

O PAPEL EPISTÊMICO DA POLÍTICA CRIMINAL NAS CIÊNCIAS PENAIIS: A CONTRIBUIÇÃO DE V. LISZT¹

THE EPISTEMIC ROLE OF CRIMINAL POLITICS IN THE CRIMINAL SCIENCES: THE CONTRIBUTION OF V. LISZT

JOSÉ LUIS DÍEZ RIPOLLÉS^{2, I}

I Universidade de Málaga (UMA). Málaga, Espanha.

CHIAVELLI FALAVIGNO^{3, II} (Trad.)

II Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Florianópolis (SC). Brasil.

RAFAEL BULGAKOV KLOCK RODRIGUES^{4, III} (Trad.)

III Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP). Jacarezinho (PR). Brasil.

RAFAEL SBEGHEN^{5, IV} (Trad.)

IV Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Belo Horizonte (MG). Brasil

RESUMO: A contribuição de v. Liszt para a identificação dos saberes que devem tratar da questão do delito e do delinquente foi determinante na evolução dessas ciências ao longo do último século e meio. O presente estudo analisa detidamente o conteúdo atribuído a esses conhecimentos pelo referido autor, com especial atenção no papel atribuído à política criminal frente à dogmática e à criminologia. Entre as numerosas descobertas dessa investigação, merecem destaque a pouca atenção dada por v. Liszt aos conteúdos prescritivos do direito penal, e a limitada, porém relevante, função atribuída à política criminal, centrada no manejo eficaz das penas e medidas de segurança. A análise crítica de sua decisiva contribuição serve também para esboçar as necessidades que a política criminal deve atender na atualidade.

PALAVRAS-CHAVE: Liszt; Política Criminal; Epistemologia das ciências penais; Criminologia; Política Social; Ciência do Direito Penal.

ABSTRACT: The contribution of V. Liszt to the identification of the knowledges that should deal with the question of the crime and the delinquent was determinant in the evolution of these sciences during the last century and a half. This study takes a close look at the content attributed to this knowledge by the author, with special attention to the role attributed to criminal policy in relation to dogmatics and criminology. Among the numerous findings of this investigation, it is worth noting the little attention given by v. Liszt to the prescriptive contents of criminal law, and the limited, yet relevant, role attributed to criminal policy, centered on the effective management of punishments and security measures. The critical analysis of his decisive contribution also serves to outline the needs that criminal policy must meet today.

¹ Texto traduzido do espanhol por Chiavelli Falavigno, Rafael Bulgakov Klock Rodrigues e Rafael Sbeghen.

² Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-2957-9541>

³ Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-7264-2171>

⁴ Orcid: <https://orcid.org/0000-0001-7072-7609>

⁵ Orcid: <https://orcid.org/0000-0003-4745-5689>

KEYWORDS: Liszt; Criminal Policy; Epistemology of Penal Sciences; Criminology; Social Policy; Science of Criminal Law.

1. AS CIÊNCIAS PENAIS E SEU CONTEÚDO

O debate sobre quais devem ser os campos de conhecimento preferencialmente utilizados pelas pessoas e pelas instituições que se ocupam do controle da delinquência tem sido marcado há quase um século e meio pelas reflexões de v. Liszt. Sua conhecida formulação da *gesamte Strafrechtswissenschaft*, transcrição do alemão, para ele mesmo insatisfatória,⁶ do que outras línguas mais precisamente denominavam *sciences pénales* ou *scienze penali*, era algo mais que o mero agrupamento de conhecimentos relacionados. Pressupunha um questionamento certo sobre as práticas até então desenvolvidas para controlar o delito e os delinquentes.

A formulação mais elaborada daquilo que v. Liszt entende por ciências penais foi definida em 1899,⁷ e não com fins puramente classificatórios, mas também com a pretensão de demarcar nitidamente as diferenças entre os objetivos e métodos da escola clássica do direito penal e sua nova escola.

Assim, o primeiro objetivo das ciências penais é formar os aplicadores do direito penal. Isso exige, por um lado, o estudo lógico-sistemático dos preceitos do direito penal material e processual, atividade que denomina de ciência do direito penal em sentido estrito (*Strafrechtswissenschaft im engeren Sinn*). Ademais, e por outro lado, há o estudo das técnicas que permitem, dentro do processo penal, determinarem-se os fatos simultâneos aos quais se aplicam os preceitos jurídicos, o que denomina criminalística.

A segunda tarefa das ciências penais já não ser pedagógica, segundo o autor, mas científica, e se ocupa do conhecimento puramente científico dos fenômenos que são os próprios objetos de tais ciências, quais sejam, o delito e a pena. O primeiro se consegue pela explicação causal do delito em seus componentes psicológicos e sociais por meio de métodos científico-naturais, ao que corresponde a criminologia. O segundo se alcança com a investigação causal

⁶ Ver v. Liszt, F, *Kriminalpolitische Aufgaben* (1889-1892), em v. Liszt, F, *Strafrechtliche Vorträge und Aufsätze*, 1. Band, Berlin: Walter de Gruyter, 1970, pp. 293-294.

⁷ Ver v. Liszt, F, *Die Aufgaben und die Methode der Strafrechtswissenschaft* (1899), em v. Liszt, F, *Strafrechtliche Vorträge und Aufsätze*, 2. Band, Berlin: Walter de Gruyter, 1970, pp. 285-297.

da pena, diferenciada, na medida do possível, das medidas de segurança, e conduzida em função dos efeitos que com ela se pretende obter; a penologia é a disciplina que se ocupa desse ponto.

A terceira tarefa é uma tarefa política, e consiste em guiar e assessorar o legislador penal em sua pretensão de lutar contra a delinquência, o que este faz, especialmente, mas não exclusivamente, mediante o emprego da pena e das medidas de segurança. Isso exige fornecer ao legislador penal os princípios sob os quais a pena e as medidas de segurança possam oferecer os melhores resultados possíveis na proteção do ordenamento jurídico, os critérios para avaliar o direito vigente e a direção em que deve se mover o legislador no futuro. Tudo isso corresponde à política criminal.

Já não há mais conteúdos epistêmicos das ciências penais. A filosofia, mesmo que vestida com as roupagens das teorias absolutas, não está compreendida nas ciências penais. Por sua vez, a história desempenha apenas um papel auxiliar.

Convém que estudemos como nosso autor chegou até aqui: a análise vai nos iluminar sobre o significado autêntico que se atribui a cada uma das disciplinas implicadas.

Tudo começa quando formula, em 1882, o que se conhece como "o programa de Marburgo", seu famoso trabalho sobre *A ideia de fim em direito penal*,⁸ no qual estabelece as bases de sua concepção de direito penal.⁹ Ali, o autor manifesta sua preocupação ao avaliar que a ciência do direito penal (*Wissenschaft des Strafrechts*) não abarca como uma tarefa sua o estudo do delito como fenômeno social nem a função social da pena. Em consequência disso, ocupam-se desse trabalho as ciências sociais, como a antropologia, a psicologia e as estatísticas criminais, que o fazem às margens da ciência do direito penal. Todavia, se queremos que o direito penal alcance resultados na luta contra a criminalidade, a ciência do direito penal, encarregada de guiar essa missão, deve incorporar essas disciplinas. E, certamente, nem a ciência do direito penal, nem a legislação e a administração da justiça estão, neste sentido, à altura da missão que lhes corresponde.¹⁰

Pode-se apreciar, neste texto embrionário, como v. Liszt não vê a possibilidade de difundir seu novo direito penal teleologicamente orientado sem dispor de disciplinas que o

⁸ Ver v. Liszt, F, *Der Zweckgedanke im Strafrecht* (1882), em v. Liszt, F, *Strafrechtliche Vorträge und Aufsätze*, 1. Band, Berlin: Walter de Gruyter, 1970, pp. 126-179. (Há tradução espanhola, ver, v. Liszt, F, *La idea de fin en el derecho penal* Valparaíso: Edeval, 1984).

⁹ Nos ocuparemos dela abaixo.

¹⁰ Ver v. Liszt, F, *Der Zweckgedanke*, cit, pp. 162, 169, 177-179 (versão espanhola, pp. 108, 120, 132-133).

municiem de informações sobre a realidade pessoal e social em que se desenvolve a luta contra a delinquência. Tais efeitos demandam a integração dessas matérias com a ciência do direito penal. Ainda se está longe de criar um catálogo de ciências penais, cada uma com sua própria epistemologia, tratando-se simplesmente de que a ciência do direito penal abarque esses conhecimentos para assegurar a eficácia na luta contra o delito. Nesse sentido, é sintomático que nesse contexto não haja nenhuma menção à política criminal.

É no ano de 1889 que, como dissemos, v. Liszt utiliza pela primeira vez o conceito de ciências penais (*gesamte Strafrechtswissenschaft*), quando esboça uma diferenciação das ciências penais, as quais agrupa em dois grandes blocos: por um lado, o direito penal em sentido estrito (*Strafrecht im engeren Sinne*) ou a ciência do direito penal (*Strafrechtswissenschaft*), termos que considera equivalentes. Por outro lado, a política criminal em sentido amplo, que agrupa o resto dos conteúdos das ciências penais, e na qual se incluem a biologia e sociologia criminais, por mais que a política criminal não se esgote nelas. Apenas ocasionalmente o autor vai utilizar um conceito estrito de política criminal que, pressupondo a biologia e a sociologia criminais, mostra um conteúdo epistêmico distinto delas. De outro lado, a ciência penitenciária (*Gefängniswissenschaft*) carece de autonomia, já que, em parte, é direito penal em sentido estrito e, em parte, política criminal.¹¹

O interessante deste momento na evolução do pensamento de v. Liszt é, antes de tudo, a configuração de uma nova ciência penal, a política criminal, que passa a ser a contrapartida de uma ciência do direito penal que tem problemas para se diferenciar do direito penal propriamente dito. De fato, a política criminal surge com uma grande força atrativa, até o ponto em que inclui dentro de si o que agora chamaríamos de criminologia, sem que, por outro lado, se confunda com ela. Certo é que v. Liszt ainda não tem suficientemente claros os conteúdos epistemológicos nem da política criminal, nem da biologia e sociologia criminais, as quais denomina no mesmo estudo antropologia e estatística criminais, respectivamente.

Pelo contrário, a ciência do direito penal não vai, neste estudo, mais além da interpretação dos preceitos penais e processuais penais e de desenvolver uma depurada abstração dos conceitos de delito e pena. No entanto, para sermos justos, deve-se dizer que, em

¹¹ Ver v. Liszt, F, *Kriminalpolitische Aufgaben*, cit, pp. 290-296, 330.

um trabalho precedente de 1886,¹² nosso autor considerou que toda ciência jurídica, e a ciência do direito penal em particular, é, ao mesmo tempo, ciência sistemática e ciência prática. A primeira seleciona exaustivamente o material jurídico vigente, o sintetiza mediante definições e os sistematiza através de conceitos progressivamente mais abstratos. A segunda se ocupa dos fatos reais da vida jurídica (*Tatsachen des Rechtslebens*), pois só um entendimento adequado do que ocorreu em cada caso permitirá uma aplicação cabal dos conceitos jurídicos sistemáticos. Deste modo, além de atribuir um conteúdo epistêmico definido à ciência do direito penal, antecipa a divisão entre ciência do direito penal em sentido estrito e criminalística, formulada um pouco mais tarde.¹³

Em 1893 ocorre um progresso muito significativo no entendimento de nosso autor sobre o conteúdo das ciências penais.¹⁴ Em primeiro lugar, ele especifica a diferença entre a ciência do direito penal (*Strafrechtswissenschaft*), que não considera uma verdadeira ciência, senão uma técnica (*Fertigkeit*) ou uma arte de natureza lógico-sistemática, das regras jurídico-penais sobre as quais trabalha (*Strafrecht*), corrigindo assim uma confusão terminológica que vinha se arrastando há muito tempo. Junto a essa técnica, temos uma ciência em sentido próprio, a sociologia criminal, ramo autônomo da sociologia geral que inclui dentro de si a antropologia criminal. E em terceiro lugar, dispomos da política criminal, que é uma ciência aplicada, prudencial, com um fim prático e que se funda nos conhecimentos da sociologia criminal, embora seja mais que isso, até mesmo algo distinto.

Este novo aprofundamento em seu conceito das ciências penais nos dá algumas chaves interessantes: o mais importante é que se produz uma nítida distinção entre política criminal e os conteúdos do que logo será a criminologia. A política criminal, por mais que se funde nos conhecimentos da sociologia criminal, é uma ciência de natureza distinta, com fins e conteúdos próprios.¹⁵ Por sua vez, aquela criminologia incipiente, a sociologia criminal, no entanto, segue

¹² Ver v. Liszt, F, *Rechtsgut und Handlungsbegriff im Bindingschen Handbuche* (1886), em v. Liszt, F, *Strafrechtliche Vorträge und Aufsätze*, 1. Band, Berlin: Walter de Gruyter, 1970, pp. 214-219

¹³ Não creio que a referência aos fatos reais da vida jurídica que faz neste trabalho se refira às realidades pessoais e sociais das que se ocupa a criminologia. Mas sim está se referindo ao que logo chamará, como temos visto, criminalística, que tem um papel especial no sistema probatório.

¹⁴ Ver v. Liszt, F, *Über den Einfluss der soziologischen und anthropologischen Forschungen auf die Grundbegriffe des Strafrechts* (1893), em v. Liszt, F, *Strafrechtliche Vorträge und Aufsätze*, 2. Band, Berlin: Walter de Gruyter, 1970, pp. 77-79.

¹⁵ Não é consciente, aparentemente, desta diferenciação epistêmica, que passará a ser definitiva para v. Liszt desde então, Muñoz Conde, F, *La herencia de Franz von Liszt*, *Revista penal*, 2011, n. 27, p. 162.

sem ter plena autonomia, agora porque se encontra sob o amparo da sociologia, reforçando seu conteúdo epistêmico ao incluir dentro dela a antropologia criminal. Ademais, a distinção entre direito penal, como conjunto de regras jurídicas, e ciência do direito penal, como técnica lógico-sistemática de manejo dessas regras, abre o caminho, mesmo que Liszt ainda não o faça, para a consolidação da dogmática jurídico-penal.

Em 1898, um ano antes de formular sua configuração definitiva das ciências penais,¹⁶ e em relação a um dos objetos das ciências criminais, o crime, considera que este pode ser abordado sob duas perspectivas, sendo uma técnico-jurídica e outra científico-natural. A primeira se ocupa de determinar o fato, o direito aplicável e a subsunção do fato ao direito. A segunda tenta averiguar as causas do delito, o que faz com uma dupla abordagem, a biológica ou antropológica e a sociológica. Não obstante, com o fito de elucidar qual dos dois enfoques científico-naturais é mais importante, identifica uma terceira abordagem do delito, a político-criminal, que se caracteriza por seu objetivo de combate ao delito, para o qual precisa abordar as suas causas.

As ideias estão maduras para realizar sua classificação epistemológica final. Cabe ressaltar, contudo, a recuperação pela biologia ou antropologia criminal de sua autonomia frente à sociologia criminal, e a contundente reivindicação de ambas como ciências científico-naturais. Também, que a consideração da penologia como ciência autônoma deverá aguardar até 1899.

Por último, a formulação sintética dos conteúdos das ciências penais que v. Liszt fará no início de seu Tratado, que se manterá na última edição alemã de 1919, não supera o detalhamento da formulação de 1899 citada anteriormente, nem se separa substancialmente dela: diferencia o direito penal como conjunto de regras jurídicas que vinculam a pena com o fato delitivo, e a ciência do direito penal (a *Strafrechtswissenschaft*, sem mais detalhes) como ciência lógico-sistemática dedicada a satisfazer as necessidades da administração da justiça mediante uma progressiva ordenação e abstração dos conteúdos do direito penal. Por outro lado, o reconhecimento da pena como meio estatal de combate ao delito expõe a questão da origem e natureza deste e dos fundamentos e fins do direito penal; disso se ocupa a política criminal,

¹⁶ Ver v. Liszt, F, *Das Verbrechen als sozial-pathologische Erscheinung* (1898), em v. Liszt, F, *Strafrechtliche Vorträge und Aufsätze*, 2. Band, Berlin: Walter de Gruyter, 1970, pp. 230-235.

baseada nos conhecimentos da criminologia e da penologia; ela valorará o direito penal vigente e o que deveria vigorar, à luz do fim perseguido.¹⁷

Essa análise retrospectiva do processo reflexivo que conduziu v. Liszt a constituir seu catálogo de ciências penais permite lançar luz sobre as decisões epistemológicas mais transcendentais que ele estava tomando.¹⁸ No momento, e antes de nos ocuparmos dessas ciências separadamente, podemos concluir o seguinte:

A ciência ou técnica jurídico-penal, que agora chamamos de dogmática penal e processual penal, está presente desde o princípio, estritamente ligada à interpretação e sistematização do conjunto normativo que é o direito penal. Todavia, o tempo necessário para se separar claramente deste último merece destaque.

A abertura epistemológica da ciência penal se origina na necessidade de conhecer a realidade social sobre a qual há de incidir a pena, assim como os efeitos que esta pode produzir, no marco da orientação teleológica do direito penal que preconiza v. Liszt. Consequentemente, o que ele está realmente interessado em incorporar é o que hoje chamamos de criminologia, um conjunto plural de saberes que, por mais que os qualifique como científico-naturais, são predominantemente sociocientíficos, psicologia e sociologia.¹⁹

Ele logo entende que a transferência e implementação no direito penal de tudo o que aprendeu com essas novas ciências exige um novo instrumento, a política criminal. Entendido como um instrumento político que desenha a estratégia para um efetivo combate ao crime, é

¹⁷ Ver v. Liszt, F, *Tratado de derecho penal*, T. I, 3ª ed, 1927, Madrid: Reus, pp. 5-7. Adiante citarei esta terceira edição da tradução espanhola da 18ª (tomo I) e 20ª (tomos II e III) edições alemãs, levada a cabo por Saldaña (tomo I) e Jiménez de Asúa (tomos II e III). Só utilizarei a última edição alemã (*Lehrbuch des Deutschen Strafrechts*, 21. und 22. Auflage, 1919, Berlin e Leipzig: Walter de Gruyter und Co) quando seu conteúdo diferir da edição alemã em que se baseia a tradução. Como assinala Elbert, C, *Franz von Liszt: Teoría y práctica en la política criminal (1899-1919)*, 2017, Buenos Aires: Prosa editores, pp. 108-109, nesta última edição assinada apenas por von Liszt já teve alguma participação, posso imaginar que escassa, seu discípulo Eberhard Schmidt.

¹⁸ Não faltaram autores que criticaram a contradição que supõe agrupar sob o termo ciências penais disciplinas com metodologias tão diversas. Ver, entre outros, Jiménez de Asúa, L, Corsi e ricorsi. A volta de v. Liszt, em V. Liszt, F, *La idea de fin*, cit, p. 40; Rivacoba Rivacoba, M, Prólogo, *Ibidem*, p. 8.

¹⁹ Aqui deverá ser incluída igualmente a ciência encarregada de conhecer os efeitos suscetíveis de serem produzidos com a pena e outras medidas penais nos diversos tipos de delinquentes. Mas os conteúdos epistêmicos dessa ciência, a penologia, por mais importantes que sejam, terminam sendo assumidos pela criminologia, quando não pela política criminal. Sua enumeração separada no catálogo de ciências penais de 1899 não deve nos fazer esquecer que nunca acaba de consolidar-se, como provam suas menções passageiras no Tratado, ver V. Liszt, F, *Tratado de derecho penal*, T. I e II, 3ª ed, 1927, 1929, Madrid: Reus, pp. 5-7 y 5-41, respectivamente.

um saber aplicado que se nutre basicamente dos já mencionados saberes sociocientíficos e que assessora o legislador penal na hora de moldar, avaliar e reformar o direito penal.²⁰

Como teremos oportunidade de ver nas próximas seções, uma análise detalhada do entendimento do v. Liszt de cada uma dessas ciências criminais mostra um panorama muito mais rico do que o que acabamos de esboçar, com notáveis inter-relações entre todas elas.

Mas antes de passar a isso, devemos nos perguntar o que está faltando, quais matérias que determinam o direito penal e que não têm nenhuma ciência ou disciplina atribuída. E nos impressiona a ausência de uma ciência que trate de identificar os propósitos, funções, juízos de valor, princípios, diretrizes e regras que devem dar conteúdo ao direito penal.

Desde logo, é claro que estes dados não emergirão das ciências sociais, ocupadas em descrever os fenômenos sociais do crime e do castigo. Nem de uma ciência ou técnica jurídico-criminal que se entenda como a elaboração lógico-sistemática de um conjunto normativo cujos valores, princípios e regras tenham sido previamente incorporados. Seria de esperar que a política criminal tivesse essa atribuição e, de fato, assim acontece em parte; contudo, como teremos possibilidade de averiguar, v. Liszt lida com um conceito muito restritivo de política criminal: além de formulações genéricas, é uma ciência que se concentra em aproveitar os conhecimentos das ciências sociais para alcançar os efeitos mais efetivos da punição no combate ao crime. Finalmente, o caráter de ciência criminal da filosofia do direito penal foi descartado sem cerimônia. Em suma, permanece a questão sobre qual ciência criminal trata da fixação dos conteúdos prescritivos do direito penal.

2. O DIREITO PENAL E A CIÊNCIA DO DIREITO PENAL

2.1. Para responder a essa pergunta, convém retornar a algo que nos chamou temporariamente a atenção alguns parágrafos acima: o esforço que custa ao nosso autor para diferenciar o direito penal, como conjunto normativo, e a ciência do direito penal, como estudo lógico-sistemático do direito penal. Essa dificuldade se deve ao fato de que o conceito de direito penal (*Strafrecht*) que emprega cobre tanto um conjunto de conteúdos prescritivos como o saber que os fundamentou. Em outras palavras, a tarefa epistêmica que deve fornecer conteúdo ao

²⁰ Não procede, por conseguinte, atribuir a v. Liszt uma falta de relação e influência entre o saber criminológico e o dogmático, entre os que mediarão justamente a política criminal, como teremos oportunidade de ver abaixo mais precisamente. Em sentido contrário, Muñoz Conde, cit, p. 162.

objeto de estudo não se autonomiza deste. Que saberes decidem o conteúdo do direito penal?: o próprio direito penal. No entanto, depois de algum tempo, percebe que o conhecimento subjacente ao conteúdo prescritivo do direito penal não é objeto de estudo do que se costuma chamar de ciência do direito penal (*Strafrechtswissenschaft*).²¹ E é então que ele procede à sua distinção.

Naturalmente, que v. Liszt tenha dificuldades para construir uma ciência autônoma penal dedicada a determinar os conteúdos do direito penal não quer dizer que ignore quem está por trás da construção do direito penal: o poder, o sistema político. Ele simplesmente não tem uma ciência para aconselhá-lo. Uma revisão das diferentes denominações que v. Liszt dá a esse agente político é bem ilustrativa. Em seu trabalho final de 1882, atribui a decisiva transformação que vive o direito penal quando passa da pena primitiva, instintiva, retributiva, à pena objetivada, orientada aos fins, ao fato de a reação penal ter passado das mãos dos diretamente afetados, as vítimas, às mãos do Estado, de um órgão dissociado da experiência negativa vivida. Em outras passagens desse mesmo estudo, falará do poder punitivo estatal e de menções semelhantes para referir-se ao agente que cria o direito penal e configura a pena.²² Trabalhos posteriores seguiram identificando esse agente político com termos equivalentes, alguns deles remarcando o amplo âmbito de discricionariedade de que dispõe: Onipotência estatal (*Staatliche Allgewalt*), poder sem limitação da maioria (*Rücksichtstlose Macht der Mehrheit*), poder estatal arbitrário (*Willkür der Staatsgewalt*). Embora, em outros casos, o autor falará, em termos mais neutros, da coletividade (*Gesamtheit*) da vontade geral concretizada na ordem jurídica (*Allgemeine Wille*), ou do povo soberano (*Staatsvolk*).²³

No entanto, aos poucos começa a ganhar terreno um agente específico que, sem deixar de ser integrado ao agente político, já não é apenas um órgão decisório, mas também um órgão reflexivo. Refiro-me ao legislador ou ao legislador penal, à legislação ou à legislação penal

²¹ Como já vimos acima e voltaremos a tratar abaixo.

²² Ver v. Liszt, F, *Der Zweckgedanke*, cit, pp. 126, 139, 146-148, 161 (versão espanhola, pp. 55, 74, 84, 86, 88, 106). Ainda, em citação alheia, se referirá à “majestosa hegemonia” do estado (*Hoheitsvolle Übermacht*), *ibidem*, p. 146 (p. 84).

²³ Ver referências variadas, além de *ibidem*, entre outros lugares, em v. Liszt, F, *Kriminalpolitische Aufgaben*, cit, p. 333; do mesmo, *Über den Einfluss*, cit, pp. 80-82, 87; do mesmo, F, *Die gesellschaftlichen Faktoren der Kriminalität* (1902), em v. Liszt, F, *Strafrechtliche Vorträge und Aufsätze*, 2. Band, Berlin: Walter de Gruyter, 1970, p. 434; do mesmo, *Tratado*, cit, T. I, p. 5, T. II, pp. 7-8; do mesmo, *Lehrbuch*, cit, p. 4.

(*Strafgesetzgeber, Strafgesetzgebung*).²⁴ Esse órgão decisório nas mãos do poder político não apenas assume tarefas cada vez mais transcendentais na configuração do conjunto normativo que é o direito penal, mas também se transforma progressivamente em uma arte, um programa, um transformador racional do direito penal, guia e fator educativo da concepção jurídica popular.²⁵ Veremos mais adiante em que medida a atividade desse órgão reflexivo se identifica com o trabalho da política criminal.²⁶

2.2. Deixemos aqui a análise do agente político que molda o direito penal e sua progressiva estruturação decisória e reflexiva, e nos perguntemos que decisões ele toma.

A decisão fundamental é a proteção das condições vitais, dos interesses essenciais, do indivíduo e da comunidade. Tais condições e interesses, que devem ser previamente selecionados, tornam-se, protegidos por lei, bens jurídicos. É justamente o objetivo de proteger os bens jurídicos que introduz a ideia de finalidade no direito penal. Na verdade, essa decisão, comum a todos os ramos do direito, é o que permite que a teoria jurídica abandone sua abordagem lógico-formal em favor de uma abordagem teleológica. Nesse aspecto, o direito penal diferenciar-se-á dos demais ramos jurídicos na medida em que se limita à proteção de interesses especialmente merecedores e necessitados de proteção, sem prejuízo de serem também protegidos por outros ramos do direito.

Para atingir o objetivo final do direito penal, é necessário, antes de tudo, identificar as condutas que afetam esses bens jurídicos, os crimes, e proceder à sua conceituação, para além de uma consideração casuística. Mas não basta estabelecer os bens jurídicos e destacar os comportamentos que os prejudicam. Se o direito penal quer atingir sua finalidade protetiva,

²⁴ Já em 1882 a reprovação que faz aos cientistas do direito penal por seu desinteresse na antropologia, psicologia e estatística criminais refere-se, nesta ordem, a ciência do direito penal, a legislação penal, e a administração da justiça penal. Ver v. Liszt, F, *Der Zweckgedanke*, cit, p. 169 (versão espanhola, 133).

²⁵ Ver v. Liszt, F, *Kriminalpolitische Aufgaben*, cit, pp. 328, 329; do mesmo, *Über den Einfluss*, cit, pp. 87, 90; do mesmo, *Die psychologischen Grundlagen der Kriminalpolitik* (1896), em v. Liszt, F, *Strafrechtliche Vorträge und Aufsätze*, 2. Band, Berlin: Walter de Gruyter, 1970, p. 192; do mesmo, *Die Aufgaben*, cit, pp. 293-294, 296; do mesmo, *Tratado*, cit, T. I, p. 6, T.II, pp. 10, 19, 29, 35, 36, 39-40; do mesmo, *Lehrbuch*, cit, p.21.

²⁶ A esse duplo componente decisório e reflexivo alude Ortiz de Urbina, I, *La referencia político-criminal en el derecho penal contemporáneo* (¿Es el derecho penal la barrera infranqueable de la política criminal o se orienta por ella?, em Octavio de Toledo, Gurdíel, Cortés coords, *Estudios penales en recuerdo del Prof. Ruiz Antón*, Valencia: Tirant, 2004, pp. 867-868, quando se refere a política criminal como atividade teórica e como atividade política. Pelo contrário, Vormbaum, T, *Einführung in die moderne Strafrechtsgeschichte*, Berlin: Springer, 2009, pp. 120, 131, não em 269, entre outras, desde sua posição favorável a um direito penal exclusivamente protetor de direitos individuais (ver abaixo), critica que o legislador e suas correspondentes decisões políticas adquiriram o protagonismo na configuração do direito penal.

deve usar a força, a coação, e também fazê-lo de maneira particularmente enérgica, dada a importância dos interesses a serem protegidos. Conseguir-o através da ameaça e execução da pena, consequência jurídica do crime: a pena, enquanto instrumento de proteção dos bens jurídicos, tem por finalidade a de prevenir os crimes da forma mais eficaz possível, e para esse fim deve adequar sua configuração variada.

Em suma, o fim do direito penal, o que legitima sua existência, é a proteção de bens jurídicos. A esse objetivo refere-se v. Liszt quando intitula um de seus trabalhos mais importantes *A ideia de fim no direito penal (Der Zweckgedanke im Strafrecht)*.²⁷ A pena, certamente, também tem um fim, o de prevenir delitos. Mas esse fim é complementar, se move em um segundo plano, pois está submetido ao objetivo fundamental de proteger os bens jurídicos. Consequentemente, a correta eleição dos fins da pena não tem capacidade para converter-se no exclusivo nem no decisivo elemento legitimador do direito penal, e v. Liszt parece nunca ter dito isso.²⁸

É conhecida, porém, a frequência com que a legitimação do direito penal se vincula ao fato de que os objetivos perseguidos com a pena sejam avaliativamente e/ou pragmaticamente corretos. Os critérios de seleção dos bens jurídicos a proteger com a pena e os princípios e regras que se estabelecem para determinar a responsabilidade pelo crime cometido e para impor e executar a pena apresentam-se como meros limites a uma intervenção penal que se justifica pelos fins perseguidos com a pena. Já tive oportunidade, em outros lugares, como outros colegas, de destacar este colossal mal-entendido que, a meu ver, há décadas pesa sobre a reflexão jurídico-penal, e não é este o lugar para me aprofundar nele.²⁹

Cabe perguntar, não obstante, se v. Liszt, sem pretender, pode fomentar tal concepção pela atenção especial que toda sua obra presta aos fins da pena. Não creio que essa eventual censura tenha fundamento. Em seu programa de Marburgo de 1882, tão decisivo em todo seu

²⁷ Vê-se uma crítica ao objetivo do direito penal de evitar a lesão de bens jurídicos no lugar de centrar-se em evitar lesões aos direitos ou garantias individuais, e uma rejeição do conceito de fim no direito penal enquanto que já não supõe proteger o indivíduo frente ao estado, mas a sociedade frente ao delinquente, entre outras afirmações reivindicativas de um direito penal legitimado exclusivamente na proteção das garantias individuais, em Vormbaum, T, cit, pp. 41-46, 48-51, 120-123, 126-128, 273-274.

²⁸ Ver v. Liszt, F, *Der Zweckgedanke*, cit, passim; do mesmo, *Rechtsgut und Handlungsbegriff*, cit, pp. 222-223; do mesmo, *Kriminalpolitische Aufgaben*, cit, p. 330; do mesmo, *Tratado*, cit, T. II, pp. 5-9, 10-11, 262, 336-338; do mesmo, *Lehrbuch*, cit, pp. 5-6, 181-182.

²⁹ Ver o que digo em Díez Ripollés, JL, *La racionalidad de las leyes penales. Práctica y teoría*, 2ª edición, Madrid: Trotta, 2013, pp. 101-105, 116-127.

pensamento posterior, formula o que poderíamos denominar de uma legitimação em três níveis do direito penal. E o faz utilizando um termo conceitualmente muito manuseável como o de autolimitação (*Selbstbeschränkung*). Refere-se especificamente aos limites autoimpostos do poder punitivo do Estado, que seguem uma sequência lógica necessária: o Estado intervém exclusivamente contra condutas lesivas de bens jurídicos; para tanto, impõe apenas penas capazes de prevenir danos a esses bens jurídicos; e essas penas são aplicadas na medida estritamente necessária para atingir tal finalidade preventiva.³⁰ Poderíamos resumir dizendo: O direito penal tem como finalidade a proteção dos bens jurídicos, e para isso utiliza o instrumento da pena, cuja configuração e medida deve acomodar-se aos fins preventivos da lesão desses bens jurídicos que esteja em condições de alcançar.

Naturalmente, isso não impede que v. Liszt preste, ao longo de toda sua obra, uma grande atenção aos fins ou efeitos a lograr com a pena e, mais adiante, também com as medidas de segurança. Sua análise excede o objetivo deste estudo, mas basta para fazer algumas reflexões.

A primeira, que seu catálogo de fins que podem ser alcançados com a pena, embora se concentre basicamente naqueles de natureza especial-preventiva, a saber, a correção, intimidação e inocuidade dos criminosos individuais, não deixa de fora os efeitos preventivo-gerais sobre a sociedade como um todo. Pouco trabalhadas por ele, mas sempre reconhecidas, são citadas tanto a intimidação, quanto o que hoje chamaríamos de prevenção geral positiva. E ainda acrescenta a satisfação da vítima como fim da pena. A segunda reflexão tem a ver com o fato, tantas vezes repetido por ele, de que a pena não é imposta ao crime mas sim ao infrator, e que, por isso, para atingir os seus objetivos, deve acomodar sua natureza aos infratores a quem se destina. Daí a exigência de que o agente político dedique tempo suficiente para estruturar o sistema de punição de acordo com o que considera três grandes grupos de criminosos: os ocasionais, os habituais corrigíveis e os habituais incorrigíveis.³¹

³⁰ Ver v. Liszt, F, *Der Zweckgedanke*, cit, pp. 147, 150-151, 161 (versão espanhola, pp. 86, 90-91, 106).

³¹ Entre as passagens mais elaboradas a respeito, ver v. Liszt, F, *Der Zweckgedanke*, cit, pp. 163-173 (versão espanhola pp. 111-126); do mesmo, *Kriminalpolitische Aufgaben*, cit, pp. 330-331; do mesmo, *Die Zukunft des Strafrechts* (1892), em v. Liszt, F, *Strafrechtliche Vorträge und Aufsätze*, 2. Band, Berlin: Walter de Gruyter, 1970, pp. 15-22; do mesmo, *Über den Einfluss*, cit, pp. 83, 88-93; do mesmo, *Die psychologischen Grundlagen*, cit, pp. 170-194, 208-210; do mesmo, *Tratado*, T. II, cit, pp. 9-10; do mesmo, *Tratado de derecho penal*, T. III, 2ª edición, 1929, pp. 197-201.

Algo, porém, nos falta. Um direito penal legitimado pela proteção dos bens jurídicos, e pelo uso de uma reação penal alinhada com os efeitos protetores dos bens que pode alcançar, não nos diz nada ainda sobre a segunda decisão fundamental a ser tomada: como legitimar uma intervenção tão invasiva do direito penal sobre os interesses individuais dos cidadãos.

Certamente, v. Liszt faz uma defesa enérgica dos direitos e liberdades individuais, que podem ser significativamente afetados pelo interesse coletivo na proteção dos bens jurídicos e pela consequente imposição da pena para evitar sua lesão. Insistirá que esse interesse coletivo não pode ser satisfeito a qualquer preço. De fato, já em 1882 essa defesa das liberdades individuais dos sujeitos à intervenção penal pode ser remetida ao último limite que o poder punitivo estatal se auto impõe: que a pena seja imposta na medida estritamente necessária para atingir o fim preventivo perseguido.³² Declarações subsequentes reiterarão repetidamente essa exigência de proteção dos direitos individuais,³³ às vezes também intimamente ligada ao fim perseguido com a pena.³⁴

Há outra perspectiva a partir da qual v. Liszt delimita o âmbito da responsabilidade penal, e tem a ver com as exigências derivadas de uma adequada consideração das realidades natural-científicas devido ao positivismo científico que professa. Para citar um dos exemplos mais característicos, ele argumentará que a fundamentação científica do determinismo nos obriga a modificar o conceito de culpa baseado no livre-arbítrio e substituí-lo pela motivação normal de uma pessoa comum.³⁵

No entanto, o que é realmente significativo é que carece de uma proposta prescritiva abrangente que legitime os conteúdos do sistema de responsabilidade que foram refletidos no código penal. Não vai além de exigir que a estrutura da responsabilidade penal seja formulada com a devida atenção ao conhecimento científico-natural. O poder punitivo estatal, na medida

³² Ver v. Liszt, F, *Der Zweckgedanke*, cit, pp. 161, 165 (versão espanhola, pp. 106-107, 114).

³³ Ver, entre outros lugares, v. Liszt, F, *Über den Einfluss*, cit, pp. 80-82; do mesmo, *Die Zukunft*, cit, p. 16; do mesmo, *Die gesellschaftlichen Faktoren*, cit, p. 434; do mesmo, *Tratado*, cit, T. I, p. 5, T. II, pp. 29, 455; do mesmo, *Lehrbuch*, cit, pp. 3, 5.

³⁴ Ver v. Liszt, F, *Tratado*, cit, T. II, p. 29.

³⁵ Ver, em especial, v. Liszt, F, *Über den Einfluss*, cit, pp. 83-87. Desnecessário ocupar-nos agora com o conteúdo enraizado que está em v. Liszt, o então chamado enfoque científico-natural ao construir os diferentes elementos da responsabilidade penal, algo bem conhecido. Vê-se numerosas referências em sua última edição do Manual, concernentes a ação e comportamento humanos, relação de causalidade, perigo, omissão, culpabilidade, imputabilidade, dolo, imprudência, participação, formas de execução, entre outros conceitos, em v. Liszt, F, *Lehrbuch*, cit, pp. 110-111, 115-120, 122-123, 124-130 151-153, 156-157, 163-168, 176-177, 193-195, 204-207.

em que ambiciona proteger os bens jurídicos e o faz por meio da punição preventiva, não parece ter qualquer condição valorativa ao configurar o sistema de responsabilidade penal.³⁶

A defesa das liberdades individuais dos delinquentes ou presumidos delinquentes se alcança mais tarde, no momento da aplicação do direito, e não no de sua criação. De fato, o princípio da legalidade, a exigência de que ninguém possa ser declarado responsável por um delito nem castigado com uma pena que não estejam previamente estabelecidos na lei penal, constitui o baluarte contra o qual se choca o aparentemente onipotente poder punitivo estatal. Agora, observa-se que a famosa frase de v. Liszt de que o código penal é a carta magna do delincente (*...das Strafgesetzbuch die magna charta des Verbrechers*)³⁷ não está se referindo a um determinado conjunto de fins, juízos de valor, princípios ou regras que necessariamente devem coordenar a determinação da responsabilidade penal dos cidadãos. Pelo contrário, refere-se ao fato de que, uma vez que esses conteúdos prescritivos, sejam eles quais forem, tenham sido refletidos nos preceitos do código penal, eles devem ser objeto de uma interpretação refinada, para que o cidadão não seja submetido a intervenções criminais arbitrárias, independentemente do que for legalmente previsto. Em suma, a carta magna do infrator não é uma teoria legitimadora do conteúdo que deve ensejar a responsabilidade penal, mas sim um texto positivo que deve ser interpretado de forma estrita.³⁸

³⁶ De fato, de alguma afirmação isolada de v. Liszt parece ser a própria elaboração lógico-sistemática a que gerará novos conceitos da responsabilidade a partir do direito positivo, logo aceitos acriticamente pelo legislador, o que termina dando lugar a um círculo vicioso, cujo recorrência inicial podemos descrever em uma sequência temporal invertida do seguinte modo: O legislador introduz no direito positivo conceitos gerados a partir da aplicação de um direito positivo cuja formulação foi previamente decidida, sem saber a partir de quais conteúdos prescritivos, por esse mesmo legislador. Ver v. Liszt, F, *Die Zweckgedanke*, cit, pp. 147-148 (versão espanhola, pp. 86-87).

³⁷ E, com ela relacionada, de que o direito penal é o limite intransponível da política criminal (*das Strafrecht ist die unübersteigbare Schranke der Kriminalpolitik*). Ver v. Liszt, F, *Über den Einfluss*, cit, p. 80.

³⁸ Ver v. Liszt, F, *Über den Einfluss*, cit, pp. 80-82; do mesmo, *Die gesellschaftliche Faktoren*, cit, pp. 433-434; do mesmo, *Die Zukunft*, cit, pp. 15-17; do mesmo, *Tratado*, cit, T. II, pp. 337, 455; do mesmo, *Lehrbuch*, cit, pp. 3, 5, 18. É certo que em algum momento a referência ao princípio da legalidade é acompanhada da menção a realização de um fato intencional; ver, v. Liszt, F, *Die Zukunft*, cit, p. 16, do mesmo, *Tratado*, cit, T. II, p. 29. Faz uma interpretação equivalente das famosas frases de v. Liszt, Ortiz de Urbina, I, cit, pp. 873-881.

Por sua parte, Elbert, C, cit, pp. 123-124, seguindo Naucke, capta corretamente a indefinição em que v. Liszt deixa os conteúdos prescritivos da responsabilidade penal. Não compartilho, no entanto, a crítica que a partir desse fato se faz aos postulados de v. Liszt, e que baseia a abordagem de um enfoque estritamente garantista, que vincula a fundamentação do direito penal de forma quase exclusiva à respeito das garantias individuais dos submetidos a intervenção penal. Ver. Elbert, C, cit, pp. 121-130, 132, 136-141, 429-430, 432. Igualmente ao primeiro, mas com uma postura mais harmonizada e compartilhável com o segundo, Muñoz Conde, F, cit, pp. 170-171. Pelo contrário, não compartilho a interpretação feita por Vormbaum, T, cit, p. 131 da primeira frase, no sentido de que v. Liszt parte de um conceito substancial de delinquente prévio a sua definição como tal por lei, pois o efeito limitador dela não se produziria; Vormbaum negligencia a relevância da realização do fato delitivo (ver abaixo) para poder falar de delinquente em Liszt.

Portanto, carece v. Liszt de uma teoria da responsabilidade penal que vai além do mero respeito a certas realidades natural-científicas e do princípio da legalidade dos crimes e das penas. Esse fato marcará não apenas o que ele entende por ciência do direito penal e da política criminal, que veremos nas páginas seguintes, mas também o posterior debate entre os penalistas sobre o status epistêmico da política criminal.

Na realidade, o desenvolvimento por parte de v. Liszt da primeira decisão fundamental, a de que o direito penal persegue o fim de proteger bens jurídicos, tampouco goza de excessiva atenção por nosso autor. Certamente, ele exigia que tais bens correspondessem a situações valiosas no mundo exterior, partia do pressuposto de que comportamentos criminosos socialmente prejudiciais deveriam se refletir na lesão ou ameaça desses bens, insistia que na sua identificação não devemos nos separar excessivamente das concepções sociais e aludiu de diferentes maneiras ao princípio da fragmentação, e mesmo da subsidiariedade.³⁹ Todavia, não formulou uma proposta prescritiva abrangente sobre o catálogo de bens jurídicos. E essa falta também teve uma influência notável na posterior configuração da política criminal e, como já vimos, na própria fundamentação do direito penal.

2.3. Confio que o leitor desculpará a prolongada digressão do tema central que nos ocupa. Penso que era necessária para entender completamente as questões que vão ser tratadas ao longo deste estudo.

Nos toca agora ocupar-nos do status epistemológico da ciência do direito penal (*Strafrechtswissenschaft*, ou *Strafrechtswissenschaft im engeren Sinn*), que somente no início do século XX v. Liszt começará a chamar de dogmática.⁴⁰ Já vimos como sua separação do direito penal como conjunto normativo foi produzida quando v. Liszt constatou que seu saber não se ocupa de estabelecer os conteúdos prescritivos do direito penal.⁴¹

Um dado de primordial importância para captar o papel epistêmico que esta ciência desempenha para nosso autor é que a considera uma ciência cujo objeto de estudo é o direito positivo vigente, os preceitos jurídico-penais, cujo conteúdo foi decidido previamente pelo poder político, pelo legislador penal. São escassos os momentos ao longo de seus escritos em

³⁹ Ver v. Liszt, F, *Über den Einfluss*, cit, p. 87; do mesmo, *Tratado*, cit, T. II, pp. 9, 29, 262, 336-338; do mesmo, *Lehrbuch*, cit, pp. 5-6, 181-182.

⁴⁰ Ver v. Liszt, F, *Die gesellschaftlichen Faktoren*, cit, 433, 435.

⁴¹ Ver no tópico acima 2.1.

que v. Liszt, quando se refere a essa ciência penal, não recorda sua necessária constrição à legalidade penal vigente.⁴²

Aceito este ponto de partida, a tarefa que corresponde à dogmática é formulada em lugares muito diferentes de maneira semelhante. Já aludimos a definições variadas, mas próximas, na seção 1. Podemos ampliá-las dizendo que é uma técnica ou arte que, por meio de instrumentos de interpretação jurídica, realiza uma elaboração conceitual lógico-sistemática dos conteúdos normativos do direito penal e processo penal. Para tanto, partindo de um levantamento exaustivo do material original, o direito positivo, o dogmático procede a sucessivas abstrações dele que dão origem a conceitos mais gerais e sintéticos, com maior capacidade definidora, passíveis de serem inseridos em ordens sistemáticas cada vez mais elaboradas, até configurar um sistema fechado. Elementos centrais desse processo são o fato juridicamente relevante, o crime, e a consequência jurídica, a pena; sobre eles recai o peso da elaboração conceitual. Por outro lado, a concretização deste sistema permite uma aplicação segura e previsível do direito penal, na medida em que permite especificar o fato cometido, identificar a norma ou as normas aplicáveis e proceder à subsunção do ato a elas.⁴³

A consequência de todo esse trabalho é uma construção conceitual magnífica, para a qual v. Liszt contribuiu e da qual se declara reiteradamente admirador e defensor.⁴⁴ Sua solidez e coerência nos oferece o instrumento decisivo para pôr em prática os específicos objetivos jurídico-penais, com especial menção à proteção das liberdades individuais dos delinquentes.⁴⁵

Isso não impede que nosso autor submeta à crítica a configuração contemporânea da dogmática jurídico-penal. Desde a renovação do conjunto das ciências criminais que defende, reprova com frequência seu desatendimento a tudo o que não for uma reelaboração conceitual incessante e cada vez mais complexa, o que levou a uma escolástica de conceitos, com

⁴² Ver v. Liszt, F, Rechtsgut und Handlungsbegriff, cit, pp. 214, 222; do mesmo, Kriminalpolitische Aufgaben, cit, pp. 292, 330; do mesmo, Über den Einfluss, cit, pp. 77-78, 81; do mesmo, Die gesellschaftlichen Faktoren, cit, p. 434; do mesmo, *Tratado*, cit, T. I, p. 6; do mesmo, *Lehrbuch*, cit, p. 20.

⁴³ Ver v. Liszt, F, Rechtsgut und Handlungsbegriff, cit, pp. 214-219, 222-223; do mesmo, Kriminalpolitische Aufgaben, cit, p. 292, 330-331; do mesmo, Die Zukunft, cit, pp. 3-4, 23; do mesmo, Über den Einfluss, cit, pp. 79-82; do mesmo, Das Verbrechen, cit, p. 231; do mesmo, Die Aufgaben, cit, p. 286; de mesmo, Die gesellschaftlichen Faktoren, cit, pp. 433-434; do mesmo, *Tratado*, cit, T. I, p. 6; do mesmo, *Lehrbuch*, cit, p. 20.

⁴⁴ Ver v. Liszt, F, Der Zweckgedanke, cit, p. 178; do mesmo, Kriminalpolitische Aufgaben, cit, p. 292; do mesmo, Über den Einfluss, cit, pp. 79-82; do mesmo, Die gesellschaftlichen Faktoren, cit, p. 434.

⁴⁵ Ver v. Liszt, F, Über den Einfluss, cit, pp. 80-82; do mesmo, Die gesellschaftlichen Faktoren, cit, p. 434.

distinções e sub-distinções cada vez mais abstratas inseridas em disputas teóricas estéreis no quadro da interpretação legal.⁴⁶

Mais precisamente, critica sua relutância em, sem prejuízo do estudo do ato cometido e do crime, deslocar os seus poderosos meios analíticos para o estudo do infrator, bem como do sistema de penas e da sua execução, em consonância com a relevância dada para os fins da pena no combate ao crime. Para alcançar resultados mais promissores nesse sentido, ele não hesita em propor que as construções teóricas existentes sobre o catálogo de bens jurídicos, classificações de crimes e elementos do sistema de responsabilidade sejam simplificadas para torná-las mais operacionais no combate ao crime.⁴⁷

Em todo caso, essas novas exigências que ele coloca à dogmática não ultrapassam a tarefa interpretativa do direito positivo que lhe é própria. Não há menção a uma dogmática crítica e criativa que questione o conteúdo prescritivo do direito atual e proponha a introdução de novos fins, juízos de valor, princípios ou regras. Na melhor hipótese, intui-se que a rica e sofisticada elaboração lógico-sistemática da dogmática cria, a partir do direito positivo, novos conceitos e subconceitos que o legislador deve introduzir para desenvolver com maior precisão as decisões fundamentais por ele adotadas.

3. A POLÍTICA CRIMINAL

3.1. Na seção 1, tivemos a oportunidade de rastrear o surgimento e a consolidação gradual da política criminal entre os saberes criminais no pensamento do v. Liszt. Lá já colhemos diversas definições gerais sobre seu conteúdo e constatamos os problemas que encontrava para adquirir um status epistêmico autônomo. Nos parágrafos que seguem, vamos adentrar nesse saber penal guiados pela mão de v. Liszt para entender completamente seu objetivo, método, objeto, meios e âmbito de atuação, entre outros assuntos.

A política criminal é um conhecimento prático cujo objetivo é desenhar e implementar uma estratégia sistemática e eficaz de combate ao crime por meio da intervenção do Estado.

⁴⁶ Surrpreende, por outro lado, quão muitas dessas críticas são aplicáveis de forma certa à situação contemporânea. Ver v. Liszt, F, *Der Zweckgedanke*, cit, pp. 169, 178 (versão espanhola, pp. 120, 132); do mesmo, *Kriminalpolitische Aufgaben*, cit, pp. 330-331; do mesmo, *Die Zukunft*, cit, p. 4.

⁴⁷ Ver v. Liszt, F, *Kriminalpolitische Aufgaben*, cit, pp. 330-333; do mesmo, *Die Zukunft*, cit, pp. 15-22; do mesmo, *Über den Einfluss*, cit, pp. 87-90; do mesmo, *Die psychologischen*, cit, pp. 170-171; do mesmo, *Die gesellschaftlichen Faktoren*, cit, pp. 435-436; do mesmo, *Tratado*, cit, T. II, pp. 39-40.

Não é, portanto, um conhecimento teórico por mais que requeira certo conhecimento empírico para realizar sua pretensão. Nesse sentido, a política criminal defendida por v. Liszt distancia-se claramente das tentativas de racionalismo iluminista e revolucionário no final do século XVIII e início do século XIX, bem como de formulações posteriores baseadas, segundo ele, nas fantasias da escola filosófica do direito, na auto-suficiência da escola histórica ou na esterilidade da teoria pura do direito. No seu acesso a um estatuto de ciência aplicada, teve um papel determinante o fato de ter podido dispor dos conhecimentos obtidos por várias ciências naturais e sociais que hoje agrupamos sob o nome de criminologia.⁴⁸ Esta ciência prática, além disso, confia em suas habilidades, razão pela qual resiste a opiniões difundidas no direito e na criminologia que mostram seu ceticismo sobre a possibilidade de modificar substancialmente a natureza e o volume do crime por meio de intervenções estatais. Também deve enfrentar a condescendência de juristas acadêmicos dogmáticos, que desprezam suas propostas, consideradas idealistas ou românticas.⁴⁹

A política criminal desenvolve suas propostas de combate à delinquência a partir de um conhecimento etiológico do crime, das causas que o originam. Esse conhecimento é obtido, como já dissemos, da criminologia. O que explica por que nosso autor inicialmente não diferenciava bem a criminologia e a política criminal. A investigação criminológica mostra-lhe que o crime como fenômeno social materializa-se em comportamentos pessoais influenciados por dois grandes grupos de condicionantes, umas de natureza psicológica e outras de natureza social. Ambos os tipos de condições devem ser objeto de intervenção político-criminal.

Em todo caso, se o crime não é um ato abstrato, mas um comportamento realizado por determinados indivíduos sujeitos a certas influências, qualquer estratégia que pretenda

⁴⁸ Do contrário não poderia ter saído do diletantismo, a falta de profissionalismo, que havia caracterizado até então as reflexões jurídicas a respeito. Ver v. Liszt, F, *Kriminalpolitische Aufgaben*, cit, p. 291; do mesmo, *Die Aufgaben*, cit, p. 294.

⁴⁹ Ver sobre o que foi dito no parágrafo do texto, v. Liszt, F, *Kriminalpolitische Aufgaben*, cit, pp. 290-292; do mesmo, *Die Zukunft*, cit, pp. 1-5, 7-8, 10-14, 22-24; do mesmo, *Über den Einfluss*, cit, pp. 78-79, 82-83; do mesmo, *Das Verbrechen*, cit, p. 236; do mesmo, *Die Aufgaben*, cit, 293-296; do mesmo, *Die gesellschaftlichen Faktoren*, cit, p.435; do mesmo, *Tratado*, cit, T. I, p. 7, T. II, pp. 10, 12, 19, 35; do mesmo, *Lehrbuch*, cit, p. 8. Em *Die Zukunft*, cit, p. 23, v. Liszt chamará a atenção –estamos em 1892- sobre a necessidade que teve de realizar ambiciosos trabalhos dogmáticos para se ganhar o respeito de seus colegas acadêmicos e conseguir assim certa autoridade em suas propostas político-criminais. Nessa e em outras passagens já aludidas fica, em meu juízo, claro que v. Liszt vê a si mesmo sobretudo como um estudioso da política criminal, sem prejuízo de suas fundamentais contribuições à dogmática. O considera, pelo contrário, basicamente um dogmático, Elbert, C, cit. pp. 117-118, 120, 133, 430.

influenciá-lo deve deslocar seu objeto de estudo do ato cometido para a pessoa que o pratica, do crime ao criminoso. Isso não significa que o ato criminoso, sua qualidade e sua gravidade, tornem-se irrelevantes, mas significa que, juntamente com ele, ao estabelecer a pena, a pessoa do infrator adquire destaque.⁵⁰

A política criminal, a partir de classificações psicológicas dos comportamentos delitivos em função da atitude interna (*Gesinnung*) do delinquente, manifestada no fato, procede a uma classificação própria, de estrita natureza político-criminal, dos delinquentes. Baseia-se na atitude do delinquente perante o ordenamento jurídico, ou seja, na sua maior ou menor periculosidade criminal. E deste ponto de vista, está em condições de identificar três grandes grupos de delinquentes, os ocasionais, os corrigíveis habituais e os incorrigíveis habituais.

Esses três tipos de criminosos são o resultado de uma certa combinação de influências dos dois grupos de fatores mencionados acima, psicológicos e sociais, sobre criminosos específicos. A política criminal, se quiser ser eficaz no combate ao crime, deve tentar eliminar esses fatores que geram o crime, ou neutralizar ou reduzir seus efeitos sobre os criminosos. A eliminação de fatores psicológicos baseados na hereditariedade está além do escopo da política criminal. A eliminação dos fatores sociais pode, talvez, ser objeto da política criminal, embora pertença antes à política social. No entanto, a neutralização ou redução dos efeitos que um ou outros fatores produzem nos criminosos individuais, e que acabam por conduzi-los ao crime, pode ser realizada por meio de intervenções criminais, e essa é substancialmente a tarefa que corresponde à política criminal.⁵¹

Especificamente, a política criminal procura intervir nos diferentes tipos de criminosos identificados através da imposição e execução de penas e medidas de segurança. Estas terão de ser as mais adequadas, na sua natureza e intensidade, à personalidade e periculosidade criminal de cada um deles, para que se obtenham no futuro os melhores efeitos de prevenção do crime.

⁵⁰ V. Liszt só se mostra propenso a abandonar a estrita referência ao fato delitivo cometido quando se trata de menores. Ver v. Liszt, F, *Die Zukunhft*, cit, p. 16.

⁵¹ Ver v. Liszt, F, *Kriminalpolitische Aufgaben*, cit, pp. 290-292, 297, 300, 307-316, 325; do mesmo, *Die Zukunft*, cit, pp. 3-17, 21-22; do mesmo, *Über den Einfluss*, cit, pp. 83, 88-91; do mesmo, *Die psychologischen*, cit, pp. 170-194, 206, 212-213; do mesmo, *Das Verbrechen*, cit, pp. 231-235; do mesmo, *Die Aufgaben*, cit, pp. 289-292, 294; do mesmo, *Die gesellschaftlichen*, cit, pp. 435-440; do mesmo, *Tratado*, cit, T. I, p. 7, T. II, pp. 35-36; do mesmo, *Lehrbuch*, cit, p. 13.

Portanto, a pena e a medida de segurança, e os efeitos especiais preventivos que conseguem atingir, são os elementos fundamentais do programa político-criminal.

Ao contrário do que tem sido costume na escola clássica do direito penal, a utilização de instrumentos preventivos não está mais condicionada à satisfação prévia da retribuição pelo ato cometido. Na realidade, a luta das escolas resultou em um compromisso em virtude do qual as reivindicações preventivas vieram à tona, e o contraste das escolas agora se refere ao predomínio das aspirações preventivo-gerais ou preventivo-especiais. De resto, a admissão das medidas de segurança possibilitou atender melhor às demandas preventivas-especiais, não mais atendidas exclusivamente pela sanção.⁵²

Ora, para que o programa político-criminal seja viável, é necessário que a criminologia e a penologia forneçam dados empíricos suficientes, a partir de pesquisas científicas, sobre quais são, e de que forma, os efeitos preventivos-especiais que podem ser alcançados com a pena e a medida de segurança. Nesse sentido, pode-se dizer que foram identificados três tipos principais de intervenção: intimidação, correção e inocuidade do infrator, que têm efeitos diferentes dependendo do tipo de infrator com o qual estamos lidando.⁵³ Segundo ele, a

⁵² Questionam, a meu juízo incorretamente, que a luta de escolas que tinha lugar no fim do século XIX e início do XX supunha uma controvérsia entre posturas substancialmente desiguais, Muñoz Conde, F, cit, pp. 165-166; Elbert, C, cit, pp. 141-144. Mais sutilmente, Vormbaum, T, cit, pp. 137-140.

⁵³ A partir da importância atribuída por v. Liszt à ideia de inocuidade referida aos delinquentes habituais incorrigíveis e as, sem dúvida, duras propostas de intervenção sugeridas sobre eles, que incluem, se é preciso, a internação por tempo indeterminado com regimes rigorosos dos delinquentes mais perigosos e resistentes, Muñoz Conde, F, cit, pp. 160-161, 163-165, 167-168, 173, questionou que a visão político-criminal de v. Liszt estava em conformidade, ao menos parcialmente, com os princípios próprios de um estado de direito, e enraizou estruturalmente boa parte de suas ideias político-criminais com as do nacional-socialismo e, mais tarde, com as do direito penal do inimigo. Entendo que esta crítica não está suficientemente justificada: A inocuidade como um dos fins da pena é algo que, dentro de seus devidos limites, é comumente aceito nos estados democráticos de direito. Os internamentos indeterminados para pessoas especialmente perigosas são objeto de um debate entusiasmado nas nossas sociedades democráticas. Muitos juristas, entre os quais me encontro (ver Díez Ripollés, JL, *Derecho penal español, Parte general*, 4ª edic, Valencia: Tirant, pp. 781-782) os rejeitamos fortemente com, creio, boas razões. Por outro lado, as afirmações exageradamente perigosistas e em oportunidades depreciativas de v. Liszt sobre esses delinquentes, formuladas sobretudo em seus primeiros escritos, são em grande medida próprias da época, frequentes em diversos autores, e foram notavelmente atenuadas em escritos posteriores de v. Liszt (ver abaixo suas reflexões sobre as causas sociais da delinquência). Sem poder me estender aqui mais sobre essas críticas, por exceder os objetivos deste trabalho, não posso concluir sem lamentar as frequentes afirmações ou insinuações de Muñoz Conde, cit, pp. 164, 165-166, 168-169, 171-172, não é assim 173-174, sobre a *continuidade estrutural*, se diz, entre estas ideias político-criminais de v. Liszt e evoluções autoritárias posteriores, uma vez que o professor faleceu. Ao meu juízo, contem demasiados juízos de intenções, estão descontextualizadas temporalmente, vinculam a v. Liszt com condutas posteriores de terceiros e, por último, subestimam a importância e duradoura renovação das ciências penais exercida por um autor de que, por exemplo, se reivindicavam herdeiros os autores do projeto alternativo alemão (Muñoz Conde, F, cit, p.170).

configuração do sistema de penas e medidas de segurança deve ser acomodada. Isso sem prejuízo dos efeitos preventivos gerais, bastante indiretos, que todo uso de pena e medida de segurança acarreta.⁵⁴

Para levar a cabo esta estratégia de combate à criminalidade, o legislador deve reconfigurar o direito penal para que esteja em condições de proteger os bens jurídicos através do uso efetivo dos efeitos da pena e das medidas de segurança. A política criminal oferece um programa de intervenção com base científica sobre as causas do crime e como combatê-las em criminosos individuais por meio da reação penal. Consequentemente, fornece ao legislador um conhecimento científico aplicado sob cuja orientação e aconselhamento o direito penal vigente deve ser criticamente avaliado, reformado e ter seu desempenho no futuro valorado.

Naturalmente, esta transformação do direito penal deve ter um impacto notável sobre o sistema de penas e medidas de segurança, sua determinação legal e judicial e sua execução. A este respeito, numerosas obras de v. Liszt tratam mais ou menos detalhadamente de questões relacionadas a essas áreas de intervenção penal. De referir, entre muitas outras, as penas de prisão curtas e suas penas alternativas, a suspensão condicional da execução da pena, a multa, as medidas a aplicar aos jovens e menores, o tratamento dos reincidentes, as penas indeterminadas ou o sistema penitenciário. É claro que a consolidação das medidas de segurança como segunda reação contra o crime deve-se a essa transformação.

Mas também o sistema de responsabilidade criminal e a classificação dos crimes são diretamente afetados pela nova estratégia adotada. Não se trata, é claro, de substituir esses elementos básicos do direito penal, e a refinada elaboração sistemática que se conseguiu com eles, por uma abordagem sociocientífica do crime e dos criminosos. Assim, reitera que uma boa política criminal só pode ser praticada a partir de um profundo conhecimento e domínio da dogmática jurídico-criminal. Mas não deixa de mostrar que certos conceitos da Parte Geral, certas classificações e subclassificações de crimes, na medida em que atingiram um nível

⁵⁴ Ver v. Liszt, F, *Kriminalpolitische*, cit, pp. 290-292, 312-313; do mesmo, *Die Zukunft*, cit, pp. 14-15, 21-22; do mesmo, *Über den Einfluss*, cit, pp. 83; do mesmo, *Die psychologischen*, cit, pp. 170. 190-194, 208-212; do mesmo, *Das Verbrechen*, cit, pp. 236, 241; do mesmo, *Die Aufgaben*, cit, pp. 293-296; do mesmo, *Die gesellschaftlichen*, cit, pp. 446-447; do mesmo, *Tratado*, cit, T. II, pp. 9-10, 19, 34-41, T. III, pp.197-201; do mesmo, *Lehrbuch*, cit, pp. 13, 20-21, 26.

excessivo de sutileza conceitual, na verdade impedem um adequado uso preventivo da pena e da medida de segurança.⁵⁵

3.2. Já temos, portanto, uma ciência criminal que trata de fixar os conteúdos prescritivos do direito penal com base em um objetivo social claro, o combate ao crime. A política criminal configura-se como um saber aplicado dirigido ao legislador, ou seja, ao poder político, que indica os conteúdos prescritivos necessários para ser eficaz na redução da criminalidade por meio da aplicação de penas e medidas de segurança aos criminosos isolados; os efeitos indiretos dessas penas e medidas na sociedade como um todo ou em grupos individuais dentro dela não são desprezíveis, mas permanecem em segundo plano.

É aí que termina a política criminal. A tarefa de identificar os interesses sociais a salvaguardar pelo direito penal e a sua conversão em bens jurídicos protegidos, ou a seleção de condutas criminosas que prejudiquem ou coloquem gravemente em perigo esses bens, deixou de ser missão da política criminal.⁵⁶ Tampouco a construção do sistema de cobrança de responsabilidade⁵⁷ Mas não são apenas essas duas grandes áreas prescritivas do direito penal que ficam de fora da reflexão político-criminal.⁵⁸ O mesmo acontece com as políticas preventivas sociais,⁵⁹ as estratégias policiais e a maior parte da gestão da administração de justiça e penitenciária,⁶⁰ para não mencionar mais do que algumas áreas relevantes de intervenção penal. Em suma, a política criminal tem uma função limitada, a de uma aplicação

⁵⁵ Ver v. Liszt, F, *Kriminalpolitische*, cit, pp. 292, 325 y ss.; do mesmo, *Die Zukunft*, cit, pp. 15, 21; do mesmo, *Über den Einfluss*, cit, pp. 76, 82-83, 87-88, 90-93; do mesmo, *Die psychologischen*, cit, pp. 192, 208-212; do mesmo, *Das Verbrechen*, cit, pp. 248-250; do mesmo, *Die Aufgaben*, cit, pp. 293-296; do mesmo, *Die gesellschaftlichen*, cit, pp. 434-435, 446; do mesmo, *Tratado*, cit, T. I, p. 7, T. II, pp. 10, 19-28, 35-41, T. III, pp. 197-201; do mesmo, *Lehrbuch*, cit, p. 13.

⁵⁶ Vê-se, por exemplo, como os raciocínios que realiza em seu manual sobre este assunto são normalmente ligados ao direito positivo, sem menções a uma pré-compreensão político-criminal do âmbito de tutela do direito penal, em v. Liszt, *Tratado*, cit, T. II, pp. 336-338 (excepcionalmente sobre as contravenções, p. 21); do mesmo, *Lehrbuch*, cit, pp. 181-182.

⁵⁷ Mais além das referências à acomodação dos elementos da responsabilidade a realidade natural, já vistas acima, chama a atenção as escassas menções explícitas que fazem a política criminal na hora de tomar decisões sobre a configuração de determinados elementos da responsabilidade. Assim, na última edição de seu manual, apenas sobre a culpabilidade como motivação normal, delitos qualificados pelo resultado, distinção entre tentativa e consumação, desistência em tentativa ou concurso real de delitos. Ver v. Liszt, F, *Lehrbuch*, cit, pp. 153, 156, 197, 201, 232.

⁵⁸ Compartilham este ponto de vista crítico sobre o âmbito de reflexão que atribui v. Liszt a política criminal, García Pérez, O, *La punibilidad en el derecho penal*, 1997, Pamplona: Aranzadi, pp. 306, 355-356; Elbert, C, cit, pp. 129, 139, 149, no entanto se vê minha objeção sobre o enfoque deste autor na nota 33.

⁵⁹ Veremos um pouco mais abaixo, e mais adiante no tópico 5.

⁶⁰ Sobre este último, veremos, contudo, v. Liszt, F, *Kriminalpolitische Aufgaben*, cit, pp. 325-340; do mesmo, *Tratado*, cit, pp. 26-28.

efetiva das penas e medidas de segurança aos infratores devidamente individualizados e caracterizados. Certamente, a política criminal nasce em v. Liszt com tarefas muito relevantes, mas restritas.

Por outro lado, as propostas político-criminais são estritamente condicionadas pela análise sociocientífica (v. Liszt diria científico-natural) sobre a etiologia do crime e as circunstâncias dos delinquentes, bem como análises científico-sociais pragmáticas sobre os efeitos que podem ser alcançados com a pena e a medida de segurança. Isso sem prejuízo de que, ao aplicar esse conhecimento, ele construa noções genuinamente político-criminais, como sua classificação de criminosos ou o conceito de periculosidade criminal, entre outros. O exposto leva, em todo caso, a que faltem argumentações sobre a legitimação não pragmática dos fins da pena e da medida e, conseqüentemente, sobre seus limites normativos, somente formulados de forma passageira e pouco elaborada no Tratado.⁶¹ É evidente que os discursos pragmáticos nem sequer aparecem na definição legítima do comportamento criminoso, para além das referências genéricas à sua nocividade ou ao princípio da fragmentação,⁶² porque tais discursos já não pertencem ao âmbito das penas e medidas a impor nem ao dos criminosos que as devem sofrer. Conseqüentemente, a política criminal fica confinada à análise pragmática, e apenas na medida em que se refere a penas ou medidas e seus efeitos sobre os criminosos, com o conseqüente empobrecimento da disciplina.⁶³

Da mesma forma, v. Liszt reconhece repetidamente que os fatores sociais, especialmente as deficiências sociais que afetam certos grupos, têm uma relevância muito maior na etiologia do crime que os fatores biológicos ou psicológicos. O que o leva a se destacar, como uma pessoa com sensibilidade social que é,⁶⁴ a corresponsabilidade da sociedade na

⁶¹ Alí se pode entender que alude aos princípios da proporcionalidade e humanidade das penas, no entanto muito condicionados pelo fato de que são socialmente demandados, e que não convem se afastar em excesso das concepções jurídicas populares. Ver, v. Liszt, F, *Tratado*, T. II, cit, pp. 29, 39.

⁶² Ver as citações contidas na nota 31.

⁶³ Sobre a frequente ausência em v. Liszt de referências aos princípios normativos legitimadores não pragmáticos das penas e medidas, ver igualmente Elbert, C, pp. 121-130, 132, 136-144, 429-430, embora suas críticas resultem às vezes temporalmente descontextualizadas o que lhe impede de valorar adequadamente, ao meu juízo, o progresso que as propostas de v. Liszt assumiram frente às abordagens da escola clássica, além de estar em excesso condicionadas pelo já assinalado na nota 30. Também, em un sentido mais amplo, inclusive de toda sua política criminal, Muñoz Conde, F, cit, pp. 161, 171.

⁶⁴ Elbert, C, cit, levou a cabo recentemente um valioso, exaustivo e documentado estudo sobre a afiliação política que teve, ou o que hoje merece, v. Liszt, realizado sobretudo a partir de suas atuações políticas dentro da ala esquerda de um partido em seu momento considerado liberal. Não estou em condições de questionar globalmente suas conclusões. Não obstante, da própria leitura do trabalho deduzo que, sem poder negar as contradições e os

geração do delito.⁶⁵ No entanto, essa constatação não o leva a ampliar o campo epistêmico e estratégico da política criminal para que ela lide com a transformação das condições sociais que fomentam o crime. Após alguma hesitação ocasional,⁶⁶ reduz a política criminal à intervenção, por meio de pena e medida, sobre os efeitos que esses fatores psicológicos ou sociais produzem sobre os criminosos individuais, a fim de impedi-los de cometer crimes no futuro. E o faz apesar de admitir que as penas e medidas de segurança nem sempre cumprem o que se espera delas, e que de qualquer forma seus benefícios no controle do crime são inferiores aos obtidos com uma intervenção direta nas deficiências sociais que afetam determinados grupos de cidadãos. De forma resignada, ele dirá em algum momento que se conforma com que o regime penitenciário não reproduza as desigualdades sociais que existem na comunidade.⁶⁷ Novamente, portanto, uma concepção contida de política criminal, à qual se negam como seus os métodos de intervenção preventiva de cunho social, e menos ainda de trabalho de transformação social.

Essa falta de ousadia na hora de ampliar os conteúdos do saber e da prática político-criminal talvez explique essa preocupação, expressa por v. Liszt ao longo de sua vida, por não ter conseguido fixar de uma vez por todas o método adequado de política criminal, e se reflete especialmente no ir e vir de afirmações contraditórias sobre o sistema de política criminal: sendo v. Liszt tão amante do método sistemático em qualquer ciência, oscila entre o

questionáveis compromissos que caiu v. Liszt em sua atividade política (por certo, paralelos àqueles que caíram os socialistas da época), sua consideração como político conservador, distantes do verdadeiro liberalismo e socialismo, ao menos de sua época (pp. 131-132, 143-144, 432-434, 448, 463), me parece que não está suficientemente justificada. Entendo, por outro lado, que se formulam excessivos juízos de intenções referidos aos sucessos posteriores, depois de falecido v. Liszt (ver pp. 127-128, 424, 431-432, 440-441, 445-446, 497, não assim em 498-499).

Lhe qualificam como liberal de esquerda, se aproximando do socialismo, Jiménez de Asúa, L, Corsi e ricorsi, cit, pp. 39-50, 50; Rivacoba Rivacoba, M, Prólogo, cit, pp. 12-13. Vormbaum, T, cit, pp. 131, 138, nega que possa ser considerado um socialista, a despeito de que ele em ocasiões se considerava como tal (ver, v. Liszt, F, Über den Einfluss, cit, pp. 81-82), mas não se opõe a sua orientação política liberal, por mais que não foi suficiente para defender esse direito penal estritamente garantista pelo que Vormbaum advoga. Por outro lado, este autor, por amor em manter sua tese da continuidade estrutural do pensamento penal alemão desde o século XIX, ao menos, até a atualidade, incluído o período nacional-socialista, procede a juízos de intenções, extrapolações temporais, imputações indiretas de condutas alheias e insinuações que acabam dando uma imagem de v. List que, ao meu juízo, está distante da realidade histórica (ver Vormbaum, T, cit, pp. 125-126, 131-132, 137, 140, 269-273, não assim em 133 motivado por Lombroso). Ver também nota 48.

⁶⁵ Ver v. Liszt, F, Kriminalpolitische Aufgaben, cit, pp. 312-313; do mesmo, Über den Einfluss, cit, pp. 81-82; do mesmo, Das Verbrechen, cit, pp. 235-236, 242-246; do mesmo, Die Aufgaben, cit, p. 292, 294-295; do mesmo, *Tratado*, cit, T. II, pp. 29-30, 35.

⁶⁶ Ver v. Liszt, F, Das Verbrechen, cit, p. 236; do mesmo, Die Aufgaben, cit, pp. 294-296.

⁶⁷ Ver v. Liszt, F, Kriminalpolitische Aufgaben, cit, pp. 312-313; do mesmo, Die Zukunft, cit, p. 8, 12-15; do mesmo, Das Verbrechen, cit, pp. 236, 241, 248-250; do mesmo, Die Aufgaben, cit, pp. 294-295; do mesmo, *Tratado*, cit, T. II, pp. 10, 18-19.

arrependimento por não ter acessado aquele estado epistêmico na política criminal, tendo que se contentar em atender questões isoladas, e a identificação do sistema com o catálogo de fins da pena e da medida, e com a configuração destas de acordo com a obtenção daqueles.⁶⁸

4. A CRIMINOLOGIA

4.1. Sabemos, pelo que já foi referido no n.º 1 e reiterado posteriormente em vários locais, que uma adequada proteção dos bens jurídico-penais e o consequente combate eficaz à criminalidade passa pelo conhecimento das causas do crime, bem como dos efeitos que podem ser alcançados com a pena, ambos objetos das ciências criminais. Esse conhecimento nos é fornecido por várias disciplinas sociocientíficas, por v. Liszt chamadas de científico-naturais, cuja identidade e denominação ele vai modificando um pouco até finalmente encontrar o termo abrangente da criminologia;⁶⁹ termo que não impede a persistência de dois grandes conteúdos epistêmicos, o vinculado à psicologia e o vinculado à sociologia. Verificamos também como o estudo dos efeitos que podem ser alcançados com a pena, uma vez conhecida a influência dos diversos fatores etiológicos do crime e sua expressão nos diversos tipos de criminosos, tende a se autonomizar do conhecimento criminológico.⁷⁰

De qualquer forma, e como também vimos, a criminologia é um componente epistêmico essencial em todas as ciências criminais. Nem os demais podem se desenvolver sem o conhecimento criminológico, nem este é frutífero negligenciando outros conhecimentos criminais. A eventual insuficiência de suas contribuições, o possível caráter unilateral de sua análise, ou seu ceticismo generalizado diante de modificações politicamente induzidas das principais causas geradoras do crime não são, diz v. Liszt, circunstâncias que podem justificar a desconsideração do conhecimento criminológico. Suas contribuições podem influenciar, às vezes diretamente e sem mediação conceitual, qualquer conteúdo das outras disciplinas penais,

⁶⁸ Ver v. Liszt, F, *Kriminalpolitische Aufgaben*, cit, p. 296; do mesmo, *Die Zukunft*, cit, p.2; do mesmo, *Die psychologischen*, cit, pp. 191-194, 208-212; do mesmo, *Die Aufgaben*, cit, pp. 293-294; do mesmo, *Die gesellschaftlichen*, cit, pp. 436, 446-447; do mesmo, *Tratado*, cit, T. II, p. 35-36.

⁶⁹ Sobre os primeiros usos do termo, ver Elbert, C, cit, pp. 113, 119-120.

⁷⁰ Ainda que não manifeste isso com contundência até 1899, nem pareça prosseguir mais tarde com essa linha de raciocínio em seu tratado. Ver v. Liszt, *Tratado*, cit, T. II, pp. 12-19.

ainda que sejam especialmente decisivas no campo do sistema de penas, sua imposição e execução.⁷¹

Antes de aprofundar os conhecimentos úteis que, segundo v. Liszt, a criminologia traz para as ciências criminais, deve-se lembrar que, para nosso autor, um certo nível de criminalidade é um fenômeno normal em qualquer sociedade, com o qual se deve conviver, e que é utópico tentar erradicá-lo. Os esforços devem centrar-se nos desenvolvimentos patológicos do crime, marcados por manifestações ou aumentos que, direta ou indiretamente, ponham em risco os fundamentos da vida coletiva.⁷²

Nesse contexto analítico, é uma constante no pensamento do v. Liszt, em suas próprias palavras, a pedra angular de sua concepção das ciências penais, que o estudo sociocientífico do crime mostre que ele tem uma dupla etiologia. De um lado, estão os fatores psicológico-individuais, às vezes chamados de biológicos, que se referem à personalidade do autor do crime, às vezes altamente afetada por elementos hereditários, e que fazem com que o crime possa ser entendido como produto de condições pessoais; são as causas internas do crime. Por outro lado, surgem fatores sociais, certas circunstâncias da vida em sociedade que determinam ou favorecem o surgimento de comportamentos criminosos nos indivíduos; são as causas externas do crime.⁷³

Ambos os grupos de fatores são significativos, portanto não há espaço para abordagens unilaterais, que atendam apenas a um grupo de fatores, erro no qual, no entanto, tanto as abordagens psicológicas quanto as sociológicas têm caído com frequência. O crime é sempre o produto da interação entre a natureza individual do infrator e suas circunstâncias externas no momento do ato. Isso não significa que as duas fontes causais tenham a mesma relevância. Não obstante a sua complementaridade e o fato de serem por vezes difíceis de diferenciar, os condicionamentos sociais da delinquência têm um peso etiológico maior do que os de natureza individual; de fato, as causas psicológicas são em parte ativadas ou reforçadas pelas

⁷¹ Ver v. Liszt, F, *Der Zweckgedanke*, cit, pp. 162, 178-179 (versão espanhola, pp. 108, 132-133); do mesmo, *Kriminalpolitische Aufgaben*, cit, pp. 296-312, 325; do mesmo, *Die Zukunft*, cit, pp. 3-5; do mesmo, *Über den Einfluss*, cit, pp. 75-77, 82-83; do mesmo, *Tratado*, cit, T. II, pp. 12-13; do mesmo, *Lehrbuch*, cit, p. 6.

⁷² Ver v. Liszt, F, *Das Verbrechen*, cit, pp. 236-237; do mesmo, *Die gesellschaftlichen*, cit, pp. 440-441.

⁷³ Ver v. Liszt, F, *Kriminalpolitische Aufgaben*, cit, pp. 312-313, 314-316; do mesmo, *Die Zukunft*, cit, pp. 5-14; do mesmo, *Über den Einfluss*, cit, p. 83; do mesmo, *Die psychologischen*, cit, pp. 170-172, 213; do mesmo, *Das Verbrechen*, cit, pp. 231-235; do mesmo, *Die Aufgaben*, cit, pp. 290-291; do mesmo, *Die gesellschaftlichen*, cit, pp. 438-439; do mesmo, *Tratado*, cit, T. II, pp. 13-15.

sociológicas. A variabilidade do comportamento criminoso ao longo do tempo, a história do direito penal, é um bom exemplo da proeminência das condições sociais, pois seriam difíceis de explicar com base em supostas mudanças de caráter da população. Que sua escola, diz v. Liszt, autodenomina-se escola sociológica, reflete essa constatação, ainda que em nenhum caso desconsidere o significado das qualidades individuais do infrator na gênese do crime.⁷⁴

Certamente ambas as aproximações adotam uma abordagem diferenciada, alternativa até, na compreensão do crime, uma atenta ao indivíduo, outra à massa social, e a própria fenomenologia do comportamento criminoso aconselhará a escolha predominante de um ou de outro, mas o pleno conhecimento do crime só se obtém da conjunção em medida diferente de ambos.⁷⁵

Não é arriscado afirmar que o progresso de seu pensamento é marcado pela atribuição às desigualdades sociais de um papel cada vez mais relevante como causa do crime, e por um maior aprofundamento nelas. Juntamente com as referências às condições ambientais, bem como às singularidades de diferentes grupos raciais, nacionais, religiosos e até políticos, tão freqüentes em seu tempo, as condições econômicas dos trabalhadores têm claramente o protagonismo explicativo. As profundas transformações socioeconômicas da segunda metade do século XIX fizeram com que, em primeiro lugar, a criminalidade deixasse de ser um fenômeno social normal e passasse a ser um fenômeno sociopatológico. Em segundo lugar, essa prevalência criminal é diretamente reconduzível às relações econômicas que deram origem a duas grandes fontes de crime: o crime econômico contra a proletarização e o crime violento contra a incapacidade de satisfazer as novas demandas existenciais. Os grupos sociais afetados por essas fontes são decisivos para explicar o crime contemporâneo ao autor⁷⁶.

A verdade, porém, é que, na medida em que esses fatores psicológicos ou sociais afetam criminosos específicos, que são os verdadeiros sujeitos da intervenção criminal, a ênfase se desloca para descobrir como esses condicionantes de origem diversa configuram as tipologias

⁷⁴ Ver v. Liszt, F, *Kriminalpolitische Aufgaben*, cit, pp. 312-313, 314-316; do mesmo, *Die Zukunft*, cit, pp. 4-14; do mesmo, *Das Verbrechen*, cit, pp. 234-236; do mesmo, *Die Aufgaben*, cit, pp. 291-292; do mesmo, *Tratado*, cit, T. II, pp. 17-18, 29.

⁷⁵ Ver v. Liszt, F, *Das Verbrechen*, cit, p. 234; do mesmo, *Die Aufgaben*, cit, pp. 291-292; do mesmo, *Die gesellschaftlichen*, cit, pp. 438-440; do mesmo, *Tratado*, cit, T. II, p. 13.

⁷⁶ Ver v. Liszt, F, *Die Zukunft*, cit, pp. 12-14; do mesmo, *Das Verbrechen*, cit, pp. 242-246; do mesmo, *Die Aufgaben*, cit, pp. 290-291; do mesmo, *Die gesellschaftlichen*, cit, pp. 442-445; do mesmo, *Tratado*, cit, T. II, p. 15, 35.

dos delinquentes e determinam as ações exitosas sobre eles. Em suma, adota-se uma abordagem explicativa individual, relativa às pessoas. Assim, o fundamento da classificação delinquencial gira em torno da atitude interna do indivíduo em suas ações em geral, e no que diz respeito ao ordenamento jurídico em particular, pois somente esse elemento psicológico é capaz de capturar plenamente a pessoa do infrator. Por outro lado, a predominância de fatores sociais no comportamento individual dará origem a criminosos ocasionais, enquanto a degeneração corporal ou espiritual ou problemas de personalidade darão origem a criminosos de status, habituais, tendênciais ou profissionais, que podem ser corrigíveis ou incorrigíveis.⁷⁷

Projetando isto sobre os efeitos a alcançar com a pena, o autor adota um ponto de partida cognoscitivo de grande relevância político-criminal: Nem os fatores psicológicos nem os sociais tem um efeito imutável sobre o comportamento do indivíduo afetado. As propensões individuais favorecedoras do comportamento delitivo, sejam de uma ou outra origem, podem ser desativadas através de diversas intervenções sociais, e a pena ou a medida estão entre elas.⁷⁸

4.2. Dificilmente se poderá exagerar a importância atribuída por v. Liszt à criminologia. É justamente a necessária incorporação desse saber que desencadeou todo o enriquecimento epistêmico do que então se chamava de ciências penais. A política criminal, mencionada em seguida, é inicialmente pouco mais do que o conceito no qual abrigar os conteúdos criminológicos. Sua verdadeira autonomia só virá quando v. Liszt entender que os conhecimentos adquiridos requerem uma ciência aplicada que permita que sejam utilizados no combate ao crime.

A concepção de v. Liszt de conhecimentos criminológicos é bastante limitada se comparada com os conteúdos atualmente atribuídos a esta disciplina. Reduz-se à elucidação das causas do comportamento criminoso, concentrando-se nas psicológicas, inicialmente de raízes hereditárias ou antropológicas, e nas sociais, inicialmente identificáveis com uma acumulação de dados estatísticos. Mantendo-nos nesse mero nível etiológico do crime, hoje sabemos que é especialmente marcante a desconsideração dos aspectos situacionais do comportamento criminoso, sem falar no poder definidor das instituições criminosas de controle social sobre o

⁷⁷ Ver v. Liszt, F, *Kriminalpolitische Aufgaben*, cit, 309-313; do mesmo, *Die Zukunft*, cit, pp. 15-16, 20-21; do mesmo, *Über den Einfluss*, cit, pp. 88-93; do mesmo, *Die psychologischen*, cit, pp. 174-190, 208, 212-213; do mesmo, *Das Verbrechen*, cit, p. 236; do mesmo, *Die Aufgaben*, cit, pp. 294-295; do mesmo, *Die gesellschaftlichen*, cit, pp. 446-447; do mesmo, *Tratado*, cit, T. II, pp. 16-17, 19, 35.

⁷⁸ Ver, v. Liszt, F, *Die Zukunft*, cit, pp. 5, 7-8, 10-14; do mesmo, *Tratado*, cit, T. II, pp. 17-18.

crime.⁷⁹ Mas devemos lembrar que ele lança as bases do paradigma criminológico que vigorará até o século XX.

Na verdade, não limita a criminologia ao estudo etiológico do crime. O conhecimento dos efeitos a serem alcançados sobre o infrator e a delinquência com penas e medidas não sai apenas do campo epistêmico da criminologia em toda a sua obra. A penologia desempenha um triste papel a este respeito, nunca suficientemente autônoma e sempre com um estatuto epistemológico confuso. Nesse sentido, nosso autor possui um conceito moderno de criminologia, na medida em que incorpora o estudo das possíveis intervenções criminais e seus efeitos, ainda que limitados ao momento pós-crime.

À medida que seu pensamento evolui, são construídas análises mais ricas, mais matizadas e ambiciosas de fatores etiológicos psicológicos e sociais, embora faltem pronunciamentos mais detalhados sobre a interação entre os dois. No entanto, a atitude que adota em relação aos fatores sociais é paradoxal: com o passar do tempo, ele lida cada vez mais com eles, dá-lhes mais importância, a ponto de, como já dissemos, sua escola se autodenominar uma escola sociológica. Mas esse nome é propriamente um abuso de linguagem. Ao final, como já tivemos oportunidade de ver em diversos lugares, os conhecimentos criminológicos são utilizados para obter classificações adequadas dos delinquentes e assim conseguir impor a cada um deles a pena ou medida que melhor se adegue às suas características pessoais para efeitos de combate ao crime. Em outras palavras, ele não utiliza tais conhecimentos para promover transformações sociais, mas para compreender melhor como elas influenciam o comportamento criminoso e poder, conseqüentemente, configurar a penalidade ou medida de forma mais eficaz.

5. POLÍTICA SOCIAL E POLÍTICA CRIMINAL

5.1. O que se acabou de dizer nos guia em uma análise mais profunda da relação entre a política criminal e a por v. Lisz denominada política social, último tema a tratar.

Já vimos a importância que nosso autor dá aos fatores sociais na gênese da delinquência. Na verdade, podemos acrescentar, os fatores psicológicos, indubitavelmente influentes em todo o comportamento individual e merecedores da devida atenção, são ativados em maior ou menor

⁷⁹ Ver uma proposta de análise etiológica compreensiva, em Redondo Illescas, S, *El origen de los delitos: Introducción al estudio y explicación de la criminalidad*, Valencia: Tirant, 2015.

grau dependendo do impacto específico que determinados fatores sociais estão exercendo sobre essa mesma pessoa. Em outras palavras, os determinantes psicológicos do comportamento criminoso estão à mercê de gatilhos de natureza social. Isso, e a possibilidade certa de influenciar essas condições sociais modificando-as, mesmo que parcialmente, nos obriga a concentrar esforços nelas e nas leis que as regem.⁸⁰

Contudo, as intervenções sobre os determinantes sociais do comportamento criminoso podem ser realizadas em dois níveis diferentes. Você pode atuar diretamente na fonte geradora deles, ou seja, na estrutura social que os cria, ou pode intervir posteriormente, nos efeitos que produzem no comportamento criminoso individual específico.⁸¹

A primeira, diz o nosso autor, é conseguida através de intervenções sociopolíticas que procuram, sobretudo, modificar as condições socioeconômicas da classe trabalhadora, reduzir as deficiências que sofre. Em lugares muito diversos de seus escritos, ele listará as áreas de intervenção mais essenciais: eliminação da miséria em que vive a classe trabalhadora, humanização da jornada de trabalho, estrutura tributária equitativa, melhoria das condições de educação e formação dos trabalhadores, facilitação de moradia adequada, assistência a crianças e jovens abandonados ou marginalizados, entre outros aspectos. E uma ação transversal, reforço da consciência e atitudes cidadãs, o que hoje chamaríamos de aceitação da justiça social.⁸²

Como a segunda é alcançada já vimos em outras passagens deste trabalho. Através da imposição e execução de penas e medidas de segurança somos capazes de influenciar as circunstâncias pessoais, de origem psicológica ou social, que motivam o comportamento delitivo de criminosos específicos. Dessa forma, também é possível alterar os determinantes sociais do comportamento criminoso, ainda que de forma indireta, porquanto não se trabalha na estrutura social em si que os origina, mas em seus efeitos sobre as pessoas individualmente.⁸³

Para v. Liszt resulta muito claro que a primeira forma de intervenção, ações sociopolíticas sobre realidades sociais especialmente geradoras do crime, é muito mais eficaz

⁸⁰ Ver v. Liszt, F, *Kriminalpolitische Aufgaben*, cit, p. 313; do mesmo, *Die Zukunft*, cit, pp. 7-8, 12-14; do mesmo, *Über den Einfluss*, cit, p. 83; do mesmo, *Tratado*, cit, T. II, pp.17-18.

⁸¹ Ver v. Liszt, F, *Kriminalpolitische Aufgaben*, cit, p. 313; do mesmo, *Die Zukunft*, cit, p. 15; do mesmo, *Die Aufgaben*, cit, pp. 294-295; do mesmo, *Die gesellschaftlichen*, cit, p. 446.

⁸² Ver v. Liszt, F, *Kriminalpolitische Aufgaben*, cit, p. 313; do mesmo, *Die Zukunft*, cit, p. 8; do mesmo, *Das Verbrechen*, cit, pp.242-246.

⁸³ Ver v. Liszt, F, *Kriminalpolitische Aufgaben*, cit, p. 313; do mesmo, *Die Zukunft*, cit, p. 15; do mesmo, *Die Aufgaben*, cit, pp. 294-295; do mesmo, *Die gesellschaftlichen*, cit, p. 446; do mesmo, *Tratado*, cit, T. II, p. 19.

na redução do crime do que a segunda. Uma melhoria nas condições socioeconômicas da classe trabalhadora, por exemplo, uma boa lei que promova a moradia protegida, tem efeitos incomparavelmente maiores do que inúmeras reformas penais. Mais especificamente, destaca que os efeitos das penas e das medidas de segurança são apenas discretos no combate ao crime, que sua eficácia é condicionada por não influenciar a origem dos fatores sociais, e que, portanto, a pena e a medida não são as únicas ou mesmo o meio mais eficaz de reduzir o crime.⁸⁴

No entanto, o autor imediatamente se pergunta se ambos os tipos de intervenção sobre os determinantes sociais do comportamento criminoso são tarefa da política criminal. E a resposta é não. É verdade que em algumas passagens isoladas ele afirma enfaticamente que o político criminal deve se concentrar nos fatores sociais que geram o crime, na tentativa de transformar a estrutura social, para que se obtenha uma configuração mais favorável da criminalidade. Ou que alguma vez, mais sutilmente, diga que a política criminal combate o crime de forma especial, mas não exclusiva, por meio da pena e da medida.⁸⁵ Mas há muitos momentos em que ele afirma que intervenções diretas nos fatores sociais significam abandonar a política criminal e entrar na política social. Esta, no contexto que nos interessa, procura eliminar ou reduzir os fatores sociais estruturais que geram o comportamento criminoso. A política criminal, por sua vez, combate o crime agindo individualmente sobre o infrator com a pena e a medida de segurança.⁸⁶

Isso não impede uma intensa cooperação entre ambas estratégias,⁸⁷ até mesmo sobreposições de ações, por exemplo, no campo da educação. Mas estamos diante de políticas diferenciadas, por mais que a melhor política criminal seja uma boa política social, ou, dito de outra forma, que a prevenção seja mais eficaz que a repressão.⁸⁸

⁸⁴ Ver v. Liszt, F, *Die Zukunft*, cit, p. 8; do mesmo, *Über den Einfluss*, cit, p. 83; do mesmo, *Das Verbrechen*, cit, p. 236; do mesmo, *Die Aufgaben*, cit, pp. 294-295; do mesmo, *Tratado*, cit, T. II, p. 18.

⁸⁵ Ver v. Liszt, F, *Das Verbrechen*, cit, p. 236 y do mesmo, *Die Aufgaben*, cit, p. 296, respectivamente.

⁸⁶ Ver v. Liszt, F, *Kriminalpolitische Aufgaben*, cit, p. 313; do mesmo, *Die Zukunft*, cit, pp. 8, 15; do mesmo, *Das Verbrechen*, cit, p. 246; do mesmo, *Die gesellschaftlichen*, cit, p. 446; do mesmo, *Tratado*, cit, T. II, p. 19.

Defende, em meu juízo erroneamente, que v. Liszt integra a política social na política criminal, Ortiz de Urbina, I, cit, pp. 870 -872.

⁸⁷ Em 1919, na última edição de seu Manual, dirá que a política criminal se desenvolveu simultaneamente à política social, e em contato próximo com ela (Ver, v. Liszt, F, *Lehrbuch*, cit, p. 13), mas isso não impede que as mantenha nitidamente separadas.

⁸⁸ Ver v. Liszt, F, *Die Zukunft*, cit, p. 15; do mesmo, *Über den Einfluss*, cit, p. 83; do mesmo, *Das Verbrechen*, cit, pp. 246-250.

5.2. Esse último tópico nos confirma que v. Liszt é um reformador social.⁸⁹ Ele considera que as estruturas sociais existentes na virada dos séculos XIX e XX geraram profundas desigualdades sociais, sofridas singularmente pela classe trabalhadora. Se na seção 4 anterior vimos como essas desigualdades sociais explicavam uma das duas grandes causas do crime, os fatores sociais, agora as percebemos pelos olhos de nosso autor como uma realidade social que deve ser transformada através das políticas públicas correspondentes.⁹⁰

Antes criticamos que sua análise das causas do crime fosse reduzida a fatores psicológicos e sociais, com clara predominância destes últimos. Vemos agora que ele está excessivamente otimista sobre a capacidade das reformas sociais de reduzir substancialmente o crime. Antes de mais nada, devemos lembrá-lo de uma ideia que ele foi um dos primeiros a expor, de que o crime é um fenômeno normal em qualquer sociedade.⁹¹ Além disso, a experiência posterior nos mostrou que, certamente, sociedades igualitárias fazem diferença na configuração do comportamento criminoso em relação às que não o são, mas que ao lado do crime patrimonial e mesmo violento existem outros tipos de crime, não necessariamente menos graves, aos quais essas sociedades mais igualitárias não estão imunes.

O protagonismo que v. Liszt dá a transformação dos fatores sociais que geram o crime o motiva a atribuir um lugar subordinado à política criminal em relação à política social no combate ao crime. Em última análise, a política criminal está apenas em condições de desativar ou reduzir os efeitos que esses fatores sociais produziram sobre os criminosos individuais. Intervenções verdadeiramente transformadoras, aquelas que têm impacto direto nas fontes sociais da criminalidade, e que repercutem em toda a população, estão fora de seu alcance, como ele repete. É a política social, a política pública, diríamos agora, que é verdadeiramente decisiva.

A questão que se coloca é o que impediu v. Liszt de incluir na política criminal, não todo o conjunto de políticas públicas, que podem perseguir objetivos muito variados, mas o

⁸⁹ No entanto deve-se reconhecer, como disse Elbert, C, cit, p. 134, seguindo Naucke, que as políticas sociais advogadas por v. Liszt se entendem em grande medida apenas na perspectiva de combate à criminalidade, e não tanto no marco do progresso social.

⁹⁰ Neste sentido, me parece injusta a visão que oferece Muñoz Conde, F, cit, pp. 163-165 de v. Liszt como alguém que deprecia e maltrata o proletariado, baseada em grande medida em um par de afirmações iniciais em sua obra, certamente muito refutáveis.

⁹¹ Ver acima no tópico 4.1.

conjunto de políticas públicas voltadas para a redução da criminalidade. Há alguns esboços, como as duas ocasiões em que ele atribui tarefas de política social à política criminal, ou quando enfatiza o papel da prevenção em oposição à repressão ao crime. Mas, mais uma vez, estamos diante de uma oportunidade perdida de configurar uma política criminal muito mais abrangente, composta não apenas por intervenções penais pós-criminais, mas por todos os tipos de programas de ação relacionados ao combate ao crime, que podem incluir, é claro, intervenções de reforma social além do uso de técnicas penais.

CONCLUSÕES

O conjunto de ciências penais exposto por v. Liszt tem um claro objetivo, obter um controle do crime e do delinquente que melhore substancialmente as conquistas da escola clássica do direito penal. Para isso, precisa incorporar novos conhecimentos, que vão além da mera interpretação e aplicação do direito positivo, a dogmática. É preciso conhecer as causas do crime, as características dos delinquentes e os efeitos que podem ser alcançados com a pena e a medida de segurança, o que demanda conhecimento sociocientífico, a criminologia. Mas esse conhecimento será estéril se não tivermos um conhecimento aplicado que, a partir dele, projete uma estratégia efetiva de combate ao crime, a política criminal.

Nosso autor, porém, atraído por essa observação essencial do crime e do castigo como fenômenos sociais, não presta a devida atenção ao conhecimento prescritivo que deve dar a conhecer os propósitos, funções, valores, diretrizes e regras susceptíveis de moldar qualquer estratégia de luta contra o delito e, em última análise, o próprio direito penal positivo. Certamente, essa tarefa não corresponde à dogmática jurídico-penal, entendida como técnica ou arte de natureza lógico-sistemática que se limita a dar coerência ao direito penal vigente; e que carece de qualquer função criativa que exceda a vinculada ao manejo de material jurídico positivo. Nem, obviamente, essa missão pode ser atribuída ao novo conhecimento social incorporado, que se move em um plano descritivo. Tudo indica que esta atribuição tem de ser satisfeita pela política criminal, e assim é, mas de uma forma surpreendentemente limitada.

V. Liszt sabe bem que só o poder, o poder político, está legitimado a fixar o conteúdo prescritivo do direito penal. Ele também vê com razão no legislador penal o órgão reflexivo do poder político encarregado de precisar e tornar concretos esses conteúdos prescritivos. Sem

objeções também à sua identificação das três decisões prescritivas fundamentais a serem tomadas pelo direito penal: o conteúdo da tutela, o sistema de responsabilidade e o sistema de sanções. Em relação à primeira decisão, há uma afirmação clara, embora pouco desenvolvida posteriormente: A missão do direito penal é a proteção dos bens jurídicos e, segundo eles, o comportamento criminoso deve ser identificado. O mesmo vale para a terceira decisão fundamental: A pena e a medida de segurança são os instrumentos com os quais se alcança essa proteção dos interesses sociais primários, e com base em sua eficácia devem ser estruturadas. Pelo contrário, a segunda decisão, a configuração prescritiva do sistema de responsabilidade, reduz-se a exigir que a conduta declarada responsável corresponda à realidade natural da conduta praticada, e que, além disso, esteja expressamente previsto na lei; os demais conteúdos do sistema de responsabilidade parecem derivar diretamente da configuração específica do direito positivo, sem que seus pressupostos tenham sido discutidos anteriormente.

E isso nos traz de volta ao papel desempenhado pela política criminal. Evidentemente, cabe a ela definir as diretrizes para o legislador sobre quais devem ser os conteúdos prescritivos do direito penal para desenvolver uma estratégia bem-sucedida no combate ao crime. E deve fazê-lo conhecendo o direito positivo atual e possível, bem como os dados criminológicos sobre as causas do crime e os efeitos que podem ser alcançados com as sanções penais. Mas o alcance discursivo que lhe atribui é muito limitado: depois de uma adequada classificação dos criminosos de acordo com os fatores psicológicos e sociais que determinam o seu comportamento delitivo, ele se contenta em identificar e estabelecer as classes de penas ou medidas mais adequadas para combater a periculosidade criminal que eles demonstram. E a política criminal acomoda suas propostas prescritivas no conjunto de conteúdos do direito penal a essa pretensão. A determinação dos bens jurídicos a serem protegidos, a identificação dos comportamentos que podem afetá-los, ou a configuração dos elementos de responsabilidade são largamente deixados de fora de seu discurso prescritivo. E mais algumas coisas, como, por exemplo, técnicas de prevenção social ou policial, ou a gestão de órgãos de controle social criminal.

Por outro lado, essa determinação unilateral de conteúdo prescritivo de acordo com as finalidades perseguidas com a pena e a medida desenvolve-se fundamentalmente a nível

pragmático, dificilmente surgindo referências legitimatórias ligadas a princípios ou valores a respeitar por estes instrumentos punitivos.

A criminologia adquire um *status* epistemológico firme, na medida em que o conhecimento que aporta da etiologia do crime e dos efeitos da sanção penal são essenciais para o desenho da referida política criminal. É uma criminologia voltada para o infrator, para os efeitos que as condições psicológicas e sociais produzem sobre ele e para a possível superação desses. No entanto, abordagens situacionais ou institucionais para a geração ou controle do crime estão ausentes.

A relação entre a política criminal e o que ele chama de política social é um campo de testes imbatível para ver até onde v. Liszt está disposto a ir com ações político-criminais. Apesar de reconhecer repetidamente, mesmo com excessivo otimismo, que a intervenção sobre os fatores sociais geradores do crime é a estratégia mais promissora para seu controle, ele se recusa a atribuir tarefas de transformação social à política criminal. A política criminal deve limitar-se a intervir nos criminosos individuais por meio de pena e medida de segurança, mesmo sabendo que sua eficácia é limitada no controle do crime. Isso não deve impedir que a política criminal seja coordenada com a política social mais promissora e ambiciosa.

Em suma, o impulso epistêmico que, ao contrário da escola clássica, deu v. Liszt ao direito penal através de seu catálogo de ciências criminais foi definitivo. Desde então, o conhecimento criminal nunca mais voltou à situação anterior. Isso não significa, entretanto, que o conhecimento político-criminal que nosso autor deu origem - e algo semelhante pode ser dito do conhecimento criminológico -, fosse abrangente o suficiente para atender às necessidades estratégicas de redução do crime de então e também de agora. Mas certamente lançou as bases para a política criminal como uma disciplina determinante no controle do crime.

REFERÊNCIAS

Asúa, L. J. "Corsi e ricorsi": La vuelta de von Liszt. In Liszt, F. V. **La Idea de Fin en el Derecho Penal**, México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1994, p. 29-51.

Conde, F. M. La herencia de Franz von Liszt, **Revista penal**, n. 27, 2011.



Elbert, C. A. **Franz von Liszt: Teoría y práctica en la política criminal (1899-1919)**, 1ª ed., Buenos Aires: Prosa editores, 2017.

Illescas, S. R. **El origen de los delitos: Introducción al estudio y explicación de la criminalidad**. Valencia: Tirant, 2015.

Liszt, F. V. Das Verbrechen als sozial-pathologische Erscheinung. *In* Liszt, F. V. **Strafrechtliche Vorträge und Aufsätze**, 2. Band, Berlin: Walter de Gruyter, 1898.

Liszt, F. V. Der Zweckgedanke im Strafrecht. *In* Liszt, F. V. **Strafrechtliche Vorträge und Aufsätze**, 1. Band, Berlin: Walter de Gruyter, 1882.

Liszt, F. V. Die Aufgaben und die Methode der Strafrechtswissenschaft. *In* Liszt, F. V. **Strafrechtliche Vorträge und Aufsätze**, 1. Band, Berlin: Walter de Gruyter, 1899.

Liszt, F. V. Die gesellschaftlichen Faktoren der Kriminalität. *In* Liszt, F. V. **Strafrechtliche Vorträge und Aufsätze**, 2. Band, Berlin: Walter de Gruyter, 1902.

Liszt, F. V. Die psychologischen Grundlagen der Kriminalpolitik. *In* Liszt, F. V. **Strafrechtliche Vorträge und Aufsätze**, 2. Band, Berlin: Walter de Gruyter, 1896.

Liszt, F. V. Die Zukunft des Strafrechts. *In* Liszt, F. V. **Strafrechtliche Vorträge und Aufsätze**, 2. Band, Berlin: Walter de Gruyter, 1892.

Liszt, F. V. Krininalpolitische Aufgaben. *In* Liszt, F. V. **Strafrechtliche Vorträge und Aufsätze**, 1. Band, Berlin: Walter de Gruyter, 1889-1892.

Liszt, F. V. **Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, 21. und 22. Auflage**, Berlin e Leipzig: Walter de Gruyter und Co, 1919.

Liszt, F. V. Rechtsgut und Handlungsbegriff im Bindingschen Handbuche. *In* Liszt, F. V. **Strafrechtliche Vorträge und Aufsätze**, 2. Band, Berlin: Walter de Gruyter, 1886.

Liszt, F. V. **Tratado de derecho penal**, T. I e II, 3ª ed, Madrid: Reus, 1927-1929.

Liszt, F. V. **Tratado de derecho penal**, T. I, 3ª ed, Madrid: Reus, 1927.

Liszt, F. V. Über den Einfluss der soziologischen und anthropologischen Forschungen auf die Grundbegriffe des Strafrechts. *In* Liszt, F. V. **Strafrechtliche Vorträge und Aufsätze**, 2. Band, Berlin: Walter de Gruyter, 1893.

Pérez, O. G. **La punibilidad en el derecho penal**, Pamplona: Aranzadi, 1997.

Ripollés, J. L. D. **Derecho penal español, Parte general**, 4ª edic, Valencia: Tirant, 2016.

Ripollés, J. L. D. **La racionalidad de las leyes penales. Práctica y teoría**, 2ª edición, Madrid: Trotta, 2013.

Rivacoba, M. Prólogo: Franz von Liszt y el "Programa de Marburgo". In Liszt, F. V. **La Idea de Fin en el Derecho Penal**, México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1994, p. 7-26.

Toledo, E. O. de; Sierra, M. G.; Bechiarelli, E. C. (coords). **Estudios penales en recuerdo del Prof. Ruiz Antón**, Valencia: Tirant, 2004.

Vormbaum, T. **Einführung in die moderne Strafrechtsgeschichte**, Berlín: Springer, 2009.

Sobre o autor:

José Luis Díez Ripollés | *E-mail:* ripolles@uma.es

Doutor em Direito. Licenciatura em Psicologia. Professor de Direito Penal. Diretor do Instituto Interuniversitário Andaluz de Criminologia.

Sobre a tradutora e os tradutores:

Chiavelli Falavigno | *E-mail:* chiavelli.falavigno@gmail.com

Professora Adjunta de Direito Penal e Processo Penal da Graduação e da Pós-Graduação (Mestrado) da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Estágio pós-doutoral em Política Legislativa Criminal pela Universidade de Málaga, sob a orientação do Professor Dr. José Luis Díez Ripollés (bolsista Fundação Carolina em 2019 e bolsista Maria Zambrano em 2022). Doutora em Direito Penal pela Universidade de São Paulo (bolsista FAPESP) com estágio de investigação de abril a outubro de 2017 na Hamburg Universität (bolsista DAAD). Mestre em Ciências Criminais pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (bolsista CAPES). Graduada em Ciências Jurídicas e Sociais - Direito - pela Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS), com intercâmbio acadêmico na Universidade de Coimbra (bolsista SANTANDER).

Rafael Bulgakov Klock Rodrigues | *E-mail:* rafael_klock@hotmail.com

Advogado. Ex-diretor do Departamento de Assuntos Legislativos da Secretaria Municipal de Governo e Gestão Estratégica do Município de Dourados/MS. Mestre em Ciência Jurídica pela Universidade Estadual do Norte do Paraná – UENP, com pesquisa sobre racionalidade legislativa e política de drogas. Especialista em Direito Penal e Processual Penal pela Faculdade Arnaldo Janssen. Bacharel em Direito pela Universidade Federal da Grande Dourados – UFGD. Licenciado em História pelo Centro Universitário da Grande Dourados – UNIGRAN.

Rafael Sbeghen Freitas | *E-mail:* sbeghenrafael@gmail.com

Assistente de Promotoria de Justiça no Ministério Público de Santa Catarina. Bacharel em

Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina. Pós-graduado em Direito Penal Econômico pela PUC de Minas Gerais.

Artigo Convidado

