947) removê-lo nas partes em que produziu esse dano que, de fato, nunca é (completamente) remediável. Assim, trata-se de considerar não o sistema jurídico, sua conservação, seu equilíbrio, sua ordem e sua simetria lógico-formal, mas “todo homem (...) como um fim em si mesmo” (Kant, 1996, p. 187).

É exatamente a relevância de cada homem singularmente considerado, portanto, que determina necessariamente a exclusão, do campo de ação do jurista, das estratégias de prevenção terciária de danos atribuíveis ao poder punitivo e ao seu ordenamento jurídico: não basta considerá-los ilegais nem simplesmente persegui-los enquanto tais. É necessário, mais ainda, evitá-los.

De acordo com a classificação amplamente consolidada na literatura criminológica básica, as estratégias de prevenção terciária constituem-se em soluções sancionatórias que, em geral, buscam apenas a prevenção da emulação do comportamento lesivo (ou, especificamente, da reincidência). Porém, tais soluções não deveriam sequer ocorrer porque, se são colocadas em prática uma única vez, já é possível identificar-se que uma pessoa (que deveria ser considerada um fim em si mesma) foi efetivamente lesionada, através do sistema penal, justamente porque o ser humano não pode ser reduzido a mero instrumento ou oportunidade para a consecução de estratégias de prevenção ou fins análogos. Por isso, a ação do jurista se concentrará, ao contrário, nas estratégias de prevenção primária. Ressurge, nesse contexto, a perspectiva de *lege ferenda* que se definirá em função necessariamente reducionista e minimalista (senão até mesmo abolicionista).

Torna-se prioritária, portanto, a consideração das proibições constitucionais na estruturação de reformas legislativas que, mesmo em sua aplicação, não concedam nenhum espaço (ou apenas concedam os espaços mínimos inevitáveis) à possibilidade de violação dessas proibições, ou à permissão de que o poder punitivo e o sistema penal – ainda que limitados – continuem a produzir os “dados mais terríveis da realidade” (Zaffaroni, 2007, p. 271).

## **Conclusão: a política criminal nos princípios constitucionais do Direito Penal**

A perspectiva de *lege ferenda*, portanto, torna-se prioritária também no novo modelo de integração entre criminologia e Direito Penal, referida na proposta de Zaffaroni. Na mesma

perspectiva, alguns anos após o *Berliner Programm* de Claus Roxin, foi Giorgio Marinucci quem propôs, na Itália, a relevância político-criminal dos princípios cuja referência é fundamental para uma reforma legislativa.

Desde então, de fato, o referido autor festejava “o caráter visionário do constituinte italiano” (Marinucci, 1974, p. 471; Moccia, 2001, p. 20) porque “os principais postulados da política criminal moderna não apenas se harmonizam com nosso quadro constitucional, mas têm a virtude de transformar a instância política de adaptação do Direito Penal à Constituição em uma exigência de racionalidade e eficácia político-criminal” (Marinucci, 1974, p. 471).

No entanto, mesmo quando a perspectiva *de lege ferenda* se concretizar em soluções legislativas vigentes, por mais notável que possa ser a redução no âmbito da punibilidade que dela se derivará, tais postulados restarão, de qualquer forma, um “modelo intencionalmente utópico” (Marinucci; Dolcini, 2001, p. 123)<sup>5</sup>, um sistema penal no qual parecerá evidente a todos que “a interpretação das leis é um mal” (Marinucci; Dolcini, 2001, p. 123), pois construir-se-á de leis que não são “escritas em uma língua estrangeira ao povo” (Marinucci; Dolcini, 2001, p. 123) e, portanto, o trabalho do juiz repetirá, assim, o modelo de “silogismo perfeito” proposto por Beccaria (1965, p. 18).

Ainda assim, em sede de exegese e aplicação do Direito, será de qualquer forma indispensável um método de elaboração conceitual que permita a integração *de lege lata* entre o Direito Penal e a política criminal (esta também definida a partir de princípios constitucionais).

Antes disso, porém, o método citado será não somente indispensável, mas também urgente e absolutamente preponderante, porque, se “apenas (...) o homem é um fim em si mesmo” (Kant, 1996, p. 187), também durante o tempo necessário à “adaptação do Direito Penal à Constituição” (Marinucci, 1974, p. 471; Moccia, 2001, p. 20) o jurista não pode “passar indiferente sobre os fatos mais terríveis da realidade” (Zaffaroni, 2007, p. 271), que, ao contrário, devem ser absolutamente evitados ou, ao menos, limitados.

## Referências bibliográficas

- BARATTA, A. 1979. Criminologia e dogmatica penale. Passato e futuro del modello integrato di scienza penalistica. *La questione criminale: rivista di ricerca e dibattito su devianza e controllo sociale*, 2-147-183.
- BARATTA, A. 1975. Criminologia liberale e ideologia della difesa sociale. *La questione criminale: rivista di ricerca e dibattito su devianza e controllo sociale*, 1-07-65.
- BAUCH, B. 1923. *Wahrheit, Wert und Wirklichkeit*. Leipzig, F. Meiner.

---

<sup>5</sup> A atribuição de um papel político à teorização de modelos utópicos caracteriza a história do pensamento filosófico e científico; parece exemplificar isso, deste ponto de vista, o ensino kantiano baseado na função reguladora das ideias transcendentais aplicado especificamente ao Direito, onde, ao repropor o projeto de uma “paz perpétua”, já definido alguns anos antes, afirma-se que em jogo “ainda não está a admissão da acessibilidade desse fim”, mas “o que o dever nos obriga é agir segundo a ideia desse fim, embora não haja a menor probabilidade de que ele possa ser realizado” (Kant, 1989, p. 193). Uma ideia completamente análoga parece definir o papel da “consciência antecipadora” teorizada por Bloch (1994, p. 55) ss.; para uma definição do “aspecto utópico-social” oculto em muitos sistemas filosóficos, entre os quais também se encontra aquele definido no projeto de uma “paz perpétua” de Kant, consultar Heller (1979, p. 31).

- BECCARIA, C. 1965. *Dei delitti e delle pene*. Torino, Einaudi.
- BLOCH, E. 1994. *Il principio di speranza*. Vol. I. Milano, Garzanti.
- BODENHEIMER, E. 1969. *Phänomenologie Rechtsphilosophie Jurisprudenz*. Festschrift für Gerhart Husserl. Frankfurt am Main, V. Klostermann.
- CONSIGLIO D'EUROPA. 1959. *Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*. Roma, 4 novembre.
- DONINI, M. 2011. *Europeismo giudiziario e scienza penale*. Dalla dogmatica classica alla giurisprudenza-fonte. Milano, Giuffrè.
- FOUCAULT, M. 2010. *Il potere psichiatrico*. Corso al Collège de France (1973-1974). Milano, Feltrinelli.
- FOUCAULT, M. 1977. *Microfisica del potere*. Interventi politici. Torino, Einaudi.
- FOUCAULT, M. 1993. *Sorvegliare e punire*. Nascita della prigione. Torino, Einaudi.
- FOUCAULT, Michel. 1987. *Vigiar e Punir: nascimento da prisão*. Trad. Lígia Vassalo. Petrópolis, Vozes.
- HELLER, Á. 1979. *La filosofia radicale*. Milano, il Saggiatore.
- ITALIA. 1947. *Costituzione della Repubblica Italiana*. Roma, Gazzetta Ufficiale, n. 298.
- KANT, I. 1996. *Critica della ragione pratica*. Milano, Rusconi.
- KANT, I. 1989. *La metafisica dei costumi*, Principi metafisici del diritto. Roma-Bari, Laterza.
- LARENZ, K. 1991. *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*. 4 ed. Berlin-Heidelberg-New York-London-Paris-Tokyo-Hong Kong-Barcelona-Budapest, Springer.
- LASK, E. 1923. *Rechtsphilosophie, Gesammelte Schriften*. Vol. I. Tübingen, J. C. B. Mohr (Paul Siebeck).
- MARINUCCI G.; DOLCINI, E. 2001. *Corso di diritto penale*. 3 ed. Milano, Giuffrè.
- MARINUCCI, G. 1974. *Politica criminale e riforma del diritto penale*. *Jus*. Milano, Vita e Pensiero.
- MOCCIA, S. 2001. *La 'promessa non mantenuta'*. Ruolo e prospettive del principio di determinatezza/tassatività nel sistema penale italiano. Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane.
- MOCCIA, S. 1998. Presentazione alla prima edizione italiana. In: C. Roxin, *Politica criminale e sistema del diritto penale*. Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane.
- ONU. 1948. *Dichiarazione universale dei diritti umani*. Assemblea generale delle Nazioni Unite. Parigi, Risoluzione 219077A, 10 dicembre.
- PETROCELLI, B. 1965. *Riesame degli elementi del reato*, Studi in onore di Antolisei. Vol. III. Milano, Giuffrè.
- RICKERT, H. 1928. *Der Gegenstand der Erkenntnis*. Einführung in die Transzendentalphilosophie. 4 ed. Tübingen, J. C. B. Mohr (Paul Siebeck).
- RICKERT, H. 1926. *Kulturwissenschaften und Naturwissenschaften*. 6 ed. Tübingen, J. C. B. Mohr (Paul Siebeck).
- RICKERT, H. 1921. *System der Philosophie*. Tübingen, J. C. B. Mohr (Paul Siebeck).
- ROCCO, A. 1933. *Il problema e il metodo della scienza del diritto penale*, Opere giuridiche. Vol. III. Roma.
- ROXIN, C. 1998. *Politica criminale e sistema del diritto penale*. Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane.

- ROXIN, C. 2006. *Strafrecht*. Allgemeiner Teil, I. Grundlagen. Aufbau der Verbrechenslehre. 4 ed. München, C.H. Beck Verlag.
- SCHIAFFO, F. 2012. *Il diritto penale tra scienza e scientismo*. Derive autoritarie e falsificabilità nella scienza del diritto penale. Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane.
- VON LISZT, F. 1905a. *Die Aufgaben und die Methode der Strafrechtswissenschaft, Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge*. Berlin, De Gruyter.
- VON LISZT, F. 1905b. *Kriminalpolitische Aufgaben, Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge*. Vol. I. Berlin, De Gruyter.
- VON LISZT, Franz. 1905c. *Über den Einfluss der soziologischen und anthropologischen Forschungen auf die Grundbegriffe des Strafrechts, Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge*. Vol. II. Berlin.
- WELZEL, H. 1951. *Das neue Bild des Strafrechtssystems*. Göttingen, O. Schwartz.
- WELZEL, H. 1931. *Kausalität und Handlung, Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*. Berlin, De Gruyter.
- WELZEL, H. 1935. *Naturalismus und Wertphilosophie im Strafrecht*. Mannheim-Berlin-Leipzig, Deutsches Druck und Verlags Haus GMBH.
- WELZEL, H. 1953. *Naturrecht und Rechtspositivismus, Festschrift für Niedermeyer*. Göttingen, O. Schwartz.
- WELZEL, H. 1939. *Studien zum System des Strafrechts, Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*. Berlin, De Gruyter.
- ZAFFARONI, E. 2007. Che cosa resta del finalismo in America Latina? In: AA.VV., *Significato e prospettive del finalismo nell'esperienza giuspenalistica*. Napoli, Edizioni scientifiche italiane.
- ZAFFARONI, E. 1993. La rinascita del diritto penale liberale o la "Croce Rossa" giudiziaria. In: *Le ragioni del garantismo*. Discutendo con Luigi Ferrajoli. Torino, Giappichelli.
- ZAFFARONI, E. 2016. La pericolosità e i crimini di massa. In: S. Moccia, A. Cavaliere (a cura di), *Il modello integrato di scienza penale di fronte alle nuove questioni sociali*. Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane.

Submetido: 08/02/2021

Aceito: 19/03/2021