

# A MATERIALIZAÇÃO DA ANTIJURIDICIDADE NA DOGMÁTICA JURÍDICO-PENAL: ANÁLISE DESDE A TEORIA CRÍTICA DO DELITO

## THE SUBSTANTIVE RATIONALITY IN CRIMINAL LAW THEORY: AN ANALYSIS THROUGH THE LENSIS OF THE CRITICAL THEORY OF CRIME

SALO DE CARVALHO\*

### RESUMO

O ensaio apresenta as insuficiências do positivismo jurídico-penal na instrumentalização dogmática da antijuridicidade material e, posteriormente, a proposição neokantiana das discriminantes supralegais como forma de solucionar as lacunas e antinomias dos ordenamentos jurídicos. A partir da perspectiva weberiana da materialização do direito, o estudo procura demonstrar dois movimentos distintos na teoria do crime: a perversão autocrática das garantias penais e a ampliação democrática dos espaços de liberdade. Assim, classifica duas formas de materialização do direito penal (materialização emancipatória e materialização autoritária) e identifica, desde a perspectiva de uma teoria crítica do delito, as discriminantes supralegais como uma das ferramentas possíveis de redução dos danos provocados pela razão punitiva.

**PALAVRAS-CHAVE:** Antijuridicidade Material. Teoria Crítica do Delito. Teoria do Delito. Teoria Crítica.

### ABSTRACT

*The article presents the inadequacies of the criminal law studies positivism to apply the substantive unlawful, and introduces the neo-Kantian proposition of supralegal exclusion causes as a way of resolving the gaps and antinomies of the legal system. Employing the Weberian perspective of the substantive rationality, the study seeks to demonstrate two distinct movements in theory of crime: the autocratic perversion of criminal guarantees and the democratic expansion of spaces of freedom. Thus, it classifies two forms of substantive rationality in theory of crime (emancipatory and authoritarian goal-oriented rationalities), and identifies supralegal exclusion causes, through the perspective of a critical theory of crime, as one of the possible tools to reduce harm caused by the punitive reasoning.*

**KEYWORDS:** *Substantive Unlawful. Substantive Rationality. Critical Theory of Crime. Theory of Crime. Critical Theory.*

## 1. COLOCAÇÃO DO PROBLEMA: A INSUFICIÊNCIA DO POSITIVISMO NA ANÁLISE DA ANTIJURIDICIDADE

### 1.1.

Deve-se a Franz von Liszt a partição da antijuridicidade nas dimensões formal e material. O injusto, sob o aspecto *formal*, corresponderia à transgressão da norma do Estado. Mas para além da violação de um preceito proibitivo ou

\* Mestre (UFSC) e Doutor (UFPR) em Direito. Professor Adjunto de Direito Penal e Criminologia, Faculdade Nacional de Direito (UFRJ). E-mail: salo.carvalho@uol.com.br.

imperativo (mandamental), a ilegalidade criminal de uma conduta se expressaria no efetivo dano<sup>1</sup> ou no perigo de dano<sup>2</sup> aos bens jurídicos penalmente protegidos.<sup>3</sup>

Na construção de Liszt, uma conduta é *formalmente ilícita* quando contradiz o preceito incriminador e é *materialmente ilícita* quando socialmente danosa. Ensina Antolisei que, para Liszt, a forma da antijuridicidade tem como referência o comando legal; já o seu conteúdo (antijuridicidade material) é indicado pelo dano ou perigo de dano aos interesses do indivíduo ou às necessidades da coletividade, ambos (interesses e necessidades) protegidos pelo direito. Assim, “a antijuridicidade material, segundo esta concepção, não é nada mais do que a antissocialidade da ação; que preexiste à valoração do legislador, o qual a encontra e não a cria.”<sup>4</sup> <sup>5</sup> Nos termos de Reale Jr., no positivismo “o que torna a lesão antijurídica é o seu caráter antissocial, que é pelo legislador apreendido, pois preexiste à elaboração normativa. Não poderá haver infração apenas antissocial, mas devem coexistir a ilegalidade formal e a material.”<sup>6</sup>

A antissocialidade do fato punível seria um elemento pré-jurídico que se concretiza na lesão (ou no perigo de lesão) ao bem jurídico. Desta forma, Aníbal Bruno entende que “o núcleo desse conceito [antijuridicidade material] não é a relação contraditória entre o fato e a norma, mas o contraste entre o fato e as condições existenciais da sociedade, as condições de estabilidade e persistência da vida associada, condições que tuteladas pelo Direito se constituem em bens jurídicos.”<sup>7</sup>

Os valores que se expressam nos bens jurídicos e que representam o conteúdo normativo pré-típico orientam o processo de construção normativa. Seriam diretrizes que apontam a necessidade de harmonização das leis com a realidade e as exigências do corpo social. Em alguns casos, estes parâmetros podem ser ignorados quando, p. ex., o legislador deixa impune condutas que

---

1 “Convertendo os interesses da vida humana em bens jurídicos, isto é, em interesses juridicamente protegidos, o direito proíbe, sem que se faça mister uma declaração expressa, toda lesão ou ofensa a tais interesses.” (Liszt, Franz von. *Tratado de Direito Penal Alemão*. t. 1. Rio de Janeiro: Briguiet & C. Editores, 1899, p. 219; na versão castelhana, Liszt, Franz von. *Tratado de Derecho Penal*. t. 2., 4. ed. Madrid: Editorial Preus, 1999, p. 336).

2 “(...) o direito proíbe também, dados certos requisitos e dentro de certos limites, que se ponham em perigo os interesses juridicamente protegidos.” (Liszt, Franz von. *Tratado de Direito Penal Alemão*. t. 1. Rio de Janeiro: Briguiet & C. Editores, 1899, p. 220; na versão castelhana, Liszt, Franz von. *Tratado de Derecho Penal*. t. 2., 4. ed. Madrid: Editorial Preus, 1999, pp. 336-338).

3 Liszt refere, ainda, condutas que envolvem ordinariamente perigo aos bens jurídicos, mas que não são necessariamente equivalentes aos pressupostos gerais da lei penal. Diferente do injusto criminal (duas primeiras hipóteses: dano e perigo de dano), corresponderia a um injusto policial (simples desobediência, p. ex.). (Liszt, Franz von. *Tratado de Direito Penal Alemão*. t. 1. Rio de Janeiro: Briguiet & C. Editores, 1899, p. 220; na versão castelhana, Liszt, Franz von. *Tratado de Derecho Penal*. t. 2., 4. ed. Madrid: Editorial Preus, 1999, p. 338).

4 Antolisei, Francesco. *Manuale di Diritto Penale: parte generale*. Milano: Giuffrè, 1997, p. 199.

5 As citações em língua estrangeira foram livremente traduzidas pelo autor.

6 Reale Jr., Miguel. *Antijuridicidade Concreta*. São Paulo: Bushatsky, 1973, p. 110.

7 Bruno, Aníbal. *Direito Penal: parte geral*. t. 01. Rio de Janeiro: Forense, 1967, p. 342.

ameaçam as condições sociais de existência. Nestes casos, porém, a legalidade cria uma barreira e “por mais profunda que seja a contradição entre este [ato] e os interesses sociais, desde que nenhuma norma jurídica o proíbe, falta-lhe a verdadeira antijuridicidade.”<sup>8</sup> Assim, se o critério substancial que sustenta a antijuridicidade pode ser eventualmente transgredido pelo legislador, o formal, que se expressa no princípio da legalidade, sempre subordina o julgador, impedindo um juízo criminalizador se inexistente uma norma proibitiva.

## 1.2

Em paralelo ao juízo que afirma a antijuridicidade, é possível notar que em certos casos o fato se realiza sob a influência de determinadas circunstâncias que justificam e tornam lícita a lesão destes interesses juridicamente tutelados. Desta forma, a análise da antijuridicidade também corresponderia à averiguação da existência de “(...) causas que por exceção tiram ao crime o caráter de ilegalidade.”<sup>9</sup> As causas de justificação descritas e trabalhadas por Liszt são a legítima defesa; o estado de necessidade; a coação irresistível; o dever funcional resultante de cargo em estruturas hierárquicas (militares, p. ex.); o exercício do poder correccional ou disciplinar (pais e mestres, p. ex.); o exercício regular da profissão (médicos, p. ex.); o consentimento do ofendido; a autolesão; e a livre expressão de ideias em debates parlamentares.

Dois problemas concretos relativos aos tipos permissivos impulsionaram a reflexão de Liszt sobre a antijuridicidade material. Ao analisar a formulação legal das causas de justificação no Código Penal do Império (1871), Liszt identifica significativas lacunas no tratamento do *estado de necessidade* e das *ações socialmente adequadas*. O art. 54 do Código bismarckiano previa que “a ação não é punível, quando o agente, fora do caso da legítima defesa [e da coação irresistível, acrescenta Liszt nos comentários], mas em estado de necessidade a que não deu causa e que de outro modo não podia desviar, a praticou para salvar o seu corpo ou a sua vida, ou o corpo ou a vida de um parente.”

Liszt demonstra que a formulação da discriminante não permitia reconhecer o estado de necessidade (ou a adequação social) de uma conduta quando outros bens jurídicos, além da vida e da integridade física, ou outros sujeitos, além dos parentes, estivessem em perigo real de dano – p. ex., a liberdade individual, a honra (da mulher) e os interesses políticos. A redação do estado de necessidade no Código Penal de 1871 apresentava, inclusive, uma divergência com o instituto da legítima defesa que, redigido de forma mais ampla, admitia

8 Bruno, Aníbal. *Direito Penal: parte geral*. t. 01. Rio de Janeiro: Forense, 1967, p. 344.

9 Liszt, Franz von. *Tratado de Direito Penal Alemão*. t. 1. Rio de Janeiro: Briguiet & C. Editores, 1899, p. 222; na versão castelhana, Liszt, Franz von. *Tratado de Derecho Penal*. t. 2., 4. ed. Madrid: Editorial Preus, 1999, p. 339.

a reação à agressão injusta e atual, mediante a ofensa de interesses jurídicos do agressor, para tutela de quaisquer bens jurídicos, próprios ou de terceiros.<sup>10</sup>

No entanto, Zaffaroni e Batista anotam que, embora para Liszt a antijuridicidade material fosse algo presente na realidade social da aplicação do direito, sua orientação positivista (objetivismo valorativo) não permitia que, em caso de divergência entre forma e conteúdo – p. ex., a criminalização de um ato não-contrário aos interesses da comunidade –, o juiz se afastasse da legislação sob a orientação material da antijuridicidade.<sup>11</sup> O limite formal da lei, portanto, não poderia ser ultrapassado, motivo pelo qual o julgador não poderia recorrer a elementos externos para deixar de aplicar os comandos normativos.

Desde esta perspectiva, apesar do reconhecimento das lacunas e das antinomias do ordenamento jurídico e da dimensão material da ilicitude, a formulação positivista clássica não permitiria outra possibilidade senão a da afirmação do caráter *numerus clausus* das justificantes, pensando-se em uma resposta dogmática à indagação de Paulo José da Costa Júnior: “a enumeração dos tipos permissivos, contidos nos incisos do art. 23 [do Código Penal brasileiro], é taxativa ou meramente exemplificativa?”<sup>12</sup>

## 2. A ANTIJURIDICIDADE NAS PERSPECTIVAS NEOKANTIANAS

### 2.1

A partir do neokantismo, a dimensão material da antijuridicidade não será apenas reconhecida (como no modelo positivista), mas a hipótese das *discriminantes supralerais* será instrumentalizada para aplicação judicial. A necessidade prática de suprir as lacunas legais (art. 54 do Código Penal bismarckiano, p. ex.) e a retomada da dimensão filosófica na formação do pensamento jurídico-penal permitirão que, a partir da materialização da antijuridicidade, sejam reavaliados os horizontes das causas de justificação e, em consequência, ampliados os espaços de liberdade individual.

Reale Jr. sintetiza com precisão o cenário político e as circunstâncias jurídicas que originaram o debate sobre a antijuridicidade material: (*primeiro*) a crise do direito (leia-se: o esgotamento do modelo normativo do Império bismarckiano); (*segundo*) o ressurgimento da filosofia (leia-se: a recuperação da filosofia, via neokantismo, em oposição ao cientificismo de base positivista); (*terceiro*) a preocupação com o direito justo (leia-se: o surgimento de modelos

10 “Ao contrário do que dispõe a respeito da legítima defesa, a lei só equipara à própria salvação a salvação do próximo parente, como auxílio.” (Liszt, Franz von. *Tratado de Direito Penal Alemão*. t. 1. Rio de Janeiro: Briguiet & C. Editores, 1899, p. 240; na versão castelhana, Liszt, Franz von. *Tratado de Derecho Penal*. t. 2., 4. ed. Madrid: Editorial Preus, 1999, p. 354).

11 Zaffaroni, Eugenio Raúl & Batista, Nilo. *Direito Penal Brasileiro*. v. 2., t. 2. Rio de Janeiro: Revan, 2017, p. 35.

12 Costa Jr., Paulo José. *Direito Penal: curso completo*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 110.

teóricos críticos à filosofia dos valores, notadamente os inspirados no próprio neokantismo, como os de Stammler, Ehrlich e Kantorowicz); e (*quarto*) a problemática do estado de necessidade e da ação socialmente adequada (leia-se: o déficit dogmático para enfrentar as lacunas e as antinomias do ordenamento jurídico).<sup>13</sup>

O neokantismo, movimento intelectual que dominou a filosofia germânica a partir da última década do século XIX, se coloca no *interior do campo jurídico* como uma perspectiva eminentemente antipositivista.<sup>14</sup> Se as formas do positivismo (dogmático e criminológico) se harmonizam com as velhas estruturas políticas do Segundo Reich, a retomada da filosofia, através do neokantismo, espelha a expectativa de renovação dos intelectuais alemães, sobretudo do fortalecimento do pensamento liberal.<sup>15</sup>

Mas se o neokantismo, em uma dimensão negativa e desde o plano geral das ciências, estabelece os pressupostos da crítica ao positivismo (e ao materialismo), em sua dimensão positiva (sistematizadora) irá deflagrar dois movimentos bastante distintos: a perspectiva *lógica* (Cohen, Natorp e Cassirer); e a perspectiva *axiológica* (Windelband, Rickert e Lask). Ambas as tendências impactam na teoria geral do direito e, logicamente, na ciência jurídico-penal (Escola de Marburgo: neokantismo lógico-jurídico; Escola de Baden: neokantismo jurídico-axiológico).<sup>16</sup>

13 Reale Jr., Miguel. *Antijuridicidade Concreta*. São Paulo: Bushatsky, 1973, p. 123.

14 Destaca-se a perspectiva antipositivista no *interior do campo jurídico* em razão da tese que sustenta ter o neokantismo realizado conciliações no plano extrassistemático, ou seja, de não ter rompido efetivamente com a matriz científica do positivismo no plano macro (epistemológico). Sustenta Vera Andrade que a recepção do neokantismo não teria implicado uma mudança estrutural, mas provocado uma consolidação, uma espécie de sincretismo metodológico no qual a dogmática “(...) seguiu ancorada num *approach* juspositivista supervalorizando os aspectos lógico-formais e técnicos na sua tarefa de construção jurídico-penal, não obstante o complemento de elementos subjetivo-valorativos na construção da teoria do delito.” (Andrade, Vera. *A Ilusão de Segurança Jurídica: do controle da violência à violência do controle penal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997, p. 111).

É inegável que o neokantismo provocou inúmeras alterações na forma de interpretação e na ordenação das categorias dogmáticas, sobretudo as da teoria do delito. Todavia, tais alterações, conforme a autora, operariam desde dentro, no interior do modelo jurídico-penal, permanecendo o positivismo como matriz epistemológica e, sobretudo, ideológica de ciência. Neste sentido, Andrade, Vera. *Dogmática Jurídica: esboço de sua configuração e identidade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1996, pp. 55-73.

15 Neste sentido, conferir, sobretudo, Ringer, Fritz K. *O Declínio dos Mandarins Alemães: a comunidade acadêmica alemã, 1890-1933*. São Paulo: EdUSP, 2000, pp. 91-130 e pp. 275-2324; e Köhnke, Klaus Christian. *Surgimiento y Auge del Neokantismo: la Filosofía universitaria alemana entre el idealismo y el positivismo*. México: FCE, 2011, pp. 15-24 e 311-376. De igual forma, Ferrari, Massimo. Neokantismo come Filosofia della Cultura: Wilhelm Windelband e Heinrich Rickert in *Revue de Métaphysique et de Morale*, v. 03, 1998, pp. 367-388; Ferreira, Jonatas. A Teoria do Valor de Windelband e Rickert: fundamentos temporais de uma teoria do conhecimento in *Estudos de Sociologia (Revista do Programa de Pós-Graduação em Sociologia da UFPE)*, v. 05, n. 02, 1999, pp. 69-93; e García Ruiz, Pedro Enrique. Ontología Fundamental o Teoría del Conocimiento? Heidegger crítico del Neokantismo in *Signos Filosóficos*, n. 07, 2000, pp. 125-150.

16 Neste sentido, conferir sobretudo González Vicén, Felipe. El Neokantismo Jurídico Axiológico

## 2.2

Conforme ensina Reale Jr., Graf zu Dohna (Escola de Marburgo), ao fundamentar a antijuridicidade material na teoria do direito justo de Stammler e na teoria das normas de Binding, irá reagir à visão estrita do positivismo procurando alternativas às insuficiências do Código de 1871. Dohna redimensiona o instituto do estado de necessidade ao aplicar o *princípio do meio idôneo para o fim justo* (Stammler) como critério de interpretação da conduta regulada pela norma. Assim, através de um “balanço de bens”, amplia a aplicação da discriminante para situações não previstas em lei – “(...) há determinadas ações, não legalmente justificadas, que não podem ser consideradas ilícitas, por exemplo, quando se sacrifica um interesse inferior em benefício de outro superior, ou a atividade cirúrgica do médico, ou o direito do mestre de castigar os seus discípulos.”<sup>17</sup>

Embora Antolisei classifique como *vago* o critério estabelecido por Graf zu Dohna para fundamentar a antijuridicidade material e, em consequência, permitir a incidência *praeter legem* da discriminante do estado de necessidade, reconhece a influência e a expansão da tese do *princípio do meio justo para um fim justo* para a dogmática italiana, notadamente na teoria de De Marsico.<sup>18</sup>

A tese do “balanço de bens” aplicada aos tipos permissivos do estado de necessidade foi reconhecida pelo Supremo Tribunal da República de Weimar em 1927, ao ser considerada lícita a prática do aborto terapêutico (hipótese na qual a gravidez causa risco de vida à gestante).<sup>19</sup> Na dogmática nacional, p. ex., Hungria justificava a possibilidade da aplicação da discriminante geral do estado de necessidade aos casos de aborto terapêutico mesmo nas hipóteses de silêncio legislativo: “a riscar-se o art. 128 do Código Penal, ter-se-iam de riscar, também, os arts. 19, n. I, 20 e 146, § 3º, I. ainda que não tivesse sido

*in Anuario de Filosofía del Derecho*, v. 03, 1986, pp. 249-280; e González Vicén, Felipe. Sobre el Neokantismo Logico-Jurídico *in Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, v. 02, 1985, pp. 27-54.

17 Dohna *apud* Reale Jr., Miguel. *Antijuridicidade Concreta*. São Paulo: Bushatsky, 1973, p. 110.

18 Antolisei, Francesco. *Manuale di Diritto Penale: parte generale*. Milano: Giuffrè, 1997, p. 200.

19 “A necessidade da elaboração de uma excludente supralegal de ilicitude surgiu na jurisprudência alemã, através da sentença de 11 de março de 1927, cujo objeto de juízo era um aborto praticado por médico com o fim de salvar a gestante, que sofria de problemas psicológicos graves. O estado de necessidade estatuído pela lei alemã não pode beneficiar a ação do médico, visto que a excludente apenas se aplica ao terceiro que age em benefício de parente. Inexistia expressa disposição legal que limitasse o aborto terapêutico, em razão do que a jurisprudência, atendendo ao interesse social superior, considerou legítima a ação, através de excludente supralegal, fundada no balanço dos bens. A sentença de 11 de março de 1927 instituiu a excludente supralegal, dando origem à teoria diferenciadora: o estado de necessidade, se fundado no balanço de bens, objetivamente valorados, extensivo portanto à ação, necessitada cometida por terceiro, exclui a antijuridicidade; o estado de necessidade, segundo os termos do art. 54 do Código alemão, afasta a culpabilidade, aplicável apenas quando não se configura a excludente supralegal.” (Reale Jr., Miguel. *Dos Estados de Necessidade*. São Paulo: Bushatsky, 1971, p. 74).

explicitamente declarada a licitude penal do aborto terapêutico, nenhum juiz deixaria de incluí-lo na casuística do *necessitas caret legem*.<sup>20</sup>

### 2.3

Na tradição do culturalismo de Baden, o tema da antijuridicidade material será desenvolvido e aprofundado por Max Ernst Mayer já no início do século XX, em “Normas Jurídicas e Normas de Cultura” (1903). Na tese, desde o plano da teoria geral do direito, Mayer irá estabelecer parâmetros de fundamentação da dogmática e, no caso específico do direito penal, irá direcionar a orientação axiológico-culturalista à interpretação das categorias analíticas do delito.

Segundo o autor, as normas de cultura que expressam valores e interesses sociais constituem elementos pré-jurídicos; elementos que não são criados, mas apenas reconhecidos pelo direito como bens jurídicos.<sup>21</sup> Neste sentido, a antijuridicidade significaria a contrariedade que se estabelece entre a conduta e a norma de cultura: “(...) Mayer chega à conclusão de que a ordem jurídica é uma ordem de cultura e como infração às normas de cultura concebe o ilícito. A sociedade é uma comunidade de interesses que tutela o seu conjunto no conceito unitário de cultura. Normas de cultura são ordens e proibições pelas quais uma sociedade exige o comportamento que corresponde ao seu interesse.”<sup>22</sup> Aceitação, conhecimento e correspondência com as normas de cultura seriam as condições gerais que tornam uma conduta obrigatória e que, ao mesmo tempo, justificam a coação penal nos casos de violação às normas jurídicas.<sup>23</sup>

20 Hungria, Néelson & Fragoso, Heleno C. *Comentários ao Código Penal*. v. 5. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979, p. 307.

Artigos do Código Penal de 1940, citados por Hungria: “art. 19. Não há crime quando o agente pratica o fato: I - em caso de necessidade”; “art. 20. Considera-se em estado de necessidade quem pratica o fato para salvar de perigo atual, que não provocou por sua vontade, nem podia de outro modo evitar, direito próprio ou alheio, cujo sacrifício, nas circunstâncias, não era razoável exigir-se”; “Art. 128. Não se pune o aborto praticado por médico: I - se não há outro meio de salvar a vida da gestante (...)”; e “Art. 146. Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, ou depois de lhe haver reduzido, por qualquer outro meio, a capacidade de resistência, a não fazer o que a lei permite, ou a fazer o que ela não manda (...); § 3º Não se compreendem na disposição deste artigo: I - a intervenção médica ou cirúrgica, sem o consentimento do paciente ou de seu representante legal, se justificada por iminente perigo de vida (...)”.

21 “A função do Direito não é criar, mas a de reconhecer interesses. Se se quer saber como surgiram esses interesses, deve-se voltar ao estudo da história da cultura, ainda que não se deva esquecer que alguns interesses fundamentais pertençam à natureza do ser humano. O reconhecimento pelo Estado significa, porém, selecionar – junto aos interesses reconhecidos estão os não reconhecidos – e dar forma – junto ao conteúdo e extensão reconhecidos do interesse se encontram os não reconhecidos – e, em decorrência, se estabelece a tutela. O Direito cria um grupo de interesses juridicamente tutelados. E se, ao invés, falarmos de bens, mudamos apenas a expressão (através de uma modificação, aqui, insignificante): o Direito eleva os bens a bens jurídicos, é tutela de bens jurídicos.” (Mayer, Max Ernst. *Derecho Penal: parte general*. Montevideo: BdeF, 2007, p. 26).

22 Asúa, Luiz Jiménez. *Principios de Derecho Penal: la ley y el delito*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, s/d, p. 275.

23 “A partir da coincidência das normas jurídicas com as normas de cultura fica demonstrado

Em relação à antijuridicidade material, a questão ganha relevo quando se verificam divergências entre as normas jurídicas e as normas de cultura. Mayer desenvolve o tema a partir de alguns casos exemplares. O primeiro explorado pelo autor é o de um campesino que, ao surpreender um jovem de quatorze anos furtando frutas da sua horta, o teria “disciplinado” com bofetadas, a pedido do seu pai. Mayer indaga se apesar de a conduta configurar o delito de lesões corporais, o campesino teria efetivamente atuado de modo contrário ao dever, em oposição às normas de cultura. Argumenta que em razão de inexistir um tipo legal permissivo que concedesse ao campesino o “direito de correção”, a conduta seria formalmente antijurídica, fato que seria confirmado em forma de condenação pela maioria dos magistrados alemães, pois esta orientação estaria conforme a jurisprudência do Tribunal Supremo do Império.<sup>24</sup> No entanto, Mayer entende que “(...) o ato sequer objetivamente seria contrário ao dever, posto que inexistente em nossos costumes e na nossa moral uma norma [norma de cultura] que desaprove a conduta [corretiva] do campesino.”<sup>25</sup>

Mayer apresenta, ainda, outros dois casos que justificariam, como na hipótese do “direito de correção”, a exclusão (material) da ilicitude do fato: o médico que realiza uma intervenção cirúrgica sem autorização expressa do paciente; a anciã que segue o antigo costume da comunidade de apropriar-se do dinheiro encontrado casualmente. No caso do médico, as diretrizes profissionais, compreendidas como espécies de norma de cultura, justificariam o ato e impediriam a atribuição de responsabilidade penal pelo resultado formalmente antijurídico; no caso da anciã, igualmente estaria excluída qualquer forma de responsabilização pois, segundo a tradição (direito consuetudinário), acontecimentos desta natureza seriam interpretados como bênçãos divinas (“o bom Deus havia enviado o dinheiro”), sendo contrário às normas de cultura a conduta oposta, isto é, desfazer-se da graça concedida.<sup>26</sup>

Os casos trazidos por Graf zu Dohna e por Max Ernst Mayer (direito de correção e intervenção médico-cirúrgica) são igualmente trabalhados por Sauer e por Mezger e, para ambos os autores, seriam situações excepcionais que

---

que as leis são obrigatórias, inclusive para aquele que nada sabe delas.” (Mayer, Max Ernst. *Normas Jurídicas y Normas de Cultura*. Buenos Aires: Hammurabi, 2000, p. 60).

24 “Muitos juristas estariam, no nosso exemplo, inclinados a sustentar que o tipo de lesões corporais está perfectibilizado e que o autor teria conhecimento dos elementos do tipo, ou ainda, quem sabe, que não há um parágrafo [no Código] que conceda ao campesino o direito de correção (...). A maioria dos tribunais alemães, de acordo com a jurisprudência do Tribunal Supremo do Império, teria condenado o campesino.” (Mayer, Max Ernst. *Normas Jurídicas y Normas de Cultura*. Buenos Aires: Hammurabi, 2000, pp. 126-127).

25 Mayer, Max Ernst. *Normas Jurídicas y Normas de Cultura*. Buenos Aires: Hammurabi, 2000, p. 126.

26 Mayer, Max Ernst. *Normas Jurídicas y Normas de Cultura*. Buenos Aires: Hammurabi, 2000, pp. 142-143.



justificariam a aplicação *praeter legem* dos tipos permissivos.<sup>27</sup> E é exatamente esta problematização sobre os limites da antijuridicidade (formal), em especial o caso do estado de necessidade que “(...) deu causa, em vista da impossibilidade de sua aplicação a certas situações, à elaboração tanto da teoria da antijuridicidade material, como da culpabilidade normativa.”<sup>28</sup>

### 3. A PERVERSÃO DO DIREITO SOB O TOTALITARISMO E A CRÍTICA À DIMENSÃO MATERIAL DA ANTIJURIDICIDADE

#### 3.1

Antolisei sustenta que fundamentar a valoração do fato com base em critérios extra ou metajurídicos, quaisquer que sejam, pode ser útil na perspectiva da crítica da lei (*lege ferenda*), mas não poderia “dar vida a uma antijuridicidade diversa e distinta daquela que resulta da lei mesma.”<sup>29</sup> Zaffaroni e Batista aprofundam a crítica demonstrando que a ideia de substancialização do direito foi apropriada por regimes autoritários ou por Estados legais de direito em conjunturas de emergência punitiva, experiências nas quais o conceito de antijuridicidade material foi utilizado para fundamentar políticas criminais irracionais a partir da admissão de um *injusto supralegal*: “sustentar a existência de causas de justificação que não estão na lei implica aceitar a formação extralegislativa do direito; mais um passo de coerência argumentativa e caberia também sustentar que existe um injusto supralegal nos casos em que *a antijuridicidade material abrangeu o que não seja formalmente antijurídico*.”<sup>30</sup>

No século passado, as experiências históricas mais evidentes de perversão do direito penal, ou seja, de ruptura com as regras de garantia do penalismo liberal para ampliação do *potestas puniendi*, ocorreram sob os regimes totalitários e tiveram, na antijuridicidade material, um conceito instrumental.<sup>31</sup> Exatamente por isso tais experiências não podem ser ignoradas.

27 Reale Jr., Miguel. *Antijuridicidade Concreta*. São Paulo: Bushatsky, 1973, pp. 118-123.

28 Reale Jr., Miguel. *Antijuridicidade Concreta*. São Paulo: Bushatsky, 1973, p. 105.

29 Antolisei, Francesco. *Manuale di Diritto Penale: parte generale*. Milano: Giuffrè, 1997, p. 201.

30 Zaffaroni, Eugenio Raúl & Batista, Nilo. *Direito Penal Brasileiro*. v. 2., t. 2. Rio de Janeiro: Revan, 2017, p. 37.

31 Embora as conclusões sobre a materialização do direito penal possam ser, em alguns pontos, divergentes, a ideia de “perversão do direito” dialoga com o sentido empregado por Rodriguez, a partir da categoria “rule of law” de Franz Neumann: “utilizo a expressão ‘perversão do direito’ para designar um ‘direito autocrático’, em contraposição a um ‘direito democrático’, cuja gênese é determinada pelos conflitos sociais. Para Franz Neumann, diga-se, ‘rule of law’ seria o sinônimo para o meu ‘direito democrático’ e ‘não-direito’ para a ideia de um ‘direito autocrático’. Nessa ordem de razões, quando me refiro à perversão do direito, estou me referindo a estratégias de perversão da própria democracia, mas no que diz respeito à sua expressão em instituições formais.” (Rodriguez, José Rodrigo. Perversão do Direito (e da Democracia): seis casos in *Direito & Práxis*, v. 7, n. 4, 2016, p. 266)

Observa Bettiol que sob o totalitarismo penal, notadamente o regime nazista, as categorias do direito penal foram reinterpretadas a partir de uma concepção organicista das relações entre povo e Estado e entre povo e indivíduo. A comunidade nacional racialmente pura constituía o valor supremo ao qual tudo deveria ser referido. O Estado, portanto, seria o mecanismo de realização de uma comunidade que espelha a consciência racial-nacional do povo e é manifestada na vontade do Führer. Assim, “o direito penal está subordinado ao princípio autoritário (*Führenprinzip*) e serve para a defesa dos interesses da comunidade do povo, nunca – apenas secundariamente – à tutela de posições individuais de autonomia.”<sup>32</sup> Neste cenário, a lei formal seria apenas um referencial, pois o julgador poderia invocar os *princípios da consciência da comunidade* para ampliar ou flexibilizar as regras de criminalização “para aplicar *analogicamente* uma norma penal incriminadora de um caso expressamente regulado a outro não previsto.”<sup>33</sup>

A estrutura normativa que melhor representa a *materialização expansiva do direito penal* e que, em consequência, permite a perversão das normas de garantia ao conferir às estruturas normativas versatilidade incriminadora, foi o dispositivo do art. 2º do Código Penal alemão. Ao romper explicitamente com o princípio da legalidade em sentido estrito (taxatividade) e com o princípio da irretroatividade da lei penal, a política criminal nazista dinamizou múltiplas formas de ampliação do poder punitivo. Com a reforma de 1935, o art. 2º do Código alemão passa a prever que “*será punido quem cometa um fato que a lei declare punível ou que mereça uma pena conforme os princípios fundamentais da lei penal e de acordo com o são sentimento do povo. Se nenhum texto de lei se aplicar imediatamente ao caso, o ato será punido conforme a lei penal cuja ideia fundamental melhor se adapte.*” O dispositivo instrumentaliza a materialização do direito penal alemão em duas perspectivas: (*primeira*) ao incorporar cláusulas abertas (“são sentimento do povo”); e (*segunda*) ao permitir a analogia (“punição conforme a incriminação que melhor se aproxime”).

A consolidação de 1935 é precedida de outras reformas legais significativas: (*primeira*) em março de 1933, o tipo penal de “infidelidade” é ampliado, sendo introduzida a agravante “nocividade ao bem do povo”; (*segunda*) em março de 1934 é aprovada a *lex* de Van der Lubbe, “(...) que estendia a pena de morte para certos crimes cometidos entre 31 de janeiro e 28 de março de 1933”<sup>34</sup>; e (*terceira*) em abril de 1934, a noção de “delitos de alta traição” é igualmente flexibilizada e são criados os “Tribunais do Povo” com competência criminal.

---

32 Bettiol, Giuseppe. *Instituciones de Derecho Penal y Procesal*. Barcelona: Bosh, 1977, p. 70.

33 Bettiol, Giuseppe. *Instituciones de Derecho Penal y Procesal*. Barcelona: Bosh, 1977, p. 70.

34 Neumann, Franz. *O Império do Direito: teoria política e sistema jurídico na sociedade moderna*. São Paulo: Quartier Latin, 2013, p. 478.

Em momento posterior, (*quarta*) em 1939, é incorporada ao Código Penal a figura delitiva do “inimigo do povo.”

Se o ponto culminante da materialização autoritária do direito penal alemão foi a reforma de 1935, uma experiência casuística, na esfera judicial, já anunciava a dimensão do problema: a aplicação da pena de morte aos insurgentes de Rohem, após Hitler avocar para si a competência para o julgamento do caso.<sup>35</sup> Não por outra razão, Neumann, ao analisar os destinatários da série de reformas e as execuções extrajudiciais, adverte que “a característica de todas essas e muitas outras leis retroativas é o aniquilamento dos oponentes políticos ou a legalização de medidas ilegais tomadas durante o período de transição.”<sup>36</sup>

As alterações na legislação penal germânica introduzidas pelo nacional-socialismo expõem, sem pudores, as experiências totalitárias do século passado. E é exatamente pela sua capacidade de limitar e de controlar os poderes punitivos que o princípio da legalidade será o primeiro alvo da ofensiva fascista. Situação também experimentada na União Soviética, nos Códigos Penais de 1922 e 1926, com a definição do delito como “ação socialmente perigosa”, estrutura típica similar àquela do “inimigo do povo” e que fundamenta o ilícito a partir de dados reveladores da personalidade do autor.<sup>37</sup>

### 3.2

Max Weber, no clássico “Economia e Sociedade” (1920), apresentou um profundo diagnóstico da tensão entre as racionalidades formal e material no direito. Segundo o autor, a perspectiva material permite (ou facilita) que os critérios de decidibilidade no direito sejam fornecidos desde o seu exterior: “as decisões de problemas jurídicos sofrem a influência de normas com dignidade qualitativamente diferente daquela das generalizações de interpretações abstratas do sentido: imperativos éticos, por exemplo, ou regras de conveniência – utilitárias ou de outra natureza – ou máximas políticas, que rompem tanto o formalismo das características externas quanto o da abstração lógica.”<sup>38</sup>

A materialização do direito se oporia, portanto, aos parâmetros que tradicionalmente forneceram validade aos sistemas jurídicos da Modernidade.

35 Ao descrever a forma jurídica do fascismo, Neumann constata que “sempre que a vontade do líder político esbarrar na resistência de uma lei já instituída, ele poderá alterar a substância da lei a qualquer momento e em qualquer direção que desejar. Mas o último remanescente da independência do juiz desaparece caso o líder não apenas assuma os poderes legislativo e executivo, mas também as funções judiciais; se ele mesmo ordenar a pena de morte, tal como ocorreu na famosa revolta de Roehm.” (Neumann, Franz. *O Império do Direito: teoria política e sistema jurídico na sociedade moderna*. São Paulo: Quartier Latin, 2013, p. 482)

36 Neumann, Franz. *O Império do Direito: teoria política e sistema jurídico na sociedade moderna*. São Paulo: Quartier Latin, 2013, p. 478.

37 Sobre o tema, Ferrajoli, Luigi. *Diritto e Ragione: teoria del garantismo penale*. 5. ed. Roma: Laterza, 1998, p. 372.

38 Weber, Max. *Economia e Sociedade: fundamentos da sociologia compreensiva*. v. 02. São Paulo: EdUnB, 2004, p. 13.

A estrutura (formal) do direito, sobretudo do direito penal, se caracteriza pelo primado da legalidade em sentido amplo. No entanto, o princípio da legalidade se desdobra em, no mínimo, quatro dimensões, cada uma com perspectivas negativas (proibições) próprias: (*primeira*) *lex praevia*: proibição da retroatividade da lei penal; (*segunda*) *lex scripta*: proibição da criminalização pelo costume; (*terceira*) *lex stricta*: vedação da analogia incriminadora; e (*quarta*) *lex certa*: proibição de incriminações vagas ou imprecisas.<sup>39</sup> Os processo de materialização punitiva, em decorrência do uso de cláusulas gerais na formação da linguagem penal, inegavelmente atingem este núcleo de garantias.

Em diálogo com Weber, Neumann também delimita as fronteiras entre racionalidade jurídica formal e material: “o direito racionalmente substantivo é *formalmente racional* se as consequências jurídicas são ou dependentes de certas características ou de normas gerais abstratas claramente definidas. O direito racionalmente substantivo é *materialmente racional* quando generalizações não lógicas, normas pertencentes a outras ordens, como a ética, religiosa ou política, formam a base das decisões. O caso mais frequente de uma tal racionalidade do direito substantivo é provido pelas cláusulas gerais tais como provisões visando a que as decisões dos juízes tenham de ser feitas com base na ‘boa-fé’ (...).”<sup>40</sup>

Sob fascismo, a materialização do direito provoca a perversão dos princípios liberais. Em razão de as normas jurídicas serem destituídas de precisão semântica, os mecanismos normativos de controle que limitam o exercício dos poderes são enfraquecidos. Conforme destaca Rodriguez, os dispositivos legais passam a regular os fatos sociais por meio de textos indeterminados, estruturados em linguagem vaga e imprecisa, e que ampliam, em consequência, o decisionismo judicial, “pois permitem aos juízes decidirem com base em juízos de valor (...).”<sup>41</sup> Na experiência nacional-socialista, o processo de materialização conduziu o direito às fronteiras da irracionalidade.<sup>42</sup>

A perversão do direito penal ocorre, portanto, quando o processo judicial de reinterpretação dos tipos proibitivos, através do recurso às cláusulas gerais ou à analogia, suprime as garantias formais que impõem limites à incidência do poder punitivo.

---

39 Sobre o tema, Batista, Nilo. *Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro*. 10 ed. Rio de Janeiro: Revan, 2005, pp. 65-83.

40 Neumann, Franz. *O Império do Direito: teoria política e sistema jurídico na sociedade moderna*. São Paulo: Quartier Latin, 2013, p. 78 (grifou-se).

41 Rodriguez, José Rodrigo. Um Grande Livro Desconhecido: sobre Franz Neumann, Direito e Emancipação in Neumann, Franz. *O Império do Direito*. São Paulo: Quartier Latin, 2013, p. 22.

42 Rodriguez, José Rodrigo. *O Direito Liberal Além de Si Mesmo*. Tese de Doutorado, Departamento de Filosofia e Ciências Humanas, UNICAMP, Campinas, 2006, p. 100.

## 4. FUNÇÕES DA ANTIJURIDICIDADE MATERIAL NA TEORIA DO DELITO CONTEMPORÂNEA

### 4.1

A pergunta que parece deva ser enfrentada sobre o tema da materialização do direito e, em particular, da materialização da ilicitude, é deduzida das reflexões de Zaffaroni e Batista: qual seria a utilidade de um conceito material de antijuridicidade em decorrência dos graves riscos de ativação do injusto supralegal? Em outros termos, se desde uma dimensão garantista haveria alguma *vantagem redutora* na admissibilidade da antijuridicidade material, para além das possibilidades existentes e decorrentes da ordem jurídica, sobretudo da extensão interpretativa possível das discriminantes, como no caso do art. 23 do Código Penal brasileiro<sup>43</sup>.

Em *primeiro* lugar, é importante retomar o ambiente *jurídico* no qual foram pensadas as causas supraleais de exclusão do crime (tipicidade, ilicitude e culpabilidade) e compreender qual o direcionamento dado pela doutrina e pela jurisprudência. Em *segundo*, é fundamental destacar o contexto *político* no qual a materialização das causas de exclusão do delito perverteu o direito através da fundamentação de incriminações supraleais.

Em “Normas Jurídicas e Normas de Cultura”, Mayer sustenta a legalidade como um princípio fundamental de garantia, inerente aos Estados de direito: “as leis são garantias da liberdade civil; protegem o cidadão frente ao poder ilimitado do Estado e de seus órgãos, e o colocam sob a tutela do poder estatal limitado, isto é, sob a proteção do Direito.”<sup>44</sup> Assim, um dos papéis mais importantes do direito penal liberal seria o de controlar os abusos dos poderes no campo das criminalizações (produção legal e interpretação judicial): “mas uma coisa vamos manter firme: a sujeição estrita do juiz a um tipo legal definido com precisão. Nenhuma pena sem lei! Certamente, estamos conscientes do valor deste princípio. Julgaríamos como arbitrariedade se um Tribunal quisesse afirmar a punibilidade de uma ação, da qual a lei jamais se ocupou, com base em seu mero entendimento. Somente por vias constitucionais e com independência de questões circunstanciais, ou seja, somente através da legislação podem os atos ser submetidos a uma pena.”<sup>45</sup> A *forma* do direito, instrumentalizada na teoria da norma penal pelo princípio da legalidade e na teoria do delito pela

43 Zaffaroni, Eugenio Raúl & Batista, Nilo. *Direito Penal Brasileiro*. v. 2., t. 2. Rio de Janeiro: Revan, 2017, p. 38.

44 Mayer, Max Ernst. *Normas Jurídicas y Normas de Cultura*. Buenos Aires: Hammurabi, 2000, p. 40.

45 Mayer, Max Ernst. *Normas Jurídicas y Normas de Cultura*. Buenos Aires: Hammurabi, 2000, pp. 39/40.

tipicidade (Belting), representa um limite inquestionável contra os excessos e o arbítrio.<sup>46</sup>

A questão que surge, portanto, é concernente a como Mayer compatibiliza racionalidade formal e material no direito penal. De forma mais específica: como seria possível preservar a legalidade e, ao mesmo tempo, reconhecer elementos exteriores (normas de cultura) para a correção das antinomias e dos vazios do ordenamento jurídico?

Mayer aponta quatro hipóteses (formais e materiais) de exclusão de responsabilidade criminal: (*primeira*) as discriminantes previstas em lei, como a legítima defesa e o estado de necessidade; (*segunda*) as justificações não disciplinadas em lei mas compatíveis com as normas de cultura, como o direito de correção dos mestres<sup>47</sup>; (*terceiro*) as hipóteses não reguladas de forma autônoma pela lei penal mas que não requerem compatibilidade com as normas de cultura, como o direito do médico de realizar intervenções indispensáveis mesmo em oposição à vontade do paciente ou do seu representante; e, por fim, (*quarto*) as situações que necessitam de regulação jurídica autônoma e que, como normas de cultura, devem ser conhecidas por grupos específicos, como as normas técnicas que regulam atividade de determinados profissionais, como os militares.<sup>48 49</sup>

Note-se que *todos* os casos elencados são de situações de *exclusão da responsabilidade pelo delito ou de isenção de pena*. Embora Mayer reconheça a existência pré-jurídica do ilícito (crime como um ente cultural), na sua construção dogmática as normas de cultura parecem atuar fundamentalmente como fontes materiais de ampliação do núcleo de liberdade individual. Não por outra razão, os exemplos utilizados para sustentar a hipótese da materialização do direito penal são sempre relacionados a situações de exclusão da responsabilidade (casos do campesino, do mestre, da anciã e do médico).

Para além desta aplicação concreta das discriminantes, outro debate provocado por Mayer em termos de materialização do direito penal se concentrou na formação da linguagem dos tipos penais. No entanto, ao problematizar a construção vaga e incompleta de alguns preceitos normativos (tipos penais

---

46 “Se o profano às vezes se desencanta com o formalismo da dogmática, é porque ignora que este formalismo não é outra coisa que a rigorosa execução do princípio que ele tanto aprecia: a lei como barreira do poder ilimitado do Estado, livrando-o contra a arbitrariedade.” (Mayer, Max Ernst. *Normas Jurídicas y Normas de Cultura*. Buenos Aires: Hammurabi, 2000, pp. 40/41).

47 Nestes casos, a necessidade de punição surge apenas quando verificado o excesso ou quando é evidente a demonstração de culpabilidade (dolo ou culpa) (Mayer, Max Ernst. *Normas Jurídicas y Normas de Cultura*. Buenos Aires: Hammurabi, 2000, p. 130).

48 Mayer refere, p. ex., “o direito do militar ao uso de armas. Que, como de fato ocorre, o soldado deve ser rigorosamente instruído sobre este direito (...)” (Mayer, Max Ernst. *Normas Jurídicas y Normas de Cultura*. Buenos Aires: Hammurabi, 2000, p. 131)

49 A narrativa geral das hipóteses se encontra em Mayer, Max Ernst. *Normas Jurídicas y Normas de Cultura*. Buenos Aires: Hammurabi, 2000, pp. 129-131.

abertos), o autor parece estar concentrado em uma descrição teórica do estado da arte legislativa em matéria penal. Ao nominar os tipos penais abertos, Mayer realiza um diagnóstico da estrutura legislativa; e não a defesa da existência ou da validade de normas jurídicas imprecisas, contraditórias ou lacunares.

A avaliação parece ser igualmente válida e aplicável aos demais penalistas do neokantismo, com exceção de Mezger. Na materialização da culpabilidade, a partir da teoria normativa, Frank e Freudenthal igualmente apresentam casos de redução do poder punitivo – veja-se, p. ex., os exemplos do cocheiro (Frank<sup>50</sup>) e da parteira, do caixeiro viajante e da jovem siciliana (Freudenthal<sup>51</sup>), todos na fundamentação (material) da inexigibilidade de conduta diversa.

Evidente que não se pode ser ingênuo em relação à apropriação, uso arbitrário ou reinterpretação das teses dogmáticas desenvolvidas pela dogmática penal sob o neokantismo. De igual modo, não podem ser afastadas as reais possibilidades de construção de argumentos propositalmente ambíguos e que, no limite das suas margens de dubiedade, sejam direcionados à densificação da razão punitiva. O caso de Mezger é um exemplo significativo e os efeitos da materialização em sua teoria penal permanecem nebulosos, embora sua adesão ao nacional-socialismo permita perceber uma nítida tendência à ampliação das hipóteses punitivas contra as liberdades individuais. Além disso, a influência do neokantismo na Escola de Kiel é um fato notório e um fenômeno autoexplicativo.

Pense-se, ainda, na ambiguidade dogmática que representa o desenvolvimento de teses nitidamente redutoras – como a da *inexigibilidade de conduta diversa* (Frank e Freudenthal) – em paralelo ao aprofundamento de hipóteses que concretamente justificam cargas extremadas de punitividade – como a noção de *culpabilidade como reprovabilidade* (Frank), sobretudo na dosimetria da pena.<sup>52</sup> No mesmo sentido, a aporia, no interior do pensamento penal liberal de Mayer, entre a construção das causas supralegais de justificação, com nítido viés redutor, e o desenvolvimento da ideia de *contrariedade ao dever*, hipótese que, instrumentalizada como critério de decidibilidade, possibilita uma inequívoca ampliação dos níveis de discricionariedade judicial (decisionismo).

---

50 Frank, Reinhard. *Sobre la Estructura del Concepto de Culpabilidad*. Montevideo: BdF, 2002, pp. 42-43.

No Brasil, o caso é analisado por Reale Jr., Miguel. *Dos Estados de Necessidade*. São Paulo: Bushatsky, 1971, pp. 20-21.

51 Freudenthal *apud* Muñoz Conde, Francisco. *Edmund Mezger e o Direito Penal do seu Tempo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 20.

52 Neste sentido, especialmente, Batista, Nilo. Cem Anos de Reprovação *in* Nascimento, André & Batista, Nilo (orgs.). *Cem Anos de Reprovação: uma contribuição transdisciplinar para a crise da culpabilidade*. Rio de Janeiro: Revan, 2011, pp. 161-180; Tavares, Juarez. Culpabilidade e Individualização da Pena *in* Nascimento, André & Batista, Nilo (orgs.). *Cem Anos de Reprovação: uma contribuição transdisciplinar para a crise da culpabilidade*. Rio de Janeiro: Revan, 2011, pp. 121-152; e Carvalho, Salo. *Penas e Medidas de Segurança no Direito Penal Brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, pp. 210-228.

A conclusão parece evidente: determinadas elaborações dogmáticas produzem uma *materialização autoritária do direito penal*, em radical oposição ao sentido humanitário que fundamenta a tradição do direito penal ilustrado, e que devem ser rigorosamente combatidas por uma dogmática crítica, de viés garantista.

Como ressalta Zaffaroni, ao comentar o caso Mezger, o neokantismo permite a elaboração de sistemas com estruturas autônomas e com disparidades ideológicas.<sup>53</sup> Lyra Filho, ao analisar o tema desde a dimensão do pluralismo jurídico, igualmente percebe como o conceito de antijuridicidade material foi “encaixado à força para garantir a abertura do sistema, dito positivo”, mas acabou ganhando “outra feição e relevo quando ligado às diferentes perspectivas já exploradas pela filosofia jurídica.”<sup>54</sup>

Assim, é possível perceber, nas primeiras décadas do século passado na Alemanha, uma notória diferença entre a corrente liberal e humanitária, de corte social-democrata, do neokantismo de Mayer e Radbruch (e Kantorowicz) e a antiliberal, de fundamentação nacional-socialista, de Mezger. No plano político-criminal, algumas experiências legislativas permitem afirmar esta coexistência de conteúdos evidentemente distintos, como, p. ex., o Projeto Radbruch de Reforma do Código Penal do Império (1922) e o Projeto Mezger de “Lei sobre o Tratamento dos Estranhos à Comunidade” (1944). E, no plano dogmático, especificamente no que tange às formas de heterointegração (lacunas) e autointegração (analogia) do ordenamento jurídico<sup>55</sup>, se “Mayer situou com clareza a admissão, da analogia *intra legem*, com rejeição da *praeter legem* e da *contra legem*”<sup>56</sup>; Mezger, por sua vez, saudou a alteração do art. 2º do Código Penal nazista como “extraordinariamente importante.”<sup>57</sup>

Sublinhe-se, portanto, que apesar de os autores, de forma mais ou menos intensa, fundamentarem sua dogmática no neokantismo, Mayer e Radbruch (e Kantorowicz) não são Mezger, Schaffstein e Dahm; assim como, no plano da prática jurídica, Magnaud não pode ser comparado com Freisler. Há, sobretudo, um compromisso ético e político dos primeiros (Mayer, Radbruch, Kantorowicz e Magnaud) com os vencidos da história. E esta diferença é radical e inquestionável.<sup>58</sup>

---

53 Zaffaroni, Eugenio Raúl. Comentario a la Obra de Francisco Muñoz Conde sobre Mezger *in En Torno de la Cuestión Penal*. Montevideo: BdeF, 2005, p. 330.

54 Lyra Filho, Roberto. *Criminologia Dialética*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1972, p. 75.

55 Bobbio, Norberto. *Teoria do Ordenamento Jurídico*. Brasília: Polis, 1990, p. 146-156.

56 Zaffaroni, Eugenio Raúl & Batista, Nilo. *Direito Penal Brasileiro*. v. 1. Rio de Janeiro: Revan, 2003, p. 209.

57 Fragoso, Christiano Falk. *Autoritarismo e Sistema Penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015, p. 220.

58 Sobre o tema, Carvalho, Salo. Crítica e Contracrítica dos Movimentos de Crítica à Dogmática jurídica *in Revista Direitos e Garantias Fundamentais*, v. 17, n. 1, 2016, pp. 09-48.



## 4.2

O debate dogmático (científico) está, necessariamente, inserido em um contexto político. Se o positivismo se harmonizava com o modelo punitivo imperial delineado pelo Código de Bismarck, o neokantismo representa a crítica ao normativismo extremo em uma projeção política republicana, de corte social-democrata, que irá encontrar sua consolidação em Weimar.

Neste aspecto, é relevante o diagnóstico de Radbruch – Deputado pelo Partido Social Democrático (SPD) no Reichstag (1920 a 1924) e Ministro da Justiça dos Chanceleres Karl Joseph Rirth e Gustav Stresemann (1921 a 1925) em Weimar – ao analisar a crise econômica nos primeiros anos da República. Radbruch demonstra o uso virtuoso da materialização, não apenas pela dogmática penal, ao referir que “exemplos importantes de administração criativa de justiça por parte do Tribunal Supremo do Reich são a concepção do estado de necessidade supralegal e a aplicação da *clausula rebus sic stantibus* na época de inflação.”<sup>59</sup> E o mesmo Radbruch é quem irá denunciar as formas de perversão do direito, a partir da materialização das categorias analíticas, especialmente pelos representantes da Escola de Kiel (Schaffestein e Dahm).<sup>60</sup>

A partir das lições de Radbruch, parece fundamental destacar o fato de que a perversão do direito – leia-se: a inversão lógica (e ideológica) da racionalidade material, no caso da antijuridicidade, em sentido autoritário (persecutório) – ocorreu em um contexto de profunda desordem política (e jurídica). O advento do nazismo representa uma situação de ruptura de tal ordem com os parâmetros civilizatórios que não parece ser possível tomar como parâmetro de análise comparativa com os Estados democráticos de direito.

Não por outra razão, Neumann sequer permite que o Estado nazista seja caracterizado como Estado de direito, motivo pelo qual utiliza a figura mitológica de Behemoth para apresentar um *não-Estado de não-direito*, “uma situação [político-burocrática] caracterizada pela completa ausência de lei.”<sup>61</sup>

Segundo a leitura de Neumann, na primeira fase do direito penal nazista a ciência jurídico-penal estava orientada pela ideia de fundamentação subjetiva das categorias do delito. Posteriormente, este modelo de subjetivação foi substituído pela identificação do crime na personalidade do delinquente. Assim, acompanhando o movimento da política, “o direito penal nacional-socialista se deslocou da ideia de estado totalitário à de imperialismo racial.”<sup>62</sup> Enquanto

59 Radbruch, Gustav. *Introducción a la Filosofía del Derecho*. Cidade do México: FCE, 1997, p. 126.

60 Radbruch, Gustav. *Introducción a la Filosofía del Derecho*. Cidade do México: FCE, 1997, p. 126.

61 Neumann, Franz. *Behemoth: the structure and practice of national socialism, 1933-1944*. Chicago: Dee Publisher, 2009, p. 459.

62 Neumann, Franz. *Behemoth: the structure and practice of national socialism, 1933-1944*.

o Estado “era apenas autoritário”, “a concepção de delito era a das teorias subjetivas.” Assim, não seria o “fato objetivo, mas a vontade subjetiva que torna o homem criminoso”; não existindo, p. ex., “diferença entre crime tentado e crime consumado.”<sup>63</sup>

No entanto, quando a doutrina do Estado autoritário é abandonada e substituída pela do imperialismo racial, as teorias da vontade (subjetivas) foram abandonadas, adotando-se o modelo desenvolvido pelos penalistas de Kiel. Desta forma, “a mais importante – embora não completamente oficial – escola de direito penal [Escola de Kiel] atual é a denominada fenomenológica, que combina o vitalismo com a teoria do ‘pensar em ordens concretas’ de Carl Schmitt. Tome-se o exemplo do furto. O direito penal tradicional define o ladrão pelos seus atos e pela sua intenção. A escola fenomenológica o define pela sua personalidade. Um ladrão é alguém que é ladrão ‘em essência’.”<sup>64</sup>

Mas se é neste contexto que são pervertidas as hipóteses emancipatórias da materialização do direito, não se pode esquecer que, em paralelo à produção dogmática do injusto supralegal, é o princípio da legalidade que será o principal alvo da política criminal nazista, sobretudo da reforma penal de 1935. Neste sentido, a análise histórica do nacional-socialismo demonstra que as práticas do direito, em contextos totalitários, são sempre dúbias, pois objetivam exclusivamente instrumentalizar a autoridade. Os discursos dogmáticos e as decisões judiciais variam, sem quaisquer constrangimentos, entre o apego servil à legalidade (racionalidade formal) e o recurso às cláusulas gerais para subverter a própria legalidade (racionalidade material), pois o fim último é, invariavelmente, anular os mecanismos de controle do poder.

Não há, portanto, uma diretriz única no sentido de reforçar ou flexibilizar a forma do direito. Os discursos e as práticas estão condicionados à sua utilidade na obtenção de resultados previamente estabelecidos. As racionalidades jurídicas, formal ou material, são instrumentalizadas pela política e são orientadas pelo fim último de efetivação dos preceitos do Estado Totalitário. O direito é reduzido à vontade do líder; a elaboração normativa é casuística; a lei penal é retroativa; a magistratura é vinculada e reproduz a política. Na síntese de Neumann, “a teoria jurídica do fascismo é ‘decisionista’. Toda a maquinaria do direito se coloca exclusivamente a serviço do líder, com a finalidade de transformar, o mais rapidamente possível, sua vontade em formas jurídicas.”<sup>65</sup>

---

Chicago: Dee Publisher, 2009, p. 453.

63 Neumann, Franz. *Behemoth: the structure and practice of national socialism, 1933-1944*. Chicago: Dee Publisher, 2009, p. 453.

64 Neumann, Franz. *Behemoth: the structure and practice of national socialism, 1933-1944*. Chicago: Dee Publisher, 2009, p. 453.

65 Neumann, Franz. *O Império do Direito: teoria política e sistema jurídico na sociedade moderna*. São Paulo: Quartier Latin, 2013, pp. 480/482.

O caráter excepcional das práticas jurídicas totalitárias não apenas situa a análise dos efeitos da racionalidade material em um campo altamente movediço, como também limita a avaliação do próprio direito formal. Da maneira como se apresenta sob o fascismo, notadamente em decorrência desta instrumentalização autoritária, a concretização dogmática das racionalidades formal e material não pode ser tomada como parâmetro de aplicabilidade do direito em períodos de estabilidade democrática. Serve, logicamente, como critério para verificar os níveis de perversão do direito e os riscos às Democracias. Mas formalismo ou materialização do direito não parecem expressar ou definir, em si mesmos, uma natureza mais democrática (libertária) ou mais autoritária (fascista) da racionalidade jurídica. Democrático ou autoritário serão sempre os valores que informam o processo de formalização ou de materialização do direito, de interpretação e de aplicação das normas jurídicas.

Neste cenário, Behemoth não fornece parâmetros razoáveis para análise das possibilidades da materialização do direito nas sociedades democráticas. A situação do direito penal nazista é a de uma ordem política excepcional em um Estado completamente degenerado em termos de racionalidade jurídica (formal e/ou material). Mas sem dúvidas, sublinhe-se, os efeitos produzidos pela materialização do direito no regime nacional-socialista servem como importante alerta em relação às tendências autoritárias sempre presentes em teorias jurídicas que, a partir das mais distintas fundações teóricas e sob os mais diversos argumentos, procuram fragilizar as garantias penais e processuais penais.

Em Estados democráticos, nos quais os modelos penais são estruturados na secularização do direito, é decorrência lógica do próprio princípio da legalidade a exclusão de qualquer forma de atribuição de responsabilidade criminal baseada em hipóteses supralegais. No entanto, também é notório que, nestes sistemas de preponderância da liberdade, há espaço para racionalidades diversas da formal e, em consequência, a criação de causas supralegais de exclusão da responsabilidade penal.

Zaffaroni e Pierangeli lembram, inclusive, que se a concepção supralegal da antijuridicidade, sob o nacional-socialismo, atingiu exageros dramáticos, as ordens jurídicas contemporâneas oferecem soluções muito menos tensas: “a adesão dos Estados à Declaração Universal dos Direitos Humanos e os princípios fundamentais assentados na nossa Constituição Federal evitam esse impasse, podendo solucionar-se todos os problemas sem necessidade de recorrer a conceitos supralegais.”<sup>66</sup>

A reflexão é bem colocada e as conclusões decorrentes são satisfatórias. No entanto, não parecem representar um interdito à incorporação da

66 Zaffaroni, Eugenio Raúl & Pierangeli, José Henrique. *Manual de Direito Penal Brasileiro: parte geral*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 570.

supralegalidade, mas apenas às hipóteses de criminalização ou de ampliação dos critérios de punibilidade. Isto porque nos regimes democráticos há espaço para um uso virtuoso da materialização do direito se o seu sentido for emancipatório, ou seja, no campo do direito penal, na fundamentação de hipóteses de exclusão da responsabilidade. Lembre-se, p. ex., o importante reconhecimento dogmático das cláusulas supralegais de exclusão da tipicidade, ilicitude, culpabilidade e punibilidade, sempre em absoluta compatibilidade com os princípios de garantia da pessoa humana, inclusive com o princípio da legalidade.

Não por outra razão, Fragoso admitia a tese da antijuridicidade material exclusivamente em relação às discriminantes<sup>67</sup>, manifestando-se de forma bastante hostil ao antiformalismo para a incriminação de fatos, posição decorrente “(...) de uma coerente e respeitável defesa de princípios filosóficos, ligados à sua atitude liberal”<sup>68</sup>, na recordação de Lyra Filho.

Em síntese, as questões colocadas sobre o juízo de compensação (balanço) entre os riscos da formulação material do injusto frente às vantagens redutoras adquirem dupla perspectiva: (*primeira*) nos Estados democráticos de direito, estruturados a partir de um constitucionalismo vinculante, o princípio (constitucional) da legalidade atua como limite intransponível à criminalização e à punibilidade, impedindo qualquer forma de ativação de uma antijuridicidade supralegal; e (*segunda*) a barreira de contenção imposta pelo princípio constitucional da legalidade não obstaculiza a ampliação garantista das zonas de liberdade que são instrumentalizadas pelas causas supralegais de exclusão do delito – p. ex., (*primeiro*) no juízo de imputação objetiva: os critérios da diminuição, ausência de criação ou redução do risco; a hipótese do risco permitido; o princípio da insignificância da lesão; a produção de resultado fora do âmbito de proteção da norma (princípio da confiança e autolocação consciente em perigo); e o princípio do consentimento do ofendido<sup>69</sup>; (*segundo*) no juízo de antijuridicidade: a hipótese do consentimento presumido; o direito de correção dos pais; a liberdade de expressão (direito de resistência); o processo de marginalização social<sup>70</sup> e, ainda, a ampliação da legítima defesa nos casos de violência doméstica<sup>71</sup>; (*terceiro*) no juízo de culpabilidade: o erro de proibição

67 Fragoso, Heleno Cláudio. Antijuridicidade in *Revista Forense*, v. 208, 1964, pp. 19-26.

68 Lyra Filho, Roberto. *Criminologia Dialética*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1972, p. 76.

69 Roxin, Claus. *Derecho Penal: parte general*. t. 1. Madrid: Civitas, 1997, p. 562.

70 Sobre as causas supralegais de justificação, igualmente conferir Roxin, Claus. *Derecho Penal: parte general*. t. 1. Madrid: Civitas, 1997, pp. 731-787; Tavares, Juarez. *Fundamentos de Teoria do Delito*. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2018, pp. 354-370; Santos, Juarez Cirino. *Direito Penal: parte geral*. 7. ed. Florianópolis, Empório do Direito, 2017, pp. 260-274; e Carvalho, Salo. *Pena e Garantias*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, pp. 84-88.

71 Neste sentido, exemplificativamente, Larrauri, Elena. La Mujer ante el Derecho Penal in *Revista de Ciencias Penales*, n. 11, 1996, pp. 13-31; Larrauri, Elena. Violencia Doméstica y Legítima Defensa: un caso de aplicación masculina del derecho in Larrauri, Elena & Varona, Daniel. *Violencia Doméstica y Legítima Defensa*. Barcelona: EUB, 1995, pp. 11-88; Del Río

culturalmente motivado; e a culpabilidade pela vulnerabilidade.<sup>72</sup>

Segundo Pavarini, é possível aceitar as causas supralegais de justificação porque representam uma extensão do princípio geral de analogia *in bonam partem* cujo efeito é a limitação da esfera de ilicitude de certos comportamentos. Por outro lado, sustenta que “as discriminantes não possuem um caráter especificamente penal e, portanto, não estão estritamente subordinadas ao princípio da reserva de lei que, ao contrário, se aplica às normas incriminadoras.”<sup>73</sup>

Em sentido similar, argumenta Roxin que “(...) é possível relativizar o teor literal das normas escritas mediante o princípio da antijuridicidade material; mas isto não permite ultrapassar os limites do Direito formal estabelecidos na Constituição.”<sup>74</sup> Em todas as suas dimensões, portanto, o princípio constitucional da legalidade atua como obstáculo à criminalização, potencialidade que veda, expressamente, qualquer possibilidade de criação material de ilícitos. Não obstaculiza, porém, a materialização das categorias analíticas do delito para a *ampliação das esferas de liberdade*.

### 4.3

Em sua instrumentalização dogmática, Jescheck sustenta que a concepção material da antijuridicidade oferece uma considerável importância prática, em duas ordens: (*primeira*) estabelecer uma guia de escalonamento do injusto segundo a sua gravidade; e (*segunda*) permitir, mesmo no caso de silêncio da lei, a incidência de causas de justificação, sobretudo a partir da ponderação entre os bens jurídicos protegidos pela ordem jurídica.<sup>75</sup> Roxin aponta as mesmas funcionalidades (graduar o injusto e determinar o conteúdo das discriminantes)

---

Ayala, Alejandra & González Igartúa, María Noé. El Derecho a Defenderse del Femicidio: la legítima defensa em contextos de violência doméstica *in Papeles del Centro de Investigaciones*, v. 17, 2016, pp. 51-81; e Chiesa, Luis Ernesto. Mujeres Maltratadas y Legítima Defensa: la experiencia anglosajona *in Revista Penal*, n. 20, 2007, pp. 50-57.

72 Sobre as eximentes supralegais, conferir Zaffaroni, Eugenio & Batista, Nilo. *Direito Penal Brasileiro*. v. 1. Rio de Janeiro: Revan, 2003, pp. 47-49; Zaffaroni, Eugenio & Batista, Nilo. *Direito Penal Brasileiro*. v. 2, t. 1. Rio de Janeiro: Revan, 2010, p. 65; Zaffaroni, Eugenio. *Culpabilidad por la Vulnerabilidad*. Doutorado Honoris Causa: Lectio Doctoralis, Universidade de Macerata, 2002, pp. 01-17; Tavares, Juarez. *Fundamentos de Teoria do Delito*. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2018, pp. 481-487; Santos, Juarez Cirino. *Direito Penal: parte geral*. 7. ed. Florianópolis, Empório do Direito, 2017, pp. 331-337; Carvalho, Salo. *Penas e Medidas de Segurança no Direito Penal Brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, pp. 210-242; Tangerino, Davi. *Apreciação Crítica dos Fundamentos da Culpabilidade a partir da Criminologia: contribuições para um Direito penal mais ético*. Tese de Doutorado em Direito Penal, Criminologia e Medicina Forense, Universidade de São Paulo, 2000, pp. 202-213.

73 Pavarini, Massimo. *Corso di Istituzioni di Diritto Penale*. Bologna: Bononia University Press, 2013, p. 149.

74 Roxin, Claus. *Derecho Penal: parte general*. t. 1. Madrid: Civitas, 1997, p. 562.

75 Jescheck, Hans-Heinrich. *Tratado de Derecho Penal: parte general*. Granada: Comares, 1993, pp. 211-212.

e acrescenta outra perspectiva: (*terceira*) fornecer critérios auxiliares de interpretação (dogmática).<sup>76</sup>

A função de *gradação do injusto* se aplica fundamentalmente aos procedimentos de individualização (legislativa e judicial) da pena. No plano político-criminal, a antijuridicidade material permite diferenciar o grau (quantidade) e também a espécie (qualidade) da resposta penal para condutas totalmente distintas que são artificialmente unificadas sob a mesma categoria de delito (p. ex., homicídio, furto, estupro, peculato, evasão de divisas, fraude à licitação e violação de direitos autorais). No plano da aplicação judicial, permite que o julgador, dentro dos limites abstratamente estabelecidos, personalize a sanção penal na sentença condenatória.

A função *interpretativa* é direcionada fundamentalmente à tipicidade, “(...) nos casos em que uma conduta poderia subsumir ao teor literal de um preceito penal, mas materialmente, ou seja, segundo o conteúdo do seu significado social, diverge do tipo de delito.”<sup>77</sup> Pense-se, pois, nos já consagrados casos de aplicação dos princípios da insignificância e da adequação social, classificados como causas supralegais de atipicidade.

Em relação à *determinação do conteúdo das discriminantes supralegais*, Juarez Tavares ensina que as causas de justificação têm fundamentos diversos: necessidade, solidariedade, proteção individual, confirmação do direito e direito preponderante. E se inexistente um fundamento comum, caberia a uma dogmática constitucionalmente conformada encontrar a justificativa que melhor se adapte às situações concretas. Portanto, as causas supralegais devem ser compreendidas como aquelas “(...) que não são expressas em determinado dispositivo legal, mas decorrem do sistema da ordem jurídica, ou dos chamados princípios gerais do direito. Não são causas alheias à ordem jurídica”<sup>78</sup>, apesar de não estarem reguladas formalmente como tipos permissivos.

Com base nessa compreensão, Juarez Tavares amplia significativamente o catálogo das discriminantes supralegais e, a partir da análise concreta dos processos de exclusão nos países do capitalismo periférico, notadamente da realidade latino-americana, aponta certas circunstâncias de marginalização social como causas de justificação material. Assim, “se a liberdade é anterior à própria ordem jurídica e sua limitação está condicionada à produção de um perigo ou de uma lesão de bem jurídico, deve-se partir de que todo indivíduo que não tenha amparo do Estado, a fim de poder ajustar sua conduta às suas

---

76 Roxin, Claus. *Derecho Penal: parte general*. t. 1. Madrid: Civitas, 1997, p. 559.

77 Roxin, Claus. *Derecho Penal: parte general*. t. 1. Madrid: Civitas, 1997, p. 560.

78 Tavares, Juarez. *Fundamentos de Teoria do Delito*. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2018, p. 322.

normas, não estará capacitado a ser objeto de um processo de imputação de responsabilidade.”<sup>79</sup>

A incapacidade de determinados sujeitos, excluídos dos processos sociais, de realizar objetivamente a proteção de bens jurídicos é colocada como uma possibilidade real de justificação (supralegal). Segundo Juarez Tavares, na medida em que algumas pessoas não estão em posição de realizar a proteção normativa de determinados bens jurídicos, a antijuridicidade da conduta deve ser problematizada. A marginalização e a vulnerabilidade sociais, conforme demonstra o autor, retiram (integral ou parcialmente) destas pessoas a capacidade de realizar condutas em nome da tutela de bens jurídicos. Processos excludentes, como o desemprego estrutural, deixam grupos humanos inteiros desprovidos de qualquer possibilidade de conformação com os valores protegidos penalmente, “(...) salvo aqueles que digam respeito à própria subsistência, como a vida, a integridade física e a liberdade.”<sup>80</sup>

Nestas situações de crise individual provocadas diretamente pela carência de políticas de assistência social para o desenvolvimento da pessoa humana, algumas circunstâncias (pressupostos) possibilitariam a exclusão da ilicitude: (*primeira*) a existência objetiva de grupos marginalizados que estão fora do sistema produtivo; (*segunda*) a vinculação do autor do fato com esses grupos; (*terceira*) a prática da ação típica no contexto da situação de marginalização; (*quarta*) a impossibilidade real do sujeito realizar a tutela exigida do bem jurídico em razão da omissão do Estado; e (*quinta*) a correspondência entre o bem jurídico violado e a situação de marginalização do sujeito.<sup>81</sup>

A hipótese desenvolvida por Tavares representa, no campo da teoria do delito, um exemplo ótimo do que se convencionou denominar de dogmática penal criminologicamente orientada, no caso, uma reflexão desde dentro das categorias analíticas do crime a partir dos dados concretos de criminalização e dos elementos empíricos da realidade excludente dos países periféricos. Exatamente por isso, estabelece importantes parâmetros para uma teoria do delito que se qualifica como *crítica*.

A original formulação de uma causa supralegal de exclusão da ilicitude fundamentada no processo de marginalização social permite, inclusive, redimensionar institutos consagrados como o do estado de necessidade famélico. Para além de pautar a discussão teórica na ponderação de bens jurídicos individuais em conflito, reconhecer os processos de marginalização social que afetam, na atualidade, parcela expressiva da população, permite colocar, no

79 Tavares, Juarez. *Fundamentos de Teoria do Delito*. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2018, p. 319.

80 Tavares, Juarez. *Fundamentos de Teoria do Delito*. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2018, p. 319.

81 Tavares, Juarez. *Fundamentos de Teoria do Delito*. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2018, p. 368.

centro da discussão dogmática, as dimensões sociais do problema. Exige que a teoria e a prática do direito penal não ignorem os fatos sociais e interpretem os institutos jurídicos a partir da concretude do real. Realidade que, na atual etapa do capitalismo, é marcada por radicais processos excludentes que envolvem situações concretas de desemprego e miséria estruturais.

Na perspectiva apontada por Juarez Tavares, a dimensão liberal-individualista da dogmática penal é substituída por uma perspectiva na qual prepondera o ideal constitucional de justiça social (construção de uma sociedade livre, justa e solidária; promoção do desenvolvimento nacional; erradicação da pobreza e da marginalização social; redução das desigualdades sociais e regionais; promoção do bem comum, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade ou quaisquer outras formas de discriminação, nos termos do art. 3º da Constituição). Assim, p. ex., o estado de necessidade famélico deixa de ser percebido como um conflito meramente interindividual no qual o Estado reconhece, de forma paternalista, um direito excepcional de violação do bem jurídico de menor valor (patrimônio) para a tutela de outro de maior relevância (vida ou integridade física). O problema é recolocado em termos mais abrangentes: uma situação real de necessidade que autoriza o sacrifício de um bem jurídico em razão de o fato típico ser cometido por um sujeito concreto em uma situação de marginalização social que, em razão da omissão do Estado, impede o seu desenvolvimento como pessoa capaz de atuar conforme as normas.

Em outra dimensão, a harmonização da tese da exclusão supralegal da antijuridicidade pela marginalização à primeira função da antijuridicidade material (graduação do injusto) permite estabelecer uma espécie de escala, relativa aos efeitos que a vulnerabilidade social pode produzir no estabelecimento da responsabilidade penal. Se no âmbito da teoria do delito a situação de marginalização social cria condições de exclusão da antijuridicidade (ou mesmo da culpabilidade pela inexigibilidade de conduta<sup>82</sup>), na teoria da aplicação da pena possibilita, em menor proporção, atenuar a carga punitiva em duas perspectivas: (*primeira*) na pena provisória, em razão da atenuante inominada do art. 66 do Código Penal<sup>83</sup> ou da aplicação analógica do art. 14, I da Lei 9.605/98<sup>84</sup>; e (*segunda*) na pena-base, em decorrência da análise da culpabilidade pela vulnerabilidade.<sup>85</sup>

82 Carvalho, Salo. *Penas e Medidas de Segurança no Direito Penal Brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, pp. 228-242.

83 Neste sentido, Carvalho, Salo. *Penas e Medidas de Segurança no Direito Penal Brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, pp. 428-436.

84 “Art. 14. São circunstâncias que atenuam a pena: I – baixo grau de instrução ou escolaridade do agente (...)” (Lei 9.605/98)

85 Carvalho, Salo. *Penas e Medidas de Segurança no Direito Penal Brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, pp. 352-354; e Tangerino, Davi. *Apreciação Crítica dos Fundamentos da Culpabilidade a partir da Criminologia: contribuições para um Direito penal mais ético*. Tese de Doutorado em Direito Penal, Criminologia e Medicina Forense, Universidade de São Paulo,



## 5. ELEMENTOS PARA UMA TEORIA CRÍTICA DO DELITO

### 5.1

A hipótese central desenvolvida no ensaio é a de que a *formalização* ou a *materialização* do direito, notadamente das categorias analíticas desenvolvidas pela teoria do delito, não representam, a priori, a legitimação ou a efetivação de um modelo jurídico democrático ou autoritário.<sup>86</sup> A partir da análise do caso nazista, é possível perceber que a defesa da legalidade estrita (formalização) ou da sua flexibilização através de auto ou heterointegração (materialização) são recursos retóricos que servem fundamentalmente para justificar a instrumentalização do direito à política fascista. Se as normas jurídicas forem autoritárias, a defesa do legalismo será uma prática igualmente autoritária e a sua flexibilização será emancipatória se projetada para a ampliação dos espaços de liberdade e restrição da punibilidade; se as normas jurídicas forem democráticas, a defesa da legalidade tenderá a ser igualmente democrática e a sua flexibilização poderá ser autoritária se os instrumentos de interpretação e de aplicação do direito forem direcionados à restrição das liberdades e ao aumento dos níveis de punitividade.

Nas lições de Lyra Filho, a defesa do formalismo, como valor em si mesmo, em nome da segurança, “(...) cai na armadilha da pura formalização, transformada em critério de legitimidade e, portanto, leva à aceitação de todo o direito formalizado como *eo ipso* legítimo, desde que convenientemente legislado.”<sup>87</sup>

Neste sentido, seria possível categorizar duas formas distintas de materialização do direito penal: (*primeira*) *materialização emancipatória* (democrática): nos casos em que a flexibilização da legalidade produz a ampliação dos direitos individuais e a conseqüente restrição da incidência do poder punitivo (política criminal minimalista; dogmática garantista); (*segunda*) *materialização autoritária* (autocrática): nas situações em que a ruptura com a legalidade reduz a esfera de efetivação dos direitos individuais em decorrência da ampliação das margens de punibilidade (política criminal maximalista; dogmática punitivista).

### 5.2

Roberto Lyra, de forma bastante aguda, questiona a possibilidade de um sistema geral do delito: “fala-se em ‘teoria geral do delito’ que nem é teoria, nem é geral, nem é do crime. Não se teorize o ininteriorizável. Não é geral e, muito

---

2000, pp. 213-224.

86 A hipótese é um dos pontos centrais desenvolvidos e aprofundados em

87 Lyra Filho, Roberto. *Criminologia Dialética*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1972, pp. 77-78.

menos, do crime, a ‘teoria’ que confunde um aspecto ou um efeito secundário com o fato total e causal.”<sup>88</sup>

A crítica de Lyra, direcionada à ciência jurídico-penal desde a sociologia e a criminologia, problematiza duas tendências da dogmática: (*primeira*) a atomização ou o congelamento do fato crime na relação estrita entre a conduta punível e o resultado lesivo; e, logo após este recorte da realidade que exclui os demais processos sociais da dinâmica do delito, (*segunda*) a generalização, em categorias fixas (analítica do delito), de situações que na sua concretude são totalmente distintas (p. ex., homicídio, injúria, concussão, evasão de divisas).

Esta operação de atomização e de generalização que possibilita “(...) construir um esquema dos elementos comuns a todas as várias espécies de tipos delitivos”<sup>89</sup>, transforma a dogmática penal, apesar de sua sofisticação, em um discurso “terrivelmente complexo”, segundo Pavarini. A reflexão proposta por Pavarini é a de que só estaríamos dispostos a “pagar este preço” se o sistema da teoria do delito, em sua complexidade, funcionasse melhor. A pergunta, portanto, poderia ser colocada nos seguintes termos: a complexidade da teoria do delito resultou em uma melhor compreensão do fenômeno crime e em uma aplicação judicial mais racional do direito penal? Neste ponto, a irônica problematização de Lyra se encontra com o chamamento à realidade que Pavarini exige dos penalistas dogmáticos.

No diagnóstico de Pavarini, a teoria do delito não possibilitou um funcionamento mais adequado do direito penal, ou seja, uma resposta racionalmente garantista aos problemas do crime e da pena. Pelo contrário, o direito penal nos fatos (jurisprudência) “(...) é praticamente surdo às proposições da dogmática científica e acabou por elaborar uma dogmática própria, mais útil para resolver os casos concretos. Como se ouve dizer: se os casos a serem resolvidos são simples, não há necessidade da dogmática; se são complexos, certamente não se resolvem pela dogmática.”<sup>90</sup>

As críticas de Lyra e de Pavarini não devem conduzir, salvo melhor juízo, ao abandono ou à substituição da dogmática do delito.<sup>91</sup> Conforme lembra Fragoso, Bettiol, ao analisar o dualismo metodológico estabelecido

88 Lyra, Roberto. *Direito Penal Normativo*. 2. ed. Rio de Janeiro: Konfino, 1977, p. 231.

89 Pavarini, Massimo. *Corso di Istituzioni di Diritto Penale*. Bologna: Bononia University Press, 2013, p. 129.

90 Pavarini, Massimo. *Corso di Istituzioni di Diritto Penale*. Bologna: Bononia University Press, 2013, p. 131.

91 Em sentido similar, a importante reflexão de Bustos Ramírez: “com isto [a crítica ao idealismo dogmático] não se quer dizer que se deva renunciar a um direito penal conceitual, muito menos ao que significou a dogmática, como expressão máxima deste direito, na história da teoria penal, cujo aporte fundamental foi a construção de uma rede de garantias ou restrições à intervenção do Estado nos direitos do indivíduo, em sua liberdade e dignidade pessoal.” (Bustos Ramírez, Juan. *Criminología Crítica y Derecho Penal Latinoamericano in Criminología Crítica: Seminario I*. Medellín: Universidad de Medellín, 1984, p. 176).

pelo neokantismo (cisão entre as disciplinas jurídico-penal e criminológica), ao mesmo tempo em que denuncia o “esplêndido isolamento” do direito penal, defende a necessidade de uma “dogmática concreta realista”<sup>92</sup>.

### 5.3

A condição de possibilidade de a dogmática do delito manter-se sofisticada e funcional (adequada à racionalização garantista do direito penal) é a de que suas categorias analíticas sejam confrontadas constantemente com a realidade concreta da vida. Trata-se do requisito primeiro para que a teoria geral do delito seja redimensionada em uma teoria *crítica* do delito. Do contrário, o “esplêndido isolamento” apenas espelhará a agonia de uma dogmática autista.

Neste sentido, uma teoria crítica do delito além de ter como pressuposto da análise dogmática a realidade social concreta, deve fundamentar sua aplicação nos dados empíricos do funcionamento do sistema punitivo: (*primeiro*) os processos globais de criminalização primária; (*segundo*) as variáveis de classe, raça e gênero que influenciam na seletividade criminalizadora e na imunização (criminalização secundária); (*terceiro*) os níveis de vulnerabilidade dos criminalizados; (*quarto*) as formas de atuação das agências (polícia, órgãos de acusação e de julgamento); (*quinto*) os índices de prisionalização; e (*sexto*) as dinâmicas de vitimização.

Em relação às discriminantes, p. ex., uma dogmática crítica não poderia deixar de analisar, na aplicação da legítima defesa, pelos menos duas variáveis concretas que, em situações distintas, marcam a realidade brasileira contemporânea: (*primeira*) a letalidade policial nos grandes centros urbanos e as narrativas que legitimam a violência institucional ao categorizá-la como *autos de resistência*<sup>93</sup>; e (*segunda*) a violência doméstica que precede e envolve os casos de uxoricídio.<sup>94</sup>

Trata-se, pois, de uma teoria (crítica) do delito criminologicamente referenciada que, nos termos de Zaffaroni e Batista, viabiliza uma teleologia redutora.<sup>95</sup> Em sua instrumentalização metodológica, uma dogmática crítica

92 Fragoso, Heleno Cláudio. Direito Penal e Criminologia in *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais*, v. 06, 1954, p. 191.

93 Neste sentido, exemplificativamente, a pesquisa de Zaccone, Orlando. *Indignos de Vida: a forma jurídica da política de extermínio de inimigos na cidade do Rio de Janeiro*. Rio de Janeiro: Revan, 2015, pp. 141-205.

94 Neste sentido, conforme apontado anteriormente, Larrauri, Elena. La Mujer ante el Derecho Penal in *Revista de Ciencias Penales*, n. 11, 1996, pp. 13-31; Larrauri, Elena. Violencia Doméstica y Legítima Defensa: un caso de aplicación masculida del derecho in Larrauri, Elena & Varona, Daniel. *Violencia Doméstica y Legítima Defensa*. Barcelona: EUB, 1995, pp. 11-88; Del Río Ayala, Alejandra & González Igartúa, María Noé. El Derecho a Defenderse del Femicidio: la legítima defensa em contextos de violencia doméstica in *Papeles del Centro de Investigaciones*, v. 17, 2016, pp. 51-81; e Chiesa, Luis Ernesto. Mujeres Maltratadas y Legítima Defensa: la experiencia anglosajona in *Revista Penal*, n. 20, 2007, pp. 50-57.

95 Zaffaroni, Eugenio Raúl & Batista, Nilo. *Direito Penal Brasileiro*. v. 2, t. 1. Rio de Janeiro:

que densifica a racionalização e a contenção do poder punitivo. Na proposição de Juarez Tavares, “uma teoria crítica do delito só estará legitimada se puder desempenhar uma função libertadora que tem como efeito impedir que os mandados de criminalização sejam atendidos como se fossem imposições absolutas.”<sup>96</sup> E dentre as inúmeras tarefas elencadas<sup>97</sup>, destaca-se o exercício ininterrupto de confrontar as estruturas normativas e as categorias analíticas com os dados da realidade, de forma a impedir que se edifique um sistema teórico puramente abstrato e deformado de delito (teoria tradicional do delito).<sup>98</sup>

Expostos os pressupostos e as tarefas exigidas de uma teoria crítica do delito, a proposição de uma *interpretação material das categorias analíticas restrita às causas supralegais de exclusão do crime* parece estar em plena harmonia com um sistema político-criminal minimalista e uma dogmática garantista. Ao direcionar-se à ampliação dos espaços de liberdade e à restrição da potência punitiva, a materialização do direito penal adquire um conteúdo eminentemente emancipatório.

## REFERÊNCIAS

ANDRADE, Vera. *A Ilusão de Segurança Jurídica: do controle da violência à violência do controle penal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

ANDRADE, Vera. *Dogmática Jurídica: esboço de sua configuração e identidade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1996.

ANTOLISEI, Francesco. *Manuale di Diritto Penale: parte generale*. Milano: Giuffrè, 1997.

---

Revan, 2010, p. p. 24.

96 Tavares, Juarez. *Fundamentos de Teoria do Delito*. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2018, p. 38.

97 Tavares elenca as tarefas designadas para uma teoria crítica do delito: “a) verificar os pontos de intersecção entre norma penal e norma constitucional; b) elucidar os princípios constitucionais, tomados como elementos delimitadores do poder de punir; c) identificar o objeto da lesão jurídica, como pressuposto da incriminação; d) confrontar os elementos normativos com os dados da realidade empírica para impedir a formação de uma estrutura puramente normativa e deformada do delito; e) inserir como pressuposto de qualquer atuação jurídica um conceito de sujeito capaz de abarcar os vários contextos do mundo da vida nos quais ele possa se manifestar com liberdade; f) definir os fundamentos pelos quais possam ser excluídos da atuação punitiva os fatos penalmente irrelevantes; g) disciplinar as etapas da caracterização da conduta, de modo a poder confrontá-la em sua manifestação concreta com as comunicações expressas nas normas criminalizadoras; h) empreender o processo de interpretação da norma como elemento protetor da liberdade; i) proceder ao exame dos preceitos permissivos ou liberadores da conduta em contraste prevalente às proibições e comando; j) subordinar o princípio da responsabilidade individual aos enunciados de subsidiariedade e de uma culpabilidade redutora de poder.” (Tavares, Juarez. *Fundamentos de Teoria do Delito*. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2018, p. 30).

98 Tavares, Juarez. *Fundamentos de Teoria do Delito*. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2018, p. 30.

ASÚA, Luiz Jiménez. *Principios de Derecho Penal: la ley y el delito*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, s/d.

BATISTA, Nilo. *Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro*. 10 ed. Rio de Janeiro: Revan, 2005.

BATISTA, Nilo. Cem Anos de Reprovação in Nascimento, André & Batista, Nilo (orgs.). *Cem Anos de Reprovação: uma contribuição transdisciplinar para a crise da culpabilidade*. Rio de Janeiro: Revan, 2011.

BETTIOL, Giuseppe. *Instituciones de Derecho Penal y Procesal*. Barcelona: Bosh, 1977.

BOBBIO, Norberto. *Teoria do Ordenamento Jurídico*. Brasília: Polis, 1990.

BRUNO, Aníbal. *Direito Penal: parte geral*. t. 01. Rio de Janeiro: Forense, 1967.

BUSTOS RAMÍREZ, Juan. Criminología Crítica y Derecho Penal Latinoamericano in *Criminología Crítica: Seminario I*. Medellín: Universidad de Medellín, 1984.

CARVALHO, Salo. Crítica e Contracrítica dos Movimentos de Crítica à Dogmática jurídica in *Revista Direitos e Garantias Fundamentais*, v. 17, n. 1, 2016.

CARVALHO, Salo. *Pena e Garantias*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

CARVALHO, Salo. *Penas e Medidas de Segurança no Direito Penal Brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

CARVALHO, Salo. *Teoria Crítica e Neokantismo no Direito Penal: contribuição à crítica dos seus fundamentos e justificações*. Tese de Titularidade em Direito Penal, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, 2016 (inédita).

CHIESA, Luis Ernesto. Mujeres Maltratadas y Legítima Defensa: la experiencia anglosajona in *Revista Penal*, n. 20, 2007.

MUÑOZ CONDE, Francisco. *Edmund Mezger e o Direito Penal do seu Tempo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

COSTA JR., Paulo José. *Direito Penal: curso completo*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

DEL RÍO Ayala, Alejandra & González Igartúa, María Noé. El Derecho a Defenderse del Femicídio: la legítima defensa em contextos de violência doméstica in *Papeles del Centro de Investigaciones*, v. 17, 2016.

FERRAJOLI, Luigi. *Diritto e Ragione: teoria del garantismo penale*. 5. ed. Roma: Laterza, 1998.

**FERRARI**, Massimo. Neokantismo come Filosofia della Cultura: Wilhelm Windelband e Heinrich Rickert in *Revue de Métaphysique et de Morale*, v. 03, 1998.

**FERREIRA**, Jonatas. A Teoria do Valor de Windelband e Rickert: fundamentos temporais de uma teoria do conhecimento in *Estudos de Sociologia (Revista do Programa de Pós-Graduação em Sociologia da UFPE)*, v. 05, n. 02.

**FRAGOSO**, Christiano Falk. *Autoritarismo e Sistema Penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.

**FRAGOSO**, Heleno Cláudio. Direito Penal e Criminologia in *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais*, v. 06, 1954.

**FRAGOSO**, Heleno Cláudio. Antijuridicidade in *Revista Forense*, v. 208, 1964.

**FRANK**, Reinhard. *Sobre la Estructura del Concepto de Culpabilidad*. Montevideo: BdF, 2002.

**GARCÍA RUIZ**, Pedro Enrique. Ontología Fundamental o Teoría del Conocimiento? Heidegger crítico del Neokantismo in *Signos Filosóficos*, n. 07, 2000.

**GONZÁLEZ VICÉN**, Felipe. El Neokantismo Jurídico Axiológico in *Anuario de Filosofía del Derecho*, v. 03, 1986.

**GONZÁLEZ VICÉN**, Felipe. Sobre el Neokantismo Logico-Jurídico in *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, v. 02, 1985.

**HUNGRIA**, Néelson & **FRAGOSO**, Heleno C. *Comentários ao Código Penal*. v. 5. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979.

**JESCHECK**, Hans-Heinrich. *Tratado de Derecho Penal: parte general*. Granada: Comares, 1993.

**KÖHNKE**, Klaus Christian. *Surgimiento y Auge del Neokantismo: la Filosofía universitaria alemana entre el idealismo y el positivismo*. México: FCE, 2011.

**LARRAURI**, Elena. La Mujer ante el Derecho Penal in *Revista de Ciencias Penales*, n. 11, 1996.

**LARRAURI**, Elena. Violencia Doméstica y Legítima Defensa: un caso de aplicación masculida del derecho in Larrauri, Elena & Varona, Daniel. *Violencia Doméstica y Legítima Defensa*. Barcelona: EUB, 1995.

**LISZT**, Franz von. *Tratado de Derecho Penal*. t. 2., 4. ed. Madrid: Editorial Preus, 1999.

**LISZT**, Franz von. *Tratado de Direito Penal Alemão*. t. 1. Rio de Janeiro: Briguiet & C. Editores, 1899.

- LYRA, Roberto. *Direito Penal Normativo*. 2. ed. Rio de Janeiro: Konfino, 1977.
- LYRA FILHO, Roberto. *Criminologia Dialética*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1972.
- MAYER, Max Ernst. *Derecho Penal: parte general*. Montevideo: BdeF, 2007.
- MAYER, Max Ernst. *Normas Jurídicas y Normas de Cultura*. Buenos Aires: Hammurabi, 2000.
- NEUMANN, Franz. *Behemoth: the structure and practice of national socialism, 1933-1944*. Chicago: Dee Publisher, 2009.
- NEUMANN, Franz. *O Império do Direito: teoria política e sistema jurídico na sociedade moderna*. São Paulo: Quartier Latin, 2013.
- PAVARINI, Massimo. *Corso di Istituzioni di Diritto Penale*. Bologna: Bononia University Press, 2013.
- RADBRUCH, Gustav. *Introducción a la Filosofía del Derecho*. Cidade do México: FCE, 1997.
- REALE JR., Miguel. *Antijuridicidade Concreta*. São Paulo: Bushatsky, 1973.
- REALE JR., Miguel. *Dos Estados de Necessidade*. São Paulo: Bushatsky, 1971.
- RINGER, Fritz K. *O Declínio dos Mandarins Alemães: a comunidade acadêmica alemã, 1890-1933*. São Paulo: EdUSP, 2000.
- RODRIGUEZ, José Rodrigo. *O Direito Liberal Além de Si Mesmo*. Tese de Doutorado, Departamento de Filosofia e Ciências Humanas, UNICAMP, Campinas, 2006.
- RODRIGUEZ, José Rodrigo. Perversão do Direito (e da Democracia): seis casos in *Direito & Práxis*, v. 7, n. 4, 2016.
- RODRIGUEZ, José Rodrigo. Um Grande Livro Desconhecido: sobre Franz Neumann, Direito e Emancipação in Neumann, Franz. *O Império do Direito*. São Paulo: Quartier Latin, 2013.
- ROXIN, Claus. *Derecho Penal: parte general*. t. 1. Madrid: Civitas, 1997.
- SANTOS, Juarez Cirino. *Direito Penal: parte geral*. 7. ed. Florianópolis, Empório do Direito, 2017.
- TANGERINO, Davi. *Culpabilidade*. São Paulo: Elsevier, 2011.
- TANGERINO, Davi. *Apreciação Crítica dos Fundamentos da Culpabilidade a partir da Criminologia: contribuições para um Direito penal mais ético*. Tese de Doutorado em Direito Penal, Criminologia e Medicina Forense, Universidade de São Paulo, 2000.

TAVARES, Juarez. Culpabilidade e Individualização da Pena *in* Nascimento, André & Batista, Nilo (orgs.). *Cem Anos de Reprovação: uma contribuição transdisciplinar para a crise da culpabilidade*. Rio de Janeiro: Revan, 2011.

TAVARES, Juarez. *Fundamentos de Teoria do Delito*. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2018.

WEBER, Max. *Economia e Sociedade: fundamentos da sociologia compreensiva*. v. 02. São Paulo: EdUnB, 2004.

ZACCONE, Orlando. *Indignos de Vida: a forma jurídica da política de extermínio de inimigos na cidade do Rio de Janeiro*. Rio de Janeiro: Revan, 2015.

ZAFFARONI, Eugenio & Batista, Nilo. *Direito Penal Brasileiro*. v. 1. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

ZAFFARONI, Eugenio & Batista, Nilo. *Direito Penal Brasileiro*. v. 2, t. 1. Rio de Janeiro: Revan, 2010.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl & Batista, Nilo. *Direito Penal Brasileiro*. v. 1. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl & Batista, Nilo. *Direito Penal Brasileiro*. v. 2, t. 1. Rio de Janeiro: Revan, 2010.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl & Batista, Nilo. *Direito Penal Brasileiro*. v. 2, t. 2. Rio de Janeiro: Revan, 2017.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl & Pierangeli, José Henrique. *Manual de Direito Penal Brasileiro: parte geral*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Comentario a la Obra de Francisco Muñoz Conde sobre Mezger *in* *En Torno de la Cuestión Penal*. Montevideo: BdeF, 2005.

ZAFFARONI, Eugenio. *Culpabilidad por la Vulnerabilidad*. Doutorado Honoris Causa: Lectio Doctoralis, Universidade de Macerata, 2002.

Recebido em: 07/03/2019.

Aprovado em: 23/09/2019.