

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

FELIPE DA COSTA DE-LORENZI

**MERECIMENTO DE PENA E NECESSIDADE DE PENA COMO ELEMENTOS
DO CONCEITO MATERIAL DE CRIME E SUA RELEVÂNCIA PARA O SISTEMA
DOG MÁTICO**

Porto Alegre
2015

FELIPE DA COSTA DE-LORENZI

**MERECIMENTO DE PENA E NECESSIDADE DE PENA COMO ELEMENTOS
DO CONCEITO MATERIAL DE CRIME E SUA RELEVÂNCIA PARA O SISTEMA
DOG MÁTICO**

Dissertação de Mestrado apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS) como requisito parcial para a obtenção do Título de Mestre em Ciências Criminais (Direito).

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

Porto Alegre
2015

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

D278 De-Lorenzi, Felipe da Costa

Merecimento de pena e necessidade de pena como elementos do conceito material de crime e sua relevância para o sistema dogmático / Felipe da Costa De-Lorenzi – 2015.

138 f.

Dissertação (Mestrado) – Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul / Faculdade de Direito / Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais, Porto Alegre, 2015.

Orientador: Prof. Dr. Paulo Vinícius Sporleder de Souza

1. Crime (Direito Penal). 2. Penas (Direito Penal). 3. Política Criminal. I. Souza, Paulo Vinícius Sporleder de. II. Título.

CDD 341.54

FELIPE DA COSTA DE-LORENZI

**MERECIMENTO DE PENA E NECESSIDADE DE PENA COMO ELEMENTOS
DO CONCEITO MATERIAL DE CRIME E SUA RELEVÂNCIA PARA O SISTEMA
DOGMÁTICO**

Dissertação de Mestrado apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS) como requisito parcial para a obtenção do Título de Mestre em Ciências Criminais (Direito).

Aprovada em 17 de dezembro de 2015.

BANCA EXAMINADORA:

Prof. Dr. Paulo Vinícius Sporleder de Souza
Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUCRS

Prof. Dr. Fábio Roberto D'Avila (PUCRS)
Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUCRS

Prof. Dr. Pablo Rodrigo Alflen da Silva
Universidade Federal do Rio Grande do Sul – UFRGS

*Se as coisas são inatingíveis... ora!
Não é motivo para não querê-las...
Que tristes os caminhos, se não fora
A presença distante das estrelas!*

MÁRIO QUINTANA

RESUMO

A presente dissertação tem como objeto de estudo o conceito material de crime estruturado a partir do merecimento de pena (*Strafwürdigkeit*) e da necessidade de pena (*Strafbedürftigkeit* ou *Strafbedürfnis*) e sua relação com o sistema dogmático do crime. O objetivo é investigar o conteúdo de cada um desses elementos, a relação entre eles e a influência que têm sobre o sistema dogmático do crime e suas categorias – tipo, ilícito, culpabilidade, punibilidade. O método utilizado foi a revisão e análise bibliográfica, com exposição de diversas concepções acerca dos referidos elementos e análise crítica. A exposição está dividida em três capítulos. No primeiro faz-se breve distinção entre os diversos conceitos de crime utilizados na dogmática penal contemporânea, em seguida examina-se com mais detalhes o conceito material e alguns dos fundamentos, funções e conteúdos a ele atribuídos para, então, esboçar-se a proposta de compreendê-lo como fato merecedor e necessitado de pena. O segundo capítulo é dedicado aos conceitos de merecimento e necessidade de pena. Analisa-se questões terminológicas, traça-se um panorama com opiniões a respeito do conteúdo e relação entre eles, toma-se posição acerca de algumas dessas questões e aponta-se critérios para verificar cada um deles. No terceiro capítulo estuda-se a relação entre o conceito material de crime baseado no merecimento e na necessidade de pena e o sistema dogmático do crime e suas categorias, classificando-se as diversas posições acerca dessa relação, analisando-as criticamente e tomando posição a respeito. Ao final, expõe-se as possibilidades de rendimentos dos conceitos de merecimento e necessidade de pena no estudo da determinação da pena e do processo penal. Algumas das principais conclusões da pesquisa são que o merecimento de pena relaciona-se com uma racionalidade axiológica, fazendo uma análise de proporcionalidade entre o fato e o pena, avaliando se aquele é grave a ponto receber uma sanção restritiva de liberdade; e que a necessidade de pena relaciona-se com uma racionalidade teleológica, fazendo uma análise de proporcionalidade entre a pena e os fins que se busca através dela. Tais elementos têm importância tanto em âmbito político-criminal como dogmático e são ambos necessários para a legitimação material do direito penal. No sistema dogmático do crime os dois são igualmente importantes, estando o merecimento de pena vinculado com o injusto culpável e a necessidade de pena vinculada com a categoria da punibilidade, possibilitando assim uma união entre valorações e finalidades jurídico-penais.

Palavras-chave: direito penal – legitimação material – racionalidade axiológica – racionalidade teleológica – conceito analítico – finalidades da pena

ABSTRACT

The subject of this thesis is the substantive (or material) concept of crime based on *deservedness of punishment (Strafwürdigkeit)* and *need of punishment (Strafbedürftigkeit or Strafbedürfnis)* and its relation with the dogmatic system of criminal imputation. The aim is to investigate the content of each of these elements, the relation between them and their influence on the dogmatic system of criminal imputation and its categories – typicity, unlawfulness, culpability e punibility. The methods used were bibliographical research – through the exposure of different conceptions regarding the referred elements – and critical analysis. The text is organized in three chapters. In the first one a short distinction between the concepts of crime used in criminal law studies is made, followed by a more detailed description of the substantive concept and analysis of some of its possible foundations, functions and contents. Finally, the idea of understanding the substantive concept as a fact qualified by the deservedness and need of punishment is introduced. In the second chapter the concepts of deservedness of punishment and need of punishment are analyzed. Some terminological issues are presented, an overview of opinions concerning their content and relation is given and then the author takes position and establishes criteria to evaluate them. In the third chapter, the relation between the substantive concept of crime based on deservedness and need of punishment and the dogmatic system of criminal imputation and its categories is studied. Theories about this relation are exposed and some criticism are made, then the author takes position on it. Lastly, the possibilities of contribution of these elements to the study of sentencing and criminal procedure are presented. Some of the main conclusions are: deservedness of punishment is related with an axiological rationality and makes an analysis of proportionality between the fact and the punishment, verifying whether the fact is serious enough to receive a freedom-restriction punishment, while need of penalty is related with a teleological rationality and makes an analysis of proportionality between the punishment and the purposes pursued by it. These elements are important to both dogmatic and criminal policy and are both necessary to a substantive legitimacy of criminal law. In the dogmatic system of criminal imputation they are equally important, with the deservedness of punishment being associated with unlawfulness and culpability and the need of punishment with punibility, thus enabling the union between valuations and purposes of criminal law.

Key words: criminal law – substantive legitimacy – axiological rationality – teleological rationality – analytical concept of crime – punishment purposes

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	9
1. O CONCEITO MATERIAL DE CRIME.....	15
1.1. OS CONCEITOS (JURÍDICOS) DE CRIME.....	15
1.1.1. O conceito legal de crime.....	15
1.1.2. O conceito formal de crime.....	16
1.1.3. O conceito material de crime.....	18
1.1.4. O conceito analítico de crime.....	21
1.2. O FUNDAMENTO DO CONCEITO MATERIAL DE CRIME.....	23
1.2.1. Fundamento positivo-legalista.....	24
1.2.2. Fundamento sociológico-naturalista.....	24
1.2.3. Fundamento ético-social.....	26
1.2.4. Fundamento positivo-constitucional.....	28
1.3. FUNÇÕES DO CONCEITO MATERIAL DE CRIME.....	33
1.3.1. Critério para criminalização e cominação de penas.....	33
1.3.2. Critério hermenêutico-aplicativo.....	34
1.3.3. Critério para a determinação da pena.....	35
1.3.4. Critério para diferenciar o ilícito criminal de outras ilicitudes.....	36
1.4. CONTEÚDO DO CONCEITO MATERIAL DE CRIME.....	37
1.4.1. O conceito material de crime como proteção (subsidiária) de bens jurídicos ou como ofensa a bens jurídicos.....	38
1.4.2. O conceito material de crime como fato merecedor e necessitado de pena.....	45
2. OS CONCEITOS DE MERECEMENTO E NECESSIDADE DE PENA.....	48
2.1. TERMINOLOGIA.....	49
2.2. PANORAMA ACERCA DOS CONCEITOS DE MERECEMENTO E NECESSIDADE DE PENA.....	51
2.3. O CONTEÚDO E A RELAÇÃO ENTRE MERECEMENTO E DA NECESSIDADE DE PENA.....	72
2.3.1. Exigência de conjugação de merecimento e necessidade de pena para a legitimação da intervenção penal.....	73
2.3.2. Merecimento e necessidade como princípios, como conceitos ligados a princípios ou como conceitos que mediam princípios?.....	75
2.3.3. Critérios para aferir o merecimento e a necessidade de pena	76
2.3.4. Racionalidade axiológica e racionalidade teleológica.....	82
3. MERECEMENTO E NECESSIDADE DE PENA NO SISTEMA DO CRIME.....	87
3.1. PANORAMA ACERCA DA RELAÇÃO ENTRE OS CONCEITOS DE MERECEMENTO E NECESSIDADE DE PENA E O SISTEMA DO CRIME.....	88
3.1.1. O crime como fato merecedor de pena.....	89
3.1.2. O crime como fato necessitado de pena.....	93
3.1.3. O crime como fato merecedor e necessitado de pena.....	96
3.1.3.1. A impossibilidade de distinguir merecimento e necessidade de pena nas categorias do crime.....	96
3.1.3.2. A possibilidade de distinguir merecimento de necessidade de pena nas categorias do crime.....	102
3.1.4. Merecimento e necessidade de pena como categorias autônomas.....	105
3.2. CONSIDERAÇÕES CRÍTICAS E TOMADA DE POSIÇÃO.....	107

3.3. OS CONCEITOS DE MERECEMENTO E NECESSIDADE DE PENA PARA ALÉM DO SISTEMA DO CRIME: A EXTENSÃO PARA A DETERMINAÇÃO DA PENA E PARA O PROCESSO PENAL.....	118
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	123
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	128

INTRODUÇÃO

O objetivo da presente pesquisa é estudar o conceito material de crime estruturado a partir do merecimento de pena e da necessidade de pena, definindo o conteúdo de cada um destes elementos e a relação entre eles e analisando a influência que têm sobre o sistema dogmático do crime e suas categorias. Note-se que esse objetivo traz consigo algumas implicações. Não se pretendeu analisar detidamente as diversas propostas de se estabelecer um conteúdo do conceito material de crime, mas apenas aquela que o define através do merecimento e da necessidade de pena. Isto não impediu, entretanto, que tecêssemos algumas considerações acerca de outras propostas com a finalidade de compará-las com a que é objeto deste trabalho. Também é preciso notar que a pesquisa partiu do pressuposto de que o conceito material de crime e o conceito analítico de crime se relacionam, exercendo o primeiro influência sobre as categorias dogmáticas utilizadas para verificar a existência de um crime pelo judiciário. Por fim, por se tratar de um tema que perpassa diversas dimensões da dogmática penal, não foi possível abordar com profundidade todas as discussões sobre os princípios jurídico-penais, o sistema dogmático do crime, os modelos de fundamentação do sistema jurídico-penal etc., pois isso impossibilitaria o término da pesquisa no prazo. Portanto, algumas dessas questões foram abordadas de forma simplificada e somente naqueles aspectos relevantes para o objetivo geral do estudo.

A justificativa da pesquisa decorre da importância de um estudo sobre o conceito material de crime no contexto político e jurídico atual e pela existência de uma lacuna bibliográfica no Brasil de estudos com foco nos conceitos de merecimento e de necessidade de pena, que, a nosso entender, podem contribuir para a compreensão de diversas dimensões do sistema jurídico-penal – desde a criação de leis penais até o processo penal, passando pela teoria da imputação e pela determinação da pena. O objeto do presente trabalho, como já referido, foi especificamente na relação com o sistema dogmático do crime, mas para a definição dos conceitos de merecimento e necessidade de pena foi preciso abordar também o âmbito político-criminal. Além disso, ao final do texto procuramos esboçar as relações que tais conceitos podem ter com a determinação da pena e com o processo penal, apenas a título exemplificativo.

A tentativa de estabelecer um conceito material de crime representa a busca de uma legitimação material para o direito penal que possibilite apontar características próprias do ilícito penalmente relevante que o diferenciem de fatos juridicamente irrelevantes ou ilícitos

de outros ramos do direito e, com isso, fixar fundamentos e limites para a atividade tanto de legisladores quanto de aplicadores do direito penal. Não se trata de uma tarefa recente. Já Kant e Hegel, ao buscarem uma diferenciação entre o ilícito civil e o ilícito criminal, pretendiam demonstrar as características intrínsecas à ideia de crime.¹ Também penalistas do chamado Iluminismo Penal objetivavam apontar critérios de legitimação material para a intervenção penal: Beccaria, por exemplo, tentou determinar a “origem das penas” e o que “fundamenta o direito do soberano de punir os delitos”, estabelecendo uma série de princípios para fundamentar e limitar a atuação estatal em matéria penal;² Romagnosi tentou apontar quando seria justificado o uso da pena pelo Estado.³ Na dogmática penal moderna – cujo início se atribui à criação de um sistema analítico do crime por Von Liszt no final séc. XIX – essa busca não cessou, podendo-se encontrar um tópico sobre o conceito material de crime em grande parte dos tratados de direito penal dos sécs. XX e XXI. As constantes discussões acerca do conceito crítico de bem jurídico e do caráter subsidiário do direito penal exemplificam a atualidade da questão.

Tais pretensões não foram vãs, o que pode constatar-se através de alguns exemplos. O livro “Dos delitos e das penas”, de Cesare Beccaria, representou um manifesto contra o direito penal do período absolutista, estabelecendo uma série de princípios, como a legalidade dos crimes e das penas, a atribuição ao Poder Legislativo da legitimidade para criação de leis penais e ao Poder Judiciário da legitimidade para a sua aplicação, a generalidade, a clareza e a publicidade das leis penais, a distinção entre acusadores e julgadores, a humanidade das penas, entre outros que até hoje estão, apesar das alterações que inevitavelmente o passar do tempo e as mudanças culturais ocasionam, na base do direito penal contemporâneo.

Também a teoria do bem jurídico ainda hoje tem grande influência na interpretação do direito penal. Em 2012, por exemplo, durante o julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 54, os ministros do Supremo Tribunal Federal, ao tratarem da constitucionalidade da interpretação que considerava crime o aborto de fetos anencéfalos (arts. 124 e 126 do Código Penal), discutiram por diversas vezes o bem jurídico tutelado pelos tipos penais. O argumento de ausência de ofensa ao bem jurídico foi utilizado por alguns ministros no decorrer de seus votos. O resultado do julgamento foi a declaração,

1 Cf. FRISCH, *Delito y sistema del delito*, p. 194. Com relação à definição de crime de Hegel, vide HEGEL, *Linhas fundamentais da filosofia do direito...*, § 95.

2 BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, p. 7 e ss. No original: “origine delle pene” e “di che à fondato il diritto del sovrano di punire i delitti”.

3 ROMAGNOSI, *Genesi del diritto penale*, p. 253 e ss.; p. 227.

por maioria de votos, da inconstitucionalidade da referida interpretação.⁴

Nota-se, portanto, a importância de discutir-se a legitimação material do direito penal. Ademais, no atual contexto de ampliação da intervenção penal⁵, com criminalização de novas condutas e aumento das penas dos crimes existentes, um conceito material de crime que possa orientar a criação de leis penais e sua interpretação assume especial relevância.

Com relação à análise do merecimento de pena e da necessidade de pena como elementos que representam o conteúdo do conceito material de crime, é importante salientar que tais conceitos são há muito abordados pela dogmática penal estrangeira, havendo referências a eles desde o final do séc. XIX.⁶ Entretanto, ainda hoje o conteúdo de cada um deles é controverso, encontrando-se opiniões bastante distintas acerca dos critérios que devem ser utilizados para determinar quando um fato é merecedor e necessitado de pena. A controvérsia é ainda maior quando se trata de traçar a relação entre esses conceitos e o sistema dogmático do crime. Na dogmática penal brasileira verifica-se que são poucos os estudos que se dedicaram a analisá-los e, ainda nos existentes, em geral o merecimento e a necessidade de pena não são o tema principal das pesquisas, mas tópicos pelos quais passam durante o estudo de um outro objeto. Ademais, a abordagem refere-se mormente à função desses elementos na limitação da atuação dos legisladores e não na relação com o sistema do crime.

Neste sentido, a pesquisa assume importância por duas razões: primeiro por dedicar, no Brasil, uma abordagem que tem por principal objeto o merecimento e a necessidade de pena, traçando um panorama das opiniões existentes acerca deles e de suas relações com as categorias analíticas do crime e possibilitando com isso um acesso mais fácil a quem tenha interesse pelo tema; a segunda, pela tentativa de contribuir, através de críticas e de proposições, para uma melhor compreensão desses conceitos e de suas relações com o conceito analítico de crime.

Parece-nos importante apontar aqui também alguns problemas que o objeto de análise impôs à pesquisa. Embora existam alguns trabalhos dedicados exclusivamente aos conceitos de merecimento e necessidade de pena, não são muitos. Soma-se a isso as possibilidades linguísticas do autor da pesquisa, que teve de se ater às obras em português, espanhol, italiano

4 Inteiro teor da dos debates disponível no site do Supremo Tribunal Federal ou em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3707334>>. Acesso em 14 de outubro de 2015.

5 Sobre o tema, vide SILVA SÁNCHEZ, *La expansión del derecho penal*; GRACIA MARTIN, *Prolegômenos para a luta pela modernização e expansão do direito penal*; GRECO, *Modernização do direito penal, bens jurídicos coletivos e crimes de perigo abstrato*.

6 Cf. COSTA ANDRADE, *A "dignidade penal" e a "carência de tutela penal"...*, p. 175.

e inglês, tendo analisado obras alemãs apenas quando traduzidas para um desses idiomas. Ademais, as alusões a referidos conceitos em tratados e artigos muitas vezes não constam nos sumários, razão pela qual a coleta de material bibliográfico foi outra situação com a qual tivemos de lidar. Esse esclarecimento justifica, por exemplo, o recurso a muitos tratados e de artigos que, *prima facie*, não parecem ter relação direta com o tema, mas que foram os locais onde se encontrou referências ao merecimento e à necessidade de pena.

No que diz respeito à metodologia de exposição, dividimos o trabalho em três capítulos. No primeiro capítulo descrevemos com brevidade os diversos conceitos de crime utilizados tradicionalmente pela dogmática penal – conceito legal, conceito formal, conceito material e conceito analítico –, objetivando com isso diferenciá-los e demonstrar a importância de cada um deles. Em seguida, analisamos com mais detalhes o conceito material de crime, apontando alguns dos fundamentos utilizados pela doutrina para legitimá-lo, as funções que pode exercer em âmbito legislativo e judicial e algumas das possibilidades de conteúdo que lhe podem ser atribuídos. Ao final do capítulo esboçamos a proposta de compreender o conteúdo do conceito material como fato merecedor e necessitado de pena.

No segundo capítulo analisamos os conceitos de merecimento e necessidade de pena. Iniciamos por apontar os problemas terminológicos relacionados a tais conceitos nas diversas línguas em que são usados – alemão, espanhol, italiano, português – e em suas traduções, explicando o porquê de nossa opção pelo uso dos termos “merecimento de pena” e “necessidade de pena”. Na sequência traçamos um panorama, expondo opiniões de diversos penalistas a respeito do conteúdo e da relação entre eles. Ao final analisamos, a partir das diversas opiniões expostas, o conteúdo e a relação entre os conceitos de merecimento e necessidade de pena, assinalando os consensos e dissensos entre os autores, tomando posição acerca de algumas dessas questões e apontando critérios que acreditamos serem adequados para verificar cada um deles.

No terceiro capítulo estudamos a relação entre o conceito material de crime baseado no merecimento e na necessidade de pena e o sistema do crime. Iniciamos com um panorama no qual são descritas as distintas propostas de relacionar os conceitos de merecimento e/ou necessidade de pena com o conceito analítico de crime e de compreender as categorias dogmáticas do crime – tipicidade, ilicitude, culpabilidade, responsabilidade, punibilidade – a partir deles. Em seguida analisamos criticamente essas propostas, apontando as inconsistências e contradições quando existentes, tomando posição frente a elas e expondo de forma sintética e genérica a forma como entendemos ser mais adequado relacionar o

merecimento e a necessidade de pena com o sistema do crime e suas categorias. Por fim, expomos brevemente as possibilidades de rendimento de tais conceitos mesmo para além do sistema do crime, que podem ter influência também no estudo da determinação da pena e do processo penal.

Por fim, o objeto deste estudo coloca inevitavelmente uma questão de índole pragmática acerca da relevância de se estudar uma legitimação material do direito penal quando, na prática dos processos legislativos e judiciários, a dogmática penal é muitas vezes – poder-se-ia dizer, de forma mais radical, na maioria das vezes – ignorada no feitiço e na interpretação das leis penais. Tal questionamento é comumente direcionado a quem se dispõe a pesquisar fundamentos materiais para o direito penal e não se pode negar que coloca uma questão importante. A resposta, a nosso ver, deve levar em conta algumas considerações. A primeira é que fatores pragmáticos, apesar de serem obstáculos, não devem ser vistos como impedimentos para o estudo de temas que se entende cientificamente relevantes. A ciência do direito, enquanto busca do conhecimento e de aplicação do conhecimento, é mais do que um instrumento para certos objetivos politicamente determinados; é também a tentativa de crítica e modificação desses objetivos – ainda que para isto dependa, por vezes, da própria política.

A dogmática penal, portanto, não cumpre apenas função de concretizar o direito penal, tomando como ponto de partida o direito posto e buscando criar um sistema coerente, claro e coeso de forma a possibilitar a aplicação isonômica e justa da lei penal – que leve em conta a Constituição e os tratados internacionais; cumpre a ela também a função de reformar o direito penal, partindo da crítica ao direito posto e aos problemas decorrentes de sua aplicação jurisprudencial para propor alterações que o tornem mais justo.⁷ É certo que nada poderá garantir que as teorias discutidas em âmbito acadêmico serão adotadas pelos legisladores ou pelos magistrados e não há nada que possa obrigá-los a isso; entretanto, ao cientista do direito penal sempre restará o poder dos argumentos e a esperança de que, em algum momento, suas críticas e proposições influenciarão a prática.⁸ Para isso, entretanto, não pode o cientista do

7 Nesta linha, DUFF e GREEN (*Introduction: searching for foundations*, p. 3 e ss.) fazem distinção entre uma “ciência do direito” analítica (*analytical or expository jurisprudence*), que explica o direito penal atual, e uma “ciência do direito” normativa (*normative or censorial jurisprudence*), que analisa valores, funções e princípios que devem estruturar o direito penal. No mesmo sentido, JAREBORG (*Legal dogmatics and the concept of science*, p. 53) afirma que a dogmática preocupa-se primariamente com a reconstrução do sistema legal vigente, tendo por base as decisões de legisladores e dos tribunais; mas também está legitimada a ir além dessas decisões e buscar um “direito ideal” (*ideal law*). Também MIR PUIG (*El derecho penal en el estado social y democrático de derecho*, p. 25), que sustenta que a dogmática penal atua tanto de *lege lata* quanto de *lege ferenda*.

8 GRECO (*Modernização do direito penal*, p. 61) afirma que “ainda que não se possa obrigar faticamente o legislador, ainda que nossas opiniões não sejam direito vigente e que o Tribunal Constitucional não se importe com elas, ainda assim, poderemos usá-las como diretrizes de argumentação, e nos valeremos delas para criticar a legislação e a jurisprudência. Nós, penalistas, não temos qualquer poder que não o poder da

direito perder-se em meio às construções teóricas, deve antes aproximar-se da realidade das instituições e dialogar com legisladores e operadores do direito, ouvindo e se fazendo ouvir.⁹

Beccaria, no séc. XVIII, em seu “Dos delitos e das penas”, livro em que criticava o direito penal da época e apresentava propostas que entendia mais corretas e racionais, expressa uma preocupação semelhante a que tratamos aqui – qual seja, de não conseguir modificar a *praxis*. Finalizamos essa introdução citando excerto que, descontados os evidentes excessos retóricos, traduz, ao nosso ver, o sentimento que deve guiar o acadêmico do direito penal:

se [eu], sustentando os direitos dos homens e da invencível verdade, contribuisse para arrebatá-los aos espasmos e angústias da morte uma qualquer infeliz vítima da tirania ou da ignorância, igualmente fatal, as bênçãos e as lágrimas de um só inocente num arrebatamento de alegria consolar-me-iam do desprezo dos homens.¹⁰

razão. Mas é nessa fraqueza que reside a nossa verdadeira força”.

- 9 GIMBERNAT ORDEIG (*Conceito e método da ciência do direito penal*, p. 109-10) crítica o distanciamento da ciência do direito penal em relação à jurisprudência e vice-versa, defendendo um maior diálogo entre ambas. Segundo o autor, “uma ciência sem influência na prática é uma ciência castrada”. Sugere como solução não uma “ditadura da ciência sobre a prática, mas um diálogo. Um diálogo no qual o magistrado nos diga, em última instância, se temos razão ou não e por que ele pensa que assim é.” A partir disso, a ciência poderá desenvolver ou reelaborar seus argumentos. Ademais, sugere o autor que o cientista do direito busque estabelecer um diálogo com a prática, trabalhando tão próximo da realidade que “convença [os operadores jurídicos] de que o que ele disse serve para algo” e se ocupando ele mesmo da jurisprudência, provocando-a e fazendo o juiz sentir, “enquanto fundamenta sua sentença, que esta, mais cedo ou mais tarde, será submetida à crítica.”
- 10 BECCARIA, *Dos delitos e das penas*, p. 84. No original (BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, p. 30): “ma se sostenendo i diritti degli uomini e dell'invincibile verità contribuissi a strappare dagli spasimi e dalle angosce della morte qualche vittima sfortunata della tirannia o dell'ignoranza, ugualmente fatale, le benedizioni e le lagrime anche d'un solo innocente nei trasporti della gioia mi consolerebbero dal disprezzo degli uomini”.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Iniciamos esta dissertação apontando seu objetivo, qual seja, estudar o conceito material de crime estruturado a partir do merecimento de pena e da necessidade de pena, definindo o conteúdo de cada um destes elementos e a relação entre eles e analisando a influência que têm sobre o sistema dogmático do crime e suas categorias. Finalizado o percurso, oferecemos uma síntese das discussões e proposições feitas ao longo do texto através das seguintes considerações:

I. O *conceito material de crime* busca descobrir qual é a essência do crime, isto é, quais específicas características de um determinado fato, para além da mera descrição de uma conduta em um tipo penal pelos legisladores – conceito formal de crime –, possibilitam a criminalização de uma conduta e atribuição/aplicação de uma pena. Deve-se considerar o conceito material em duas perspectivas distintas: (i) uma *em abstrato* ou *ex ante*, na qual se analisará as características de um fato que legitimam e limitam a atribuição pelos legisladores de uma pena através da criação de um tipo legal e (ii) outra *em concreto* ou *ex post*, na qual se analisará se essas mesmas características legitimadoras e limitadoras da criminalização pelo Poder Legislativo se manifestam no fato concreto que corresponde à previsão legal, possibilitando assim a aplicação da sanção penal pelos magistrados. Se o que se quer é um conceito capaz de servir de padrão crítico para a atividade de legisladores e aplicadores do direito, é necessária uma fundamentação capaz de explicar por que razões certos critérios têm de ser atendidos e quais as consequências de não o serem.

II. Diversas são as formas pelas quais se tenta *fundamentar um conceito material de delito* – isto é, dizer de onde se pode extrair seu conteúdo material – e muitas são as variações que elas assumem: (i) para o *fundamento positivo-legalista*, os legisladores têm total liberdade e poder para escolher as condutas que serão criminalizadas, não havendo nenhum limite ou critério prévio, para além da observância do processo legislativo, que deva ser obedecido para que as incriminações sejam legítimas; (ii) para o *fundamento sociológico-naturalista*, o crime é visto como um dado de realidade social e tem como característica essencial o fato de causar um dano à sociedade; (iii) para o *fundamento ético-social*, o crime é uma agressão à valores éticos fundamentais da comunidade, sendo este seu fundamento material de legitimidade; (iv) o *fundamento positivo-constitucional* busca um conteúdo prévio à legislação penal positiva, entretanto não procura extrair esse conteúdo de alguma dimensão extrajurídica, mas na positividade das normas constitucionais. É uma posição intermediária que, sem abandonar o

positivismo, abandona o formalismo legalista. Ademais, por ser um conceito material extraído da Constituição, pode servir como padrão crítico não apenas moral e político, mas jurídico – isto é, uma contrariedade entre esse conceito material e uma lei penal poderia levar à declaração de inconstitucionalidade desta.

III. Várias são as *funções do conceito material de crime*. As principais são: (i) critério para criminalização e cominação de penas através do estabelecimento de parâmetros e limites aos legisladores acerca das condutas que podem e não podem ser criminalizadas e acerca do *quantum* de pena que pode ser atribuído a cada ilícito criminal; (ii) critério hermenêutico-aplicativo, orientando a interpretação e aplicação do direito penal pelos operadores jurídicos, verificando-se se o fato concreto que corresponde à descrição do tipo legal atende os critérios materiais que legitimam a aplicação de uma sanção penal; (iii) critério para a determinação da pena, oferecendo parâmetros para os magistrados quantificarem a ilicitude penal de um fato concreto; (iv) critério para diferenciar o ilícito criminal de outras ilicitudes.

IV. O conceito material de crime apenas pode cumprir suas funções se houver uma definição de seu *conteúdo*. Algumas das possibilidades de determinar o conteúdo do conceito material de crime é entendendo-o como proteção (subsidiária) de bens jurídicos ou como ofensa a bens jurídicos. Entretanto, o princípio da exclusiva proteção de bens jurídicos, o princípio da subsidiariedade e o princípio da ofensividade, apesar de necessários, não são suficientes – individual ou conjuntamente – para compor o conteúdo do conceito material de crime, uma vez que, mesmo considerados em conjunto, não dizem nada a respeito, por exemplo, da intensidade da agressão objetiva ao bem jurídico e da forma subjetiva da agressão. Portanto, o conteúdo do conceito material de delito deve ser mais amplo. Uma resposta a estas críticas pode ser oferecida através da definição do crime, em sentido material, como um *fato merecedor e necessitado de pena*.

V. *Merecimento de pena e necessidade de pena* devem ser entendidos como categorias que mediam critérios e/ou princípios para a fundamentação e limitação do direito penal, pelo que, quando se afirma que um fato é merecedor e necessitado de pena, se está afirmando que está de acordo com os princípios fundadores e limitadores consagrados no direito penal do nosso tempo. Ademais, individualmente considerados são requisitos necessários, mas não suficientes para legitimar a intervenção estatal mediante uso da pena. Somente a conjugação entre ambos (merecimento de pena + necessidade de pena) é suficiente para a legitimação material do direito penal, o que implica que a ausência de qualquer um deles torna a intervenção penal ilegítima.

VI. O merecimento de pena relaciona-se com uma *racionalidade axiológica* (referida a valores) e faz uma análise de *proporcionalidade entre o fato e a pena*, avaliando se aquele é grave a ponto receber uma pena restritiva de liberdade (sanção mais gravosa disponível ao Estado). A necessidade de pena relaciona-se com uma *racionalidade teleológica* (referida a fins) e faz um juízo de *proporcionalidade entre a pena e os fins* buscados através do direito penal (dependerá do fim que se atribua à pena: prevenção, restabilização da norma, retribuição etc.), analisando a idoneidade, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito da pena em relação aos seus efeitos. Ou seja, tendo-se por referência (*prius*) a pena enquanto meio, o merecimento de pena faz uma análise retrospectiva – entre pena e fato – e a necessidade de pena faz uma análise prospectiva – entre pena e seus efeitos.

VII. Os *critérios para verificar o merecimento de pena* de um fato devem ser: (i) a existência de um objeto de tutela de elevada importância jurídico-constitucional – bem jurídico-penal; (ii) que haja uma forma grave de agressão (dano ou perigo) a esse objeto – ofensividade; (iii) que essa agressão seja relevante/significativa – fragmentariedade; e (iv) que a conduta seja subjetivamente reprovável – culpabilidade. Ademais, deve haver uma análise relacional entre a importância do bem jurídico e a forma de ofensa, exigindo-se uma menor ofensa em relação a bens jurídicos de grande relevância e uma maior ofensa aos bens jurídicos menos relevantes. Também o grau de reprovabilidade subjetiva da conduta e a intensidade da ofensa devem ser considerados nessa relação.

VIII. Os *critérios para verificar a necessidade de pena* de um fato devem ser: (i) a idoneidade da pena para atingir os efeitos buscados por meio dela – idoneidade; (ii) a inexistência de meios menos gravosos do que a sanção criminal que sejam suficientes para alcançar tais efeitos – necessidade; e (iii) que os danos sociais colaterais da previsão/aplicação da pena não sejam maiores do que o dano causado pelo fato a ser criminalizado/punido – proporcionalidade em sentido estrito. Tratam-se de critérios meramente formais, porque estão sempre relacionados ao fim da pena, mas nada dizem a respeito de qual a teoria acerca dos fins da pena se deve adotar. Tais critérios serão autônomos sempre que adotada uma teoria relativa da pena, mas entendendo-se que a pena tem caráter retributivo (teoria absoluta da pena), perdem sua autonomia e remetem aos critérios do merecimento de pena.

IX. As tentativas de relacionar o merecimento e a necessidade de pena com o *sistema dogmático do crime* podem ser sistematizadas em quatro grupos: (i) as que entendem a totalidade das categorias do crime somente a partir do merecimento de pena, (ii) as que entendem a totalidade das categorias do crime apenas a partir da necessidade de pena, (iii) as

que entendem a totalidade das categorias do crime a partir de ambos os elementos e (iv) as que propõem que merecimento e/ou necessidade de pena sejam categorias autônomas no sistema do crime. Entendemos que o crime – em seu conceito analítico – deve ser compreendido como um fato merecedor e necessitado de pena, pois sendo ele uma construção jurídica que busca a responsabilização do indivíduo por um fato e a imposição de uma pena, todos os pressupostos da responsabilização e da sanção, sejam eles valorativos ou utilitários, devem ser igualmente considerados: o crime deve ser entendido como uma “unidade axiológico-funcional” (Figueiredo Dias). Ademais, parece-nos possível distinguir entre as categorias do sistema do crime – tipicidade, ilicitude, culpabilidade e punibilidade – aquelas que correspondem ao juízo de merecimento de pena e aquela que corresponde ao juízo de necessidade de pena.

X. A análise do merecimento e da necessidade de pena de um fato concreto só iniciará a partir da correspondência formal entre a conduta realizada e o fato descrito no tipo legal, por imposição do princípio da legalidade. Com a correspondência entre o fato em análise e o tipo legal tem-se a tipicidade formal, que indicia ao aplicador do direito, desde a perspectiva (em abstrato) do legislador, aquilo que é merecedor e necessitado de pena. A partir daí passa-se à análise da correspondência com o conteúdo material do crime no caso concreto.

XI. Para análise do *merecimento de pena*, serão relevantes os critérios apontados acima (VII), que se manifestam no sistema dogmático do crime através do *ilícito-típico e da culpabilidade*. O ilícito-típico analisará se (i) aquele bem jurídico-penal que o legislador buscou proteger através da criação do tipo penal (ii) sofreu, no caso concreto, por meio de uma conduta que criou um risco não permitido, uma ofensa – isto é, uma lesão ou perigo de lesão – e (iii) se essa ofensa foi significativa. A (iv) reprovação subjetiva – princípio da culpabilidade –, por sua vez, atuará em dois âmbitos, na exigência de que o fato tenha sido cometido com dolo ou culpa – tipo subjetivo – e na exigência de que o agente seja responsabilizável pela sua ação – verificação da categoria da culpabilidade.

XII. Verificado o merecimento de pena, haverá ainda mais um grau de análise, correspondente à *necessidade de pena* em relação aos fins que se busca através de sua imposição, para o que serão relevantes os critérios citados *supra* (VIII), que se manifestam no sistema dogmático do crime através da categoria da *punibilidade*, devendo-se analisar se a pena é, no caso concreto, (i) idônea, (ii) necessária e (iii) proporcional em sentido estrito. Entender a punibilidade como momento de avaliação da necessidade de pena dentro do sistema do crime a partir da verificação da utilidade de se punir um fato jurídico-penalmente

desvaloroso – isto é, merecedor de pena –, permite densificar seu conteúdo e possibilita uma melhor compreensão dos elementos que a compõem.

XIII. Além do sistema dogmático do crime, os conceitos de merecimento e necessidade de pena podem contribuir para o estudo de outras disciplinas, como a *determinação da pena* e o *processo penal*. Enquanto na verificação da existência de um crime pelo Judiciário será analisado se há um limiar mínimo de merecimento e necessidade de pena que torne legítima a aplicação de uma sanção penal, na determinação da pena se deverá quantificar o merecimento e a necessidade de pena desse fato concreto dentro da escala fixada pelo legislador (pena mínima e pena máxima), levando-se em consideração outros critérios colocados pelo legislador e as circunstâncias do caso concreto. Também institutos processuais penais, tais como a suspensão condicional do processo e a prescrição, podem ser compreendidos com base nos conceitos de merecimento e necessidade de pena como categorias que estendem para o processo considerações sobre o conceito material de crime.

É claro que a totalidade dessas considerações ainda não permite uma compreensão suficientemente aprofundada acerca do merecimento de pena e da necessidade de pena a partir da qual seja possível uma aplicação direta a situações específicas e complexas. Trata-se, antes, de delimitações e proposições genéricas e que, por isso, precisam de um maior desenvolvimento em todos os âmbitos – política criminal, sistema do crime, determinação da pena, processo penal – com base em problemas mais concretos. O que se pretendeu, entretanto, foi dar passos iniciais em um estudo com foco em tais elementos no Brasil e sistematizar algumas ideias a respeito deles, o que, futuramente, pode contribuir para um maior desenvolvimento por quem se interesse pelo tema.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AFONSO DA SILVA, Virgílio. Princípios e regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção. In: *Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais*. Belo Horizonte: Del Rey, n. 1, p. 607-630, jan./jun. 2003.

_____. O proporcional e o razoável. In: *Revista dos Tribunais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 91, n.º 798, p. 23-50, abril 2002.

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

ALFLEN, Pablo Rodrigo. Bases teóricas do funcionalismo penal alemão. Considerações críticas. In: ILHA DA SILVA, Ângelo Roberto (org.). *Temas de direito penal, criminologia e processo penal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

ANGIONI, Francesco. Condizioni di punibilità e principio di colpevolezza. In: *Revista italiana di diritto i procedura penale*. Milan: A. Giuffrè Editore, out./nov. 1989, fasc. 4. p. 1440-1533.

ÁVILA, Humberto Bergman. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 9. ed. ampl. e atual. São Paulo: Malheiros, 2009.

BARRACLOUGH, Geoffrey. *Introdução à história contemporânea*. 3. ed. Tradução de Álvaro Cabral. Rio de Janeiro: Editora Guanabara, 1975.

BATTAGLINI, Giulio. *Direito penal: parte geral*. Tradução de Paulo José da Costa Jr. e Ada Pelegrini Grinover. São Paulo: Saraiva, 1964.

BAUMER, Franklin Le Van. *O pensamento europeu moderno: volume 2: séculos XIX e XX*. Tradução de Artur Morão. Lisboa; Rio de Janeiro: Edições 70, 1977.

BECCARIA, Cesare. *Dei delitti e delle pene*. Editado por Renato Fabietti. Milão: Mursia, 1973. Disponível em: <<http://www.institutoeduardocorreia.com.br/downloads/15032013142104.pdf>> Acesso em 29 de outubro de 2015.

_____. *Dos delitos e das penas*. Tradução de José de Faria Costa. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2007.

BETTIOL, Giuseppe. *Direito penal*. Volume 1. Tradução de Paulo José da Costa Júnior e Alberto Silva Franco. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1966.

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

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: parte geral*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

BRUNO, Aníbal. *Direito penal: parte geral: tomo 1º*. Introdução – norma penal – fato punível. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1967.

_____. *Direito penal: parte geral: tomo 3º: pena e medida de segurança*. Rio de Janeiro, São Paulo: Forense, 1967.

BUSATO, Paulo César. *Direito penal: parte geral*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Teoria da legislação geral e teoria da legislação penal. In: *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra: Estudos em Homenagem ao Prof. Dr. Eduardo Correia*, Coimbra, número especial, p. 827-858, 1984.

CARVALHO, Érika Mendes de. *Punibilidade e delito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

_____. Las condiciones de procedibilidad y su ubicación sistemática. Una crítica al sistema integral del derecho penal. In: *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, nº 7, 2005. Disponível em: <<http://criminet.ugr.es/recpc/07/recpc07.html>>. Acesso em 02 de novembro de 2015.

COBO DEL ROSAL, Manuel; VIVÉS ANTÓN, Tomás Salvador. *Derecho penal: parte general*. 4. ed. Valência: Tirant Lo Blanch, 1996.

CORREIA, Eduardo. *Direito criminal – I*. Colaboração de Jorge de Figueiredo Dias. reimp. Coimbra: Livraria Almedina, 1997.

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 Ciência Criminal* 2 (1992).

_____. Merecimiento de pena y necesidad de tutela penal como referentes de una doctrina

teleológico-racional del delito. In: FIGUEIREDO DIAS, Jorge de.; SCHÜNEMANN, Bernd (coord.). *Fundamentos de un sistema europeo del derecho penal*. Barcelona: J. M Bosch Editor, 1995.

D'AVILA, Fabio Roberto. A realização do tipo como pedra angular da teoria do crime. Elementos para o abandono do conceito pré-típico de ação e de suas funções. In: *Revista de Estudos Criminais*. Porto Alegre, v. 54, 2014. p. 135-163.

_____. Direito penal e direito administrativo. Elementos para uma distinção qualitativa. In: _____. *Ofensividade em direito penal*. Escritos sobre a teoria do crime como ofensa a bens jurídicos. Porto alegre: Livraria do Advogado, 2009., p. 93-103.

_____. Filosofia e direito penal. Sobre o contributo crítico de um direito penal de base onto-antropológica. In: _____. *Ofensividade em direito penal*. Escritos sobre a teoria do crime como ofensa a bens jurídicos. Porto alegre: Livraria do Advogado, 2009.

_____. *Ofensividade em direito penal*. Escritos sobre a teoria do crime como ofensa a bens jurídicos. Porto alegre: Livraria do Advogado, 2009.

_____. *Ofensividade e crimes ofensivos próprios* (contributo à compreensão do crime como ofensa ao bem jurídico). Coimbra: Coimbra Editora, 2005.

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*. Porto Alegre, n. 57. abr./jul. 2015. p. 205-243.

DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. El control de constitucionalidad de las leyes penales. In: *Revista Española de Derecho Constitucional*. n. 75, set./dez. 2005, p. 59-106.

_____. *La racionalidad de las leyes penales: práctica y teoría*. Madri: Editorial Trotta, 2003.

DOLCINI, Emilio; MARINUCCI, Giorgio. Constituição e escolha dos bens jurídicos. Tradução de José de Faria Costa. In: *Revista Portuguesa de Ciências Criminais*, Coimbra, v. 4, n. 2, p. 151-198, abr./jun. 1994, p. 191.

DOLCINI, Emilio; MARINUCCI, Giorgio. *Corso di diritto penale: le norme penali: fonti e limiti di applicabilità – il reato: nozione, struttura e sistematica*. 3. ed. Milão: Giuffrè Editore, 2001.

DUFF, Antony; GREEN, Stuart P. Introduction: searching for foundations. In: DUFF, Antony; GREEN, Stuart P. (ed.). *Philosophical foundations of criminal law*. Oxford: Oxford

University Press, 2011, p. 1-18.

DUFF, Antony. Punishment, communication and community. In: *Debates in Contemporary Political Philosophy: An Anthology*. Matravers, Derek and Jon Pike, editors. New York: Routledge, 2003, pp. 387-407.

DURKHEIM, Emile. *La división del trabajo social*. 3. ed. Tradução de Luis R. Zúñiga. Madrid: Ediciones Akal, 1995.

DWORKIN, Ronald. *Taking Rights Seriously*. Cambridge: Harvard University Press, 1977.

FARIA COSTA, José de. *Noções fundamentais de direito penal (fragmenta iuris poenalis)*. Introdução – a doutrina geral da infração [a ordenação fundamental da conduta (facto) punível; a conduta típica (o tipo); a conduta ilícita (o ilícito)]. 3. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2012.

_____. *O perigo em direito penal*. (Contributo para sua fundamentação e compreensão dogmáticas.). 1. reimp. Coimbra: Coimbra Editora, 2000.

FEIJOO SANCHEZ, Bernardo. Individualización de la pena e teoría de la pena proporcional al hecho. In: *InDret. Revista para el Análisis del Derecho*, n.1, jan. 2007. Disponível em: <<http://www.indret.com/es/>>. Acesso em 29 de outubro de 2015.

FELDENS, Luciano. *A constituição penal: a dupla face da proporcionalidade no controle de normas penais*. Porto Alegre: Livr. do Advogado, 2005, p. 211.

_____. *Constitucionalismo garantista e neoconstitucionalismo*. Tradução de André Karam Trindade. Disponível em <<http://www.abdconst.com.br/revista3/luigiferrajoli.pdf>>. Acesso em 12 de junho de 2015.

FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón: teoría del garantismo penal*. Tradução de Perfecto Andrés Ibáñez et al. Madrid: Editorial Trotta, 1995.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

FERREIRA DA CUNHA, Maria da Conceição. *Constituição e crime*. Uma perspectiva da criminalização e da descriminalização. Porto: Universidade Católica Portuguesa, 1995.

FIANDACA, Giovanni; MUSCO, Enzo. *Diritto penale: parte generale*. 6. ed. Bolonha:

Zanichelli Editore, 2009.

FIANDACA, Giovanni. Il “bene giuridico” come problema teorico e come criterio di politica criminale. In: *Revista italiana di diritto i procedura penale*. Milan: A. Giuffrè Editore, jan./mar. 1982, fasc. 1. p. 42-81.

FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *Direito penal: parte geral: tomo 1: questões fundamentais: a doutrina geral do crime*. São Paulo; Coimbra: Editora Revista dos Tribunais; Coimbra Editora, 2007.

_____. Para um sistema renovado do facto punível. In: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo, nº 112, p. 107-122, jan./fev. 2015.

FIGUEIREDO DIAS, Jorge de.; SCHÜNEMANN, Bernd (coord.). *Fundamentos de un sistema europeo del derecho penal*. Barcelona: J. M Bosch Editor, 1995.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de direito penal: parte geral*. 16. ed. Atualizado por Fernando Fragoso. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

FREDERICO MARQUES, José de. *Curso de direito penal: v. 3: o delinquente – a sanção penal – a pretensão punitiva*. São Paulo: Saraiva, 1956.

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

FRISCH, Wolfgang. Bien jurídico, derecho, estructura del delito e imputación en el contexto de la legitimación de la pena estatal. Tradução de Ricardo Robles Planas. In: HEFENDEHL, Roland; HIRSCH, Andrew von; WOHLERS, Wolfgang (eds.). *La teoría del bien jurídico ¿Fundamento de legitimación del de recho penal o juego de abalorios dogmatico?* Madrid: Marcial Pons, 2007.

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

_____. Pena, delito y sistema del delito en transformación. Tradução de Ivó Coca Vila. In: *InDret. Revista para el Análisis del Derecho*, n.3, jul. 2014. Disponível em: <<http://www.indret.com/es/>>. Acesso em 29 de outubro de 2015.

GARÓFALO, Raffaele. *Criminologia: estudo sobre o delito e a repressão penal*. Tradução de Júlio de Matos. São Paulo: Teixeira e Irmão Editores, 1893.

GIMBERNAT ORDEIG, Enriquer. *Conceito e método da ciência do direito penal*. Tradução de José Carlos Globbis Pagliuca. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

GRACIA MARTIN, Luis. *Prolegômenos para a luta pela modernização e expansão do direito penal para a crítica do discurso de resistência*. Tradução de Érica Mendes de Carvalho. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2005.

GRECO, Luis. *Modernização do direito penal, bens jurídicos coletivos e crimes de perigo abstrato*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

_____. Introdução à dogmática funcionalista do delito, em comemoração aos trinta anos de política criminal e sistema jurídico-penal de Roxin. In: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo, n. 32, p. 120-163, out./dez. 2000.

_____. Tem futuro a teoria do bem jurídico? Reflexões a partir da decisão do Tribunal Constitucional Alemão a respeito do crime de incesto (§ 173 Strafgesetzbuch). In: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo, n. 82, p. 165-185, jan./fev. 2010.

GRECO, Luis; TÓRTIMA, Fernanda Lara (org.). *O bem jurídico como limitação do poder estatal de incriminar?* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

HASSEMER, Winfried; MUÑOZ CONDE, Francisco. *Introducción a la criminología y al derecho penal*. Valência: Tirant Lo Blanch, 1989.

HASSEMER, Winfried. Linhas gerais de uma teoria pessoal do bem jurídico. In: GRECO, Luis; TÓRTIMA, Fernanda Lara (org.). *O bem jurídico como limitação do poder estatal de incriminar?* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

HEFENDEHL, Roland; HIRSCH, Andrew von; WOHLERS, Wolfgang (eds.). *La teoría del bien jurídico ¿Fundamento de legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmático?* Madrid: Marcial Pons, 2007.

HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. *Linhas fundamentais da filosofia do direito ou direito natural e ciência do estado em compêndio*. Tradução de Paulo Meneses, Agemir Bavaresco et al. São Leopoldo: Ed. Unisinos, 2010.

HEIDEGGER, Martin. *Serenidade*. Tradução de Maria Madalena Andrade e Olga Santos. Lisboa: Instituto Piaget, 2000.

HIRSCH, Andrew von. El concepto de bien jurídico y el “principio del daño”. Tradução de Rafael Alcácer Guirao. In: HEFENDEHL, Roland; HIRSCH, Andrew von; WOHLERS, Wolfgang (eds.). *La teoría del bien jurídico ¿Fundamento de legitimación del de recho penal o juego de abalorios dogmatico?* Madrid: Marcial Pons, 2007.

HÖRNLE, Tatjana. *Determinación de la pena y culpabilidad*. Notas sobre la teoría de la determinación de la pena em Alemania. Buenos Aires: Fabián J. Di Plácido Editor, 2003.

JAREBORG, Nils. Legal dogmatics and the concept of science. In: FREUND, Georg; MURMANN, Uwe; BLOY, René; PERRON, Walter. *Grundlagen und Dogmatik des gesamten Strafrechtssystems*. Festschrift für Wolfgang Frisch zum 70. Geburtstag. Berlin: Duncker & Humblot, 2013.

JAKOBS, Günther. *Derecho penal*. Parte general. Fundamentos e teoría de la imputación. 2. ed. corrigida. Tradução de Joaquin Cuello Contreras e José Luis Serrano Gonzalez de Murillo. Madrid: Marcial Pons, 1997.

_____. *Sociedad, norma y persona em una teoría de un derecho penal funcional*. Tradução de Manuel Cancio Meliá e Bernardo Feiíoo Sánchez. Madrid: Civitas, 1996.

JESCHECK, Hans-Heinrich. *Tratado de derecho penal*. Parte general. 4. ed. Tradução de José Luis Manzanares Samaniego. Granada: Editorial Comares, 1993.

JESUS, Damásio Evangelista de. *Direito penal: v.1: parte geral*. 28. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes*. Tradução de Paulo Quintela. Lisboa: Edições 70, 2005.

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

LIPOVETSKY, Gilles. A era do após-dever. In: MORIN, Edgar; PRIGOGINE, Ilya (orgs.). *A sociedade em busca de valores: para fugir à alternativa entre o cepticismo e o dogmatismo*. Lisboa: Instituto Piaget, 1996.

LISZT, Franz von. *La idea de fin en el derecho penal*. Ciudad Universitária:9 Universidad Nacional Autónoma de México, 1994.

_____. *Tratado de derecho penal*. Tomo segundo. Tradução de Luis Jiménez de Asúa. Madri: Hijos de Reus Editores, 1916.

LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel. *Curso de derecho penal: parte general 1*. Madri: Editorial Universitas, 1996.

_____. La relación del merecimiento de pena y de la necesidad de pena en la estructura del delito. In: FIGUEIREDO DIAS, Jorge de.; SCHÜNEMANN, Bernd (coord.). *Fundamentos de un sistema europeo del derecho penal*. Barcelona: J. M Bosch Editor, 1995.

MANTOVANI, Ferrando. *Principi di diritto penale*. Padova: CEDAM, 2002.

MAURACH, Reinhart. *Tratado de derecho penal*. Tradução de Juan Cordoba Roda. Barcelona: Ediciones Ariel, 1962.

MIR PUIG, Santiago. *El derecho penal en el estado social y democrático de derecho*. Barcelona: Editorial Ariel, 1994.

_____. *Introducción a las bases del derecho penal*. Concepto y método. 2. ed. Motevideu; Buenos Aires: B de F; Euros Editores, 2003.

MUÑOZ CONDE, Francisco; GARCÍA ARÁN, Mercedes. *Derecho penal: parte general*. . ed. Valencia: Tirant Lo Blanch, 1996.

OSSANDÓN WIDOW, Maria Magdalena. *La formulación de los tipos penales: valoración crítica de los instrumentos de técnica legislativa*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2009.

PALAZZO, Francesco C. *Valores constitucionais e direito penal*. Tradução de Gerson P. dos Santos. Porto Alegre: Fabris, 1989.

PALIERO, Carlo Enrico. Il principio di effettività del diritto penale. In: *Revista italiana di diritto i procedura penale*. Milan: A. Giuffrè Editore, abr./jun. 1990, fasc. 2. p. 430-544.

PASCHOAL, Janáina Conceição. *Constituição, criminalização e direito penal mínimo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

POLAINO NAVARRETE, Miguel. *Derecho penal*. Parte general. Tomo I. Fundamentos científicos del derecho penal. Barcelona: Editorial Bosch, 2001.

PRADO, Luiz Regis. *Bem jurídico-penal e Constituição*. 4. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

_____. *Curso de direito penal brasileiro*: volume 1: parte geral, arts. 1º a 120. 5. ed. rev. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

PRITTWITZ, Cornelius. El derecho penal alemán: ¿fragmentario? ¿subsidiario? ¿ultima ratio? Reflexiones sobre la razón y límites de los principios limitadores del Derecho penal. Tradução de María Teresa Castiñeira Palou. In: ROMEO CASABONA, Carlos María (ed.). *La insostenible situación del derecho penal*. Granada: Editorial Comares, 2000.

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

_____. (org.). *Límites al derecho penal*: principios operativos en la fundamentación del castigo. Barcelona: Atelier, 2012.

ROMAGNOSI, Gian Domenico. *Genesi del diritto penale*. Milão: Giuffrè Editore, 1996.

ROMANO, Mario. “Merecimiento de pena”, “necesidad de pena” y teoría del delito. Tradução de Pablo Sánchez-Ostiz Gutiérrez. In: FIGUEIREDO DIAS, Jorge de.; SCHÜNEMANN, Bernd (coord.). *Fundamentos de un sistema europeo del derecho penal*. Barcelona: J. M Bosch Editor, 1995.

ROXIN, Claus. A culpabilidade e sua exclusão no direito penal. Tradução de Luís Greco. In: *Estudos de direito penal*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

_____. *Derecho penal*: parte general: fundamentos: la estructura de la teoría del delito. v1. Tradução de Diego-Manuel Luzón Peña et al.. Madrid: Civitas, 1997.

_____. El concepto de bien jurídico como instrumento de crítica legislativa sometido a examen. Tradução de Manuel Cancio Meliá. In: *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*. n. 15-01. Granada: Universidad de Granada, 2013. Disponível em: <<http://criminet.ugr.es/recpc/15/recpc15-01.pdf>>. Acesso em 07 de novembro de 2015.

_____. Normativismo, política criminal e dados empíricos na dogmática do direito penal. Tradução de Luís Greco. In: *Estudos de direito penal*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

_____. Que comportamentos pode o estado proibir sob ameaça de pena? Sobre a legitimação das proibições penais. Tradução de Luís Greco. In: *Estudos de direito penal*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

_____. Sentido e limites da pena estatal. Tradução de Ana Paula dos Santos e Luis Natscheradetz. In: *Problemas fundamentais de direito penal*. 3.ed. Lisboa: Vega, 1998.

SAUER, Guillermo. *Derecho penal: parte general*. Tradução de Juan del Rosal e José Cerezo. Barcelona: Bosch, 1956.

SCALCON, Raquel Lima. *Ilícito e pena: modelos opostos de fundamentação do direito penal contemporâneo*. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2013.

_____. *Mandados constitucionais (implícitos) de criminalização*. Monografia de Conclusão de Curso – UFRGS. Porto Alegre, 2009. Disponível em <<http://www.lume.ufrgs.br/bitstream/handle/10183/31323/000779559.pdf?>>. Acesso em 17 de outubro de 2015.

SCHÜNEMANN, Bernd. Introducción al razonamiento sistemático en derecho penal. In: SCHÜNEMANN, Bernd (compilador). *El sistema moderno del derecho penal: cuestiones fundamentales*. Estudios en honor de claus roxin en su 50.º aniversario. Tradução de Jesús-María Silva Sanchez. Madrid: Editorial Tecnos, 1991, p. 31-80.

SEHER, Gerhard. La legitimación de las normas penales basada en principios y el concepto de bien jurídico. Tradução de Rafael Alcácer Guirao. In: HEFENDEHL, Roland; HIRSCH, Andrew von; WOHLERS, Wolfgang (eds.). *La teoría del bien jurídico ¿Fundamento de legitimación del de recho penal o juego de abalorios dogmatico?* Madrid: Marcial Pons, 2007.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. *Aproximación al derecho penal contemporáneo*. Barcelona: Bosch, S.A., 1992.

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

_____. *La expansión del derecho penal*. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales. 2. ed. Madrid: Civitas, 2001.

_____. La teoría de la determinación de la pena como sistema (dogmático): un primer esbozo. In: *InDret. Revista para el Análisis del Derecho*, n.2, abr. 2007. Disponível em: <<http://www.indret.com/es/>>. Acesso em 29 de outubro de 2015.

SPORLEDER DE SOUZA, Paulo Vinicius. Princípios jurídico-penais legitimadores da teoria do delito punível. In: *Revista Jurídica Consulex*, ano XVII, nº 399, set. 2013, p. 62-3.

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

STRATENWERTH, Günter. *Derecho Penal*. Parte General I. El Hecho Punible. 4ª ed. Tradução de de Manuel Cancio Meliá e Marcelo A. Sancinetti. Madrid: Civitas, 2005

STUCKENBERG, Carl-Friedrich. As deficiências constitucionais da teoria do bem jurídico. Tradução de Lucas Minorelli. In: *Revista Eletrônica de Direito Penal e Política Criminal*. Porto Alegre v. 2, n. 1, nov. 2014. Disponível em: <<http://seer.ufrgs.br/index.php/redppc/article/view/51810/31972>>. Acesso em: 16 de outubro de 2015.

TAVARES, Juarez Estevam Xavier. *Teoria do delito*. 1. ed. São Paulo: Estudio Editores, 2015.

WEBER, Max. *Economia y sociedad*. Esbozo de sociología comprensiva. Tradução de José Medina Echavarría, Juan Roura Parella, Eugenio Ímaz, Eduardo García Máynez y José Ferrater Mora. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica, 1992.

WELZEL, Hans. *Derecho penal: parte general*. Buenos Aires: Roque Depalma, 1956.

WOLTER, Jürgen; FREUND, Georg (eds.). *El sistema integral del derecho penal: delito, determinación de la pena y proceso penal*. Tradução de Guillermo Benlloch Petit et al. Madrid: Marcial Pons, 2004.

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

ZIPF, Heinz. *Introducción a la política criminal*. Tradução de Miguel Izquierdo Macías-Picavea. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1979.