

PROLEGÔMENOS À CATEGORIA DA PUNIBILIDADE CRIMINAL

PROLEGOMENA TO THE CRIMINAL PUNISHMENT CATEGORY

Pedro Paulo da Cunha Ferreira

Professor de Direito Penal da UEMG, unidade acadêmica de Diamantina e Coordenador do Núcleo de Estudos e Pesquisas Históricas e Comparadas em Ciências Penais.

Link Lattes: <http://lattes.cnpq.br/4670239032961824>

ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-1907-2058>

p.cunha.ferreira@uol.com.br

Resumo: Com o propósito de esclarecer noções preliminares ao instituto e orientar estudos específicos sobre a punibilidade, a presente análise fundada nos métodos dedutivo e dogmático propõe uma perspectiva jurídico-penal por meio da qual é possível determinar a localização sistemática adequada da punibilidade no âmbito do fato punível, reafirmar a sua independência em relação ao delito e fixá-la como sede adequada para as valorações de política criminal e relativas aos fins preventivos da pena.

Palavras-chave: Punibilidade criminal; Fins da pena; Dogmática penal; Política criminal.

Abstract: Aiming to clarifying preliminary notions to the institute and guiding specific studies on punishability, this analysis, based on deductive and dogmatic methods, proposes a legal-criminal perspective, through which it is possible to determine, the appropriate systematic location of punishability within the scope of the punishable fact, reaffirm its independence in relation to the crime and establish it as an suitable place for the valuation of criminal policy and related to the preventive purposes of the penalty.

Keywords: Criminal punishment; Penalty purposes; Criminal dogmatics; Criminal policy.

1. Introdução

Desde as considerações propostas por **Roxin** acerca da configuração de um modelo jurídico-penal funcionalista, muitos estudos passaram a incorporar a punibilidade ao conjunto dos demais elementos essenciais ao conceito de delito (ROXIN, 2003). Para estes, a punibilidade somada ao comportamento típico, ilícito e culpável representaria um elemento fundamental para a delimitação conceitual e dogmática do crime (GARCÍA PÉREZ, 1997).

Uma análise atenta acerca dos fundamentos dessa proposta permite identificar que suas bases trabalham com a premissa sobre a qual se considera possível introduzir no campo da teoria do delito, elementos ligados à necessidade e/ou merecimento de pena, tomados como fatores político-criminais de sustentação de seu conteúdo. Trabalha-se, portanto, sobre o princípio com o qual se rompe a separação estanque entre dogmática penal e Política Criminal, de modo a enxertar elementos e conteúdo desta à teoria do crime (CARVALHO, 2007).

Apesar das contradições teóricas, fato é que uma vez constatada a ocorrência de uma conduta típica, ilícita e culpável, resta imprescindível a verificação acerca da possibilidade de sua punição, isto é, importa aferir a existência de todos os requisitos fundantes para a efetiva punibilidade da conduta humana e oposta aos comandos normativos. Por isso é correto considerar o injusto culpável um pressuposto indispensável, contudo não suficiente da pena.

2. Da punibilidade: delimitação conceitual, natureza jurídica e localização sistemática

Caso se considere que a punibilidade expressa uma nota conceitual do delito – isto é, elemento integrante de sua estrutura – admite-se, em paralelo, que a sua ausência implica na inexistência de pena em razão do déficit de um dos elementos constitutivos do crime (*nullum*

crimen, nulla poena). Todavia, caso se compreenda que a punibilidade não integra a definição dogmática de crime, a sua inexistência informa a ausência de pena pela falta de critérios alheios e externos ao delito, posto que este já se encontra perfeitamente integrado por seus caracteres constitutivos. A propósito, tais critérios podem ser de natureza diferentes, a exemplo, daqueles de caráter político-criminal, político-jurídicos em geral ou ainda relacionados ao merecimento e/ou necessidade de pena.

Demais disso, é possível se valer de outra via argumentativa, a fim de consolidar o posicionamento acerca da real localização sistemática da punibilidade. Esse recurso se encontra relacionado à análise da punibilidade ora como um conceito, ora como uma estrutura jurídico-penal. Conceitualmente, por punibilidade se compreende o fato suscetível de punição, realidade essa que se torna explícita no caso do delito, posto que se considera como delitivo todo fato típico conectado a uma sanção penal correspondente (COBO DEL ROSAL, 1983).

O caráter sancionador do Direito Penal se difere sobremodo do aspecto retributivo e igualmente reconhecido aos demais segmentos da ordem jurídica e cuja particularidade encontra-se ligada à metodologia de exercício de sua função seletiva. Esta, por sua vez, se expressa mediante um processo de criminalização primária, por meio do qual se selecionam hipóteses fáticas às quais se impõem consequências jurídicas de natureza específica, o que supõe a importância conceitual da punibilidade em referência ao delito. No entanto, essa íntima relação não implica no reconhecimento obrigatório de que todo fato punível seja obrigatoriamente apenado.

Por punível se compreende a ação ou a omissão humana, típica, ilícita e culpável. Isto é, tais elementos são condicionantes essenciais para a punibilidade do fato, de sorte que, apenas e exclusivamente após a sua integral constatação se pode pensar na punição de certa