

De LEGIBUS

9

Julho de 2025

**DEMOCRATIZAÇÃO DO DIREITO PENAL?
SOBRE O PAPEL DA CIÊNCIA JURÍDICO-PENAL
EM RELAÇÃO À ATIVIDADE LEGISLATIVA**

DEMOCRATIZATION OF CRIMINAL LAW? ON THE ROLE OF
CRIMINAL LAW SCHOLARSHIP IN THE LEGISLATIVE PROCESS

Ivó COCA VILA

REVISTA DE DIREITO
LAW JOURNAL

EDIÇÃO ESPECIAL
DIREITO, ESTADO E DEMOCRACIA

Faculdade de Direito — Universidade Lusófona
<https://revistas.ulusofona.pt/index.php/delegibus>

DEMOCRATIZAÇÃO DO DIREITO PENAL? SOBRE O PAPEL DA CIÊNCIA JURÍDICO-PENAL EM RELAÇÃO À ATIVIDADE LEGISLATIVA*

DEMOCRATIZATION OF CRIMINAL LAW? ON THE ROLE OF
CRIMINAL LAW SCHOLARSHIP IN THE LEGISLATIVE PROCESS

Ivó COCA VILA**

SUMÁRIO: Introdução; 1. Sobre a falta de democracia na política criminal “científica”; 1.1. As insistências da política criminal “científica”; 1.1.1 Pluralismo e relativismo de valores; 1.1.2 Negligência na integração da política criminal com a democracia e os direitos fundamentais; 1.2. O programa de democratização; 1.2.1 Da verdade material ao compromisso político; 1.2.2 A denúncia da “aristocracia penal”; 1.2.3 Contra o excepcionalismo jurídico-penal; 1.2.4 Contra a constitucionalização excessiva da política criminal; 2. Por uma legislação fundamentalmente democrática; 2.1. A verdade contida na “crítica democratizante”; 2.2. Uma legislação fundamentalmente democrática; 2.2.1 Fundamentos materiais em uma sociedade pluralista; 2.2.2 O procedimento democrático enquanto meio para o direito penal liberal; 2.2.3 Sobre a questão de legitimidade constitucional das leis penais; 2.3. Sobre o papel da ciência jurídico-penal na atividade legislativa democrática; 2.3.1 O conceito material de injusto como um princípio de criminalização “dúctil”; 2.3.2 A crítica como pedra angular do direito penal democrático; 2.3.3 Política criminal científica baseada em valores? Conclusão.

RESUMO: Nos últimos anos, um número significativo e crescente de opiniões na literatura questiona as ambições clássicas de política criminal da ciência jurídico-penal. Seus esforços para desenvolver um conceito material de crime a fim de esta-

* Publicação original: *Demokratisierung des Strafrechts? Zur Rolle der Strafrechtswissenschaft in der Gesetzgebung*. In: Staffler, Lukas; Ege, Gian; Jany, Oliver; Lichtenberger, Luisa; Payer, Andrés; Ranzoni, Luca; Reinicke, Franziska; Schweiger, Theresa; Tsilikis, Dimitrios (Hrsg). *Strafrecht und Demokratie*. Baden-Baden: Nomos Verlag, 2023. p. 79-107. A tradução para o português foi realizada por Lucas Minorelli e Guilherme -F. Ceolin, a quem agradeço. A versão ora publicada corresponde, no essencial, ao trabalho apresentado, com o mesmo título, no “Colóquio Internacional - Direito Penal e Democracia Hoje”, que teve lugar em Lisboa, na Universidade Lusófona, em 28 de outubro de 2024. Também agradeço aos organizadores do evento pelo convite.

** Professor da Universidade Pompeu Fabra (Barcelona). Investigador sénior do Max Planck Institute for the Study of Crime, Security and Law (Freiburg im Breisgau).

belecer limites para o legislador atestariam uma falta radical de sensibilidade democrática. O objetivo do presente trabalho é demonstrar que a crítica se baseia em um mal-entendido sobre as reivindicações da política criminal e que a ciência jurídico-penal deve continuar a examinar a legitimidade das leis penais além dos limites constitucionais. Ao fazê-lo, os Penalistas não estão se arrogando um poder ao qual não têm direito, mas sim contribuindo decisivamente para a prática democrática da legislação penal.

PALAVRAS-CHAVE: teoria da criminalização; bem jurídico; conceito material de crime; constitucionalização do direito penal; aristocracia penal.

ABSTRACT: In recent years, a significant and growing number of voices in the literature have questioned the classical criminal politic ambitions of criminal law scholarship. Their efforts to develop a material concept of wrong in order to set limits on the legislature would testify to a radical lack of democratic sensibility. The aim of my contribution is to show that the criticism is based on a misunderstanding of the claims of criminalization thinkers and that criminal law scholarship should continue to question the legitimacy of criminal legislation beyond constitutional limits. In doing so, criminal law scholarship does not arrogate to itself a power to which it is not entitled, but rather makes a crucial contribution to the democratic practice of criminal law.

KEYWORDS: theory of criminalization; legal good; material concept of wrong; constitutionalizing criminal law; criminal law scholarship aristocracy.

INTRODUÇÃO

Tradicionalmente, a ciência jurídico-penal tem se concentrado em três tarefas principais: em primeiro lugar, no cultivo da dogmática jurídica, ou seja, no registro e na interpretação de textos jurídicos e decisões judiciais aplicáveis – o trabalho hermenêutico, por assim dizer. Em segundo lugar, a ciência jurídico-penal também cumpre a tarefa de realizar a pesquisa acerca dos fundamentos materiais, como podem atestar o desenvolvimento da teoria geral do delito e o da teoria da pena. Por fim – e em contraste com outras disciplinas jurídicas –, a ciência jurídico-penal se dedica intensamente à política jurídica. Isso envolve a busca de critérios materiais, para além do Código Penal, com o propósito de determinar como deve ser o comportamento

ao qual o Estado está *justificado a punir*¹. O desenvolvimento do chamado “conceito material de injusto” – no âmbito de discussão de língua alemã, pode-se pensar, sobretudo, no conceito de bem jurídico –, bem como de princípios complementares e restritivos do *ius puniendi* (por exemplo, o princípio da ultima ratio), é o produto dos esforços da ciência jurídico-penal para determinar a qualidade substantiva do comportamento punível.

A pretensão de fornecer uma política criminal ao legislador – um padrão metajurídico que define o que é punível e o que deve permanecer impune – baseia-se numa preocupação da ciência jurídico-penal em definir os limites da legislação penal da forma mais restritiva possível². Ao contrário do que acontece em outros ramos do direito, via de regra os penalistas assumem que a pena é sempre um mal (sobretudo em termos qualitativos)³ que exige esforços extraordinários para ser legitimado⁴ – não apenas por causa do poder de violação de direitos a partir de uma perspectiva fática, mas também em razão do efeito estigmatizante a ele associado a uma sanção⁵. Devido à intervenção drástica (e estigmatizante) em direitos fundamentais acarretada pela pena, é necessário cominá-la e aplicá-la apenas quando condições particularmente exigentes forem atendidas. É justamente no que diz respeito à determinação dessas condições que a ciência jurídico-penal deve se dedicar em sua tarefa político-criminal⁶.

Contudo, há alguns anos, um número significativo e crescente de vozes na literatura vem questionando a tarefa político-criminal da ciência jurídico-penal como um todo. Referida crítica opera em dois níveis. Por um lado, os resultados práticos da política criminal científica são negados: nem o conceito

1 Cf., por exemplo, Roxin/Greco, *Strafrecht AT I*, § 2 nm. 1; Robles Planas, *FS-Frisch*, p. 115 s.

2 Veja-se, por exemplo, Vormbaum, *ZStW* 107, p. 744 s., 747, vendo na ciência criminal uma “ciência que limita a pena” e que “deve ser uma antítese à liberdade de atuação estatal por meio do direito penal”.

3 Vide Schünemann, *Selbstreflexion der Rechtswissenschaft*, p. 269: “Pois os meios de reação da pena estatal são essencialmente desproporcionais”.

4 Assim, Robles Planas, *ZIS* 5/2010, p. 363, 365: A questão da legitimidade é específica da dogmática jurídico-penal e cria a identidade desta.

5 Sobre a pena criminal como uma reprovação ético-social, vide Frisch, *NStZ* 36, p. 19; Silva Sánchez, *FS-Prittwitz*, p. 193: “[O] direito penal [é] não somente uma espada afiada e dolorosa [...], mas também, e acima de tudo, um ferro em brasa que imprime a marca da desonra naqueles que atinge.”

6 Cf. Roxin/Greco, *Strafrecht AT I*, § 2 nm. 1. No mesmo sentido, Noltenius, *Grundrechtspolitik und Rechtswissenschaft*, p. 102 s. No entanto, o fato de uma parte importante da política criminal científica moderna tender a exigir a penalização é apresentado por Kölbl, *NK* 31, p. 254 s.

de bem jurídico, nem outros conceitos que se apresentam como limitadores, como o princípio de *ultima ratio*, são capazes de conter a expansão quantitativa e a degradação qualitativa do direito penal⁷. As principais conquistas da teoria do bem jurídico, como a descriminalização de grande parte do direito penal sexual, em realidade, se devem às transformações promovidas na estrutura social⁸. Ademais, segundo Kubiciel, a ciência jurídico-penal contemporânea “não dispõe de um repertório de teorias aptas a orientar a atividade legislativa”⁹. De acordo com Burchard, esses esforços são até contraproducentes: os argumentos favoráveis à limitação do direito penal se transformam na força motriz por trás da expansão do direito penal¹⁰. Esse fracasso prático também fez com que a ciência jurídico-penal se recolhesse cada vez mais à sua torre de marfim e, de um modo geral, se contentasse em formular uma crítica fundamental e duradoura da irracionalidade do “direito penal moderno”, incapaz de influenciar qualquer legislador contemporâneo¹¹.

Por outro lado, há alguns anos, vários críticos têm apresentado uma segunda objeção ainda mais forte às bases da política criminal tradicionalmente cultivada pela ciência jurídico-penal. Os esforços dela, para estabelecer limites ao legislador por meio de um conceito material de crime, atestam uma radical falta de sensibilidade democrática¹². Para Gärditz, o modelo predominante da teoria do direito penal alemão está “frequentemente em desacordo com as formas convencionais da prática democrática: com a contingência do

7 Vide, por exemplo, Kubiciel/Wigend, *KriPoZ* 4, p. 35; Walter, *JZ* 74, p. 651 s.; Jahn/Brodowski, *ZStW* 129, p. 363. Fundamentalmente, Silva Sánchez, *Die Expansion des Strafrechts*.

8 Em detalhes, Pawlik, *Das Unrecht des Bürgers*, p. 135; Frisch, *NStZ* 36, p. 22; Stuckenberg, *ZStW* 129, p. 361.

9 Kubiciel, *JZ* 73, p. 173. Próximo, Stuckenberg, *GA* 158, p. 659. Vide também, Kölbl, *NK* 31, p. 251, afirmando que a influência da ciência jurídico-penal na legislação é mínima.

10 Assim, Burchard, *Strafbegründung und Strafeinschränkung als Argumentationsmuster*, p. 26 ss., 28 ss.; Burchard, *Criminal Law and Philosophy* 17, p. 21.

11 Nesse sentido, Kubiciel, *JZ* 73, p. 177; Kubiciel, *FS-Fischer*, p. 150 s.; Kubiciel, *Die Wissenschaft vom Besonderen Teil des Strafrechts*, p. 16 s.; Höffler, *Strafrechtspolitik*, p. 230 s., nota de rodapé 32; Gärditz, *FS-Fischer*, p. 974; Hörnle, *Rechtswissenschaft als Beruf*, p. 220 s.

12 Inicialmente, Appel, *Verfassung und Strafe*, p. 329; Vogel, *GA* 149, p. 534; Donini, *Strafrechtstheorie und Strafrechtsreform*, p. 11 ss.; Stratenwerth, *FS-Amelung*, p. 363. Da mesma forma, Stuckenberg, *ZStW* 129, p. 349; Stuckenberg, *GA* 158, p. 659; Gärditz, *Der Staat* 49, p. 334 ss., 351 ss.; Gärditz, *Staat und Strafrechtspflege*, p. 39 ss.; Gärditz, *JZ* 71, p. 648 s.; Pawlik, *Das Unrecht des Bürgers*, p. 102 ss.; Pawlik, *Normbestätigung und Identitätsbalance*, p. 42 s.; Engländer, *ZStW* 127, p. 618 ss.; Burchard, *Die Verfassung moderner Strafrechtspflege*, p. 41 ss.; Wilfert, *Strafe und Strafgesetzgebung im demokratischen Verfassungsstaat*, p. 116 s.

conteúdo, com a instrumentalidade social e com a capacidade de ser moldada por maiorias”¹³. Dentro da estrutura de um estado democrático, cabe ao povo (ou seus representantes democraticamente eleitos) decidir a questão essencialmente política do que deve ser criminalizado – e não a uma “ciência aristocrática”¹⁴, que arrogantemente ainda crê conhecer melhor uma “verdade política do direito penal”. Como um modo de política, segundo Vogel, a política criminal não deve ser objeto de pesquisa em direito penal¹⁵.

O objetivo da minha contribuição é mostrar que a “crítica democratizante” e o entendimento sobre o papel da ciência jurídico-penal na legislação são em sua essência injustificados. A crítica se baseia numa compreensão errônea das capacidades e demandas da política criminal científica. Segundo vejo, a discussão atual corre o risco de se concentrar em um problema falso. Como pretendo demonstrar a seguir, em um sistema jurídico democrático também deve haver espaço para uma ciência jurídico-penal que continue a lidar com as condições de legitimidade prepositivas (inclusive as herdadas de uma era pré-constitucional) do direito penal material e que as integre de forma proeminente no processo legislativo.

Para atingir esse objetivo, o presente trabalho foi dividido em três partes. Na primeira parte (item 1), apresentada na sequência, expõe em detalhes a denominada “abordagem democratizante”. Baseada em um relativismo absoluto ou niilismo de valores e em um conceito estritamente formalista de democracia (item 1.1), ela visa reduzir as decisões de criminalização ao bel-prazer político – livre de razões materiais (item 1.2). Na segunda parte (item 2), será discutido o porquê dessa crítica apontar corretamente alguns pontos fracos da ciência criminal (item 2.1), mas, em última análise, ser imprecisa. Nem o pluralismo da sociedade atual conduz necessariamente a um relativismo absoluto de valores em questões afeitas à criminalização e tampouco convence a pretensão de reduzir a democracia a um mero ato de poder da maioria (item 2.2). Ainda que o legislador não seja obrigado a aderir aos conceitos da ciência jurídico-penal simplesmente porque são bem fundamentados ou bem

13 Gärditz, *Strafverfassungsrecht*, p. 22.

14 Donini, *Strafrechtstheorie und Strafrechtsreform*, p. 7 s.

15 Vide Vogel, *FS-Roxin*, 2001, p. 105, nota de rodapé 2. Entendimento também defendido por Burchard, *Strafbegründung und Strafeinschränkung als Argumentationsmuster*, p. 35 s.; Wilfert, *Strafe und Strafgesetzgebung im demokratischen Verfassungsstaat*, p. 174.

difundidos entre seus estudiosos, a política criminal acadêmica pode e deve desempenhar um papel importante – até mesmo nas questões de juízo de valor (item 2.3). O artigo é encerrado com um breve panorama (Conclusão).

1. SOBRE A FALTA DE DEMOCRACIA NA POLÍTICA CRIMINAL “CIENTÍFICA”

1.1. AS INSISTÊNCIAS DA POLÍTICA CRIMINAL “CIENTÍFICA”

A crítica referente à democratização da ciência jurídico-penal admite que a preocupação em restringir o *ius puniendi* era sensata e lógica em sua origem, quando o objetivo era limitar o poder (absoluto) de um monarca despótico¹⁶. No entanto, em sua insistência em moldar o direito penal contemporâneo com base em parâmetros iluministas pré-positivos, a ciência jurídico-penal ignora duas mudanças fundamentais: o crescente relativismo axiológico e a conformação (constitucional) democrática do direito penal. O resultado é uma política criminal obsoleta, que não apenas padece de um déficit central em termos de teoria do estado, mas também exerce pouca influência sobre o efetivo processo legislativo dos dias atuais¹⁷.

1.1.1 PLURALISMO E RELATIVISMO DE VALORES

Talvez tenha havido uma época em que ainda era possível identificar um conjunto de princípios liberais comuns a partir dos quais fosse possível derivar um direito penal racional. Mas talvez esse “bom e velho direito penal liberal” sequer tenha de fato existido¹⁸. De todo modo, nas sociedades pluralistas de hoje, caracterizadas por uma infinidade de valores culturais diversos, não há uma *minima moralia* da qual se possa extrair o denominado “direito

16 Segundo Appel, *Verfassung und Strafe*, p. 331. Mais recentemente, Brunhöber, *Strafverfassungsrecht*, p. 57.

17 Decididamente, Stuckenberg, *GA* 158, p. 659; Gärditz, *Staat und Strafrechtspflege*, p. 39 ss.

18 Cético, Silva Sánchez, *Die Expansion des Strafrechts*, p. 79 ss.; Hilgendorf, *NK* 22, p. 125.

penal racional”¹⁹. Como não é mais possível conhecimento da verdade absoluta e tampouco a percepção de valores absolutos, conceitos como verdade ou razão não podem mais servir para fundamentar uma teoria da criminalização²⁰. Some-se a isso que esses mesmos conceitos são meros juízos subjetivos, que não podem ser justificados tão somente pela razão²¹. A “ambição da teoria do bem jurídico que limita o legislador por meio da ‘verdade’ contida em bens jurídico-penais, de uma única definição de crime válida e dos verdadeiros limites da responsabilidade penal, é uma ilusão”²².

1.1.2 NEGLIGÊNCIA NA INTEGRAÇÃO DA POLÍTICA CRIMINAL COM A DEMOCRACIA E OS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Por outro lado, a ciência jurídico-penal ignorou a democratização (e a constitucionalização) dos sistemas jurídicos ocidentais, oferecendo ao legislador democraticamente eleito a mesma desconfiança com a qual tratava o soberano absoluto²³. Em contraste com outras áreas do direito, a ciência jurídico-penal nunca aceitou o fato de que, numa democracia, o legislador é o único responsável pela criação das leis, e que suas construções (político-criminais) não possuem caráter vinculante nesse processo. De acordo com Stuckenberg, a ciência jurídico-penal está presa em “uma espécie de mundo normativo paralelo”²⁴ ou, emprestando as palavras de Gärditz: “O direito

19 Assim, Hirsch, *Das Verbrechen als Rechtsverletzung*, p. 200; Lucke, *Die Suche nach einem Legitimationsmaßstab für Pönalisierungsentscheidungen in der mehrkulturellen Gesellschaft der Bundesrepublik Deutschland*, p. 87 s. Sobre as consequências (jurídico-penais) decorrentes da fragmentação das sociedades ocidentais, Hörnle, *FS-Merkel*, p. 522 ss.; Kubiciel, *FS-Merkel*, p. 529 ss. Sobre o pluralismo como um desafio para o direito penal, vide Jung, *JZ* 67, p. 926 ss.; Hilgendorf, *Handbuch des Strafrechts* 1, p. 849.

20 Gärditz, *JZ* 71, p. 649; Stuckenberg, *ZStW* 129, p. 355: a lei penal não encontra sua “legitimidade em sua correção ou deficiência [...], que não pode ser garantida”. Da mesma forma, Engländer, *ZStW* 127, p. 632; Brunhöber, *Strafverfassungsrecht*, p. 66.

21 Assim, Wilfert, *Strafe und Strafgesetzgebung im demokratischen Verfassungsstaat*, p. 68.

22 Appel, *Verfassung und Strafe*, p. 388. Da mesma forma, Vogel, *FS-Roxin* 2001, p. 105.

23 Nesse sentido, Appel, *Verfassung und Strafe*, p. 329 ss.; Lagodny, *Strafrecht vor den Schranken der Grundrechte*, p. 143 ss., 162 s. Da mesma forma, Stuckenberg, *ZStW* 129, p. 355; Stuckenberg, *GA* 158, p. 659; Pawlik, *Normbestätigung und Identitätsbalance*, p. 42; Gärditz, *Staat und Strafrechtspflege*, p. 39 ss.

24 Stuckenberg, *GA* 158, p. 655. Da mesma forma, Burchard, *Strafbegründung und Strafeinschränkung als Argumentationsmuster*, p. 37 s.; Gärditz, *Strafverfassungsrecht*, p. 24: “Contudo, as

penal, profundamente arraigado em tradições idealistas, pré-democráticas e antipositivistas, [...] nunca conseguiu realmente se libertar das garras da metafísica.”²⁵ A insistência em tornar a legislação penal dependente de critérios pré-positivos ou idealistas demonstra claramente sua falta de sensibilidade democrática e sua saturação metafísica²⁶. A frustração da ciência penal alemã após a decisão sobre o caso do incesto²⁷, declinando da exigência de um bem jurídico para legitimar uma criminalização, é o melhor exemplo da grave negligência da integração dos direitos fundamentais e dos valores democráticos no direito penal²⁸, algo que Appel identificou com certa antecedência²⁹.

1.2. O PROGRAMA DE DEMOCRATIZAÇÃO

O programa de democratização tem como objetivo integrar a ciência jurídico-penal e o próprio direito penal junto às noções da democracia e dos direitos fundamentais³⁰. Ele se baseia em quatro pilares fundamentais: a substituição das fontes materiais do direito pela do compromisso político; o reconhecimento do caráter puramente político das propostas político-criminais de uma ciência jurídico-penal “aristocrática”; a negação de tratamento diferenciado (em termos constitucionais) para a legislação penal e; por fim e mais recentemente, algumas vozes alertam também sobre os riscos para o princípio democrático, decorrentes de uma excessiva constitucionalização dos conflitos de política criminal.

tradicionais estruturas centrais (sobretudo no que diz respeito à teoria da imputação) permaneceram em grande parte intocadas, como se estivessem em uma cápsula do tempo desde o Império Alemão.”

25 Gärditz, *Staat und Strafrechtspflege*, p. 42; Gärditz, *Streitsache Staat*, p. 966 s.

26 Gärditz, *Staat und Strafrechtspflege*, p. 39 ff.; Gärditz, *Strafverfassungsrecht*, p. 21 s. Da mesma forma, Stuckenberg, *GA* 158, p. 658; Wilfert, *Strafe und Strafgesetzgebung im demokratischen Verfassungsstaat*, p. 114 ss.

27 BVerfGE 120, 224, 242: Da teoria do bem jurídico “não se pode extrair nenhum critério material que possa ser imposto ao direito constitucional”.

28 Nesse sentido, Hilgendorf, *Handbuch des Strafrechts*, p. 129.

29 Appel, *Verfassung und Strafe*, p. 329 ss.

30 Veja-se, por exemplo, Gärditz, *FS-Fischer*, p. 974 s.; Burghardt, *Strafrecht und Politik*, p. 13 ss.; Burghardt, *Strafrecht im Präventionsstaat*, p. 91 s.; Burchard, *Die Verfassung moderner Strafrechtspflege*, p. 53: o objetivo é uma “democratização” e a associada “desaristocratização” das teorias do direito penal.

1.2.1 DA VERDADE MATERIAL AO COMPROMISSO POLÍTICO

Ante a inexistência de verdades absolutas – a impossibilidade de aceder a elas – e o fato de as decisões judiciais sempre serem baseadas em juízos subjetivos, as leis penais não podem derivar sua legitimidade de uma correção material ou de ideais de justiça. “Um apelo a uma razão superior que não pode ser traduzida em razão legislativa não é um argumento mais apto a restringir a liberdade do que um *Deus vult*”³¹. De forma mais precisa: “Boas razões não criam legitimidade”³². A legitimidade das leis penais decorre exclusivamente de decisões majoritárias em um processo legislativo válido³³.

Em complemento, o processo democrático é entendido em termos puramente formais, como um mero ato voluntarista da maioria (*auctoritas non veritas facit legem*). Ele não garante a racionalidade material ou a justiça das decisões tomadas. E não é este o objetivo do processo legislativo em um estado democrático, como as concepções deliberativas de democracia equivocadamente assumem³⁴. Nas palavras de Wilfert: “Se o objetivo da decisão democrática não pode ser a correção material, resta tão somente uma correção formal resultante do procedimento.”³⁵ A democracia, de acordo com Gärditz, “é, portanto, também a liberação do justo”³⁶. Agora, a verdade material é substituída pela figura do compromisso político enquanto ponto de encontro contingente entre opiniões antagônicas e irreconciliáveis. “A arte da legislação consiste na resolução de conflitos concretos por meio do compromisso, com foco no que é viável e aceitável; não é uma racionalização completa e consequente da lei como um instrumento de ordem.”³⁷

31 Gärditz, *Strafverfassungsrecht*, p. 40 s.

32 Gärditz, *Der Staat* 49, p. 350. Da mesma forma, Wilfert, *Strafe und Strafgesetzgebung im demokratischen Verfassungsstaat*, p. 64, 68; Stuckenberg, *ZStW* 129, p. 353.

33 Em detalhes, Stuckenberg, *ZStW* 129, p. 355; Gärditz, *JZ* 71, p. 647. Da mesma forma, Nettesheim, *Strafverfassungsrecht*, p. 110; Brunhöber, *FS-Prittowitz*, p. 73.

34 Apontando para isso, Donini, *Strafrechtstheorie und Strafrechtsreform*, p. 32 s.

35 Wilfert, *Strafe und Strafgesetzgebung im demokratischen Verfassungsstaat*, p. 73.

36 Gärditz, *Staat und Strafrechtspflege*, p. 41. Recentemente, Gärditz, *Strafverfassungsrecht*, p. 29, nota de rodapé 69. Entretanto, algo diferente se aplica quando se trata dos conhecimentos científicos decorrentes das ciências naturais. Nesse sentido, Gärditz, *Plädoyer für ein Naturwissenschaftsrecht*, p. 10: A democracia e o Estado de direito têm, aqui, uma necessidade inerente em relação à verdade.

37 Gärditz, *GS-Tröndle*, p. 735. No mesmo sentido, Wilfert, *Strafe und Strafgesetzgebung im demokratischen Verfassungsstaat*, p. 63 s.; Burchard, *Die Verfassung moderner Strafrechtspflege*, p. 50 s.;

Portanto, o fato de o “direito penal moderno” não corresponder às ideias pseudocientíficas da dogmática jurídico-penal, mas – ao contrário da opinião generalizada – se apresentar como produto impuro de uma série de interesses políticos antagônicos e irreconciliáveis não é uma falha que precisa ser ocultada³⁸. Pelo contrário, a contingência temporal, de conteúdo e cultural, bem como a relatividade e a reversibilidade do direito penal, não constituem um mal, e sim, como enfatiza Pawlik, um valor integrado à estrutura de um estado democrático pluralista, como “expressão genuína e valiosa da liberdade civil”³⁹. Ou, em contornos mais drásticos: “A liberdade democrática, contudo, inclui decidir de modo contrário ao direito ‘racional’ ou ‘correto’”⁴⁰. Em síntese, a democracia tem prioridade sobre a racionalidade⁴¹.

1.2.2 A DENÚNCIA DA “ARISTOCRACIA PENAL”

Tão logo seja decretado o relativismo axiológico e reduzida a legislação penal à decisão majoritária, a ambição tradicional da ciência jurídico-penal de oferecer critérios racionais ao legislador é retratada como uma profunda anomalia democrática. Desse modo, a pretensão da dogmática jurídico-penal de influenciar a legislação é desacreditada como uma “pretensão de poder por parte de uma justiça expertocrática (*Gerechtigkeitsexpertokratie*)”⁴² ou como uma “invasão aristocrática” à separação de poderes por aqueles que querem agir como quarto poder constitucionalmente não autorizado⁴³.

Stuckenberg, *Oñati Socio-Legal Series* 3, p. 37: Por dizer: “the supreme prerogative of a democratic legislator to enact bad or even stupid laws”.

38 Nesse sentido, porém, Greco/Roger, *JZ* 71, p. 1133; Wrage, *Grenzen der staatlichen Strafgewalt*, p. 205 ss.

39 Pawlik, *Das Unrecht des Bürgers*, p. 104; Pawlik, *Normbestätigung und Identitätsbalance*, p. 43. Da mesma forma, Gärditz, *Der Staat* 49, p. 331 ss.; Gärditz, *Staat und Strafrechtspflege*, p. 43; Gärditz, *JZ* 71, p. 648; Gärditz, *GS-Tröndle*, p. 737; Burchard, *Strafbegründung und Strafeinschränkung als Argumentationsmuster*, p. 38.

40 Gärditz, *Der Staat* 49, p. 365.

41 Para uma análise da “tese da prioridade”, veja-se Steinbach, *Rationale Gesetzgebung*, p. 212 s.

42 Assim, Gärditz, *Der Staat* 49, p. 337.

43 Assim, Donini, *Strafrechtstheorie und Strafrechtsreform*, p. 9. Para a literatura do direito público em relação à afinidade pelo poder de uma ciência do direito que erode a separação de poderes por meio da metafísica, veja-se Lindner, *Rechtswissenschaft als Metaphysik*, p. 10, 54 ss.

Isso posto, o problema principal não reside na possibilidade de os penalistas tomarem partido no debate político, mas no fato de que eles apresentaram suas próprias concepções acerca do que é correto, ao nível do discurso filosófico ou político geral, como se fossem argumentos científicos⁴⁴. Como observa Kuhlen: “Não há razões para supor que os penalistas emitam juízos ‘mais corretos’ ou ‘melhores’ do que políticos ou cidadãos sem formação jurídica.”⁴⁵ Contudo, a política criminal, quando reduzida a um modo de política (pelo menos em sua dimensão de avaliação), não permite a apreciação científica. “Em uma sociedade de pessoas iguais e livres, as opiniões e pontos de vista de cada indivíduo devem ser igualmente respeitados.”⁴⁶

1.2.3 CONTRA O EXCEPCIONALISMO JURÍDICO-PENAL

A integração democrática e dos direitos fundamentais junto ao direito penal propõe também enterrar um antigo mantra da ciência jurídico-penal, qual seja o status especial (em termos constitucionais) desse ramo. A “posição dominante da ciência jurídico-penal” tem “recuado com muita frequência e por muito tempo atrás de doutrinas metafísicas da teoria do bem jurídico, de críticas jurídicas idealistas e da *retórica de ultima ratio*, além de reivindicar um papel especial para o direito penal que ele não pode cumprir em um sistema jurídico democrático”⁴⁷. No entanto, o direito penal é visto como um ramo do direito como qualquer outro, e não há uma razão para questionar constantemente a sua legitimidade. Segundo Gärditz, um mundo sem o direito penal provavelmente seria ainda pior, pois outras formas menos liberais assumiriam o seu lugar⁴⁸.

A normalidade do direito penal assumida pelos críticos encontra-se em dois níveis. Em primeiro lugar, partindo de uma perspectiva micro, sustenta-se

44 Gärditz, *Strafverfassungsrecht*, p. 47. Da mesma forma, Mañalich, *Revista de Estudios de la Justicia* 29, p. 62 s. Fundamental sobre essa ultrapassagem dos níveis de discurso pelos cientistas do direito, Lindner, *Rechtswissenschaft als Metaphysik*, p. 50 ss., 55.

45 Kuhlen, *Die Deutsche Strafrechtswissenschaft vor der Jahrtausendwende*, p. 64.

46 Wilfert, *Strafe und Strafgesetzgebung im demokratischen Verfassungsstaat*, p. 69.

47 Gärditz, *Strafverfassungsrecht*, p. 38; *Strafe und Strafgesetzgebung im demokratischen Verfassungsstaat*, p. 82.

48 Gärditz, *Staat und Strafrechtspflege*, p. 14.

que não há uma diferença qualitativa entre a pena e as demais sanções, assim como não há entre um injusto penal e outro não penal⁴⁹. No melhor dos cenários, as diferenças são em termos quantitativos, na medida em que sanções penais e não penais podem ser distinguidas a partir da intensidade das restrições dos direitos fundamentais que acarretam⁵⁰. Os dispositivos de uma norma penal são intervenções “normais” em direitos fundamentais, que (como os de qualquer outra norma) somente podem ser revisados tendo como base a Constituição. Portanto, a controlo de constitucionalidade se torna o único critério para avaliar a legitimidade das leis penais⁵¹. Em segundo lugar, partindo de uma perspectiva macro, o direito penal é visto como outra política pública ou instrumento de uma técnica de controle social abrangente, assim como uma política educacional ou de saúde⁵². Por esse motivo, o penalista não está a lidar com algo extraordinário, mas com “um instrumento entre muitos”, ou seja, com “uma forma regular de exercício do poder público”⁵³ sob o manto abrangente da Constituição.

1.2.4 CONTRA A CONSTITUCIONALIZAÇÃO EXCESSIVA DA POLÍTICA CRIMINAL

Não obstante o movimento pela democratização tenha em seu início defendido a constitucionalização do direito penal e da política criminal,⁵⁴ recentemente surgiram vozes contra uma constitucionalização excessiva⁵⁵. Há uma tendência na ciência jurídico-penal de derivar do texto constitucional os mesmos postulados de política criminal anteriormente

49 Gärditz, *Der Staat* 49, p. 365.

50 Burchard, *Die Verfassung moderner Strafrechtspflege*, p. 30 s., 37 s.

51 Para isso, veja-se Brunhöber, *Strafverfassungsrecht*, p. 63 ss.; Brunhöber, *FS-Prittowitz*, p. 65 ff.; Burchard, *Die Verfassung moderner Strafrechtspflege*, p. 37 s. Stuckenberg, *ZStW* 129, p. 356.

52 Tendencialmente nesse sentido, Burghardt, *Strafrecht im Präventionsstaat*, p. 91 ss. Para um paradigma da discussão anglo-americana, conferir Chiao, *Criminal Law in the Age of the Administrative State*.

53 Burchard, *Die Verfassung moderner Strafrechtspflege*, p. 37 s. Da mesma forma, Jahn/Brodowski, *JZ* 71, p. 972; Gärditz, *Strafverfassungsrecht*, p. 21, que acaba por admitir, no entanto, que o direito penal como um “formato de comunicação social sobre as leis sociais essenciais (gesetze soziale Minima)” é cada vez mais dependente de normas, instituições e símbolos pré-democráticos.

54 Paradigmático, Lagodny, *Strafrecht vor den Schranken der Grundrechte*, p. 19 ss.

55 Como já dizia Appel, *Verfassung und Strafe*, p. 597; Sternberg-Lieben, *Die Rechtsgutstheorie*, p. 77 ss. No mesmo sentido, Burchard, *Die Verfassung moderner Strafrechtspflege*, p. 50 s.

derivados de princípios iluministas⁵⁶. Em primeiro lugar, insiste Gärditz que “a Constituição não é um reservatório da verdade do direito penal”⁵⁷, a partir do qual seja possível extrair um programa político-criminal em específico⁵⁸. Mais do que isso, não se justifica querer obter soluções concretas para questões de política de direito penal a partir do catálogo de direitos fundamentais. A Constituição também não oferece um conceito material de crime e tampouco opera com a teoria do bem jurídico ou o princípio de *ultima ratio*⁵⁹.

Em vez disso, a força pouco limitadora do princípio da proporcionalidade e o amplo exercício de autocontenção dos tribunais constitucionais ao avaliar a legitimidade de leis penais aprovadas pela legislatura democrática devem ser elogiados como uma forma de respeito à natureza contingente, política e democrática do direito penal⁶⁰. Tanto a eliminação de conflitos políticos por meio de interpretações constitucionais que petrificam a legislação (penal) ordinária, negando a natureza política e contingente de qualquer resolução de conflito, quanto a extração de mandados de criminalização muito específicos a partir de deveres de proteção (*Schutzpflichten*), por outro lado, são manobras altamente problemáticas e em descompasso com a democracia⁶¹. Da mesma forma, tanto o quórum qualificado para a aprovação de leis penais (proposto por alguns autores⁶²) quanto o regime constitucional especial classicamente defendido para o direito penal constituem anomalias no contexto do direito penal democrático⁶³. A Constituição difícil de ser reformada pelas mãos de juízes que não são (diretamente) legitimados democraticamente

56 Em vez de muitos, conferir Mir Puig, *FS-Hassemer*, p. 524 ss., 536: “Os requisitos da idoneidade e da necessidade já abrangem diretamente o conteúdo dos princípios relacionados à proteção penal de bens jurídicos – a subsidiariedade, a *ultima ratio*, a fragmentariedade e a intervenção mínima.”

57 Gärditz, *GS-Tröndle*, p. 739; Gärditz, *Strafverfassungsrecht*, p. 38 s.

58 Nesse sentido, Appel, *Verfassung und Strafe*, p. 390, 597.

59 Para uma crítica à vinculação constitucional aos limites suprapositivos da legislação penal, vide Wilfert, *Strafe und Strafgesetzgebung im demokratischen Verfassungsstaat*, p. 131 ss. Da mesma forma, Gärditz, *Strafverfassungsrecht*, p. 44; Nettessheim, *Strafverfassungsrecht*, p. 130.

60 Nesse sentido, Gärditz, *JZ* 71, p. 649; Gärditz, *Strafverfassungsrecht*, p. 28 ss.

61 Em detalhes, Gärditz, *Staat und Strafrechtspflege*, p. 58 ss.; Gärditz, *JZ* 71, p. 649; Gärditz, *GS-Tröndle*, p. 752; Gärditz, *Strafverfassungsrecht*, p. 30 ss.; ou Wilfert, *Strafe und Strafgesetzgebung im demokratischen Verfassungsstaat*, p. 136. A respeito dos direitos fundamentais e dos direitos humanos das minorias como uma afronta à democracia, vide Günther, *Rg* 28, p. 122.

62 Crítica a esse respeito, Wilfert, *Strafe und Strafgesetzgebung im demokratischen Verfassungsstaat*, p. 82.

63 Stuckenberg, *ZStW* 129, p. 356, nota de rodapé 50.

poderia ser um rival tão terrível para o princípio democrático quanto as abordagens pseudocientíficas dos penalistas⁶⁴.

Mas até onde deve ir o processo de democratização da legislação criminal? Enquanto a maioria dos defensores da “abordagem democratizante” se contenta em negar à política criminal proposta pela ciência jurídico-penal qualquer força normativa vinculante sem questionar a democracia representativa, alguns propõem dar um passo além. As decisões político-criminais são mais legítimas quando refletirem a opinião do povo. Democratizar a legislação significa deixar a decisão de criminalização para as pessoas ou, pelo menos, levá-las a sério⁶⁵. Ao contrário de alguns defensores da política criminal racional ou clássica, que veem o risco de proliferação de leis penais populistas nessa democratização⁶⁶, o recurso a mecanismos de democracia direta ou a métodos empírico-sociológicos para coletar a opinião popular seria precisamente a melhor maneira de combater o populismo da legislação penal, característico de muitas democracias representativas ocidentais. Somente se o direito penal permanecer nas mãos dos cidadãos a quem ele se destina é que poderá ser concluído o processo de democratização já iniciado⁶⁷.

2. POR UMA LEGISLAÇÃO FUNDAMENTALMENTE DEMOCRÁTICA

2.1. A VERDADE CONTIDA NA “CRÍTICA DEMOCRATIZANTE”

Na minha opinião, o programa democratizante baseia-se em duas premissas falsas que conduzem a negar erroneamente à ciência jurídico-penal

64 Vide Donini, *Strafrechtslehre und Strafrechtsreform*, p. 10: “constitucionalismo extremo” como uma afronta à democracia. Em sentido similar, Gärditz, *Strafverfassungsrecht*, p. 39 s.; Brunhöber, *FS-Prittowitz*, p. 72: “Somente se o grau de intensidade do controle constitucional for baixo, é que estará garantido que todos nós governemos juntos e que não sejamos governados, por exemplo, por reis-juizes ou reis-filósofos.”

65 Para uma teoria da retribuição de base empírico-sociológica, conferir Walter, *FS-Merkel*, p. 549 ss.; Walter, *Strafen „im Namen des Volkes“?*, p. 49 ss.; próximo, Hoven, *Populismus und Strafrecht, Zukunftsperspektiven des Strafrechts*, p. 114 s.

66 Assim, Roxin/Greco, *Strafrecht AT I*, § 2 nm. 94i; Silva Sánchez, *Strafrechtspolitik*, p. 79 s.: No (atual) direito penal democrático, encontra-se uma expressão do populismo autoritário.

67 Vide Walter, *FS-Merkel*, p. 545 ss. Para a discussão anglo-americana, vide Kleinfeld e colaboradores, *Northwestern University Law Review* 111, p. 1693 ss.

qualquer papel em questões de política criminal. Contudo, antes de apresentar os meus argumentos em relação a esse ponto, gostaria de delinear dois aspectos pertinentes da crítica à democratização que são cruciais para uma melhor compreensão do papel da ciência jurídico-penal na política criminal.

Em primeiro lugar, deve-se reconhecer que o programa democratizante tem razão ao afirmar que a ciência jurídico-penal – pelo menos dentro da estrutura de um estado constitucional democrático – não determina a política criminal de forma institucionalmente vinculante. Exceto e tão somente caso sejam declaradas inconstitucionais por uma corte constitucional, as leis penais seguem válidas e devem ser aplicadas, por mais que um penalista, um grupo ou a maioria deles as considerem absurdas, ilegítimas ou inclusive inconstitucionais. É bastante provável que Stuckenberg esteja certo quando acusa alguns penalistas de nem sempre distinguirem de forma suficientemente transparente seus argumentos dogmático-jurídicos daqueles político-jurídicos⁶⁸. Entretanto, é um exagero deduzir, a partir de algumas afirmações ambivalentes⁶⁹, que os penalistas questionam o princípio da separação dos poderes, pois tais posições não representam de forma alguma o pensamento da ciência jurídico-penal contemporânea⁷⁰.

Em segundo lugar, é provavelmente um mérito do programa democratizante ter demonstrado as razões do fracasso prático da política criminal cultivada pela ciência jurídico-penal. De fato, é utópico acreditar que seja possível influenciar o legislador contemporâneo com base em princípios

68 Stuckenberg, *GA* 158, p. 660; Stuckenberg, *Oñati Socio-Legal Series* 3, p. 37 s. Da mesma forma, Engländer, *ZStW* 127, p. 619; Nettesheim, *Strafverfassungsrecht*, p. 112.

69 Veja-se, por todos, Schünemann, *GA* 148, p. 209; Schünemann, *Die Rechtsgutstheorie*, p. 141 s.; Schünemann, *Selbstreflexion der Rechtswissenschaft*, 268 s.: Dado que o princípio da proteção de bens jurídicos origina-se do contrato social, e a Constituição fundamenta o contrato social, o princípio da proteção de bens jurídicos está constitucionalmente consagrado; Schünemann, *FS-Roxin* 2001, p. 8; Schünemann, *FS-Herzberg*, p. 39; Schünemann, *ZIS* 10/2016, p. 663 ss.: A dogmática jurídica (penal) como o quarto poder, que, no entanto, não possui nenhum poder real (ou seja, não governa). Somente por meio do controle exercido pela ciência penal é que o poder judicial, que não possui legitimidade democrática suficiente, pode ser justificado e tolerado.

70 Apontando expressamente para a falta de competência institucional da política criminal científica, Hassemer/Neumann, *NK-StGB, Vor § 1 nm.* 119a; Neumann, *FS-Kindhäuser*, p. 348; Silva Sánchez, *Malum passionis*, p. 54 [57]: “Os princípios, subprincípios, estândares e regras limitadores elaborados pela doutrina do Direito Penal, seja como dogmática, seja como política criminal, não são institucionalmente vinculantes.” No mesmo sentido, Robles Planas, *FS-Frisch*, p. 117: “Isso não significa que, em um moderno estado de direito, seja possível substituir a política criminal pela dogmática, ou o legislador pelo dogmático.”

teóricos oriundos da filosofia iluminista e do jusnaturalismo racionalista⁷¹. O discurso de resistência *a la Naucke*⁷², propondo um retorno a um direito penal mínimo, pode ser cientificamente legítimo, mas apenas intensifica a falta de ressonância da ciência jurídico-penal. Uma política criminal (científica) que pretenda fazer a diferença no mundo real deve primeiro fazer um esforço considerável para entender as necessidades do legislador moderno.

Em que pese todos esses argumentos, a “crítica democratizante” não é convincente em sua essência. Na sequência, demonstrarei que seu conceito relativista de democracia é injustificado. A democracia não está de forma alguma em desacordo com a busca por motivos bons ou racionais, favoráveis ou contrários, a uma decisão de criminalização. A racionalidade não impõe uma diminuição da democracia. Demonstrarei, também, que a ciência jurídico-penal deve desempenhar um papel importante na política criminal em um estado democrático.

2.2. UMA LEGISLAÇÃO FUNDAMENTALMENTE DEMOCRÁTICA

O programa democratizante pressupõe que o pluralismo inerente às sociedades atuais conduz a um absoluto relativismo axiológico. Como seria impossível discutir o que é racional ou irracional, a única opção que resta para a atividade legislativa (penal) é recorrer a um critério procedimental. Segundo vejo, tanto a premissa quanto a solução que deriva daquela não convencem.

2.2.1 FUNDAMENTOS MATERIAIS EM UMA SOCIEDADE PLURALISTA

O pluralismo e a fragmentação de uma sociedade dificultam a obtenção de um consenso sobre valores. Quanto mais heterogênea uma sociedade, maior será o número de programas de política criminal existentes. Contudo, a afirmação de que o pluralismo impõe a adoção de um relativismo axiológico

71 De acordo, Hirsch, *Das Verbrechen als Rechtsverletzung*, p. 202; Kubiciel, *JZ* 73, p. 177 s. Da mesma forma, Kindhäuser, *ZStW* 129, p. 384 s.

72 Naucke, *KritV* 76, p. 135 ss.; Naucke, *Die Wechselwirkung zwischen Strafziel und Verbrechensbegriff*. Crítico, Wohlers, *Deliktstypen des Präventionsstrafrechts*, p. 61 ss.

absoluto é desarrazoada. Mesmo nas sociedades pluralistas ou fragmentadas de hoje, é possível discutir valores de forma racional, inclusive sobre qual comportamento merece ser punido. É igualmente claro que existem – ainda que intersubjetivamente – razões melhores e piores para (des)criminalizar esse mesmo comportamento⁷³. Isso não é uma questão de gosto pessoal, e sim uma questão passível de discussão. O fato de isso ser extremamente controverso em certas áreas nos dias de hoje – pense-se, por exemplo, no debate sobre a eutanásia ou a punibilidade de uma conduta em um estágio prévio à violação da lei penal – não questiona a tese apresentada aqui: sempre haverá um núcleo de comportamentos dispondo de visões antagônicas sobre as quais um consenso amplo é impossível. É nesse ponto que a explicação procedimental é particularmente significativa. Entretanto, é errado deduzir o caráter radicalmente relativista de uma sociedade (democrática) e de seu direito penal material a partir desses casos excepcionais⁷⁴.

E o sentido de buscar razões que fundamentem as decisões sobre criminalizações não desaparece com a percepção de que a política criminal é um modo de política⁷⁵. Idealmente, as decisões (jurídico-)políticas devem também se basear em boas ou razoáveis razões. As leis penais devem ser fundamentadas de modo racional, e a sua fundamentação deve ser igualmente suscetível de verificação racional e de ser compreendida.⁷⁶ Claro, essas razões não precisam necessariamente ser originárias do idealismo alemão ou de um sistema axiológico baseado no direito natural⁷⁷, mas também não é necessário que derivem diretamente da Constituição ou do direito positivo⁷⁸. Ao avaliar a legitimidade material de uma lei penal, podem ser utilizadas justificativas empíricas, filosóficas, políticas e morais. As teorias de legitimidade no

73 Nesse sentido, Silva Sánchez, *JRE* 27, p. 681 s.; Silva Sánchez, *GA* 151, p. 684; Roxin/Greco, *Strafrecht* AT I, § 2, nm. 94 s.; Neumann, *FS-Fischer*, p. 194.

74 Nesse sentido, Silva Sánchez, *GA* 157, p. 314: Existe “na política criminal um mínimo comum e universal de garantias [...] que está ligado à natureza do homem, mesmo que a determinação de tal núcleo nem sempre seja fácil”. Mais recentemente, Zabel, *KJ* 55, p. 273.

75 Mas assim, Wilfert, *Strafe und Strafgesetzgebung im demokratischen Verfassungsstaat*, p. 174.

76 Acertadamente, Hassemer/Neumann, *NK-StGB*, Vor § 1, nm. 119a; Robles Planas, *FS-Frisch*, p. 116.

77 Com razão, Hörnle, *Grob anstößiges Verhalten*, p. 43. Da mesma forma, Kindhäuser, *ZStW* 129, p. 385. Sobre a vinculação do direito penal à cultura, veja-se Streng, *ZStW* 134, p. 881.

78 Tendencialmente nesse sentido, porém, Hirsch, *Das Verbrechen als Rechtsverletzung*, p. 198 ss.: restringindo a política criminal valorativa a uma crítica imanente do direito penal.

direito penal devem ser entendidas como uma condensação de argumentos de natureza e origem diferentes. Essas teorias de médio alcance não vinculam o legislador, porém também não são ocorrências subjetivas irrelevantes.

2.2.2 O PROCEDIMENTO DEMOCRÁTICO ENQUANTO MEIO PARA O DIREITO PENAL LIBERAL

A menos que seja adotada uma postura absolutamente relativista acerca da dimensão de valores da política criminal, inexistem razões para aderir ao conceito reducionista e radicalmente formalista de democracia, anteriormente exposto e defendido pelos críticos⁷⁹. Como enfatiza Neumann, “a crítica à suposta ‘falta de democracia’ na teoria do bem jurídico parece estar atrelada a um conceito estritamente positivista de democracia, reduzindo o princípio da democracia ao caráter vinculante da decisão da maioria e, assim, negligenciando o processo de formação da vontade democrática, desenvolvido por meio da argumentação e que é constitutivo da tomada de decisão democrática”⁸⁰. Pelo contrário, parece apropriado lutar por um procedimento democrático que produza um bom resultado, ou seja, leis boas e racionais, tanto em sua dimensão técnica quanto em sua dimensão puramente valorativa. Não se trata de substituir a política pela racionalidade, mas de racionalizá-la⁸¹. Por isso, não subsistem motivos para elogiar a incoerência ou a instabilidade de leis penais, assim como não há motivos para ficar satisfeito com uma lei pelo fato dela resultar de um compromisso puramente político.

Evidentemente, com isso não se questiona a validade de uma lei penal assim que for adotada pela maioria dos parlamentares de acordo com as regras procedimentais. Apenas se afirma que se deve esperar que nossos representantes políticos promulguem leis penais com base em fundamentos empíricos e baseados em valores – ou seja, teoricamente convincentes do ponto de

79 Martins, *ZStW* 125, p. 243. Também crítico à compreensão formalista da democracia defendida por Gärditz, Silva Sánchez, *Malum passionis*, p. 29 ss., 43 ss.; ou Zabel, *KJ* 55, p. 273.

80 Neumann, *FS-Fischer*, p. 194.

81 Steinbach, *Rationale Gesetzgebung*, p. 214.

vista da liberdade⁸². Subsistem duas razões para isso: a principal delas é que as pessoas afetadas pelo direito penal, com vários direitos fundamentais em jogo, tanto do potencial infrator quanto da potencial vítima, merecem uma explicação racional (baseada em razões) que vá além da mera formalidade de que o parlamento aprovou lei penal por maioria dos votos.

Em segundo lugar, a busca por um direito penal racional conforme os parâmetros de uma determinada sociedade em um determinado momento histórico também é apoiada por um argumento consequencialista: como Pawlik apontou, a disposição dos cidadãos de cumprir voluntariamente as normas depende, em grande medida, de sua capacidade de reconhecer o direito penal como racional ou, pelo menos, como não injusto⁸³. Portanto, Silva Sánchez tem razão ao defender um conceito de democracia que (dentro da estrutura constitucional) vai além do mero ato de poder da maioria sobre a minoria⁸⁴. A vantagem da democracia não é o fato de permitir decisões arbitrárias, mas o fato de ser geralmente o melhor instrumento político (conhecido) para garantir a liberdade dos cidadãos. Por isso, não é apenas possível, mas também racional tomar decisões bem fundamentadas em termos materiais, sobretudo quando envolver a legislação penal.

Se a democracia for entendida como um meio em vez de um fim em si mesma, fica claro que a democracia direta não implica necessariamente uma política criminal melhor. A proposta de delegar ao povo a decisão sobre a criminalização não pode ser avaliada adequadamente sem considerar o conteúdo esperado dessas leis penais. É no mínimo duvidoso que a democracia direta ou a legislação penal com lastro sociológico levaria a um direito penal mais racional⁸⁵. O que é certo, entretanto, é que não só a democracia, mas também o estado de direito, desempenha um papel importante a serviço

82 Próximo, Frisch, *NStZ* 36, p. 19; Zaczyk, *Der Staat* 50, p. 299: “Toda a conversa sobre pluralismo e relativismo chega ao fim quando um indivíduo é efetivamente punido pelo seu crime.” Vide também Greco/Roger, *JZ* 71, p. 1133: Tendo em vista o efeito da pena sobre o cidadão, é inaceitável que sua legitimação decorra apenas do compromisso político.

83 Sobre a reivindicação de justiça do direito positivo, conferir Pawlik, *Das Unrecht des Bürgers*, p. 39. Próximo, Günther, *Rg* 28, p. 120.

84 Silva Sánchez, *LH-Huerta Tocildo*, p. 144 s. Da mesma forma, Roxin/Greco, *Strafrecht AT I*, p. 82; Zabel, *KJ* 55, p. 273.

85 Uma análise dos problemas que a democracia direta da Suíça apresenta para a atividade legislativa em matéria penal pode ser encontrada Canova/Giardini, *Strafrecht und Demokratie*, p. 58 ss.

da liberdade⁸⁶. Logo, a desconfiança de alguns críticos do direito constitucional como o limite do princípio da maioria (e da tirania da maioria) na legislação penal não é menos preocupante do que a falta de sensibilidade democrática da qual acusam alguns penalistas. Convincentemente, Kaspar destaca: “Mesmo os legisladores democraticamente legitimados podem errar e deixar de defender os direitos das minorias, especialmente no campo político-criminal, que é notoriamente acompanhado por medos irracionais.”⁸⁷

2.2.3 SOBRE A QUESTÃO DE LEGITIMIDADE CONSTITUCIONAL DAS LEIS PENAIS

Contrariamente à opinião dos defensores do chamado “direito constitucional penal”⁸⁸, seria errado deduzir a legitimidade do direito penal apenas à questão da constitucionalidade. A política criminal não é apenas uma “ciência aplicada do direito constitucional”⁸⁹. Decerto que uma lei (penal) é válida se for constitucional. No entanto, considerando o amplo escopo permitido por uma Constituição, seria absurdo presumir que todas as leis declaradas constitucionais são igualmente legítimas em termos materiais. Há também um direito penal (injusto) em conformidade com a Constituição⁹⁰. Ou, como Greco bem aponta: “Um direito penal legítimo envolve muito mais do que apenas sua constitucionalidade.”⁹¹ Particularmente na área do direito penal, maciçamente invasiva em matéria de direitos fundamentais ou particularmente sensível à liberdade, parece mais apropriado esperar que nossos parlamentares não apenas assegurem a constitucionalidade da legislação, mas que também sejam capazes de fornecer argumentos bons ou racionais (em

86 Apontando para isso, Voßkuhle, *NJW* 71, p. 3154 ss.

87 Kaspar, *RW* 7, p. 298. Também contrários à absolutização do princípio democrático como a *carte blanche* do primeiro poder, tal como defendido por Gärditz, conferir Jahn/Brodowski, *JZ* 71, p. 974.

88 Sobre esse conceito, vide Burchard, *Die Verfassung moderner Strafrechtspflege*, p. 27 ss. Reduzindo a questão de legitimidade à constitucionalidade, Wilfert, *Strafe und Strafgesetzgebung im demokratischen Verfassungsstaat*, p. 174; Schuchmann, *Strafrecht und Politik*, p. 48.

89 A esse respeito, Kubiciel, *FS-Fischer*, p. 151.

90 Silva Sánchez, *Strafrechtspolitik*, p. 86.

91 Greco, *Strafrecht und Verfassung*, p. 36.

termos valorativos) para as suas decisões⁹². Contentar-se em garantir a constitucionalidade de uma lei penal, uma vez que os tribunais constitucionais concedem ao legislativo uma considerável margem de discricionariedade, efetivamente significaria não mais discutir a correção do conteúdo jurídico-penal dessa mesma lei.

2.3. SOBRE O PAPEL DA CIÊNCIA JURÍDICO-PENAL NA ATIVIDADE LEGISLATIVA DEMOCRÁTICA

Neste ponto, resta apenas esclarecer o papel da ciência jurídico-penal na atividade legislativa democrática. Se entendermos corretamente sua tarefa de política criminal, não é verdade que sua reivindicação esteja em descompasso com a democracia, nem que ela atue de forma aristocrática no âmbito de um debate puramente político. Muito pelo contrário: a ciência jurídico-penal deve desempenhar um importante papel na elaboração legislativa penal democrática.

2.3.1 O CONCEITO MATERIAL DE INJUSTO COMO UM PRINCÍPIO DE CRIMINALIZAÇÃO “DÚCTIL”

O fato de não ser vinculante a política criminal postulada pelos penalistas não a torna, de maneira alguma, supérflua. Pelo contrário: as propostas e críticas dos acadêmicos de direito penal são essenciais para que os legisladores possam fundamentar bem as suas decisões em uma ou outra direção. Como Hörnle corretamente aponta: “Sem princípios materiais só seria possível tomar decisões *arbitrárias*.”⁹³ “Até mesmo o legislador, legitimado diretamente pela democracia ou que busca legitimidade procedimental, precisa de uma base material para tomar a decisão necessária.”⁹⁴ Isso se aplica não só à denominada atividade legislativa penal baseada em evidências (empírica), mas

92 Nesse sentido, Hörnle, *Grob anstößiges Verhalten*, p. 42.

93 *Ibidem.* (realce no original).

94 *Ibidem.*

também à dimensão normativa da política criminal⁹⁵, tanto em sua dimensão técnica como valorativa (merecimento de pena)⁹⁶.

Portanto, independentemente de ser ou não uma de suas tarefas principais, a ciência jurídico-penal deve desenvolver diferentes modelos e critérios com base nos quais a legitimidade material das decisões sobre criminalização possa ser avaliada e fornecer razões a favor e contra as várias opções propostas pelos políticos. Como enfatiza Prittwitz, os penalistas devem fazer uma distinção clara entre o que é constitucionalmente inadmissível e o que é considerado injustificado de uma perspectiva teórica de política criminal⁹⁷. O primeiro pressupõe conhecimento da teoria constitucional. O segundo é o verdadeiro domínio do direito penal. O objetivo aqui é oferecer princípios e padrões normativos (fundamentados em um nível suprapositivo) que o legislador possa utilizar como guia e com base nos quais as decisões legislativas possam ser avaliadas ou criticadas⁹⁸. Em última análise, é irrelevante se essa tarefa é realizada sob o rótulo de “criminologia científica”, “direito penal”, “política meta-criminal” ou “crítica jurídica exógena”. O objetivo é fornecer uma referência ideal para o desenvolvimento de novas leis penais e para criticar as existentes.

De todo modo, a desejável distinção entre juízos de constitucionalidade e ontológico-materiais de correção – ou seja, entre a dogmática estritamente jurídica e o trabalho de política penal – não deve perder de vista o fato de que a interpretação constitucional também exige o recurso a juízos de valor que não estão expressos no texto constitucional⁹⁹. O mesmo se aplica *volens volens* à interpretação das leis penais: o trabalho hermenêutico certamente deve ser diferenciado em sua essência da filosofia jurídica ou da política criminal. No entanto, seria ingênuo negar que, por trás de muitas das interpretações (teleológicas ou norteadas por princípios) do direito positivo (penal) realizadas por penalistas e juízes, há um conceito material de crime, ou seja,

95 Sobre essa distinção, vide Hoven, *Zukunftsperspektiven des Strafrechts*, p. 113 ss.

96 Decididamente, Frisch, *NSStZ* 36, p. 25.

97 Conferir Prittwitz, *ZStW* 129, p. 392. Tendencialmente distinto, contudo, Robles Planas, *GA* 168, 288, nota de rodapé 19.

98 Nesse sentido, Silva Sánchez, *Malum passionis*, p. 50 ss.; Robles Planas, *FS-Frisch*, p. 116; Du Bois-Pedain, *Liberal Criminal Theory*, p. 322 s.; Hörnle, *The Oxford Handbook of Criminal Law*, p. 684.

99 Em detalhes, Mahlmann, *Rechtsstaat und Strafrecht*, p. 69 ss.

uma consideração metajurídica¹⁰⁰. Em outras palavras, enquanto o direito penal for definido por uma linguagem aberta e vaga, ou seja, que demande interpretação ou contenha lacunas, o direito positivo não poderá encerrar a “especulação metafísica” sobre o certo e o errado¹⁰¹. Para citar Pawlik: “O direito penal entendido dessa forma não tem um criador distinto; o autor do direito penal – se é que se possa falar de autoria nesse contexto – é a comunidade de profissionais especializados em direito penal como um todo.”¹⁰² Por isso, a nítida distinção entre a crítica jurídica exógena e o compromisso constitucional endógeno pretendida por Gärditz também é utópica¹⁰³, assim como a renúncia a uma interpretação objetiva do direito penal em favor de uma teoria de interpretação puramente subjetiva (vontade do legislador)¹⁰⁴.

Não cabe aqui discutir como deve ser desenvolvida essa teoria da criminalização¹⁰⁵. Mas é importante enfatizar que estão fadadas ao fracasso quaisquer tentativas de oferecer princípios permanentes (perpassando gerações) e materialmente ricos (abrangentes) que tornem supérflua qualquer discussão normativa adicional sobre a adequação da criminalização de um comportamento. Em vez disso, a ciência jurídico-penal deve concentrar esforços para oferecer princípios de criminalização mais modestos ou “mais dúcteis”¹⁰⁶ – em um nível intermediário de abstração – dos quais uma solução específica não pode ser derivada com precisão aritmética, porém servindo como uma estrutura argumentativa para uma discussão frutífera sobre a criminalização¹⁰⁷. Na minha opinião, a

100 Apontando para isso corretamente, Hilgendorf, *Handbuch des Strafrechts I*, p. 795. Vide também Robles Planas, *ZIS* 5/2010, p. 360.

101 Com razão, Lindner, *Rechtswissenschaft als Metaphysik*, p. 59, 148 ss., que não considera que o problema hermenêutico seja completamente solucionável.

102 Pawlik, *Normbestätigung und Identitätsbalance*, p. 66.

103 Mais recentemente, Gärditz, *Strafverfassungsrecht*, p. 46 ss.

104 Com razão, Kubiciel, *Die Wissenschaft vom Besonderen Teil des Strafrechts*, p. 31 ss., 39: o texto na norma como ponto de partida para a interpretação. Em detalhes, Silva Sánchez, *FS-Jakobs*, p. 648 ss.; *Silva Sánchez*, GA 151, p. 683.

105 Para esse propósito, conferir Coca Vila, *Rights in Criminal Law*, no prelo. Da mesma forma, Hörnle, *Law, Ethics and Philosophy* 7, p. 209 ss.

106 Por princípios “delgados”, conferir Duff, *The Realm of Criminal Law*, p. 253 ss., compreendendo-os como princípios de criminalização que não dispõem de um conteúdo descritivo tão rico que nos obrigue a fazer juízos normativos adicionais para aplicá-los.

107 Próximo, Kudlich, *ZStW* 127, p. 651: O conceito de bem jurídico como um *space of reasons*, dentro do qual devemos discutir sobre a legitimidade das normas penais; Saliger, *Rechtsstaat und Strafrecht*, p. 103: o conceito material de crime como uma estrutura argumentativa.

pretensão de oferecer um único conceito de crime “correto” e com contornos materiais altamente detalhados não terá sucesso. Contudo, isso não se aplica apenas às tentativas de teorizar a criminalização, pois é uma característica da teorização política ou moral em geral. Portanto, como enfatiza corretamente Neumann, a pretensão dos penalistas deve ser outra: “ter como objetivo uma discussão racional das possíveis soluções, bem como dos argumentos favoráveis ou contrários a uma ou outra visão”¹⁰⁸.

2.3.2 A CRÍTICA COMO PEDRA ANGULAR DO DIREITO PENAL DEMOCRÁTICO

Compreendido dessa forma o papel da ciência jurídico-penal, essa tarefa não é apenas legítima, mas também absolutamente necessária no contexto de um estado que luta por um bom direito penal, ou seja, liberal e racional¹⁰⁹. Ao reprovar a atuação da ciência penal, a “crítica democratizante” não entende o objetivo da ciência jurídico-penal e confunde duas dimensões diferentes: a da validade (constitucional) do direito penal e a da legitimidade material de uma lei penal¹¹⁰. O objetivo da ciência jurídico-penal em sua tarefa de política criminal não é questionar a constitucionalidade de uma lei, mas sobretudo analisar a legitimidade dela com base em fundamentos racionais. Quando ela oferece razões contra ou a favor de uma lei penal futura ou critica uma existente de acordo com parâmetros suprapositivos, ela não se arroga poder em detrimento da legislatura democrática, mas contribui discursivamente para a construção do direito penal¹¹¹. Em outras palavras: “A crítica não é ademocrática, mas um componente fundamental de uma prática democrática da qual a ciência do direito penal também

108 Neumann, *FS-Kindhäuser*, p. 348.

109 Assim, Hörnle, *Grob anstößiges Verhalten*, p. 43.

110 O que é demonstrado com clareza em Greco, *Strafrecht und Verfassung*, p. 13 ss.

111 Nesse sentido, Hassemer/Neumann, *NK-StGB*, Vor § 1, nm. 119a; Martins, *ZStW* 125, p. 256. É duvidoso que, para explicar adequadamente seu papel, seja apropriado apostrofar a ciência jurídico-penal como o “quarto poder sem poder”. Todavia, assim, Schünemann, *FS-Roxin* 2001, p. 8; Schünemann, *FS-Herzberg*, p. 39 ss.; Schünemann, *ZIS* 10/2016, p. 663 ss. Da mesma forma, Greco, *Rescriptum* 5, p. 140.

participa.”¹¹² A origem democrática de uma lei (penal) não a imuniza de críticas por parte dos penalistas e de forma alguma impede uma discussão sobre sua correção material.

A ausência de caráter vinculante de suas propostas libera o penalista dos grilhões do direito positivo. A abordagem que argumenta a favor da adesão do direito positivado no desenvolvimento da política criminal¹¹³, como Noltenius aponta, “não apenas carece de potencial crítico, mas também se rende àqueles que estão no poder e, portanto, não atinge o objetivo de um direito penal ‘adequado à democracia’”¹¹⁴. Falar de um quarto poder oculto seria atribuir à ciência um poder que ela não possui. “A ciência não dispõe de nada além de argumentos – nisso reside a sua fraqueza institucional, que ao mesmo tempo também é a sua força discursiva.”¹¹⁵

2.3.3 POLÍTICA CRIMINAL CIENTÍFICA BASEADA EM VALORES?

Parece soar indiscutível que a ciência jurídico-penal tem um importante papel (consultivo) a desempenhar quando se trata de questões empíricas¹¹⁶. O mesmo pode ser dito à questão da concepção técnica da legislação penal (em termos de consistência, coerência, taxatividade...) ¹¹⁷. Mas isso também é aplicável quando se trata de questões valorativas, como o merecimento de

112 Roxin/Greco, *Strafrecht* AT I, § 2, nm. 94g; Greco/Roger, *JZ* 71, p. 1133. Recentemente, admitindo de forma expressa, Gärditz, *Strafverfassungsrecht*, p. 46: “É justamente a ciência jurídica (penal), que se recusa a retroceder à mera atividade de interpretar e aplicar a lei positiva e, com isso, arriscar seu próprio status acadêmico, que deve fazer isso [criticar o sistema jurídico].”

113 Assim, Hirsch, *Das Verbrechen als Rechtsverletzung*, p. 211 ss., postulando uma crítica imanente (pura) ao direito penal.

114 Noltenius, *Die Europäische Idee der Freiheit und die Etablierung eines Europäischen Strafrechts*, p. 311. Da mesma forma, Zabel, *KJ* 55, p. 274, 282: “Uma ciência jurídico-penal que é eminentemente sensível à sociedade e à liberdade não pode entender tal ordem como um regime de poder ou de imposição da violência, sob pena de tornar-se autoritário. Próximo, Robles Planas, *LH-Lorenzo Salgado*, p. 1220 s.

115 Neumann, *FS-Kindhäuser*, p. 348; Robles Planas, *LH-Lorenzo Salgado*, p. 1222. Como Kubiciel aponta apropriadamente, o problema da política criminal baseada na ciência atual é a sua falta de influência, e não o contrário. Vide Kubiciel, *JZ* 73, p. 171 ss. Assim também Weißer, *ZStW* 129, p. 994, argumentando a favor de uma participação maior da ciência jurídico-penal na legislação.

116 Hoven, *Zukunftsperspektiven des Strafrechts*, p. 113.

117 Em vez de muitos, vide Steinbach, *Rationale Gesetzgebung*, cap. 3.

pena comportamento? Caso essa questão seja tratada como puramente política, parece que a ciência jurídico-penal não teria nada de especial para contribuir. É justamente esse o erro das abordagens favoráveis à supressão da dimensão valorativa da política criminal científica. Como Silva Sánchez corretamente aponta: “O lado valorativo da política criminal também pode ser discutido cientificamente e uma distinção pode ser feita entre argumentos melhores e piores.”¹¹⁸ O que a ciência jurídico-penal oferece não é um mero conselho político¹¹⁹ e tampouco uma coleção de opiniões pessoais, mas – pelo menos em suas melhores formas – uma abordagem particularmente qualificada da dimensão valorativa da questão da criminalização.

Em uma sociedade baseada na divisão do trabalho, em que a grande maioria dos cidadãos não está disposta a incorrer no considerável custo de oportunidade de refletir sobre as razões favoráveis ou contrárias à criminalização de um determinado comportamento, geralmente os penalistas estarão em uma melhor posição para se informar sobre materiais que depõem contra ou a favor dessa criminalização e para fornecer argumentos político-criminais a partir de suas reflexões. Eles não apenas estarão mais conscientes da dimensão valorativa das decisões de criminalização, mas também terão um método de avaliação e desenvolvimento de argumentos que favorece a racionalidade de suas conclusões¹²⁰. Quando o penalista argumenta contra a criminalização de um crime de perigo abstrato – com base nos pontos vistos já conhecidos – ele não está apenas tentando persuadir por meio de efeitos emocionais ou retóricos, mas sim fundamentando cientificamente uma tese de política criminal. Por isso, Neumann tem razão ao afirmar que “as declarações da comunidade

118 Com razão, Silva Sánchez, *GA* 151, p. 684; Silva Sánchez, *JRE* 27, p. 682; Silva Sánchez, *Strafrechtspolitik*, p. 81. Da mesma forma, Kindhäuser, *ZStW* 129, p. 386: “Portanto, ainda são indispensáveis critérios científicos e, se necessário, filosoficamente fundamentados para distinguir o crime de outras formas de infração contra o estado ou a ordem econômica, que é uma questão genuína da Lei de Contra-ordenações”.

119 Tendencialmente nesse sentido, contudo: Stuckenberg, *GA* 158, p. 660; ou Wilfert, *Strafe und Strafgesetzgebung im demokratischen Verfassungsstaat*, p. 174: “Quaisquer considerações introduzidas no processo democrático que não possuem vínculo com o direito positivo são de natureza política.”

120 Sobre o conceito de argumento na teoria da argumentação jurídica, conferir Neumann, *Rechtsphilosophie im 21. Jahrhundert*, p. 235 ss.

científica (tecnicamente competente) devem, pelo menos *prima facie*, ter mais peso no debate de política jurídica do que as declarações políticas”¹²¹. Isso não quer dizer que as abordagens da política criminal da ciência jurídico-penal sejam considerações isentas de política, nem que seus argumentos sejam sempre e em todos os casos melhores do que os de qualquer outro cidadão. A única ressalva que se faz aqui é que o penalista – pelo menos o que dedica esforços ao estudo da teoria da criminalização –, assim como o filósofo político ou moral que lida com essas questões, parece particularmente apto para pensar sobre questões de política criminal. Não é o *status* conferido por atuar como professor universitário que favorece uma atenção especial aos seus argumentos, e sim o seu treinamento e cuidado profissional no estudo da política criminal (valorativa).

Portanto, a política criminal desenvolvida pela ciência jurídico-penal deve ser discursivamente vinculante, ou seja, seus argumentos – mesmo aqueles baseados em uma argumentação suprapositiva – em um plano ideal devem ser levados em consideração e aceitos ou rejeitados pelo legislador. Nesse sentido – e somente nesse sentido – podemos falar de um certo caráter democrático da ciência jurídico-penal: como em qualquer ciência, a melhor conclusão não é decidida pela maioria, mas com base na força ou na racionalidade dos argumentos que a sustentam¹²². Por isso, desacreditar todo o trabalho político-criminal da ciência jurídico-penal, reduzindo-a a reivindicações de reis-filósofos, é descabido¹²³. Em vez disso, a “crítica democratizante” acaba por elevar a voz de um “novo rei-filósofo” – a saber, a do formalista e relativista Kelsen – para ser a única voz válida no debate sobre o papel da ciência jurídico-penal¹²⁴.

121 Neumann, *FS-Kindhäuser*, p. 349 (realce no original). No mesmo sentido, Saliger, *Rechtsstaat und Strafrecht*, p. 105: “Alguém questionaria a ‘expertise de Einstein como físico’ pelo fato de não ter sido legitimada democraticamente[?] O mesmo se aplica ao direito penal”.

122 Em detalhes, Silva Sánchez, *GA* 151, p. 684.

123 Pawlik, *Normbestätigung und Identitätsbalance*, p. 42.

124 Sobre a concepção de democracia de Kelsen, vide, por exemplo, Wilfert, *Strafe und Strafgesetzgebung im demokratischen Verfassungsstaat*, p. 68, 70; Engländer, *ZStW* 127, p. 632, nota de rodapé 81.

CONCLUSÃO

Pode ser verdade que o direito penal tenha levado mais tempo do que outras disciplinas jurídicas para refletir sobre a importância da Constituição e do princípio da democracia em seu campo jurídico. No entanto, a integração democrática e constitucional do direito penal não significa, de forma alguma, que o trabalho sobre a política criminal levado a cabo durante vários anos pela ciência jurídico-penal se transforme em papel molhado.

As leis penais também devem ser sustentadas por boas razões dentro da estrutura de uma democracia constitucional. Ainda que a validade delas não dependa de nada além de sua conformidade constitucional, podemos e devemos nos esforçar para que as leis penais sejam melhor fundamentadas não só em termos empíricos, mas também normativos. A ciência jurídico-penal deve continuar a cultivar a política criminal. Suas propostas não vinculam as instituições, mas também não são meras opiniões políticas. Na medida em que essas propostas se baseiam em exame minucioso de razões favoráveis e contrárias sobre a criminalização de um determinado comportamento, tais propostas são discursivamente vinculantes.

A discussão desencadeada pela crítica da democratização corre o risco de se tornar irrelevante. Se os críticos reconhecerem a possibilidade de os penalistas se envolverem em críticas exógenas em questões político-criminais, e as abordagens criticadas reconhecerem a natureza constitucional não vinculante de suas premissas de política criminal, o conflito será reduzido a um problema que já nos é familiar. Basicamente, trata-se de uma questão de quanto a Constituição limita o legislador em matéria político-criminal e quão estritamente a redação da lei vincula o intérprete em sua aplicação.