

NOTAS

- ¹ Significado de barganha. Disponível em: <<https://www.sinonimos.com.br/barganha/>> Acesso em: 20 mar. 2019.
- ² CRESPO, Andrew Manuel. The hidden law of plea bargaining. *Columbia Law Review*, n.5, v. 118.
- ³ Idem, ibidem.
- ⁴ Caso *People v. Heirens*. Disponível em: <<https://law.justia.com/cases/illinois/supreme-court/1954/33165-5.html>>. Acesso em: 18 mar. 2019.
- ⁵ LANGBEIN, John H. Torture and plea bargaining. *Faculty Scholarship Series*, 543. Disponível em: <https://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/543>. Acesso em: 15 mar. 2019.
- ⁶ Idem, ibidem.
- ⁷ ALSCHULER, Albert W. The prosecutor's role in plea bargaining. *University of Chicago Law Review*, v. 36, iss. 1, article 3. Disponível em: <<https://chicagounbound.uchicago.edu/uclrev/vol36/iss1/3>>. Acesso em: 3 mar. 2019.
- ⁸ No sistema inquisitivo medieval, o acusado somente podia ser condenado caso confessasse voluntariamente a ofensa, ou caso houvesse duas testemunhas oculares que presenciaram a cena do crime (...) A regra das duas testemunhas oculares era difícil de conciliar ou fugir, mas a regra da confissão parecia convidar o "subterfúgio" (...) A lei da tortura cresceu para regular esse processo de geração de confissões. Para Langbein, a tortura como entendemos hoje não é a mesma tortura da idade média. Enquanto para nós a palavra "tortura" é apenas um termo depreciativo, para a idade média era uma "característica rotineira e judicialmente supervisionada do processo penal europeu".
- ⁹ O mais famoso caso de confissão *Rex v. Warickshall*, de 1783, manteve como inadmissível qualquer confissão obtida "por promessa de favor". Nesse caso, a Corte declarou: "A confissão forçada da mente pelas lisonjas da esperança ou pela tortura do medo vem de forma tão questionável que nenhum crédito deve ser dado a ela." Disponível em: <<https://publications.parliament.uk/pa/ld200506/ldjudgmt/jd051208/aand-2.htm>>. Acesso em: 10 out. 2019.
- ¹⁰ ALSCHULER, op. cit.
- ¹¹ DRIPPS, Donald A. Guilt, innocence, and due process of plea bargaining. *William & Mary Law Review*, Forthcoming; San Diego Legal Studies Paper, n. 16-202, out. 2015. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=2674852>>. Acesso em: 19 dmar. 2019.
- ¹² BOHM, Robert M. "McJustice": on the McDonaldization of criminal justice. Disponível em: <<https://www.ncjrs.gov/App/Publications/abstract.aspx?ID=235377>>. Acesso em: mar. 2019.
- ¹³ DRIPPS, op. cit.
- ¹⁴ Idem, ibidem.
- ¹⁵ Id., ibid.
- ¹⁶ CHOUKR, Fauzi Hassan. *Processo penal de emergência*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002. p. 1-9.
- ¹⁷ LANGBEIN, op. cit.
- ¹⁸ VASCONCELLOS, Vinicius G. *Barganha e justiça criminal negocial: análise das tendências de expansão dos espaços de consenso no processo penal brasileiro*. Disponível em: <https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/2710703/mod_resource/content/1/VASCONCELLOS%20-%20Barganha%20e%20Justiça%20Criminal%20Negocial.pdf>. Acesso em: 19 mar. 2019.
- ¹⁹ ANITUA, Gabriel I. El juicio penal abreviado como una de las reformas penales de inspiración estadounidense que posibilitan la expansión punitiva. Disponível em: <<http://www.ibraspp.com.br/revista/index.php/RBDPP/article/view/3>>. Acesso em: 4 mar. 2019. p. 110-115.
- ²⁰ LOPES Jr., Aury. *Justiça Negociada: utilitarismo processual e eficiência antigarantista*. Disponível em: <<http://www.aurylopes.com.br/art0008.html>>. Acesso em: 19 mar. 2019. p. 120.
- ²¹ FISHER, George. Plea bargaining's triumph. *109 Yale L.J.*, p. 229-230, 2000. Disponível em: <<https://digitalcommons.law.yale.edu/ylij/vol109/iss5/1>>.
- ²² VASCONCELLOS, op. cit.
- ²³ LANGBEIN, op. cit.
- ²⁴ CRESPO, op. cit.
- ²⁵ Idem, ibidem.

Recebido em: 18/04/2019 - Aprovado em: 10/09/2019 - Versão final: 29/10/2019

RESPONSABILIDADE PENAL E A LIMITAÇÃO DA CULPABILIDADE NO FUNCIONALISMO TELEOLÓGICO DE CLAUS ROXIN

CRIMINAL LIABILITY AND THE LIMITATION OF GUILT IN CLAUS ROXIN'S TELEOLOGICAL FUNCTIONALISM

Lucas Andrey Battini

Pós-graduado em Direito Penal e Processo Penal pela UEL. Pós-graduando em Direito

Penal Econômico e Processo Penal Econômico pela PUCPR. Advogado.

ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-2621-9399>

lucas__battini@hotmail.com

RESUMO

O crime, por se fazer presente nas mais remotas sociedades, foi considerado um fato social, o que ensejou, por um lado, a evolução do Direito Penal e, por consequência, da aplicação das penas. Nesse contexto, de um Direito Penal de evolução, limitador e de uma nova proposta, emerge o sistema Funcionalista Teleológico de Claus Roxin, que não fecha os olhos para a própria realidade

ABSTRACT

In the most remote societies, crime, considered a social fact, was present, which led, on the one hand, to the evolution of criminal law and, consequently, the application of penalties. In this context, from a limiting and evolving Criminal Law and a new proposal emerges Claus Roxin's Teleological Functionalism system that does not close its eyes to the social reality itself

social que, por muito tempo, foi tida como objeto pré-constituído e imutável. Dessa forma, o presente trabalho se desenvolve no estudo da proposta do Penalista Alemão, sobretudo no que diz respeito à eficácia e legitimidade de atuação do Estado no âmbito do Direito Penal, ao equilíbrio das funções preventiva, especial e geral das penalidades, em que se enaltece as finalidades político-criminais como superação da mera produção normativa daquilo que se tem como ilícito.

Palavras chave: Crime. Funcionalismo teleológico. Claus Roxin. Política-criminal. Prevenção geral e especial.

Sabe-se que o crime é fato social inerente a toda sociedade, qualquer que seja o tipo. Os atos assim classificados não são os mesmos em todo o lado, mas nos mais variados e remotos tempos existiram homens que se conduziram de tal modo que a repressão penal se abateu sobre eles (**DURKHEIM**, 1987. p. 82).

E, estando presente ao longo dos tempos, o delito, por afetar os membros da coletividade e os bens jurídicos considerados essenciais, recebe a tutela do Direito Penal e, conseqüentemente, a persecução penal por parte do Estado.

Atualmente a persecução criminal não se dá de forma isolada e arbitrária como já ocorreu na história do próprio Direito Penal, sendo que em um Estado Democrático de Direito sua existência pressupõe um processo de sistematização de valorações e princípios que possam orientar a interpretação das normas penais, ao qual se dá o nome de Dogmática Jurídico-Penal.

A Dogmática cumpre uma das mais importantes funções jurídicas em um Estado de Direito, a de garantir os direitos fundamentais do indivíduo frente ao poder arbitrário do Estado que, mesmo estando ajustado a certos limites, necessita de controle e da segurança. Entre outras vantagens desse proceder, a sistemática permite dar resposta a questões não pensadas até o momento, oferecendo assim maior segurança jurídica em comparação a outros métodos que não precedem sistematicamente (**PLANAS**, 2012. p. 199).

Nesse aspecto de estabelecimento de limites da atuação penal por parte do Estado, a proposta de funcionalista de **Claus Roxin** reverbera diante das mais variadas tentativas de respostas rápidas – e arbitrárias – envoltas em uma tensão dialética entre segurança e garantias, problemática muitas vezes resolvida em prol da primeira.

Em 1970, com a publicação do *Kriminal Politik und strafrechtssystem* (Direito Penal e Política Criminal), na Alemanha, ganha destaque sua teoria funcionalista teleológica, tendo como ponto de partida a superação do método ontológico finalista proposto por **Hans Welzel**, em que o Direito Penal, desvincula-se de realidades e conceitos pré-constituídos.

Pode-se dizer que para o funcionalismo teleológico, o Direito Penal deve acompanhar as valorações que o homem faz da realidade. Haveria, portanto, de se realizar a retomada do método valorativo utilizado pelos neokantistas, entretanto, completando-o com um novo conteúdo, qual seja: a relação entre Direito Penal e os fundamentos da política criminal.

Isso porque o funcionalismo teleológico, em meio a inúmeras tendências modernas de política criminal com funções simbólicas, vinculadas a exigências sociais que deixam de corresponder à finalidade básica do próprio Direito Penal, não fecha os olhos para a realidade social, admitindo serem várias suas interpretações possíveis, de modo que o problema jurídico só pode ser resolvido através de considerações axiológicas, isto é, que digam respeito à eficácia e à legitimidade da atuação do Direito Penal (**GRECO**, 2000, p. 39).

that, for a long time, was considered as a pre-constituted and unchanging object. Thus, the present work is developed in the study of the proposal of the German Penalist, especially with regard to the effectiveness and legitimacy of the State's performance in the field of Criminal Law, the balance of the preventive, special and general functions of penalties, in which It praises the political and criminal purposes as overcoming the mere normative production of what is illicit.

Keywords: Crime. Teleological functionalism. Claus Roxin. Criminal policy. General and special prevention.

Por conseqüência desse raciocínio, se o Direito Penal tem que servir à proteção subsidiária de bens jurídicos e, com isso, ao livre desenvolvimento do indivíduo, assim como à preservação de uma determinada ordem social, então, mediante esse propósito, somente se determina quais condutas podem ser sancionadas pelo Estado (**ROXIN**, 1997, p. 81).

Desse modo, o Direito Penal deve ser modulado de forma que não entre em colapso com as finalidades atribuídas à pena, buscando, ao mesmo tempo, não deixar de lado a realidade social a que projeta seus efeitos. Torna-se inviável, a partir disso, a construção de um sistema rigoroso sem que se atenda aos fins político-criminais.

Com efeito, a pena imposta passa a ter a finalidade de atender à ressocialização e, ao mesmo tempo, demonstrar seus efeitos sobre a sociedade, de maneira que motive os cidadãos a não delinquir e a que renunciem a qualquer tipo de retribuição. Através dessa dialética, os aspectos acertados da punição continuariam a prevalecer e suas deficiências seriam supridas através de um sistema recíproco de complementação e restrição.

E é exatamente com a renúncia a qualquer tipo de retribuição como elemento integrante das finalidades da pena que o princípio da culpabilidade passa a ocupar função secundária. Isto é, o princípio de culpabilidade deixa de estar vinculado à ideia de retribuição da culpabilidade, e passa a exercer tão só o papel de limite máximo da pena aplicada ao caso concreto, no sentido de que a duração desta não pode ultrapassar a medida da culpabilidade, mesmo quando os fins preventivos o aconselhem (**BITENCOURT**, 2013, p. 158).

De todo certo é que para **Roxin** a legitimidade do direito de punir do Estado terminaria no momento em que as penas fugissem das finalidades político-criminais. Em outras palavras: quando a persecução criminal se baseia em finalidades desconexas das necessidades políticas criminais estaria ferido de morte o próprio funcionalismo teleológico.

Destarte, passa-se a indagar quais seriam esses limites, sobretudo no que respeita à aplicação das penas e até que ponto a necessidade de se alcançarem expectativas de política criminal figuraria como condição essencial para a aplicação da sanção.

Saliente-se que a punição passa a estar intimamente atrelada ao cumprimento da necessidade político-criminal que se fundamenta, portanto, sobre a ideia de uma dupla limitação do direito estatal de punir: através da culpabilidade e das necessidades preventivas de punição. Se faltar um desses dois pressupostos, ficará excluída a punibilidade. Essa conclusão decorre da teoria dos fins da pena, segundo a qual a pena não pode ser fundamentada nem pela culpabilidade nem por sua finalidade preventiva, tomadas separadamente, pois a pena pressupõe, para ser legítima, tanto a necessidade social (isto é, preventiva) quanto uma reprovação pessoal do agente pela existência de culpabilidade (**ROXIN; GRECO; NETTO**, 2001. p. 74).

Desse modo, há o alargamento do conceito de culpabilidade, em que além da existência de seus tradicionais elementos, a *responsabilidad*

seria aquilo que nos permite deduzir se o autor é merecedor ou não de sofrer as consequências de aplicação da pena.

Claus Roxin socorre-se, em primeiro plano, da dialética entre o caráter preventivo geral e especial como fundamentos da pena; uma hora este como centro da questão e, em outros casos, aquele como elemento basilar, oferecendo um novo marco teórico para o Estado na aplicação das penas.

Ao defender o equilíbrio das funções preventiva, especial e geral das penalidades, lança mão do atendimento às finalidades político-criminais como superação da mera produção normativa daquilo que se tem como ilícito. Por consequência, permite o afastamento das punições para aquelas condutas que embora tenham de fato

violado criações típicas não cumpram com um dos elementos da culpabilidade para a teoria funcionalista teleológica, qual seja: a *responsabilidade*, calçada no atendimento das funções político-criminais da sociedade.

É válido dizer, por fim que, no cenário atual, tal perspectiva viabiliza melhor regulação dos fatos da realidade, evitando respostas automáticas e baseadas em conceitos imutáveis e pré-construídos, frutos de políticas instrumentistas e populistas, que ganham destaque nos dias de hoje. Retira-se, portanto, qualquer possibilidade de o Direito Penal servir como instrumento para consecução de objetivos diversos, restando evidente que a dogmática jurídico-penal, com tal metodologia, cumpre efetivamente um de seus papéis: acompanhar a evolução da sociedade e os elementos que nela se fazem presentes.

NOTAS

¹ "El presupuesto más importante de la responsabilidad es, como es sabido, la culpabilidad del sujeto. Pero ésta no es el único presupuesto, sino que debe añadirse además una necesidad preventiva de punición. Así p. ej., em el denominado estado de necesidad disculpante el autor no sólo actúa antijurídicamente, sino que también puede actuar de outro modo y se comporta por ello culpablemente. Si no concurre un supuesto excepcional así, la impunidad

no se fundamenta por tanto em la falta de culpabilidad, sino que se debe a que em tales situaciones extremas el legislador no considera que haya una necesidad de pena ni preventivo especial ni general, com que por essa razón queda excluida la responsabilidad penal. Lo mismo sucede em el exceso em la legítima defensa y em otras constelaciones que aún habrá que discutir." (ROXIN, 1997, p. 96).

REFERÊNCIAS

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: parte geral*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

DURKHEIM, E. *As regras do método sociológico*. São Paulo: Nacional, 1987.

FERRÉ OLIVÉ, Juan Carlos; ROXIN, Claus. *Direito penal brasileiro: parte geral: princípios fundamentais e sistema*. São Paulo: RT, 2011.

GRECO, Luis. *Introdução à dogmática funcionalista do delito*. Porto Alegre: Revista Jurídica, 2000.

HASSEMER, Winfried. MUNÖZ CONDE, Francisco. *Introducción a la criminología y al derecho penal*. Valencia, 1989.

PLANAS, Ricardo Robles. A Identidade da Dogmática Jurídico-Penal. In: BADARÓ,

Gustavo Henrique (org.). *Doutrinas essenciais de direito penal e processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

ROXIN, Claus. *Novos estudos de direito penal*. Organização: Alaor Leite. Tradução Luís Greco. 1. ed. São Paulo, Marcial Pons, 2014.

ROXIN, Claus. *Estudos de direito penal*. Tradução. Luís Greco e Fernando Gama de Miranda Netto. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

ROXIN, Claus. *Derecho penal: parte general*. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito. 2. ed. Tradução: Diego-Manuel Luzon Peña et. al. Madrid: Editorial Civitas, 1997.

Recebido em: 22/04/2019 - Aprovado em: 18/06/2019 - Versão final: 07/10/2019

DESEMPREGO, ENCARCERAMENTO E GENOCÍDIO NO BRASIL DO SÉCULO XXI

UNEMPLOYMENT, INCARCERATION AND GENOCIDE IN 21ST CENTURY BRAZIL

Vinicius de Almeida

Mestrando em Criminologia pela USP. Bacharel em Direito pela UNESP. Advogado.

ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-0553-0225>

viniciusdgalmeida@gmail.com

RESUMO

O presente trabalho analisa a reestruturação produtiva na periferia do capitalismo contemporâneo e seus impactos na gestão do trabalho e do exército industrial de reserva, mediada pelo Estado e seu aparato repressor.

ABSTRACT

This paper analyzes the productive restructuring on the periphery of contemporary capitalism and its impacts on the management of labor and the industrial reserve army, mediated by the State and its repressive apparatus. It