

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO  
FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO  
DEPARTAMENTO DE DIREITO PENAL, MEDICINA FORENSE E CRIMINOLOGIA

PEDRO HENRIQUE DE ALMEIDA NOSTRE

**A PREVENÇÃO GERAL POSITIVA NO PENSAMENTO DE WINFRIED  
HASSEMER E OS CRIMES CONTRA A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA NO BRASIL.**

Orientadora: Professora Associada Helena Regina Lobo Da Costa

SÃO PAULO  
2023

PEDRO HENRIQUE DE ALMEIDA NOSTRE

**A PREVENÇÃO GERAL POSITIVA NO PENSAMENTO DE WINFRIED  
HASSEMER E OS CRIMES CONTRA A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA NO BRASIL.**

Trabalho de Conclusão de Curso sob orientação da Professora Associada Helena Regina Lobo Da Costa apresentado ao Departamento de Direito Penal, Medicina Forense e Criminologia como requisito parcial de obtenção do título de Bacharel em Direito pela Universidade de São Paulo (USP).

SÃO PAULO

2023

## **AGRADECIMENTOS**

Escrever o trabalho que entrego agora não foi uma tarefa simples. Imagino que não seja para ninguém. Seja porque é ele um símbolo de uma despedida (ainda que, espero, temporária) da Faculdade de Direito do Largo de São Francisco, seja por todas as preocupações que se acumularam neste fim da graduação. De qualquer forma, o desafio que se anunciava, chegou e agora vai embora. Sei, porém, que poderia ter sido um caminho muito mais sinuoso, e, por isso, meus sinceros agradecimentos a todos aqueles que me ajudaram.

À minha Orientadora, Professora Helena Regina Lobo da Costa, meu muitíssimo obrigado por toda a inspiração desde a confecção do tema de pesquisa à última letra escrita; por toda paciência, calma e compreensão. Agradeço imensamente pela maestria e cuidadosa orientação e pelo carinho.

À minha família, meu mais honesto reconhecimento. Agradeço pela calma, pela paciência, e, mais importante, por todo o amor.

Ao meu pai, minha grande inspiração acadêmica e profissional, aquele em quem sempre me espelhei e espero alcançar seu legado, minha gratidão especial.

À minha mãe, por todo o carinho e amor que me permitem continuar vivo. Obrigado, por deixar meus dias mais fáceis e por me ajudar sempre quando eu mais preciso.

À minha irmã, à minha avó e a todos aqueles que já foram obrigados, contra a sua vontade, a ouvirem ininterruptamente sobre o tema que lhes apresento aqui, obrigado pela compreensão.

Aos meus queridos amigos, companheiros de turma, obrigado pela parceria, pelo carinho, pela amizade, e pelo apoio. Bia, Ottavio, Leo, Mario, Laís, Gabi minha graduação não poderia ter sido melhor acompanhada, obrigado pelas pessoas maravilhosas que são.

Aos meus amigos que, apesar de não compartilharem a sala de aula (e do Google Meet) em todos esses anos de graduação, certamente acompanharam minha

trajetória com o mesmo carinho. Natália, obrigado por me auxiliar tão de perto durante todo curso. Natalia, Fernanda e Tatiana, obrigado pelo carinho de longa data.

Ainda, minha sincera gratidão a todos aqueles que nos últimos tempos me apoiaram de forma tão fundamental. Vocês sabem o quão importantes são para mim. Miro, Gabi, Camila, Bia, Giulia, Ottavio, Natália, Alexandre, Felipe, Renata, muito obrigado.

Por fim, meu agradecimento à Faculdade de Direito do Largo de São Francisco, que me acolheu presencial e virtualmente, e destinou em seus 196 anos de História pelo menos algumas linhas a mim.

*Esse funcionamento silencioso, comparável ao de Deus, provoca toda espécie de conjecturas. Uma insinua abominavelmente que há séculos não existe a Companhia e que a sacra desordem das nossas vidas é puramente hereditária, tradicional; outra julga-a eterna e ensina que perdurará até a última noite, quando o último deus aniquilar o mundo. Outra afiança que a Companhia é onipotente, mas que influi somente em coisas minúsculas: no grito de um pássaro, nos matizes da ferrugem e do pó, nos entressonhos da madrugada. Outra, por boca de heresiarcas mascarados, que nunca existiu nem existirá. Outra, não menos vil, argumenta que é indiferente afirmar ou negar a realidade da tenebrosa corporação, porque a Babilônia não é outra coisa senão um infinito jogo de acasos.*

*Borges*

"Soll er strafen soll er schonen,  
Muss er Menschen menschlich sehen."

*Goethe*



## ÍNDICE

INTRODUÇÃO .....	7
CAPÍTULO 1: A FINALIDADE DA PENA .....	11
1.1. Considerações Iniciais .....	11
1.2. Bases Epistemológicas de Teoria Geral do Direito.....	12
1.3. Considerações Acerca da Natureza do Direito Penal: Bases Teóricas e Axiológicas .....	23
1.4. A fundamentação da pena .....	27
1.5. A prevenção geral positiva de Hassemer .....	40
CAPÍTULO 2: A CORRUPÇÃO E O EXPANSIONISMO PENAL .....	50
2.1. Considerações Iniciais .....	50
2.2. O crime de corrupção passiva.....	52
2.3. O Expansionismo Penal .....	59
2.4. O expansionismo penal e o crime de corrupção passiva.....	66
CAPÍTULO 3: CONCLUSÕES ACERCA DA COMPATIBILIDADE DA NATUREZA DA PENA COM A EXPANSÃO PENAL DA CORRUPÇÃO .....	74
CONSIDERAÇÕES FINAIS .....	82

## INTRODUÇÃO

O Direito, entendido como uma práxis social, deve buscar sempre a objetividade e a racionalidade do campo. O segundo Wittgenstein se utiliza de um conceito que, aplicado ao Direito, pode ser utilizado de forma a esclarecer suas características ontológicas, bem como ajudar o jurista a utilizá-lo de acordo com as melhores virtudes. Entender o direito como um jogo de linguagem significa, nesse sentido, é entender que, enquanto prática social, organiza-se, dentro de um campo normativo subjetiva e objetivamente complexo, sempre em direção a um fim, ou bem, na linguagem aquiniana. O bem do Direito seria, então, a justiça.

Todas as áreas e segmentações do mundo jurídico devem se estruturar, portanto, em direção ao objetivo que lhes é ínsito, a justiça. O Direito penal, por sua vez, deve, com especial importância, observar esses postulados, tendo em vista a gravidade de suas consequências. A pena, em particular, dado seu caráter extremamente gravoso e sacrificial deve, acima de tudo, organizar suas estruturas dogmáticas para que seja aplicada com a racionalidade que o Estado de Direito lhe impõe.

Tem-se em vista, portanto, que no Brasil existe uma tendência, daquilo que Winfried Hassemer denomina cultura penal, a um expansionismo penal e ao uso da pena como puro instrumento de repressão ou até mesmo como meio de angariar capital político, ignorando a necessidade de observância constante dos direitos humanos. Assim sendo, o instituto jurídico que mais precisa ser usado de modo racional e de acordo com os métodos e parâmetros do Estado Democrático de Direito, passou a ser constantemente deixado *a latere* da ciência jurídica, para ser "manipulado" livremente pelos agentes políticos do país.

Dentro dessa ampla realidade, destaca-se os casos dos crimes contra a administração pública e, em especial, do crime de corrupção. Principalmente a partir de grandes operações policiais envolvendo escândalos relacionados a pessoas em altos cargos de governança pública, o país passou a se utilizar fortemente de uma tendência punitivista e antimoderna em novas regras penais atinentes a esses crimes. Passou-se então a se ignorar ou relativizar direitos processuais e garantias constitucionais fundamentais, sob a justificativa de repressão a essas condutas.



Contudo, a finalidade da repressão penal e da pena em si, como dito acima, não pode ser manipulada livremente por aqueles que detêm o poder de editar novas regras. Ela deve, na verdade, partir do pressuposto constitucional mais importante de todo o ordenamento jurídico nacional (também se reproduzindo como componente indispensável do direito internacional baseado na proteção dos direitos humanos), a dignidade da pessoa humana. A pena, portanto, deve sempre ser guiada pelos ideais de justiça que lhe são indispensáveis.

Nesse sentido, as teorias penais mais modernas debatem amplamente sobre qual finalidade, ou melhor, quais finalidades devem ser atribuídas à pena para que ela possa ser inserida satisfatoriamente dentro dos ideais aceitáveis de um ordenamento jurídico contemporâneo. Uma importante função da pena, nesse ritmo, é a prevenção geral positiva limitadora, trazida por teóricos importantes ao Direito Penal moderno, como Winfried Hassemer e Claus Roxin.

Teorizam, nesse sentido, que a pena, dentre outras funções relevantes, deve ser entendida como mecanismo que, ao ser aplicado, atesta validade às normas penais. Acentuam, contudo, que o instituto não atesta validade apenas às proibições de condutas, mas também a todo o escopo normativo que envolve as garantias processuais e constitucionais da repressão penal. Dizem eles, então, que o Direito Penal, como importante ferramenta normativa para a criação de uma comunidade justa de pessoas, quando se utiliza da pena, o faz não apenas para atestar que certa conduta é inaceitável, mas também para atestar que o sistema como um todo foi respeitado e aquela conduta em específico foi legitimamente punida por incompatível com os comportamentos esperados para uma pessoa integrante de um grupo social. O sistema, para ser respeitado, precisa também respeitar as próprias balizas que lhe são necessárias.

O presente trabalho, nesses termos, baseia-se em, no que diz respeito, em especial, aos crimes contra a administração pública e, mais especificamente, ao crime de corrupção passiva, justamente analisar se e como as tendências punitivistas, podem ser compatibilizadas com a racionalidade da pena imposta pela prevenção geral positiva limitadora teorizada por Hassemer.

Para isso este trabalho é metodologicamente estruturado de modo a no primeiro capítulo, serem trazidas as bases epistemológicas e teóricas de teoria geral do Direito, do Direito Penal e da pena em si.

Isso porque se entende que, a partir da ampla miríade de entendimentos acerca da natureza do Direito, diversas interpretações poderiam levar a diversos entendimentos acerca do papel destinado ao Direito Penal e o conferido ao instituto da punição penal, mais propriamente analisada. Assim sendo, entende-se por bem se explicitar de forma clara os pressupostos filosóficos básicos acerca da ontologia do estudo que se faz, a fim de que de modo absolutamente explícito se possa fazer a análise pretendida.

Para além disso, entende-se necessária a exposição de diversos pensamentos acerca da natureza e finalidade da pena, em razão da necessidade de a partir dos conceitos trazidos por cada uma delas se analisar de forma escoreita a visão que pretende analisar de forma específica o presente trabalho, a prevenção geral positiva, de acordo com Winfried Hassemer.

A partir desses pressupostos, é que se entende possível trazer com a profundidade necessária a visão de Hassemer acerca da natureza da pena e seu desenho racionalmente orientado aos princípios que o alemão teorizou como os corretos aos seus escopos práticos.

Com isso, a primeira parte dos conceitos se conclui.

No segundo capítulo então, busca-se trazer a segunda parte dos conceitos necessários à análise que se pretende realizar. Para isso, foram trazidos os principais contornos típicos e dogmáticos do tipo de corrupção passiva no ordenamento prático.

Ao lado disso, entende-se necessária a exposição acerca do expansionismo penal de forma ampla, na medida que orientaria as bases da análise da expansão aplicada ao tipo em análise. Para isso, analisa-se o trabalho paradigmático sobre o assunto, o do professor Silva Sánchez, e o de Hassemer, em cujo foco do presente estudo recai.

A partir disso, então, parte-se para a análise específica do movimento aplicado à corrupção no Brasil, e, mais especificamente, ao tipo de corrupção passiva (art. 317 do Código Penal) em seus aspectos dogmáticos abstratos e pragmáticos, a partir,

essa última, de análises acerca do comportamento dos tribunais no que se refere à aplicação da punição deste crime nos últimos tempos.

Por fim, então, parte-se à conclusão da pergunta de pesquisa que orientou a presente investigação, de modo que se intenta à investigação de se este movimento especificamente descrito de expansão penal no crime de corrupção passiva no Brasil poderia ser compatibilizado à função da pena explorada no primeiro capítulo e teorizada por Winfried Hassemer.

Nestes termos é que o desenho metodológico do trabalho foi pensado e, a partir dele, pretende-se trazer de forma profunda e explícita a análise que se planeja.

## **CAPÍTULO 1: A FINALIDADE DA PENA**

### **1.1. Considerações Iniciais**

Pretende-se com o presente capítulo retomar os principais fundamentos epistêmicos e axiológicos do trabalho como um todo e do capítulo conceitual em questão, além de trazer as principais bases teóricas utilizadas, as linhas de pensamento jurídico e filosófico a serem explorados e os conceitos base para possibilitar o desenvolvimento correto da estratégia investigativa destinada à resolução do problema da pesquisa científica, qual seja, no que diz respeito, em especial, aos crimes contra a administração pública, identificar se as tendências punitivistas podem ser compatibilizadas com a racionalidade da pena imposta pela prevenção geral positiva limitadora teorizada por Hassemer.

Para tanto, buscará se identificar, primeiramente, de forma breve, a forma e os objetivos com e pelos quais se tentará trazer tais conceitos essenciais ao andamento da pesquisa. Depois, serão exploradas as principais linhas de pensamento filosófico que se utilizará no que concerne à natureza estrutural do Direito e da juridicidade racional, para a partir disso, identificar os modelos de justiça penal que se entende adequadas na justificação externa do Direito Criminal. Assim, será possível partir de uma ideia clara da estrutura que se verifica epistemicamente correta no tocante à natureza do ordenamento como um todo e, mais especificamente, do Direito e prática penal, enquanto objeto de estudo externo apto a ser descrito por um observador a ele alheio.

Com isso, poderá se trazer com clareza as principais bases de justificação (externa) do elemento que talvez seja o mais controverso de toda a estrutura jurídica, a pena, ainda partindo dessa premissa pré e meta dogmática, essencial para se adentrar nas partes seguintes da investigação. Concluindo então esse caminho, explorar-se-á de forma mais detalhada a teoria de justificação da pena escolhida como objeto específico do presente estudo, a teoria da prevenção geral positiva tal qual formulada por Winfried Hassemer, um dos expoentes da prevenção geral positiva limitadora.

Com isso, então, busca-se obter bases sólidas aptas a permitir que a presente investigação científica adentre com segurança na dogmática penal propriamente dita, a fim que se consiga, a partir das claras noções de justificações de filosofia política e

justiça meta jurídicas, explorar com clareza os inexoráveis e rígidos limites de justificação interna e validade próprios de um direito penal baseado estruturalmente nesses pressupostos racionais indispensáveis. Assim, dominando a escuridão dogmática, espera-se ser possível identificar assertivamente a compatibilidade das tendências atuais da cultura penal no que se refere aos crimes contra a administração pública com essas bases erigidas a partir da escuridão técnica e ciência jurídica

## **1.2. Bases Epistemológicas de Teoria Geral do Direito**

É certo que a justificação moral do Direito não é consensual nem pela História do Direito, nem sequer nas correntes contemporâneas do pensamento jurídico, de modo que a própria existência de juízos morais além daqueles referentes à necessidade de se observar o próprio direito pode ser colocada em dúvida em discussões que, ressalta-se, não são insípidas. Pensadores importantes e que, apesar das inconsistências filosóficas apontadas e assumidas como verdadeiras pelas correntes jusfilosóficas adotadas no presente estudo, mostram-se influentes em relevantes escolas de pensamento jurídico da atualidade, frequentemente apontam em seus estudos a impossibilidade de se verificar juízos morais aptos a valorar elementos do direito positivo, atividade que se mostra essencial para o estudo que se pretende fazer. Nessa linha, Hans Kelsen e Alf Ross, enquanto adeptos de um ceticismo ético, acabam por entender que apenas pode se atestar verdade ou falsidade racionalmente a juízos empíricos. A partir disso, conclui o austríaco, por exemplo, que a justiça seria, por excelência, uma ideia irracional, já que tenta derivar um dever ser de um ser, caindo, portanto, no paradoxo de Hume<sup>1</sup>.

Reitera-se aqui neste ponto introdutório do capítulo que o presente trabalho não se pretende uma investigação filosófica acerca da natureza do Direito e da Moral e suas interrelações. Nem mesmo se pretende investigação acerca da natureza do próprio direito penal ou até mesmo da justificação mesma da pena. Contudo, necessita assumir linhas claras nesse sentido a fim de que consiga prosseguir com segurança no problema de pesquisa ao qual pretende se debruçar.

---

<sup>1</sup> NINO, Carlos Santiago. **Introdução à análise do Direito**. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010.

Assim sendo, apesar de reconhecer a existência das linhas filosóficas acerca da natureza do Direito acima trazida, não se parte delas como válidas, sendo porque identifica nelas inconsistências filosóficas relevantes, que serão exploradas nas próximas linhas ao se tratar das linhas teóricas de teoria geral do Direito utilizadas, seja porque a própria natureza metodológica do estudo em questão impede que se tome como corretos tais entendimentos, na medida em que, a fim de se identificar de forma adequada a justificação da pena à luz da doutrina de Hassemer, são necessários a formulação de juízos morais e, além disso, é preciso que se admita na análise científica do Direito, ainda que exclusivamente em seu caráter axiológico, a entrada de tais postulados meta jurídicos.

Nessa lógica, rejeita-se também qualquer tentativa de aplicação integral do positivismo ideológico. Incompatível também com o escopo do trabalho a ideia de adotar os postulados segundo os quais o direito positivo, enquanto expressão legítima do processo derivativo de criação de normas baseada em uma ordem constitucional erigida a partir de um pressuposto transcendental de validade (norma fundamental), é justo por isso apenas; e que o direito enquanto conjunto normativo baseadas em um poder que exerce monopólio da força serve para a obtenção fins como a ordem, a paz, a certeza e, em geral, a justiça<sup>2</sup>. Tal linha teórica acaba por identificar a possibilidade da existência de juízos morais. Contudo, apenas admite ao direito o postulado segundo o qual as leis devem ser cumpridas, de modo a impedir qualquer análise valorativa das leis mesmas, o que acaba, por meio da confusão gerada pela devida separação entre os âmbitos de justificação externa e interna do direito, por gerar a impossibilidade de se proceder com a necessária análise axiológica dos institutos jurídicos<sup>3</sup>.

Tal confusão, como apontada por FERRAJOLI, também pode ser verificada em seu outro polo, por meio do substancialismo jurídico. Assim rejeitando o princípio normativo da separação entre a legitimação interna e externa do Direito, e, com isso arrebatando, o princípio teórico do garantismo, deita-se sobre doutrina substancialistas ligadas à ideia de um fundamento ontológico do ordenamento

---

<sup>2</sup> NINO, Carlos Santiago. **Introdução à análise do Direito**. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010.

<sup>3</sup> FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: Teoria do garantismo penal**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002; NINO, Carlos Santiago. **Introdução à análise do Direito**. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010.

jurídico, levando a uma confusão jusnaturalista com a moral ou com a natureza<sup>4</sup>. A essa ideia do Direito, também se entende que merece afastamento. Embora menos evidente, acaba também ser incompatível com as linhas utilizadas, já que ao rejeitar a força da legalidade, principalmente no espectro específico do Direito Penal, mas também extrapolável à ordem jurídica como um todo, acaba por contradizer os ditames básicos do garantismo e desaguar em modelos autoritários similares aos que deixam em aberto as ideias jurídicas anteriormente analisadas. Além disso, acaba também por apresentar linhas teóricas e axiológicas falhas, na medida em que acabam por rejeitar ideias consagradas de justiça erigidas em princípios de igualdade e liberdade.<sup>5</sup>

Tal separação, apontada acima, é entendida como necessária à luz do Direito moderno e, principalmente de um sistema penal garantista<sup>6</sup>. Por essa razão, ainda que não integralmente adotado, o positivismo conceitual acaba apresentando parâmetros importantes que devem ser aproveitados na estruturação teórica do estudo a ser realizado. Parte-se, então, da ideia de que o conceito de direito deve ser caracterizado em termos não valorativos, devendo fazer referência a propriedades fáticas, apresentando-se, assim, como uma tese meramente conceitual<sup>7</sup>. Tal proposição, ressalta-se, é entendida como uma negação à tradicional ideia jusnaturalista da identificação da natureza do Direito com princípios morais ou sobrenaturais, não impedindo nem rejeitando a ideia acerca da existência de preceitos

---

<sup>4</sup> FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: Teoria do garantismo penal**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

<sup>5</sup> Conferir, nesse ponto, "A teoria da Justiça" e, principalmente, "O liberalismo Político", que alterou alguns pontos importantes do entendimento do autor quanto aos princípios de justiça, ambos de John Rawls. Tais ideias serão trazidas também brevemente mais adiante no trabalho. Contudo, relevante ao menos indicar a fonte do que se entende por incompatibilidade da ideia de justiça apresentada pelo chamado substancialismo jurídico à luz de linhas utilizadas pelo presente estudo.

Reitera-se aqui que o escopo do trabalho não é adentrar especificamente em discussões pormenorizadas e filosóficas acerca da justiça e dos postulados epistêmicos e axiológicos do Direito. Por essa razão, nesse introito, indica-se apenas algumas das principais ideias teóricas do Direito, e breves razões para que se entenda adequadas ou não e em qual medida. Certo é que se corre o risco de uma exposição rasa de ideias. Contudo, o risco torna-se necessário na medida em que a delimitação específica dessas linhas de pensamento, como apontado em outras oportunidades anteriores, é necessária para a delimitação precisa dos conceitos utilizados na comparação investigativa proposta. Além disso, acaba o trabalho por se ver impedido de explorar de forma mais profunda todas essas linhas justamente porque, para tanto, seria necessária investigação científica e argumentativo-filosófica profunda sobre cada um dos diversos pontos trazidos apenas de passagem, o que acaba por ultrapassar o escopo do trabalho.

<sup>6</sup> FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: Teoria do garantismo penal**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

<sup>7</sup> NINO, Carlos Santiago. **Introdução à análise do Direito**. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010.

morais, nem mesmo afastando a possibilidade até mesmo de se atestar a necessidade, a fim de se verificar valorativamente e racionalmente as normas de um sistema jurídico, de se incorporar tais juízos morais na análise axiológica do Direito.

Para tanto, considerando principalmente elementos relevantes da virada linguística, exponenciada por autores como Wittgenstein, principalmente em seu "segundo momento", busca-se também, ainda que não ignorando as contribuições relevantes do positivismo jurídico ao correto entendimento acerca da natureza do Direito, adentrar em ideias que também se pretendem pós-positivistas a fim de se delimitar com clareza a ideia de Direito utilizada. Ressalta-se, contudo, que não se pretende a superação de qualquer forma das principais ideias de expoentes do positivismo conceitual. Nem mesmo se busca rejeitar o já citado princípio da separação. O que se pretende é, principalmente, a delimitação dos parâmetros utilizados no trabalho de forma a se afastar de algumas ideias utilitaristas abertamente utilizados nessas teorias e os substituir por ideias que se considera mais adequadas, ligadas a teorias de justiça e da moral baseadas no liberalismo político e na virada linguística.

Certo é que, com isso, corre-se o risco, o qual se assume premeditadamente, na medida em que se entende necessário à correta definição e valoração do fundamento da pena nos parâmetros escolhidos no escopo da investigação, de se desvirtuar – ao menos parcialmente – algumas ideias importantes de autores que serão amplamente utilizados neste estudo. Cita-se como exemplo, a vinculação expressa da legitimação externa do Direito e do Estado por FERRAJOLI a princípios valorativos utilitaristas. Contudo, mesmo diante disso, entende-se possível e compatível com o próprio sistema do garantismo penal veiculado pelo italiano a substituição da valoração axiológica do direito pelos princípios rawlsianos de justiça, por exemplo.

A ideia exposta tanto na "Teoria da Justiça" quanto, e, principalmente, em "O Liberalismo Político", na medida em que altera parâmetros importantes principalmente no tocante ao segundo princípio da justiça e no método de sopesamento aplicável em situações específicas ao primeiro, acaba por inaugurar na filosofia política corrente teórica que supera as principais correntes utilitaristas, na proporção em que descortina a irracionalidade consistente na conclusão inexorável pela sacrificialidade do princípio da utilidade. Assim sendo, apesar das principais correntes teóricas do direito,



materializadas em um positivismo conceitual contemporâneo, basearem-se em maior ou menor medida em critérios axiológicos de justificação identificáveis com as razões utilizadas nas correntes utilitaristas, nada impede, como alguns teóricos vêm propondo hodiernamente, em compatibilizar a estrutura teórico-descritiva por eles idealizada com os critérios axiológicos de uma teoria moral mais moderna.

Reconhece-se ainda toda a discussão erigida a partir de Rawls, por teóricos como Dworkin, Nozick, neomarxistas e comunitaristas<sup>8</sup>. Contudo, considerando que a teoria rawlsiana é a que melhor se adequa à axiologia do direito utilizada no trabalho e a que melhor comporta as ideias, que serão desenvolvidas posteriormente, acerca das teorias de justificação da pena exploradas, será ela a única à qual o presente trabalho adentrar, a fim de, como já dito, delimitar seus parâmetros e escolhas epistêmicas.

Rawls, então, partindo do questionamento acerca de como compatibilizar a igualdade com a liberdade em uma sociedade política, cria uma teoria moral que, adstrita ao âmbito político (não sendo, portanto abrangente a todos os campos da vida de um indivíduo, mas sim vinculada apenas ao âmbito do cidadão e da organização da vida pública, ou, em termos aristotélicos, à justiça geral), e baseada em uma justiça procedimental construída sobre um artifício metodológico que o autor chama de posição original, na qual todos representam alguém na sociedade política sobre a qual se delibera, contudo ignora-se a condição social específica representada por essa parte, ajuda-o a construir dois princípios de justiça que são considerados como moralmente válidos frente às organizações sociais e enquanto confinadas ao único âmbito sobre o qual entende o autor ser possível se atestar com certeza a existência de juízos morais válidos, o da sociedade política<sup>9</sup>.

Tais princípios representam então dois aspectos essenciais para se entender a justiça enquanto virtude da racionalidade moral. Entendê-los, então, é entender a normatividade moral e axiológica das sociedades políticas. Assim sendo, a valoração

---

<sup>8</sup> Conferir "As teorias da justiça depois de Rawls: Um breve manual de Filosofia Política", de Gargarella. A obra descortina as principais discussões originadas a partir da obra paradigmática de Rawls. Ainda, importante reiterar a ressalva feita anteriormente, uma vez que, embora a discussão seja rica, considerando a impossibilidade de se adentrar com profundidade nela sem realizar extensa investigação científica, e a fim de que se atenha ao escopo do trabalho, explorando tais discussões apenas o tanto quanto necessário, ainda que sob o risco de se apresentar de forma rasa ideias de profundidade acentuada, apenas se indica suas existências.

<sup>9</sup> RAWLS, John. **A Theory of Justice**. Revised Edition. Cambridge: Harvard University Press, 2000.

do direito, ou melhor, suas razões, enquanto produto estruturante da própria pólis, deve se basear nesses postulados morais, os quais, pelo menos para o escopo do presente estudo, encontram em Rawls sua formulação mais adequada.

É, portanto, imprescindível à legitimação e à própria justificação do direito e de seus institutos fundamentais, como o é a pena, que estejam em acordo, enquanto analisados externamente e axiologicamente, com esses postulados, materializados não apenas nos dois princípios de justiça, mas também no próprio método de justiça procedimental na medida em que também estabelece parâmetros, como acima estabelecido, aptos a criar raciocínios moralmente legítimos e racionais na sociedade organizada em seu âmbito político.

Assim sendo, passa a se analisar brevemente os dois princípios de justiça formulados por Rawls tais quais expostos em "O liberalismo político".

O primeiro princípio é formulado então, da seguinte forma:

"Cada pessoa tem um direito igual a um sistema plenamente adequado de direitos e liberdades iguais, sistema esse que deve ser compatível com um sistema similar para todos. E, neste sistema, as liberdades políticas, e somente estas liberdades, devem ter seu valor equitativo garantido."<sup>10</sup>

Tal princípio faz referência então ao conjunto de direitos e liberdades iguais que, enquanto bens primários às necessidades dos cidadãos enquanto tais, garante que cada um se desenvolva plenamente dentro do campo político da organização social, exercendo seus direitos públicos e participando da vida na pólis, e fazendo-o em condição de absoluta igualdade com todos os outros cidadãos. Relevante ter em mente que a ideia de justiça de Rawls é, assim como suas origens aristotélicas o são, intimamente ligada à igualdade.

A justiça enquanto virtude social, ou a virtude das virtudes, em seu aspecto geral, ao menos, diz respeito ao cumprimento da lei enquanto normas gerais e iguais, na medida em que se entende a lei como algo que visa a vantagem mútua de todos os cidadãos. A justiça busca então o bem do outro, e por consequência daquele que a pratica enquanto integrante da sociedade organizada.<sup>11</sup> Assim sendo, nos limites da

---

<sup>10</sup>RAWLS, John. **O liberalismo político**. Ed. ampl. Tradução Álvaro Vita. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2011, p. 6.

<sup>11</sup> Cf. ARISTÓTELES, *Ética a Nicômaco*, Livro V, 1: "Por essa mesma razão se diz que somente a justiça, entre todas as virtudes, é o "bem de um outro", visto que se relaciona com o nosso próximo! fazendo o que é vantajoso a um outro, seja um governante, seja um associado. Ora, o pior dos homens

teoria moral rawlsiana, ou seja na medida do campo político, onde entende ser possível formular postulados moralmente válidos, tidos como razoáveis, impera a ideia de justiça segundo a qual tais direitos liberdades consideradas fundamentais ao exercício da cidadania deve ser preservada de maneira integral, inadmitido qualquer tipo de sacrifício utilitarista, e de maneira similar a todos.

Esse princípio se torna essencial aos propósitos do trabalho pois, ao se postular sobre a validade de institutos como a pena, e até mesmo ao se considerar acerca da justificação axiológica do direito penal e do próprio direito, coloca-se diante justamente de argumentos que pretendem justamente construir esse sistema adequado de liberdades e direitos. Os postulados da justiça, na concepção do liberalismo político, e o método de justiça procedimental materializado na busca de um consenso sobreposto a partir de exercícios teórico argumentativos baseados na posição original, devem, portanto, imperiosamente ser aplicados na análise das razões desses institutos.

Além disso, além desses bens primários permitirem o pleno exercício da cidadania em uma sociedade entendida como um sistema de cooperação, são relevantes na medida em que possibilitam o exercício por cada um dos indivíduos, enquanto tais, de suas potencialidades e aspirações extra políticas. Ou seja, possibilitam a busca pelas concepções permissíveis de bem que entenderem as pessoas adequadas.

É com base nisso, então, que as instituições básicas da sociedade política devem ser pensadas, como bem traduz o seguinte trecho do autor:

"Evidentemente, não é nem justo nem possível permitir que se busque realizar todas as concepções de bem (algumas implicam a violação de direitos e liberdades fundamentais). Entretanto, podemos dizer que, quando as instituições básicas satisfazem uma concepção política de justiça mutuamente reconhecida por cidadãos que professam doutrinas abrangentes, as quais fazem parte de um consenso sobreposto razoável, esse fato confirma que tais instituições oferecem espaço suficiente para formas de vida que são merecedoras do apoio convicto dos cidadãos. É preciso que essas instituições façam isso, se não de ser as de uma sociedade justa e boa."<sup>12</sup>

---

é aquele que exerce a sua maldade tanto para consigo mesmo como para com os seus amigos, e o melhor não é o que exerce a sua virtude para consigo mesmo, mas para com um outro; pois que difícil tarefa é essa." (ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**. Coleção: Os pensadores. São Paulo: Nova Cultural, 1987).

<sup>12</sup> RAWLS, John. **O liberalismo político**. Ed. ampl. Tradução Álvaro Vita. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2011, p. 221.

Além disso, é relevante ainda realizar considerações adicionais acerca da intangibilidade desse sistema de direitos idealizado a partir do primeiro princípio de justiça. Considerando a necessidade de se criar um sistema plenamente adequado de direitos e liberdades que garantam a distribuição equitativa de bens primárias entre todos, certo é que se deve criar um desenho institucional que garanta o gozo amplo pelos indivíduos das "quotas" de bens a eles destinados em razão de uma distribuição moralmente válida e razoável. Para isso, deve-se recorrer aos já citados métodos de justiça procedimental expostos na teoria de Rawls. Contudo, em casos extremos admite-se ainda que certas liberdades e direitos integrantes desse rol de bens primários essenciais ao desenvolvimento das pessoas em seu âmbito político sejam relativizados caso, na posição original, seja possível assim se dispor.

Ressalta-se, todavia, que, dado o caráter absolutamente gravoso de tal consequência que, caso não operada devidamente pode recair na falácia axiológica do sacrifício utilitário, é necessário que tais consequências sejam operadas em casos apenas em sejam necessárias à própria manutenção da sociedade organizada. Admite-se o sacrifício de um direito não na medida em que traria um mal menor a todos, mas apenas em circunstâncias em que tal sacrifício é necessário à manutenção de um sistema plenamente adequado de direitos e liberdades, tal qual definidas a partir do princípio de justiça que se discute<sup>13</sup>.

Considerando que na roupagem do autor a liberdade de ir e vir, apesar de não ser listada especificamente como um bem primário, é requisito essencial para diversas liberdades e direitos garantidos enquanto tais, deve-se ter em mente tais raciocínios no escopo do presente trabalho, já que o objeto principal da justificação axiológica que se pretende investigar é da pena, que, mesmo que apresente outras roupagens, em sua modalidade mais clássica e corriqueira atua frontalmente nessa relação ao privar alguém, ante a prática de um delito assim definido em lei, de sua liberdade de locomoção.

Já o segundo princípio é trazido na seguinte dicção:

"As desigualdades sociais e econômicas devem satisfazer duas exigências: em primeiro lugar, devem estar vinculadas a posições e cargos abertos a todos em condições de igualdade equitativa de oportunidades; em segundo

---

<sup>13</sup> Cf. Conferência VIII §§8-14. In: RAWLS, John. **O liberalismo político**. Ed. ampl. Tradução Álvaro Vita. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2011.

lugar, devem se estabelecer para o maior benefício dos membros menos privilegiados da sociedade."<sup>14</sup>

O segundo princípio, então, também chamado de princípio da diferença, diz respeito então às possibilidades nas quais a desigualdade é admitida. Diz respeito, portanto, não ao núcleo duro que possibilita o exercício da cidadania, mas refere-se à estrutura, comum e política, portanto, que deve ser criada para a formulação de mecanismos institucionais que permitam a desigualdade dentro de certos parâmetros controlados e axiologicamente valoráveis enquanto razoáveis. A diferença institucional é, então, tolerável quando, na posição original, pode ser defendida de modo racional. Refere-se, portanto, àquelas situações em que, apesar do estado naturalmente mais beneficiado do privilegiado pela diferença, toda a sociedade, inclusive aqueles que foram privados de tal privilégio, também se beneficiarão dessa possibilidade institucional.

Essas, brevemente expostas, são as bases de teoria moral que serão utilizadas como base para o presente estudo, de modo a influenciar na ideia que se tem de Direito, e a partir dessa, das bases axiológicas utilizadas para a valoração racional de seus institutos. São estas as que mais adequadas perante a filosofia política necessária para se adentrar na valoração tanto do direito penal, mas principalmente da pena, que, em razão, como será também explorado mais adiante, dos custos da justiça e da injustiça<sup>15</sup> a elas vinculados, é necessário que sua justificação esteja adequadamente e racionalmente delimitada a fim de que se adentre na investigação objeto do estudo que se faz.

Nessa linha, relevante é trazer a ideia teórica de direito segundo a qual este, enquanto jogo de linguagem, deve ser entendido dentro dos ditames da razão prática.

O Direito, nesse sentido, entendido como uma práxis social, deve buscar sempre a objetividade e a racionalidade do campo. O segundo Wittgenstein se utiliza de um conceito que, aplicado ao Direito, pode ser utilizado de forma a esclarecer suas características ontológicas, bem como ajudar o jurista a utilizá-lo de acordo com as melhores virtudes. Entender o direito como um jogo de linguagem significa, assim, entender que, enquanto prática social, organiza-se, dentro de um campo normativo

---

<sup>14</sup> Conferência VIII §§8-14. In: RAWLS, John. **O liberalismo político**. Ed. ampl. Tradução Álvaro Vita. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2011, p. 6.

<sup>15</sup> FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: Teoria do garantismo penal**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

subjetiva e objetivamente complexo, sempre em direção a um fim, ou bem, na linguagem aquiniana. O bem do Direito seria, então, a justiça. Todas as áreas e segmentações do mundo jurídico devem se estruturar, portanto, em direção ao objetivo que lhes é ínsito, a justiça.

Nesse sentido, leciona o Professor José Reinaldo de Lima Lopes:

"A ideia que pretendo defender exige dois passos anteriores e dela podemos tirar uma consequência importante para nossa atividade de estudiosos do direito. A ideia consiste em afirmar que a justiça é o sentido do direito e que sem ela, sem a ideia de justiça, não se consegue falar adequadamente do e no campo jurídico. Os passos anteriores a dar são os seguintes: primeiro compreender que o direito é uma prática social, e em seguida compreender que como prática só pode ser realizada pelas pessoas que dela participam se elas tiverem uma noção do porquê da prática, de sua razão ou de seu sentido. Podemos dizer que as pessoas precisam compreender a racionalidade ou a inteligibilidade da prática. Isso vale para qualquer prática social e valerá também para o direito."<sup>16</sup>

E continua:

"Sugiro uma concepção diferente, pela qual a sociedade é ela mesma uma interação contínua de indivíduos e nestes termos ela não é algo diferente das regras e da ordem que a constituem. Assim como não se pode conceber uma língua que exista fora, anterior ou para além das regras de gramática, também não se pode conceber uma sociedade fora, anterior ou para além de sua forma de direito. E o que fazem essas regras que constituem o grande jogo da sociedade? Elas distribuem os ônus e os benefícios da cooperação social, entre os quais o próprio exercício dos poderes relativos à vida comum, qual seja a autoridade. Ora, são essas de troca ou de partilha de coisas que se chamam relações de justiça. O direito refere-se necessariamente a essas relações, seja nas relações dos indivíduos entre si como particulares, seja nas relações dos indivíduos entre si como membros de grupos, seja nas relações das pessoas com a sociedade inteira. Podem ser relações comutativas ou de troca ou de retribuição ou de compensação entre indivíduos singulares. Podem ser relações de partilha entre indivíduos que voluntariamente tem entre si alguma sociedade ou cooperação. E podem ser as relações de pessoas com os recursos da comunidade. A grande tradição dava a essas relações os nomes das relações de justiça comutativa, justiça distributiva e justiça geral ou justiça legal.

[...]

No caso do direito seu sentido é a justiça: pela lei espera-se a distribuição igual ou proporcional, capaz de promover a cooperação entre sujeitos autônomos. O direito é o essencial de um regime político, isto é, de relações de cooperação que não se devam ao afeto ou ao sangue, como seria o caso da família. O direito permite a criação da ordem, da estrutura social, e da cooperação para além de laços tradicionais, biológicos, afetivos. A cooperação com os estranhos, os não familiares, poderia ser simplesmente imposta pela força. Neste caso as leis serviriam de veículo de ameaças. E esta é uma ideia bastante comum entre nós: a de que o direito é um conjunto de comandos apoiados em ameaças. Esta é mesmo a ideia dominante, a qual gera diversos problemas de difícil solução: o principal deles é que em torno

<sup>16</sup> LOPES, José Reinaldo de Lima. **Aula inaugural**. Revista Da Faculdade De Direito, Universidade De São Paulo, v. 110, pp. 907-917.

dele não é possível desenvolver uma racionalidade autônoma. O participante dessa prática conserva-se como a criança que joga o “faça tudo que seu mestre mandar”. A resposta de quem se insere assim no jogo não é autônoma. Mas se não há uma razão que permita compreender o jogo, também não haverá como ensiná-lo.”<sup>17</sup>

Nesses termos, o Direito é, então, a materialização social dos princípios de justiça a partir da criação de um mecanismo racional, e cristalizado como práxis social, de normas positivas tendentes a atingi-los. Nota-se ainda que esse conceito não é incompatível de forma alguma com a estrutura teórica do positivismo conceitual, na medida em que a justiça, enquanto elemento integrante do conceito, não representa um elemento axiológico valorativo por si só, mas apenas é integrante do método de racionalidade utilizado em sua estruturação. No conceito específico, a justiça é elemento epistêmico do próprio direito. Seria possível argumentar ainda em até que ponto esse argumento não tentaria de uma forma disfarçada derivar um dever-ser de um ser. Contudo, como demonstra GRISEZ<sup>18</sup>, não é esse o caso. No ponto, importante conferir o seguinte trecho:

“O bem há de ser feito e buscado, e o mal há de ser evitado junto com os outros princípios evidentes da lei natural não são deduzidos de quaisquer proposições de fato. São princípios. Não são absolutamente deduzidos de quaisquer proposições. Não são deduzidos de princípios anteriores. São não dedutíveis.”<sup>19</sup>

A justiça, então, enquanto bem do direito segue exatamente essa lógica. É um princípio epistemológico, não é deduzida de qualquer proposição de fato. Plenamente compatível, portanto, com a ideia segundo a qual o conceito de direito deve ser caracterizado em termos não valorativos, devendo fazer referência a propriedades fáticas.

Ainda, relevante ressaltar que nada impede, muito pelo contrário, a utilização desses critérios na análise axiológica da legitimação do Direito. O que, inclusive, é essencial aos propósitos do trabalho.

De qualquer forma, é a partir desses postulados que será possível construir uma ideia clara de Direito sobre a qual se trabalhará na presente investigação. E, são nesses termos, inclusive, que erige a análise, também necessária e breve, dos

<sup>17</sup> LOPES, José Reinaldo de Lima. Aula inaugural. **Revista Da Faculdade De Direito**, Universidade De São Paulo, v. 110, pp. 907-917.

<sup>18</sup> GRISEZ, Germain. O primeiro princípio da razão prática. **Revista Direito GV**, v. 3 n. 2, 2007, pp. 51-89.

<sup>19</sup> Ibidem, p. 77

postulados básicos acerca do Direito Penal e da justificação da pena sobre as quais se partirá às conclusões que se pretende atingir com este estudo.

### **1.3. Considerações Acerca da Natureza do Direito Penal: Bases Teóricas e Axiológicas**

O Direito Penal, então, acaba por seguir justamente essa lógica acima apresentada, justamente por ser uma das expressões possíveis do próprio ordenamento jurídico. Acaba sendo, na verdade, um campo cujas bases epistêmicas de racionalidade devem ser ainda mais calcadas na racionalidade e, especialmente, no garantismo. Claro que todos os campos do Direito devem seguir essa sistemática. Contudo, tendo em vista as peculiaridades do Direito Penal, ligadas à proibição de condutas, agindo, portanto, frontalmente na delimitação dos sistemas de liberdades e garantias disponibilizadas aos cidadãos, e, mais especialmente, à punição física, e, por definição, violenta, dos transgressores destes mandados criminalizadores. Além disso, as próprias implicações específicas do processo penal, materializadas no processo penal, também são especialmente gravosas, repletas de estigmatizações e consequências sociais relevantes.

Deve, então, ter o Direito Penal tanto forma, quanto justificação baseados em mecanismos que procuram tornar mais humano um sistema repressivo que é, por natureza, intimamente vinculado à violência monopolizada pelo Estado. E, então, a partir da passagem do Estado absolutistas para as formas de Estado baseadas em métodos liberais de proteção aos direitos dos cidadãos, a ideia segundo a qual a pena e a punição seriam castigos baseados na transgressão à obediência ao Estado, foi substituída pela noção de um Direito necessário à proteção social, munido de razões axiológicas voltadas à prevenção geral e específica.<sup>20</sup>

Passa então o Direito Penal a se desvincular da noção de castigo enquanto justificativa suficiente à punição, uma vez que, quando se castiga em nome de necessidades ou conveniências públicas naturalmente frágeis, a possibilidade de se fazê-lo de forma desvinculada da racionalidade do campo, necessária ao Estado de

---

<sup>20</sup> RADBRUCH, Gustav. **Introdução à ciência do Direito**. 2. ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010.



Direito, é praticamente incontornável. O Direito Penal perde, então, sua consciência tranquila de outrora.<sup>21</sup>

É por isso, então, que se criou mecanismos teóricos, voltados ao garantismo e se desenvolveu teorias axiológicas baseadas nos parâmetros que tentou-se expor nas páginas anteriores, voltadas à satisfação da necessidade democrática de se munir nas formas contemporâneas de Estado de mecanismos penais humanos<sup>22</sup> e racionalmente estruturados conforme os ditames da justiça.<sup>23</sup>

Além disso, aliados aos custos da própria justiça, relacionados a essas questões atinentes às proibições dos comportamentos pelo legislador, na medida em que são entendidos como delituosos, às penas e ao processo sancionador, indispensável se realizar considerações acerca dos custos da injustiça, que também devem ser levados em conta tanto em uma análise epistêmica quanto em uma análise axiológica<sup>24</sup>.

O funcionamento concreto de qualquer sistema jurídico não é perfeitamente racional, já que os meios utilizados e até mesmo a estrutura criada esbarra na realidade das coisas, evidenciando distorções inevitáveis. E, no Direito Penal, os custos da injustiça são altíssimos, na medida em que punir um culpado é algo extremamente delicado, de modo que, punir um inocente é absolutamente inaceitável.

Nesse sentido, atesta Ferrajoli:

"O problema da legitimação ou justificação do direito penal, conseqüentemente, ataca, na raiz, a própria questão da legitimidade do Estado, cuja soberania, o poder de punir, que pode chegar até ao *ius vitae ac necis*, é, sem sombra de dúvida, a manifestação mais violenta, mais duramente lesiva aos interesses fundamentais do cidadão e, em maior

<sup>21</sup> RADBRUCH, Gustav. **Introdução à ciência do Direito**. 2. ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010.

<sup>22</sup> Cf. GOETHE: "Soll er strafen soll er schonen, // Muß er Menschen menschlich sehen." (§22 Das Strafrecht. In: RADBRUCH, Gustav. **Rechtphilosophie**. Studienausgabe. 2. Auflage. Heildelberg: C. F. Müller Verlag, 2011, p. 151).

<sup>23</sup> Hassemer inclusive considera que o Direito Penal necessita ainda ser superado por algum mecanismo melhor de proteção social simbólica à condutas proibidas já que "[a] visão de que com a pena nós aplicamos uma medida cujos efeitos conhecidos perfazem, em uma análise positiva, somente uma parte deles, curiosamente não abalou de forma alguma as doutrinas do sentido da pena. Hoje se fala, de forma modesta, que a pena possui pelo menos a força "simbólica" da evidenciação da norma e da estigmatização da injustiça. Isso pode estar correto. Mas é somente suportável se se trabalhar permanente e seriamente no projeto para substituir o direito penal por algo melhor, pois esse direito retira sua força simbólica dos ossos dos seres humanos: pela limitação da liberdade e a sanção dos comportamentos." (HASSEMER, Winfried. **Direito penal libertário**. Tradução de Regina Greve; coordenação e supervisão Luiz Moreira. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 98)

<sup>24</sup> FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: Teoria do garantismo penal**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

escala, suscetível de degenerar-se em arbítrio. A falta de correspondência entre culpados, processados e condenados, e, em particular, a "cifra injusta", formada pelas, ainda que involuntárias, punições de inocentes, cria, de outra parte, complicações gravíssimas e normalmente ignoradas ao problema da justificação da pena e do direito penal. Se, com efeito, os custos da justiça e aqueles opostos da ineficiência podem ser, respectivamente, justificados em modo positivo, ou tolerados com base em doutrinas e ideologias de justiça, os custos da injusta, por seu turno, são, neste diapasão, injustificáveis, consentindo ao direito penal que os produz apenas uma justificativa eventual e negativa, ancorada nos custos maiores que, hipoteticamente, a falta de um direito penal e das suas garantias acarretaria."<sup>25</sup>

É com isso em consideração que as bases epistêmicas do Direito são erigidas, voltadas, assim, para a criação de uma estrutura dogmática baseada intimamente nas garantias individuais e na formulação de mecanismos aptos a possibilitar uma valoração de condutas e uma persecução penal relacionados ao Direito Penal mínimo e à preservação dos direitos e liberdades individuais.

É a partir disso, também, que deve se desenhar um sistema de pensamento axiológico capaz de delimitar as razões do Direito Penal em sua legitimação externa. Nos termos já expostos, o Direito Penal enquanto agente importante na delimitação do “sistema plenamente adequado de liberdades e garantias dos cidadãos” deve respeitar os postulados típicos da teoria rawlsiana da justiça como equidade, seguindo, nessa lógica, as formas e procedimentos argumentativos da justiça procedimental baseada na posição original.

Assim, seria justificável o Direito Penal na medida em que fornecesse aos cidadãos um sistema de liberdades e garantias moralmente válido. Ou seja, na medida em que possibilitasse uma distribuição de bens primários mais vantajosa a todos do que na situação em que estivesse ausente. Para tanto, o que será mais bem explorado na próxima seção referente à pena em si, segundo o próprio Rawls, em seu texto “Two Concepts of Rules”<sup>26</sup>, é preciso compatibilizar a lógica utilitarista da punição aplicável quando esta for melhor a toda coletividade, com o pensamento retributivo, na medida em que apenas é aceitável a punição daqueles que transgrediram um mandado criminalizador.

<sup>25</sup> FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: Teoria do garantismo penal**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 196.

<sup>26</sup> RAWLS, John 1955. Two Concepts of Rules, **The Philosophical Review**, v. 64, n. 1. jan. 1955, pp. 3-32.

E, nesse sentido, relevante trazer três teses axiológicas que, na visão de Ferrajoli<sup>27</sup>, apesar de não necessariamente suficientes, são necessárias à justificação do Direito Penal.

O primeiro deles, aplicável à justificação do delito, refere-se à vinculação do Direito Penal não à imposição de uma visão abrangente de bem, mas apenas ao impedimento do cometimento de ações danosas a terceiros. É, então, somente justificável um Direito Penal que pretenda proteger bens jurídicos fundamentais à sociedade. Sendo, portanto, intolerável um Direito Penal que se aparte dessa lógica e se vincule a ideias de bem de valores injustificáveis do ponto de vista da justiça geral, aplicável aos cidadãos.

O segundo deles, aplicável à persecução penal, diz respeito à necessidade de os julgamentos versarem sobre fatos e não sobre o caráter do acusado. Justificável é a persecução e eventual punição daquele que efetivamente comete o crime, sendo absolutamente imprópria a condenação baseada em julgamentos de caráter, o que recairia em um injustificável Direito Penal do Inimigo.

Por fim, o terceiro princípio axiológico, referente à pena, impõe que esta não seja pedagógica ou correccional, na medida em que o Estado não tem o direito de obrigar que seus cidadãos não sejam ruins, podendo ele somente impedir que causem danos uns aos outros. Assim, deve a sanção penal consistir em punições taxativamente preestabelecidas, não vinculadas a tratamentos terapêuticos<sup>28</sup>. Deve a pena, então, buscar justificações outras do que estas de correção de caráter, já que injustificáveis à luz dos princípios de justiça relacionados às limitações necessárias ao Direito Penal.

Tais princípios, então, traduzem os mandamentos impostos pelos princípios de justiça ao campo em sua legitimação externa, estabelecendo, sem excluir outros igualmente aplicáveis e que serão explorados, no que tange à pena, também na próxima seção, as bases axiológicas de sua justificação, impondo-lhe conteúdos mínimos e limitações essenciais à racionalidade da práxis.

---

<sup>27</sup> FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: Teoria do garantismo penal**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, pp. 208-109.

<sup>28</sup> Ibidem.

#### 1.4. A fundamentação da pena

Nesses termos então figura-se o problema mais específico relacionado ao escopo do presente trabalho – se e porque punir. A justificação axiológica da pena, nesse sentido, sempre obteve papel fundamental de importância ímpar nas teorias penais e também nas teorias de filosofia do Direito e de Teoria Geral do Estado, na medida em que o jus puniendi, ou, com mais acerto, a *potentia puniendi* do Estado apresenta um dos pontos fulcrais de sua legitimação enquanto instrumento monopolizador da violência.

Assim sendo, a tarefa de se adentrar nas ideologias penais, principalmente no tocante à legitimação da pena perpassa necessariamente por diferentes e densas teorias, que, ao longo da história foram sendo desenvolvidas com profundidade por teóricos dos mais variados espectros e escolas jusfilosóficas.

Primeiramente, em uma diferenciação primeira a ser enfrentada, encontramos dois grupos de ideologias penais que se diferenciam a partir da resposta dada à primeira pergunta fundamental da axiologia da pena: *É legítimo punir?*

Há, naturalmente, duas respostas possíveis, a primeira, positiva, e a segunda, negativa. Diferenciam-se aqui, o justificacionismo e o abolicionismo penal<sup>29</sup>. O primeiro grupo de escolas entende possível e legítimo ao Estado aplicar a violência institucionalizada àqueles que injustamente infringem mandado criminalizador, por razões de amplo espectro que variam entre os mais diversos ramos justificacionistas.

Os abolicionistas, por outro lado, são aqueles que entendem, em razão de considerações de legitimidade moral e juízos de vantagem na substituição da pena institucionalizada por meios de controle de tipo informal e imediatamente social, que o aparato punitivo do estado não pode ser justificado<sup>30</sup>.

Identifica-se nesse espectro duas correntes mais radicais: o abolicionismo radical de Stirner, que se baseia no valor da transgressão como forma de resistência política em um Estado opressor e abolicionismo holístico anárquico e pós marxista,

---

<sup>29</sup> FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: Teoria do garantismo penal**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

<sup>30</sup> Atente-se que, aqui, utiliza-se o conceito utilizado por FERRAJOLI, segundo o qual as escolas substitutivas - aquelas que entendem por bem substituir a pena por outros meios de controle institucionalizado - e as reformadoras - aquelas que entendem necessário apenas abolir a pena de reclusão carcerária - não participam do espectro abolicionista (FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: Teoria do garantismo penal**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002).

que se fundam no desvalor moral dos julgamentos condenatórios de homens sobre outros homens, referenciando-se à necessidade de se construir o meio social a partir do altruísmo e da doutrina cristã do *nolite judicare*<sup>31</sup>.

Ainda, existem outras doutrinas também neste campo, até mais difundidas, influenciadas por um jusnaturalismo que identifica a necessidade de regulamentação superior da sociedade pela moral. Patrocinada por autores diversos, liberais e anárquicos, entende-se, em compêndio, nessas ideologias, a pena como inutilmente constritiva ou puramente funcional à defesa dos contingentes interesses dominantes, propondo-se, nessa lógica sua substituição por formas de controle não jurídicas (olho público, força invisível, educação moral, solidariedade terapêutica, difusão social da vigilância e do controle, pressão da opinião pública)<sup>32</sup>.

Tais teorias, apesar de diversas e de profundidade digna de estudo, por razões extensas e suficientes, ao menos para a linha adotada no presente trabalho, não se sustentam como forma adequada de se comportar perante a estrutura específica do Direito e da sociedade que hoje se apresentam no contexto específico em que se vive.

A extensão da discussão nesse sentido é tamanha que adentrá-la com a profundidade devida fugiria ao escopo da presente pesquisa. Portanto, espera-se suficiente se utilizar dos seguintes motivos, trazidos pelo jurista italiano que se cita nos últimos parágrafos, para desconsiderá-las.

Há, nessa lógica, dois defeitos basilares do abolicionismo penal, que o impedem de, na melhor leitura, validar-se perante a estrutura jurídico-filosófica que se enxerga mais adequada, como vem se expondo nesse esforço introdutório.

A uma, baseiam-se tais teorias fundamentalmente em modelos de sociedade incompatíveis com o que se vive. Significa dizer, tal grupo ideológico acaba por enxergar, por síntese, dois modelos de organização social como vigentes: uma sociedade selvagem desprovida de regras organizadas e, portanto, inapta a moralmente punir, ou uma sociedade disciplinar, pacificada e totalizante, capaz de eliminar seus conflitos apenas com base na moral que a rege. Pela utopia ou pela regressão, encontra-se no abolicionismo, em razão de seu ponto de partida

---

<sup>31</sup> FERRAJOLI, Luigi. Direito e razão: **Teoria do garantismo penal**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

<sup>32</sup> Ibidem.

incompatível com as bases teóricas nas quais se erige o Direito, uma doutrina inaplicável.

A duas, ao entender absolutamente deslegitimado o Direito Penal, confunde o abolicionismo modelos penais liberais com modelos penais autoritários, esquivando-se, dessa forma, da tarefa de contribuir à limitação e ao controle do poder punitivo. Essa esterilidade de projetos, indica Ferrajoli, funda-se na "inconsistência lógica e axiológica de ambos os projetos jusnaturalistas que se encontram na base das duas opostas versões do abolicionismo."<sup>33</sup>

Ultrapassadas, ainda que de forma sumária, as doutrinas que negam validade a qualquer fundamentação axiológica da pena, deve-se partir para aquelas que enxergam na repressão penal, mecanismo idôneo e moralmente válido, ou, ao menos, razoável. Assim, deve-se considerar duas principais escolas de legitimação nesse sentido, as de justificações absolutas ou *quia peccatum* e relativas ou *ne peccetur*.

As primeiras partem do pressuposto de que a pena seria fim em si próprio, baseada em castigo, reação, reparação ou retribuição do crime, justificada por seu valor axiológico e pelo dever metajurídico. Não se trata de meio ou custo, apresentando legitimidade apriorística.

Já as segundas se baseiam em doutrinas utilitaristas, entendendo-se que a pena é meio para realização do fim utilitário da prevenção de futuros delitos, subdividindo-se em prevenção geral e especial, positiva ou negativa. Tais teorias enxergam uma legitimidade condicionada pela adequação ao fim perseguido, erigida a partir da necessidade de balanceamento concreto entre os valores do fim que justifica o quando da pena e o custo do meio do qual se deve justificar o como.

As doutrinas absolutas acabam-se por fundar na ideia de que é justo transformar o mal em mal, sendo derivadas de um princípio secular baseado na vingança de sangue, que gira em torno de três ideias fundamentais de caráter religioso: vingança, expiação e reequilíbrio<sup>34</sup>.

Apresentaram-se ao longo da história versões laicas dessa mesma ideia, mas que, contudo, acabaram por incorrer no mesmo vício de fundamentação, confundindo

---

<sup>33</sup> FERRAJOLI, Luigi. Direito e razão: **Teoria do garantismo penal**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 234.

<sup>34</sup> Ibidem.

tanto o Direito com a natureza, quanto a fundamentação externa com a interna da pena.

Teóricos importantes<sup>35</sup> e de autoridade máxima foram partidários de teorias nesse sentido, o que demonstra a força dessas idéias na concepção penonológica, o que pode ser indicativo também da provável razão pela qual essas nunca foram plenamente abandonadas pela doutrina da área.

Constata-se a presença importante de duas correntes, apenas aparentemente distintas nesse sentido. Kant, ao explorar a retribuição ética, traz a ideia de que a pena seria justificada por meio do valor moral da lei penal violada pelo culpado e do castigo que lhe é imposto. Já a tradição de ascendência hegeliana, ao explorar a ideia de retribuição jurídica, fundamenta-na na necessidade de restaurar o direito com uma violência no sentido contrário que restabeleça o ordenamento violado<sup>36</sup>.

Tratam-se, contudo, de versões insustentáveis, já que necessitam da crença de que há nexos causal entre a culpa e a punição. Ocorre que, a justificação do mal pelo mal é contrária aos postulados do Estado de Direito. A razão prática funda-se na adequação principiológica dos fins aos meios que são utilizados para atingi-los. Nesse sentido, descumprem com a própria racionalidade as teorias que, em seu âmago, trazem a ideia de reparação quando se está diante de situação irreparável. Diferentemente da reparação civil, que se funda em uma ideia de retorno ao *status quo ante* e justiça corretiva, em termos aristotélicos, baseando-se precipuamente na justiça das relações privadas, geralmente reparáveis, o âmbito penal não se funda nos mesmos postulados.

A proibição penal, e, portanto, sua consequência imediata, a sanção penal, regem-se por uma outra lógica, a de preservação de bens sociais extremamente relevantes a partir da dissuasão de que estes sejam violados, uma vez que essenciais à sociedade organizada. Não há que se falar aqui em reparação, isso porque o ilícito penal é, via de regra, irreparável. A lesão ao bem social protegido pelo direito penal, uma vez concretizada, não pode ser desfeita pela aplicação da pena. Insuperada, portanto, a máxima platônica de que o feito não pode ser desfeito. Assim sendo, tanto a proibição, quanto a punição em abstrato e em concreto, devem ser voltadas ao

---

<sup>35</sup> KANT, HEGEL, CAMPANELLA, SELDEN, LEIBNIZ e GENOVESI.

<sup>36</sup> FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: Teoria do garantismo penal**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

futuro, e não ao passado. Trata-se de relação eminentemente distributiva de responsabilidades, deveres e direitos, e não de correção ao mal já concretizado.

A importância disso é traduzida na própria forma de se pensar a organização social. O delito penal, enquanto ofensa ao conjunto de bens e valores protegidos na sociedade política, pensado enquanto algo terminativo, deve ser entendido como algo a ser evitado, e não corrigido, porquanto impossível. Assim sendo, aplicar uma lógica eminentemente privada a uma situação eminentemente pública acaba por gerar distorções irreparáveis, justificando-se sistemas de Direito Penal máximos, incompatíveis com a razoabilidade adequada de uma sociedade baseada no liberalismo político e na cooperação entre cidadãos. A organização de um sistema penal justo perpassa, portanto, necessariamente, pela criação de mecanismos preventivos aptos a legitimar de forma compatível com os ideais de razoabilidade e racionalidade um aparato de um direito penal garantista e apto a perseguir seus fins, necessariamente relacionados a evitar que novas, e portanto, futuras, lesões graves a bens fundamentais sejam cometidas. A partir disso, constata-se a necessidade de se estruturar nestes postulados a fundamentação da pena, uma vez que isto se mostra essencial à formulação de um sistema penal justo.

Além disso, tais teorias acabam por trazer uma segunda debilidade relevante, confundem a legitimação interna com a externa da pena. Ou seja, levam o retribucionismo, essencial à aplicação de uma pena justa e personalizada, para além do como da pena para o seu porquê.

ROSS<sup>37</sup>, FERRAJOLI<sup>38</sup> e RAWLS<sup>39</sup>, trazem tal distinção de forma cirúrgica. Teorizam, nesse sentido, que uma pena moralmente válida necessariamente perpassa pela união de uma justificativa abstrata utilitarista com uma interna retribucionista. Ou seja, a pena, enquanto instrumento jurídico abstrato, deve basear-se em um ideal, que será mais bem explorado em seguida, relacionado à necessidade de utilização do instituto a partir da lógica de que sua aplicação, a partir de mecanismos preventivos, trará benefícios à coletividade. Agora, em sua aplicação

---

<sup>37</sup> ROSS, Alf. *Culpa, responsabilità e pena*, Giuffrè, Milano, 1972, pp. 76 e 78-79 apud FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: Teoria do garantismo penal**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

<sup>38</sup> FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: Teoria do garantismo penal**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

<sup>39</sup> RAWLS, John 1955. Two Concepts of Rules, **The Philosophical Review**, v. 64, n. 1. jan. 1955, pp. 3-32.



concreta, deve-se necessariamente observar ideais retribucionistas, na medida em que, a fim de se justificar em um sistema penal de garantias, deve observar postulados de proporcionalidade com o delito aplicado. As inúmeras críticas à utilização do retribucionismo à finalidade da pena, não se aplicam à sua motivação, na linguagem de ROSS, na medida em que, no caso da pena, a necessidade de respeitar os princípios penais de proporcionalidade é fundamental à organização de um aparato justo de punição. Tratam-se, assim, de questões distintas, que, se confundidas, podem trazer consequências deletérias, seja na justificação de um sistema de Direito Penal máximo, seja na crítica injustificada ao retribucionismo e, portanto, ao sistema penal garantista<sup>40</sup>.

Além disso, em uma outra visão, como leciona CARVALHO<sup>41</sup>, Zaffaroni desloca a crítica às escolas absolutas do âmbito ético-normativo para o âmbito empírico. Argumenta que os modelos Kantianos e Hegelianos de fundamentação da pena são essencialmente dedutivos, inexistindo, nesse sentido, qualquer elemento empírico que sustente o papel de neutralização sobre as quais essas teorias se apoiam e dependem. A partir disso, argumenta o professor Salo de Carvalho que

"se do ponto de vista empírico inexistir a possibilidade de verificar a exata dimensão da reparação do dano por meio da imposição de um mal, sob o aspecto normativo é possível dizer que a cadeia de princípios que configura as Constituições contemporâneas (...) evidencia a inadequação da resposta retributiva como discurso de legitimação do sistema punitivo".<sup>42</sup>

Por outro lado, as justificações utilitaristas, apesar de muitas vezes equivocadas em suas premissas axiológicas, como se pretende demonstrar nas próximas páginas, tem, em geral, um grande avanço frente a uma esbarrada justificação da pena. Isso porque enxergam a pena enquanto meio para se atingir os objetivos caros à proteção penal, quais sejam, eminentemente, as proteções aos bens jurídicos relevantes à organização social.

Ademais, consideram, em geral tais teorias, um aspecto epistemológico essencial, separam, enquanto método, adequando-se, portanto, aos ideais da razão

---

<sup>40</sup> FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: Teoria do garantismo penal**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

<sup>41</sup> CARVALHO, Salo de. **Penas e medidas de segurança no Direito Penal brasileiro**. 3. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020, p. 79.

<sup>42</sup> Ibidem, p. 80.

prática<sup>43</sup>, meios de fins, sendo estes predecessores necessários daqueles, condicionando-os e atestando validade a eles na medida em que condizem de forma adequada a suas características essenciais.

Tal distinção traz algumas vantagens importantes, e, sem as quais, apesar de apenas necessárias e não suficientes, uma teoria adequada da pena não poderia ser formulada. São elas a separação da legitimação externa da legitimação interna da pena; a possibilidade de ultrapassar o motivo da punição para abarcar também os motivos da proibição, e a possibilidade de rebater os argumentos abolicionistas. Essa relevância desses aspectos se traduz na medida em que somente quando se ultrapassa o porquê e se responde o como e quando é possível se criar um modelo garantista verdadeiro<sup>44</sup>.

Nessa medida, essa base erigida a partir do utilitarismo se torna um pressuposto necessário de toda e qualquer doutrina penal que, axiológicamente adequada, se baseia em limites claros ao poder punitivo do Estado.

Verifique-se, antes de se adentrar mais profundamente nesse argumento as seguintes frases de BACON<sup>45</sup> e HOBBS<sup>46</sup>:

"a finalidade da lei, para a qual orienta as suas disposições e sanções não é outra que a felicidade dos cidadãos"

"a vingança, em não se referindo ao futuro e sendo fruto de vã glória, é um ato contrário à razão"

Verifica-se, então, a partir desses postulados, os potenciais teóricos de um raciocínio penal voltado ao utilitarismo nesse ponto específico da fundamentação da pena. Apesar dessa escola filosófica ter sido superada em algumas questões, inclusive já exploradas anteriormente neste trabalho, verifica-se, neste ponto em específico, que traz um elemento absolutamente fundamental à justificação penal. Isso porque, ao trazer a ideia segundo a qual a razão aplicada à moral necessita da existência de um fim a ser atingido por meios especificamente adequados, e, esse fim,

---

<sup>43</sup> KOOSGARD, C. **Self Constitution**. Oxford/New York: Oxford Univ. Press, 2009, cap. 2, pp.27-44 e GRISEZ, Germain. O primeiro princípio da razão prática. **Revista Direito GV**, v. 3 n. 2, 2007.

<sup>44</sup> FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: Teoria do garantismo penal**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

<sup>45</sup> BACON, F. De dignitate et augmentis scientiarum, liv. IX, 1623, in Works, cit., I, liv. VIII, cap. III, aforismo 5, pp. 736-737 apud FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: Teoria do garantismo penal**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 276.

<sup>46</sup> HOBBS, T. De cive. cap. III, par. 11, p. 118 apud FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: Teoria do garantismo penal**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 276.

perpassa necessariamente pela felicidade geral, acaba por entender o Direito Penal como instrumento de proteção a bens jurídicos. Como tal, então, necessita justamente munir-se de caminhos que o levem a consecução desse objetivo. Assim sendo, a vingança e o retribucionismo são necessariamente abandonados, uma vez que não contribuem em nada, quando entendidos isoladamente, ao objetivo que é mais caro ao ramo estudado do ordenamento jurídico. E mais, como a frase de HOBBS demonstra com clareza, a vingança é desprovida de razão, porquanto não atinge qualquer objetivo perseguível racionalmente.

Imagine-se um homicídio e a consequente punição de seu autor. A pena de prisão a ele aplicada não traz nenhum conforto à vítima, que já está morta, ou qualquer tipo de vantagem racional e empiricamente perceptível a seus parentes vivos. É absolutamente natural e fácil de se imaginar que, estando ou não o assassino preso, nem a vítima específica, nem seus parentes diretamente atingidos pelo delito, terão qualquer alteração em sua esfera de bens perceptíveis ou em suas faculdades sociais. O dano já está concretizado e é eminentemente irreparável. A prisão, nesse sentido específico, é absolutamente indiferente. Assim sendo, o Direito Penal, como instrumento de proteção a bens jurídicos, em sua aceção racional, não pode se voltar axiologicamente a qualquer tipo de retribuição. Como já explorado, a racionalidade do campo, como muito bem percebido pelas doutrinas utilitaristas, depende de que a justificação da pena se volte necessariamente a ideias de prevenção.

O utilitarismo, contudo, não é suficiente ao garantismo. Doutrinas de razão do Estado, de Maquiavel a Schmitt, em que se entende que fins justificam os meios são, por exemplo, contrárias ao Estado de Direito, e idôneas a justificar sistemas de Direito Penal ilimitado, de caráter substancialista e inquisitório, especialmente quando se toca nos interesses políticos do Estado. Há uma necessidade premente de se incorporar na fundamentação da pena as perguntas: Em que consistem as utilidades trazidas e os danos prevenidos pelo Direito Penal? Quais são os sujeitos a cuja utilidade nos referimos? Isso acaba levando a uma reflexão particularmente importante, que cada uma das escolas utilitaristas específicas da pena fará de maneira específica, e que influenciará de maneira direta na adequação do fundamento oferecido por elas à moral e à racionalidade do Estado Democrático de Direito.

Esta reflexão pode se traduzir na seguinte pergunta: a finalidade da pena deve refletir a máxima que garante a maior utilidade possível garantida à maioria não

desviante, ou deverá também abarcar a ideia segundo a qual deve ser garantido o mínimo sofrimento necessário à minoria dos desviantes? Adianta-se que apenas a segunda opção é apta de ensejar em um sistema garantista<sup>47</sup>.

No que se refere às diferentes correntes da ideia utilitarista de prevenção, é possível classificá-las quanto àqueles a quem se pretende atingir com a pena e quanto ao modo de fazê-lo. A primeira divisão verifica-se então na distinção entre a prevenção geral e prevenção específica, sendo esta relacionada a prevenção de que um delinquente específico volte a praticar atos criminosos, e aquela relacionada à prevenção de que o todo social veja nos delitos algo vantajoso.

Já a segunda divisão diz respeito à natureza das prestações da pena, podendo ser positivas ou negativas, na medida em que se baseiam na intimidação ou na reafirmação de valores relevantes ao ordenamento. Assim sendo, é comum, a partir da combinação entre esses dois critérios, enxergar-se quatro grandes classificações das escolas justificacionistas utilitaristas, a prevenção especial negativa, baseada eminentemente na segregação e intimidação pelo castigo; a prevenção geral positiva, baseada em ideias de ressocialização e reeducação; a prevenção geral negativa, baseada na intimidação pela execução em concreto das penas ou na ameaça da pena contida na lei; e a prevenção geral positiva, baseada na concepção de que a aplicação da pena reafirma a validade do ordenamento, permitindo assim que seus mandamentos sejam vistos como algo a se respeitar.

O grande problema de algumas dessas escolas é considerar que a máxima utilidade à maioria não desviante traz um utilitarismo bipartido, voltado somente para a utilidade da maioria e, conseqüentemente, exposto à tentação da autolegitimação e desdobramentos autoritários; além disso, verifica-se muitas vezes uma heterogeneidade entre os custos penais suportados pelos réus e a utilidade obtida pelos não réus, o que acaba por esbarrar no princípio kantiano, segundo o qual nenhum homem pode ser tratado como um puro meio para fins que não são seus<sup>48</sup>.

As escolas da prevenção especial munem-se de duas principais vertentes, a da correção e a da eliminação do autor de um ato criminoso. Tiveram seu desenvolvimento particularmente acentuado a partir do século XIX e XX, refletindo

---

<sup>47</sup> FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: Teoria do garantismo penal**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

<sup>48</sup> Ibidem.

muitas vezes as vocações autoritárias do Estado Liberal, o que leva a apontar o erro de perspectiva de Foucault ao afirmar que a transformação em sentido correicional e disciplinar da cultura penalista deveria ser colocada no início da idade moderna, na medida em que tais teorias acabam por substituir o ideal humanitário do punir menos pelo disciplinar e tecnológico punir "melhor". Importante ainda dizer que, nas escolas da prevenção especial, o caráter positivo e negativo da prestação da pena muitas vezes não se excluem mas concorrem para a definição do objetivo da pena enquanto fim diversificado e dependente da personalidade corrigível ou incorrigível dos condenados. Costuma-se subdividir essas escolas de acordo com as motivações filosóficas e políticas que a permeiam em três principais grupos: doutrinas de emenda, de defesa social e de diferenciação da pena. E, via de regra, munem-se de um uso do direito penal não apenas para prevenir delitos, mas também para um projeto de homologação, ou neutralização de personalidades mediante técnicas de amputação e melhoria social.

As doutrinas de emenda partem, em compêndio, de uma concepção espiritualista do homem e, inspiradas no livre arbítrio, utilizam-se da ideia da *poena medicinalis*, baseadas nas ideias de Platão e São Tomás de Aquino. Defendem, de modo geral, que delinquentes são obrigados a tornarem-se bons, entendendo a pena como remédio da alma. Tais pensamentos inspiraram ambas as versões do moderno pedagogismo penal (católica de ROEDER, GARELLI, CARNELUTTI; e a idealista de UGO SPIRITO), segundo a qual finalidade da pena é a reeducação e a recuperação moral do condenado, entendido como um sujeito imoral que deve se redimir.

Já as doutrinas terapêuticas da defesa social apresentam dupla finalidade, de curar o delinquente (parte-se do pressuposto de que é doente) e segregá-lo e neutralizá-lo (parte-se do pressuposto de que é perigoso). Patrocinada por autores

como FERRI<sup>49</sup>, GAROFALO<sup>50</sup>, FLORIAN<sup>51</sup>, GRISPIGNI<sup>52</sup>, LÊNIN, EVEGENIJ B. PASUKANIS e PETR L. STUCKA<sup>53</sup>, defendem a noção de que o delinquente apresenta-se socialmente como um ser antropológicamente inferior, pervertido e degenerado, de modo que enxergam na pena a defesa socialmente mais adequada ao perigo que representam o crime e os criminosos. Derivam-se da exigência terapêutica da defesa social e fundam-se eminentemente no determinismo positivista.

Já as doutrinas de diferenciação da pena, materializada de forma especialmente relevante no programa de marburgo, de VON LISZT, advogam que a função de prevenção especial das penas relaciona-se intimamente às suas individualizações e diferenciações.

Apesar de anterior a tais ideias, encontra-se uma primeira gênese, ainda incipiente, de tais doutrinas no pensamento de GROLMAN, segundo o qual a pena deve ser adequada à personalidade *in concreto* do réu<sup>54</sup>. Posteriormente, essa linha foi densificada por VON LISZT, que trouxe o correccionalismo às ideias de GROLMAN, formulando o argumento relacionado à concepção do Direito Penal enquanto instrumento flexível e polifuncional de ressocialização, de neutralização ou de intimidação, a depender dos diversos tipos de delinquentes - adaptáveis, inadaptáveis

---

<sup>49</sup> FERRI, E. Sociologia criminali, 4. ed., Fratelli Bocca, Torino, 1900, pp. 526/527 apud FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: Teoria do garantismo penal**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 284.

<sup>50</sup> GAROFALO, R. Criminologia, Fratelli Bocca, Torino, 1885, p. 223 apud FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: Teoria do garantismo penal**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 284.

<sup>51</sup> FLORIAN, E. Dei reati e delle pene in generale, 3. ed., Ist. Ed. Cisalpino, Varese, 1961, pp. 22/23 e 112 apud FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: Teoria do garantismo penal**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, pp. 284/285

<sup>52</sup> GRISPIGNI, F. La sanzione criminale neo moderno diritto repressivo, scuola positiva, 1920, p. 390 apud FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: Teoria do garantismo penal**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 285.

<sup>53</sup> Pashukanis, E. Teoria generale del diritto e il marxismo, in P. I. Stucka, E. B. Pasukanis, A. J. Vysinskij, M. S. Strogovic, Teorie sovietiche dei diritto, p. 235, Giuffrè, Milano, 1964 apud FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: Teoria do garantismo penal**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 285.

<sup>54</sup> Grolman, K. Grundsätze der Kriminalrechtswissenschaft, nebst einer systematischen Darstellung des Geistes der deutschen Criminalgesetze (1798), reimpr. Verlag Detlev Auvermann KG, Glashütten im Taunus 1970, par. 108-110, pp. 50-51 apud FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: Teoria do garantismo penal**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 287.

ou ocasionais<sup>55</sup>. Assim, para a consecução do objetivo da pena, deveria se adequá-la às necessidades concretas do condenado, de modo que a finalidade na punição deveria ser extraída não da norma penal, portanto, mas do delito em si. Defendia, nesse sentido, a incapacitação para os irrecuperáveis, a emenda para os necessitados de ressocialização e intimidação especial e geral para os ocasionais.

Tais escolas de prevenção especial, contudo, ao promover a subjetivação dos tipos penais, contradizem os princípios da certeza e da estrita legalidade. Assim acabam por promover uma justificação inexistente, inobstante a centralidade da ideia de finalidade. Tratam-se de escolas com erros axiológicos claros, na medida em que, em razão de seu aspecto substancialista, não separam a justificação externa da interna da pena, nos termos já explorados anteriormente. Além disso, apresentam graves confusões entre direito e uma moral paternalista, que têm sua gênese principal na fundamentação da pena voltada à pessoa concreta do condenado, tornando-se, portanto, impossível a justificação abstrata do instituto. Tudo isso acaba por desenhar um instituto que funda um Sistema Penal contrário à dignidade humana, na medida em que o Estado Democrático tem como necessária a ideia de igual respeito das diversidades e da tolerância de qualquer subjetividade humana, até mesmo da mais perversa e inimiga, especialmente se reclusa ou sujeita ao poder punitivo. Além do mais, não bastasse a incompatibilidade racional das ideias e os equívocos axiológicos apresentados, a finalidade a qual se pretende é impossível de se alcançar, tendo a missão reeducadora da pena falhado em todo o mundo e sido abandonada pelos pensadores penais. (IDEM)

No mesmo sentido, CARVALHO<sup>56</sup> argumenta que, para além das inconsistências empíricas e filosóficas, as teorias de prevenção especial acabam por promover o autoritarismo em todas as instâncias do Direito Penal, rompendo com o postulado da secularização no Direito Penal material, reduzem a aplicação do princípio acusatório e do devido processo penal no Direito Processual Penal, e acabam por entremear uma lógica psiquiátrica desprovida de racionalidade na Execução Penal.

---

<sup>55</sup> "La teoria dello scopo nel diritto penale, Giuffrè, Milano, 1962, p. 52" apud FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: Teoria do garantismo penal**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 287.

<sup>56</sup> CARVALHO, Salo de. **Penas e medidas de segurança no direito penal brasileiro: fundamentos e aplicação judicial**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2020, pp. 102/110.

Entendendo-se então que a prevenção especial também não se mostra adequada à fundamentação axiológica da pena, relevante analisar os principais pensamentos relacionados à prevenção geral, desaguando, após uma análise mais panorâmica, na teoria escopo do presente trabalho, o pensamento de HASSEMER acerca da fundamentação axiológica da punição, que, como se argumenta, é adequada racionalmente à dignidade humana e se mostra apta a legitimar o instituto, sem prejuízos de outras que também o venham a ser.

Em suma, na visão de FERRAJOLI, as doutrinas de prevenção geral positiva apresentam um discurso diferenciado das de prevenção especial, mas ainda assim confundem direito e moral, uma vez que se baseiam em valores relacionados ao legalismo e estatualismo ético, ao entenderem que a função da pena seria promover a integração social por meio do reforço na fidelidade ao Estado, de modo a funcionar como orientação moral e educação coletiva. Cita, nessa toada, JAKOBS, que justifica a pena como fator de coesão do sistema político social em razão da sua capacidade de restabelecer a confiança coletiva abalada pelas transgressões, a estabilidade do ordenamento e, portanto, de renovar a fidelidade dos cidadãos no que tange às instituições.

Já a prevenção geral negativa, em sua visão, seria, apesar de insuficiente, a mais adequada das escolas tradicionais da pena, uma vez que não confunde direito e moral ou natureza, na medida em que não valorizam aprioristicamente a obediência às leis. Dividem-se, em resumo, em dois grupos: o primeiro, argumenta pela intimidação pelo exemplo da aplicação da pena (GROCIO, HOBBS, LOCKE, PUFENDORF, BECCARIA). O que, contudo, apresenta um problema axiológico, na medida em que esbarra na objeção kantiana de que nenhuma pessoa pode ser utilizada como meio a fim estranho a ela própria.

Já o segundo grupo, entende que a intimidação se dá pela ameaça da pena contida na lei (FEUERBACH, ROMAGNOSI, SCHOPENHAUER). Tal teoria pode parecer banal, já que toda norma jurídica é intimidadora, contudo, segundo FERRAJOLI, é a doutrina mais correta do ponto de vista da racionalidade axiológica. Ela, todavia, justificaria a pena como meio, mas não tem condições de fundamentar a proibição penal.



Apesar de insuficiente, tal ideia é necessária para se assegurar a racionalidade da prevenção, a exterioridade da ameaça à pessoa do condenado e para assegurar o princípio da culpabilidade. O objetivo da prevenção geral, contudo, por se identificar com a eficácia das leis, é fim formal e não substancial, sendo, dessa forma, inidôneo a justificar sozinho o direito penal em sua justificação externa. Uma resposta adequada, na visão do italiano, perpassa pelos dois objetivos do Direito Penal, quais sejam, prevenir delitos e prevenir penas injustas. Assim, baseando-se na própria origem do Direito Penal, ligada à substituição da vingança privada, defende seu caráter de mecanismo apto a prevenir a vingança e não a tomá-la para si. Nessa lógica, tomando o Direito Penal como instrumento de tutela dos direitos fundamentais, os quais definem normativamente os âmbitos e limites enquanto bens que não se justifica ofender nem com os delitos nem com as penas, defende a fundamentação da pena como forma de impedir não só que novos delitos aconteçam, mas também que os mesmos bens jurídicos atingidos pela delinquência sejam atingidos pela violência do Estado. Esse modelo de justificação traz três principais e importantes consequências: só se legitima modelos baseados no garantismo, os meios do direito penal justificáveis vão variar de acordo com o grau de violência histórica e sociologicamente verificada, e há a possibilidade de se avaliar a justificação de mecanismos penais concretos, não sujeitando a análise necessariamente à globalidade do Direito Penal<sup>57</sup>.

Em contraste, nota-se, CARVALHO<sup>58</sup> argumenta, a partir da criminologia crítica, que, de acordo com as hipóteses e dados empíricos que demonstram a inexistência de relação de causalidade entre os fenômenos punição e delito, seria negativo, portanto, o impacto político-criminal decorrente da adesão aos discursos de coação psicológica. Assim sendo, em sendo uma teoria teleológica, não se sustentaria já que descolada de seus aspectos empíricos necessários.

### **1.5. A prevenção geral positiva de Hassemer**

A despeito das críticas de FERRAJOLI à prevenção geral positiva, defende-se no presente trabalho que a teoria de HASSEMER acerca do tema é apta a contornar

---

<sup>57</sup> FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: Teoria do garantismo penal**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

<sup>58</sup> CARVALHO, Salo de. **Penas e medidas de segurança no direito penal brasileiro: fundamentos e aplicação judicial**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2020, p. 91.

os apontamentos apontados e oferecer justificativa que, apesar de diferente da de FERRAJOLI, apresenta características concretas importantes voltadas à construção de um sistema penal racional, com mais concretude do que a apresentada na obra *Direito e Razão*, e ao mesmo tempo, plenamente idônea a apresentar uma justificativa axiológica adequada ao Direito Penal e à pena. Os detalhes dessa argumentação de adequação da teoria serão melhor explorados posteriormente, após uma visão específica de suas principais ideias e fundamentos.

A teoria de Hassemer é classificada pelo próprio autor como uma teoria de prevenção geral positiva. Assim, inicialmente, trata-se de um pensamento alinhado às teorias relativas da pena, contendo, portanto, caráter eminentemente utilitarista, nos termos acima explorados, finalista e preventivo. O repúdio à vingança pura é bem explicitado em seus textos. Sobre o tema, confira-se o trecho:

"(...) olvidaos de la teoría y del pasado, mirad hacia delante y organizad vuestro sistema penal de manera que, en la medida de lo posible, no se vuelvan a lesionar determinados derechos.

Quién no estaría dispuesto hoy a adherirse a esta fórmula? E incluso a ampliarla con una afirmación así; la idea de sumar un mal a otro no tiene sólo carácter medieval sino también —y quizás— metafísico, el Estado moderno debe ajustar su actuación a criterios empíricos basados en los éxitos y los fracasos; y esto lo hace también responsable ante la víctima y ante el ciudadano que paga sus impuestos." <sup>59</sup>

Além disso, demonstra o autor por diversas vezes preocupações com a prevenção especial, especialmente com qualquer tentativa de ressocialização dos condenados.

Em seu texto "Por qué y con qué fin se aplican las penas?: sentido y fin de la sanción penal"<sup>60</sup>, argumenta que a ideia de que nos encontramos ante indivíduos a serem ressocializados seria absurda não apenas pela idade média dos afetados, mas principalmente porque não necessariamente existe uma necessidade

---

<sup>59</sup> HASSEMER, Winfried. Por qué y con qué fin se aplican las penas?: sentido y fin de la sanción penal. **Revista de derecho penal y criminología**. Espanha, Madrid, n. 3, pp. 317-331, jan. 1999, p. 318. Em tradução livre: "(...) esqueça a teoria e o passado, olhe para frente e organize seu sistema penal para que, na medida do possível, certos direitos não sejam novamente feridos. Quem não estaria disposto hoje a aderir a esta fórmula? E até para expandir com uma declaração como esta; A ideia de somar um mal a outro não é apenas de caráter medieval, mas também —e talvez— metafísico, o Estado moderno deve ajustar sua atuação a critérios empíricos baseados em sucessos e fracassos; e isso também o torna responsável perante a vítima e perante o cidadão que paga seus impostos."

<sup>60</sup> HASSEMER, Winfried. Por qué y con qué fin se aplican las penas?: sentido y fin de la sanción penal. **Revista de derecho penal y criminología**. Espanha, Madrid, n. 3, pp. 317-331, jan. 1999, p. 322.

ressocializadora, e, caso existisse, a legitimidade de sua imposição seria no mínimo, questionável. Além disso, afirma que "o giro normativo que através de um processo penal se pode esperar, neste caso não se teria dado".<sup>61</sup>

Em sentido similar, em seu texto, "Ressocialização e Estado de Direito"<sup>62</sup>, traz quatro pontos de inflexão em relação à suposta função ressocializadora da pena.

Em primeiro lugar, pontua que a pena possui um caráter essencialmente de coação, e não de ajuda como faz-se crer a partir de tal teoria. Sendo coação, deve ser tratada como tal, já que, tal peculiaridade exige cuidados e normativas específicas, que, caso não observadas, podem levar o Direito Penal a se expandir indevidamente, mostrando-se, assim, incompatível com seus objetivos de proteção de bens jurídicos.

Além disso, indica que uma pena que se preste a ressocializar é necessariamente mais invasiva do que uma que prescinde desse aspecto. Não entrando sequer no aspecto de se essas terapias funcionam, é preciso considerar que, em um Estado Democrático de Direito, em que as pessoas necessariamente devem ter a liberdade de buscar seus próprios interesses e objetivos, a ideia de uma terapia imposta, não voluntária, apresenta aspectos problemáticos, que, muito provavelmente, não se adequam aos ideais democráticos.

Segue, então, ao explorar a problemática relacionada à necessária interpretação do delinquente como uma pessoa doente, pecadora, necessitada de ser curada, ao mesmo tempo que atribui aos não delinquentes um caráter de sanidade. Tal relação mostra-se também não amparada moralmente, uma vez que exige uma diferenciação entre os cidadãos que, além de ser descolada da realidade, é incabível aos olhos do Direito. Impossível tratar de modo diferente aqueles que não o são.

Por fim, exprime preocupação no que se refere à socialização, na medida em que, ao oferecer um caráter impossível de ser alcançado, mas desejável aos olhos da sociedade em geral, acaba por oferecer uma legitimação a pena privativa de liberdade, a qual pode ser necessária à sua revitalização. Aponta que recentemente vinha-se paulatinamente abandonando o cárcere por outros meios punitivos e mostra

---

<sup>61</sup> HASSEMER, Winfried. Por qué y con qué fin se aplican las penas?: sentido y fin de la sanción penal. **Revista de derecho penal y criminología**. Espanha, Madrid, n. 3, pp. 317-331, jan. 1999, tradução livre.

<sup>62</sup> HASSEMER, Winfried. Ressocialização e Estado de Direito. **Revista de Estudos Criminais**, Porto Alegre, v. 6, n. 21, pp. 9-13., jan./mar. 2006.

preocupação que a função ressocializadora possa impedir esse necessário processo de evolução, ao conferir à privação da liberdade um carácter que a ela nem sequer pertence.

No mais, descartada a ressocialização como fim possível da pena, Hassemer também descarta a "crua ideologia da adaptação", dentre a qual destaca a prevenção geral em seu carácter clássico. Afirma que não se pode enxergar o Direito Penal apenas como destinado aos delinquentes potenciais e aos condenados, uma vez que o papel da vítima também é relevante. Assim, a ideia segundo a qual a pena serviria apenas para prevenir futuros delitos lhe é insuficiente. Sobre o tema, confira-se:

"Finalmente, también está superada la cruda ideología de la adaptación, tal y como la configura tanto la resocialización como la prevención general, según la cual no sólo al condenado sino también a todos los delincuentes potenciales se les debe inculcar las normas del Derecho penal, para que tanto en el presente como en el futuro se abstengan de cometer un delito. Con la atención a la víctima se anade algo más al concepto normativo de los fines de la pena: la satisfacción o la reparación a la víctima no sólo significa la reposición material del dano causado; con la reparación a la víctima se hace referencia también a algo normativo; a saber, la rehabilitación de la persona lesionada, la reconstrucción de su dignidad personal, el trazado inequívoco de la línea entre un comportamiento justo y uno injusto, la constatación ulterior para la víctima de que, efectivamente, ha sido una víctima (y no un delincuente ni tampoco el protagonista de un simple accidente).

[...]

El hecho de que la víctima debe ser considerada un punto de referencia en la teoría del delito es acertado pero no completo. En lo que respecta al Derecho penal no se trata sólo de esa persona en particular que ha resultado lesionada; la categoría penal de la víctima está configurada de forma más ambiciosa y su alcance es mayor. «Víctima» de un delito somos todos nosotros, naturalmente no en sentido empírico pero si en sentido normativo, con lo cual, al final, de lo que se trata es del Aseguramiento de las normas fundamentales."<sup>63</sup>

---

<sup>63</sup> HASSEMER, Winfried. Por qué y con qué fin se aplican las penas?: sentido y fin de la sanción penal. **Revista de derecho penal y criminología**, Espanha, Madrid, n. 3, pp. 317-331., jan. 1999, pp. 322/323. Em Tradução livre: "Finalmente, superou-se também a ideologia grosseira da adaptação, configurada tanto pela ressocialização quanto pela prevenção geral, segundo a qual não só o condenado, mas também todos os criminosos em potencial devem aprender as regras do direito penal, de modo que tanto no presente e no futuro abstenham-se de cometer um crime. Com a atenção à vítima, algo mais se acrescenta ao conceito normativo das finalidades da punição: a satisfação ou reparação à vítima não significa apenas a restituição do dano causado; com reparação à vítima, faz-se também referência a algo normativo, a saber, a reabilitação do lesado, a reconstrução da sua dignidade pessoal, o traçado inequívoco da linha divisória entre condutas justas e injustas, a posterior verificação pela vítima de que, efectivamente, foi uma vítima (e não um criminoso ou protagonista de um simples acidente).

[...]

O fato de a vítima ser considerada um ponto de referência na teoria do crime é correto, mas não completo. Quando se trata de direito penal, não se trata apenas dessa pessoa em particular que foi

Assim, traz uma concepção de que as normas penais, e, portanto, a pena não seria destinada apenas aos condenados e delinquentes, mas a toda a sociedade, uma vez que atingida pela violação ao bem jurídico que ensejou uma punição. Essa ideia, contudo, não se confunde com aquelas das teorias absolutas da pena por dois motivos. Em primeiro lugar, não desconhece a função preventiva da pena, de modo que não lhe confere caráter de algo justificável por si só. Em segundo lugar, quando faz referência à vítima como destinatária da norma penal, não o faz como satisfação de um desejo irracional de vingança. Refere-se, na verdade, ao reconhecimento da violação ao bem jurídico, de modo que a norma penal, quando violada, necessita reafirmar-se e atestar sua validade. Trata-se da negação à negação do Direito. Apresentando, portanto, caráter positivo.

Diferente ainda, das teorias puras de prevenção geral, em relação às quais incide a crítica de Ferrajoli acima exposta. Isso porque aqui não há qualquer tipo de confusão entre Direito e moral, na medida em que não se exige, dentro da lógica interna dos institutos penais, um valor intrínseco à legalidade e ao respeito às normas. Isso se restringe ao aspecto externo de fundamentação. A pena se fundamenta, nesse sentido, como um mecanismo necessário à proteção da dignidade da vítima, entendida como toda a sociedade, além da prevenção de novos delitos, já que ao afirmar o caráter injusto da conduta, para além do elemento preventivo, confere à vítima sua própria dignidade. O reconhecimento do injusto, na visão do jurista alemão, pode ser entendido como um bem em si mesmo, que necessita ser protegido. Note-se, não se trata puramente de prevenção pela reafirmação da norma.

Para além disso, o Direito Penal apresenta um caráter necessário de mantenedor da ordem social, a partir da proteção de bens jurídicos.

"El Código penal protege los bienes jurídicos sin cuyo reconocimiento sería imposible la convivencia en la actualidad según nuestra concepción normativa social y nuestra configuración democrática: las garantías fundamentales de los presupuestos de la dignidad humana, sobre todo la vida, la libertad, la salud, el honor, el patrimonio y las condiciones necesarias de una socialización al mismo tiempo libre y exitosa.

(...) Las normas de comportamiento únicamente pueden sobrevivir no sólo cuando su incumplimiento se corrige pública y enérgicamente, cuando se deja claro que no vamos a tolerar ni a aprobar el quebrantamiento de la norma,

---

ferida; a categoria penal da vítima configura-se de forma mais ambiciosa e sua abrangência é maior. "Vítima" de um crime somos todos nós, naturalmente não no sentido empírico mas no sentido normativo, com o que, no fundo, se trata da Garantia de normas fundamentais."

sino cuando se juzga este quebrantamiento. cuando preservamos la norma de cualquier tipo de negación de la misma."<sup>64</sup>

A pena, nessa visão, então, justificaria-se a partir do entendimento de que é necessária à existência da própria sociedade organizada. Ao reafirmar o Direito, não o faz pelo legalismo, mas pela própria necessidade de que a distribuição de bens primários<sup>65</sup> seja mantida e preservada.

Visto así, la sanción penal se orienta tanto al pasado como ao futuro. La sanción penal es la respuesta correctora al quiebramiento de una norma imprescindible para nuestra vida en sociedad; pero no es un mero ejercicio *l'art pour l'art*, sino un suceso que pretende asegurar la fuerza de la norma en el futuro.<sup>66</sup>

---

<sup>64</sup> HASSEMER, Winfried. Por qué y con qué fin se aplican las penas?: sentido y fin de la sanción penal. **Revista de derecho penal y criminología**, Espanha, Madrid, n. 3, pp. 317-331., jan. 1999, pp. 323/324. Em tradução livre: "O Código Penal protege os bens jurídicos sem cujo reconhecimento seria impossível a coexistência na atualidade segundo nossa concepção normativa social e nossa configuração democrática: as garantias fundamentais dos pressupostos da dignidade humana, especialmente a vida, a liberdade, a saúde, a honra, o patrimônio e os necessários condições de uma socialização ao mesmo tempo livre e exitosa.

As normas de comportamento só podem sobreviver não apenas quando sua violação é corrigida pública e vigorosamente, quando fica claro que não iremos tolerar ou tolerar a violação da regra, mas quando essa violação é julgada quando preservamos a norma de qualquer tipo de negação dela."

<sup>65</sup> RAWLS, John. **O liberalismo político**. Ed. ampl. Tradução Álvaro Vita. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2011.

<sup>66</sup> HASSEMER, Winfried. Por qué y con qué fin se aplican las penas?: sentido y fin de la sanción penal. **Revista de derecho penal y criminología**, Espanha, Madrid, n. 3, pp. 317-331., jan. 1999, p. 324. Em tradução livre: "Assim vista, a sanção penal orienta-se tanto para o passado como para o futuro. A sanção penal é a resposta correctiva à violação de uma norma essencial à nossa vida em sociedade; mas não é um mero exercício *l'art pour l'art*, mas um evento que visa assegurar a vigência da norma no futuro."

Essas então, são as linhas mestras da teoria de Winfried Hassemer da prevenção<sup>67</sup> geral positiva<sup>68</sup>, o que acaba por trazer algumas consequências fundamentais ao pensamento, como demonstra o autor no seguinte trecho:

"— Los fines de la pena en cuanto a la resocialización del delincuente y la intimidación de la generalidad tienen indiscutiblemente, en este contexto, su lugar (aunque sea modesto), pues ambas son medios para el aseguramiento de nuestras normas fundamentales.

<sup>67</sup> "A respeito da finalidade terrena da intimidação não se pode dizer outra coisa. Prevenção, especialmente prevenção geral, é um conceito quase em concorrência no pensamento dominante do mundo ocidental. Ela está bastante próxima do paradigma da segurança, que determina soberanamente não apenas a política criminal, mas também todos os setores de nossa vida -: desde a política de saúde, passando pela social, até a energética. A prevenção geral é um instrumento preferencial no discurso público da hoje fortalecida proteção às vítimas; ela serve à necessidade moderna do domínio dos riscos e da precaução contra perigos. Um direito penal que pode prometer intimidação exitosa resolve seus problemas de justificação e está de acordo com nossos corações e mentes.

(...)a prevenção atribui à pena não apenas o seu sentido, mas também a transforma em um instrumento ameaçador. Isso tem a ver com dois aspectos: a medida e a dignidade.

O primeiro aspecto, a medida:

Contrapondo-se a um entendimento absoluto da pena, a prevenção, tanto na sua variante individual, como na geral, não está em condições de determinar a medida da pena. Ao contrário, ela favorece a ausência de medida: de acordo com a lógica preventiva, as penas devem ser permitidas tão extensa e intensamente, até que seja alcançado o objetivo terreno da prevenção: a correção do condenado e a intimidação dos demais; quem não queira seguir o programa demonstra o fracasso dos esforços preventivos e, com isso, compromete as teorias preventivas, desmascarando-as como teias de mentiras.(...)

A compreensão da pena como preventiva, ao contrário, deve servir-se de uma concepção externa, para não se tomar desmedida; ela não contém um freio embutido para punições excessivas, como as concepções clássicas. Ela se vale do princípio da proporcionalidade - na verdade um fantástico limite concebido empiricamente com seus critérios de adequação, necessidade e credibilidade geral. Mas, com efeito, um princípio externo, que é estranho aos desejos correcionais, às vezes, inclusive, a eles oposto, e, com isso, solene e indeterminado no caso concreto.

(...)

O segundo aspecto, a dignidade:

Eu não acredito que a sentença de Hegel, segundo a qual a pena não pode tratar as pessoas como um cão, esteja, para nós, superada. Pelo contrário, ela tem até hoje, poder de convencimento. Afinal, o que anima a teoria da intimidação, a teoria da «prevenção geral negativa», se não uma pedagogia sombria: amedrontar-nos a todos com base no exemplo salutar da punição de um indivíduo, de nos intimidar e de nos educar? De fato, como um cão. contra o qual se levanta o bastão.

Por que seriam normas penais, que devem se voltar a todos nós por meio do exemplo de punições alheias, apenas as disposições da «parte especial» do Código Penal, vale dizer, os comandos e proibições reforçados pela pena; e por que não pertencem às normais penais também as proclamações do direito penal constitucional, ou seja, o direito à defesa, ao recurso. à presunção de inocência ou o direito ao silêncio? Essas também são «leis penais», são também de importância central, assim e exatamente na consciência da população." (HASSEMER, Winfried. Punir no estado de direito. In: GRECO, Luis; MARTINS, António Carvalho (Org.), Direito Penal como crítica da pena: estudos em homenagem a Juarez Tavares por seu 70º aniversário em 2 de setembro de 2012. Madrid: Marcial Pons, 2012, pp. 335-344.)

<sup>68</sup> "Esta teoria distingue-se da teoria da prevenção geral negativa, já que não é tarefa da lei penal dissuadir os homens, como se viu. Sua tarefa é desenvolver a confiança do povo nas normas corretas: é uma teoria de prevenção geral (trata da população como um todo) e é positiva, porque não é dissuasória (negativa) e sim meta positiva, ou seja, a construção de uma consciência de normas." (HASSEMER, Winfried. A que metas pode a pena estatal visar? *Justitia*. São Paulo, ano 48, v. 13, pp. 26-31, abr./jun. 1986, p. 30.)



— La Justicia penal sólo tiene sentido como representación pública; el hecho de que sus actuaciones lleguen de forma clara y fiable a la población es sumamente importante, porque de otra manera se puede alcanzar una estabilización de la norma desde una perspectiva teórica, pero desde luego no en la realidad cotidiana.

— La Justicia penal es la Justicia del caso concreto. La culpabilidad se atribuye de forma individualizada y va indisolublemente unida a la persona del delincuente y a sus peculiaridades; tanto en la medición como en la ejecución, la pena debe ajustarse a ellas.

— La Justicia penal debe ser, sin embargo, previsible, ya que —precisamente por su tratamiento regulado del caso concreto— constituye el lugar de discusión pública sobre las normas. De ello se deriva por ejemplo que la Justicia penal no se puede sustraer a la tarea de tomar postura desde una perspectiva normativa, incluso cuando se produce un cambio de sistema. Los tribunales y otras instancias informales de carácter público tienen su valor, pero también lo tiene la Justicia penal. Esto significa: aseguramiento formal de la búsqueda de la verdad, transparencia de los casos tratados, ceguera en la decisión."<sup>69</sup>

Para além da prevenção geral positiva, Hassemer enxerga, contudo, a necessidade de se retomar elementos das teorias retributivas, como a ideia de que, ao não se enxergar na pena elementos empíricos concretos que levem à legitimá-la em seu aspecto teleológico, deve-se considerar que a função preventiva é, se tida como único fundamento da pena, insuficiente a legitimar o instituto. Por essa razão, mescla em sua prevenção geral positiva, aspectos de retribuição e até mesmo de prevenção especial, como pôde se vislumbrar acima (COSTA)<sup>70</sup>.

A pedra angular da teoria, contudo, está em uma observação que deriva deste caráter de prevenção geral positiva desenhado por Hassemer. Algo com similaridades

---

<sup>69</sup> HASSEMER, Winfried. Por qué y con qué fin se aplican las penas?: sentido y fin de la sanción penal. **Revista de derecho penal y criminología**, Espanha, Madrid, n. 3, pp. 317-331., jan. 1999, pp. 324/325. Em tradução livre: "As finalidades da pena em termos de ressocialização do infrator e de intimidação da generalidade têm indiscutivelmente, neste contexto, seu lugar (ainda que modesto), pois ambos são meios para a garantia de nossas normas fundamentais.

A justiça criminal só faz sentido enquanto representação pública; O fato de suas ações chegarem à população de forma clara e confiável é extremamente importante, pois caso contrário, uma estabilização da norma pode ser alcançada do ponto de vista teórico, mas certamente não na realidade cotidiana.

A justiça criminal é a justiça do caso concreto. A culpa é atribuída individualmente e está indissolublemente ligada à pessoa do infrator e suas peculiaridades; tanto na medição como na execução, a sentença deve ajustar-se a eles.

A justiça criminal deve ser, no entanto, previsível, já que —precisamente por seu tratamento regrado do caso concreto— constitui o lugar de discussão pública sobre as normas. Disso decorre, por exemplo, que a Justiça Criminal não pode fugir da tarefa de se posicionar do ponto de vista normativo, mesmo quando ocorre uma mudança no sistema. Os tribunais e outras instâncias informais de natureza pública têm o seu valor, mas também a justiça penal. Isso significa: garantia formal da busca da verdade, transparência dos casos tratados, cegueira na decisão."

<sup>70</sup> COSTA, Helena Regina Lobo da. **A dignidade humana e as teorias de prevenção geral positiva**. Dissertação (Mestrado). Universidade de São Paulo, São Paulo, 2003, pp. 90/91.



à argumentação de Ferrajoli quando conclui que, entendido o Direito Penal como um mecanismo de prevenção de violações a bens jurídicos, tanto pelo crime quanto pelo Estado na aplicação de penas injustas, deve a pena também servir como limitação ao poder de punir, orientando-o ao garantismo. Nessa lógica, afirma Hassemer, que as normas em relação às quais a pena confere validade não são apenas os mandados criminalizadores, mas, na verdade, todo o aparato jurídico penal, abarcando, portanto, as garantias constitucionais, processuais e penais na aplicação de uma pena justa e no funcionamento escorreito do sistema<sup>71</sup>.

Assim sendo, ao entender a pena como mecanismo que ao ser previsto confere ao ordenamento a validade que lhe foi negada, entende que esse ordenamento é amplo, de modo que se deve buscar a validade da totalidade de normas nele contida, não se esquecendo, portanto, das garantias aos condenados, que também são titulares de bens jurídicos, que, caso atingidos, um dano a toda a sociedade será causado. O Direito Penal, enquanto elemento último de conferência de ordem à sociedade civil, não pode, nesse sentido, ser o causador próprio da desordem e de lesões inadmissíveis em um Estado Democrático de Direito baseado no liberalismo.

A reafirmação da norma, nesse sentido, não se dá apenas pela criminalização ou agravamento das penas, mas principalmente pelo convencimento de que são idôneas a melhorar a convivência, o que por vezes ensejará na necessidade de diminuição do espectro punitivo e maximização das garantias, na medida em que apenas um Direito Penal Garantista pode pacificar a sociedade.<sup>72</sup>

A partir dessas bases, Hassemer cria uma teoria que, embora admitidamente inacabada, oferece uma esperança de fundamentação de um regime democrático a

---

<sup>71</sup> "la pena debe asegurar las normas fundamentales de nuestra sociedad a través de una continua y adecuada reacción~contra el quebrantamiento de la ley, queda en pie todavía una importante pregunta: (a qué normas nos referimos? (Solo a aquellas de comportamiento contenidas en el Código penal que prevén delitos como el robo, el fraude de subvenciones o el asalto? o también a las normas de derecho procesal penal o a las normas constitucionales de contenido penal, como por ejemplo. las garantías de defensa, o de presunción de inocencia o la prohibición de retroactividad o la exigencia de un juicio justo?" (HASSEMER, Winfried. Por qué y con qué fin se aplican las penas?: sentido y fin de la sanción penal. **Revista de derecho penal y criminología**, Espanha, Madrid, n. 3, p. 325) Em tradução livre: "A pena deve assegurar as normas fundamentais da nossa sociedade através de uma reação contínua e adequada contra a violação da lei, uma questão importante ainda permanece: (a que normas estamos nos referindo? (Somente as de comportamento contidas no Código Penal que prevê crimes como furto, fraude de subvenção ou assalto, ou ainda às normas de direito processual penal ou às normas constitucionais de conteúdo penal, como garantias de defesa, presunção de inocência ou proibição de retroatividade ou exigência de processo justo?"

<sup>72</sup> COSTA, Helena Regina Lobo da. **A dignidade humana e as teorias de prevenção geral positiva**. Dissertação (Mestrado). Universidade de São Paulo, São Paulo, 2003.

partir desta visão axiológica da pena. Não se pretende aqui dizer que o pensamento do alemão encerrou absolutamente as discussões acerca da finalidade da pena e do Direito Penal. Defende-se, contudo, que erigiu uma teoria suficientemente concreta e idônea a traçar as bases de uma dogmática penal adequada ao liberalismo político e ao Estado Democrático de Direito.

Sobre a idoneidade dos pensamentos de Hassemer em uma análise de compatibilidade com a dignidade humana no Direito brasileiro, COSTA explicita que a teoria ora analisada é plenamente compatível com a dignidade humana, tanto em relação ao princípio, quanto ao postulado normativo.

Argumenta, nesse sentido, que ao formular um pensamento que se utiliza de um conceito de culpabilidade voltado à pessoa concreta, agindo este como limitação à medida da pena; que baseia-se na necessidade de exclusiva tutela de bens jurídicos; que defende que as normas a serem estabilizadas devem ser razoáveis e idôneas; e que respeita o princípio da proporcionalidade na medida em que estabelece que a estabilização normativa deve ter eficácia concreta, o que só será alcançado se o Direito Penal comunicar-se claramente com a população, convencendo-a de sua idoneidade, munindo-se dessa forma de um conteúdo de justiça, cria o Alemão uma teoria idônea e compatível com os postulados caros ao Direito brasileiro e à própria justiça, conquanto ancorada na dignidade da pessoa humana.<sup>73</sup>

São essas, portanto, as bases teóricas que serão utilizadas na análise que se pretende realizar no presente trabalho. A partir, então, da verificação das tendências atuais de expansionismo penal, principalmente no que toca ao crime de corrupção no Brasil, a ser trabalhada no próximo capítulo, será empreendida análise de compatibilidade da função e finalidade da pena com tais movimentos atuais do Direito Penal.

---

<sup>73</sup> COSTA, Helena Regina Lobo da. **A dignidade humana e as teorias de prevenção geral positiva**. Dissertação (Mestrado). Universidade de São Paulo, São Paulo, pp. 156/157.

## **CAPÍTULO 2: A CORRUPÇÃO E O EXPANSIONISMO PENAL**

### **2.1. Considerações Iniciais**

Neste capítulo pretende-se trazer mais alguns elementos necessários à consecução da resposta que se pretende dar ao problema de pesquisa, qual seja, repete-se, identificar se e como as tendências punitivistas no que diz respeito, em especial, ao crime de corrupção, podem ser compatibilizadas com a racionalidade da pena imposta pela prevenção geral positiva limitadora teorizada por Hassemer.

Já exploradas as finalidades da pena e a teoria de Hassemer no capítulo anterior, resta explorar para se conseguir atingir uma resposta satisfatória as linhas mestras do crime de corrupção, observações importantes acerca do expansionismo penal, e como tal movimento se caracteriza, dentro do direito brasileiro, no tipo específico estudado.

Para tanto, propõe-se uma análise formal do tipo de corrupção em uma visão dogmática moderna, a fim de que os principais contornos do tipo sejam corretamente entendidos. Essa análise, contudo, não se pretende exaustiva no que concernem às características dogmáticas do tipo. Seu intuito é trazer ao presente trabalho uma visão holística de seu objeto de estudo. Isso porque, para proceder com a análise que se pretende, as discussões dogmáticas mais profundas não se mostram necessárias, ou, até mesmo, desejáveis, na medida em que fogem do escopo pretendido.

De qualquer forma, os principais contornos do injusto serão trazidos a partir de análises que eminentemente terão suas fontes em textos dogmáticos, cursos de Direito Penal e manuais. Em especial, cita-se o livro do professor Luciano Anderson, que será utilizado como principal paradigma da pesquisa.

Além disso, na sequência serão exploradas as tendências do expansionismo penal enquanto movimento que se verifica nos mais diferenciados sistemas jurídicos e que ensejou em análises importantes das mais diversas procedências.

Aqui, tentará se trazer as principais causas do referido movimento, suas principais características e suas consequências. Para tanto será utilizado como linha mestra os ensinamentos do professor Silva Sánchez, "o Expansionismo Penal". De igual modo, textos de Hassemer, que instruem a linha metodológica desta investigação, também trazem considerações importantes acerca do movimento e

serão explorados oportunamente, na medida em que transcendem a análise do próprio professor espanhol, trazendo visões específicas e obviamente relevantes à análise que se pretende.

Por fim, busca-se encontrar na evolução legislativa e pragmática do crime de corrupção, assim como em suas formas de persecução penal, em um contexto particularmente nacional, elementos relacionados a esses movimentos gerais do Direito Penal que são percebidos ao redor do Globo.

Para tanto, parte-se na análise realizada pela professora Tarsila Tojal em sua obra "Corrupção e Princípio de *ne bis in idem*", na medida em que a autora realiza extensivo estudo acerca dos elementos do tipo penal, sua evolução legislativa, podendo-se a partir disso verificar os contornos do expansionismo penal no crime em estudo.

Além disso, na obra coordenada pelo professor Ignacio Berdugo Gómez De La Torre e pela professora Ana Elisa Liberatore S. Bechara, "Estudios Sobre La Corrupción Una Reflexión Hispano Brasileña", são trazidos artigos de extrema relevância à investigação que se pretende, explorando-se as tendências de endurecimento da criminalização da corrupção no contexto nacional.

Cita-se, nesse sentido, os artigos "A idéia penal sobre a corrupção no Brasil: da seletividade pretérita à expansão de horizontes atual", de autoria do Professor Renato de Mello Jorge Silveira, e "A política criminal brasileira no controle da corrupção pública", de autoria da professora Ana Elisa Liberatore S. Bechara e do professor Rodrigo José Fuziguer.

Assim, essas são as linhas que se pretende trazer a fim de que os conceitos referidos sejam bem explorados, de modo a permitir que, no último capítulo, possa se fazer uma análise profunda e esmerada acerca da compatibilidade do expansionismo penal no crime de corrupção do Brasil, à finalidade da pena teorizada por Winfried Hassemer.

Ainda, no que toca ao injusto de corrupção, certo é que o Código Penal brasileiro traz uma série de tipificações de condutas proibidas tendo como bem jurídico tutelado a administração pública. Apesar de se pretender fazer um apanhado geral também quanto ao caráter geral desta parte do Código, a análise que se pretende será focada no injusto de corrupção passiva. Os critérios para essa escolha baseiam-

se no caráter metonímico desse tipo quanto aos demais contra a administração pública. Não se ignora, contudo, que existem outros tipos desse caráter, e, mais, outros tipos até mesmo de corrupção<sup>74</sup>, propriamente dita. De qualquer forma, pretendendo não expandir demais o escopo do trabalho, a análise que se realizará neste capítulo e no próximo ficará eminentemente adstrita ao injusto tipificado no artigo 317 do Código Penal.

## 2.2. O crime de corrupção passiva

Nesse sentido, inicia-se a análise reconhecendo-se justamente o bem jurídico da corrupção, que é, como dito, em linhas gerais, a administração pública, de modo que o torna um "crime contra a administração pública".

Via de regra, consideram-se contra a administração pública os injustos previstos nos artigos 312 a 359-H do Código Penal, subdividindo-se em cinco capítulos: (i) dos crimes praticados por funcionário público contra a administração em geral; (ii) dos crimes praticados por particular contra a administração em geral; (iii) dos crimes praticados por particular contra a administração pública estrangeira; (iv) dos crimes contra a administração da justiça e (v) dos crimes contra as finanças públicas.

Apesar disso, há de se considerar a existência de crimes cujo bem jurídico que se busca proteger também se mostra como sendo alguns dos aspectos caros à administração pública. Cita-se nesse sentido os crimes previstos na lei de abuso de autoridade (Lei nº 13.869/2019).

Nesse sentido, insta definir o que é a Administração Pública para a lei penal a fim de que se compreenda bem melhor a delimitação do bem jurídico protegido por essas normas.

---

<sup>74</sup> "Assim é que, do mesmo modo que em países como França, Itália e Portugal, a legislação brasileira, habitualmente, utiliza tal palavra para designar uma série de crimes, como os contra a saúde pública de corrupção de água potável, de substância ou produto alimentício e de produto terapêutico (arts. 271, 272 e 273 do Código Penal), ou o revogado tipo da corrupção de menores (anterior redação do art. 218 do mesmo diploma), sendo que o que nos importa na presente análise, a princípio, é o que se refere à corrupção na órbita da função pública, caso típico dos arts. 317 (corrupção passiva) e 333 (corrupção ativa), ambos do Código Penal." (SOUZA, Luciano Anderson de. **Direito Penal**. Vol. 5. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021, p. 107.)

Tradicionalmente na doutrina brasileira, pode-se dividir essa referida conceituação em duas principais vertentes, a que entendia o conceito por um ponto de vista subjetivo, e a que o enxergava através de seu viés objetivo.

Para a primeira, "administração pública" deveria ser entendida a partir de uma ideia de pessoa jurídica, perpassando, portanto, pelos órgãos que compõem a atuação do Estado. Já o viés objetivo, refere-se à atividade administrativa, ou seja, o agir voltado a objetivos institucionais. SOUZA, em sua obra "Direito Penal" adverte que se costuma utilizar o conceito em seu viés subjetivo com a primeira letra maiúscula e, em seu viés objetivo, com a primeira letra minúscula. Acrescenta que a visão subjetiva foi sendo paulatinamente abandonada, de modo que a objetiva passou a prevalecer<sup>75</sup>.

Ainda, relevante destacar que o conceito penal de administração pública por muito tempo foi entendido de forma destacada até mesmo do conceito no âmbito administrativo, possuindo contornos mais largos, inclusive<sup>76</sup>. Com o advento da Constituição, contudo, que conceituou a administração de forma ampla, transcendendo até mesmo os limites das referidas visões objetiva e subjetiva ao se referir à "administração direta ou indireta de quaisquer poderes, em quaisquer esferas", compreende-se a união do conceito nos mais diversos ramos do direito a partir da leitura do texto constitucional.

---

<sup>75</sup> SOUZA, Luciano Anderson de. **Direito Penal**. Vol. 5. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021.

<sup>76</sup> "Assim é que já advertia Hungria, nos idos da década de 1950, que o conceito penal de administração pública possui sentido amplo, posicionamento praticamente pacífico na doutrina penal – aliás, tanto nacional quanto estrangeira. De toda forma, definia o autor administração pública, em sentido jurídico-penal, como “a atividade do Estado, de par com a de outras entidades de direito público, na consecução de seus fins, quer no setor do Poder Executivo (administração pública no sentido estrito), quer no do Legislativo ou do Judiciário” (SOUZA, Luciano Anderson de. **Direito Penal**. Vol. 5. 2. ed.. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021, p. 40).

Assim sendo, dentro desse espectro é que deve se entender o bem jurídico tutelado por esses crimes. Tradicionalmente, entende-se que este se refere à inteireza da administração pública, seu normal funcionamento e prestígio em sentido amplo.<sup>7778</sup>

Contudo, a partir de visões mais modernas, perpassando pelas ideias de direito penal mínimo e repúdio a conceitos moralistas, incapazes de integrar um conceito objetivamente neutro e efetivamente capaz de traduzir um bem jurídico penalmente relevante, passou-se a advogar a restrição do objeto de proteção destes crimes ao regular exercício das funções públicas.<sup>79</sup>

Nesse sentido, ainda, o próprio conceito de função pública precisa ser melhor densificado, ainda mais quando se considera a apresentação de diferentes visões sobre o tema pela doutrina. Confira-se, para isso, a lição de SOUZA:

"Sobre o tema, a doutrina identifica, fundamentalmente, três concepções: teleológica, objetiva e mista. A compreensão *teleológica*, também chamada finalista, entende função pública a partir de seus fins, voltados aos interesses gerais da coletividade. Já a *objetiva*, de cunho formalista, foca-se no ideário de que a função pública se limita às atividades submetidas ao Direito Público. Por fim, a teoria *eclética* é a que exige os dois critérios anteriores, acrescentando-lhe ainda um terceiro, subjetivo, qual seja, a presença, em regra, de um ente público. Prevalece, acertadamente, a primeira noção. Isso porque é a que mais se coaduna com o intuito ampliativo da lei penal, escorado no sentido constitucional da matéria, qual seja, a do caráter instrumental da administração pública, posta a serviço da cidadania. Nesse sentido, define-se a função pública como a *“atividade que tem por fim o interesse coletivo ou social, o bem e utilidade comum, realizada por órgãos*

<sup>77</sup> Cf. "O ideário mais característico do pensamento italiano sobre o assunto é o de Manzini, que entende que o bem jurídico tutelado nos crimes em questão é único – consistente na administração pública –, entendido como o interesse relativo ao normal funcionamento e prestígio da administração pública em sentido amplo no que diz respeito à probidade, ao desinteresse, à capacidade, à competência, à disciplina, à fidelidade, à segurança, à liberdade, ao decoro funcional e ao respeito devido à vontade do Estado em face de determinados atos ou relações da própria administração pública." (SOUZA, Luciano Anderson de. **Direito Penal**. Vol. 5. 2. ed.. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021, p. 42).

<sup>78</sup> Na doutrina nacional, Hungria defendia que o bem jurídico de tais crimes seria a "normalidade funcional, probidade, prestígio, incolumidade e decoro da Administração Pública" ("HUNGRIA, Nelson.. Comentários ao Código Penal. v. 11. Rio de Janeiro: Forense, 1958, pp. 368-369." apud SOUZA, Luciano Anderson de. **Direito Penal**. Vol. 5. 2. ed.. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021, p. 121).

<sup>79</sup> Cf. "O paradigma dos delitos em questão é o das funções públicas, critério justificador e aglutinador de uma disciplina penal comum, no contexto sociopolítico atual. Nesse diapasão, os mais graves ataques ao exercício das atividades públicas fundamentais revelam dignidade penal, devendo restar de fora desse âmbito o que possa ser tutelado por outras esferas, como, principalmente, no caso, a administrativa. Em referidas funções, logicamente, abarcam-se executivas, legislativas e judiciárias.

[...]

Portanto, o bem jurídico protegido nos crimes contra a administração pública volta-se às funções públicas, isto é, o regular funcionamento das atividades públicas." (SOUZA, Luciano Anderson de. **Direito Penal**. Vol. 5. 2. ed.. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021, pp. 43-44)

*estatais ou paraestatais*". Esse é o aspecto material legitimador da administração pública."<sup>80</sup>

A partir disso algumas características do tipo podem ser mais bem explicitadas.

Nesse sentido, o crime de corrupção passiva foi positivado no artigo 317 do Código Penal, abaixo transcrito.

"Art. 317. Solicitar ou receber, para si ou para outrem, direta ou indiretamente, ainda que fora da função ou antes de assumi-la, mas em razão dela, vantagem indevida, ou aceitar promessa de tal vantagem:

Pena – reclusão, de 2 (dois) a 12 (doze) anos, e multa.

§ 1º A pena é aumentada de 1/3 (um terço), se, em consequência da vantagem ou promessa, o funcionário retarda ou deixa de praticar qualquer ato de ofício ou o pratica infringindo dever funcional.

§ 2º Se o funcionário pratica, deixa de praticar ou retarda ato de ofício, com infração de dever funcional, cedendo a pedido ou influência de outrem:

Pena – detenção, de 3 (três) meses a 1 (um) ano, ou multa."

O conceito de corrupção mostra-se eminentemente ligado à ideia de degradação, natural ou valorativa. Como cita o Professor Luciano Anderson de Souza, Zaffaroni define a corrupção como sendo "*a relação firmada entre um indivíduo com poder decisório estatal e outro fora desse poder, por meio da qual são trocadas vantagens, ambos auferindo um incremento patrimonial, em razão de um ato (ou omissão) da esfera de poder do primeiro em prol do segundo*".<sup>81</sup>

E, relevante destacar que, como se pretende demonstrar mais extensivamente adiante, a corrupção, apesar de no Brasil ter sido naturalizada por muito tempo, seja em razão do processo histórico de formação ligado à grande concentração privada de poder, ou da própria institucionalização de tais práticas, nos últimos anos com a cada vez mais relevante influência dos mercados internacionais, passou a se observar uma mudança radical de paradigma no que diz respeito ao combate às práticas corruptas. Isso se traduz não apenas no endurecimento do combate propriamente penal e de outras esferas do Direito, como também na ampliação de seu espectro,

<sup>80</sup> SOUZA, Luciano Anderson de. **Direito Penal**. Vol. 5. 2. ed.. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021, p. 47.

<sup>81</sup> Ibidem, p. 108.



transcendendo, muitas vezes, até os limites da administração interna de um país.<sup>82</sup>

83\_84

Antes ainda de adentrar na estrutura dogmática do tipo, relevante ressaltar que ao longo dos anos houve uma alteração relevante no referido artigo, o que, ressalta-se, traduz a não estabilidade no tratamento jurídico penal da corrupção passiva, como se argumentará. A referida alteração recrudescceu a pena prevista que, na origem, era de reclusão de um a oito anos e multa, passando a ser de reclusão de dois a doze anos e multa.

Quanto à objetividade do tipo, a discussão já exposta acima acerca do bem jurídico protegido nesta parte do Código Penal se aplica aqui igualmente. Tradicionalmente a doutrina costumava atribuir a proteção jurídica ao bom funcionamento da administração pública, e, mais modernamente, passa-se a se atribuir essa proteção à correção no exercício das funções públicas a ela correlatas, nos termos explorados acima.

Agora, no que toca aos sujeitos do delito, será o sujeito ativo necessariamente o funcionário público ou aquele que assumir tal condição. Trata-se de crime próprio ou especial. O conceito de funcionário público, no âmbito penal, destaca-se é alargado e próprio ao campo, sendo definido positivamente no artigo 327 do Código Penal.

*In verbis:*

Art. 327 – Considera-se funcionário público, para os efeitos penais, quem, embora transitoriamente ou sem remuneração, exerce cargo, emprego ou função pública.

§ 1º – Equipara-se a funcionário público quem exerce cargo, emprego ou função em entidade paraestatal, e quem trabalha para empresa prestadora

<sup>82</sup> Cf. "Isso pois se tem focado um modelo preferencialmente penal, imbuído de um ideário de "luta" ou "combate". Esse discurso de viés intolerante, com teor de lei e ordem, normalmente moralista, já se incorporou à agenda política brasileira, o que traz profundas consequências jurídico-penais." (SOUZA, Luciano Anderson de. **Direito Penal**. Vol. 5. 2. ed.. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021, p. 106)

<sup>83</sup> Cf. "Ademais, num contexto social em que a ditadura política foi substituída pela ditadura econômica dos mercados, nota-se, inclusive, uma mudança de paradigmas em matéria de corrupção (a ponto da Convenção de Mérida, de 2003, realizada pela ONU, sequer defini-la). Nos dias atuais, o temário suplanta a esfera da administração pública interna de um país." (SOUZA, Luciano Anderson de. **Direito Penal**. Vol. 5. 2. ed.. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021, p. 108)

<sup>84</sup> Cf. "A internacionalização jurídico-penal nesse campo, então, tem sido no sentido de estabelecer instrumentos de controle social formal harmônicos em relação à corrupção, para fins de evitar, no cenário atual da globalização, a prática de conformação de "paraísos jurídico-penais". Ademais, novéis problemáticas decorrentes do desenvolvimento do modo de produção capitalista são postas, como a questão da corrupção privada, referida infra." (SOUZA, Luciano Anderson de. **Direito Penal**. Vol. 5. 2. ed.. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021, p. 109)

de serviço contratada ou conveniada para a execução de atividade típica da Administração Pública.

§ 2º – A pena será aumentada da terça parte quando os autores dos crimes previstos neste Capítulo forem ocupantes de cargos em comissão ou de função de direção ou assessoramento de órgão da administração direta, sociedade de economia mista, empresa pública ou fundação instituída pelo poder público.

Ou seja, não é funcionário público apenas aquele que está imbuído de um cargo público. O conceito aqui é mais amplo, alargando-se a todos aqueles que exercem função pública, nos termos também já explorados anteriormente. O parágrafo primeiro do referido artigo é exemplo deste alargamento.

Cita-se ainda a desnecessidade de concurso necessário entre corruptor e corrompido<sup>85</sup> e a possibilidade de concurso de agentes, seja pela previsão genérica do artigo 30 do Código Penal, seja pela previsão de recebimento ou solicitação indireta da vantagem indevida.

O sujeito passivo será o Estado e, em situações específicas, o particular (vítima da solicitação), quando este não vir a concordar com o oferecimento da vantagem.

Na tipicidade objetiva destaca-se seus três núcleos, tratando-se de tipo misto alternativo. Solicitar é pedir, requisitar. Receber é obter a vantagem indevida oferecida. Aceitar promessa é concordar com a proposta espúria. (ANDERSON DE SOUZA)<sup>86</sup>.

O objeto material do crime, por conseguinte, é a vantagem indevida. Há discussões acerca da natureza dessa vantagem, Hungria, em posição minoritária sustenta que esta deve ser eminentemente patrimonial. Contudo, a maior parte da doutrina admite a possibilidade de vantagens de qualquer gênero, desde que

---

<sup>85</sup> cf. "Não há, dessa maneira, evidentemente, concurso necessário entre corruptor e corrompido, já que ambos respondem por crimes distintos, ainda que haja convergência de vontades, como nas condutas de oferecer e receber. Isso significa que o legislador, na hipótese, excepcionou a teoria monista do concurso de pessoas, segundo a qual todos os intervenientes de uma empreitada criminosa respondem pelo mesmo delito (art. 29, caput, do Código Penal). Ocorre no caso analisado a chamada exceção pluralística. A bilateralidade, frise-se, não é imprescindível à configuração da corrupção, já que, desfeita a unidade complexa pelo atual Código Penal, tanto a forma ativa como a passiva podem apresentar-se unilateralmente, nada impedindo, contudo, que ambas ocorram simultaneamente. O delito em destaque cuida-se de crime funcional, com a particularidade de que o tipo, do mesmo modo que na figura de concussão, alarga o critério de imputação do art. 327 do Código Penal, abarcando-se também o agente que se encontra fora da função ou que está em vias de assumi-la, desde que atuando em razão dela. Ou seja, deve haver um nexo entre a prática corrupta e a função pública." (SOUZA, Luciano Anderson de. **Direito Penal**. Vol. 5. 2. ed.. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021, p. 110)

<sup>86</sup> SOUZA, Luciano Anderson de. **Direito Penal**. Vol. 5. 2. ed.. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021, pp. 111-112.

contrárias ao direito, isto porque não há qualquer limitação no tipo que permita concluir pela natureza patrimonial do benefício.

Discute-se também a necessidade de demonstração de um ato de ofício pelo funcionário público em contrapartida à referida vantagem. Apesar de alguns entendimentos divergentes, a maior parte da doutrina costuma identificar o ato de ofício como um elemento necessário para o exaurimento da conduta típica descrita.<sup>87</sup>

Quanto ao elemento subjetivo do tipo, trata-se de crime doloso, perfazendo-se a necessidade de conhecimento e vontade livre de agir conforme a descrição típica. Ainda, trata-se de crime formal, que se consuma no momento da solicitação, do recebimento da vantagem, ou do aceite da promessa.<sup>88</sup> A tentativa é admissível.

Destaca-se também a majorante prevista no parágrafo primeiro do artigo 317 do Código Penal, relativa ao retardamento ou abstenção de ato de ofício, ou sua prática em contrariedade ao dever funcional; e a figura privilegiada do crime, prevista no parágrafo segundo do mesmo artigo, relacionada à prática ou abstenção de ato de ofício, sem, contudo, auferir qualquer vantagem. A figura privilegiada da corrupção passiva mostra-se, destaca-se, como crime material.

Por fim, a pena é de reclusão de dois a doze anos e multa.

---

<sup>87</sup> cf. "Doutrina e jurisprudência pátrias, majoritariamente, com a ressalva do Supremo Tribunal Federal (STF) feita adiante, entendem que há a necessidade de demonstração de um específico ato de ofício (lícito ou ilícito) para a ocorrência da corrupção passiva. Ou seja, a corrupção não consiste na simples solicitação, recebimento ou aceitação de vantagens ou promessas pelo funcionário público, devendo qualquer dessas condutas estar vinculada à prática de algum ato de atribuição ou competência do funcionário, de modo a caracterizar a mercancia da função pública. Ainda, segundo Noronha, o propósito é o de compra e venda da prática de um ato de ofício.

O tema foi objeto de minuciosa análise pelo STF nos autos da ação penal no 307/DF, que teve como corréu o então ex-presidente Collor, absolvido pela não comprovação de qualquer ato de ofício. O Excelso Pretório, todavia, recentemente, afastou-se dessa compreensão nos autos da ação penal no 470/MG (mediaticamente alcinado de caso do "mensalão"), no que se aproximou de uma visão moralista da administração pública enquanto objeto de tutela. Dessa maneira, a Corte atualmente entende que nem sempre é preciso se demonstrar qualquer ato de ofício para a caracterização da corrupção passiva, o que, reitera-se, não é a compreensão dos demais tribunais brasileiros." (SOUZA, Luciano Anderson de. **Direito Penal**. Vol. 5. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021, pp. 113-114)

<sup>88</sup> cf. "Trata-se de crime formal, de consumação antecipada, ou resultado cortado. (...) Todavia, nos autos da referida Ação Penal no 470/MG ("mensalão"), o STF, por maioria de votos, de maneira inusitada entendeu que a corrupção ainda estaria ocorrendo quando da efetivação do pagamento adredemente acertado." (SOUZA, Luciano Anderson de. **Direito Penal**. Vol. 5. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021, p. 115)

### 2.3. O Expansionismo Penal

Feito este sobrevôo nas principais características do tipo em análise, passa-se a se estudar acerca do expansionismo penal, enquanto movimento percebido de forma ampla nas mais diversas esferas penais ao redor do mundo. Para tanto, parte-se da análise paradigmática do professor José Maria Silva Sánchez, em sua obra "A expansão do Direito Penal".

Segundo ele, então, é possível se constatar facilmente a tendência dominante em todas as legislações no sentido de introdução de novos tipos penais e agravamento dos existentes. Da mesma forma, influem neste movimento a restrição e a reinterpretação de garantias clássicas, a criação de novos bens jurídicos penais, a ampliação dos espaços de risco jurídico penalmente relevantes, a flexibilização de regras de imputação e a relativização dos princípios políticos criminais de garantia.

Em contrapartida a esse movimento, teóricos do Direito Penal passam a clamar pelo Direito Penal mínimo. Ferrajoli traz a ideia de um Direito Penal garantista, cognitivo e estrita legalidade. Advoga por um modelo limítrofe, apenas tendencial e nunca perfeitamente satisfatório, referindo-se ora aos maiores/menores vínculos garantistas internos ao sistema, ora à quantidade das proibições e penas.

A Escola de Frankfurt, da qual Hassemer é integrante, clama por um Direito Penal básico, cujo objeto deve ser imprescindivelmente condutas atentatórias à vida, à saúde, à liberdade e à propriedade, com manutenção das máximas garantias na lei, na imputação de responsabilidade e no processo.

Isso porque acabam por identificar a referida expansão como produto de perversidade do aparato estatal, buscando solução fácil aos problemas sociais, deslocando ao plano simbólico o que deveria resolver-se na instrumentalidade, além de perceberem uma mudança também na percepção social acerca do papel do Direito Penal.

Imerso nessa problemática, o professor Silva Sánchez tenta em sua obra identificar as principais causas e características dessa expansão, e a partir disso, entendê-las como um movimento natural da evolução social ou como entes patológicos que devem ser superados.

Inicia sua análise, então, a partir da ideia de que, partindo do entendimento de que o Direito Penal é um instrumento qualificado para a proteção de bens jurídicos especialmente importantes, com a evolução dos tempos, e o aparecimento de novos interesses, é natural que novos bens jurídicos relevantes apareçam, ou que a carga valorativa dos já existentes se altere.

Para além disso, identifica que, em uma sociedade de risco, como parece se mostrar a que se vive, como bem demonstra BECK<sup>89</sup>, o efetivo aparecimento de novos riscos parece se tornar uma realidade palpável. A partir principalmente do avanço tecnológico, novas formas de delinquir e de atingir bens jurídicos relevantes vem surgindo com rapidez cada vez maior, o que levaria a uma resposta também, desde que proporcional, saudável de expansão penal.

Também, enxerga na sociedade atual uma institucionalização da insegurança. A crescente complexidade social, principalmente após a escalada da globalização e a crise do Estado de Bem-estar Social, a partir da correlação de esferas de organização individual acaba por incrementar a possibilidade de que alguns desses contatos sociais redundem na produção de consequências lesivas. Enxergando-se, a partir disso, que os delitos de resultado/lesão se mostram cada vez mais ineficientes como técnica de abordagem do problema. A sociedade, em sua visão, nesse sentido, necessitaria em certa medida de uma crescente realização de condutas positivas, voltadas ao controle de riscos, por parte de terceiros, o que poderia explicar a exasperação dos delitos de comissão por omissão.

Nesse mesmo contexto, a partir dessa mesma institucionalização da insegurança a partir da exasperação dos riscos, constata a existência de uma sociedade que construiu sua identidade voltada ao medo, em razão justamente dessa sensação generalizada de insegurança. E, desse medo, o clamor por uma repressão mais dura também pode ser identificado como uma das causas da expansão.

Agora, mesmo identificando algumas das primeiras causas como naturais, o autor aqui já começa a reconhecer o caráter patológico da exacerbação de mecanismos penais como forma de simbolicamente acalmar uma sensação de medo.

---

<sup>89</sup> BECK, Ulrich. **Sociedade de risco: Rumo a outra modernidade**. 2. ed. São Paulo: Editora 34, 2011.

Continua explorando a ideia de que a sociedade de Bem-estar Social acabou por criar classes passivas, calcadas na prioridade de viver, o que, por extensão, ensejou na redução das fronteiras do risco permitido. Tal diminuição dos níveis de risco permitido é produto direto da sobrevaloração essencial da segurança, do ideal da liberdade de não padecer diante da liberdade de ação. Gerou-se, assim, uma necessidade social de haver um responsável penal por um infortúnio (*zurechnungsexpansion*), recaindo-se em um descolamento da mera causalidade à sujeição de alguém aos efeitos de um ilícito penal.

Cita também uma mudança de mentalidade da população em geral, que passou a se identificar mais com a vítima do delito do que com o autor. Tal efeito, em sua visão, é favorecido pela presença majoritária de classes passivas na sociedade, trazendo à tona uma alteração progressiva na concepção de Direito Penal como a espada do Estado contra o delinquente desvalido para a espada da sociedade contra a delinquência dos poderosos. Tende-se a se perder a visão do Direito Penal como instrumento de defesa dos cidadãos diante da intervenção coativa do Estado. Isso acaba por trazer uma interpretação restritiva das atenuantes, a partir do momento em que se passa a ver a pena como mecanismo de ajuda à superação por parte da vítima do trauma gerado pelo delito. Setores sociais antes reticentes endossam o expansionismo penal quando visto como mecanismo de desincentivar a criminalidade dos poderosos, de modo a traduzir a maior tendência da sociedade em se ver como potencial vítima, o que impede a classificação de determinados riscos como permitidos.

Ademais, verifica-se um descrédito de outras instâncias de proteção, como da ética social, do Direito Civil e do Direito Administrativo, gerado a partir da ideia segundo a qual há uma certa incompatibilidade da sociedade moderna com as instâncias autônomas de moralização. Mune-se, para isso da ideia de anomia, de Durkheim. Constata que, apesar de aparente revitalização da sociedade civil (*Zivil Bürgergesellschaft*), a tendência de objetivação da responsabilidade do Direito Civil parece incapaz de marcar a reprovação do ilícito. Além disso, a cada vez mais comum prática de securitização acrescenta no decréscimo à eficácia preventiva, e o recurso ao princípio de oportunidade no Direito Administrativo se perde em meio a um crescente descrédito em relação aos instrumentos punitivos. Essa lógica acaba por transferir ao Direito Penal um fardo que ele não pode carregar (*Zukunftssicherung*),

baseado na remissão indevida ao seu âmbito de atuação de grandes questões de funcionamento da comunidade como tal, o que nem as instituições políticas nem os grupos sociais são capazes de resolver.

Ainda, identifica uma mudança relevante relacionada ao crescente endosso do expansionismo por parte de setores políticos ideológicos que tradicionalmente a ele eram avessos (*Atypische Moralunternehmer*). O enfoque da nova criminologia de esquerda, nesse sentido, ao entender que aqueles de níveis inferiores da sociedade também são titulares reais de bens jurídicos, chega à conclusão de que a aliança pretendida pelo marxismo de delinquência e proletariado se torna absurda. Novos gestores da moral coletiva, dos quais cita-se feministas e ecologistas, embarcam na tendência ampliativa do Direito Penal. A Criminologia crítica, antes restrita ao abolicionismo, passa a considerar novas formas de criminalização, a fim de proteger bens jurídicos que, antes esquecidos, são caros a tais parcelas marginalizadas da sociedade.

Nessa lógica, passa-se também a se vislumbrar uma mudança a partir de quando a social-democracia europeia passa a assumir em sua totalidade o discurso da segurança (como demonstra o slogan "Tough on crime, tough on the causes of crime", atinente do programa do Labour Party inglês de 1997<sup>90</sup>). Contudo, nessa toada, ignorou-se a incapacidade do Direito penal com suas extensas garantias de ser eficaz contra a macrocriminalidade, o que acabou desaguando em uma expansão indevida.

Por fim, cita como causa também o gerencialismo, baseado na ojeriza com os mecanismos tradicionais de direito penal, a partir do surgimento de modelos de justiça negociada, que se fundam em considerações de ineficiência tendentes à prisões privadas e polícias privadas. A privatização e desformalização tornam-se consequências inevitáveis da expansão. Ignora-se, contudo, a necessidade das solenidades. Sobre o tema, confira-se o trecho de GARPON, citado pelo professor Silva Sánchez:

"(...) antes mesmo de sua função de autorizar a violência legítima, a justiça é uma palavra, e o processo é um pronunciamento público (...) o momento do julgamento se basta a si mesmo para vincular e permitir que a vida continue.

---

<sup>90</sup> Safer communities, safer Britain, Labours proposals for tough action on crime, London, Labour Party, 1995.

Quanto mais perto o crime afeta a ordem simbólica, mais essencial será esse pronunciamento."<sup>91</sup>

Tal movimento leva à deslegitimação do conteúdo simbólico do Direito Penal, conduzindo-o à diminuição da eficácia preventiva.

Em suma, essas são as principais causas citadas ao fenômeno da expansão por Silva Sánchez. Hassemer, contudo, em seus textos, trouxe também tais ideias, com abordagem inclusive mais crítica, o que se passa a expor brevemente.

O alemão em seu texto "Por qué y con qué fin se aplican las penas?: sentido y fin de la sanción penal" entende que o Direito Penal e a pena foram elevados à categoria de fonte de expectativas para os problemas políticos e sociais, o que enseja no aumento das proibições, intervenções e sanções penais. Nessa lógica, o Direito Penal se despoja de abordagens do passado, com a simples avaliação da injustiça e da culpa, e propõe a prossecução de determinados objetivos e promete a solução de muitos problemas aos quais não lhe incumbe a solução.<sup>92</sup>

<sup>91</sup> GARAPON, Juez y democracia, Barcelona, 1997, p. 171 apud SILVA SANCHEZ, Jesús-María. **La Expansión del Derecho Penal**. 2. ed. Buenos Aires: B de F, 2006. p. 81.

<sup>92</sup> cf. "El Derecho penal y la pena han sido elevados a la categoría de fuente de expectativas para la solución de los grandes problemas políticos y sociales, y la «necesidad perentoria de actuar» se asocia, para los responsables de calmaria, con el aumento de prohibiciones, intervenciones y sanciones penales. Veamos algunos ejemplos.

Fraudes a la Seguridad Social, contaminación del medio ambiente, terrorismo, estructuras mafiosas nacionales e internacionales, drogas, corrupción, distribución de productos peligrosos, transporte de mercancías, evasión de impuestos. A todos estos flancos se enfrenta el Derecho penal, y, de forma cada vez más consciente, la Justicia penal abandona su tradicional rincón de la violencia cotidiana, de la criminalidad habitual y dirige su atención a las altas esferas de la dirección de bancos y empresas, a los chalets de lujo y a los edificios gubernamentales. El aforismo de que el Derecho penal deja siempre escapar a los peces gordos es ya agua pasada, como ha demostrado no hace mucho el KG en el proceso de Mykonos; y, para muchos, ser abogado de la defensa se ha convertido, en el ámbito profesional, en una de las ocupaciones más respetadas e incluso lucrativas.

Todo esto encaja bien: el Derecho penal se deshace de planteamientos pasados, como la simple valoración del injusto y de la culpabilidad, se propone la persecución de determinados objetivos y promete la solución de muchos problemas; las teorías preventivas prometen la mejora de los delincuentes condenados o la intimidación de los delincuentes potenciales, o sea, de todos nosotros. La sociedad y los políticos también lo ven así: basan sus planteamientos en la eficacia del Derecho penal y lo hacen creando nuevas figuras penales y endureciendo las penas, confiando al Derecho penal la solución de los problemas más acuciantes, que esperan resolver con la amenaza penal y, en casos extremos, con la pena de prisión.

Pero hasta qué punto es cierto todo esto? Si nos fijamos con detenimiento, nada de esto tiene que ver ni con nuestras tradiciones ni con nuestras experiencias." (HASSEMER, Winfried. Por qué y con qué fin se aplican las penas?: sentido y fin de la sanción penal. **Revista de derecho penal y criminología**. Espanha, Madrid, n. 3, pp. 317-331, jan. 1999, p. 319.)

Em tradução livre: "O direito penal e a punição foram elevados à categoria de fonte de expectativas para a solução de grandes problemas políticos e sociais, e a "necessidade peremptória de agir" é associada, para os responsáveis pela calma, ao aumento de proibições, intervenções e sanções penais. Vejamos alguns exemplos.



Adverte, contudo, que

"quanto mais amplo o campo do Direito Penal, menos se pode esperar que este aborde questões fundamentais; uma lei penal excessivamente ampla terá necessariamente como objeto questões secundárias, ao contrário do que acontece com uma lei penal cujo cerne se centra nos interesses vitais das pessoas."<sup>93</sup>

Adverte ainda que a ampliação do Direito Penal possui reflexos diretos na natureza da pena aplicada. Passa a sanção penal a não mais se tratar do restabelecimento de direitos jurídicos tangíveis, tratando-se de previsões de risco, domínio do perigo, e de intervenção antes mesmo de ocorrer a lesão, o que é incompatível com a natureza e finalidade da pena teorizada pelo autor, adianta-se.<sup>94</sup>

---

Fraudes na Segurança Social, poluição ambiental, terrorismo, estruturas mafiosas nacionais e internacionais, drogas, corrupção, distribuição de produtos perigosos, transporte de mercadorias, evasão fiscal. O Direito Penal enfrenta todos estes flancos, e, de forma cada vez mais consciente, a Justiça Criminal abandona o seu tradicional recanto da violência quotidiana, da criminalidade habitual e dirige a sua atenção para os escalões superiores da gestão de bancos e empresas, moradias de luxo e edifícios governamentais. O aforismo de que a lei criminal sempre permite que os figurões escapem já passou da água, como o KG demonstrou recentemente no julgamento de Mykonos; e, para muitos, ser advogado de defesa tornou-se, profissionalmente, uma das ocupações mais respeitadas e até lucrativas.

Tudo isso se encaixa bem: o direito penal despoja-se de antigas abordagens, como a simples avaliação da injustiça e da culpa, propõe a busca de certos objetivos e promete a solução de muitos problemas; As teorias preventivas prometem o aperfeiçoamento de criminosos condenados ou a intimidação de criminosos em potencial, ou seja, de todos nós. A sociedade e os políticos também assim o vêem: baseiam as suas abordagens na eficácia do direito penal e fazem-no criando novas figuras criminais e endurecendo as penas, confiando ao direito penal a solução dos problemas mais prementes, que esperam resolver com a ameaça criminosa e, em casos extremos, com pena de prisão.

Mas até que ponto tudo isso é verdade? Se olharmos bem, nada disso tem a ver com nossas tradições ou nossas experiências."

<sup>93</sup> HASSEMER, Winfried. Por qué y con qué fin se aplican las penas?: sentido y fin de la sanción penal. **Revista de derecho penal y criminología**. Espanha, Madrid, n. 3, pp. 317-331, jan. 1999, , p. 328. Em tradução livre.

<sup>94</sup> cf. "(...) esta ampliación del Derecho penal tiene alguna repercusión sobre la cuestión del sentido de la pena? Estoy absolutamente convencido de que la respuesta es afirmativa. Un Derecho penal que se circunscribe a los bienes jurídicos de la persona y sólo atiende a los bienes jurídicos de carácter colectivo cuando éstos se pueden aprehender con precisión y guardan una relación con intereses de carácter personal (como por ejemplo, la puesta en peligro del tráfico vial, la búsqueda de la verdad formal en un proceso, o la posesión de objetos peligrosos), representa una concepción de la pena distinta a la de un Derecho penal que protege la capacidad funcional de las subvenciones o del tráfico de divisas o que incluso permite la imputación colectiva de hechos a personas jurídicas, por ejemplo a una junta directiva, como probablemente vamos a ver en un futuro. Un Derecho penal que extiende su ámbito a todos los posibles bienes jurídicos universales se acerca al Derecho administrativo y ello repercute también en la concepción de la pena que defiende. Ya no se trata del restablecimiento de bienes jurídicos palpables (y de la confirmación de las normas lesionadas através de ese restablecimiento, vid. supra, VIII); se trata de predicciones de riesgo, de dominio del peligro, de intervención antes incluso de que se produzca la lesión. La diferencia entre represión y prevención, que tradicionalmente separa al Derecho penal del Derecho administrativo o de policía, ha devenido moles- ta y obsoleta. Ahora lo que queremos es prevención a toda costa, sin excepciones y con las armas más sofisticadas." (HASSEMER, Winfried. Por qué y con qué fin se aplican las penas?: sentido y fin de la sanción penal. **Revista de derecho penal y criminología**. Espanha, Madrid, n. 3, pp. 317-331, jan. 1999, p. 329) Em tradução livre: "(...) Essa expansão do direito penal repercute na questão do

Adianta-se aqui um argumento que será mais explorado no terceiro capítulo, mas o Direito Penal, enquanto meio eminentemente ligado à preservação da sociedade de injustiça extremamente graves, não pode substituir o papel das políticas públicas no combate à criminalidade. A pena não é meio idôneo a alterar lógicas sociais de alta complexidade, tendo como função precípua, como explorado, a reafirmação do sistema penal quando este é violado por pontuais e graves condutas. Trata-se de resposta localizada que não pode, do ponto de vista até mesmo axiológico, ser utilizada como meio generalizado de correções de situações complexas e gerais.<sup>95</sup>

Para além disso, no Brasil, a verificação deste movimento também se mostra palpável, de modo que se percebe principalmente nas últimas décadas um movimento criminológico relacionado ao endurecimento das sanções penais, assim como, à redução de algumas de suas garantias. Nesse sentido:

"Os modelos explicativos acima descritos [modernismo e antimodernismo penal] também são úteis para caracterizar a cultura punitiva brasileira contemporânea como parte de uma tendência estrutural comum aos países ocidentais. De fato, os problemas institucionais e as reações políticas do sistema de controle do crime no Brasil compartilham a grande maioria dos

---

sentido da pena? Estou absolutamente convencido de que a resposta é sim. Uma lei penal que se limite aos bens jurídicos da pessoa e só atenda aos bens jurídicos de natureza coletiva quando estes puderem ser avaliados com precisão e estiverem relacionados a interesses de natureza pessoal (como a periculosidade do trânsito, a busca de a verdade formal num processo, ou a posse de objectos perigosos), representa uma concepção da pena diferente da de uma lei penal que proteja a capacidade funcional dos subsídios ou do tráfico de divisas ou que ainda permita a imputação colectiva de factos a pessoas colectivas, por exemplo, para um conselho de administração, como provavelmente veremos no futuro. Um direito penal que alarga o seu alcance a todos os direitos jurídicos universais possíveis aproxima-se do direito administrativo e isso afeta também a concepção da pena que defende. Não se trata mais do restabelecimento de direitos jurídicos tangíveis (e da confirmação das normas lesadas por esse restabelecimento, vid. supra, VIII); trata-se de previsões de risco, domínio do perigo, intervenção antes mesmo de ocorrer a lesão. A diferença entre repressão e prevenção, que tradicionalmente separa o direito penal do direito administrativo ou policial, tornou-se incômoda e obsoleta. Agora o que queremos é a prevenção a todo custo, sem exceções e com as armas mais sofisticadas."

<sup>95</sup> cf. "La pena podrá conservar vivo su sentido siempre que el Derecho penal no degenerare hasta convertirse en el marco decorativo de la solución global de un problema. El aseguramiento de las normas fundamentales a través de un proceso y una sanción públicos necesita concentración y atención, seriedad y una especial fidelidad a determinados principios que se manifieste tanto en la amenaza de pena, como en el proceso penal y en la fase de ejecución de la pena." (HASSEMER, Winfried. Por qué y con qué fin se aplican las penas?: sentido y fin de la sanción penal. **Revista de derecho penal y criminología**. Espanha, Madrid, n. 3, pp. 317-331, jan. 1999, p. 330) Em tradução livre: "A pena poderá manter vivo o seu sentido enquanto o direito penal não degenerar até que se torne o quadro decorativo da solução global de um problema. O aseguramiento das normas fundamentais através de um processo e uma sanção públicas necessita concentração e atenção, seriedade e uma especial fidelidade a determinados princípios que se manifestam tanto na amenidade da pena, como no processo penal na fase de execução da pena"

*sinais de mudança* que, para Garland, indicam a troca do modelo penal moderno para o *antimoderno* [...]"<sup>96</sup>

## 2.4. O expansionismo penal e o crime de corrupção passiva

Feita essa breve análise acerca do fenômeno amplamente verificado do expansionismo penal, adentra-se aqui na tentativa de constatação deste mesmo movimento especificamente no âmbito jurídico penal brasileiro, e, ainda, aplicado ao crime de corrupção, e mais especificamente analisado, o crime de corrupção passiva.

TOJAL<sup>97</sup> afirma, nesse sentido, que a partir da constatação da corrupção como um problema transnacional e nacional, exigiu-se uma remodelação do sistema punitivo a ela relacionado tendente a um implacável recrudescimento punitivo. Argumenta, então, que essa expansão se deu não somente no Direito Material Penal com o agravamento das penas e aumento de figuras típicas, mas também ao se recorrer a searas extrapenais que, apesar de tradicionalmente serem entendidas como alternativas ao sistema penal, mostram-se na verdade como formas idôneas de se recrudescer a resposta sancionadora do Direito Penal, valendo-se, para isso, da ideia de independência das instâncias.

No campo dos institutos puramente penais, ainda, adverte-se, não é apenas pelo recrudescimento palpável legislativamente que pode se verificar a referida expansão, mas talvez principalmente, pela interpretação dada às normas, novas ou tradicionais, pelos magistrados, que, imbuídos nas mesmas causas sociais tendentes à expansão, nos termos acima explorados, transformam os institutos sem necessariamente haver quaisquer mudanças legislativas diretamente relacionadas nesse sentido.

De qualquer forma, no que toca à corrupção passiva é palpável o movimento de expansão também pela alteração legislativa no que lhe toca. Paradigma nesse sentido é a Lei nº 10.763/2003 que aumentou a pena do tipo em comento em seus limites mínimo e máximo de detenção de 1 a 8 anos e multa para reclusão de 2 a 12 anos e multa. Além disso, acrescentou ao artigo 33 seu parágrafo 4º. *In verbis*:

<sup>96</sup> PAIVA, Luiz Guilherme Mendes de. **Populismo Penal no Brasil: do modernismo ao antimodernismo penal**, de 1984 a 1990. Tese (Doutorado). Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2015.

<sup>97</sup> TOJAL, Tarsila Fonseca, **Corrupção e o princípio de ne bis in idem**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2023, pp. 55/56.

*"§ 4º O condenado por crime contra a administração pública terá a progressão de regime do cumprimento da pena condicionada à reparação do dano que causou, ou à devolução do produto do ilícito praticado, com os acréscimos legais."*

Ou seja, além da expansão inequívoca da pena, ainda se condicionou a progressão de regime no cumprimento da pena à reparação do dano que foi causado pela conduta proibida, ou à devolução do produto do ilícito praticado acrescido dos encargos legais.

TOJAL<sup>98</sup> atribui a esse expansionismo um desinteresse na manutenção da racionalidade sistêmica do ordenamento jurídico. Cita, nesse sentido, o caráter no mínimo *sui generis* do condicionamento à progressão, que não é previsto nem na lei de crimes hediondos, e o excessivo intervalo entre as penas mínima e máxima estabelecidas, que além estabelecer de forma pouco certa a verdadeira reprovabilidade prevista ao delito, também confere excessivamente discricionariedade ao julgador. Para além disso, a disparidade entre a reprovabilidade entre os crimes contra a administração pública também, com essa alteração, perdeu sua sistematicidade, na medida em que durante muito tempo a pena da concussão permaneceu menos grave do que da corrupção passiva, apesar de naturalmente mais reprovável (exigir é mais gravoso que solicitar), e, hoje, elas são equivalentes. Assim sendo, para além das questões que se pretendem demonstrar adiante acerca da expansão em si, também em comparação ao todo sistêmicos, tais alterações se mostraram problemáticas.

Agora, no que se refere à expansão por meio da atuação dos tribunais cita-se nesse sentido o exemplo paradigmático da Ação Penal 470 do Supremo Tribunal Federal, mais conhecida como o caso do Mensalão. O STF, na oportunidade, trouxe duas principais viradas interpretativas que ampliaram o espectro tradicionalmente atribuído aos limites do tipo pela doutrina, como, inclusive, explorado acima quando se comentou os contornos formais do tipo de corrupção passiva.

Assim, como demonstra TOJAL<sup>99</sup> trouxeram a ideia relacionada à desnecessidade de um ato de ofício especificamente demonstrado para a caracterização típica da corrupção passiva, entendendo satisfatória a existência de ato de ofício em potencial; e o entendimento segundo o qual deveria se entender a

---

<sup>98</sup> TOJAL, Tarsila Fonseca, **Corrupção e o princípio de ne bis in idem**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2023, pp. 57/58.

<sup>99</sup> Ibidem, pp. 60/61.

consumação do crime discutido, em uma leitura tipicamente relacionada aos crimes materiais (tradicionalmente sempre se lecionou a corrupção passiva como crime formal e instantâneo), como se sua prática se renovasse a cada novo recebimento de vantagem indevida pelo agente corrompido.

A interpretação dada, nesse sentido, claramente expandiu os limites objetivos do tipo na medida em que deixou de exigir demonstração específica de ato de ofício correlato à vantagem indevida e expandiu o espectro temporal da conduta criminosa ao retirar do crime seu aspecto tradicionalmente formal e conferir a ele caráter de crime material.

Para além disso, a alteração promovida pela Lei 12.683/2012 nos crimes lavagem de capitais, retirando se seu espectro o rol de infrações antecedentes também se demonstrou como um mecanismo de combate penal à corrupção. A ideia de estrangulamento dos recursos do crime a partir da coibição da maquiagem dos proventos como aportes lícitos também vem sendo utilizada como forma de recrudescimento ao combate à corrupção.

O maior exemplo disso talvez seja trazido pela operação Lava-Jato, que, ao deflagrar uma série de crimes contra a administração pública utilizou-se do maior espectro da lei de lavagem não apenas como forma de reprovação a esse injusto específico, mas também como forma de ampliar os espectros das penas aplicadas àqueles que cometeram infrações de corrupção passiva. Nesse sentido, o MPF o atribuiu à operação a alcunha de uma das maiores iniciativas de combate à corrupção e lavagem de dinheiro da história do Brasil. Nota-se aqui muito claramente a coordenação dos tipos a fim de gerar uma resposta penal às práticas delitivas de corrupção.<sup>100</sup>

Nessa mesma toada, porém em espectros que a princípio mostram-se como não penais citam-se a Lei do Impeachment, a Lei do Servidor Público, a Lei da Ficha Limpa, a Lei de Improbidade Administrativa, e a Lei Anticorrupção, que, cada um em seu espectro atribuíram aspectos de recrudescimento à resposta jurídica à corrupção, de modo que, apesar de eminentemente não relacionadas à esfera penal, apresentam reflexos nesta de forma particularmente relevantes, ampliando os padrões de

---

<sup>100</sup> TOJAL, Tarsila Fonseca, **Corrupção e o princípio de ne bis in idem**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2023, pp. 62/64.

compliance e tornando mais rígidas as formas e princípios pelos quais se regem a administração pública.

Nessa lógica, acerca da Lei Anticorrupção, SILVEIRA e SAAD-DINIZ escrevem:

"No Brasil, em clima de agitação popular e já se aproximando o momento de eleições presidenciais, entrou em vigor a mencionada Lei n. 12.846/2013 - de pronto alcunhada como Lei Anticorrupção. A nova legislação não descuidou desses novos padrões de mercado, nem mesmo se propôs a desalinhar-se frente às fontes normativas internacionais. Muito embora não se trate propriamente de lei formalmente penal, representa conteúdo material penal, seus efeitos e forma sancionatórios têm forte incidência na restrição de direitos e repercutem seriamente na aplicação de condenações criminais. [...] Desde uma perspectiva demasiado experimental, a se pensar no alcance socioeconômico da nova lei anticorrupção (e sem mencionar sua duvidosa legitimidade à luz da Constituição Federal de 1988), veicula-se um sentido um tanto distorcido das coisas, segundo o qual "punir seria regular comportamento empresarial"<sup>101</sup>

Nesses termos inserem-se então as tendências expansionistas do Direito Penal no tratamento dogmático da corrupção. Podendo-se a partir das causas expostas por Hassemer e Silva Sanchez, acima expostas, enxergar-se uma correlação evidente.

A partir da ideia de que a corrupção passa a ser inadmissível em um mundo globalizado, assim como a maior percepção da população como possível vítima do delito, ao ter seus aportes tributários utilizados para fins espúrios e contrários à legalidade, bem como as demais causas citadas, relacionadas a maior aceitação do Direito Penal como forma de resposta às injustiças causadas pelos poderosos, recrudescem-se de forma sensível a resposta dada pelo aparato jurídico penal a tais situações.

Nesse mesmo sentido, em uma análise mais global, o Professor Renato de Mello Jorge Silveira, em seu texto "A ideia penal sobre a corrupção no Brasil: da seletividade pretérita à expansão de horizontes atual"<sup>102</sup>, leciona acerca das mudanças históricas no combate à corrupção, principalmente a partir da mudança de concepção relacionada a sua inadmissibilidade no mundo moderno de matizes globalizados. A partir disso, no entanto, questiona-se se as causas da expansão que

<sup>101</sup> SILVEIRA, Renato de Mello Jorge; SAAD-DINIZ, Eduardo. **Compliance, direito penal e lei anticorrupção**. São Paulo: Saraiva, 2015, pp. 308-309.

<sup>102</sup> SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. A ideia penal sobre a corrupção no Brasil: da seletividade pretérita à expansão de horizontes atual. In: BECHARA, Ana Elisa Liberatore S.; BERDUGO, Ignacio (Coord.). **Estudios sobre la corrupción: una reflexión hispano brasileña**. Salamanca: Centro de Estudios Brasileños/Universidad de Salamanca, pp. 73-92, 2012.

se verifica palpavelmente na prática são idôneas ou se são formas relacionadas ao aumento simbólico do Direito Penal.<sup>103</sup>

Acaba por concluir, então, que a expansão se verificou por diversas causas, algumas relacionadas realmente a maior reprovabilidade das questões relacionadas à corrupção, o que seria, de certa forma legítimo, já que as condutas em comento maculam o Estado e impedem a boa convivência da Administração Pública brasileira em um mundo globalizado.

Contudo, adverte que, a expansão relacionada a formas simbólicas de se combater esse tipo de delitos, incontroversamente não queridos em uma sociedade, não pode adentrar nos limites do Direito Penal de Perigo, na medida em que com isso pode o ordenamento ser levado a uma universalização do Direito Penal, o que também seria indesejável. Deve-se combater a corrupção dentro dos limites possíveis à área.<sup>104</sup>

---

<sup>103</sup> "A luta contra a corrupção dos governantes é tarefa de sísifo, sem dúvida alguma, mas mostra-se indispensável em um mundo moderno com matizes globalizados. Resta saber-se, no entanto, se isso é compatível, ou não, com um Direito Penal liberal e racional. Uma dúvida pontual se faz presente. Ao se pretender tais redefinições, não se estaria diante de uma simples forma de aumento simbólico da leitura penal? Admitindo que a luta contra a corrupção é, como parece ser, o objetivo de numerosos instrumentos políticos internacionais que acabam por obrigar os Estados-parte, a empreender ações das mais diversas —até penais— contra a má gestão pública, essa parece ser a compreensão. Ainda mais quando se menciona a ampliação da questão para, também, fronteiras outras, como a da corrupção no setor privado." (SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. A idéia penal sobre a corrupção no Brasil: da seletividade pretérita à expansão de horizontes atual. In: BECHARA, Ana Elisa Liberatore S.; BERDUGO, Ignacio (Coord.). **Estudios sobre la corrupción: una reflexión hispano brasileña**. Salamanca: Centro de Estudios Brasileños/Universidad de Salamanca, pp. 73-92, 2012, p. 81).

<sup>104</sup> cf. "A construção penal supõe legitimidade, consoante boa parte da doutrina, em função específica da verificação de bens jurídicos protegidos. Muito embora a origem da questão, que remonta a Binding, seja tida como uma forma de ampliação, e não de segurança, do Direito Penal, hoje isso se pauta de maneira diversa.

Mesmo os bens jurídicos supra-individuais ganhando proporção de peso no chamado Direito Penal de Perigo, é de se notar a prevalência do bem jurídico, ainda que, aqui, com novos moldes. No especial caso da corrupção, seu espectro é amplíssimo, podendo ser modulado conforme a corrupção que se esteja a tratar. Sinteticamente, no que diz respeito à clássica tipificação codificada, outra sorte não se verifica. Não se pode simplisticamente imaginá-lo como a Administração Pública, mas, sim, como a capacidade funcional do Estado.

O alerta de Silva Sánchez é, pois, mais presente do que nunca, também neste quadrante. Para ele, a globalização política e cultural provoca uma tendência de universalização do Direito, e também do Direito Penal. Mas a noção particular da reprovação à corrupção talvez não se macule, in totum, pelos pecados do Direito Penal de Perigo. Na sua essência, tem-se a idéia do ato do funcionário. O problema, se mostra nas novas formas de seu combate e de sua interpretação." (SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. A idéia penal sobre a corrupção no Brasil: da seletividade pretérita à expansão de horizontes atual. In: BECHARA, Ana Elisa Liberatore S.; BERDUGO, Ignacio (Coord.). **Estudios sobre la corrupción: una reflexión hispano brasileña**. Salamanca: Centro de Estudios Brasileños/Universidad de Salamanca, pp. 73-92, 2012, p. 84).

Ainda demonstra preocupação no já citado de se coordenar, por exemplo, à repressão à lavagem de capitais, como forma de se combater e recrudescer o combate à corrupção, isso porque ao se coordenar com outros elementos típicos o combate penal a um determinado delito, perde-se o referencial dogmático da análise, para se admitir um superdimensionamento da proibição específica.<sup>105</sup>

Conclui, então, ressaltando a necessidade de ordenar o combate penal com a principiológica mais garantista possível. Confira-se:

Novamente com Silva Sánchez, parece clara a dificuldade em simplesmente se voltar ao bom e velho Direito Penal liberal. Por outro lado, não se mostra, ao menos no momento, tão factível sua construção de um Direito de duas velocidades, tampouco a idéia de intervenção de Hassemer. Melhor solução seria, aqui, e no específico campo da corrupção em sentido aberto, da legitimação de novas medidas, desde que orientadas consoante a principiológica mais garantista possível, v.g., seguindo as regras lançadas há tempos por Roxin, como sendo a utilidade ao indivíduo para seu livre desenvolvimento, sendo ilegítimas as construções normativas além desse patamar.<sup>106</sup>

Essa discussão, ainda, será retomada oportunamente no próximo capítulo. Contudo, é possível se constatar, a partir das ideias do professor, a inequívoca expansão do Direito Penal no que toca ao combate à corrupção.

Também nesse ritmo, as professoras Ana Elisa Liberatore S. Bechara e Rodrigo José Fuziger, em seu texto "A política criminal brasileira no controle da

<sup>105</sup> Cf. "A oposição a situações de corrupção, entendendo-a, agora, multifacetada, é plenamente lógica e aceitável. O receio se dá em como isso há de se mostrar quando se imagina que situações, v.g., de lavagem de dinheiro façam parte de uma super-estrutura de corrupção. Ninguém duvida que o agente, corrupto ou corruptor, possa se valer da lavagem para ocultar seus ganhos. Mas a própria dimensão que a construção típica da lavagem de dinheiro, os passos de sua investigação, a seletividade dada, em especial no Brasil, é altamente problemática. Nesse sentido, cuidados devem ser tidos no campo, puro e simples, de uma modernização do Direito Penal.

É claro que isso perde um pouco o referencial, quando se aceita patentemente a tipificação de tipos, como o da lavagem de dinheiro. E não são poucos os autores que o fazem. Fabián Caparrós, com absoluta perspicácia, salienta pela presença de pressupostos necessários e suficientes à incriminação dessa ordem, não sendo, pois, exclusiva imperiosidade de obediência de regramentos internacionais. Por outro lado, existe certa dúvida de tal legitimação, não sendo isso unânime na doutrina. De todo modo, esse fato é, no mínimo, indiciário da cautela, não fosse por outras razões, pela amplitude do tipo penal da lavagem no Brasil, que se deve ter em conta quando da preocupação legítima quanto à ampliação do conceito da corrupção." (SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. A idéia penal sobre a corrupção no Brasil: da seletividade pretérita à expansão de horizontes atual. In: BECHARA, Ana Elisa Liberatore S.; BERDUGO, Ignacio (Coord.). **Estudios sobre la corrupción: una reflexión hispano brasileña**. Salamanca: Centro de Estudios Brasileños/Universidad de Salamanca, pp. 73-92, 2012, p. 85).

<sup>106</sup> SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. A idéia penal sobre a corrupção no Brasil: da seletividade pretérita à expansão de horizontes atual. In: BECHARA, Ana Elisa Liberatore S.; BERDUGO, Ignacio (Coord.). **Estudios sobre la corrupción: una reflexión hispano brasileña**. Salamanca: Centro de Estudios Brasileños/Universidad de Salamanca, pp. 73-92, 2012, p. 85.



corrupção pública" trazem sua visão acerca da expansão penal relacionada aos crimes de corrupção no Brasil.

Trazem a ideia de que a engorda do Estado com a evolução do Estado de Bem-estar Social acabou por gerar uma situação que potencializou os efeitos deletérios da corrupção. Isso porque a Administração Pública teve sua relevância aumentada e os importes passíveis de serem desviados passaram a aumentar exponencialmente.<sup>107</sup>

Nesse sentido, com o aumento não só da relevância das condutas relacionadas ao crime de corrupção, mas também com o aumento numérico destes delitos, aliado também à maior intolerância e inadmissibilidade destes perante à sociedade, recrudescceu-se a resposta jurídica à essa realidade, e, ressaltam os autores, esse recrudescimento se deu eminentemente no âmbito Direito Penal, o que gera uma série de problemas de legitimidade. Nesse sentido, confira-se:

"No que tange à efetividade da intervenção estatal brasileira no controle da corrupção, verifica-se ainda a prevalência do sistema penal, sob o prisma de um ideal repressivo em expansão. Nessa linha, para além dos tipos penais já existentes, observam-se inúmeras propostas legislativas atualmente em trâmite perante o Congresso Nacional, caracterizadas pelo casuismo e falta de técnica, a exemplo do projeto de lei que visa a tornar hediondos os crimes de corrupção ativa, passiva, concussão e peculato, quando cometidos por altas autoridades (PL n. 6.616/2009). Notadamente, não há grande criatividade no âmbito penal, sendo sempre mais do mesmo: leis com ênfase no rigor exacerbado e pouco eficazes. Curioso notar, nesse sentido, que alguns dos projetos de lei surgidos nos últimos anos têm por autores parlamentares suspeitos ou acusados de condutas ilícitas relacionadas à corrupção em geral, o que reforça o sentido meramente comunicacional e político de tais propostas.

De fato, a despeito da aparente opção brasileira por uma política criminal repressora expansiva em matéria de corrupção, na prática seus resultados apresentam-se pouco frutíferos, principalmente em razão da falta de coordenação entre as esferas formais envolvidas. Assim, são frequentes os casos em que não se chega à recuperação dos prejuízos causados, e tampouco ao afastamento do funcionário público das funções, a evidenciar a deficiente comunicação no processo de controle repressivo. Da mesma forma, observa-se que uma parte considerável dos casos envolvendo a prática de corrupção pública chega ao conhecimento do Estado por meio de denúncias de parentes, conhecidos ou desafetos, e não como resultado de fiscalização ordinária, tal como seria desejável no âmbito de uma política de

<sup>107</sup> Cf. "A partir da segunda metade do século XX, a evolução do Estado do Bem-Estar levou ao crescimento das atividades de gestão pública, gerando, de um lado, a setorização e pulverização do poder político e, de outro, a anomia e a vulnerabilidade nas relações de interdependência entre as unidades do sistema social<sup>17</sup>. Os vários níveis de referido sistema passaram, então, a ter suas próprias necessidades de crescimento e manutenção, estabelecendo-se uma complexa cadeia de mecanismos de coordenação e controle, cuja administração com frequência se dá de modo confuso e falho." (BECHARA, Ana Elisa Liberatore S.; FUZIGER, Rodrigo José. a política criminal brasileira no controle da corrupção pública. In: BECHARA, Ana Elisa Liberatore S.; BERDUGO, Ignacio (Coord.). **Estudios sobre la corrupción: una reflexión hispano brasileña**. Salamanca: Centro de Estudios Brasileños/Universidad de Salamanca, pp. 73-92, 2012, p. 309.)

controle racional. Tais dados empíricos evidenciam o fracasso do sistema penal no sentido de propiciar por si mesmo o controle da corrupção no Brasil, funcionando apenas como instrumento político de governo com caráter simbólico."<sup>108</sup>

Ressaltam, então, a necessidade de se rememorar o caráter eminentemente garantista do Direito Penal e sua impossibilidade para alterar situações complexas e eminentemente relacionadas a problemas estruturais.<sup>109</sup>

São nesses termos, então, que é possível enxergar o expansionismo penal dentro do combate à corrupção no Brasil. Note-se que os autores citados, na esteira das causas citadas por Silva Sánchez e Hassemer relacionam o aumento punitivo com uma mudança na importância do bem jurídico protegido, uma alteração na mentalidade da população, em uma alteração na lógica do Estado de utilizar o aparato penal como forma facilitada de conceder à população, imbuída de uma sensação de insegurança, de uma resposta, relacionada a que algo está sendo feito.

Nesse sentido, sendo possível, e palpável, vislumbrar-se essa expansão dentro do campo específico da análise, a partir das características aqui explicitadas, buscar-se-á no próximo capítulo confrontá-las com os contornos da teoria da pena traçados no primeiro capítulo, levando à possibilidade de resposta à pergunta de pesquisa, se e como esse expansionismo analisado compatibiliza-se com a finalidade da pena, nos termos da teoria de Hassemer.

---

<sup>108</sup> BECHARA, Ana Elisa Liberatore S.; FUZIGER, Rodrigo José. a política criminal brasileira no controle da corrupção pública. In: BECHARA, Ana Elisa Liberatore S.; BERDUGO, Ignacio (Coord.). **Estudios sobre la corrupción: una reflexión hispano brasileña**. Salamanca: Centro de Estudios Brasileños/Universidad de Salamanca, pp. 73-92, 2012.

<sup>109</sup> BECHARA, Ana Elisa Liberatore S.; FUZIGER, Rodrigo José. a política criminal brasileira no controle da corrupção pública. In: BECHARA, Ana Elisa Liberatore S.; BERDUGO, Ignacio (Coord.). **Estudios sobre la corrupción: una reflexión hispano brasileña**. Salamanca: Centro de Estudios Brasileños/Universidad de Salamanca, pp. 73-92, 2012, p. 318.

### **CAPÍTULO 3: CONCLUSÕES ACERCA DA COMPATIBILIDADE DA NATUREZA DA PENA COM A EXPANSÃO PENAL DA CORRUPÇÃO**

Aqui, como já adiantado, o que se pretende fazer é analisar se a pena, entendida nos contornos apresentados no primeiro capítulo, comporta ou não os movimentos de expansão que tentou se delimitar no segundo capítulo.

Para tanto, os principais aspectos de cada um dos conceitos chave serão brevemente retomados e confrontados entre si, a fim de que se chegue a uma resposta adequada à questão colocada.

Como base teórica, serão utilizados precipuamente para a argumentação que se pretende realizar os textos e conceitos já apresentados ao longo do trabalho. Contudo, em adição, será ainda explorado o texto "Direito Penal Simbólico", de Winfried Hassemer, na medida em que permite de forma clara explorar a visão do autor relacionada à expansão penal, quando confrontada com seu conceito e desenho finalístico da pena.

Assim, o que se pretende é o oferecimento de uma resposta adequada à questão que se colocou como objeto de pesquisa, a partir da exploração sólida das questões conceituais que a ela se precedem, bem como, da argumentação final a partir dessas bases axiológicas e teóricas exploradas ao longo do trabalho.

Busca-se então a (in)compatibilidade, especificamente verificada, entre a pena, sua finalidade, e seu desenho racionalmente orientado, com a expansão penal que se verifica na prática na corrupção no Brasil, e, mais especificamente, no crime de corrupção passiva dentro do ordenamento pátrio.

Retoma-se, para isso, algumas ideias já exploradas ao longo desta investigação.

Em primeiro lugar, relembra-se que dentro da perspectiva racional e metodológico-jurídica que o presente trabalho adota, o Direito, e portanto, o Direito Penal e o instituto jurídico da pena, são integrantes de um fenômeno eminentemente relacionado à razão prática. São jogos de linguagem, orientados gramaticalmente aos fins aos quais são dirigidos.

Nesse sentido, portanto, a finalidade da pena, tal qual teorizada por Hassemer, que, como já se explorou anteriormente, entende-se minimamente adequada à

fundamentação do instituto, é absolutamente indispensável aos contornos teóricos do campo em análise.

A finalidade da pena a condiciona e estabelece as linhas gerais para seu desenho institucional.

Nesse sentido, rememora-se que na ótica estudada, a teoria da prevenção geral positiva de Winfried Hassemer, apesar de presentes elementos extrínsecos já esmiuçados anteriormente, em síntese, é eminentemente uma teoria que enxerga a finalidade da pena relacionada à reafirmação da validade do Direito Penal, ante um movimento que lhe negou efetividade.

Contudo, ressalta-se que Hassemer enxerga na estrutura própria do Direito Penal um ramo do Direito cujo objetivo ínsito é a proteção de bens jurídicos fundamentais. Isso se dá, segundo ele, por meio tanto das regras incriminadoras que coíbem condutas especialmente gravosas a valores tidos como fundamentais à sociedade, quanto das garantias constitucionais, processuais e dogmático-penais voltadas à proteção do réu, na medida em que protegem os bens jurídicos, também fundamentais, de sua titularidade.

Assim sendo, são nesses termos que a pena e o Direito Penal se orientam, tendo como base a ideia fundamental de proteção individualizada e garantista a bens jurídicos.

Serve o aparato penal precipuamente para, por meio de punições cientificamente aplicadas, dentro dos espectros garantistas a ele desenhados, evitar que os bens jurídicos por ele tutelados sejam novamente atacados. Qualquer alteração, portanto, em seus limites e em seu campo de atuação, deve respeitar estes princípios que lhe orientam, dão forma, e garantem sua racionalidade.

Para além disso, verifica-se que a expansão penal no crime de corrupção é palpável dentro do movimento globalmente descrito por Silva Sánchez e Hassemer.

Nesse sentido, verifica-se a similaridade das causas citadas pelos autores referentes ao movimento em ambos os espectros; geral, relacionado ao expansionismo penal como um todo, e específico, relacionado ao expansionismo penal aplicado ao crime de corrupção passiva no Brasil.

A presença de novos interesses, de novos riscos, da institucionalização da insegurança, de uma sociedade de sujeitos passivos, da identificação da maioria com a vítima do delito, do descrédito de outras instâncias de proteção autonomamente consideradas, do enfoque da nova criminologia de esquerda, política criminal social-democrata, e do gerencialismo podem todas ser verificadas no fenômeno descrito da expansão da corrupção no Brasil.

Verifica-se de forma clara o recrudescimento do combate à corrupção no contexto estudado, por todas essas razões já suficientemente exploradas. A partir disso, constata-se que, com essa expansão, considerada a partir da nova perspectiva social acerca da criminalização dessas condutas, assim como a perspectiva de criminológica de utilização do aparato penal para se estruturar combates complexos a problemas estabelecidos, tem-se que a utilização da pena parece se mostrar em seu caráter simbólico, admitindo, a partir disso, uma série de consequências práticas que cada vez mais se explicitam.

Para tanto, é necessário ainda se trazer mais um conceito relevante à análise, o de Direito Penal Simbólico na visão de Hassemer. Isso porque, adianta-se, identifica-se no fenômeno da expansão penal aplicada à corrupção traços relevantes do que Hassemer descreveu no sentido de um Direito Penal de aplicação simbólica.

Nesses termos, o autor traz a ideia segunda a qual o Direito Penal Simbólico, que se apresenta de formas diversas na sociedade, acaba por ocorrer quando presente uma norma penal em cujo âmago há um descompasso entre suas funções manifestas e latentes. Assim sendo, utiliza-se a norma penal para fins segundo os quais ela é incompatível, seja para combater um sentimento generalizado de segurança ou amenizar as complexidades de uma sociedade de risco. Trata o Direito Penal de mecanismo preventivo à ataques pontuais e individualizados a bens jurídicos relevantes, não podendo ser utilizado em contradição a essas características, uma vez que a própria irracionalidade dessa aplicação leva ao desvirtuamento não apenas de seus aspectos ínsitos, mas também da função para a qual se pretendeu erroneamente utilizá-lo.

Verifique-se a conclusão do texto "Derecho Penal Simbólico y Protección de Bienes Jurídicos":

"O direito penal simbólico ocorre em formas muito diversas: Direito penal menos orientado para a proteção do bem jurídico do que para atos políticos

mais amplos, como a satisfação de uma «necessidade de agir». É um fenômeno da atual crise da política criminal voltada para as consequências. Isso gradualmente transforma o direito penal em um instrumento político de acompanhamento de direitos legais universais e crimes de perigo abstrato. Esta lei penal conforma-se com as imagens de uma “insegurança global” e de uma “sociedade de risco”. Uma lei penal simbólica com função de ludibriar não cumpre a função de política criminal e mina a confiança da população na Administração da Justiça.”<sup>110</sup>

Adverte, no entanto, que a utilização do Direito Penal é eminentemente simbólica<sup>111</sup>, na medida em que seus mecanismos de atuação são fundamentalmente preventivos. Assim, ante a necessidade de se dissuadir novos ataques a bens jurídicos, a partir de uma prevenção geral positiva, que acaba por reafirmar a validade das normas jurídicas diante de um ataque, utiliza-se necessariamente de símbolos.

O problema jaz justamente em quando os fins para os quais a norma penal está sendo utilizada não condizem com aqueles que sua estrutura jurídica permite suportar. Sendo a partir deste ponto que exsurge um problema ainda maior, quando utilizado de forma puramente simbólica o Direito Penal se desnatura, perdendo sua função primordial, na medida em que os símbolos que necessita utilizar para a consecução de seus fins escorregitoss se tornam ineficazes.<sup>112</sup>

---

<sup>110</sup> HASSEMER, Winfried. Derecho penal simbólico y protección de bienes jurídicos. Pena y Estado: **Revista Hispano Latinoamericana**, Buenos Aires, n. 1, p. 23-36., set./dez. 1991, p. 36. Tradução Livre.

<sup>111</sup> cf. "En la determinación de la pena no se puede entender su principio fundamental de «Defensa del ordenamiento jurídico» (§§ 47,56 Ili, 1 Nr. 3 StGB) sin tomar en consideración sus facetas simbólicas: La «conservación de la confianza del pueblo en el Derecho», o la «Confianza del pueblo en la invulnerabilidad del Derecho y en la protección del ordenamiento jurídico frente a ataques delictivos» los que apesar de estar instrumentalmente formulados son alcanzables, si acaso por medio de intervenciones simbólicas. La conservación y promoción de la confianza y fidelidad en el Derecho son procesos comunicativos y de largo alcance con una plétora de variables cognitivas y emotivas, un engranaje, en el cual las elecciones penales representan sólo un minúsculo tornillo (del cual no siempre se sabe en qué dirección gira)." (HASSEMER, Winfried. Derecho penal simbólico y protección de bienes jurídicos. Pena y Estado: **Revista Hispano Latinoamericana**, Buenos Aires, n. 1, p. 23-36., set./dez. 1991, p. 26)

Em tradução livre: "Na determinação da pena, não se pode compreender o seu princípio fundamental de «Defesa da ordem jurídica» (§§ 47,56 Ili, 1 Nr. 3 StGB) sem levar em consideração as suas facetas simbólicas: A «preservação da confiança do povo na Lei», ou a "Confiança do povo na invulnerabilidade da Lei e na proteção do ordenamento jurídico contra ataques criminosos" que, apesar de formuladas instrumentalmente, são alcançáveis, quando muito, por meio de intervenções simbólicas. A preservação e promoção da confiança e fidelidade em el O direito são processos comunicativos e de grande alcance com uma infinidade de variáveis cognitivas e emocionais, uma engrenagem, em que as eleições criminais representam apenas um ínfimo parafuso (do qual nem sempre se sabe em que direção gira)."

<sup>112</sup> cf. "Y la gran seriedad con la cual cotidianamente se debate política y científicamente la efectividad y justeza de el Derecho penal se vería desautorizado si éste tuviera un objeto exclusivamente simbólico. Los procesamientos, los juicios y las penas tienen unas raíces demasiado profundas en nuestras vivencias personales y sociales como para poder aceptar su aspecto solamente simbólico."

Cita, nesse espectro, as leis de declaração de valores, as leis com caráter de adaptação moral, as respostas substitutivas do legislador, e as leis de compromisso.<sup>113</sup> E complementa, explorando a ideia de quando o simbolismo se torna problemático, entendido a partir da sobreposição dos objetivos latentes aos manifestos, podendo manifestar-se essa tanto na aplicação da norma quanto em sua própria formulação. Confira-se:

"«Simbólico» en sentido crítico es por consiguiente un Derecho penal en el cual las funciones latentes predominen sobre las manifiestas: del cual puede esperarse que realice a través de la norma y su aplicación otros objetivos que los descritos en la norma. Con ello se entiende - como ya expresa la determinación del concepto - por «funciones manifiestas» llanamente las condiciones objetivas de realización de la norma, las que la propia norma alcanza en su formulación: una regulación del conjunto global de casos singulares que caen en el ámbito de aplicación de la norma, esto es, la protección del bien jurídico previsto en la norma. Las «funciones latentes»>>, a diferencia, son múltiples, se superponen parcialmente unas a otras y son descritas ampliamente en la literatura: desde la satisfacción de una «necesidad de actuar» a un apaciguamiento de la población, hasta la demostración de un Estado fuerte. La previsibilidad de la aplicación de la norma se mide en la cantidad y calidad de las condiciones objetivas, las que están a disposición de la realización objetiva instrumental de la norma. Una predominancia de las funciones latentes fundamenta lo que aquí denomino «engano» o «aparencia»: Los fines descritos en la regulación de la norma son --comparativamente- distintos a los que se esperaban de hecho; no se puede uno fiar de la norma tal y como ésta se presenta. Finalmente en esta concreción de «simbólico» no se trata sólo del proceso de aplicación de las normas, sino frecuentemente ya de la formulación y publicación de la norma: en algunas normas (como §220a StGB) apenas se espera aplicación alguna."<sup>114</sup>

---

(HASSEMER, Winfried. Derecho penal simbólico y protección de bienes jurídicos. Pena y Estado: **Revista Hispano Latinoamericana**, Buenos Aires, n. 1, p. 23-36., set./dez. 1991, p. 24)

Em tradução livre: "E a grande seriedade com que a efetividade e justiça do direito penal é debatida cotidianamente política e cientificamente seria desautorizada se tivesse um objeto exclusivamente simbólico. Acusações, julgamentos e sentenças têm raízes muito profundas em nossas experiências pessoais e sociais para podermos aceitar seu único aspecto simbólico."

<sup>113</sup> HASSEMER, Winfried. Derecho penal simbólico y protección de bienes jurídicos. Pena y Estado: **Revista Hispano Latinoamericana**, Buenos Aires, n. 1, p. 23-36., set./dez. 1991, p. 26.

<sup>114</sup> HASSEMER, Winfried. Derecho penal simbólico y protección de bienes jurídicos. Pena y Estado: **Revista Hispano Latinoamericana**, Buenos Aires, n. 1, p. 23-36., set./dez. 1991, p. 30. Em tradução livre: ""Simbólico" em sentido crítico é, portanto, um direito penal em que as funções latentes predominam sobre as manifestas: das quais se pode esperar alcançar outros objetivos através da norma e sua aplicação além daqueles descritos na norma. - como a determinação do já exprime - por «funções manifestas» simplesmente as condições objetivas de realização da norma, aquelas que a própria norma atinge na sua formulação: uma regulação do conjunto global dos casos singulares que cabem no âmbito de aplicação da norma, que ou seja, a tutela do bem jurídico prevista na norma. As «funções latentes», ao contrário, são múltiplas, sobrepõem-se parcialmente e são amplamente descritas na literatura: desde a satisfação de uma «necessidade de agir» para apaziguar a população, até a demonstração de um Estado forte. A previsibilidade da aplicação da norma mede-se na quantidade e qualidade das condições objetivas, aquelas que estão à disposição da realização objetiva instrumental da norma. Uma predominância de funções latentes é a base do que chamo aqui de «engano» ou «aparência»: Os fins descritos no regulamento da norma são -comparativamente-

O Direito Penal simbólico, entendido nesses termos como figura da crise do Direito Penal utilitarista, tem suas críticas erigidas a partir da ideia de que a prevenção é um conceito aceitável apenas quando é eficaz. Quando se utiliza, então, o aparato penal para fins que não lhe são próprios, a ineficácia é inexorável e este desnatura-se, perde sua finalidade, pressuposto da própria racionalidade do campo.

Ontologicamente falando, a aplicação do Direito Penal, nos desenhos liberais nos quais foi construído, a fim de compatibilizar a punição com a prevenção, apenas é autorizada em se falando de uma prevenção eficaz aplicada em situações eminentemente tardias, em que o bem jurídico relevante já foi efetivamente lesado. Necessita-se observar os postulados da teoria geral do delito segundo os quais o crime é fato típico (material, objetiva e subjetivamente), antijurídico e culpável, o que não é feito quando da aplicação do Direito Penal simbólico nos termos teorizados por Hassemer.<sup>115</sup>

Assim sendo, em se analisando os termos da expansão analisada no capítulo anterior algumas observações podem ser traçadas. Em primeiro lugar, como bem citado pelos professores Ana Elisa Bechara e Rodrigo José Fuziguer, no texto aqui já referenciado anteriormente, é possível enxergar-se uma reavaliação relevante no que toca ao bem jurídico administração pública, ou, com mais acerto, funções públicas e funcionamento correto do Estado. O que é palpável é que com o advento de políticas econômicas pós-liberais, principalmente com o advento do Estado de Bem-estar Social, e a escolha desse modelo de forma clara pela Constituição de 1988, o espectro de atuação da Administração e das funções do Estado vem sendo ampliado de forma relevante. Para além disso, a globalização acaba, para além de transcender os limites das possibilidades de transgressão, também traz a exigência de controle

---

diferentes dos que se esperavam de facto; Não se pode confiar na norma tal como ela é apresentada. Por fim, nesta concretização do "simbólico" não se trata apenas do processo de aplicação das normas, mas muitas vezes já da formulação e publicação da norma: em algumas normas (como o §220a StGB) dificilmente se espera qualquer aplicação."

<sup>115</sup> cf. "Un Derecho penal simbólico que ceda sus funciones manifestas en favor de las latentes traiciona los principios de un Derecho penal liberal, especialmente el principio de protección de bienes jurídicos y mina la confianza de la población en la Administración de Justicia." (HASSEMER, Winfried. Derecho penal simbólico y protección de bienes jurídicos. Pena y Estado: **Revista Hispano Latinoamericana**, Buenos Aires, n. 1, p. 23-36., set./dez. 1991, p. 35)

Em tradução livre: "Uma lei penal simbólica que cede suas funções manifestas em favor das latentes trai os princípios de uma lei penal liberal, especialmente o princípio da proteção dos bens jurídicos e mina a confiança da população na Administração da Justiça."



rígido à corrupção, na medida em que esta impede a inserção do Estado em um contexto internacional que preza pelo combate à criminalidade organizada.

O combate à corrupção é absolutamente inexorável e necessário, e, parece razoável que a partir das mudanças que se verificam empiricamente, este tenha seus contornos alterados.

Contudo, também parece palpável a existência de excessos.

Em primeiro lugar, o recrudescimento excessivo parece claramente trazer a sobreposição das finalidades latentes à manifestas nos termos há pouco explorados. E o excesso aqui pode ser verificado na medida que a expansão se verificou não só pelo aumento da pena, por pressões internacionais, ou por relativizações doutrinárias, jurisprudenciais e pragmáticas, mas na verdade ocorreu uma coordenação destes fatores que acabou por transcender os limites típicos sobre os quais necessariamente deveria se submeter a análise e aplicação das normas penais em estudo.

Para além disso, a coordenação de instâncias jurídicas (civil, administrativa, etc) e de delitos (vide considerações acerca da utilização da lavagem de capitais no combate à corrupção) para satisfazer um aumento na persecução penal da corrupção passiva é preocupante, na medida em que parece deixar claro que a proteção ao bem jurídico protegido não é o objetivo principal da aplicação destas normas nos contornos em que se desenha.

Nesse sentido, a prevenção do Direito Penal, necessariamente destinada àqueles ataques pontuais e necessariamente gravosos, parece aqui se desvirtuar, nos termos expostos por Hassemer, na medida em que a norma parece estar sendo utilizada muito mais para a satisfação de anseios maiores e para fazer frente a um contexto complexo para o qual não é capaz.

Um bom exemplo disso é a citada Ação Penal 480 do Supremo Tribunal Federal, que, como visto, foi relevante a uma boa parcela da expansão típica da corrupção passiva no Brasil. Contudo, parece claro aqui não haver qualquer tipo de reinterpretção baseado no maior valor do bem jurídico ou qualquer tipo de mudança social relevante que alterou os contornos da conduta descrita.

Assim sendo, apesar de poder se imaginar legítima essa expansão, pensada abstratamente, frente a alterações sociais, de fato relevantes, parece se verificar concretamente no contexto em que se vive uma expansão penal inadequada, na

medida em que aplica eminentemente o Direito Penal simbólico, condenando o aparato penal neste ponto específico a uma tarefa que o desvirtua, e fazendo-lo, desvirtua-se a si mesma.

Verifique-se o que o próprio Hassemer, ao estudar as finalidades da pena em seu texto "Warum Und Zu Welchem Ende Strafen Wir?", escreveu acerca do recrudescimento do combate à corrupção no mundo, o que, ressalta-se, parece plenamente aplicável ao caso brasileiro:

"Seria atual, mas equivocado, concluir do perigo de desenvolvimentos corruptos que estes devem ser combatidos com os meios mais fortes de que dispomos, nomeadamente com o direito penal: novas infrações penais, aumento das penas, eliminação da responsabilidade criminal requisitos como o acordo ilícito, rebaixamento dos requisitos do dolo ou sua comprovação, intensificação dos instrumentos investigativos como vigilância telefônica, investigadores infiltrados, espionagem, testemunhas-chave."<sup>116</sup>

---

<sup>116</sup> HASSEMER, Winfried. Warum Und Zu Welchem Ende Strafen Wir? **Zeitschrift Für Rechtspolitik**, v. 30, n. 8, 1997, pp. 316–21. Em tradução livre.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

A análise que se realizou nestas páginas foi fruto de uma indagação que foi entendida como essencial, tanto pela importância quanto pela gravidade do assunto. Evidentemente o presente estudo não se pretende exauriente ou sequer abrangente no que toca à finalidade da pena aplicada ao crime de corrupção passiva no Brasil. Foi trazido, como pôde se perceber, uma visão muito própria e pontual sobre o assunto.

A pergunta de pesquisa que guiou o trabalho, já repetida algumas vezes, é justamente, tomando como base a teoria de Hassemer acerca da finalidade da pena, saber se os movimentos expansionistas relacionados ao maior recrudescimento da persecução penal aos delitos de corrupção passiva são ou não normativamente adequados, dentro de uma lógica de justificação externa do instituto da pena.

Para isso, buscou-se deixar claro as bases epistemológicas de teoria geral utilizadas, assim como a visão que se tem do próprio Direito Penal. A partir disso, foi trazido um apanhado das principais teorias acerca da fundamentação da pena, para poder se adentrar na teoria que guiou o trabalho, a de Winfried Hassemer.

No segundo capítulo, foram trazidas as principais bases dogmáticas da corrupção passiva, após, uma leitura teórica do movimento de expansionismo penal, e uma tentativa de compilado de trabalhos que identificam como esse instituto se comporta no Brasil, quando relacionado ao crime de corrupção passiva.

Por fim, no capítulo conclusivo, apresentou-se uma argumentação relacionada à compatibilidade desse movimento específico com a finalidade da pena estudada. Concluiu-se que, apesar de ser possível se enxergar alguns aspectos legitimadores da expansão, em linhas gerais, tal movimento deve ser enxergado como incompatível com os postulados trazidos, sendo, portanto, nesta visão, inadequado, em razão, principalmente, de seu uso eminentemente simbólico, como se tentou demonstrar.

Nestes termos, então, é que foi realizada a presente investigação, tentando se trazer uma visão que, apesar de admitidamente pontual e enviesada, já que parte de pressupostos pré-concebidos, versa sobre um assunto relevante, que merece ser estudado.

O Direito Penal, como dito anteriormente, é um braço essencial à legitimação do Estado e a definição escoreita de seus postulados é absolutamente essencial ao respeito da dignidade humana em uma sociedade organizada em um Estado Democrático de Direito.

O estudo que se realizou buscou contribuir, mesmo que de forma diminuta, a este cenário tão relevante.

## BIBLIOGRAFIA

ALEXY, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

ARISTÓTELES. Ética a Nicômaco. Coleção: Os pensadores. São Paulo: Nova Cultural, 1987.

BECHARA, Ana Elisa Liberatore S.; FUZIGER, Rodrigo José. a política criminal brasileira no controle da corrupção pública. In: BECHARA, Ana Elisa Liberatore S.; BERDUGO, Ignacio (Coord.). **Estudios sobre la corrupción: una reflexión hispano brasileña**. Salamanca: Centro de Estudios Brasileños/Universidad de Salamanca, pp. 73-92, 2012.

BECK, Ulrich. **Sociedade de risco: Rumo a outra modernidade**. 2. ed . São Paulo: Editora 34, 2011.

CARVALHO, Salo de. **Penas e medidas de segurança no direito penal brasileiro: fundamentos e aplicação judicial**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2020.

COSTA, Helena Regina Lobo da. **A dignidade humana e as teorias de prevenção geral positiva**. Dissertação (Mestrado). Universidade de São Paulo, São Paulo, 2003.

DUEK MARQUES. Fundamentos da pena. 3a ed. – São Paulo: WMF Martins Fontes, 2016.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: Teoria do garantismo penal. 3. ed. rev. São Paulo: RT, 2002

GRISEZ, Germain. O primeiro princípio da razão prática. **Revista Direito GV**, v. 3 n. 2, 2007.

HART, Herbert L. A. **Punishment and Responsibility**. 2. ed. Oxford: Oxford University Press, 1970.

HASSEMER, Winfried. **Direito penal libertário**. Tradução de Regina Greve; coordenação e supervisão Luiz Moreira. - Belo Horizonte: Del Rey, 2007

HASSEMER, Winfried. A que metas pode a pena estatal visar? **Justitia**. São Paulo, ano 48, v. 13, pp. 26-31, abr./jun. 1986.

HASSEMER, Winfried. Derecho penal simbólico y protección de bienes jurídicos. Pena y Estado: **Revista Hispano Latinoamericana**, Buenos Aires, n. 1, p. 23-36., set./dez. 1991.

HASSEMER, Winfried. Derecho penal simbólico y protección de bienes jurídicos. Pena y Estado: **Revista Hispano Latinoamericana**, Buenos Aires, n. 1, p. 23-36., set./dez. 1991.

HASSEMER, Winfried. Perspectivas de uma moderna política criminal. RBCCrim, ano 2, n. 8, São Paulo: RT, p. 41-51, out.-dez. 1994.

HASSEMER, Winfried. Por qué y con qué fin se aplican las penas?: sentido y fin de la sanción penal. **Revista de derecho penal y criminología**. Espanha, Madrid, n. 3, pp. 317-331, jan. 1999.

HASSEMER, Winfried. Punir no estado de direito. In: GRECO, Luis; MARTINS, António Carvalho (Org.). **Direito Penal como crítica da pena**: estudos em homenagem a Juarez Tavares por seu 70º aniversário em 2 de setembro de 2012. Madrid: Marcial Pons, 2012.

HASSEMER, Winfried. Ressocialização e Estado de Direito. **Revista de Estudos Criminais**, Porto Alegre, v. 6, n. 21, pp. 9-13., jan./mar. 2006.

HASSEMER, Winfried. Warum Und Zu Welchem Ende Strafen Wir? **Zeitschrift Für Rechtspolitik**, v. 30, n. 8, 1997.

LOPES, José Reinaldo de Lima. **Aula inaugural**. *Revista Da Faculdade De Direito, Universidade De São Paulo*, v. 110, pp. 907-917.

LOPES, José Reinaldo de Lima. **Curso de Filosofia do Direito** - o direito como prática. São Paulo: Atlas, 2021.

NINO, Carlos Santiago. Introdução à análise do Direito. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010.

NINO, Carlos Santiago. Ética e Direitos Humanos. São Leopoldo/RS: Unisinos, 2011.

PAIVA, Luiz Guilherme Mendes de. **Populismo Penal no Brasil**: do modernismo ao antimodernismo penal, de 1984 a 1990. Tese (Doutorado). Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2015.

RADBRUCH, Gustav. **A Theory of Justice**. Revised Edition. Cambridge: Harvard University Press, 2000.

RADBRUCH, Gustav. *Filosofia do Direito*. 2. ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010.

RADBRUCH, Gustav. **Introdução à ciência do Direito**. 2. ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010.

RADBRUCH, Gustav. **Rechtphilosophie**. Studienausgabe. 2. Auflage. Heidelberg: C. F. Müller Verlag, 2011.

RAWLS, John 1955. Two Concepts of Rules, **The Philosophical Review**, v. 64, n. 1. jan. 1955.

RAWLS, John. **O liberalismo político**. Ed. ampl. Tradução Álvaro Vita. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2011.

SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. A idéia penal sobre a corrupção no Brasil: da seletividade pretérita à expansão de horizontes atual. In: BECHARA, Ana Elisa Liberatore S.; BERDUGO, Ignacio (Coord.). **Estudios sobre la corrupción: una reflexión hispano brasileña**. Salamanca: Centro de Estudios Brasileños/Universidad de Salamanca, pp. 73-92, 2012.

SILVEIRA, Renato de Mello Jorge; SAAD-DINIZ, Eduardo. **Compliance, direito penal e lei anticorrupção**. São Paulo: Saraiva, 2015.

SILVEIRA, Renato de Mello Jorge; SAAD-DINIZ, Eduardo. *Compliance, direito penal e lei anticorrupção*. São Paulo: Saraiva, 2015.

SOUZA, Luciano Anderson de. **Direito Penal**. Vol. 5. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021.

TOJAL, Tarsila Fonseca, **Corrupção e o princípio de ne bis in idem**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2023.

TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de direito penal*. 5. Ed. São Paulo: Saraiva, 1994.