

PUNIBILIDADE E FINS DA PENA

Ciências Penais | vol. 3 | p. 123 | Jul / 2005 | DTR\2005\400

Érika Mendes de Carvalho

Doutora em Direito Penal pela Universidade de Zaragoza - Espanha. Professora Adjunta de Direito Penal na Universidade Estadual de Maringá.

Área do Direito: Penal

Sumário: - 1.Introdução: os efeitos preventivos inerentes à pena retributiva - 2.A permeabilidade da categoria da punibilidade à atuação das valorações político-criminais - 3.Crítica às tentativas de elaboração de um conceito amplo de delito - 4.Conclusão: as condições objetivas de punibilidade e as escusas absolutórias em sentido amplo como condições político-criminais de punibilidade

Palavras-chave: Punibilidade - Fins da pena - Condições objetivas de punibilidade - Escusas absolutórias.

1. Introdução: os efeitos preventivos inerentes à pena retributiva

Do ponto de vista estritamente finalista que aqui se perfilha, a pena encontra seu fundamento e limite no delito perpetrado, o que significa que deve guardar uma relação de proporcionalidade com relação à magnitude do injusto e da culpabilidade. ¹Não deve lastrear-se, portanto, em considerações exclusivamente utilitárias, relacionadas com sua funcionalidade para o sistema social.

Considera-se, nesse diapasão, que a utilização do indivíduo como um instrumento para a consecução de fins sociais - de caráter meramente utilitário - pela pena preventivo-geral não respeita a condição do homem como pessoa. A idéia de inserir na estrutura delitiva uma categoria baseada exclusivamente na utilidade social da pena - mais precisamente, em uma análise fundada unicamente em uma ponderação dos custos e benefícios de sua imposição - contradiz o princípio material de justiça, de validade *a priori*, do respeito à dignidade da pessoa humana. ²Uma categoria assim configurada não pode, de conseguinte, funcionar como um critério seguro para oferecer o fundamento e o limite da pena.

Tão-somente a idéia de pena justa e proporcional à gravidade do injusto e da culpabilidade, a saber, a idéia de retribuição, pode operar como um limite ao *ius puniendi* estatal. Quando se pretende limitar a função da pena ao restabelecimento da vigência da norma, sem qualquer conexão com o injusto, tem lugar uma série de inconvenientes, sobretudo porque se utiliza o indivíduo para a obtenção de fins sociais utilitários, de duvidosa eficácia. Não obstante, quando se inclui no efeito de exercitar os cidadãos na fidelidade ao Direito a necessidade de que se reafirme o próprio conteúdo das normas, isto é, os juízos inerentes a elas, é possível recorrer à proporcionalidade da pena com o fato como exigência da prevenção geral positiva. E isso é assim porque apenas a exigência de reafirmação do juízo ético-social pressupõe a proporcionalidade da pena com o fato. A prevenção, conforme bem reconhece Silva Sánchez, "seja positiva ou negativa, 'não se auto-limita'". ³Nessa linha, adverte também que "a lógica da prevenção, inclusive corrigida pela lógica utilitarista da intervenção mínima, segue caminhos distintos daqueles da lógica das garantias individuais". ⁴

Uma concepção da prevenção geral positiva que adjudique à pena somente o significado de afirmação da vigência das normas não está associada à exigência de proporcionalidade entre a pena e o injusto culpável. E a introdução de uma categoria - a punibilidade - fundada apenas na utilidade social da pena na estrutura delitiva, mais que permitir o ingresso de considerações vinculadas à dimensão de futuro inerente à prevenção - segundo propugna um setor da doutrina ⁵ -, possibilita, isto sim, a livre entrada de exigências meramente funcionais na composição do conceito de delito. As considerações relacionadas à utilidade social da pena fundamentariam a própria configuração delitiva, mas não poderiam figurar como um limite seguro à pretensão punitiva. É oportuno, conseqüentemente, questionar se não seriam contraditórios as exigências preventivas e os critérios garantísticos e, nessa perspectiva, cumpre indagar se a incorporação, na estrutura do delito, dos pressupostos orientados a determinar a justificação social do recurso à pena não comprometeria a própria lógica das garantias individuais.

Todavia, quando se defende uma concepção da prevenção geral positiva como confirmação dos valores ético-sociais inerentes às normas na consciência dos cidadãos, conectada a uma concepção

do Direito Penal como protetor de bens jurídicos e de suas normas como normas de determinação de condutas, bem como um conceito unitário de pena - que estima que os fins preventivos se encontram condicionados à prévia reafirmação do valor mediante a imposição da pena justa -, chega-se, então, inevitavelmente à conclusão de que a prevenção geral positiva exige partir da pena adequada ao desvalor do fato, pois esta é a única que permite fundamentar a necessária proporcionalidade entre a pena e o injusto culpável. Portanto, mais que criar uma atitude de fidelidade ao Direito através da reafirmação da vigência da norma infringida, o que a prevenção geral positiva assim concebida busca confirmar é exatamente o juízo social de desvalor do ato.

Nessa perspectiva, as exigências relacionadas aos fins da pena não compõem a estrutura do delito. A pena, por sua vez, deve adequar-se exclusivamente à magnitude do injusto e da culpabilidade, com independência de uma possível utilidade social. Somente a pena retributiva - isto é, a pena justa e proporcional ao delito - afirma-se como um requisito necessário para a consecução de efeitos preventivos. Entretanto, "isso não permite substituir os juízos de valor sobre os quais se fundamenta essa proporcionalidade (a teoria do delito) pelo caráter útil que a proporcionalidade propicia, pois o caráter útil ou eficaz não podem ser deduzidos os juízos de valor prévios cujo respeito assegura essa mesma utilidade".⁶

Os fins da pena - e, conseqüentemente, uma categoria fundada exclusivamente nos fins da pena - não podem proporcionar uma valoração jurídica do fato. Incumbe à teoria do delito - isto é, à pena ajustada à gravidade do injusto e da culpabilidade - fazê-lo, de forma que o fundamento da pena radica no delito perpetrado. O efeito preventivo que acompanha a reafirmação do ordenamento - consistente na confirmação dos valores ético-sociais inerentes às normas na consciência dos cidadãos e na conseqüente produção de uma atitude de fidelidade jurídica -, porém, não pode ser explicado quando se abstrai da idéia de uma pena retributiva, ou seja, de uma pena adequada ao desvalor do injusto culpável.

Em definitivo, a obtenção de efeitos preventivos não está condicionada à inserção de uma categoria com base utilitária na configuração do delito, mas é uma conseqüência lógica da pena justa. A proporcionalidade da pena ao injusto culpável é, indubitavelmente, um requisito necessário e suficiente para a produção do adequado efeito preventivo. Não obstante, o certo é que a pena retributiva pode ser relativizada pelos fins de prevenção geral e especial, quando estes não exijam a imposição da totalidade da pena merecida,⁷ isto é, o reconhecimento de que somente a partir da teoria do injusto - e com independência dos fins atribuídos à pena - pode-se determinar as condutas merecedoras de pena - representadas pelas infrações mais graves praticadas contra os bens jurídicos mais relevantes - não impede que a falta ou o menoscabo da necessidade preventiva influa sobre o princípio de retribuição, limitando-o, se a aplicação da pena justa não for necessária para a preservação da ordem social.

2. A permeabilidade da categoria da punibilidade à atuação das valorações político-criminais

A questão acerca de se é ou não necessário recorrer à pena para reafirmar a confiança dos cidadãos na validade da norma - em virtude da ausência de outros meios que acarretem menos custos para alcançar esse fim -, ou de se é preciso renunciar à estabilização normativa para tutelar outros interesses mais relevantes, não pertence ao âmbito da estrutura delitiva. Com efeito, o ponto de vista aqui defendido estima que não devam integrar a configuração do delito considerações relacionadas aos fins da pena, mas especificamente as considerações vinculadas à funcionalidade desta para o equilíbrio do sistema.

Mas isso não obsta que as mencionadas considerações - representadas fundamentalmente por critérios diversos dos empregados pelo injusto culpável - conduzam à construção de uma categoria autônoma, esta sim absolutamente permeável aos conteúdos político-criminais. Quando se estima que a definição do delito não se encontra entre os objetivos da política criminal, não há, a princípio, nenhuma objeção à utilização desta - do ponto de vista positivo⁸ - como o princípio reitor das circunstâncias tradicionalmente vinculadas à punibilidade. Os conteúdos político-criminais desempenham um relevante papel não apenas na interpretação dos preceitos penais e na aplicação da pena, mas também intervêm no fundamento das isenções parciais ou totais de pena reconhecidas pelo ordenamento jurídico-penal. Em síntese, as decisões valorativas da política criminal ingressariam no sistema do Direito Penal no âmbito de uma categoria situada além do injusto culpável, onde determinariam a imposição, a exclusão, ou, conforme o caso, a atenuação da pena.

Quando um setor da doutrina rechaça que a política criminal possa constituir o princípio reitor das circunstâncias condicionantes da punibilidade, argumenta que essas diretrizes político-criminais não fundamentam com caráter exclusivo a previsão dessas circunstâncias, posto que atuariam também na esfera das categorias tradicionais do conceito de delito.⁹ Não obstante, quando não se parte da adoção de um sistema penal teleológica ou funcionalmente orientado, mas da aceitação dos postulados fundamentais da teoria finalista, então resulta absolutamente coerente, dessa perspectiva, a defesa de uma concepção que, ao não integrar na esfera da teoria jurídica do delito as valorações da política criminal, circunscreve o âmbito de atuação desta última aos elementos condicionantes da punibilidade alheios ao injusto culpável.

Assim, a defesa da não introdução de conteúdos político-criminais nas categorias que compõem o conceito de delito permite conferir à política criminal um relevante papel na fundamentação das circunstâncias comumente relacionadas à punibilidade, embora seja forçoso reconhecer que o objeto e o conteúdo daquela ainda careçam de maior desenvolvimento. Todavia, a falta de concreção dos critérios político-criminais é um problema que também afetaria a concepção que defende sua incorporação na teoria jurídica do delito. A imperiosa necessidade de concretização dos critérios político-criminais que influem sobre a configuração dos elementos condicionantes da punibilidade alheios ao injusto culpável não pode, porém, ser um obstáculo ao reconhecimento de sua aptidão para unificar tais elementos, mas um estímulo para o aprofundamento da investigação acerca de seu objeto e conteúdo.

A punibilidade é uma categoria que apresenta um conteúdo material próprio, representado pelas condições de punibilidade positivas e negativas. Não se pode vislumbrar tal categoria como essencial à estrutura delitiva, segundo aduz um setor doutrinário, em virtude da escassez dos mencionados elementos na legislação penal.¹⁰ No entanto, cumpre reconhecer que, na atualidade, as legislações penais tendem a recorrer cada vez mais à técnica legislativa em questão, de modo que é possível constatar um incremento do número de elementos político-criminais condicionantes da punibilidade. Não obstante, há uma razão decisiva que impede considerar essas circunstâncias como essenciais à estrutura delitiva: as condições objetivas de punibilidade e as escusas absolutórias em sentido amplo (causas pessoais de exclusão de pena e causas pessoais de supressão de pena) baseiam-se em considerações político-criminais, e, em muitas hipóteses, também em exigências vinculadas aos fins da pena, de modo que quando se parte da negativa contundente da proposta elaborada pelas diretrizes metodológicas que pretendem definir o delito a partir de e com referência à pena, o lógico é excluir da configuração do delito uma categoria cujo conteúdo esteja fundado em valorações relativas aos fins das sanções penais. A punibilidade é uma categoria meramente circunstancial e alheia ao conceito de delito, o qual, do ponto de vista que aqui se defende, não agasalha em suas categorias considerações referentes aos fins da pena.

As condições objetivas de punibilidade e as escusas absolutórias em sentido amplo são elementos alheios ao conceito de delito. Por conseguinte, as hipóteses de comportamento pós-delitivo positivo, consistentes em causas de supressão parcial ou total da pena, não podem encontrar explicação nas categorias do delito, mas em considerações político-criminais, alheias àquelas categorias. O fato de que os mencionados elementos não influam sobre a magnitude do injusto ou da culpabilidade não impede que possam desempenhar um papel importante na determinação da pena, em razão de seu significado político-criminal ou de considerações utilitárias alheias ao delito, ou inclusive em virtude do menoscabo da necessidade de pena do ponto de vista da prevenção geral e/ou especial.¹¹

As condições objetivas de punibilidade e as escusas absolutórias em sentido amplo estão à margem do injusto específico de uma determinada figura de delito.¹² Outrossim, não afetam a capacidade do sujeito de atuar de outro modo, de acordo com as exigências do ordenamento jurídico. Não intervêm, portanto, sobre o juízo de censura ou de reprovação pessoal pela realização de uma conduta típica e antijurídica, isto é, não guardam nenhuma relação com a reprovabilidade pessoal da ação ou omissão típica e antijurídica. São hipóteses concretas que, por razões fundamentalmente político-criminais, excluem a punibilidade de uma determinada conduta típica, antijurídica e culpável, mas que não afetam a magnitude do injusto e tampouco da culpabilidade. O injusto e a culpabilidade não podem ver-se afetados pela conduta posterior à configuração do injusto da tentativa ou subsequente à consumação delitiva.¹³

Em realidade, no momento do processo penal o delito encontra-se perfeitamente estruturado em suas categorias essenciais, de modo que a conduta realizada pelo sujeito após a consumação delitiva não pode ser relevante para afetar a medida da culpabilidade e, tampouco, pode figurar como

um indício de uma maior ou menor magnitude do injusto. Assim, pode-se afirmar que todas os fatores político-criminais condicionantes da punibilidade - as condições objetivas de punibilidade e as escusas absolutórias em sentido amplo - deixam intacto o conteúdo do injusto culpável.

Não há, porém, uniformidade de critérios no momento de identificar a localização sistemática dos elementos em questão, pois enquanto um setor da doutrina os situa em uma categoria autônoma - a punibilidade -, outros defendem a criação de uma categoria distinta, além da punibilidade, identificada como "outros pressupostos da pena distintos do delito". A necessidade de criação de uma categoria autônoma para alojar tais circunstâncias costuma ser justificada com lastro na distinção entre as circunstâncias que se relacionam com o fato delitivo - as condições objetivas de punibilidade e as causas pessoais de exclusão de pena - e as que são posteriores a este - as causas de supressão de pena -, isto é, entre os elementos que pertenceriam ao próprio delito e os que atuariam com independência deste. Nessa perspectiva, defende-se um conceito estrito de punibilidade, que, por um lado, compreenderia apenas as circunstâncias que - embora alheias ao injusto culpável - pertenceriam ao delito e afetariam sua existência e, por outro, excluiria de sua esfera aquelas que são posteriores ao fato delitivo e, por conseguinte, não o excluiriam nem eliminariam.¹⁴

A postura que busca estabelecer uma diferença entre as hipóteses de comportamento pós-delitivo e as condições objetivas de punibilidade e as causas de exclusão de pena (escusas absolutórias em sentido estrito) com fulcro em um critério qualitativo - a saber, relacionando estes últimos elementos à estrutura delitiva - não convence. E isso é assim, em primeiro lugar, porque aqui se rechaça um conceito de delito como ação ou omissão típica, antijurídica, culpável e punível, postura esta que exclui a punibilidade como categoria dogmática pertencente à estrutura delitiva. Assim sendo, não é possível extrair da distinção entre escusas absolutórias anteriores e posteriores a inclusão das primeiras no âmbito da própria estrutura do delito. O que esse critério cronológico de distinção pretende é apenas diferenciar entre os elementos que concorrem com anterioridade ao momento consumativo do delito e aqueles que se verificam após consumação, mas isso não quer dizer que aqueles integrem o delito e que estes últimos sejam alheios à estrutura delitiva. Mesmo porque as denominadas escusas absolutórias anteriores somente têm sentido a partir da configuração do injusto da tentativa, ou seja, com o início da execução.

Na verdade, tanto as escusas absolutórias anteriores como as posteriores não afetam o delito, já que não operam sobre suas categorias. Atuam, isto sim, sobre a punibilidade e, embora se pretenda inserir as escusas absolutórias posteriores - isto é, as hipóteses de comportamento pós-delitivo - em uma categoria própria e distinta da punibilidade, isso não altera o fundamento e os efeitos que produz o reconhecimento de tais elementos sobre a possibilidade concreta de aplicação da pena. As circunstâncias condicionantes da punibilidade alheias ao delito são hipóteses heterogêneas, com fundamento político-criminal, que deixam intacto o conteúdo das categorias delitivas - a ação ou a omissão, a tipicidade, a antijuridicidade e a culpabilidade -, afetando exclusivamente a punibilidade.

A anterioridade de algumas das circunstâncias os em questão à consumação não lhes confere o status de elementos do delito. De outra parte, a exclusão total ou parcial da pena em virtude da realização de um comportamento posterior ao delito (consumado ou tentado) em nada afeta à estrutura deste, que permanece intacta. Portanto, a não criação de uma categoria adicional à punibilidade e a não integração desta entre os elementos essenciais do delito não significa - ao contrário do que assevera parte da doutrina - apenas a adoção de um conceito amplo de punibilidade, mas sim a aceitação de um conceito estrito e rigoroso de delito, que não incorpora em seu âmbito circunstâncias inspiradas por valorações político-criminais ou vinculadas à necessidade preventivo-geral e/ou especial de pena.

Não há inconveniente algum na localização sistemática dos comportamentos pós-delitivos na categoria da punibilidade, enquanto categoria alheia à constituição dos elementos do delito e sede das circunstâncias que condicionam a aplicação da pena por razões político-criminais ou relacionadas aos seus fins. Na verdade, somente a adoção de um conceito de punibilidade que abarque também as hipóteses de comportamento pós-delitivo permite conferir uma certa unidade às circunstâncias que autenticamente a integram.

Depurando os elementos do conceito de delito de considerações político-criminais ou concernentes aos fins da pena, termina-se por chegar a um conceito de punibilidade como categoria que tem como conteúdo elementos heterogêneos, ancorados fundamentalmente em considerações utilitárias e/ou

relacionadas aos fins preventivo-gerais e/ou especiais da pena, e que apenas excepcionalmente condicionam a possibilidade de sua imposição. A impossibilidade de identificação de um critério capaz de unificar todas as circunstâncias analisadas e conferir à categoria da punibilidade uma certa homogeneidade é um reflexo do caráter acidental dessa categoria, o que certamente não afasta a necessidade de um esforço no sentido de concretização dos diversos critérios político-criminais que a informam e, sobretudo, de um estudo das conseqüências dogmáticas que pode produzir a não inserção da punibilidade entre os elementos do delito.

Com respeito à primeira das tarefas sugeridas, cabe dizer que quando se estima que a definição do delito não se encontra entre os objetivos da política criminal, não há, em princípio, nenhuma objeção a que esta figure como o critério reitor das circunstâncias condicionantes da punibilidade alheias ao delito. Com efeito, como já destacado, os conteúdos político-criminais desempenham um papel importante não apenas na interpretação dos preceitos penais e na aplicação da pena, mas também intervêm no fundamento das isenções parciais ou totais de pena previstas pelo ordenamento jurídico-penal. Por conseguinte, as decisões valorativas da política criminal teriam seu lugar no sistema do Direito Penal justamente na esfera de uma categoria alheia ao injusto culpável, onde determinariam a imposição, a exclusão, ou, conforme o caso, a atenuação da pena.

A adoção de uma teoria unitária da pena não deve vir acompanhada de uma modificação da estrutura delitiva, pois segundo a postura aqui sustentada somente a pena justa e proporcional à magnitude do injusto culpável - e não a pena funcional para o sistema - pode ter efeitos de ordem preventiva e, ademais, satisfazer adequadamente as exigências de um Estado social e democrático de Direito.

O injusto culpável - que se identifica com o merecimento de pena - é um pressuposto imprescindível para a formulação do juízo de necessidade, de modo que somente depois da configuração do delito é possível aferir a conveniência ou a necessidade de imposição da pena para que possam ser alcançados os fins preventivo-gerais e/ou especiais, bem como a sua idoneidade para a consecução desses fins. Todavia, os critérios que determinam a necessidade de pena não são extraídos do merecimento de pena, que funciona como o fundamento e o limite das exigências vinculadas à necessidade de pena. Nessa perspectiva, a imposição da pena não será necessária quando - apesar da constatação de todos os aspectos de desvalor do delito - os fins preventivos que com ela se perseguem já tenham sido alcançados ou quando sua imposição careça de idoneidade para a consecução desses fins.

Quando se aceita uma concepção ampla de política criminal, as considerações relacionadas aos fins da pena - que compõem o conteúdo do juízo de necessidade - também estariam abarcadas por ela, de forma que os elementos da categoria da punibilidade se fundamentariam essencialmente em critérios político-criminais, entre os quais se encontra a necessidade de pena. Pois bem, o exame da necessidade de pena do ponto de vista preventivo-geral ou especial ou com base em exigências de política criminal está reservado à categoria da punibilidade, que constitui um juízo posterior ao merecimento de pena.

Assim, conforme já assinalado, os critérios político-criminais consubstanciados nos mencionados elementos operam como limite ao exercício adequado o *ius puniendi* estatal, circunscrevendo a intervenção penal quando necessário for. Não obstante, no momento de investigar o fundamento das circunstâncias geralmente vinculadas à punibilidade, não se pode recorrer aos princípios que buscam explicar a função e os fins do Direito Penal - como os princípios de proteção exclusiva de bens jurídicos, de fragmentariedade ou de subsidiariedade -, posto que carecem de aptidão para lograr uma unificação dos critérios que servem de base para os referidos elementos condicionantes. A pretensão de reunir hipóteses tão heterogêneas quanto as condições objetivas de punibilidade e as escusas absolutórias sob um único princípio reitor não é, porém, indispensável para o reconhecimento do caráter autônomo da categoria da punibilidade, que possui, indiscutivelmente, conteúdo material próprio e distinto das categorias do delito, consubstanciado nas condições de punibilidade positivas e negativas. Ademais, a referida impossibilidade não implica negar que todas essas circunstâncias respondam a considerações político-criminais, alheias às categorias do delito.

A postura crítica a respeito da aptidão diferenciadora da política criminal ou da necessidade de pena considera, geralmente, que as exigências político-criminais também contribuem para a construção do delito e, por conseguinte, não poderiam fundamentar com caráter exclusivo uma das categorias supostamente pertencente a este. Não obstante, o rechaço à incorporação de conteúdos

político-criminais nas categorias do delito afasta esse inconveniente, pois converte a punibilidade na sede privativa desse tipo de considerações.¹⁵

Com efeito, quando não se compartilha da concepção que defende a idoneidade das valorações político-criminais para a elaboração da teoria jurídica do delito, verifica-se uma redução do âmbito de atuação dos critérios político-criminais. As categorias delitivas já não estariam impregnadas por seus matizes e apenas as circunstâncias normalmente reconduzidas à punibilidade responderiam a considerações dessa ordem.

Os critérios político-criminais, porém, não se circunscrevem à categoria da punibilidade. Operam também com caráter prévio à definição da conduta delitiva - na fase de elaboração legislativa -, bem como no momento da imposição da pena. Ademais, há determinadas circunstâncias - as condições de procedibilidade - que, a exemplo das condições de punibilidade, também têm seu fundamento em considerações político-criminais e não atuam sobre a magnitude do injusto culpável.¹⁶ Em algumas hipóteses, são precisamente conveniências político-criminais as que decidem pela localização sistemática de um determinado elemento entre as condições de punibilidade ou de procedibilidade. No entanto, isso não deveria ser assim, pois na verdade a diferença entre essas circunstâncias radica essencialmente sobre seu âmbito de atuação, isto é, enquanto as primeiras operam sobre a punibilidade da conduta delitiva, as últimas atuam sobre a admissibilidade de sua persecução penal. Em definitivo, o fato de que as condições de procedibilidade possam ter seu fundamento em critérios político-criminais ou vinculados à necessidade de pena não implica sua inclusão na esfera da categoria da punibilidade, que não é afetada por sua presença ou ausência.

3. Crítica às tentativas de elaboração de um conceito amplo de delito

No tocante ao comportamento pós-delitivo, são várias as posturas que o concebem como circunstância que afeta a antijuridicidade ou a culpabilidade, ou inclusive como elemento capaz de modificar o conteúdo do injusto ou da culpabilidade.¹⁷ Todavia, o que se entende por fato delitivo exige estimar a unidade e a simultaneidade dos elementos que conformam a conduta humana, com a exclusão dos elementos que não estejam vinculados a ela subjetivamente ou que sucedam a consumação delitiva. Não obstante, é preciso observar que tais elementos pertencem à figura de delito, isto é, ao conjunto de todas e de cada uma das circunstâncias imprescindíveis à aplicação da pena.

Por outro lado, a defesa de um conceito amplo de delito conduz à admissão de que circunstâncias constatadas com posterioridade à violação da norma integrem o conceito de delito. A concorrência dessas circunstâncias após a configuração da consumação ou do injusto da tentativa - ou, inclusive, no curso do processo penal - não seria um obstáculo para que participassem da estrutura delitiva, ao contrário, dado que o momento constitutivo do delito teria lugar precisamente durante a celebração do processo.

Nessa perspectiva - que se encontra freqüentemente associada a uma concepção funcional do Direito Penal e à correspondente adoção de um conceito funcional de fato -, ao fato objeto de imputação seriam acrescentadas considerações derivadas das funções que o Direito Penal pretende cumprir, que transcenderiam o segmento temporal que transcorre entre o início da tentativa e a consumação do delito.

Logo, seria perfeitamente coerente, para essa postura, permitir o ingresso no conceito de fato delitivo de elementos situados após a produção do resultado, desde que associados ao cumprimento das funções próprias do Direito Penal.¹⁸ De acordo com semelhante ponto de vista, embora se reconheça o momento da produção do resultado como aquele "dotado de maior carga de significado",¹⁹ isso não afastaria a possibilidade de extensão das barreiras do fato delitivo de modo a permitir que fossem alcançados determinados fatores dotados de força significativa. Conseqüentemente, o que se denomina 'fato' em sentido funcional tem "um conteúdo de significado que se inicia com a conduta externa do agente e só acaba com o término de sua relevância social",²⁰ o que permitiria a incorporação de realidades "que se encontram fora do fenômeno psico-físico normalmente associado a uma conduta humana".²¹

Essa postura equipara o fato à conduta "na sua dimensão social-comunicativa",²² de maneira que o significado do fato em sentido funcional abarca não só "o sentido social-comunicativo do processo humano denominado 'ação'", mas também "todo aquele que, dotado de sentido social, encontra-se

vinculado a esse processo humano".²³ Em síntese, o conceito de delito englobaria a relevância social da conduta, de modo que condutas geralmente qualificadas como pós-delitivas já não deveriam ser assim denominadas,²⁴ pois se associariam a esse fato concebido funcionalmente. Dar-se-ia acesso ao conceito de delito a tudo aquilo que pudesse influir sobre o seu significado social, daí que seriam logicamente incorporados à valoração penal da conduta elementos que, a exemplo dos comportamentos pós-delitivos ou das condições objetivas de punibilidade, fossem havidos como integrantes da dimensão social-comunicativa da conduta humana.²⁵

O comportamento pós-delitivo não seria, portanto, "posterior ao delito (como juízo adscritivo), mas precisamente um dos elementos do juízo".²⁶ Nessa perspectiva, considera Silva Sánchez que "a virtualidade delitiva do fato é dinâmica: há elementos posteriores ao 'fato' que afetam o juízo sobre o seu caráter delitivo (desestabilizador), de modo que a teoria do delito, como unidade de significado, que parte do fato, considerado como antijurídico e culpável, deveria integrar outros elementos capazes de incidir sobre essa dimensão de significado".²⁷

Nessa linha de pensar, inclusive o processo e a atuação dos órgãos estatais poderiam integrar o significado social do fato, se concebido aquele como a expressão de uma atuação significativa dirigida de modo inequívoco à estabilização da norma infringida.²⁸ Na realidade, se acolhida a tendência que estima a dimensão do delito como comunicação desestabilizadora da norma, a conclusão obrigatória é considerar que essa dimensão comunicativa persiste também ao longo do processo, pois neste se iniciaria a re-estabilização da norma infringida. Por conseguinte, se tão-somente a pena - ou algum de seus equivalentes funcionais -, segundo esse entendimento, colocaria fim à 'comunicação' que o delito expressa, então, coerentemente, seria oportuno "considerar que o processo penal (e até a própria execução da pena) seria presidido pela 'comunicação' delitiva ainda presente, de forma que, de alguma maneira, pertenceria ao sistema delitivo".²⁹

São vários os autores que se esforçam por elaborar um sistema integral de Direito Penal, no qual seriam captados, além do injusto culpável, todos aqueles elementos caracterizados por sua profunda diversidade - como as condições objetivas de punibilidade -, bem como as instituições processuais e outros fatores relacionados à individualização da pena. Nessa linha, indaga-se se uma teoria do delito com vocação prática pode se permitir excluir de seu âmbito institutos que, embora alheios ao injusto culpável, influem sobre a determinação da responsabilidade penal. Segundo Silva Sánchez, uma teoria teleológico-funcional do delito "não pode excluir de seu âmbito nenhum dos fatores determinantes da imposição ou não de uma pena".³⁰ Todavia, como bem reconhece, a adoção dessa postura poderia implicar no deslocamento do "centro de gravidade do sistema da teoria do delito" do critério do merecimento de pena para o "mais difuso" da necessidade de pena, cuja dimensão temporal poderia, por sua vez, trasladar-se "do 'fato delitivo como acontecimento histórico' ao 'significado' delitivo daquele fato no momento de sua reconstrução processual".³¹

A construção de um sistema integral de Direito Penal que abarque o delito, o processo penal e a determinação da pena é justamente a pretensão de Wolter, que propõe um sistema de delito estruturado em três níveis:³² o primeiro corresponde ao injusto culpável merecedor de pena, concebido como uma unidade integrada pela tipicidade (ausência de causas de exclusão do tipo) e pela antijuridicidade (ausência de causas de justificação ou de exclusão do injusto); o segundo nível enfatiza a necessidade de pena do injusto culpável (responsabilidade), que decai frente determinadas causas de exclusão da responsabilidade ou de supressão da responsabilidade, que atenuam simultaneamente o injusto e a culpabilidade com base em especiais razões preventivas; por último, o terceiro nível do delito está representado pela punibilidade do injusto culpável (atribuição da punição), que, através das condições objetivas de punibilidade, das causas de exclusão da punibilidade ou da pena³³ e das causas de supressão da pena, leva em consideração interesses de natureza extra-penal (de política jurídica) ou certas finalidades jurídico-constitucionais.³⁴

O terceiro nível do sistema unitário concebido por Wolter - que é o que aqui particularmente interessa - busca estabelecer - com base em considerações político-jurídicas completamente alheias ao injusto culpável - "a fronteira entre o punível e o não punível", inaugurando definitivamente "a faculdade estatal de punir mediante uma pena".³⁵ Os interesses extra-penais (de política jurídica geral) e as necessidades jurídico-constitucionais (de política processual penal e preventivas) que participam da configuração das condições objetivas de punibilidade ou das causas de exclusão da pena não influem - no entendimento de Wolter - sobre o merecimento e a necessidade de pena do fato, isto é, não apresentam eficácia excludente ou atenuante do injusto e da culpabilidade.³⁶ No entanto, todas

as circunstâncias reunidas no terceiro nível mencionado por Wolter têm em comum o fato de excluir a presença de um delito por considerações extra-penais - em especial, por razões constitucionais - e, precisamente por esse fato, distinguem-se de uma série de institutos de natureza processual que, embora relacionados às categorias do merecimento e necessidade de pena ou à punibilidade do fato, não o são de modo tão intenso a ponto de afastar a existência de um delito.³⁷

A proposta de Wolter de estruturação do sistema do delito em três níveis deve ser entendida, por essa razão, em um duplo sentido,³⁸ dado que os três níveis mencionados - o injusto culpável merecedor de pena, o injusto culpável necessitado de pena e o injusto culpável punível - são considerados a partir de uma "tríplice perspectiva":³⁹ a perspectiva do Direito Penal material (que tem como critério reitor a punibilidade), a do Direito Processual Penal (que se rege pela perseguibilidade) e a da determinação da pena (que se orienta pela sancionabilidade). Por conseguinte, a ausência dos pressupostos do injusto culpável, da responsabilidade ou da punibilidade acarreta a impunidade do fato. Por outro lado, se o que se constata é uma diminuição significativa de qualquer desses elementos, o fato punível não será passível de persecução penal. Por fim, se verificada apenas uma diminuição menos significativa dos mencionados fatores, haverá a renúncia à pena do fato punível e passível de persecução penal ou, em todo caso, sua atenuação facultativa.⁴⁰

Também Freund - partindo, porém, de "uma certa absolutização da idéia de necessidade de pena"⁴¹ - defende uma reconstrução ampliadora do sistema da teoria do delito, mas confere especial ênfase ao papel do processo como campo de concreção e desenvolvimento do delito. Por 'sistema integral de Direito Penal' entende não apenas o Direito Penal substantivo e determinação da pena, mas também o Direito Processual Penal "como autêntico campo de aplicação dos dois anteriores".⁴² O processo figura como um instrumento destinado a aproximar o Direito Penal da realidade, em razão da necessidade inequívoca de concreção e desenvolvimento do Direito Penal denominado 'substantivo' - tradicionalmente concebido como uma entidade ideal e abstrata - em um subsistema que, integrado necessariamente em um sistema mais amplo, também se orienta à persecução de uma idéia de fim "que legitima e inspira a totalidade do Direito Penal".⁴³

Freund defende a preeminência da idéia de necessidade de pena sobre a de merecimento de pena, isto é, com lastro em uma perspectiva eminentemente funcional, assevera que o merecimento de pena não pode transcender o âmbito da necessidade de pena, pois se assim fosse esse merecimento careceria de função e, conseqüentemente, de legitimidade. Ao Direito Penal só pode interessar o injusto penal definido em função da necessidade de pena, de modo que apenas tem "sentido e utilidade" o injusto penal "orientado à conseqüência jurídica".⁴⁴ Nas hipóteses em que não exista necessidade alguma de reação penal - por exemplo, no caso de desistência voluntária ou nos delitos de ação penal privada, quando a vítima não apresenta a queixa - não caberia tampouco falar de merecimento de pena, pois a eventual constatação de um injusto merecedor de pena não estaria legitimada por um fim e, conseqüentemente, careceria de função.⁴⁵ Condiciona, portanto, a própria existência do merecimento de pena à verificação da necessidade desta, de modo que a ausência de uma das condições que fundamentam a necessidade da reação penal tem como conseqüência inafastável não só a inaplicabilidade da sanção penal correspondente, mas também a ilegitimidade do injusto merecedor de pena. Do seu ponto de vista, seria um equívoco a tentativa de isolar determinados pressupostos, concebendo-os como 'critérios de merecimento de pena' - desvinculados da idéia de fim -, e de diferenciá-los de outros pressupostos - estes sim impregnados por considerações utilitárias -, dado que "todos os requisitos da reação devem vincular-se à mesma idéia (de fim) da relação correta (adequada) ante uma (presumida) infração normativa para restaurar a paz jurídica perturbada".⁴⁶ Ademais, a própria vigência do subsistema penal estaria condicionada ao cumprimento de uma função legitimadora, daí ter sentido a incorporação do processo penal ao sistema integral de Direito Penal, em razão da função útil que desempenha para sua aplicação concreta.

Na concepção defendida por Freund, o Direito Penal, concebido em termos tradicionais, não estaria apto a proporcionar por si só a necessária estabilização da vigência do sistema normativo, de modo que somente o Direito Penal integral se revelaria como um método idôneo, adequado e necessário para lograr a restauração da paz jurídica, perturbada pela infração da norma. Nessa linha, também não caberia falar de injusto merecedor de pena quando não existisse queixa crime, pois faltaria desde o começo qualquer necessidade de reação penal.⁴⁷

Essas considerações são perfeitamente coerentes com a adoção de um ponto de vista funcionalista, que busca delimitar o âmbito dos autênticos fatos puníveis em função da necessidade de pena e de

persecução penal. Nessa linha se insere também o posicionamento que perfilha Kuhlen a respeito dos limites que o Direito Processual vigente oferece ao Direito Penal. Afirma, nessa perspectiva, que incumbe em realidade ao Direito Processual a missão de determinar os limites do punível - que identifica com o merecimento de pena -, que já não podem ser concretizados apenas através do direito material - posto que seu conteúdo "é muito reduzido para possibilitar uma restrição significativa do Direito Penal".⁴⁸ Entende ser indispensável que sejam acrescidas ao conceito material de delito determinadas considerações, relativas à necessidade de pena, oferecidas justamente pelo Direito Processual.⁴⁹ A "escassa capacidade de rendimento"⁵⁰ do conceito de merecimento de pena para limitar a punibilidade torna indispensável - segundo Kuhlen - o recurso aos critérios político-criminais alheios ao próprio delito, pois estes poderiam perfeitamente contribuir para fundamentar o merecimento e a necessidade de pena. Noutro dizer, a delimitação da extensão do âmbito do punível - em concreto, uma determinação mais precisa do delito e da pena - seria, de acordo com o seu entendimento, uma questão vinculada basicamente à valoração do legislador, isto é, uma decisão política, que não está pré-determinada conceitualmente com anterioridade ao Direito positivo.

Ante o ceticismo de Kuhlen acerca da aptidão limitativa do conceito material de delito, argumenta Frisch que mesmo que este não pudesse oferecer limites precisos ao Direito Penal, o certo é que "não se deve renunciar à tentativa de traçar limites difusos pelo fato de que não possam ser encontrados limites mais exatos".⁵¹ Frisch opta por uma atitude mais racional, que busca circunscrever o âmbito do punível "ao irrenunciável, cominando sanção adequada para aquelas realidades que também o requeiram".⁵² O delito é uma conduta merecedora e necessitada de pena.⁵³ A lei, portanto, não é senão "expressão de valorações mais profundas",⁵⁴ que dão por sentado que determinados fatos ou não merecem a pena ou dela não necessitam. A exclusão de algumas hipóteses da esfera delitiva é um indício da ausência de determinados elementos materiais essenciais ao delito. O merecimento e a necessidade de pena são noções mais amplas, que não se limitam ao âmbito do injusto, que é tão-somente "uma condição mínima"⁵⁵ do merecimento e da necessidade de pena. Apenas será possível reagir com uma pena ante um injusto 'qualificado', pois "tanto considerações de racionalidade como de justiça impõem a limitação aos fatos relevantes".⁵⁶

A própria definição de delito estaria, nesse sentido, condicionada pela sanção penal: "o que não justifica uma privação de liberdade não pode ser definido como delito".⁵⁷ Não obstante, quando se constata um desajuste entre o delito definido nesses termos e a pena, é perfeitamente admissível o recurso a determinados 'corretivos' - os institutos processuais (como a suspensão do processo) ou a imposição de condições de punibilidade - para retificar eventuais desconexões e harmonizar as exigências expressas no conceito material de delito com relação a determinado fato e os elementos daquele. Uma construção dirigida à satisfação das exigências vinculadas ao conceito material de delito deveria incorporar aos seus elementos essenciais as considerações relativas ao merecimento e à necessidade de pena.

Desse modo, figura como obrigatória a introdução de aspectos processuais no conceito material de delito que propõe Frisch. Este último, a exemplo de Wolter, Freund e Kuhlen, também defende a incorporação de institutos processuais no sistema de delito. A elaboração do conceito de delito dependeria, portanto, de institutos processuais penais. Na realidade, além do injusto culpável existiriam, na opinião de Frisch, determinados requisitos adicionais de merecimento e necessidade de pena que não estariam vinculados às regras que regem a concepção tradicional do tipo, por exemplo, como é o caso de algumas condições objetivas de punibilidade.⁵⁸

Entretanto, embora Frisch aprove a extensão do delito e de suas categorias ao processo, o certo é que toma sempre como pontos de partida imprescindíveis para a configuração delitiva os conceitos de merecimento e necessidade de pena. Por conseguinte, não comparte do entendimento de Freund, no sentido de interpretar o delito em função do postulado da finalidade, pois o fim de estabilização de normas não poderia condicionar a presença do delito. Há circunstâncias que denotam a ausência de necessidade de pena - como a prescrição ou a reparação -, mas que não afetam o delito e conduzem apenas à ausência de reação penal. E isso é assim porque somente os elementos do delito podem determinar a necessidade de pena e, de conseqüência, conduzir à sua existência ou inexistência. Portanto, embora determinadas hipóteses possam acarretar uma renúncia à pena, isso não quer dizer que produzam a exclusão do delito, pois "aquilo que determina essencialmente a matéria do delito ainda hoje são as considerações de merecimento de pena", de modo que "uma vez afirmado o merecimento de pena, o significado da necessidade de pena se

resume a um corretivo muito limitado".⁵⁹

Essa consideração funcional do delito e da pena explica a conduta humana com base em princípios de ordem prática, isto é, condicionados pelos fins do Direito Penal e pela necessidade de atribuição de responsabilidade penal. O conteúdo das categorias delitivas estaria diretamente impregnado por exigências de imputação objetiva. Dentro do modelo anteriormente exposto, não haveria obstáculo algum à integração, no conceito de delito, de tudo aquilo que, do ponto de vista funcional, pudesse influir sobre a dimensão social-comunicativa da conduta humana ou contribuir para a aferição do significado global do fato.

Com efeito, essas considerações funcionalistas apresentam uma indiscutível porosidade, que permitiria a entrada franca no conceito de delito de todos os elementos portadores de algum 'sentido comunicativo', isto é, de tudo aquilo que transcendesse a conduta do sujeito e pudesse afetar de algum modo o seu significado social, o que necessariamente daria lugar a uma extensão do âmbito do delito e a subordinação de sua configuração e conteúdo a valorações que não encontram limites na própria realidade, mas apenas em exigências funcionais. E os 'limites' normativos à configuração do delito são, segundo esse entendimento, claramente relativos.⁶⁰

Um sistema integral de Direito Penal, que se fundamente exclusivamente em considerações de oportunidade e utilidade, não confere uma proteção efetiva aos bens jurídicos, pois o modo mais eficaz para consegui-lo é através da pena justa, proporcional à magnitude do injusto culpável e necessária para a conservação da ordem social. A pena retributiva é a única idônea para alcançar fins preventivos, e não o contrário. Daí que, à diferença do que sustenta Freund - para quem "uma sanção que não tenha nenhuma utilidade nunca pode pretender ser justa"⁶¹ -, é a pena justa a que se revela útil para a consecução de fins preventivos. Em síntese, do ponto de vista que aqui se mantém - que rechaça a construção de um conceito de Direito Penal em termos instrumentais - só a pena justa pode pretender ser necessária. Ademais, a definição do delito em função da importância da pena - como pretende, por exemplo, Frisch - parece ignorar que entre ambos deve existir uma indispensável 'conexão interna', que só se verifica realmente se a pena for proporcional à totalidade dos elementos que lhe conferem o fundamento e a medida.

O que a teoria funcionalista qualifica como teoria 'convencional' do delito, ao não integrar em sua esfera os elementos pertencentes à punibilidade e as instituições processuais, não se fecha "na fortaleza do injusto culpável",⁶² mas trata de respeitar o critério valorativo fundamental do respeito à dignidade humana, que tem uma vigência permanente frente a todos os demais valores.⁶³ O sistema valorativo no qual o finalismo se apóia não se compara às frágeis bases dos normativismos atuais, pois se configura fundamentalmente - como afirma com razão Gracia Martín - como "um sistema de normatividade objetivo", que não se edifica "com apoio no frágil instrumento de uma intuição puramente subjetiva, que opera sem o mais mínimo fundamento material, e só sob o impulso da oportunidade e da conveniência histórica".⁶⁴

Diversamente, a postura finalista - nesse estudo adotada como premissa lógica fundamental - atende à estrutura da matéria - ao homem e sua conduta - e somente conhecida esta será possível valorá-la do modo mais adequado e conveniente. Essa postura não elabora o conceito de delito em função das exigências da práxis, mas dirige seus esforços rumo à construção de um sistema penal feito à medida do ser humano, "como uma realidade dotada com a força de sua dignidade imanente e, por isso mesmo, intangível".⁶⁵ Um sistema assim edificado é o único que se revela idôneo para fundamentar uma práxis racional e equilibrada, pois a elaboração das categorias do delito em função da pena ou a ampliação do sistema com o objetivo de incorporar o conteúdo da punibilidade ou as instituições processuais comprometeria a unidade do sistema e, sobretudo, colocaria em risco sua coerência interna, uma vez que a configuração do delito estaria exposta a valorações contingentes e oportunistas.

4. Conclusão: as condições objetivas de punibilidade e as escusas absolutórias em sentido amplo como condições político-criminais de punibilidade

Considerando o exposto, pode-se questionar o papel da categoria da punibilidade e a conveniência da previsão de hipóteses condicionantes da imposição da pena alheia ao injusto culpável. Nessa trilha, poder-se-ia inclusive rechaçar a previsão de condições de punibilidade e propor a recondução ou incorporação dos elementos em questão à esfera das categorias tradicionais ou mesmo sua eliminação do ordenamento jurídico por razões de segurança jurídica. Mas isso não pode e não deve

ser assim.

A punibilidade desempenha um importante papel como categoria adicional na qual têm lugar exigências político-criminais que, em algumas ocasiões, devem condicionar a imposição da pena em sua totalidade ou fundamentar sua atenuação. É evidente, porém, que por vezes há um flagrante exagero por parte do legislador, ao prever determinadas hipóteses de exclusão de pena nas quais não se verifica a eliminação ou sequer um efetivo menoscabo da necessidade de pena do ponto de vista das exigências preventivas. Por outro lado, faz-se necessário reconhecer que consagração de condições de punibilidade impróprias infringe determinados princípios penais fundamentais - como o de culpabilidade - e, portanto, dever-se-ia repensar a previsão desses elementos pelo ordenamento jurídico-penal.

Não obstante, em determinadas ocasiões resulta extremamente oportuno e útil, por exemplo, que a imposição da pena se encontre condicionada ao concurso de uma condição objetiva de punibilidade⁶⁶ (v.g. arts. 168, 172, 178, 180, Lei 11.101/05; art. 91, Lei 8.666/93) ou a previsão de uma atenuação da pena (v.g. art. 65, III, b, d, CP (LGL 1940\2) ; art. 14, II, Lei 9.605/98) ou de sua supressão (v.g. arts. 15, 168-A, § 2.º, CP (LGL 1940\2)) quando presentes determinadas circunstâncias ou diante da realização voluntária de um comportamento pós-delitivo positivo que indique a ausência de necessidade de pena em virtude da satisfação parcial ou integral, conforme o caso, das exigências preventivo-gerais e especiais.

Pode-se afirmar, com caráter geral, que nos elementos condicionantes da punibilidade alheios à configuração delitiva coincidem fatores que refletem a situação política, social e cultural de um determinado momento histórico, de forma que o legislador, ao determinar a exclusão ou a atenuação da pena com supedâneo em motivações dessa natureza, permite que a figura de delito se adapte às peculiaridades de sua época.⁶⁷

De acordo com o exposto, tem-se que as condições objetivas de punibilidade e as escusas absolutórias em sentido amplo são autênticas condições político-criminais de punibilidade, posto que condicionam sua existência com base em considerações político-criminais. As exigências pragmáticas ou utilitárias que, de acordo com a postura que aqui se mantém, informam a categoria da punibilidade apreendidas através da análise particular das hipóteses concretas. Em realidade, são distintos os motivos que servem de fundamento às circunstâncias mencionadas: nesse sentido, enquanto algumas obedecem unicamente a considerações pragmáticas ou utilitárias de distinta índole - v.g. as supressões de pena pela retratação nos delitos de falso testemunho (art. 342, § 2.º, CP (LGL 1940\2)) e nos delitos contra a honra (art. 143, CP (LGL 1940\2)), e pela reparação do dano nos delitos ambientais (art. 28, I, Lei 9.605/98) -, outras, ademais de um indiscutível interesse utilitário, demonstram uma menor necessidade de pena do ponto de vista da prevenção geral e especial⁶⁸ - v.g. a supressão de pena pela desistência voluntária ou pelo arrependimento eficaz (art. 15, CP (LGL 1940\2)) ou pelo pagamento da contribuição devida à previdência social (art. 168-A, § 2.º, CP (LGL 1940\2)).

No momento de conferir relevância ao comportamento pós-delitivo como causa de supressão de pena é conveniente que às razões utilitárias se agregue também uma diminuição das necessidades preventivas.⁶⁹ Se o fundamento eminentemente pragmático não justifica a renúncia total da pena ou se revela incompatível com as exigências de prevenção geral ou especial, a previsão da isenção total ou parcial termina por contribuir para uma subversão valorativa que compromete sobremaneira os fins da sanção penal. De fato, quando a legislação prevê causas de supressão total da pena fundadas no comportamento pós-delitivo, deve não apenas buscar estimular a realização de condutas aptas à satisfação dos interesses econômico-tributários ou favorecer o funcionamento da Administração de Justiça, por exemplo, mas também refletir a eliminação das exigências preventivas, uma vez que a simples produção de um resultado valioso do ponto de vista político-criminal, se desacompanhada de um menoscabo da necessidade de pena e fundada exclusivamente na satisfação de propósitos utilitários, pode gerar, por sem dúvida, uma situação de insustentável incongruência intra-sistemática.

O reconhecimento da importância dos critérios político-criminais e a adoção de uma teoria unitária da pena - na qual a retribuição se encontra relativizada por fins preventivos - não conduz, conforme já destacado, à incorporação da punibilidade entre os elementos do conceito de delito, mas apenas contribui para a reafirmação do significado autônomo dessa categoria como sede das valorações alheias ao injusto culpável. A punibilidade possui uma vertente positiva e outra negativa: na primeira

encontram-se alocadas as autênticas condições objetivas de punibilidade e, na segunda, as escusas absolutórias, que compreendem, além das causas de exclusão de pena - as escusas absolutórias em sentido estrito -, as causas de supressão total ou parcial da pena.

A localização sistemática conjunta de todas essas hipóteses no âmbito de uma única categoria - a punibilidade - não se fundamenta em um critério cronológico - visto que tais circunstâncias podem concorrer com anterioridade ou posterioridade à configuração do delito -, mas sim na identidade das razões de cunho político-criminal que lhes servem de fundamento. Não há dúvida de que a assunção de uma postura que rechaça a incorporação da punibilidade entre os elementos do delito não vislumbra na posterioridade de algumas dessas circunstâncias com relação à configuração do injusto da tentativa - como é o caso das hipóteses de comportamento pós-delitivo positivo - um obstáculo à sua inserção em uma única categoria. Mesmo porque, ainda que anteriores ao início da execução, as causas pessoais de exclusão de pena - ou escusas absolutórias anteriores (v.g. art. 181, CP (LGL 1940\2)) - também têm sua apreciação condicionada, pelo menos, ao aperfeiçoamento do injusto da tentativa. Ademais, as mesmas exigências de conveniência ou oportunidade - acompanhadas pela eliminação ou pela atenuação da necessidade de pena - que inspiram a previsão das causas de supressão da pena - as escusas absolutórias posteriores - podem ser igualmente constatadas, em maior ou menor medida, entre as razões que fundamentam as condições objetivas de punibilidade e as escusas absolutórias. Todas essas circunstâncias são, em resumo, condições político-criminais de punibilidade.

Inexiste, portanto, qualquer óbice à unificação de todas essas circunstâncias na categoria da punibilidade. Não obstante, esta última categoria não deve ser considerada uma mera 'via de escape' para albergar todas aquelas hipóteses que não encontram localização sistemática adequada. Para que uma determinada circunstância possa ingressar em seus domínios, faz-se necessário, em primeiro lugar, que o seu fundamento político-criminal condicione a imposição da pena, e não a persecução penal. Por outro lado, em sendo assim, o lógico será excluir o elemento em questão das categorias que compõem o conceito de delito - a ação ou omissão típica, ilícita e culpável -, desde que assente que a estrutura delitiva encontra-se expurgada de exigências relacionadas à necessidade de pena.

A punibilidade, nessa perspectiva, apresenta um conteúdo próprio e distinto dos elementos que integram o delito, e sua importância impede compartilhar da opinião que a qualifica como um simples depósito desordenado de elementos multiformes. Em qualquer caso, o que não se pode permitir é a incorporação de autênticas condições de procedibilidade ou de elementos relacionados com a própria estrutura delitiva⁷⁰ no âmbito da punibilidade, e vice-versa.

Em conclusão, a dificuldade em precisar a natureza jurídica de determinadas circunstâncias não pode servir como pretexto para que se prescindia de sua exaustiva e detida análise, precisamente para evitar que a punibilidade se converta em um amontoado de elementos desconexos e logre, finalmente, adquirir uma fisionomia própria.

(1) Cf. PRADO, Luiz Regis. *Curso de Direito Penal brasileiro*. Parte Geral. 5. ed. São Paulo: RT, 2005. v. 1, p. 150 e ss.

(2) Cf. CEREZO MIR, José. Culpabilidad y pena. In: *Problemas fundamentales del Derecho Penal*. Madrid: Tecnos, 1982, p. 195, nota 59 (Idem. Ontologismo y normativismo en el finalismo de los años cincuenta. *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 2ª época, n. 12, 2003, p. 60).

(3) SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. *Aproximación al Derecho Penal contemporáneo*. Barcelona: Bosch, 1992, p. 249.

(4) SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, op. cit., p. 249.

(5) Vide por exemplo, GARCÍA PÉREZ, Octavio. *La punibilidad en el Derecho Penal*. Pamplona: Aranzadi, 1997, p. 347 e ss.

(6) GIL GIL, Alicia. Prevención general positiva y función ético-social del Derecho Penal. In: *La*

Ciencia del Derecho Penal ante el nuevo siglo. Libro Homenaje al Profesor Doctor Don José Cerezo Mir. Madrid: Tecnos, 2002, p. 24.

(7) Nesse sentido, CEREZO MIR, José. *Curso de Derecho Penal español. Parte General.* Madrid: Tecnos, 1996. t. I, p. 27 (Idem. Culpabilidad y pena. In: *Problemas fundamentales del Derecho Penal.* Madrid: Tecnos, 1982, p. 197); GRACIA MARTÍN, Luis. In: GRACIA MARTÍN, Luis; BOLDOVA PASAMAR, Miguel Ángel; ALASTUEY DOBÓN, María del Carmen. *Las consecuencias jurídicas del delito en el nuevo Código Penal (LGL 19402) español*, p. 60-61 (Idem. *Proyecto docente y de investigación en Derecho Penal*, p. 182; Culpabilidad y prevención en la moderna Reforma Penal española (I), *AP*, n. 17, 1994, p. 550 e 560-561); ALASTUEY DOBÓN, María del Carmen. *La reparación a la víctima en el marco de las sanciones penales.* Valencia: Tirant lo Blanch, 2000, p. 136; GIL GIL, Alicia, op. cit., p. 34; PRADO, Luiz Regis. Teoria dos fins da pena: breves reflexões. *Ciências Penais -Revista da Associação Brasileira de Professores de Ciências Penais.* São Paulo, v. 0, 2004, p. 156, entre outros.

(8) Entretanto, não é possível admitir que, com lastro em um ponto de vista negativo, a política criminal seja utilizada como um critério excludente capaz de unificar as circunstâncias relacionadas à punibilidade, pois isso implicaria compartilhar da opinião segundo a qual existe uma separação entre política criminal e política jurídica - nesse sentido, vide GARCÍA PÉREZ, Octavio, op. cit., p. 314-315.

(9) Assim, por exemplo, POZUELO PÉREZ, Laura. *El desistimiento en la tentativa y la conducta postdelictiva.* Valencia: Tirant lo Blanch, 2003, p. 424.

(10) Vide CEREZO MIR, José, op. cit., PG, t. II p. 22; GRACIA MARTÍN, Luis. *Proyecto docente y de investigación...*, p. 57, nota 45; MORENO-TORRES HERRERA, María Rosa. *El error sobre la punibilidad*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2004, p. 48-49, 62 e ss.

(11) Corroborando tal entendimento, DE VICENTE REMESAL, Javier. *El comportamiento postdelictivo.* León: Universidad de León, 1985, p. 213-214, 237, 246, 356 e ss.

(12) Cf., por todos, CEREZO MIR, José, op. cit., t. II, p. 96.

(13) De conseguinte, discorda-se do ponto de vista que vislumbra na voluntariedade do comportamento pós-delitivo positivo uma atenuação do desvalor da ação e do resultado, ou apenas uma atenuação do desvalor da ação - como postula SÁNCHEZ RÍOS, Rodrigo. *Das causas de extinção da punibilidade nos delitos econômicos.* São Paulo: RT, 2003, p. 51 e 53 -, pois o comportamento pós-delitivo jamais poderia repercutir sobre os elementos do injusto penal. Daí ser impossível aventar uma 'compensação' do desvalor da ação e do desvalor do resultado, conforme sustenta SÁNCHEZ RÍOS, Rodrigo, op. cit., p. 168-169.

(14) Na doutrina espanhola, perfilham esse ponto de vista, por exemplo, LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel. Punibilidad. *Enciclopedia Jurídica Básica*, v. IV. Madrid: Civitas, 1995, p. 5.424, grifou-se (Idem. La punibilidad. In: *La Ciencia del Derecho Penal ante el nuevo siglo. Libro homenaje al Profesor Doctor D. José Cerezo Mir.* Madrid: Tecnos, 2002, p. 833; Prólogo ao livro de DE VICENTE REMESAL, Javier. *El comportamiento postdelictivo.* León: Universidad de León, 1985, p. 25 e ss.); DE VICENTE REMESAL, Javier, op. cit., p. 344 e ss. (Idem. La consideración de la víctima a través de la reparación del daño en el Derecho Penal español: posibilidades actuales y perspectivas de futuro. In: *Política criminal y nuevo Derecho Penal. Libro homenaje a Claus Roxin.* Barcelona: Bosch, 1997, p. 203); FARALDO CABANA, Patricia. *Las causas de levantamiento de la pena.* Valencia: Tirant lo Blanch, 2000, p. 38, 147 e ss., 152-153, 167 e ss., e 177-178.

(15) Para SCHÜNEMANN, Bernd. La culpabilidad: estado de la cuestión. In: *Sobre el estado de la teoría del delito (Seminario en la Universitat Pompeu Fabra).* Trad. David Felip I Saborit e Ramón Ragués I Vallès. Madrid: Civitas, 2000, p. 114-115, porém, "os fins da pena não exigem a sanção de todo injusto culpável (isto é, evitável), mas fazem remissão a uma quota de reprovação qualificada, a ser fixada concretamente pelo legislador, e que, em sentido sistemático, deve se refletir dentro do injusto e da culpabilidade como níveis de valoração e não fora deles mediante a inflacionária aceitação de condições objetivas de punibilidade".

(16) Sobre a questão, vide CARVALHO, Érika Mendes de. Las condiciones de procedibilidad y su

ubicación sistemática: crítica al sistema integral del Derecho Penal. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*. Granada, 2005, v. 7, p. 1 e ss.

(17) Críticos com relação às tentativas "quase dramáticas" de ampliar o conceito de fato, ou "de entender a conduta posterior como um 'indício' da menor ou maior intensidade de algum elemento do delito", LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel. Prólogo ao livro de DE VICENTE REMESAL, Javier. *El comportamiento postdelictivo*, p. 25; DE VICENTE REMESAL, Javier, op. cit., p. 214 e ss.

(18) Vide, por exemplo, SÁNCHEZ-OSTIZ GUTIÉRREZ, Pablo. *¿Encubridores o cómplices? Contribución a una teoría global de las adhesiones post-ejecutivas*. Madrid: Civitas/Universidad de Navarra, 2004, p. 390 e ss., e 474-475.

(19) SÁNCHEZ-OSTIZ GUTIÉRREZ, Pablo, op. cit., p. 398. Nesse sentido, vide também JAKOBS, Günther. *Derecho Penal*. Parte General. Trad. Joaquín Cuello Contreras e José Luis Serrano González de Murillo. Madrid: Marcial Pons, 1997, § 6, n. 73 (Idem. *Estudios de Derecho Penal*. Trad. Manuel Cancio Meliá. Madrid: UAM/Civitas, 1997, p. 117-118).

(20) SÁNCHEZ-OSTIZ GUTIÉRREZ, Pablo, op. cit., p. 391-392.

(21) SÁNCHEZ-OSTIZ GUTIÉRREZ, Pablo, op. cit., p. 392.

(22) SÁNCHEZ-OSTIZ GUTIÉRREZ, Pablo, op. cit., p. 393, nota 865.

(23) SÁNCHEZ-OSTIZ GUTIÉRREZ, Pablo, op. cit., p. 392.

(24) SÁNCHEZ-OSTIZ GUTIÉRREZ, Pablo, op. cit., p. 393, nota 866.

(25) Nesse sentido, na doutrina espanhola, vide, por exemplo, SÁNCHEZ-OSTIZ GUTIÉRREZ, Pablo, op. cit., p. 395-396; GARCÍA PÉREZ, Octavio, op. cit., p. 380-385.

(26) SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. Introducción: dimensiones de la sistematicidad de la teoría del delito. In: *El sistema integral del Derecho Penal. Delito, determinación de la pena y proceso penal*. Madrid: Marcial Pons, 2004, p. 20, nota 16.

(27) SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María, op. cit., p. 20-21.

(28) Cf. SÁNCHEZ-OSTIZ GUTIÉRREZ, Pablo, op. cit., p. 325-326.

(29) SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María, op. cit., p. 21.

(30) SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María, op. cit., p. 22.

(31) SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María, op. cit., p. 22.

(32) Vide WOLTER, Jürgen. Estudios sobre la dogmática y la ordenación de las causas materiales de exclusión, del sobreseimiento del proceso, de la renuncia a la pena y de la atenuación de la misma. Estructuras de un sistema integral que abarque el delito, el proceso penal y la determinación de la pena. Trad. Guillermo Benlloch Petit. In: *El sistema integral del Derecho Penal. Delito, determinación de la pena y proceso penal*. Madrid: Marcial Pons, 2004, p. 35 e ss.

(33) Acrescenta Wolter que "o âmbito das causas de exclusão da punibilidade deve ser completado com as causas pessoais, baseadas em razões político-criminais", que "têm em comum o fato de não se referir à redução do injusto culpável ou, quando muito, afetar apenas a culpabilidade", o que significa que não podem ser consideradas causas de exclusão da responsabilidade", posto que "as causas de exclusão da responsabilidade implicam sempre uma redução simultânea do injusto e da culpabilidade, em atenção a considerações acerca da necessidade de prevenção existente" (WOLTER, Jürgen. Las causas constitucionales de exclusión del tipo, del injusto y de la punibilidad como cuestión central de la teoría del delito en la actualidad. In: *Cuestiones actuales de la teoría del delito*. Trad. José Manuel Paredes Castañón. Madrid: McGraw-Hill, 1999, p. 9, grifou-se).

(34) As causas constitucionais de exclusão da punibilidade se apóiam, sempre, "não em uma ponderação entre o interesse na persecução penal e o interesse existente na proteção dos direitos fundamentais", mas "se relacionam com os direitos humanos priorizados pela Constituição e pela Convenção Européia de Direitos Humanos", de modo que significam "a impressão de uma autêntica marca constitucional na sistemática do delito" (WOLTER, Jürgen, op. cit., p. 19-20). Na doutrina espanhola, segue o entendimento de Wolter, por exemplo, ASÚA BATARRITA, Adela. Causas de exclusión o de restricción de la punibilidad de fundamento jurídico constitucional. In: *El nuevo Código Penal (LGL 1940\2) : presupuestos y fundamentos*. Granada: Comares, 1999, p. 224 e ss., especialmente p. 227 e ss.

(35) WOLTER, Jürgen, op. cit., p. 36.

(36) Vide WOLTER, Jürgen, op. cit., p. 60. Em sentido crítico com relação à proposta de Wolter, destaca Frisch que "as causas de exclusão que Wolter situa sob a rubrica de ausência de habilitação para punir (por razões de política jurídica) podem ser discutidas também sob o aspecto de ausência de necessidade de pena" (FRISCH, Wolfgang. Delito y sistema del delito. In: *El sistema integral del Derecho Penal. Delito, determinación de la pena y proceso penal*. Trad. Ricardo Robles Planas. Madrid: Marcial Pons, 2004, p. 221). Ademais, acrescenta que os argumentos de política jurídica - e os argumentos extra-penais em geral - que Wolter assinala como constitutivos da idéia reitora do terceiro nível do sistema unitário que concebe constituem, em realidade, "um elemento de união essencialmente formal e pouco satisfatório", posto que "também neste caso se trata de questões relativas à adequação da imposição de pena". Todavia, "o Direito Penal, como subsistema, insere-se em um sistema social global mais amplo, com numerosas valorações que devem ser levadas em consideração e que a adequação da qualificação de um fato como delito não depende apenas de uma perspectiva que contemple isoladamente as necessidades de fortalecimento da norma, mas também outras valorações mais amplas". Portanto, conclui Frisch, "o que falta nos casos mencionados por Wolter é a adequação da sanção ou da qualificação de delito à luz dessas valorações que devem ser necessariamente levadas em consideração" e, não obstante, "ainda é preciso apreciar se e até que ponto uma inadequação de semelhante sanção pode afetar e afeta a própria existência do delito" (FRISCH, Wolfgang, op. cit., p. 222-223).

(37) Cf. WOLTER, Jürgen, op. cit., p. 38 e ss., 41 e ss., e 63 e ss.

(38) Como bem adverte SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María, op. cit., p. 23.

(39) Vide SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María, op. cit., p. 24.

(40) Vide WOLTER, Jürgen, op. cit., p. 47 e ss., e 81-85.

(41) SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María, op. cit., p. 22.

(42) FREUND, Georg. Sobre la función legitimadora de la idea de fin en el sistema integral del Derecho Penal. In: *El sistema integral del Derecho Penal. Delito, determinación de la pena y proceso penal*. Trad. Ramón Ragués i Vallès. Madrid: Marcial Pons, 2004, p. 93. Desse modo, segue o autor, "o que se denomina sistema de delito é simplesmente um subsistema dentro do sistema mais amplo e integral do Direito Penal, que se orienta à aplicação do Direito Penal e abarca, por tanto, a determinação da pena e o Direito Processual" (op. cit., p. 95).

(43) FREUND, Georg, op. cit., p. 93. Em definitivo, a idéia de fim representa "o fator no qual se baseia a unidade do extenso *sistema integral de Direito Penal*" (op. cit., p. 105).

(44) FREUND, Georg, op. cit., p. 102.

(45) Cf. FREUND, Georg, op. cit., p. 103.

(46) FREUND, Georg, op. cit., p. 102. Nesse mesmo sentido, vide ALTPETER, Frank. *Strafwürdigkeit und Straftatsystem*. Frankfurt a. M.-Berlin-New York-Paris: Peter Lang, 1990, p. 239 e ss.

(47) FREUND, Georg, op. cit., p. 114 e ss. Sob essa perspectiva material, conclui Freund, "a distinção entre punibilidade e procedibilidade soa como simples balela" (op. cit., p. 105). Sobre a

equivalência funcional entre as instituições que decidem sobre a aplicação ou não da pena defendida por Freund, afirma Silva Sánchez que "sob o imperialismo da idéia de necessidade, corre-se o risco de uma absoluta falta de diferenciação das instituições no âmbito da sistemática do delito", isto é, "certamente é correto que o sistema 'integral' de delito deve ter como denominador comum de todas as suas instituições a idéia de 'necessidade'", mas - conclui - "também parece óbvio que não é o mesmo deixar de impor a sanção por pura falta de necessidade, que fazê-lo por falta de merecimento" (SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María, op. cit., p. 23).

(48) KUHLEN, Lothar. ¿Es posible limitar el Derecho Penal por medio de un concepto material de delito? In: *El sistema integral del Derecho Penal. Delito, determinación de la pena y proceso penal*. Trad. Pablo Sánchez-Ostiz Gutiérrez. Madrid: Marcial Pons, 2004, p. 151.

(49) Em síntese, assevera Kuhlen (op. cit., p. 149) que "seria de grande significado e alcance afirmar, por exemplo, que o Direito material traça os limites do merecimento de pena (segundo pontos de vista inerentes ao fato), e que o Direito Processual permite estabelecer a sanção real adicional em função de aspectos (não inerentes ao fato) de necessidade de pena (como, por exemplo, o interesse público variável na persecução penal ou a capacidade dos correspondentes órgãos encarregados desta)".

(50) KUHLEN, Lothar, op. cit., p. 148.

(51) FRISCH, Wolfgang, op. cit., p. 197.

(52) FRISCH, Wolfgang, op. cit., p. 201.

(53) Vide FRISCH, Wolfgang, op. cit., p. 200, 224 e ss., 278 e ss.

(54) FRISCH, Wolfgang, op. cit., p. 203.

(55) FRISCH, Wolfgang, op. cit., p. 205.

(56) FRISCH, Wolfgang, op. cit., p. 207.

(57) FRISCH, Wolfgang, op. cit., p. 209.

(58) Vide FRISCH, Wolfgang, op. cit., p. 227. Este parece ser o caso das chamadas condições objetivas de punibilidade impróprias, que, segundo Frisch, estariam ancoradas no âmbito do delito em razão da influência que exercem sobre o merecimento e a necessidade de pena - vide FRISCH, Wolfgang, op. cit., p. 273.

(59) FRISCH, Wolfgang, op. cit., p. 279.

(60) Cf. PRADO, Luiz Regis; CARVALHO, Érika Mendes de. A metodologia onto-axiológica e o sentido social típico da conduta: crítica à doutrina positivista-normativa. *Revista dos Tribunais*, São Paulo: RT, 2005, v. 839, p. 421 e ss.

(61) FREUND, Georg, op. cit., p. 127.

(62) SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María, op. cit., p. 21.

(63) Vide, por todos, GRACIA MARTÍN, Luis. Prólogo ao livro de RUEDA MARTÍN, Maria Ángeles. *La Teoría de la imputación objetiva del resultado en el delito doloso de acción (Una investigación, a la vez, sobre los límites ontológicos de las valoraciones jurídico-penales en el ámbito de lo injusto)*. Barcelona: Bosch, 2001, p. 31.

(64) GRACIA MARTÍN, Luis, op. cit., p. 31.

(65) GRACIA MARTÍN, Luis, op. cit., p. 28.

(66) Cf. D'ASCOLA, Vincenzo Nico. Punti fermi e aspetti problematici delle condizioni obiettive di

punibilità. *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 1993, n. 2, p. 681.

(67) Sobre a matéria, vide DE VICENTE REMESAL, Javier, op. cit., p. 324 e ss.

(68) Nesse sentido, CEREZO MIR, José, op. cit., t. III, p. 281; FARALDO CABANA, Patricia, op. cit., p. 191 e ss., entre outros.

(69) Em sentido similar, SÁNCHEZ RÍOS, Rodrigo, op. cit., p. 56, 57, 106-107, 133 e 168.

(70) Como ocorre, por exemplo, com o favorecimento pessoal, quando quem presta auxílio é ascendente, descendente, cônjuge ou irmão do criminoso (art. 348, § 2.º, CP (LGL 1940\2)), com a *exceptio veritatis* nos delitos contra a honra (arts. 138, § 3.º, e 139, parágrafo único, CP (LGL 1940\2)), ou com a inviolabilidade parlamentar. Sobre a questão, vide CARVALHO, Érika Mendes de. *La categoría de la punibilidad en el Derecho Penal*. 2004. Tese (Doutorado em Direito) - Universidad de Zaragoza, Zaragoza, p. 59 e ss., 161-162, e 314 ss.