

Fábio da Silva Bozza

Bem Jurídico e Proibição de Excesso como Limites à Expansão Penal

CURITIBA

2014

i

Universidade Federal do Paraná
Faculdade de Direito
Programa de Pós-Graduação em Direito – Doutorado

**Bem Jurídico e Proibição de Excesso como Limites à Expansão
Penal**

Tese apresentada ao Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná, como requisito parcial à obtenção do título de Doutor em Direito, área de concentração em Direito do Estado.

Orientador: Prof. Dr. Paulo César Busato
Coorientador: Prof. Dr. Juarez Cirino dos Santos

CURITIBA
2014

TERMO DE APROVAÇÃO

Fábio da Silva Bozza

Bem Jurídico e Proibição de Excesso como Limites à Expansão Penal

Tese apresentada à Banca de Doutorado do Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná como requisito parcial para o título de Doutor em Direito do Estado, formada pelos seguintes examinadores:

Banca Examinadora

Orientador **Prof. Dr. Paulo César Busato**
Professor do Departamento de Direito Penal e Processual Penal da
Universidade Federal do Paraná

Coorientador **Prof. Dr. Juarez Cirino dos Santos**
Professor aposentado do Departamento de Direito Público Universidade
Federal do Paraná

Membro **Prof. Dr. Dimitri Dimoulis**
Professor da Escola de Direito de São Paulo - Fundação Getúlio Vargas (FGV)

Membro **Prof. Dr. Luiz Antonio Câmara**
Professor de Direito Penal do Instituto de Criminologia e Política Criminal
(ICPC)

Membro **Prof. Dra. Katie Silene Cáceres Arguello**
Professora do Departamento de Direito Penal e Processual Penal da
Universidade Federal do Paraná

Curitiba, 17 de julho de 2014

Para minha querida Rose,
companheira que me faz da vida
uma alegria.

AGRADECIMENTOS

Embora a atividade de pesquisa seja solitária, esta tese não decorre apenas de trabalho individual. Direta ou indiretamente, atribuo responsabilidade a inúmeras pessoas de extrema importância. Com toda sinceridade, meus sinceros agradecimentos.

Em primeiro lugar, agradeço à minha família. Aos meus pais, Airton e Rosimeri, pelo amor incondicional e pelos primeiros ensinamentos de integridade, solidariedade e coragem, além de todos os esforços para minha formação pessoal e acadêmica. À minha esposa Rose, que, com seu imenso amor, nunca economizou força para me dar suporte em todos os momentos da vida. Ao meu irmão Bruno, de inteligência fora do comum, que, mesmo distante, sempre está presente em meu pensamento, como exemplo de homem e profissional. À Carol e ao meu querido sobrinho Eric, que, com a doçura de seu olhar, me traz muita alegria.

Ao Professor Doutor Paulo César Busato, pela precisa orientação e, principalmente, pela amizade demonstrada desde 2004.

Ao Professor e amigo Juarez Cirino dos Santos que, além de preciso orientador, com seu conhecimento e generosidade, ensina a todos que o rodeiam a serem verdadeiros seres humanos.

Ao amigo Jacson Zílio, exemplo de profissional e amigo, com o qual compartilho importantes momentos de reflexões.

À Katie Arguello e Cristiano Matos, em nome de quem agradeço aos amigos e professores do Instituto de Criminologia e Política Criminal (ICPC) e da Escola Superior da Defensoria Pública do Estado do Maranhão, com os quais compartilho o sonho de criar uma sociedade livre e solidária.

Aos Professores Jacinto Nelson de Miranda Coutinho e Aldacy Rachid Coutinho que, sem qualquer pretensão, não com palavras, mas com suas ações, no período que estiveram à frente do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFPR, ensinaram todos a admirar a seriedade e o amor com que coordenaram esse departamento da Universidade.

Aos Professores a quem devo, diretamente, minha formação acadêmica: Juarez Cirino dos Santos, Juarez Tavares, Massimo Pavarini, Sebastian Scheerer, Francisco Muñoz Conde, Nilo Batista, Vera Malaguti, Vera Andrade, Salo de

Carvalho, Dimitri Dimoulis, Ana Lúcia Sabadell, Maria Lúcia Karam, Ester Kozovisk, Katie Arguello, Luiz Fernando Coelho, Celso Ludwig, Jacinto Coutinho.

Meus agradecimentos se estendem aos demais professores, todos responsáveis por minha formação acadêmica, e também aos servidores que trabalham na secretaria do PPGD/UFPR, especialmente à Laura, Fátima e Ana Maria.

Aos amigos da família Cirino dos Santos (Juarez, Mariane, Jair, Luciano, Maurício, Fábio, June e Gigi), Juarez Tavares, Vera Andrade, Luiz Fernando Coelho, André Peixoto, Flavio Antonio da Cruz, Marco Marrafon, Adriano Bretas, Alexandre Moraes da Rosa, Rodrigo Rios, Fábio Guaragni, Rodrigo Chemim, Alexandre Ramalho, Luiz Antonio Câmara, Rubens Cazara, Salo de Carvalho, Rosberg Crozara, Gamil Föppel, Alaor Leite, Guilherme Merolli, Leandro Benitez, Gisela Bester, Alexandre Ramalho, Daniel Avelar, Daniel Laufer, Renata Melfi de Macedo, Luiz Hallváss, Luiz Carlos Guesler, Henrique Harns de Oliveira, Leandro Gornick Nunes, Reinaldo Santos de Almeida Júnior, Bruno Milanez, Priscila Placha Sá, Maurício Dieter, Reinaldo de Almeida Junior, André Giamberardino, Carlos Alberto Mejías Rodríguez e Juan María Terradillos Basoco, pela amizade e apoio durante a caminhada acadêmica que apenas se inicia.

E, por fim, a Deus, por colocar todas essas pessoas maravilhosas em meu caminho.

A todos aqui lembrados, e também àqueles que, por motivos inconscientes, deixei de citar, o meu sincero agradecimento.

A todos aqui lembrados, e também àqueles que por motivos inconscientes deixei de citar, o meu sincero agradecimento.

SUMÁRIO

RESUMO	x
ABSTRACT	xi
Introdução	1
I. A expansão do direito penal: seus diversos fundamentos e manifestações ..	10
1.1. O fundamento filosófico: transição da modernidade para a pós-modernidade..	10
1.2 O fundamento sociológico: a ideia de sociedade de risco	15
1.2.1 Tendências político-criminais e dogmáticas na sociedade de risco	23
1.2.1.1 Tendências político-criminais.....	27
1.2.1.1.1 Considerações críticas sobre a modernização do direito penal.....	38
1.2.1.1.2 Estado duplo e direito penal do inimigo.....	50
a) Introdução: as conferências de Jakobs.....	50
b) O conteúdo da teoria do Direito penal do inimigo e suas críticas.....	52
c) Modelos de compreensão do poder nos Estados contemporâneos	56
c.1) O “Estado de Exceção” de Agamben.....	62
c.2) O “ <i>Estado Duplo</i> ” de Fraenkel.....	64
d) Considerações finais sobre o direito penal do inimigo.....	68
1.2.2 Tendências político-criminais que não guardam relação com a sociedade de risco: justificações teóricas para o superencarceramento.....	70
1.2.2.1 O paradigma epistemológico neoliberal e a impossibilidade de o direito penal funcionar como instrumento de controle da criminalidade.....	70
a) Teorias normativas do direito penal.....	71
b) Das ideias políticas à economia política da penalidade.....	74
c) O salto epistemológico: de uma política criminal inclusiva à política criminal da exclusão.....	77
c.1) Fundamentos epistemológicos.....	77
c.2) Os novos sujeitos: protagonistas e objetos do poder punitivo.....	82

d) A política criminal no neoliberalismo.....	84
e) Considerações finais sobre os fundamentos epistemológicos da expansão do direito penal.....	90
1.2.2.2 A punição de inimigos como nova lógica do sistema penal.....	94
1.2.2.3 A política criminal atuarial como manifestação dos dispositivos de segurança da sociedade de controle.....	108
2. A tentativa de limitação do poder punitivo pelo conceito de bem jurídico..	122
2.1 As respostas à pergunta: por que o Estado não pode punir por punir?.....	123
2.1.1 O delito como lesão de bem jurídico.....	125
2.1.1.1 Antecedente histórico ao conceito de bem jurídico: o delito como violação de um direito subjetivo.....	126
2.1.1.2 A lesão ao bem jurídico como fundamento material do conceito de crime.	130
2.1.1.3 O conceito positivista de bem jurídico: Karl Binding e Franz von Liszt.....	135
2.1.2 O delito como violação de um dever.....	139
2.1.2.1 A concepção hegeliana de crime.....	140
2.1.2.2 A negação do bem jurídico e o Direito Penal nacional-socialista.....	144
2.1.2.3 A concepção de Hans Welzel: a mediatização do bem jurídico.....	151
2.1.2.4 O funcionalismo de Günther Jakobs.....	155
2.1.2.5 Tendências sociológicas.....	167
2.1.2.6 Conceito jurídico-constitucional de bem jurídico.....	175
2.2 Concepções a respeito do bem jurídico: monismo e dualismo.....	180
2.3 As mais recentes discussões sobre a capacidade de rendimento da teoria do bem jurídico.....	194
2.3.1 A influência da teoria habermasiana na determinação dos interesses penais.....	196
2.3.2 O retorno ao pensamento kantiano como alternativa ao conceito de bem jurídico: a proposta de Naucke.....	208
2.3.3 O <i>harm principle</i>	214
2.3.4 Os <i>delitos de comportamento</i> fundados em <i>acordos normativos</i>	217

2.3.5 A proteção de bens jurídicos coletivos autônomos.....	221
2.4 A crise do conceito de bem jurídico na atividade dos Tribunais.....	226
2.5 O potencial da teoria do bem jurídico na identificação de falsos bens jurídicos coletivos: segurança pública e saúde pública como exemplos.....	230
3. O critério da proporcionalidade como instrumento de limitação do direito penal.....	251
3.1 A crise do positivismo jurídico e o surgimento do(s) neoconstitucionalismo(s). 252	
3.2 Proporcionalidade não é princípio nem valor jurídico: distinção entre regras e princípios e entre princípios, valores e outras categorias.....	259
3.3 A função do judiciário no Estado Constitucional e suas possibilidades de atuação em matéria penal.....	268
3.4 A capacidade de rendimento da categoria <i>proibição de excesso</i> como instrumento de limitação material do direito penal.....	273
Conclusão	298
Referências bibliográficas.....	302

RESUMO

Desde o início da década de 1980 observa-se nas políticas públicas brasileiras uma forte influência da ideologia que oferece suporte ao modelo econômico neoliberal. A relação entre política e economia se inverte: em vez de a economia ser determinada pela política estatal, é aquela que determina esta. Como parte da política, a política criminal segue a mesma lógica, e passa a ser determinada por fatores econômicos. No modelo neoliberal o Estado passa a ser encarado como obstáculo ao desenvolvimento do livre mercado, e políticas públicas destinadas à inclusão de pessoas excluídas são ressignificadas: de obrigação estatal passam a ser vistas como gastos insuportáveis. Neste contexto, transita-se do enfraquecido Estado-providência ao forte Estado-penal. Verifica-se a expansão do direito penal em duas dimensões: uma, caracterizada pela flexibilização nas barreiras de imputação, por meio da significativa criação de novos tipos penais, com finalidade manifesta de tutela de novos bens jurídicos coletivos, fazendo uso de novas (“velhas”) técnicas legislativas (tipos de perigo abstrato, delitos de acumulação, técnicas de remissão, responsabilidade penal de pessoa jurídica, etc.); outra, mais perigosa, consistente no grande encarceramento, decorrente da criminalização dos mesmos de sempre. Para os crimes praticados pela canalha (crimes patrimoniais e relacionados às drogas), aumento de penas, redução de direitos no âmbito do processo e da execução penal, etc. Daí a importância de se desvelar os fenômenos encobertos pela ideologia jurídica. Enquanto na primeira dimensão da expansão penal, aquela relacionada à chamada “sociedade de risco”, o chamado “direito penal do risco” aposta num discurso ideológico dirigido ao convencimento de que, ao mesmo tempo em que é uma política criminal dirigida à tutela de bens da coletividade (e não de bens jurídicos individuais burgueses), trata-se de um instrumento jurídico estatal que democratiza a responsabilidade penal, tendo em vista que os “novos” tipos penais possuem como objeto da criminalização pessoas das classes mais favorecidas da população, na segunda dimensão da expansão penal abre-se mão de qualquer disfarce: oficialmente se reconhece que a nova política criminal, chamada de política criminal atuarial, é destinada à neutralização do excesso de mão-de-obra produzido no pós-fordismo. O presente trabalho demonstra as ideologias que encobrem os discursos político-criminais contemporâneos e propõe, como instrumento de contenção à expansão penal, o desenvolvimento teórico das categorias *bem jurídico* e *proibição de excesso* em matéria penal, com a finalidade de oferecer suporte dogmático àqueles que têm como objetivo colocar limites ao poder estatal.

Palavras-chave: Expansão penal; Sociedade de Risco; Dispositivos de Segurança; Grande Encarceramento; Bem Jurídico; Proibição de Excesso.

ABSTRACT

Since the early 1980s, it is observed in Brazilian public politics a strong influence of the ideology that offers support to the neoliberal economic model. The relationship between politics and economics is reversed: instead of the economy being determined by government politics, the first one is what determinates the second. As part of the politics, crime politics follows the same logic and is determined by economic factors. In the neoliberal model, the State is seen as an obstacle to the development of the free market, and public politics aiming the inclusion of excluded people have a new meaning: they used to be an obligation to the State, and now they are seen as unbearable expenses. In this context, there is a transition from a weak preventing-State to a strong punishing-State. The expansion of criminal law in two dimensions is seen: one characterized by easing the barriers of imputation through a significant creation of new crimes, with the purpose of guarding new collective legal interests by making use of new ("old") legislative techniques (types of abstract danger, crimes of accumulation, technics of remission, criminal liability of legal entities, etc.); the other, more dangerous, being the large incarceration resulting from the criminalization of those as always. For the crimes committed by the poor (patrimonial and drug-related crimes), increased punishments, reduction of rights on the scope of criminal procedure and enforcement, etc. Therefrom the importance of unveiling the phenomena covered up by legal ideology. While in the first dimension of criminal expansion, the one related to the "society of risk", the so-called "criminal law of the risk" bets on an ideological speech directed to the conviction that it is a criminal politics aimed at the protection of collective legal interests (not individual bourgeois legal rights), when it is also a state legal instrument that democratizes criminal liability, considering that the "new" crimes have as object of criminalization people from higher social classes of the population, in the second dimension of criminal expansion there is no disguise: the new criminal politics, called actuarial criminal politics, is officially recognized as it is aimed at neutralizing the excess of workforce produced in the post-Fordism. The present work demonstrates the ideologies that cover the contemporary political-criminal speeches and proposes, as a tool to contain the criminal expansion, the theoretical development of the categories *legal interest* and *prohibition of excess* in criminal matters, in order to offer dogmatic support to those who are aimed to put limits on the power of the State.

Keywords: Criminal expansion; Society of risk; Security devices; Great incarceration; Legal interest; Prohibition of excess.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem por objeto de estudo a expansão do direito penal, seus fundamentos filosóficos, sociológicos e criminológicos, sua forma de realização na dogmática penal, as possíveis críticas a referido fenômeno, bem como duas propostas de limites à referida expansão.

Quando os penalistas descrevem as características do sistema penal das sociedades contemporâneas, reconhecem a existência de um direito penal em expansão. A expressão “expansão do direito penal” se tornou um dos principais objetos do debate político criminal contemporâneo. Com relação a referido fenômeno, o que se quer destacar, principalmente, é que passamos por um crescente processo de criminalização que parece não se ter previsão de término.

Desde já é necessário limitar o objeto determinando o que está compreendido por este confuso rótulo. Como primeira aproximação ao tema, pode-se afirmar que uma expansão do direito penal começa, na Alemanha, com as reformas penais nos anos 1960 e 1970, período de um Estado de bem-estar já consolidado. Nesse momento histórico, a ciência do direito penal alemã discutia a nova Parte Geral do Código Penal alemão. De um lado, o Projeto Alternativo, de 1966, que propunha uma limitação do direito penal. De outro, o Projeto Oficial, com proposta de modernização e expansão do poder punitivo.

A expansão do direito penal se caracteriza pela criação legislativa de novos tipos penais, que apresenta como objetivo declarado a proteção de bens jurídicos coletivos, dos quais somente nessa época se reconhece a importância da tutela por meio do direito penal, como tipos penais destinados à proteção ambiental e do sistema econômico. Ademais, para prevenção desse tipo de

criminalidade se faz uso de normas mandamentais, outra característica da expansão.¹

Este acontecimento deixa de ser apenas objeto de descrição por parte da ciência, e passa a ser encarado como algo preocupante, que deve ser objeto de crítica, pois retira uma das principais características do direito penal iluminista: em vez de o direito penal ser a *ultima ratio* do Estado para a proteção de bens jurídicos, torna-se o principal e mais utilizado instrumento de gestão de problemas sociais.

Dentro desse fenômeno, o que se percebe é uma progressiva diluição dos limites entre o direito penal e o direito administrativo em geral (sancionatório e de prevenção de perigos). Torna-se cada vez mais difícil determinar distinções teóricas entre esses ramos do ordenamento jurídico, pois ambos se concentram em sua função preventiva.

Silva Sánchez tem chamado esse processo de “administrativização do direito penal”², e entende que se trata de um dos principais problemas da política criminal contemporânea, pois se pode afirmar que, nas sociedades pós-industriais³, uma característica do direito penal é assumir a forma de raciocínio

¹ Embora não se ignore que a existência de tipos omissivos seja anterior ao período de expansão do direito penal, assim como a existência de tipos de perigo, o que se quer afirmar é a intensificação no uso dessa técnica legislativa no direito penal contemporâneo. Sobre a relação entre a expansão do direito penal e a utilização de tipos omissivos, ver TAVARES, Juarez. *Teoria dos crimes omissivos*. São Paulo: Marcial Pons, 2012. p. 40 e ss

² SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *La expansión del derecho penal: aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*. 2. ed. (reimpressão), Montevideo-Buenos Aires: Editorial B de F, 2006. p. 131

³ Para efeito do presente trabalho, será utilizado o conceito de sociedade pós-industrial utilizado por Daniel Bell. De acordo com referido autor, o conceito de sociedade pós-industrial ganha significado ao serem comparadas as suas características com as das sociedades pré-industriais e industriais. A sociedade pré-industrial, estruturada em moldes tradicionais, é agrária, e o poder, em regra, está relacionado à propriedade da terra. A sociedade industrial estrutura-se na produção de bens pela indústria, e o poder instituído nesse tipo de sociedade pertence aos proprietários do capital. Já a sociedade pós-industrial apresenta como centro de

do direito administrativo. É isto que se quer afirmar quando se refere à “administrativização” em que está imerso o direito penal contemporâneo. Mais que isso: além de utilizar o tipo de raciocínio próprio do direito administrativo, o direito penal transformou-se em um direito de gestão ordinária de problemas sociais.⁴

A expansão do direito penal provoca uma série de importantes consequências político-criminais que, em síntese, alcançam basicamente dois pontos:

a) o legislador penal elabora novos tipos penais com os quais se ocupa de novos âmbitos dos quais apenas se ocupava o direito administrativo (mais precisamente em matéria sócio-econômica). Caracteriza-se pela tutela de bens jurídicos coletivos e funções estatais, bem como pela antecipação da tutela penal, mediante a elaboração de crimes de perigo abstrato e crimes de acumulação. Insere-se, na maioria dos ordenamentos jurídicos, a previsão legal de responsabilização penal de pessoas jurídicas⁵. Além disso, no

gravidade a prestação de serviços, e a origem do poder existente nesse modelo social reside na informação. Esta sociedade caracteriza-se pela redução das atividades industriais e ascensão dos serviços. (BELL, Daniel. *O Advento da Sociedade Pós-Industrial*. São Paulo. Cultrix. 1974. p. 148/149)

Segundo Kumar, Bell, em sua tese sobre a sociedade pós-industrial, identificou o “conhecimento teórico” como o fator mais importante desta organização social, razão pela qual ficou conhecida como “sociedade de informação”. Essa nova sociedade é identificada por seus novos métodos de acessar, processar e distribuir informação. O desenvolvimento da nova tecnologia da informação marca uma transformação revolucionária da sociedade moderna. (KUMAR, Krishan. *Da sociedade Pós-Industrial à Pós-Moderna*. Rio. Zahar. 1997. p. 15)

⁴ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *La expansión del derecho penal: aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*. 2. ed. (reimpresão), Montevideo-Buenos Aires: Editorial B de F, 2006. p. 142

⁵ 1. Da mesma forma que a existência de tipos de perigo abstrato e tipos omissivos precede a expansão do direito penal, a responsabilidade penal da pessoa jurídica também é anterior ao fenômeno da expansão do direito penal. Mas essa constatação não desqualifica a afirmação de que a responsabilização penal de entes coletivos é uma das características do direito penal contemporâneo. 2. A discussão sobre os aspectos positivos e negativos da responsabilidade

processo penal, verifica-se uma crescente flexibilização de sua forma, principalmente pela inserção do critério da oportunidade, como manifestação da mitigação do princípio da obrigatoriedade da ação penal, bem como de diversas outras manifestações de restrições ao direito de defesa.

b) Numa segunda manifestação do expansionismo penal, ele deixa de se referir às novas formas de criminalidade (sócio-econômica), características da denominada *sociedade de risco*. As novas formas de criminalidade, típicas da classe alta, ocupam um lugar secundário no funcionamento do sistema de justiça criminal. Além de uma expansão extensiva do direito penal (aumento, em números absolutos, de tipos penais), verifica-se uma expansão intensiva: as decisões político-criminais concentram seus esforços no recrudescimento da punição de alguns tipos de crimes desde há muito previstos pelo direito penal clássico. Em outras palavras: essa outra manifestação da expansão do direito penal continua o perene projeto de criminalização de pessoas disfuncionais à sociedade capitalista. O centro da atividade policial se concentra sobre a criminalidade de rua: furtos, roubos e tráfico de entorpecentes. Nenhum desses crimes pode ser entendido como consequência da chamada sociedade de risco (assim denominada por Beck), muito menos como crimes que sejam realizados por setores privilegiados da sociedade. Levando em consideração que por

penal da pessoa jurídica poderia ser objeto de outra tese. De qualquer forma, o argumento de que seria injusto um sistema penal em que a pessoa jurídica só pode ser tutelada, mas não responsabilizada, não responde a questionamentos que devem ser anteriores à pergunta sobre a necessidade de *que tipo de comportamento punir* ou *quem punir*. O reconhecimento da necessidade de responsabilidade penal da pessoa jurídica pressupõe uma postura de quem acredita no direito penal como um instrumento de controle social adequado a proteger os interesses sociais. A partir desse pressuposto, talvez, a defesa de referida responsabilidade penal tenha sentido. No entanto, o ponto de partida do trabalho que será desenvolvido apresenta um pressuposto contrário: o de quem, por influência dos desenvolvimentos da criminologia crítica, desacredita por completo numa função instrumental positiva em relação ao poder punitivo.

meio das funções ideológicas da pena (intimidação e ressocialização) o direito penal nunca conseguiu controlar a criminalidade, apela-se para suas funções tecnocráticas, de neutralização (prevenção especial negativa) e de reforço simbólico da ordem jurídica (prevenção geral positiva). O reconhecimento de que a sociedade apresenta alto nível de medo da criminalidade, e de que a pena não é apta para o controle de referido fenômeno, faz com que programas políticos invistam em medidas dirigidas a acalmar o medo social, apaziguar sua agressividade ou satisfazer, em geral, suas pulsões psicossociais.⁶ A pena se transforma num instrumento de gestão simbólica da criminalidade como um grande risco social. Destacam-se como fenômenos perceptíveis, sem muito esforço de análise, o superencarceramento e a utilização descontrolada de penas restritivas de direitos. Além disso, a constante violação de direitos fundamentais provocada pelo chamado direito penal do inimigo.

Ademais, como projeto de controle social da pobreza, desloca-se o objeto de preocupação da criminologia: dos fins da pena para a política criminal como um todo, ou seja, com o objetivo de realizar o controle social dos não-consumidores (não funcionais à sociedade de consumo), desenvolve-se uma política criminal atuarial, que tem como objeto não mais pessoas perigosas, mas sim grupos que apresentam determinado nível de risco social.⁷

Quanto à expansão penal como um todo, Husak sugere que, mais do que o aumento de condutas sujeitas à pena na legislação penal, o aumento de pessoas sob o controle penal se deve à forma como se exerce o poder penal,

⁶ DÍEZ RIPOLLÉZ, José Luís. *La política criminal en la encrucijada*. Montevideo-Buenos Aires: B de F, 2007. p. 157

⁷ PAVARINI, Massimo. *Un arte abyecto. Ensayo sobre el gobierno de la penalidade*. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2006. p. 215 e ss

ou seja, das decisões das agências de controle que determinam quem será e quem não será castigado.⁸

Com essa sucinta descrição do fenômeno da expansão do direito penal como objeto, passa-se a expor o método e o objetivo do trabalho.

Como, de forma resumida, acima foi demonstrado, a expansão do direito penal segue dois sentidos: o primeiro, na direção da tutela de novos bens jurídicos (coletivos), com novas técnicas de proteção (tipos omissivos e de perigo abstrato), flexibilização das regras de imputação e do direito processual e novas formas de responsabilização (responsabilidade penal de pessoas jurídicas); o segundo, na intensificação da repressão penal às condutas e pessoas que sempre foram alvo do sistema de justiça criminal.

Assim, no presente trabalho pretende-se: a) descrever a expansão do direito penal nos dois sentidos acima referidos; b) apresentar, superficialmente, os fundamentos teóricos que buscam legitimar referida expansão; c) fazer uma crítica filosófica e sociológica a esse modelo de política criminal e, por fim, d) defender a ideia de que a teoria do bem jurídico (mesmo que tenha seu atestado de óbito assinado pela jurisprudência dos Tribunais) ainda apresenta capacidade de rendimento como instrumento de limitação (dirigido ao legislador e ao poder judiciário) ao poder punitivo estatal. Além disso, como complemento à proposta de limitação ao poder punitivo pela teoria do bem jurídico, propõe-se, com o mesmo objetivo, uma releitura do postulado de proibição de excesso referido ao direito penal.

No entanto, uma observação parece necessária. Não se trata de um trabalho que tem por objeto de estudo a expansão do direito penal. Só esse

⁸ HUSAK, Douglas. *Sobrecriminalización. Los límites del Derecho penal*. Madrid: Marcial Pons, 2013. p. 64 e ss

tema poderia ser objeto único de uma tese. Seria muita pretensão, e metodologicamente inadequado, estender meu objeto de estudo a esse tema, querendo aprofundar a análise da expansão do direito penal. Por essa razão, o desenvolvimento do primeiro capítulo será breve. Apenas serão utilizados como aportes teóricos os autores mais citados sobre o tema. Ademais, na análise dos fundamentos epistemológicos da expansão do direito penal e do direito penal do inimigo, serão utilizadas referências estranhas a um dogmático do direito penal. Os autores escolhidos são referências na crítica criminológica (Juarez Cirino dos Santos, Sebastian Scheerer e Raul Zaffaroni) e na crítica da sociedade e do direito como um todo (Agostinho Ramalho Marques Neto). As escassas referências se justificam, assim, a) por não ser o principal objeto do trabalho e, b) pelo fato de que, embora sejam escassas, são as que mais se conformam ao modo como me aproximo dos temas ali trabalhados.

O principal objetivo da tese é trabalhar a teoria do bem jurídico e demonstrar o seu potencial de rendimento como instrumento de limitação do poder punitivo. Nesse ponto, sim, as referências serão abundantes, e a verticalização no estudo do tema muito maior.

No terceiro capítulo, em que será estudada a proporcionalidade, como critério de análise de correção das normas jurídicas, desde a mirada de um discurso prático, o objetivo também não será o de expor as teorias a respeito do tema, mas apenas de fazer uso da forma de abordagem da questão realizada por Dimitri Dimoulis⁹, porque a única que leva à conclusão da possibilidade de, de fato, se limitar a atuação do poder punitivo por meio do controle de constitucionalidade dos tipos penais.

⁹ DIMOULIS, Dimitri. *Teoria geral dos direitos fundamentais*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008. p. 176 e ss

Uma última observação. Delimitar o que se entende por expansão do direito penal. Duas coisas, simples: a) verifica-se um aumento considerável da produção legislativa em matéria penal, e, b) a olho nu se percebe um aumento da população carcerária nunca antes visto. Se no início da década de 1990 o Brasil tinha, aproximadamente, 50 mil presos e, em 2014, a população carcerária se ultrapassa os 500 mil, isso significa que, não só em números absolutos, mas proporcionalmente, houve um drástico aumento do número de presos, visto que a população carcerária aumentou em, aproximadamente, dez vezes, enquanto a população brasileira, certamente, não aumentou nessa proporção, nem de perto.¹⁰

Poder-se-ia questionar, ainda, se não seria possível se opor à tese de expansão do direito penal pelo fato de que, sem qualquer dúvida, principalmente nos últimos anos, nos envolvemos cada vez mais em relações sociais, o número de nossas relações sociais durante um único dia aumentou exponencialmente, e, dentre essas relações, a possibilidade de algumas (ou muitas) delas serem ilícitas é grande. Daí a possibilidade de se entender que,

¹⁰ Segundo o Departamento Penitenciário Nacional, do Ministério da Justiça, em dezembro de 2013, a população carcerária brasileira era de 548.000. Dos encarcerados, 49% era de condenados e acusados por crimes contra o patrimônio, como furto, roubo, extorsão, receptação e estelionato, 25% estavam presos por tráfico de drogas, e, no país onde a taxa de homicídios é de 29 por 100 mil habitantes, muito superior à média mundial, de 8,8 por 100 mil, apenas 11% se encontravam presos pelos chamados crimes contra a pessoa, como homicídio, sequestro e cárcere privado. (<http://www.conjur.com.br/2014-jan-14/numero-presos-brasil-aumentou-29-ultimos-cinco-anos>)

Dos dados acima descritos pode-se concluir que o drástico aumento da população carcerária não decorre do aumento quantitativo das incriminações contidas nas leis penais. No Brasil, as leis penais e processuais penais dos anos 1990 e 2000 parecem ter ajudado bastante no aumento do número de presos. É de lembrar que houve, para a criminalidade convencional, aumento significativo de penas em relação aos crimes rotulados como hediondos e, paralelamente, impedimento de liberdade provisória.

tendo esse raciocínio como critério, não teria ocorrida a tão referida expansão do direito penal. A especulação pode apresentar algum sentido, mas também seria a proposta para outro trabalho, e não para esse, tendo em vista que se não trata de seu objeto. Que fique claro: o objeto do trabalho é, como diz o nome da tese, bem jurídico e proibição de excesso como limites à expansão penal.

I. A expansão do direito penal: seus diversos fundamentos e manifestações

A expansão do direito penal, nas duas manifestações acima apresentadas, pode ser estudada desde vários ramos do conhecimento. Nessa parte do trabalho será realizada uma superficial aproximação ao fenômeno desde perspectivas filosóficas e sociológicas.

Em relação à perspectiva filosófica, aponta-se a transição da modernidade para a pós-modernidade como fundamento da expansão do direito penal (principalmente, no que se refere ao chamado direito penal do risco). Quanto à perspectiva sociológica, considera-se como fundamento para referida expansão a identificação da *sociedade de risco*, nos termos expostos por Ulrich Beck.¹¹

1.1 O fundamento filosófico: transição da modernidade para a pós-modernidade

O presente momento histórico é caracterizado por uma sensação de impotência em responder aos desafios científicos que agora aparecem. Os mais diversos âmbitos do conhecimento já têm reconhecido a incapacidade de, com os instrumentos atuais, explicar como o mundo se apresenta.¹² Dá-se lugar ao imprevisível, demonstrando certa frustração do sonho da modernidade. Vive-se um tempo de incertezas.

¹¹ BECK, Ulrich. *Sociedade de risco. Rumo a uma outra modernidade*. São Paulo: Editora 34, 2010.

¹² Exemplo disso foi o colóquio “A ciência diante das fronteiras do conhecimento”, organizado pela UNESCO, que reuniu diversos pensadores para discutir os limites dos saberes e os valores contemporâneos. Ver mais detalhes em CARVALHO, Salo de. A Ferida Narcísica do Direito Penal (primeiras observações sobre as (dis)funções do controle penal na sociedade contemporânea). In In GAUER, Ruth Maria Chittó (org.). *A Qualidade do Tempo: Para Além das Aparências Históricas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p. 179

Com a desagregação do pensamento medieval, surge o moderno. Boaventura de Souza Santos indica que a passagem do pensamento medieval para o moderno se dá com os trabalhos de Newton, Copérnico e Galileu, assim como no racionalismo cartesiano e no empirismo de Bacon.¹³

O conhecimento medieval se caracteriza por se tratar de um saber contemplativo, que consiste na busca da verdade, de forma a realizar uma construção espiritual da existência humana. Tal verdade deveria ser buscada na Bíblia. E a certeza na verdade se dava pela autoridade contida nas obras da Antiguidade. Trata-se de um conhecimento que contempla e medita. Não investiga. É um saber que não avança, cheio de simbolismos e de conteúdo sacro.¹⁴

Em contraposição a uma visão de mundo teocêntrica, medieval, surge um modelo de pensamento antropocêntrico, moderno.

O distanciamento do ser humano do sagrado leva ao surgimento de uma nova relação do homem com a natureza. No medievo, uma relação de subordinação; na modernidade, uma relação de dominação.

Afirma Adorno que o Esclarecimento (*Aufklärung*) tem sempre perseguido o objetivo de livrar os homens do medo e de colocá-los na posição de senhores. “O programa do esclarecimento era o desencantamento do mundo. Sua meta era dissolver os mitos e substituir a imaginação pelo saber.”¹⁵ Agora com a modernidade, além de fazer parte da natureza, o homem

¹³ SANTOS, Boaventura de Souza. *Um discurso sobre as ciências*. Campinas: Editora Cortês, 1999.

¹⁴ D'AVILA, Fábio Roberto. *Ofensividade e crimes omissivos próprios: contributo à compreensão do crime como ofensa ao bem jurídico*. Coimbra: Coimbra Editora, 2005. p. 24

¹⁵ ADORNO, Theodor W.; HORKHEIMER, Max. *Dialética do esclarecimento: fragmentos filosóficos*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1985. p. 19

se coloca numa posição de domínio em relação a ela.

Uma nova forma de interpretar como a realidade se apresenta surge com o pensamento moderno. As ciências duras tomam o lugar da filosofia. O domínio sobre a relação de causalidade é a técnica que reduz a complexidade desse novo mundo. A ciência moderna é o que liga o homem ao futuro contingente. O principal nesse modo de pensar não é a fé, mas sim a técnica. O saber se torna um poder que não conhece barreiras. “A técnica é a essência desse saber, que não visa conceitos e imagens, nem o prazer do discernimento, mas o método, a utilização do trabalho de outros, o capital. (...) O que os homens querem aprender da natureza é como empregá-la para dominar completamente a ela e aos homens.(...) O que importa não é aquela satisfação que, para os homens, se chama ‘verdade’, mas a ‘*operation*’, o procedimento eficaz.”¹⁶

A modernidade entende a natureza como o meio onde tudo tem seu lugar determinado, que pode ser compreendido pelas leis físicas e matemáticas, e, como consequência, algo que pode ser compreendido e dominado¹⁷. Desse momento histórico em diante, o objeto de análise deve ser dominado sem se recorrer a forças ocultas soberanas. Aquilo que não é passível de ser racionalmente calculado e que não possui utilidade prática torna-se suspeito para o Esclarecimento.¹⁸

No entanto, o sonho da modernidade (com seu objetivo de dominação)

¹⁶ ADORNO, Theodor W.; HORKHEIMER, Max. *Dialética do esclarecimento: fragmentos filosóficos*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1985. p. 19

¹⁷ D’AVILA, Fábio Roberto. *Ofensividade e crimes omissivos próprios: contributo à compreensão do crime como ofensa ao bem jurídico*. Coimbra: Coimbra Editora, 2005. p. 25

¹⁸ ADORNO, Theodor W.; HORKHEIMER, Max. *Dialética do esclarecimento: fragmentos filosóficos*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1985. p. 20

perde o seu controle na sua própria técnica. A noção de tempo e espaço absolutos de Newton dá lugar à relatividade de Einstein. Heisenberg demonstra que o observador e suas técnicas perturbam o objeto observado. Prigioni reconhece o fim das certezas e engaja a física no estudo das estruturas dissipativas e de sua desordem criadora.¹⁹ Essas novas descobertas provocam desconfiança no modelo de ciência da modernidade. A certeza da modernidade é colocada em xeque.²⁰ A técnica da modernidade já não dá mais conta de cumprir sua promessa de dominação. O ser humano perde o total controle sobre a natureza. Nessa situação, a pretendida objetividade científica é substituída por um pluralismo de verdades. O desafio que essa nova forma de ciência enfrenta é o de ter que decidir em situações de indecidibilidade.

No final da década de 70 do século XX, Lyotard identifica a pós-modernidade com a falta de crença em relação aos metarrelatos da filosofia iluminista. Essa descrença constitui, ao mesmo tempo, em condição e consequência do progresso tecnológico e científico de seu momento pós-industrial.²¹ As ideias totalizantes e unificadoras do pensamento moderno perdem sua legitimidade. Abre-se espaço ao pluralismo. Em sentido contrário ao legitimador discurso moderno, desenvolvido em pensamentos conclusivos, controláveis, coerentes e sistemáticos, o autor propõe reconhecer um novo estatuto da prática científica, o da utilização de elementos do conhecimento não usuais: o método heurístico, o lance original, a contraprova, o desconhecido. Dessa forma, quando define a ciência pós-moderna como

¹⁹ OST, François. *O tempo do direito*. Bauru: EDUSC, 2005. p. 310

²⁰ D'AVILA, Fábio Roberto. *Ofensividade e crimes omissivos próprios: contributo à compreensão do crime como ofensa ao bem jurídico*. Coimbra: Coimbra Editora, 2005. p. 27

²¹ LYOTARD, Jean-François. *A Condição Pós-Moderna*. 13. ed., Rio de Janeiro: José Olympio, 2011. p. xv (introdução)

pesquisa de instabilidade, Lyotard não admite os metarrelatos modernos que possuem fundamento em critérios de “*busca do consenso, dialética do espírito, paz perpétua, hermenêutica do sentido, o desenvolvimento da riqueza, a emancipação do sujeito racional*”, e propõe a substituição por categorias alternativas de legitimação como “*eficácia, heterogeneidade dos jogos de linguagem e paralogia*”.²²

Alguns chamam esse momento histórico de pós-modernidade²³; outros, de modernidade reflexiva ou segunda modernidade²⁴. Isso significa que, enquanto uns afirmam que se trata de uma crise *da* modernidade, com o surgimento de outro modelo, outros entendem que se trata de uma crise *na* modernidade. De acordo com esses últimos, é necessário entender a transformação de uma sociedade industrial clássica, fundada na produção de bens, para uma sociedade da informação. Assim, essa crise implicaria “uma ampla rediscussão e reavaliação de rumos em busca de soluções e corretivos no interior recursivo da própria modernidade (Habermas)”.²⁵

Por outro lado, como dito, há aqueles que entendem se tratar de uma crise *da* modernidade, ou seja, os mais radicais verificam uma drástica ruptura com o projeto da modernidade, que, esgotado, abriu espaço para o surgimento de uma nova época. Essa crise, diante da evidência de riscos e conflitos cada

²² DINIZ, Antonio Carlos. Verbete: pós-modernismo. In BARRETO, Vicente de Paulo (coord.). *Dicionário de filosofia do direito*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 647

²³ SANTOS, Boaventura de Souza. *A crítica da razão indolente. Contra o desperdício da experiência*. São Paulo: Cortês, 2005. p. 103; BAUMAN, Zygmunt. *O mal-estar da pós-modernidade*. Rio de Janeiro, Jorga Zahar Editor, 1998. p. 7 e ss

²⁴ BECK, Ulrich. A Reinvenção da Política: Rumo a uma Teoria da Modernização Reflexiva. In: BECK, U.; GIDDENS, A.; LASH, S. *Modernização Reflexiva*. São Paulo: Editora da Universidade Estadual Paulista, 1997.

²⁵ DINIZ, Antonio Carlos. Verbete: pós-modernismo. In BARRETO, Vicente de Paulo (coord.). *Dicionário de filosofia do direito*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 649

vez mais complexos, desafia o potencial de adaptação do Direito. Indica a necessidade de desenvolvimento de recursos e métodos para enfrentar os novos desafios que emergiram da sociedade pós-industrial, complexa. No campo da ciência do direito, há tempos percebem-se sinais de que há necessidade de uma mudança estrutural, e não meramente conjuntural, sendo que referida mudança altera a própria identidade do sistema normativo.²⁶

Surge um novo modelo científico. Abre-se mão de uma verdade e valores apriorísticos para análise dos objetos e se admite a revisão do conhecimento como método de corrigir os erros anteriores. O saber está sempre em movimento. E a “reavaliação de todos os valores é um *momento* feliz, estimulante, mas os valores reavaliados não garantem necessariamente um *estado* de satisfação.”²⁷

Esses dados reconhecidos no mundo contemporâneo provocam alterações não apenas na teoria do conhecimento, mas também em outras ciências como na sociologia e no direito penal.

1.2 O fundamento sociológico: a ideia de sociedade de risco

Diversos significados podem ser atribuídos ao significante “risco”. Podem ser atribuídos um sentido genérico, um jurídico e um crítico-filosófico. Em sentido genérico, o risco pode ser entendido como o aspecto negativo da escolha. O sentido jurídico coloca o acento na possibilidade de perda ou responsabilidade por um dano. Já no sentido crítico-filosófico, pensa-se em uma avaliação das possibilidades de controle e previsão dos resultados

²⁶ DINIZ, Antonio Carlos. Verbete: pós-modernismo. In BARRETO, Vicente de Paulo (coord.). *Dicionário de filosofia do direito*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 649

²⁷ BAUMAN, Zygmunt. *O mal-estar da pós-modernidade*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1998. p. 10

decorrentes da ação humana.²⁸

François Ost identifica na história três espécies de risco no decorrer das formas de sociedade.²⁹ Num primeiro momento, o da sociedade liberal do século 19, o risco assume a forma de acidente: acontecimento exterior e imprevisto, álea, golpe da sorte, ele é simultaneamente individual e repentino. A forma de tentar se prevenir dele é a “previdência”, que subscreve uma garantia individual. Quando o dano é causado a outro, por erro de terceiro, a forma de resolver o problema é a reparação individual determinada pela responsabilidade civil. Assim, diante dessa modalidade de risco-acidente, duas formas de lidar com ele: uma indenizatória e outra de “previdência”.

O segundo momento da história do risco leva à noção de prevenção. Ocorre num período de consolidação do Estado Social. A prevenção é entendida como “uma atitude coletiva, racional e voluntarista, que se propõe a reduzir a probabilidade da chegada e da gravidade do risco”³⁰, que é objetivável e mensurável. Deixa-se de tratar do risco como mero acidente e se passa a considerá-lo como acontecimento estatístico, determinado por cálculos de probabilidade. Trata-se do risco como algo suportável. O dano provocado pela concretização do risco é apreendido pelo direito por meio da responsabilidade objetiva.

O terceiro e último momento da história do risco caracteriza-se pela ideia de um risco enorme, catastrófico, irreversível, quase imprevisto, que frustra as capacidades de prevenção e de domínio pelos cálculos de probabilidade

²⁸ COELHO, Luiz Fernando. *Direito e complexidade na sociedade contemporânea - Homenagem a Niklas Luhmann*. Revista Ius Gentium - Faculdade Internacional de Curitiba. Ano 3, n. 6, jul./dez. 2009. p. 115/116

²⁹ OST, François. *O tempo do direito*. Bauru: EDUSC, 2005. p. 324 e ss

³⁰ OST, François. *O tempo do direito*. Bauru: EDUSC, 2005. p. 324

típicos da modernidade. Outra característica desses novos riscos é a consequência que ele provoca, ainda que não se concretize: a formação de uma comunidade de vítimas.³¹

Vive-se em um mundo no qual o desenvolvimento científico-tecnológico não encontra precedente. Embora esse avanço represente um aumento de riqueza, os benefícios, produtos da evolução tecnológica, não se distribuem de forma igualitária. A mudança tecnológica provoca uma acumulação de desigualdades em escala mundial, assim como no interior dos estados nacionais.

A principal característica desse avanço científico-tecnológico consiste em que, simultaneamente, se transforma em fonte de riquezas e de riscos. Mas há um detalhe: enquanto a riqueza é distribuída de forma desigual, os riscos são distribuídos de forma democrática. Afirma Beck: “*A miséria pode ser segregada, mas não os perigos da era nuclear.* E aí reside sua força cultural e política. Sua violência é a violência do perigo, que suprime todas as zonas de proteção e todas as diferenciações da modernidade.”³²

A ideia de sociedade do risco anuncia o fim de uma sociedade industrial em que os riscos para a existência comunitária ou individual possuíam origem em fenômenos da natureza ou em ações humanas identificáveis. Os riscos atuais são provenientes do próprio homem, mas não são identificáveis nem em sua origem, nem em seus efeitos.³³

³¹ OST, François. *O tempo do direito*. Bauru: EDUSC, 2005. p. 324/325

³² BECK, Ulrich. *Sociedade de risco. Rumo a uma outra modernidade*. São Paulo: Editora 34, 2010. p. 7

³³ BECK, Ulrich. *Sociedade de risco. Rumo a uma outra modernidade*. São Paulo: Editora 34, 2010. p. 7

É com essa nova realidade que rompe um novo modelo de sociedade, que Ulrich Beck denomina “sociedade do risco”.

Trata-se de uma fase de desenvolvimento da sociedade moderna em que os riscos sociais, políticos, ecológicos e individuais criados pelo impulso das inovações evitam cada vez mais o controle e as instituições protetoras da sociedade industrial.³⁴ Referido autor define risco da seguinte forma:

Risco é o enfoque moderno da previsão e controle das conseqüências futuras da ação humana, as diversas conseqüências não desejadas da modernização radicalizada. É um intento (institucionalizado) de colonizar o futuro, um mapa cognitivo. Toda sociedade, obviamente, experimentou perigos. Mas o regime de risco é uma função de uma nova ordem: não é nacional, senão global. Está intimamente relacionado com o processo administrativo e técnico de decisão. Anteriormente, essas decisões se tomavam com normas fixas de calculabilidade, ligando meios e fins ou causas e efeitos. A “sociedade do risco global” invalidou precisamente essas normas.³⁵

Quando esses riscos, e suas conseqüências, dominam o debate político, público e privado, caracteriza-se a sociedade do risco. Nesse momento as instituições legitimam os perigos que não podem controlar.

A lógica desse novo modelo de sociedade é confirmada por exemplos como o das companhias de seguro privadas que, quem sabe o maior exemplo símbolo da forma moderna de pensar, não cobrem desastres nucleares, as conseqüências negativas de bruscas alterações climáticas, nem o colapso de economias, nem os riscos de diversos tipos de tecnologias futuras.³⁶

Na sociedade de risco, o conflito sobre a distribuição dos males se sobrepõe ao conflito sobre a distribuição dos benefícios oferecidos pelo estado

³⁴ BECK, Ulrich. *La sociedad del riesgo global*. Madrid: Siglo XXI de España Editores, 2002. p. 113

³⁵ BECK, Ulrich. *La sociedad del riesgo global*. Madrid: Siglo XXI de España Editores, 2002. p. 5

³⁶ BECK, Ulrich. *La sociedad del riesgo global*. Madrid: Siglo XXI de España Editores, 2002. p. 5

de bem-estar social. Na discussão sobre a distribuição dos riscos o que se quer é a definição sobre a distribuição de responsabilidades. Questiona-se como podem ser distribuídas, evitadas e legitimadas as consequências oriundas dos riscos que acompanham a produção de mercadorias: “tecnologia nuclear e química em grande escala, engenharia genética, ameaças ao meio ambiente, a escalada de armamentos e o crescente empobrecimento da humanidade que vive fora da sociedade industrial ocidental.”³⁷

O conceito de sociedade do risco descreve um momento da modernidade em que os perigos produzidos pelo desenvolvimento da sociedade industrial se fazem predominantes. Isso impõe a limitação desse desenvolvimento na definição de novos parâmetros de responsabilidade, segurança, controle, limitação de danos e distribuição das consequências dos danos, etc.

Resultado da perda de controle sobre a técnica, a sociedade vive ameaçada pelos danos (atuais e futuros) ao meio ambiente, pela engenharia genética, pela manipulação de energia nuclear, pela instabilidade das economias que dominam o mercado internacional, etc., o que cria uma comunidade de vítimas, assim como um sentimento coletivo de insegurança.

A exposição a referidos perigos faz com que todos se sintam como potenciais vítimas. Nesse contexto, os laços sociais deixam de ter como núcleo valorativo a solidariedade e, no lugar, destaca-se o medo. Afirma Beck que “o lugar do sistema axiológico da sociedade “desigual” é ocupado assim pelo

³⁷ BECK, Ulrich. *La sociedad del riesgo global*. Madrid: Siglo XXI de España Editores, 2002. p. 115/116

sistema axiológico da sociedade “insegura”.³⁸

O momento de incerteza no campo da ciência apenas faz com que se não saiba o alcance (negativo) desses novos riscos, assim como quem são os responsáveis por eles.

No âmbito da dogmática penal, a sociedade industrial fez com que se desenvolvesse o conceito de risco permitido, como categoria de interpretação do alcance de condutas típicas. A ideia central era a seguinte:

A coletividade tem que pagar o preço do desenvolvimento, admitindo que as empresas não adotem as máximas medidas de segurança nem empreguem materiais de máxima qualidade. Do contrário, não se poderá obter o benefício que permita a acumulação de capital necessária para o reinvestimento e crescimento; ou então não se progredirá ao ritmo esperado.³⁹

Como se sabe, a ideia de risco permitido demonstra uma ponderação entre benefícios e custos da realização de uma conduta determinada. Mas também resta claro que esse cálculo depende de uma valoração anterior, na qual necessariamente deve-se colocar como premissa maior a ordem de valores ou preferências de determinada sociedade.⁴⁰

É essa ordem de valores que determina as liberdades individuais. Principalmente a partir de década de 90, ocorre uma alteração na determinação dos valores e preferências da sociedade. Com o novo modelo de

³⁸ BECK, Ulrich. *Sociedade de risco. Rumo a uma outra modernidade*. São Paulo: Editora 34, 2010. p. 59

³⁹ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *La expansión del derecho penal: aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*. 2. ed. (reimpresão), Montevideo-Buenos Aires: Editorial B de F, 2006. p. 34 Tradução livre de “La colectividad ha de pagar el precio del desarrollo, admitiendo que las empresas no adoptem las máximas medidas de seguridad ni empleen materiales de máxima calidad. De lo contrario, no se podrá obtener el beneficio que permita la acumulación de capital necesaria para la reinversión y el crecimiento; o bien no se progresará al ritmo esperado.”

⁴⁰ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *La expansión del derecho penal: aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*. 2. ed. (reimpresão), Montevideo-Buenos Aires: Editorial B de F, 2006. p. 36

ordem social (“sociedade do risco”), utiliza-se uma nova forma de determinar o risco permitido. Os cálculos dos riscos têm por base, agora, a supervalorização da segurança. Passa-se a considerar as liberdades contemporâneas como “liberdades perigosas”. Essa é a ideia que caracteriza uma “sociedade de sujeitos passivos”.⁴¹ Trata-se de um modelo social em que se restringem progressivamente as liberdades individuais para a prática de ações arriscadas.

Por fim, outra característica dessa sociedade de sujeitos passivos é a resistência em reconhecer o caso fortuito, o azar, como produtores de danos. Essa forma de pensar guarda relação direta com a maneira como a sociedade se compreende, já que a maior parte dos riscos contemporâneos não pode ser pensada sem uma decisão humana.⁴²

Diferentemente da primeira fase da modernidade, em que as pessoas vivem em localidades que são delimitadas pelo espaço territorial do Estado-Nação, e que as informações são distribuídas em um determinado ritmo de tempo, verificamos, hoje, por conta dos desenvolvimentos tecnológicos, um desencaixe nas relações espaço-temporais.⁴³

Giddens define desencaixe como o “deslocamento das relações sociais de contextos locais de interação e sua reestruturação através de extensões indefinidas de tempo-espaço”.⁴⁴ No desenvolvimento das modernas instituições

⁴¹ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *La expansión del derecho penal: aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*. 2. ed. (reimpressão), Montevideo-Buenos Aires: Editorial B de F, 2006. p. 37

⁴² SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *La expansión del derecho penal: aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*. 2. ed. (reimpressão), Montevideo-Buenos Aires: Editorial B de F, 2006. p. 38

⁴³ GIDDENS, Anthony. *As conseqüências da modernidade*. São Paulo: Editora UNESP, 1991. p. 29

⁴⁴ GIDDENS, Anthony. *As conseqüências da modernidade*. São Paulo: Editora UNESP, 1991. p. 29

sociais, existem dois mecanismos de desencaixe: a criação de *fichas simbólicas*⁴⁵ e o estabelecimento de *sistemas perito*. Interessa-nos o segundo mecanismo.

Afirma que *sistemas perito* são “sistemas de excelência técnica ou competência profissional que organizam grandes áreas dos ambientes material e social em que vivemos hoje”.⁴⁶ Trata-se de situações da vida social em que vivenciamos uma situação de risco, mas que acreditamos que nada ocorrerá porque acreditamos no conhecimento dos peritos que operam tal sistema criador de riscos. Quando estou em casa, estou envolvido em um *sistema perito*. Ao subir as escadas de minha casa, não tenho medo porque confio nos conhecimentos daqueles que a construíram, embora saiba que a estrutura possa ruir.

Importante é destacar que se não trata de confiança na pessoa específica que a construiu, tampouco na qualidade do material de construção utilizado. Não sei onde tal material foi elaborado, se esse material é de qualidade, nem conheço a capacidade pessoal dos profissionais que construíram a escada. A confiança em que a estrutura da escada não vai ruir é totalmente impessoal. Não confio em pessoas ou em coisas, mas sim no procedimento utilizado para construir referida escada. Esse procedimento impessoal, composto por pessoas, objetos e conhecimentos específicos para a construção das coisas é denominado *sistema perito*.⁴⁷

⁴⁵ Sobre as fichas simbólicas, ver GIDDENS, Anthony. *As conseqüências da modernidade*. São Paulo: Editora UNESP, 1991. p. 30/35

⁴⁶ GIDDENS, Anthony. *As conseqüências da modernidade*. São Paulo: Editora UNESP, 1991. p. 35

⁴⁷ GIDDENS, Anthony. *As conseqüências da modernidade*. São Paulo: Editora UNESP, 1991. p. 35

Tais *sistemas perito* não reduzem o risco das atividades, mas a confiança que as pessoas possuem no sistema altera a percepção que as pessoas têm em relação aos riscos. A confiança nesses sistemas decorre única e exclusivamente de fé, mas não de uma fé cega: verifica-se um elemento pragmático, “baseado na experiência de que tais sistemas geralmente funcionam como se espera que eles o façam”.⁴⁸

Como instrumentos de redução de complexidade, os sistemas perito são entendidos como mecanismos de desencaixe porque retiram as relações sociais do contexto em que elas são desenvolvidas, e, ao mesmo tempo, oferece garantias de expectativas por meio de tempo e espaço distanciados.⁴⁹

Assim, o funcionamento desses mecanismos de desencaixe tem por consequência uma atitude de confiança por parte das pessoas, razão pela qual existem instituições que protegem as pessoas inseridas nesses sistemas, como organismos responsáveis pela vigilância sobre padrões de qualidade de fabricantes de aviões, automóveis, máquinas, etc.⁵⁰

1.2.1 Tendências político-criminais e dogmáticas na sociedade de risco

Os desenvolvimentos teóricos que demonstram esse novo modelo de sociedade leva à ciência penal pensar sobre: a) se é função do direito penal tutelar a sociedade contra esses novos riscos, principalmente no que se refere à tutela ambiental e; b) caso se entenda que essa é uma das funções do direito penal, se o direito penal clássico, com suas características liberais, está apto a

⁴⁸ GIDDENS, Anthony. *As conseqüências da modernidade*. São Paulo: Editora UNESP, 1991. p. 36

⁴⁹ GIDDENS, Anthony. *As conseqüências da modernidade*. São Paulo: Editora UNESP, 1991. p. 35

⁵⁰ GIDDENS, Anthony. *As conseqüências da modernidade*. São Paulo: Editora UNESP, 1991. p. 37

cumprir essa função.

De acordo com grande parte da doutrina, a tendência de resposta a essas duas questões é no sentido de que é uma das funções do direito penal a tutela da sociedade atual e das gerações futuras contra esses novos riscos, e que o direito penal liberal não está apto a cumprir essa função. Isso porque o direito penal clássico possui como fundamento de legitimação material o modelo de “contrato social” de Rosseau, e tem como orientação político-criminal princípios como o da exclusiva proteção de bens jurídicos, secularização, intervenção mínima e imputação individual de responsabilidade.

Segundo Figueiredo Dias, “querer manter esses princípios significará a confissão resignada de que ao direito penal não pertence nenhum papel na **protecção das gerações futuras**; como entre outros e principalmente, os temas dos atentados ao ambiente, da manipulação genética e da desregulação da actividade productiva (...)”.⁵¹ O direito penal contemporâneo deve assumir nova estrutura.

Consequência do progresso científico-tecnológico e industrial, assim como da estrutura de um modelo econômico neoliberal, diversas ações contemporâneas possuem algumas características comuns, sendo uma delas o fato de darem origem a diversos novos riscos, entendidos como consequências secundárias não desejadas, e que não podem ser encaradas como efeitos naturais decorrentes da atividade, mas sim como artificiais, pois produzidas em decorrência de decisões humanas.

Essa característica da sociedade contemporânea permite entendê-la

⁵¹ FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *Direito Pena: Parte Geral*. Coimbra: Coimbra Editora, 2004. p. 128

como uma “sociedade de insegurança objetiva”, que quando se mistura com a equivocada percepção dos riscos reais (se é que não vivemos numa sociedade mais segura do que nunca), forma a chamada “sensação geral de insegurança”, o que leva ao Estado utilizar o direito penal como recurso para responder às exigências de segurança dessa “comunidade de vítimas”. Assim, são criminalizados comportamentos desenvolvidos nas novas esferas de risco.⁵²

Ao comentar sobre o futuro do direito penal (e, por consequência, do direito penal do risco), Roxin aponta algumas de suas tarefas a enfrentar.

Como segundo problema fundamental imediato no Direito penal do futuro enuncio os grandes riscos que ameaçam um número incalculável de homens. Podem vir da produção atômica ou química, mas também da industria farmacéutica, da produção de alimentos, da fabricação de comida para animais, etc. Trata-se de questões básicas também de nossa ciencia. É realmente o Direito penal um instrumento adequado para a luta contra tais perigos?⁵³

Pode-se afirmar que a política criminal na “sociedade do risco” atua na regulamentação jurídica e gerenciamento dos novos riscos. Vivemos numa sociedade científico-tecnológica em que as situações de “risco” são normais: empreendimentos na área da engenharia (por exemplo: construção de diques, de usinas atômicas), na engenharia genética, planificação familiar, nossas formas de relação com o meio ambiente em que se põe em risco a fauna, a flora, o solo, o ar, etc. Todas essas ações, comuns em nossa civilização, têm sido controladas pelo direito. Essa política criminal consiste: a) na

⁵² GRACIA MARTÍN, Luis. *Prolegômenos para a luta pela modernização do direito penal e para a crítica do discurso de resistência*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2005. p. 49

⁵³ ROXIN, Claus. La Ciencia del Derecho penal ante las tareas del futuro. In *La ciencia del derecho penal ante el nuevo milênio*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2004. p. 395 Tradução livre de “Como segundo problema fundamental inmediato en el Derecho penal del futuro enuncio los grandes riesgos que amenazan a un número incalculable de hombres. Puedem provenir de la producción atômica o química, pero también de la industria farmacéutica, de la producción de alimentos, de la fabricación de comida para animales, etc. Se trata de cuestiones básicas también de nuestra ciencia. Es realmente el Derecho penal un instrumento adecuado para la lucha contra tales peligros?”

determinação de condutas que, por seu perigo, podem lesionar a uma quantidade de pessoas indeterminada (criação dos tipos penais de perigo abstrato) e b) no gerenciamento dos riscos (nessa área, tutelam-se complexos funcionais, em vez de bens jurídicos propriamente ditos).

A política criminal da “sociedade de risco”, que consiste na expansão da matéria de proibição contida nos tipos penais (em vez da conduta hostil ao bem jurídico, da ação que provoca perigo para o mesmo), provoca uma revolução na área do direito penal. Passamos de um direito penal que sanciona condutas que lesionam bens jurídicos para um “direito penal do risco”. As barreiras que colocavam o direito penal como o limite da política criminal (Franz von Liszt⁵⁴) são alteradas. Ocorre uma inversão do ideal de Liszt. Em vez de o direito penal ser a barreira infranqueável da política criminal, ele (direito penal) se torna mero instrumento desta. Ocorre uma *funcionalização* do direito penal como instrumento para a política criminal. Em vez de se escolherem condutas socialmente inadequadas para proibi-las, proíbem-nas para que a sociedade a desvalore.⁵⁵ Além disso, o fato de a sociedade negar a possibilidade de um resultado danoso não ter sido ao menos produzido pela ação imprudente de alguém provoca a expansão do direito penal, transformando acidentes em injusto penal, assim como a necessidade de imputá-los a alguém, inclusive, em alguns casos, a pessoas jurídicas.

Dessa forma, de maneira sumária, podemos apontar a nova roupagem do direito penal contemporâneo. As características são as seguintes: a) a

⁵⁴ LISZT, Franz von. *La idea de fin en Derecho Penal* (1882). Valparaíso (Chile): Edeval, 1984.

⁵⁵ PRITTWITZ, Cornelius. Sociedad del riesgo y Derecho penal. In *El penalista liberal. Controversias nacionales e internacionales en Derecho penal, procesal penal y Criminología*. Buenos Aires: Hammurabi, 2002. p. 151; STRATENWERTH, Günther. *Derecho penal. Parte general I. El hecho punible*. Madrid: Thomson/Civitas, 2005. p. 54/55

acolhida de novos candidatos no âmbito dos bens jurídicos (tais como o meio ambiente, a saúde pública, o mercado de capital, etc.); b) o adiantamento da barreira que delimita o comportamento impunível do punível; c) utilização de técnicas de remissão normativa, que caracteriza uma delegação à administração pública a definição do conteúdo da proibição por meio de outra norma ou por meio de uma decisão administrativa e; d) redução das exigências para a reprovabilidade, que se expressa na troca de paradigma, que vai da lesão ao bem jurídico à perigosidade para o mesmo. Essas características indicam a funcionalização do direito penal para dois objetivos: a) o de minimizar os riscos e; b) o de estabilização das inseguranças subjetivas, por meio da prevenção geral positiva como função da pena. É dizer, o direito penal possui a função de preservação simbólica da insegura sociedade de risco.

De certo modo, essa forma de política criminal desperta simpatia. O discurso oficial de tutela de bens jurídicos coletivos nos leva a crer que se trata de um direito penal voltado a criminalizar agentes que ostentam uma posição de poder. Deixa-se de criminalizar a pobreza e se passa a selecionar autores mais bem situados socialmente (criminalidade empresarial).⁵⁶ O que se verá adiante é a necessária separação entre finalidades ideológicas e latentes presentes no discurso penal.

1.2.1.1 Tendências político-criminais

Assim que se produziram as transformações do direito penal acima descritas, bem como significativos avanços na política criminal, em reação a

⁵⁶ SCHÜNEMANN, Bernd. Del Derecho penal de la classe baja al Derecho penal de la classe alta. Un cambio de paradigma como exigencia moral? In *Temas actuales y permanentes del derecho penal después del milênio*. Madrid: Tecnos, 2002. p. 50/51

essa evolução se desenvolveram quatro posturas científicas.

A primeira das correntes ficou conhecida como *Escola de Frankfurt*. Tendo Hassemer como um de seus principais representantes, caracteriza-se por apresentar uma estratégia que, sem ignorar as novas necessidades sociais de atuação estatal na sociedade moderna, pugna pela manutenção da estrutura do direito penal que teve início no período da Ilustração. Afirma serem inaceitáveis as transformações que a forma de se pensar a sociedade de risco exige do direito penal clássico, o qual, caso atenda as exigências, teria sua identidade desconfigurada. Identifica o comprometimento do processo penal indicando como exemplo a inclusão do princípio de oportunidade, com o qual é possível se chegar a soluções diversas para casos iguais, além de as decisões serem dificilmente controláveis pelo fato de se subtraírem os conflitos ao princípio de publicidade.⁵⁷

Para manter sua identidade intacta, o direito penal deve: a) concentrar seus esforços na proteção de um consolidado catálogo de bens jurídicos de titularidade individual, aos quais se deveria ser acrescentado um número reduzido de interesses coletivos e estatais, cuja proteção apenas deveria ocorrer frente a riscos graves e evidentes; b) manter um elaborado sistema de imputação de responsabilidade, sustentado por sólidas garantias individuais, tanto no plano do direito penal como no do direito processual penal.

Entende que as mudanças no direito penal e na política criminal refletem um irrefletido otimismo em relação à capacidade de o direito penal resolver efetivamente problemas sociais.

Por isso, para evitar a perda de identidade, propõe a substituição da

⁵⁷ HASSEMER, Winfried. Viejo y nuevo derecho penal. In *Persona, mundo y responsabilidad*. Santa Fe de Bogotá, Themis, 1999. p. 30

modernização do direito penal pela criação de um *Direito de intervenção*, que estaria localizado “entre o direito penal e o direito administrativo sancionador, entre o direito civil e o direito público, com um nível de garantias e formalidades processuais inferiores ao direito penal, mas também com menos intensidade nas sanções que podem se impor aos indivíduos”.⁵⁸ Seria um ramo do direito muito menos passível de objeção desde um ponto de vista normativo, e, principalmente, muito mais adequado a responder os problemas das sociedades modernas.

A segunda corrente doutrinária aceita as novas demandas sociais que são colocadas à política criminal, e constitui uma tentativa de reduzir sua influência sobre o direito penal contemporâneo. Distingue-se da proposta de Hassemer, pois aceita que tais exigências sociais tenham uma limitada consequência na configuração do direito penal.

Em sua monografia “*A expansão do direito penal*”, Silva Sánchez indica diversas razões para as mudanças da política criminal nas sociedades pós-industriais. Ainda que considere que a transformação da política criminal contemporânea é um mal, demonstra absoluta compreensão frente à tendência ao aumento do direito penal com cada vez mais tipos, e não tem por objetivo censurar esta tendência como perversão do legislador.⁵⁹

Entende o autor que se trata de uma verdadeira exigência social de mais proteção estatal, e, no que se refere a tal exigência, indica que ela existe pelos

⁵⁸ HASSEMER, Winfried. Viejo y nuevo derecho penal. In *Persona, mundo y responsabilidad*. Santa Fe de Bogotá, Themis, 1999. p. 34-35 Tradução livre de “ubicado entre el derecho penal y el derecho sancionatorio administrativo, entre el derecho civil y el derecho publico, con un nivel de garantias y formalidades procesales inferior al derecho penal, pero también con menos intensidad en las sanciones que pudieran imponerse a los individuos.”

⁵⁹ SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. *La expansión del Derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*. Montevideo-Buenos Aires: B de F, 2006. p. 8 e ss

seguintes motivos: a) porque certamente existem novos riscos, decorrentes das decisões técnicas, da enorme complexidade social ou da crise do estado de bem-estar⁶⁰; b) reconhece que o sentimento de insegurança, em grande parte, cresce através da exploração por parte da mídia de catástrofes de todo o mundo; c) identifica o predomínio de uma sociedade de sujeitos passivos, e a isso vincula o fenômeno que merece uma ainda investigação específica: a crescente tendência a converter a desgraça em injusto; d) ligada à razão anterior, está a atenção que a política criminal possui na figura da vítima⁶¹; e) menciona a perda das instâncias alternativas de proteção⁶² e, vinculado a isso, f) a crítica realizada pelos “gestores atípicos da moral” em relação aos mecanismos de repressão do Estado, que o autor vincula ao fracasso da esquerda política⁶³.

Além disso, entende que a tendência à desconfiguração do direito penal é reforçada pelas pressões da globalização, que reprimem a aspiração a uma perfeição teórica da ciência penal, considerando mais importante a sua simples praticabilidade, principalmente porque terá que desenvolver regras para o tratamento das novas formas de criminalidade⁶⁴.

No âmbito da criminalidade econômica, entende o autor que será encontrado um horizonte de valores comuns como base de um sistema

⁶⁰ SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. *La expansión del Derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*. Montevideo-Buenos Aires: B de F, 2006. p. 13 e ss

⁶¹ SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. *La expansión del Derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*. Montevideo-Buenos Aires: B de F, 2006. p. 20 e ss

⁶² SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. *La expansión del Derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*. Montevideo-Buenos Aires: B de F, 2006. p. 58

⁶³ SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. *La expansión del Derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*. Montevideo-Buenos Aires: B de F, 2006. p. 59 e ss

⁶⁴ SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. *La expansión del Derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*. Montevideo-Buenos Aires: B de F, 2006. p. 91 e ss

teleológico de prevenção da criminalidade, mas conclui que as diferentes culturas jurídicas não reconheceriam regras jurídicas exatas, o que conduziria a uma flexibilização das categorias e a uma relativização dos princípios.

Silva Sánchez tenta chegar à solução do problema através de considerações sobre os delitos de acumulação. Nesses delitos, a punibilidade se fundamenta pela possível a conduta lesiva a bens jurídicos por parte de terceiros, o que significa dizer que não se verifica uma lesão do bem jurídico. Não coloca em dúvida a necessidade da sanção penal, e destaca que essa contribuição poderia funcionar no direito penal, desde que não fossem punidas referidas condutas com pena privativa de liberdade⁶⁵.

Afirma que se deve limitar o *dereito penal em sentido estrito* (aquele que impõe ao autor do fato punível pena privativa de liberdade) pelo integral respeito às garantias materiais e processuais. No entanto, junto ao direito penal em sentido estrito, deve-se construir um direito penal mais distante do núcleo do *criminal*, no qual se imponham penas mais próximas às sanções administrativas. Nesse novo direito penal poderia ter lugar uma controlada flexibilização das regras de imputação, da mesma forma como seria viável uma relativização dos princípios político criminais. Seria um direito penal de segunda velocidade⁶⁶. Lembra a velha distinção entre *crimen en sentido estricto* e *contravención de policía* realizada por Feuerbach⁶⁷.

⁶⁵ SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. *La expansión del Derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*. Montevideo-Buenos Aires: B de F, 2006. p. 143 e ss

⁶⁶ SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. *La expansión del Derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*. Montevideo-Buenos Aires: B de F, 2006. p. 178 e ss

⁶⁷ FEUERBACH, Paul Hohann Anselm Ritter von. *Tratado de derecho penal*. Buenos Aires: Hammurabi, 2007. p. 56

Silva Sánchez afirma que a maioria das novas demandas de controle social da sociedade de risco deveria ser reconduzida ao direito administrativo sancionador. No entanto, como entende que hoje em dia isso seria impossível, propõe que o direito penal se desenvolva em dois blocos. O primeiro seria o direito penal clássico, caracterizado pela proteção dos tradicionais bens jurídicos individuais, no qual continuariam valendo as garantias do acusado e os rigorosos critérios de imputação.

Acompanhando o direito penal clássico surgiria um novo direito penal, de segunda velocidade, que teria como objeto as modernas perturbações sociais decorrentes da sociedade de risco. Este outro direito penal trabalharia com a nova criminalidade, tendo como principal objeto de preocupação as condições necessárias para seu efetivo controle: seria reconhecida a necessidade de tutela de bens jurídicos coletivos; utilizadas estruturas típicas bastante abertas, seriam flexibilizados os critérios de imputação e as garantias individuais. Todas essas cessões teriam como contrapartida a renúncia da utilização de pena privativa de liberdade como consequência jurídica para esses comportamentos, que apenas poderiam ser castigados com penas pecuniárias e restritivas de direitos.⁶⁸

A terceira postura doutrinária⁶⁹ decorre da reação de uma parte da doutrina que se preocupa com a construção e interpretação de novos tipos

⁶⁸ SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. *La expansión del Derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*. Montevideo-Buenos Aires: B de F, 2006. p. 178

⁶⁹ GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. Las exigencias dogmáticas fundamentales hasta ahora vigentes de una parte general son idóneas para satisfacer la actual situación de la criminalidad? In *Anuario de Derecho Penal y Ciencias penales*, 2002. p. 51-72; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. Algunas reflexiones sobre la moderna teoría del *Big Crunch* en la selección de bienes jurídico-penales (especial referencia al ámbito económico). In DÍEZ REPOLLÉS, José Luis; ROMEO CASABONA, Carlos María (orgs.). *La ciencia del derecho penal ante al nuevo siglo*. Madrid: Tecnos, 2002. p. 409-431; GRACIA MARTÍN, Luis. *Prolegômenos para a luta pela modernização do direito penal e para a crítica do discurso de*

penais e novos conceitos jurídicos do direito penal das sociedades contemporâneas. Nesse terceiro grupo de autores não é possível identificar uma frente doutrinária unitária e homogênea, que faça frente às argumentações desenvolvidas pela Escola de Frankfurt com os mesmos argumentos. Também não é possível identificar uma identidade entre os autores em relação à intensidade com que defendem o que se pretende chamar de um “Direito penal da segurança”.⁷⁰

Demonstração da pluralidade de argumentos acima referida é a postura de Schönemann, nega a utilidade do *topos* direito penal do risco, mas aceita muitas das transformações na política criminal e na dogmática penal criticadas por Hassemer. De forma resumida, afirma que o direito penal deve reagir diante das novas necessidades sociais. E para fazer isso de forma adequada, não pode fazer uso dos instrumentais dogmáticos e político-criminais do século 19.⁷¹

Também pertencente a esta terceira postura está Kindhauser, que assume plenamente o discurso que define a sociedade contemporânea como

resistência. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2005; SOTO NAVARRO, Susana. *La protección penal de los bienes jurídicos colectivos en la sociedad moderna*. Granada: Comares, 2003. p. 74-78; TERRADILLOS BASOCO, Juan María. *Globalización, administrativización y expansión del derecho penal económico*. In TERRADILLOS BASOCO, Juan María; ACALE SÁNCHEZ, María (orgs.) *Temas de derecho penal económico*. Madrid: Trotta, 2004. p. 222-240; CORCOY BIDASOLO, Mirentxu. Límites objetivos y subjetivos a la intervención penal en el control de riesgos. In CORCOY BIDASOLO, Mirentxu; MIR PUIG, Santiago (orgs.) *La política criminal en Europa*. Barcelona: Atelier, 2004. p. 27-32, 36, 38-40; GÓMES MARTÍN, Victor. Libertad, seguridad y sociedad del riesgo. In CORCOY BIDASOLO, Mirentxu; MIR PUIG, Santiago (orgs.) *La política criminal en Europa*. Barcelona: Atelier, 2004. p. 60-62, 70-71, 77-80, 87-90; GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio. Pautas y tendencias en la evolución de la dogmática penal alemana postwelzeliana. In *Estudios penales en recuerdo del profesor Ruiz Antón*. Valencia: Tirant lo Blanc, 2003. p. 406-408; FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *Direito Pena: Parte Geral*. Coimbra: Coimbra Editora, 2004. p. 126-143

⁷⁰ MENDOZA BUERGO, Blanca de. *El derecho penal en la sociedad del riesgo*. Madrid: Civitas, 2001. p. 118

⁷¹ SCHUNEMANN, Bernd. *Consideraciones críticas sobre la situación espiritual de la ciencia jurídico-penal alemana*. Bogotá: Centro de Investigaciones de derecho penal y filosofía del derecho – Universidad Externado de Colômbia, 1998. p. 19 e ss

sociedade de risco, e se preocupa com a legitimidade de se buscar segurança por meio do direito penal, ressaltando que existem importantes pontos de fricção entre os princípios do direito penal liberal e o objetivo securitário desse ramo do direito. Para defender a política criminal contemporânea, afirma que a legislação penal contemporânea decorre de uma política de segurança, e que o chamado “direito penal da segurança” é uma das condições de estabilidade desse modelo social.⁷²

Apesar da pluralidade de pensamentos, os argumentos desenvolvidos por esse grupo de penalistas podem ser sintetizados da seguinte forma.

A modernização do direito penal que está acontecendo decorre da acomodação das novas sociedades pós-industriais ao modelo de Estado social de Direito, em razão da debilidade do Estado de Direito liberal. Assim, o reforço da tutela penal de bens jurídicos coletivos tem o sentido de criar as condições que possibilitem o livre desenvolvimento pessoal dos cidadãos.⁷³

O aumento da intervenção punitiva estatal decorre do aparecimento de novas realidades e conflitos sociais que demonstram a existência de importantes interesses sociais que justificam a tutela penal. Não se trata de simples sentimentos de insegurança difundidos na sociedade, mas sim do preciso reconhecimento de novos riscos e de técnicas para controlá-los.

Isso explica o surgimento de fortes movimentos sociais que exigem enérgicas atuações estatais para proteger a sociedade de referidos riscos. Mais que isso, esses movimentos sociais contam com apoio da população

⁷² MENDOZA BUERGO, Blanca de. *El derecho penal em la sociedade del riesgo*. Madrid: Civitas, 2001. p. 127

⁷³ DÍEZ RIPOLLÉZ, José Luís. *La política criminal en la encrucijada*. Montevideo-Buenos Aires: BdeF, 2007. p. 141 e ss

porque todos entendem que os interesses sociais são afetados, principalmente, por determinadas atividades sócio-econômicas e empresariais, bem como por grupos organizados, privados ou instalados na administração pública, que buscam benefícios econômicos de forma ilícita.

Percebe-se que o moderno direito penal incide, de forma predominante, sobre setores privilegiados da sociedade, que são compostos por pessoas que são de fato as reais causadoras de graves danos sociais que devem ser objeto de prevenção. Daí se supõe um louvável avanço no emprego dos instrumentos de controle social e, infelizmente, há uma sobrevalorização em relação a isso, razão pela qual, não raramente, a utilização da nova política criminal produz um direito penal simbólico.⁷⁴

Além disso, afirma-se que não é verdadeira a afirmação de que, no moderno direito penal, são abandonados os princípios do direito penal garantista. Entendem que o garantismo possui os instrumentos necessários para incluir o novo direito penal em sua lógica. De qualquer forma, em alguns casos são necessárias adaptações de alguns conceitos jurídicos para se compreender a nova criminalidade, o que deve ser interpretado como avanços dogmáticos no desenvolvimento do sistema de imputação, e não como um abandono dos princípios do direito penal. Entendem que as críticas realizadas neste campo, principalmente as desenvolvidas pela Escola de Frankfurt, servem para estimular uma melhora no emprego de técnicas legislativas, mas

⁷⁴ SCHÜNEMANN, Bernd. Del Derecho penal de la classe baja al Derecho penal de la classe alta. Un cambio de paradigma como exigencia moral? In *Temas actuales y permanentes del derecho penal después del milênio*. Madrid: Tecnos, 2002. p. 50/51

não pode levar à conclusão de uma total desqualificação da proposta de modernização do direito penal.⁷⁵

Ademais, entende essa parte da doutrina que os princípios limitadores do direito penal são devidamente respeitados. No que se refere a princípio de subsidiariedade, afirmam que o direito penal é muito mais eficaz que o direito administrativo sancionador na prevenção de condutas perigosas, e nos campos em que é discutível essa maior eficácia, isso decorre da falta de meios para a implementação dos instrumentos penais ou da falta de tempo necessário para que o poder judiciário se familiarize com os novos instrumentos penais para tratar dos problemas contemporâneos. Além disso, defende-se a ideia de que os bens jurídicos coletivos ganharam autonomia conceitual sem que tenha ocorrido uma desmaterialização do objeto de tutela da norma penal, com perda de referências a interesses sociais e identificáveis. Por fim, afirma-se que os crimes de perigo abstrato não são dispensáveis para a proteção de determinados bens jurídicos coletivos quando não se pode esperar sua efetiva lesão, bem como que não é apropriado caracterizar o moderno direito penal como um conjunto de tipos de perigo, pois isso não corresponde com os vários tipos de lesão introduzidos por novas legislações.

No Brasil, seguindo uma linha funcionalista, Guaragni indica como uma das funções do direito penal a de controle de riscos, em razão da “necessidade de que os *sistemas perito* funcionem em patamares de risco toleráveis”.⁷⁶

Isso leva a uma compreensão de que setores da administração pública

⁷⁵ DÍEZ RIPOLLÉZ, José Luís. *La política criminal en la encrucijada*. Montevideo-Buenos Aires: BdeF, 2007. p. 143 e ss

⁷⁶ GUARAGNI, Fábio André. *Redução de riscos como função do Direito Penal*. In Boletim IBDPE, Ano I, n. I, novembro, 2009. p. 17

funcionam como *sistemas perito*, razão pela qual a função do direito penal na “sociedade do risco” seria a tutela do funcionamento das agências públicas responsáveis pelo controle dos riscos.

Com pouca dúvida, esse pensamento nos leva a abandonar a função clássica do direito penal de tutela de bens jurídicos, passando a encarar a função do direito penal como a de proteger funções estatais, na qualidade de *sistemas perito*. Ou, caso se queira utilizar o discurso como forma de encobrir a realidade, pode-se entender que a atividade de controle de riscos por parte da administração pública se tornou um bem jurídico.

A quarta postura, chamada por Díez Ripolléz⁷⁷, de *atitude de resistência garantista*, se opõe às modificações propostas pela política criminal modernizadora. Diferentemente das duas primeiras posturas, não reconhece a necessidade de realizar cessões aceitando níveis intermediários de intervenção penal (direito penal de velocidades) ou extrapenais (direito de intervenção). Entende que as propostas modernizadoras decorrem do objetivo ilusório de trocar garantias por eficácia, pois os defensores das propostas de modernização do direito penal sustentam sua maior eficácia em relação ao direito administrativo sancionar ou outro tipo de intervenções jurídicas ou não. Além disso, a falta de adequação do direito penal para enfrentar as novas necessidades da sociedade de risco retira a justificação da adaptação do direito penal garantista ao "moderno direito penal".

Por fim, como a moderna política criminal é incapaz de prevenir, de forma eficaz, as condutas que quer evitar, atribui-se ao direito penal uma

⁷⁷ DÍEZ RIPOLLÉZ, José Luís. *La política criminal en la encrucijada*. Montevideo-Buenos Aires: BdeF, 2007. p. 144

função meramente educadora, o que lhe transforma em um mero direito penal simbólico, sem qualquer função instrumental.

1.2.1.1.1 Considerações críticas sobre a modernização do direito penal

As posturas que defendem a expansão do direito penal para novos âmbitos apresentam como fundamento teorias filosóficas contratualistas ou teorias sociológicas funcionalistas, que têm em comum uma visão consensual da sociedade. Tal visão da sociedade tem como ponto de partida a ideia de que existe um acordo fundamental entre os homens a respeito dos objetivos da vida em sociedade, assim como das regras que devem regular a consecução das metas estabelecidas consensualmente.

Formalmente, o paradigma que se contrapõe às teorias funcionalistas (desde Durkheim, ampliada por Parsons, e traduzida para uma versão alemã com Luhmann) é o *paradigma do conflito*, que parte da ideia de que a sociedade vive em permanente conflito, seja em decorrência de situações que se verificam no mercado, a respeito dos conflitos que se referem à distribuição de recursos escassos (Weber), seja sob a forma de conflitos derivados da luta do homem para abolir as divisões de classe impostas pela ordem de produção material (Marx).⁷⁸

Partindo do pensamento de Marx, as relações jurídicas devem ser compreendidas a partir das relações materiais da vida, que se produzem dentro da “sociedade civil”, e que a forma dessa sociedade deveria ser buscada na

⁷⁸ TAYLOR, Ian; WALTON, Paul; YOUNG, Jock. *La nueva criminología. Contribución a una teoría social de la conducta desviada*. Buenos Aires: Amorrortu editores, 2001. p. 253

economia política.⁷⁹ Que, na produção social das suas próprias vidas, os homens se colocam em determinadas relações que são necessárias, que não dependem de suas vontades, “são relações de produção que representam uma etapa do desenvolvimento das suas forças produtivas materiais.” E que o conjunto dessas relações forma a estrutura econômica de uma sociedade, e que sobre ela se ergue uma sobreestrutura, jurídica e política, à qual correspondem determinadas formas de consciência social. E é o modo de produção da vida material que condiciona a produção da vida política e social.⁸⁰

A teoria materialista de Marx representa o fundamento das teorias do conflito. É na referida estrutura econômica da sociedade onde se verificam os conflitos inerentes ao modo de produção capitalista. E esses conflitos devem ser administrados por uma sobre-estrutura, que determina as regras que geram e reproduzem esses conflitos, o direito. Por um lado, o direito do trabalho, que determina como lícita a exploração do dono dos meios de produção sobre o trabalhador. Por outro, o direito penal que, da forma mais violenta, garante a propriedade dos meios de produção para os donos do capital.

Um dos instrumentos utilizados para garantir o sistema social, e para controlar (e reproduzir) os conflitos existentes em seu interior é o direito, que garante as relações desiguais da sociedade capitalista. Num modelo econômico neoliberal não poderia ser diferente: o direito penal do risco (especificamente o direito penal econômico, do qual faz parte o direito penal

⁷⁹ MARX, Karl. *Para a Crítica da Economia Política. (Prefácio)* In. <http://www.marxists.org/portugues/marx/1859/01/prefacio.htm>. Acessado em 29/03/2010. “relações jurídicas, tal como formas de Estado, não podem ser compreendidas a partir de si mesmas nem a partir do chamado desenvolvimento geral do espírito humano, mas enraízam-se, isso sim, nas relações materiais da vida, cuja totalidade (Hegel), na esteira dos ingleses e franceses do século XVIII, resume sob o nome de "sociedade civil", e de que a anatomia da sociedade civil se teria de procurar, porém, na economia política.”

⁸⁰ MARX, Karl. *Para a Crítica da Economia Política. (Prefácio)* In. <http://www.marxists.org/portugues/marx/1859/01/prefacio.htm>. Acessado em 29/03/2010.

ambiental⁸¹) assegura a desigualdade de tratamento entre pessoas que pertencem à mesma classe social, os donos dos meios de produção (empresários) - e não mais entre os detentores do capital e os excluídos (que só possuem a sua força de trabalho para oferecer como mercadoria), como faz o núcleo do direito penal chamado de clássico. Verifica-se a utilização do direito penal ambiental para excluir da possibilidade de explorar a natureza aqueles grupos econômicos que perderam a disputa pelo poder. Como demonstrou Gramsci, desenvolvendo as categorias marxistas, mesmo dentro da classe dos detentores do capital verifica-se uma disputa interna pelo poder.⁸² Aí o espaço para utilizar o direito penal contra esses novos inimigos, e não apenas contra a pobreza.

Com isso se quer demonstrar que o conflito social não pode ser entendido como causa da criminalidade, mas sim que os conflitos sociais são utilizados como referência para determinar os processos de criminalização. No caso do direito penal ambiental, o conflito de interesses está na própria classe social detentora do capital. Ocorre que os interesses conflitantes dentro dessa mesma classe afastam alguns do poder político, razão pela qual são criminalizados, mas agora com fundamento no discurso de tutela do meio ambiente, da ordem tributária, ou de qualquer outro bem jurídico que não seja concreto.

Tal raciocínio não afasta a ideia de seletividade, que é inerente ao

⁸¹ O entendimento de que direito penal ambiental faz parte do direito penal econômico pode ser extraído do pensamento de Klaus Tiedemann. (TIEDEMANN, Klaus. *Manual de derecho penal económico. Parte general y especial*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2010.)

⁸² GRAMSCI, Antonio. *Cadernos do cárcere. Maquiavel. Notas sobre o Estado e a política*. v. 3, Tradução Luiz Sérgio Henriques, Marco Aurélio Nogueira e Carlos Nelson Coutinho. 3. ed., Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2007.

sistema penal. Apenas demonstra que, embora as agências de controle penal atuem de forma seletiva, em regra, sobre aqueles que se enquadram nos estereótipos criminais, que se tornam vulneráveis por assumirem os papéis que a eles são impostos pela imputação de valores negativos relacionados com referido estereótipo, o sistema penal não atua como um todo harmônico. Funciona de modo parcelado, pois cada agência tem seus interesses particulares. No pensamento de Zaffaroni/Batista: “Estas agências disputam poder e, portanto, há entre elas um *equilíbrio inconstante*, caracterizado mais por antagonismos do que por relações de cooperação”.⁸³

No campo do direito, ao verificarmos a transição das *normas de conduta* para as *normas de organização*, a partir do momento em que notamos que o direito se propõe a proteger normas técnicas, independentemente do fim perseguido, temos que levar em conta que ele se torna perigoso.

Quando um bem jurídico é objeto de monopólio da gestão estatal, a dinâmica político-social desse monopólio determina a função do sistema penal para a defesa desse bem. Da mesma forma que o bem jurídico se torna um fim público a perseguir, a legislação penal que a ele se refere se converte em um recurso público e, como tal, torna-se objeto de troca no âmbito da política. Isso quer dizer que a repressão penal de condutas que envolvem o bem jurídico coloca-se entre os *bens de autoridade*, ou seja, “aqueles bens que, segundo os procedimentos do modelo neocorporativo, são objeto de negociação entre as autoridades públicas, por uma parte, e os grupos sociais organizados, pela

⁸³ ZAFFARONI, Eugenio Raul; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Direito Penal Brasileiro – I*, Rio de Janeiro: Revan, 2003. p. 49

outra”.⁸⁴

O bem monopolizado pelo Estado é um bem comum, expropriado de seus titulares originários: a sociedade civil. Para protegê-lo o Estado organiza os componentes da sociedade e as atividades sociais interessadas na tutela do bem. Trata-se de uma organização social dirigida ao “bem comum”. A ideia principal compreende a existência de uma *comunidade* como concentração dos interesses dos indivíduos. Uma ordem normativa programada é desenvolvida e, como consequência, o direito penal se torna uma área de licitude condicionada.

Essa ordem normativa artificial se articula por meio de normas técnicas de organização, que proíbem ou ordenam condutas com o objetivo de proteger o *bem comum*, e não para a tutela de bens.⁸⁵

Essa ordem artificial de disciplina administrativa, cuja observância é tutelada pelo direito penal, forma-se e funciona por meio de processos de negociação que se realizam na intersecção entre o público e o privado. Percebe-se, então, nesse procedimento, a perda de força por parte da autoridade estatal, sendo que suas decisões necessariamente devem passar pela tratativa com grupos privados.⁸⁶

Assim, o bem monopolizado pelo Estado se torna seu próprio fim. Esse bem-fim se torna um continente no qual podem ser introduzidos arbitrariamente conteúdos contingentes, politicamente determinados, vez que as decisões

⁸⁴ SGUBBI, Filippo. *El delito como riesgo social. Investigación sobre las opciones en la asignación de la ilegalidad penal*. Buenos Aires: Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, s/d. p. 77

⁸⁵ SGUBBI, Filippo. *El delito como riesgo social. Investigación sobre las opciones en la asignación de la ilegalidad penal*. Buenos Aires: Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, s/d. p. 78

⁸⁶ SGUBBI, Filippo. *El delito como riesgo social. Investigación sobre las opciones en la asignación de la ilegalidad penal*. Buenos Aires: Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, s/d. p. 78

sobre o como atingir referido fim são tomadas através de trocas políticas.⁸⁷

Dessa forma, a determinação de normas de organização, técnicas e administrativas, transforma-se em algo a ser negociado entre o Estado e grupos privados, sendo que o fruto da negociação consiste em determinar o limite entre ações lícitas e ilícitas.⁸⁸

Nesse contexto neocontratualista se desenvolve a atividade de distribuição das penalidades: cada grupo busca para si a maior parte desse recurso público e o utiliza em detrimento de outros grupos. Assim, quando o recurso público é a legislação penal, cada grupo quer para si a maior parte de imunidade. Após negociações com o Estado, por intercâmbio político, o grupo detentor desse recurso público (legislação penal) o utiliza de forma que as atividades realizadas pelo seu próprio grupo sejam simplificadas e facilitadas, atribuindo-se aos grupos concorrentes o maior número de condicionantes para o desenvolvimento de suas atividades, sendo que o descumprimento às condições impostas pela legislação determinam responsabilidade penal. Em outras palavras: nesse modelo neocorporativo cada grupo busca que as atividades realizadas por outros grupos sejam organizadas de forma mais complicada e onerosa, de forma a determinar a maior parte de deveres e responsabilidades para outros grupos.⁸⁹

Em matéria de Direito Penal Ambiental, mais uma vez se percebe a atuação dos empresários morais. Na década de 80 se observa com facilidade a

⁸⁷ Nesse sentido, ALBRECHT, Peter-Alexis. El derecho penal en la intervención de la política populista. In VV.AA *La insostenible situación del derecho penal*. Granada: Comares, 2000.

⁸⁸ SGUBBI, Filippo. *El delito como riesgo social. Investigación sobre las opciones en la asignación de la ilegalidad penal*. Buenos Aires: Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, s/d. p. 78

⁸⁹ SGUBBI, Filippo. *El delito como riesgo social. Investigación sobre las opciones en la asignación de la ilegalidad penal*. Buenos Aires: Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, s/d. p. 79

forma como movimentos ditos progressistas recorrem ao direito penal, agora pugnando pela sua utilização meramente simbólica, já que reconhecem que sua função instrumental de proteção de bens jurídicos é um fracasso. Grupos de ecologistas reclamam a criação de novos tipos penais e a aplicação dos já existentes, com a finalidade de proteger o meio ambiente. Sebastian Scherer denomina tais grupos de *empresários morais*, porque estes novos movimentos colocam suas demandas como se fossem uma questão moral que deve ser resolvida por meio de formulação de uma regra geral que reflita suas convicções, e não se mostram interessados com os meios a serem utilizados para atingir seus objetivos, desde que sejam justos. Dessa forma, defendem a utilização do direito penal para atingir seus fins.⁹⁰

Notam-se tipos penais que proíbem determinadas ações lesivas (ou que colocam em risco real ou presumido) ao meio ambiente, desde que não realizadas com autorização da autoridade administrativa. Aqui se apresentam alguns problemas.

No direito penal econômico é comum a utilização da técnica de remissão a atos administrativos concretos. Desde um ponto de vista dogmático, Terradillos apresenta alguns inconvenientes: primeiro, o direito penal perde sua função de selecionar e hierarquizar os bens jurídicos; segundo, enfraquece a função de prevenção geral positiva; terceiro, também se enfraquece o princípio da legalidade, pois são conferidas atividades legislativas à autoridade administrativa; por fim, ignora-se o princípio de lesividade, pois o núcleo da

⁹⁰ SCHEERER, *apud*, LARRAURI, Elena. *La herencia de la criminología crítica*. 2. ed., Madrid: Siglo Vintiuno de España Editores, 1992. p. 217-218

conduta proibida se identifica com a mera desobediência.⁹¹

E o mais importante: coloca-se em dúvida a capacidade instrumental desse ramo do direito penal quando se percebe que *as grandes lesões ao meio ambiente são realizadas dentro da legalidade*. As autorizações administrativas são atos não vinculados à legislação, mas sim discricionários, sujeitos aos pressupostos de oportunidade e conveniência da administração pública, com isso permitindo a influência política das grandes corporações na concessão de referidas autorizações de exploração. Quanto aos licenciamentos, que são atos da administração vinculados à lei, em concorrência com os empresários morais atípicos (grupos de ecologistas), que pugnam por maior rigor nos requisitos para a concessão dos licenciamentos, estão as grandes corporações fazendo lobby no Congresso Nacional para deliberar sobre os requisitos para a concessão do direito de explorar a natureza dentro da legalidade. Além disso, é de se lembrar que a legislação ambiental autoriza que o relatório de impacto ambiental (RIMA) seja elaborado pelas próprias pessoas jurídicas interessadas no conteúdo de tais relatórios. Mais que isso, a imensa cifra oculta da criminalidade nesse subsistema penal provoca uma redução na intensidade dos efeitos da pena de prevenção geral negativa e prevenção geral positiva: se a regra é a não punição dos comportamentos proibidos pela norma penal, não há razão para os cidadãos se sentirem intimidados pela pena criminal.

Além disso, o que se verifica é uma permanente desconfiança da população em relação ao direito penal, vez que a seletividade estrutural do sistema penal é de notório saber da população, mesmo das mais desavisadas

⁹¹ HASSEMER, Winfried. *Crítica al derecho penal de hoy*. Buenos Aires: Ad-hoc, 1998. p. 16-17; TERRADILLOS BASOCO, Juan María. *Empresa y derecho penal*. Buenos Aires: Ad-hoc, 2001. p. 112-113

e influenciadas pelos empresários morais;

No Direito Penal Ambiental alguns tipos não possuem bem jurídico protegido, o que faz a ciência penal caminhar no sentido da concepção dualista em matéria de bem jurídico⁹², que permite uma adequação da dogmática penal à legislação, como ocorreu quando, no início do século XIX, Birbaum propôs o conceito de bem jurídico como superação da ideia de *lesão de direito subjetivo* como elemento caracterizador do delito.⁹³ Até mesmo se verificam propostas de abandono da definição de crime como lesão de bem jurídico, e surgem ideias como as de *delitos de conduta* (Stratenwerth)⁹⁴, de *estabilização de expectativas normativas* (Jakobs)⁹⁵ ou de *extending principles* (princípios ampliadores do poder punitivo, utilizados principalmente para a busca de legitimação para o direito penal em delitos de simples atividade carentes de bem jurídico).⁹⁶

Outra característica da ciência penal contemporânea é a de aceitar de forma acrítica a utilização de tipos de perigo abstrato. Kuhlen utiliza argumentos como o de que os delitos de perigo abstrato “estão muito arraigados e são irrenunciáveis na prática”, assim como o de que se não deve

⁹² A crítica à concepção dualista em relação ao bem jurídico será feita em ponto específico do presente trabalho.

⁹³ BIRNBAUM, Johann Michael Franz. *Sobre la necesidad de una lesion de derechos para el concepto de delito*. Montevideo-Buenos Aires: B de F, 2010.

⁹⁴ STRATENWERTH, Günther. Sobre la legitimación de los “delitos de conduta”. In HIRCH, Andrew von; SEELMANN, Kurt; WOHLERS, Wolfgang. *Límites al derecho penal. Principios operativos en la fundamentación del castigo*. Barcelona: Atelier, 2012.

⁹⁵ JAKOBS, Günther. *Derecho Penal: Parte General*. Tradução Joaquim Cuello Contreras e Jose Luis Serrano Gonzales Murillo. 2. Ed., Madrid: Marcial Pons, 2007.

⁹⁶ HEFENDHEL, Roland. De largo aliento: el concepto de bien jurídico. In *La teoría del bien jurídico. Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?* Barcelona/Madrid: Marcial Pons, 2007. p. 46

subestimar a sua utilidade em um mundo cheio de perigos.⁹⁷ Por óbvio, a figura dos crimes de perigo abstrato gera problemas em matéria de nexo de causalidade. Com a utilização dessa espécie de tipos penais provoca-se um progressivo desprezo da necessária vinculação entre conduta e lesão ao bem jurídico tutelado pela norma. Para contornar esse problema, alguns argumentos são desenvolvidos: i) verifica-se um discurso que, cada vez mais, produz uma espiritualização do conceito de bem jurídico. Dessa forma, quanto mais desmaterializado for o bem jurídico, mais fácil afirmar sua lesão; ii) outra figura retórica utilizada para legitimar o direito penal ambiental é a dos *delitos cumulativos (Kumulactiondelikte)*.

Kuhlen desenvolve seus argumentos para explicar “a relação de perigo entre, por exemplo, pequenos vertidos contaminantes nas águas e a catástrofe global”.⁹⁸ Afirma que os delitos de acumulação são “uma rara exceção circunscrita ao âmbito dos delitos contra o meio ambiente”, e que “desempenham um papel muito relevante no Direito vigente e, no que se refere à proteção de bens jurídicos coletivos, ‘são inclusive o verdadeiro tipo penal padrão’.”⁹⁹

Ao se admitir a ideia de delitos cumulativos, está legitimada a possibilidade de se responsabilizar penalmente uma pessoa não só pelo seu

⁹⁷ MÜLLER-TUCKFELD, Jens Christian. *Ensayo para la abolición del Derecho penal del medio ambiente*. In: La insostenible situación del Derecho Penal. Granada: Comares, 2000. p. 511

⁹⁸ MÜLLER-TUCKFELD, Jens Christian. *Ensayo para la abolición del Derecho penal del medio ambiente*. In: La insostenible situación del Derecho Penal. Granada: Comares, 2000. p. 511 Tradução livre de “la relación de peligro entre, por ejemplo, pequeños vertidos contaminantes en las aguas y la catástrofe global.”

⁹⁹ KUHLEN, Lothar. Bienes jurídicos y nuevos tipos de delito. In HIRCH, Andrew von; SEELMANN, Kurt; WOHLERS, Wolfgang. *Límites al derecho penal. Principios operativos en la fundamentación del castigo*. Barcelona: Atelier, 2012. p. 228 Tradução livre de “son una rara excepción circunscrita al ámbito de los delitos contra el medioambiente” (...) “desenpeñan un papel muy relevante en el Derecho vigente y, en lo que respecta a la protección de bienes jurídicos colectivos, son incluso el verdadero tipo penal estándar.”

comportamento, pois, isoladamente, esse é insignificante e, conseqüentemente, deveria resultar impune. Ocorre que, para afirmar a responsabilidade penal, argumenta-se que, se terceiros também praticarem a mesma conduta, por mais que não se verifique unidade de vontade entre essas pessoas, a lesão ao bem jurídico se tornará significativa, podendo, inclusive, comprometer a vida futura no planeta. Trata-se de responsabilidade penal objetiva por possibilidade de comportamentos de terceiros. Uma aberração.¹⁰⁰

Para terminar a crítica sobre o surgimento de novas formas de criminalização, tratar-se-á da questão principal: os desenvolvimentos contemporâneos, quando propõem a expansão do direito penal, por mais bem intencionados que esteja, deixam de fazer uma pergunta que deve ser anterior à pergunta sobre *o que* criminalizar, que é a *por que* criminalizar? É somente analisando se a pena criminal pode cumprir as funções que dela são exigidas é que se pode refletir sobre a necessidade de novas hipóteses de criminalização.

Passando em revista o discurso oficial sobre as teorias da pena, afirma Juarez Cirino dos Santos:

O desestímulo ao crime pela *intimidação* enfrenta dois problemas imediatos: primeiro, degenera em terrorismo estatal (...), porque a prevenção geral *negativa* não possui critério limitador da pena (...); segundo, viola a dignidade humana, porque o condenado é punido como exemplo para influenciar a coletividade, ou seja, aumenta-se o sofrimento de um para influir no comportamento de outros. Mas existem coisas ainda piores – por exemplo, o conceito de prevenção geral *positiva* surge com o advento do *direito penal simbólico*, representado pela criminalização daquelas áreas definidas como *situações sociais problemáticas* (a economia, a ecologia, a genética etc.), em que o Estado não parece interessado em soluções *sociais* reais, mas em soluções *penais* simbólicas: protege *complexos funcionais* – a economia, a

¹⁰⁰ ZAFFARONI, Eugenio Raul; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Manual de Derecho Penal: Parte General*. 2. Ed., Buenos Aires: Ediar, 2008. p. 376 “Se trata de un viejo argumento ridículo: hace doscientos años, cuando Feuerbach necesitó racionalizar la contravención de sodomía, dijo que si todos la practicasen se pondría en peligro la subsistencia de la humanidad. No hay ninguna conducta, por inofensiva que sea, que universalizada no cause un caos: si todos pasásemos el día practicando gimnasia, se paralizaría la producción, de donde no puede deducirse que la practica de gimnasia constituya un peligro para la economía.

ecologia etc. –, nos quais o homem não é o centro de gravidade do direito, mas simples portador de funções jurídico-penais, segundo a tese de BARATTA. Esse direito penal *simbólico* não tem função *instrumental* – não existe para ser efetivo –, apenas função política de criação de *símbolos* ou *imagens* na psicologia do povo, para produzir efeitos de legitimação do poder político e do próprio direito penal. A legitimação do poder político ocorre pela ostentação de *eficiência repressiva*, que garante a lealdade do eleitorado e reproduz o poder – o lastimável apoio de partidos populares a projetos de leis repressivas no Brasil é explicável por sua conversibilidade em votos. A legitimação do direito penal é simbólica, mas também instrumental: é *simbólica* porque *problemas sociais* recebem *soluções penais*, com satisfação meramente retórica à opinião pública; é *instrumental* porque revigora o direito penal como programa *desigual* de controle social *seletivo*, dirigido contra favelas e bairros pobres das periferias urbanas, especialmente contra a força de trabalho marginalizada do mercado, sem função na reprodução do capital e já punida pelas condições de vida.¹⁰¹

Nesse sentido, Herzog reconhece que o direito penal do risco não cria qualquer paz social. Os *riscos do direito penal do risco* consistem em: a) apagar as fronteiras entre o direito penal e o direito de polícia, seguindo uma tendência totalitária; b) afetar a autointegração social, pois o controle social total por meio do direito penal é impossível de implantar, e; c) ameaçar a função de garantia do direito penal. Por isso, deve-se deixar de lado o direito penal do risco, por óbvio sem esquecer os riscos da sociedade contemporânea.¹⁰²

A superação dos problemas contemporâneos deve desenvolver a capacidade criativa da sociedade. E para isso a manutenção do direito penal como *ultima ratio* e o desenvolvimento de instrumentos de controle social para além do direito penal são fundamentais.

¹⁰¹ CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *Novas hipóteses de criminalização*. Artigo consultado no sítio http://icpc.org.br/wp-content/uploads/2013/01/novas_hipoteses_criminalizacao.pdf, p. 4-5

¹⁰² HERZOG, Felix. *Algunos riesgos del derecho penal del riesgo*. In *Revista Penal*, n. 4, 1.999. p. 57

1.2.1.2 Estado duplo e direito penal do inimigo

Embora o *topos* direito penal do inimigo seja um dos temas mais debatidos na ciência penal contemporânea, apenas aparecerá no presente trabalho como uma manifestação da política criminal nas sociedades capitalistas organizadas em torno de um modelo econômico neoliberal.

Portanto, o que se quer é demonstrar que a tão mencionada relação entre o direito penal do inimigo e a categoria “estado de exceção”, desenvolvida por Agambem, parece um pouco exagerada.¹⁰³

Ademais, por meio do estudo de Juarez Cirino dos Santos¹⁰⁴, o que se busca é apresentar uma crítica materialista ao discurso do direito penal do inimigo, o que não é comum em outros estudos.

Apenas uma escolha, que decorre das influências sofridas durante o estudo da política criminal.

a) Introdução: as conferências de Jakobs

Em maio de 1.985, no “Congresso de Penalistas Alemães”, ocorrido em Frankfurt am Main, pela primeira vez o Professor Günther Jakobs utilizou a expressão *Feindstrafrecht* (Direito penal do inimigo). Nessa oportunidade, de forma crítica, demonstrava o perigo que podia representar esse direito penal que, cada vez mais, sancionava condutas que se realizavam em um estágio prévio à lesão ou perigo para o bem jurídico. Isso representava uma ameaça

¹⁰³ SCHEERER, Sebastian. Além do direito penal do inimigo – ou: o que vem após o estado de direito? In BOZZA, Fábio; ZÍLIO, Jacson (org.) *Estudos críticos sobre o sistema penal. Homenagem ao Professor Doutor Juarez Cirino dos Santos por seu 70º aniversário*. Curitiba: LedZe, 2012. p. 539

¹⁰⁴ CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *O direito penal do inimigo – ou o discurso do direito penal desigual*. Artigo encontrado em www.icpc.org.br/artigos, consultado em agosto de 2012.

para as liberdades individuais. Afirmava que o direito penal representava as “ataduras” que colocavam limite ao exercício ilimitado do poder punitivo. E que “as ataduras são constitutivas para o Estado de liberdades; quem as desata abandona tal modelo de Estado”.¹⁰⁵

Naquela ocasião Jakobs não suspeitava o debate político que o tema “direito penal do inimigo” iria desencadear nos anos seguintes. Principalmente pelo fato de que, em trabalhos posteriores, em vez de se demonstrar crítico a tal fenômeno, iria aprovar e legitimar sua existência.

Em outubro de 1.999, no Congresso de Berlin, de forma diversa do que afirmava em seu trabalho de 1.985, Jakobs reconhecia a necessidade de um “direito penal do inimigo”, como outra classe de direito penal que, mesmo desagradável, seria inevitável. A essa classe de direito penal deveria recorrer a sociedade para assegurar a manutenção da segurança cognitiva frente àqueles que, de forma permanente, se mantêm afastados do sistema social e o atacam. Não apenas a antecipação da tutela penal para condutas anteriores à lesão ou exposição do bem jurídico a perigo seria a sua característica: penas desproporcionais e violação de princípios penais, assim como o desrespeito às garantias processuais seriam as características do “direito penal do inimigo”.¹⁰⁶

A transição de uma descrição crítica do “direito penal do inimigo” - como algo incompatível com o Estado de liberdades, e que somente seria admissível excepcionalmente - à legitimação desse modelo de direito penal verifica-se em outros trabalhos de Jakobs, após sua exposição em Berlin.

¹⁰⁵ JAKOBS, Günther. *Criminalización en el estadio previo a la lesión de un bien jurídico*. In Estudios de derecho penal. Madrid: Civitas, 1997. p. 322 Tradução livre de “las ataduras son constitutivas para el Estado de libertades; quien las desata, abandona tal modelo de Estado.”

¹⁰⁶ JAKOBS, Günther. *La autocomposición de la Ciencia del Derecho penal ante los desafíos del presente*. In La Ciencia del Derecho penal ante el nuevo milênio. Valencia: Tirant lo Blanch, 2004.

Nesse mesmo Congresso de Berlin surgiram as primeiras críticas à tese de Jakobs. Albin Eser¹⁰⁷, na sua conferência de encerramento, e Schulz e Schünemann, em seus comentários ao Congresso, chamaram a atenção para o perigo que a admissão da tese de Jakobs representava para o Estado de Direito e para um pensamento liberal, humano e democrático do Direito penal.¹⁰⁸ Em seguida, com profundo refinamento teórico, e com firme postura política na defesa de um Estado Democrático, vieram as críticas de Francisco Muñoz Conde.¹⁰⁹

E é nesse contexto de debate acadêmico sobre os fundamentos jurídicos e políticos do Direito penal do inimigo que Jakobs, em 2003, publica seu mais conhecido trabalho sobre o tema, com o título “*Direito penal do cidadão e Direito penal do inimigo*”.¹¹⁰ Nesse momento deixa de simplesmente descrever um estado de coisas, e passa a aprovar o Direito penal do inimigo como algo necessário e inevitável.

b) O conteúdo da teoria do Direito penal do inimigo e suas críticas

Jakobs é um penalista que acredita na pena criminal como instrumento de prevenção da criminalidade. Depois do reconhecido fracasso da prevenção especial positiva como meio de ressocialização do condenado, o professor da

¹⁰⁷ ESER, Albin. Consideraciones finales. In ESER, Albin; HASSEMER, Winfried; BURKHARDT, Björn. *La ciencia del derecho penal ante el Nuevo milenio*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2004. p. 471 e ss

¹⁰⁸ Os textos de onde se retiram referidas críticas encontram-se na coletânea organizada por MUÑOZ CONDE, Francisco (org.). *La Ciencia del Derecho penal ante el nuevo milênio*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2004.

¹⁰⁹ MUÑOZ CONDE, Francisco. *De nuevo sobre el “Derecho penal del inimigo”*. 2. ed., Buenos Aires: Hammurabi, 2008.

¹¹⁰ JAKOBS, Derecho penal del ciudadano y Derecho penal del enemigo. In JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. *Derecho penal del enemigo*. Madrid: Civitas, 2003.

Universidade de Bonn, para legitimar a pena criminal, desenvolveu o discurso da *prevenção geral positiva*. Agora a pena funciona como estabilização das expectativas normativas.¹¹¹

Em síntese, a ideia é a seguinte: o crime seria a negação da validade da norma, como padrão de orientação de expectativas de comportamentos, e a pena seria uma reação contrafática munida do simbólico significado de afirmação da validade da norma violada pela prática do crime. Afirma o autor:

Uma infração normativa é, portanto, uma desautorização da norma. Esta desautorização dá lugar a um conflito social na medida em que põe em causa a norma como modelo de orientação. (...) A pena significa algo, é dizer, que a significação do comportamento infrator não é determinante e que o determinante continua sendo a norma. Demonstra-se assim que o autor não se organizou corretamente (...). Esta réplica ante a infração da norma, executada ao custo de seu infrator, é a pena.¹¹²

Dessa forma, tanto o fato como a coação penal são entendidos como meios de interação simbólica, e o autor é levado a sério como pessoa, pois se fosse incompetente, não seria necessário contradizer seu fato por meio da pena.¹¹³

O conceito de “Direito penal do inimigo” se vincula diretamente à finalidade que o próprio Jakobs atribui à pena. Nesse sentido, a distinção entre um “Direito penal do cidadão” e um “Direito penal do inimigo” se relaciona à diferença entre o *reestabelecimento da vigência da norma como função da*

¹¹¹ JAKOBS, *Derecho Penal. Parte General*. Madrid: Marcial Pons, 1997. p. 13

¹¹² JAKOBS, *Derecho Penal. Parte General*. Madrid: Marcial Pons, 1997. p. 13 Tradução livre de “Una infracción normativa es, por tanto, una desautorización de la norma. Esta desautorización da lugar a un conflicto social en la medida en que se pone en tela de juicio la norma como modelo de orientación. (...) la pena significa algo, es decir, que la significación del comportamiento infractor no es determinante y que lo determinante sigue siendo la norma. Se demuestra así que el autor no se há organizado correctamente (...). *Esta réplica ante la infracción de la norma, ejecutada a costa de su infractor, es la pena.*” (itálico no original)

¹¹³ JAKOBS, *Derecho penal del ciudadano y Derecho penal del enemigo*. In JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. *Derecho penal del enemigo*. Madrid: Civitas, 2003. p. 23

pena para o “Direito penal do cidadão”, e a *eliminação de perigos futuros*, como função da medida de custódia no “Direito penal do inimigo”.

Somado ao que acima se afirmou, Jakobs realiza a distinção entre “*pessoa*”, entidade titular de direitos e deveres capaz de emitir atos com significado na sociedade, e “*inimigo*”, indivíduo que representa uma simples fonte de perigo contra o qual a sociedade deve se defender. Somente a “*pessoa*” deveria ser tratada pelo “Direito penal do cidadão”. Apenas contra a “*pessoa*” é possível aplicar uma pena com o fim de reestabelecer a vigência da norma. O tratamento de alguém como “*pessoa*” implica que esta não pode ser mediatizada para o fim de servir de exemplo aos potenciais criminosos, tampouco uma “*pessoa*” pode ser tratada como uma fonte de perigo contra a qual se deve defender, razão pela qual se nega o possível efeito preventivo-especial da pena.

Por outro lado, em relação ao “*inimigo*” altera-se radicalmente a finalidade da pena: trata-se de “tirar de circulação” o delinquente que representa perigo futuro. Para Jakobs, “quem não presta segurança cognitiva suficiente de um comportamento pessoal, não apenas não pode esperar ser tratado ainda como pessoa, como o Estado não ‘deve’ tratá-lo como pessoa, já que do contrário vulneraria o direito à segurança das demais pessoas.”¹¹⁴

Outro ponto a ser considerado no pensamento sobre o “Direito penal do inimigo” é a relação entre juridicidade e efetividade. Sobre esse ponto entende o autor que a pena aplicada juridicamente implica limitações fáticas (de eficiência) que uma sociedade consciente dos seus riscos não admite. Daí a necessidade de um constante balanceamento entre juridicidade e efetividade.

¹¹⁴ JAKOBS, *Derecho penal del ciudadano y Derecho penal del enemigo*. In JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. *Derecho penal del enemigo*. Madrid: Civitas, 2003. p. 47

Para Jakobs, “a incompatibilidade entre juridicidade e efetividade ótimas constitui o problema central do direito penal (não apenas) moderno...”.¹¹⁵ Assim, desde essa forma de pensar, diante de determinados fenômenos que requerem a efetividade da reação penal, seria legítimo que a reação penal se afastasse da juridicidade da pena. Essa eficácia seria necessária para evitar a destruição do ordenamento jurídico. Nas palavras do autor: “Os inimigos são indivíduos aos que há que impedir, mediante coação, que destruam o ordenamento jurídico”.¹¹⁶

Ao assumir a distinção entre criminosos cidadãos e criminosos inimigos, Jakobs atribui natureza descritiva (e não normativa) ao conceito de inimigo, que “designaria uma realidade ontológica do ser social identificável por *diagnósticos* de personalidade e objeto de *prognósticos* de criminalidade futura”.¹¹⁷

Ao comentar criticamente o mais recente texto de Jakobs sobre o tema, Juarez Cirino dos Santos indica as definições fornecidas pelo Professor de Bonn:

O cidadão é autor de crimes normais, que preserva uma atitude de fidelidade jurídica intrínseca, uma base subjetiva real capaz de manter as expectativas normativas da comunidade, conservando a qualidade de pessoa portadora de direitos, porque não desafia o sistema social. (...) O inimigo é autor de crimes de alta traição, que assume uma atitude de insubordinação jurídica intrínseca, uma base subjetiva real capaz de produzir um estado de guerra contra a sociedade, com a permanente frustração das expectativas normativas da comunidade, perdendo a qualidade de pessoa

¹¹⁵ JAKOBS, Günther. *La ciencia del Derecho penal ante las exigencia del presente*. Tradução de Manso Porto. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2000. p. 27 e ss. Tradução livre: “a incompatibilidade entre juridicidade e efetividade ótimas constitui o problema central do direito penal (não apenas) moderno.”

¹¹⁶ JAKOBS, *Derecho penal del ciudadano y Derecho penal del enemigo*. In JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. *Derecho penal del enemigo*. Madrid: Civitas, 2003. p. 47 Tradução livre: “os inimigos são indivíduos aos que há que impedir, mediante coação, que destruam o ordenamento jurídico”.

¹¹⁷ CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *O direito penal do inimigo – ou o discurso do direito penal desigual*. Artigo encontrado em www.icpc.org.br/artigos, consultado em agosto de 2012. p. 5

portadora de direitos, porque desafia o sistema social.¹¹⁸

Em síntese, a dicotomia “Direito penal do cidadão” e “Direito penal do inimigo” está sustentada na oposição *pessoa-vigência da norma-juridicidade da pena e inimigo-combate a perigos futuros-efetividade da pena*. A função do Direito penal deve variar conforme se refira a uma “pessoa” (cidadão) ou a um inimigo.

c) Modelos de compreensão do poder nos Estados contemporâneos

Em seu trabalho sobre o Direito penal do inimigo, Juarez Cirino dos Santos aponta algumas críticas fundamentais, que, ao final, indicam a necessidade de se pensar o modelo de Estado em que vivemos. São elas:

1. O Direito penal do inimigo, que se fundamenta na ideia de imutabilidade de posturas, atitudes e ações ofensivas ao direito; de certo modo, repete o equívoco, flagelado por Marx em suas observações sobre a chamada acumulação primitiva, de não reconhecer o comportamento coletivo como fenômeno social e produto de relações comunitárias (por exemplo, de não compreender a origem de numerosos vagabundos, que se alimentam por meio de furto, como resultado dos cercamentos de áreas outrora livres como pasto), mas de atribuí-lo a uma tendência maligna dos indivíduos para o comportamento criminoso;
2. A teoria de Jakobs não observa que, ao lado das funções preventivas oficiais declaradas da pena, verificam-se ainda as suas funções latentes (reais), dentre as quais, entre outras, está a manutenção das desigualdades sociais;

¹¹⁸ CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *O direito penal do inimigo – ou o discurso do direito penal desigual*. Artigo encontrado em www.icpc.org.br/artigos, consultado em agosto de 2012. p. 5

3. A teoria do Direito penal do inimigo se desenvolve em um universo teórico artificialmente fechado, no qual não se reflete sobre as relações do direito penal e da teoria da pena com a política e com as relações econômicas. Referida teoria ignora a descoberta de Rusche e Kirchheimer de que cada modo de produção tende a descobrir o sistema penal que lhe corresponde, da melhor forma, às suas relações e necessidades econômicas;

4. O discurso do Direito penal do inimigo, que disponibiliza uma construção complementar para a estabilização de expectativas normativas por meio da pena, consistente na eliminação antecipada de perigos por meio da neutralização de inimigos, não abandona a tradicional função do discurso jurídico, que seria a de garantia das desigualdades sociais. No entanto, apresenta uma diferença fundamental: “a *forma igual* do Direito Penal do cidadão *garante* as desigualdades sociais, a *forma desigual* do Direito Penal do inimigo *amplia* as desigualdades sociais garantidas.”

5. Como o terrorismo é o caso paradigmático para legitimar e fundamentar o Direito penal do inimigo, verifica-se que tal teoria ignora conhecimentos da criminologia moderna no sentido de que se deve enfrentar o problema do terrorismo com métodos diferentes do da criminalização. A criminalização do terrorismo deixa de colocar esse problema como questão política, e com isso se impede soluções mais adequadas como negociações e mediações internacionais (Albrecht). Assim, é possível afirmar que o Direito penal do inimigo transforma, de forma manipuladora, um aspecto dos conflitos político-econômicos globais em um problema de manutenção da ordem diante de bárbaros do terceiro mundo, e com isso se permite a aniquilação de

populações com métodos violentos, violadores da dignidade humana.¹¹⁹

Nas palavras de Juarez Cirino dos Santos: “assim como o terrorismo é a guerra de grupos de indivíduos contra o poder do Estado – por exemplo, Al Qaeda contra EUA –, a guerra é o terrorismo do Estado contra comunidades indefesas – por exemplo, EUA contra o povo do Iraque.”¹²⁰

No Direito penal do inimigo substitui-se a igualdade perante a lei pela desigualdade diante da lei. Num esquema maniqueísta (em que o cidadão respeitador das normas representa o bem, e o inimigo o mal), as reais diferenças decorrentes das relações de poder são obscurecidas e o rótulo de mal é atribuído aos dominados, que não devem ser tratados com as garantias do Direito penal do cidadão, pois as ameaças possuem origem neles. Um processo penal com respeito aos direitos e garantias fundamentais torna-se um bem escasso. Dependendo da rotulação atribuída ao sujeito (cidadão ou inimigo), os direitos e garantias serão ou não concedidos. Ainda que a diferenciação abstrata esteja na lei, serão as preferências idiossincráticas dos agentes de controle social (especialmente da polícia) que decidem sobre a concessão ou não dos direitos e garantias fundamentais. Dessa forma, verifica-se o deslocamento do Estado de Direito ao Estado de Polícia.¹²¹

Zaffaroni constata que a realização do direito penal do inimigo abre espaço à expansão do Estado de Polícia ao permitir práticas ilegais (invasões

¹¹⁹ CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *O direito penal do inimigo – ou o discurso do direito penal desigual*. Artigo encontrado em www.icpc.org.br/artigos, consultado em agosto de 2012. p. 16 e ss

¹²⁰ CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *O direito penal do inimigo – ou o discurso do direito penal desigual*. Artigo encontrado em www.icpc.org.br/artigos, consultado em agosto de 2012. p. 18

¹²¹ CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *O direito penal do inimigo – ou o discurso do direito penal desigual*. Artigo encontrado em www.icpc.org.br/artigos, consultado em agosto de 2012. p. 16 e ss

de domicílio, revistas em pessoas, carros e casas, violações ao direito ao sigilo das comunicações, detenções por suspeita) não apenas contra *suspeitos de terrorismo*. Reconhece que “será impossível evitar que as agências policiais utilizem estas faculdades cada vez que o julgarem conveniente, bastando-lhe que o fazem por *suspeita de terrorismo* e que, por acaso, acharam cigarros de maconha, dinheiro não declarado ou uma carteira roubada”.¹²² Ademais, referidas práticas seriam terreno fértil para a corrupção, pois parte das agências policiais “declararão ter encontrado essas coisas *por acaso*, sempre que não tiverem chegado a um acordo extorsivo com o infrator”.¹²³

Com a última afirmação de seu artigo (a de que, com o Direito penal do inimigo “o Estado Democrático de Direito está sendo deslocado pelo estado policial”), Juarez Cirino dos Santos levanta a questão que deve ser trabalhada em qualquer discussão sobre o Direito penal do inimigo.

Nas críticas à proposta do Direito penal do inimigo, lugar comum é demonstrar o perigo que tal proposta representa ao modelo de Estado de Direito. Sebastian Scheerer indica que há uma questão ainda mais importante a ser respondida, que é a seguinte: em que forma de Estado vivemos hoje? A partir dessa questão, outras se tornam também importantes: a) O Direito penal do inimigo deve ser entendido como uma nota marginal em nosso Estado, que deixa todo o resto intocado? b) Ou o Estado de Direito está ameaçado em sua existência? c) Ou apenas resta uma aparência de Estado de direito e nós já

¹²² ZAFFARONI, Eugenio Raul. *O inimigo no direito penal*. Tradução de Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, 2007. p. 119

¹²³ ZAFFARONI, Eugenio Raul. *O inimigo no direito penal*. Tradução de Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, 2007. p. 119

vivemos há tempo em um modelo de Estado inteiramente diferente?¹²⁴

Para cada uma destas hipóteses há argumentos e provas.

Entendendo que o Direito penal do inimigo é uma nota marginal em nosso Estado, e que todo o resto fica intocado, está a aparência do cotidiano do sistema de justiça criminal. De acordo com essa forma de pensar, vivemos em uma normalidade modificada pontualmente, tendo em vista que o combate ao terrorismo e a outras ameaças globais (como o chamado crime organizado) aponta na direção de alguns elementos do estado de polícia. Mas ainda assim, em regra, funciona a normalidade do Estado de direito que continua, em princípio, valendo e funcionando.

Por mais que esta forma de pensar corresponda aos interesses das classes dominantes, por esse único motivo não a torna sem credibilidade, ainda mais pelo fato de que quase todos os cidadãos podem se convencer, diariamente, que não apenas o seu cotidiano, mas também o da polícia e da justiça criminal, continua funcionando normalmente. Imagina-se que quase tudo continua funcionando como sempre, e conforme as prescrições legais. Além disso, acredita-se que, em situações excepcionais, também se pode chegar a regulamentações e práticas excepcionais, e que isso não apresenta o significado de que, por isso, já se poderia falar em decadência do Estado de direito.¹²⁵

Pensando que, com o Direito penal do inimigo, o Estado de direito está

¹²⁴ SCHEERER, Sebastian. Além do direito penal do inimigo – ou: o que vem após o estado de direito? In BOZZA, Fábio; ZÍLIO, Jacson (org.) *Estudos críticos sobre o sistema penal. Homenagem ao Professor Doutor Juarez Cirino dos Santos por seu 70º aniversário*. Curitiba: LedZe, 2012. p. 536

¹²⁵ SCHEERER, Sebastian. Além do direito penal do inimigo – ou: o que vem após o estado de direito? In BOZZA, Fábio; ZÍLIO, Jacson (org.) *Estudos críticos sobre o sistema penal. Homenagem ao Professor Doutor Juarez Cirino dos Santos por seu 70º aniversário*. Curitiba: LedZe, 2012. p. 536

ameaçado em sua existência está a experiência de que o aniquilamento de “inimigos” não prova, necessariamente, uma modificação no sentimento de vida ou na rotina da população, e que a suspensão do Estado de direito é mais eficaz quanto menor for a percepção dessa suspensão no cotidiano. Dessa forma, a maioria dos teóricos entende o Direito penal do inimigo como ameaça aos princípios do Estado de direito.

Heribert Prantl vê no direito penal do inimigo a exclusão de pessoas do direito, e com isto uma regressão aos tempos antes do iluminismo, da democracia e do estado de direito: Afirma:

O direito penal do inimigo é a retirada de todas as garantias jurídicas que foram dadas ao homem desde o ato-habeas-corpus de 1679, desde a famosa lei inglesa para a proteção da liberdade pessoal. Quando o estado não trata mais de acordo com o direito as pessoas que se desviaram do direito, ele não é mais um estado de direito. Então ele morre da sua suposta defesa (...). Um direito penal do inimigo não é portanto o salvador da sociedade livre, mas sua decadência. Não é um amigo da sociedade de cidadãos, mas seu inimigo.¹²⁶

O que interessa destacar nessa hipótese é que o Direito penal do inimigo não é descrito como fato acabado e a decadência do Estado de direito como fato político já ocorrido, mas apresenta tal fenômeno apenas como risco ao Estado de direito.

Para a terceira hipótese (a de que apenas resta uma aparência de Estado de direito e nós já vivemos há tempo em um modelo de Estado inteiramente diferente), que é defendida por Juarez Cirino dos Santos, ao se reconhecer a existência do Direito penal do inimigo, não mais se pode falar que vivemos em um Estado de direito. Seria muito mais adequado trabalhar com o

¹²⁶ PRANTL, Heribert. *Der Terrorist als Gesetzgeber. Wie man mit Angst Politik macht*. München: Droemer, 2008. p. 166, *apud*, SCHEERER, Sebastian. Além do direito penal do inimigo – ou: o que vem após o estado de direito? In BOZZA, Fábio; ZÍLIO, Jacson (org.) *Estudos críticos sobre o sistema penal. Homenagem ao Professor Doutor Juarez Cirino dos Santos por seu 70º aniversário*. Curitiba: LedZe, 2012. p. 537

conceito de Estado de polícia, que demonstra a transformação das relações de poder e identifica a relação entre a redução dos direitos dos cidadãos e o aumento da arbitrariedade estatal.¹²⁷

No entanto, no entendimento de Sebastian Scheerer, com o qual concordamos, “do ponto de vista da ciência política e social, o conceito do estado de polícia é comparativamente amorfo e necessitaria de uma contextualização teórica”. Assim, para pensar o Direito penal do inimigo poderiam ser utilizadas duas categorias conceituais: a de “Estado de exceção”, de Agamben, junto com o *topos* da “polícia soberana”, e a categoria, menos conhecida, “Estado duplo”, de Fraenkel.¹²⁸

c.1) O “Estado de Exceção” de Agamben

Enquanto para os penalistas críticos do Direito penal do inimigo o perigo para o Estado de direito é algo futuro, e a sua decadência representa apenas uma ameaça, para Agamben a desgraça está feita: o Estado de direito é passado, e vivemos hoje em um “Estado de exceção”. No Estado de exceção, a vida é arrancada de suas ancoragens jurídicas: através da biopolítica, a pessoa se torna vida nua. A superfície protetora da vida, no passado jurídica, torna-se o regime arbitrário do campo. O que caracteriza a nossa época não é mais o Estado de direito, mas Guantánamo. O resto é aparência.¹²⁹

¹²⁷ SCHEERER, Sebastian. Além do direito penal do inimigo – ou: o que vem após o estado de direito? In BOZZA, Fábio; ZÍLIO, Jacson (org.) *Estudos críticos sobre o sistema penal. Homenagem ao Professor Doutor Juarez Cirino dos Santos por seu 70º aniversário*. Curitiba: LedZe, 2012. p. 537

¹²⁸ SCHEERER, Sebastian. Além do direito penal do inimigo – ou: o que vem após o estado de direito? In BOZZA, Fábio; ZÍLIO, Jacson (org.) *Estudos críticos sobre o sistema penal. Homenagem ao Professor Doutor Juarez Cirino dos Santos por seu 70º aniversário*. Curitiba: LedZe, 2012. p. 537

¹²⁹ AGAMBEN, Giorgio. *Estado de exceção*. São Paulo: Boitempo, 2004. p. 14 e ss

O mundo se transforma numa “zona da indistinguibilidade entre poder e direito”, na qual o governo pelo Poder Executivo não encontra limites. Em um trabalho em que se refere à atividade da polícia (Sovereign Police), Agamben afirma que, da mesma forma como o poder se torna direito e o direito se torna poder, o soberano se torna polícia e a polícia se torna soberano. Qualquer pessoa pode ser rotulada como “inimigo”, e cada inimigo pode ser excluído semanticamente da humanidade civilizada – e “de acordo com isto, torna-se admissível eliminá-lo em uma ‘operação policial’, na qual não existe nenhum dever para o respeito de qualquer norma jurídica”¹³⁰

Apesar de sua impressionante erudição, como se sabe, o diagnóstico de Agamben foi bastante criticado. Ainda assim sua tese sobre o Estado de exceção muito me agrada, por uma única razão: porque Agamben não reconhece unicamente perigo para o Estado de direito. Por meio de fragmentados exemplos da realidade atual ele tenta descrever os contornos daquilo que hoje já é prática política, que está para além do Estado de direito, e escapa de qualquer qualificação jurídica comum. Algumas situações se amoldam à categoria Estado de exceção: as operações de unidades-policiais especiais (militares ou paramilitares) contra supostos traficantes de droga na Tailândia, a autolibertação das limitações jurídicas no combate ao terrorismo pelos Estados Unidos da América, e, na verdade, não apenas em Guantánamo, já tratado pelo próprio Agamben, mas também no caso Osama bin Laden, que inicialmente foi tratado como matéria jurídica até que se decidiu eliminar os suspeitos em uma *operação policial* sem processo judicial, assim como a guerra contra o tráfico de entorpecentes por meio das Unidades de

¹³⁰ AGAMBEN, Giorgio. *Surveing police*. In *Means without end notes on politics*. University of Minnesota, 2000. p. 105

Polícia Pacificadora, no Rio de Janeiro e das Unidades Paraná Seguro, em Curitiba. Embora as situações acima indicadas não tenham sido objeto da reflexão de Agambem, pode afirmar que, dentre várias outras, são exemplos de manifestação do Estado de exceção.

No entanto, a experiência de que, em geral, continuam existindo relações jurídicas normais demonstra a impropriedade da tese de Agambem de que Guantánamo (manifestação do Estado de exceção) representaria o estado fundamental da política e do direito. O fim do Estado de direito proclamado por Agambem combina com os exemplos por ele mencionados, e acima indicados, e corresponde especialmente com a experiência daqueles que estão sob o jugo da “polícia soberana” e ao seu arbítrio. Mas sua forma de pensar o poder não lida com o fato que, por outro lado, tudo continua funcionando como sempre, também conforme precisos programas jurídicos. Neste sentido, o diagnóstico catastrófico de Agambem parece exagerado, superdramatizado e não muito apropriado para a resposta à pergunta: em que sociedade nós, na verdade, vivemos.¹³¹

c.2) O “Estado Duplo” de Fraenkel

Levando em consideração a dificuldade geral de categorização das relações de poder atualmente existentes, entendemos que o conceito que discutiu de forma mais apropriada a paradoxal coexistência da *normalidade* e do *Estado de exceção* não recebeu tanta atenção dos teóricos como a categoria desenvolvida por Agambem. Refiro-me ao conceito de “Estado duplo”,

¹³¹ SCHEERER, Sebastian. Além do direito penal do inimigo – ou: o que vem após o estado de direito? In BOZZA, Fábio; ZÍLIO, Jacson (org.) *Estudos críticos sobre o sistema penal. Homenagem ao Professor Doutor Juarez Cirino dos Santos por seu 70º aniversário*. Curitiba: LedZe, 2012. p. 539

pensado por Ernst Fraenkel.¹³² Mencionado autor encontra uma categoria conceitual que, segundo Scheerer, “parece espantosamente atual e cuja utilidade intuitiva para a análise do presente faz ao mesmo tempo soar um agudo sinal de alerta interno.”¹³³ O “Estado duplo” surgiu da necessidade de Ernst Fraenkel de “compreender teoricamente” as experiências que lhe “tinham sido impostas cotidianamente” no nacional-socialismo “para lidar internamente com elas”.¹³⁴ Talvez seja o fato de se tratar de uma categoria para pensar o poder durante o nacional-socialismo, e não o de hoje, que determine a não utilização desse referencial teórico para refletir sobre o Direito penal do inimigo nos estados contemporâneos.¹³⁵

No entanto, óbvio é o potencial teórico que ainda hoje é inerente ao conceito do “Estado duplo”, assim como as graduações sutis que ele permite para a análise das diversas manifestações de governo juridicamente organizado.

O “Estado duplo” vivenciado por Fraenkel caracterizava-se pela coexistência, difícil de compreender, de “vida normal” e “vida no estado de

¹³² FRAENKEL, Ernst. *The dual state: a contribution to the theory of dictatorship*. Clark, New Jersey: The Lawbook Exchange Ltd., 2006 (1941).

¹³³ SCHEERER, Sebastian. Além do direito penal do inimigo – ou: o que vem após o estado de direito? In BOZZA, Fábio; ZÍLIO, Jacson (org.) *Estudos críticos sobre o sistema penal. Homenagem ao Professor Doutor Juarez Cirino dos Santos por seu 70º aniversário*. Curitiba: LedZe, 2012. p. 540

¹³⁴ FRAENKEL, *Gesammelte Schriften*, Bd. 2: Nationalsozialismus und Widerstand, hrsg. von Alexander von Brünneck, Baden-Baden: Nomos, S. 33-266, *apud*, SCHEERER, Sebastian. *Além do direito penal do inimigo – ou: o que vem após o estado de direito?* Tradução de Helena Schiessel Cardoso, 2012. Manuscrito. p. 538

¹³⁵ Além do trabalho de Scheerer, para a análise do Direito penal do inimigo, o trabalho de Fraenkel somente é citado por Luís Greco: “lembrando a idéia do estado duplo, cunhada criticamente por *Ernst Fraenkel* para caracterizar o sistema nacional-socialista: neste funcionaria, de um lado, uma ordem segundo os princípios do estado de direito, que se ocuparia dos problemas que interessam às classes dominantes, enquanto dos inimigos cuidaria uma ordem estatal diversa e sem qualquer restrição.” GRECO, Luís. *Sobre o chamado Direito penal do inimigo*. Revista da Faculdade de Direito de Campos. Ano VI, n. 7, 2005. p. 235

exceção” no interior da mesma estrutura estatal. Por um lado, havia o funcionamento ordinário do judiciário, com suas lides referentes ao direito privado (compra, aluguel e herança), bem como processos penais comuns, com todas as garantias; por outro, havia situações em que o próprio executivo, ignorando o judiciário, regulamentava as coisas por meio de “medidas”. No “estado de normas” a consequência jurídica aplicada para autores de crimes era a prisão ou a casa de correção. Já no “estado de medidas” (*the prerogative state*) as pessoas eram capturadas pela polícia secreta do estado [Geheime Staatspolizei – “Gestapo”] e, em alguns casos, eram torturadas e/ou enviadas por tempo indeterminado em um campo de concentração, sem que se pudesse pensar em proteção jurídica para elas. Os interesses políticos é que determinavam o destino que esperava cada pessoa; não existia uma nítida delimitação jurídica e, provavelmente, também não deveria existir; as pessoas eram mantidas com medo e insegurança, e deveriam saber muito bem que, em princípio, tudo poderia acontecer. Essa era a essência do funcionamento do Estado duplo.¹³⁶

A incerta relação entre o *estado de normas* e o *estado de medidas* foi e é o ponto decisivo. Por mais que no “*estado de normas*” o estado se submetesse às regras por ele mesmo impostas, ainda assim ele não se encontrava em condição de igualdade com o “*estado de medidas*”, como sistema arbitrário não limitado por nenhuma regra jurídica. Era o executivo que determinava *quem* e *em qual situação* estava submetido ao *estado de normas* e quem poderia ser engolido pelo *estado de medidas*. Somente quando o *estado de medidas* não fazia uso de sua competência – somente em

¹³⁶ FRAENKEL, Ernst. *The dual state: a contribution to the theory of dictatorship*. Clark, New Jersey: The Lawbook Exchange Ltd., 2006 (1941). p. 37 e ss

circunstâncias indiferentes ao executivo, é que o “estado de normas” ainda podia funcionar.

Dessa forma, seria equivocado equiparar o “estado de normas” ao “estado de direito”, ou até mesmo pensá-lo como uma forma reduzida do “estado de direito”. Isso porque se verifica uma superioridade do *estado de medidas* em relação ao *estado de normas*. Este era subsidiário em relação àquele. Nas palavras de Staff, “O ordenamento jurídico inteiro do estado duplo está sujeito à disposição das instâncias políticas, que se submetem a nenhuma limitação jurídica, mas apenas a uma autolimitação orientada pelo fim”.¹³⁷

Assim, não se pode pensar no *estado de medidas* como um conjunto caótico de medidas, mas sim como algo que possui diversas regulamentações, mas, por óbvio, são regras que se caracterizam pela ausência de formalidades, e que variam de acordo com os interesses políticos do executivo. Quebra-se a distinção entre direito e política. Afirma Scheerer: “embora as regulamentações não representem mais nenhum direito, tanto as normas quanto as decisões situacionais no estado de medidas permanecem, em um sentido mais amplo, no quadro do jurídico (desnucleado) (aqui Fraenkel encontra Carl Schmitt; Agamben, ao contrário, insiste sob indicação do *iustitium* do direito romano em um “vazio jurídico absoluto” no estado de exceção).”¹³⁸

¹³⁷ STAFF, *apud*, SCHEERER, Sebastian. Além do direito penal do inimigo – ou: o que vem após o estado de direito? In BOZZA, Fábio; ZÍLIO, Jacson (org.) *Estudos críticos sobre o sistema penal. Homenagem ao Professor Doutor Juarez Cirino dos Santos por seu 70º aniversário*. Curitiba: LedZe, 2012. p. 541

¹³⁸ SCHEERER, Sebastian. Além do direito penal do inimigo – ou: o que vem após o estado de direito? In BOZZA, Fábio; ZÍLIO, Jacson (org.) *Estudos críticos sobre o sistema penal. Homenagem ao Professor Doutor Juarez Cirino dos Santos por seu 70º aniversário*. Curitiba: LedZe, 2012. p. 541

d) Considerações finais sobre o direito penal do inimigo

Pelo exposto, é possível afirmar que a categoria mais apropriada para explicar o exercício do poder nos estados contemporâneos é a de “Estado duplo”. Mas se trata, hoje, de algo um pouco mais refinado.

As experiências sofridas por Fraenkel ocorreram num período em que, oficialmente, foi suspensa a ordem jurídica contida na Constituição de Weimer. Hoje a realidade é um pouco pior. Enquanto no “Estado duplo” do período nacional-socialista a violação a direitos fundamentais e, em especial, à dignidade humana, era realizada pelo executivo, hoje, a violação de direitos fundamentais se faz por meio da lei, oriunda do próprio legislativo, que, num Estado de Direito, tem a função de conter o governo do executivo.

Leis penais como as que, em seu discurso oficial, possuem por objetivo a tutela da “sociedade de bem” contra pessoas extremamente perigosas, que representam ameaça ao Estado de Direito, - por exemplo, Lei Antidrogas (com seus tipos penais “fechados” pelo poder executivo, em afronta à regra expressa contida no art. 22, I, da Constituição Federal), Lei de Execução Penal (com tratamentos diferenciados para a progressão de regime conforme se trate de autor de crime hediondo ou não, com previsão de Regime Disciplinar Diferenciado para *suspeitos* de participação em *organização criminosa*), “Lei do abate” (que prevê a possibilidade de derrubada de aeronaves hostis e suspeitas de estarem envolvidas com tráfico de entorpecentes e drogas afins), etc. – são, sem dúvida, manifestações de Direito penal do inimigo.

É de se notar que, por esses instrumentos, não se manifesta o *estado de medidas* por meio do executivo, mas, pior, pelo próprio legislativo. Essa é a ameaça pela qual passamos hoje. Não se trata de ameaça ao Estado de

Direito, que, se é que existiu na história brasileira, há muito se foi. Trata-se de um Estado duplo, em que se destaca a manifestação de um “estado de medidas legisladas” (pelo legislativo).

Mais que isso, esse modelo de política criminal garante o terreno em que o próprio Estado define o seu campo de atuação fora do direito. E não é só: como o mal-estar produzido pelo Estado-duplo não supera o desespero sentido por uma “comunidade de vítimas” (Silva Sanchez), a *segurança* prometida pela política criminal é apoiada pela maioria da população. Verifica-se, com isso, o que Albrecht chama de “populismo penal”.¹³⁹

Mas nada é tão ruim que não possa piorar: ignorando a real existência de um “Estado duplo”, e afirmando vivermos um modelo de Estado Constitucional, como modelo que supera o Estado de Direito (legal), surge uma dogmática jurídica (que se autodenomina de pós-positivista) que reconhece a possibilidade de, no caso de confronto entre direitos fundamentais, ser possível a aplicação do princípio de proporcionalidade para resolução de tal conflito.

Ocorre que toda a confusão entre direitos fundamentais e princípios, o tratamento da ideia de proporcionalidade como princípio, e não como método de interpretação, oferece uma roupagem jurídica a atos de poder extrajurídicos, típicos do *estado de medidas*, dentro do Estado duplo.

Dessa forma, o trabalho do intelectual do presente deve ser crítico, no sentido marxista, de jogar as luzes da razão sobre aquilo que é obscurecido por discursos ideológicos. A luta é longa, e talvez não alcance o resultado planejado. Mas o que importa é que o prazer esteja na luta (talvez mesmo em apanhar na resistência), e não no resultado.

¹³⁹ ALBRECHT, Peter-Alexis. El derecho penal en la intervención de la política populista. In *La insostenible situación del Derecho Penal*. Granada: Comares, 2000. p. 477-478

Por fim, mais do que pensar sobre em qual modelo de estado vivemos hoje, devemos refletir sobre a forma de sociedade em que gostaríamos de viver no futuro. É a esperança de que, para além do Estado de direito, possa existir algo melhor e mais humano do que o “Estado duplo” que deve orientar o trabalho do cientista.

1.2.2 Tendências político-criminais que não guardam relação com a sociedade de risco: justificações teóricas para o superencarceramento

A expansão do direito penal, em termos extensivos, deve-se, em parte, ao modelo de sociedade de risco, como identidade das sociedades contemporâneas.

No entanto, há uma expansão do direito penal, em termos intensivos, ou seja, aumento de penas criminais e retirada de garantias processuais e de direitos no âmbito da execução penal, que se deve a diversos fatores que não guardam relação com o *topos* sociedade de risco.

1.2.2.1 O paradigma epistemológico neoliberal e a impossibilidade de o direito penal funcionar como instrumento de controle da criminalidade

Essa parte do trabalho tem por objetivo demonstrar a impossibilidade de o direito penal funcionar como instrumento de controle da criminalidade em sociedades capitalistas caracterizadas pelo modelo econômico neoliberal.

Para tanto, num primeiro momento, realizar-se-á uma superficial análise histórica sobre as características da política criminal e, conseqüentemente, do direito penal nos estados liberais, totalitários e democráticos de direito. Em seguida, será objeto de análise a transição do modelo ideal "Estado

democrático de direito" para, no neoliberalismo, o de "Estado penal". Por fim, será demonstrado que o neoliberalismo, mais do que um modelo econômico, deve ser entendido como um modelo epistemológico, que determina uma nova forma de pensar os sujeitos, a política em geral, a política criminal e, por consequência, o direito penal.

No entanto, algumas observações são necessárias. Primeiro, não se trata de um trabalho de história do direito, razão pela qual, embora se saiba que todo objeto de análise possui momento histórico e local determinados, serão realizadas afirmações gerais. Segundo, o instrumento metodológico utilizado para analisar a política criminal será o estudo da filosofia e da economia política, de forma que algumas imprecisões históricas serão necessárias para alcançar o objetivo que se quer atingir.

Para o desenvolvimento desta parte do trabalho será realizada uma superficial análise das teorias normativas do direito penal e, em seguida, pensaremos uma breve *economia política da pena*.

a) Teorias normativas do direito penal

Por teorias normativas do direito penal designamos o enfoque da ciência penal e criminológica que privilegia uma reconstrução histórica do sistema penal como *história da ideia de pena*, e não, com instrumental advindo da criminologia marxista, como *economia política da pena*.¹⁴⁰

Toda manifestação do direito penal corresponde a uma determinada orientação política para o tratamento da criminalidade. Às ações políticas orientadas ao controle da delinquência chamamos política criminal; e toda

¹⁴⁰ PAVARINI, Massimo. *Control y dominación: teorías criminológicas burguesas y projeto hegemónico*. Buenos Aires: Siglo XXI, 2002. p. 153

política criminal decorre da política geral do Estado a que corresponde. Dessa forma, é possível afirmar que o direito penal é reflexo da organização econômica e política do estado que o produz.¹⁴¹

Uma análise histórica superficial confirma que a evolução das ideias sobre crime e pena reflete as concepções políticas de cada época. Na Europa medieval o poder político se legitimava pela religião, o que torna coerente uma também justificação religiosa do direito penal. O crime era visto como uma forma de pecado e a pena se justificava como manifestação de justiça correspondente ao castigo de Deus.

Na idade moderna, a fundamentação religiosa se mantém, mas o Estado se transforma em um Estado absoluto no qual o direito penal é utilizado como instrumento de submissão dos súditos ao poder. Se assim são as coisas, ao direito penal não são impostos limites, e à pena se lhe atribui a função de prevenção geral. É a época do "terror penal", contra o qual, no século XVIII, inspirado na nova filosofia política iluminista, se insurgiu Beccaria em seu famoso livro *Dos delitos e das penas*, de 1.764.

Nos Estados Unidos, as primeiras constituições e a luta pela independência, e na Europa, a revolução francesa abriram espaço ao Estado de Direito e, conseqüentemente, ao direito penal moderno. Antes de buscar a prevenção da criminalidade, o estado liberal apresentou como característica o objetivo de limitar o poder punitivo estatal por meio do direito. O direito penal moderno preocupava-se mais com as garantias do acusado do que com a proteção das vítimas. Eram princípios abstratos e ideais, como o de igualdade e liberdade, que serviam como instrumento de limitação jurídica do poder

¹⁴¹ MIR PUIG, Santiago. *Introducción a las bases del derecho penal*. Barcelona: Ariel Derecho, 1994.

punitivo estatal.

Pensadores como Kant e Hegel, coerentemente, apresentaram outro princípio ideal, a exigência de justiça, como fundamento para a pena retributiva, limitando, com isso, qualquer finalidade preventiva para o direito penal. Bentham, na Inglaterra, e Feuerbach, na Alemanha, sustentaram uma função de prevenção geral à pena, mas limitada pelo princípio da legalidade (Feuerbach).

No decorrer do século XIX, junto à implantação das ideias liberais, criam-se as condições que iriam determinar a superação do modelo liberal de estado. Como consequência da industrialização, surgem, nas cidades, movimentos de trabalhadores que reivindicaram a necessidade da substituição de um estado absenteísta por um intervencionista. No âmbito do pensamento penal, a exigência de intervenção estatal produziu uma revolução científica nesse ramo do conhecimento. A crise do estado liberal pode ser considerada elemento determinante para a crise de sua política criminal. No final do século XIX, a criminologia positivista sustenta que a política criminal não deve se limitar a proteger os cidadãos contra o poder punitivo do estado, mas sim que deve ser orientada a uma luta eficaz contra a criminalidade.

Na política criminal de um estado intervencionista perdem espaço as ideias de liberdade, igualdade perante a lei e justiça na aplicação da pena. Nesse novo modelo de estado a pena deve ser útil, e a ideia de justiça ocupa espaço secundário. Destaca-se a teoria da prevenção especial, manifestação científica do direito penal da época. Como instrumento de prevenção da criminalidade aparecem as medidas de segurança, inadequadas às limitações impostas pela igualdade e legalidade do direito penal clássico. Para crimes

idênticos impunham-se tratamentos diferentes a seus autores.

b) Das ideias políticas à economia política da penalidade

As teorias explicativas sobre a pena determinam uma leitura do fenômeno punitivo que se contrapõe ao tradicional enfoque da ciência penal e da criminologia, que colocam o acento numa reconstrução histórica do poder punitivo como *história da ideia de pena*. Com fundamento na crítica marxista sobre a economia burguesa é possível desenvolver uma reconstrução materialista da reação social à criminalidade, ou seja, uma *economia política da pena*.¹⁴²

Com sua criminologia marxista, na década de setenta, em *Cárcere e fábrica*, Melossi e Pavarini sugerem a existência de uma relação entre a forma que a penalidade assume na sociedade capitalista e a situação do mercado de trabalho, que é possível individualizar através da necessidade de disciplina da força de trabalho.¹⁴³

Assim como a natureza estrutural da criminalidade é determinada pelo modo de produção capitalista, é possível explicar como a pena privativa de liberdade aparece como resposta necessária às exigências de disciplinar o mercado de trabalho nessa sociedade. Marx reconhece esta relação entre estrutura sócio-econômica e sistema penal na passagem do sistema feudal ao sistema de produção capitalista, ao afirmar que a população vagabunda era submetida, por meio de leis, força de açoites, marcas com fogo e tortura, à

¹⁴² PAVARINI, Massimo. *Control y dominación: teorías criminológicas burguesas y projeto hegemónico*. Buenos Aires: Siglo XXI, 2002. p. 153

¹⁴³ MELOSSI, Dario; PAVARINI, Massimo. *Cárcere e fábrica: as origens do sistema penitenciário – séculos XVI-XIX*. Tradução de Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, 2006.

disciplina necessária ao sistema de trabalho assalariado.

Ao surgir, a burguesia necessita e utiliza o poder estatal para regular o salário, prolongar a jornada de trabalho e manter o trabalhador em situação de dependência, de forma conveniente a quem deseja acumular mais-valia.

Marx também destaca esta relação entre as exigências do nascente capitalismo e do sistema punitivo quando reconhece a necessidade de educar as massas de camponeses na disciplina da fábrica, apontando a origem do cárcere como instituição a serviço da burguesia. Durante os séculos XVII e XVIII é que, junto ao surgimento das manufaturas, vão desaparecendo as velhas formas de castigo corporal e surgindo novas formas de punição desconhecidas em períodos anteriores, como casas de trabalho, casas de correção e, apenas depois, o cárcere, dentro dos quais são coativamente impostas as formas de disciplina do proletariado e a disciplina a que o futuro proletariado estará obrigado a se submeter para tornar possível a existência da sociedade capitalista.

Depois de certo tempo que a cultura do trabalho foi imposta pela burguesia, e que, diante da explosão demográfica nas cidades, se tornou desnecessária a disciplina do excesso de mão-de-obra, as prisões não tiveram mais como finalidade a inclusão de pessoas no mercado de trabalho.

Rusche e Kirchheimer constataram que a casa de correção representou o auge do controle social da organização mercantilista e permitiu o incremento de um novo modo de produção. No entanto, a sua importância econômica desapareceu com o surgimento do sistema fabril. Na passagem do período mercantilista para a nova sociedade industrial, que requer o trabalho livre como

condição necessária para o emprego da força de trabalho, o papel do condenado perdeu importância.¹⁴⁴

Essa constatação fez com que, na década de 70, nos países que implantaram o estado de bem-estar, penalistas e criminólogos reconhecessem o fracasso das finalidades ideológicas da pena e propusessem a abolição do sistema penal ou a necessidade de se trabalhar com penas alternativas à prisão. Dos abolicionistas aos reformadores encontra-se o mesmo discurso: enquanto as finalidades ideais da pena (prevenção da criminalidade por meio da ressocialização) estavam fracassadas, as funções materiais da prisão (a produção e reprodução da desigualdade, por meio de uma violência caracterizada pela crueldade e elevados efeitos de nocividade social) eram um sucesso.¹⁴⁵

Em matéria de política criminal foram propostas alternativas. Na Europa, Alessandro Baratta, Melossi e Pavarini, na América Latina, Raul Zaffaroni, Rosa Del Olmo, Lola Aniyar de Castro, Bustos Ramíres, dentre outros, no Brasil, Juarez Cirino dos Santos, Juarez Tavares, Nilo Batista, enfim, parte considerável dos penalistas buscava uma política criminal alternativa.

Embora na América Latina nunca tenha se consolidado o Estado de bem-estar, por conta das ditaduras do cone-sul, o discurso político criminal foi marcado pela esperança da inclusão social dos condenados, não por meio do cárcere, mas sim, apesar dele. Com excelentes intenções, propostas de penas alternativas à prisão foram desenvolvidas. Além disso, muitos criminólogos críticos apresentaram propostas de criminalização das classes poderosas. Era

¹⁴⁴ RUSCHE, Georg; KIRCHHEIMER, Otto. *Punição e estrutura social*. 2. ed., Rio de Janeiro: Revan, 2004. p. 21

¹⁴⁵ CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *Direito Penal: parte geral*. 3. ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 488

o sonho dos anos 1970.

c) O salto epistemológico: de uma política criminal inclusiva à política criminal da exclusão

Na Europa, o Estado de bem-estar faliu, na América Latina, sequer nasceu e, após as ditaduras militares, surge a ideologia neoliberal. E é sobre ela que trabalharemos daqui em diante.

c.1) Fundamentos epistemológicos

Antes de qualquer desenvolvimento, é de se marcar a premissa do que será exposto: *o modelo econômico neoliberal não caracteriza apenas um modo de organização da economia, mas, principalmente, deve ser entendido como um modelo epistemológico*. Dessa forma, para compreender esse novo modelo epistemológico, necessitamos de uma boa teoria da sociedade e uma boa teoria do sujeito.

Para pensar o capitalismo industrial dos séculos XIX e início do século XX, uma teoria social marxista e a psicanálise freudiana eram instrumentos interessantes para pensar a sociedade e os sujeitos nela envolvidos. No entanto, se quisermos refletir sobre as sociedades pós-industriais, que desenvolveram um capitalismo financeiro, outros aportes teóricos devem complementar os estudos. Portanto, utilizaremos como referencial para pensar os sujeitos e a sociedade contemporâneos os desenvolvimentos dos psicanalistas Jean Pierre Lebrun e Agostinho Ramalho Marques Neto¹⁴⁶.

¹⁴⁶ A escolha pelos dois referenciais teóricos para a análise do tema não afasta a necessidade de, para melhor compreensão, recorrer-se a outros trabalhos, como o seguinte: KUMAR, Krishan. *Da sociedade Pós-Industrial à Pós-Moderna*. Rio. Zahar. 1997.

Começamos pela organização social.

De acordo com Agostinho Ramalho, o termo neoliberalismo concentra ideias de ruptura e continuidade. A ideia de continuidade se refere ao fato de se tratar de uma forma de liberalismo. E a ideia de ruptura se refere à drástica alteração dos fundamentos do modelo econômico liberal clássico para os fundamentos do modelo econômico neoliberal.¹⁴⁷

De forma sintetizada, pode-se afirmar que o liberalismo clássico, de base filosófica contratualista, se ergue sobre as ideias de *igualdade, liberdade e fraternidade*.

A *igualdade* não se refere à igualdade de condições e oportunidades entre as pessoas, como propôs o pensamento socialista da metade do século XIX. Trata-se de igualdade jurídica, somente perante a lei, que se opunha ao sistema do Antigo Regime, de privilégios de determinadas pessoas conforme a classe social da qual faziam parte.¹⁴⁸

No que se refere à *liberdade*, trata-se, essencialmente, de uma ideia que tem por objetivo consagrar como princípio a liberdade contratual (autonomia da vontade), tanto no campo dos negócios quanto no das relações entre os proprietários dos meios de produção e o proletariado. Pressupõe-se que, nos contratos negociais e nos contratos de trabalho, as partes estão em igualdade de condição para livremente manifestarem suas vontades. Firmado o contrato, ele deve ser respeitado.¹⁴⁹

¹⁴⁷ MARQUES NETO, Agostinho Ramalho. Neoliberalismo e gozo. In Escola Lacaniana de Vitória. *A lei em tempos sombrios*. Rio de Janeiro: Companhia de Freud, 2009. p. 51 e ss

¹⁴⁸ MARQUES NETO, Agostinho Ramalho. Neoliberalismo e gozo. In Escola Lacaniana de Vitória. *A lei em tempos sombrios*. Rio de Janeiro: Companhia de Freud, 2009. p. 53

¹⁴⁹ MARQUES NETO, Agostinho Ramalho. Neoliberalismo e gozo. In Escola Lacaniana de Vitória. *A lei em tempos sombrios*. Rio de Janeiro: Companhia de Freud, 2009. p. 53

Por fim, a *fraternidade* se refere à solidariedade necessária para a manutenção da ordem social, e tem como ideia central a necessidade de implantação de políticas que reduzam desigualdades extremas que possam representar o perigo de ruptura violenta da ordem estabelecida.¹⁵⁰

Para compreender o neoliberalismo e seus fundamentos, necessária uma superficial aproximação histórica. As ideias neoliberais foram pensadas na metade da década de 40, quando a política de inspiração keynesiana era crescentemente implementada na Europa. Tal política defendia a intervenção estatal na economia com o objetivo de corrigir as desigualdades decorrentes da concentração de riqueza característica do modo de produção capitalista. Estavam sendo construídas as bases da social-democracia.

As ideias neoliberais representaram uma forte crítica ao modelo de Estado de bem-estar social. Este pensamento político-econômico enxerga a política de bem-estar como puro desperdício de dinheiro público, com prejuízos irreparáveis à dinâmica da economia de mercado.

Em *O caminho da servidão*, de 1944, Hayek afirma que a origem da crise do Estado de bem-estar social era determinada pelo nefasto e excessivo poder dos sindicatos e, de forma mais geral, pelo movimento operário, que corroeu as bases do capitalismo com reivindicações para que o Estado aumentasse cada vez mais os gastos sociais. Argumentava que o igualitarismo produzido pelo Estado de bem-estar retirava a liberdade dos cidadãos e a vitalidade da concorrência, que era fundamental para a prosperidade de todos.¹⁵¹ Assim, entendia a desigualdade como um valor positivo, elemento

¹⁵⁰ MARQUES NETO, Agostinho Ramalho. Neoliberalismo e gozo. In Escola Lacaniana de Vitória. *A lei em tempos sombrios*. Rio de Janeiro: Companhia de Freud, 2009. p. 54

¹⁵¹ HAYEK, F.A. *O caminho da servidão*. Rio de Janeiro: Expressão e Cultura: Instituto Liberal,

motor da competição, o que estimularia o desenvolvimento de todos.

Dessa forma, é possível afirmar que no neoliberalismo os 3 fundamentos da ordem social são outros: *desigualdade, competição e eficiência*.

A *desigualdade* não pode ser entendida apenas como exclusão econômica e social, como o contraste da concentração de riqueza nas mãos de poucos e de pobreza para muitos. Como princípio que fundamenta o neoliberalismo, a desigualdade é uma relação de dissemetria entre competidores no mercado, o que se apresenta como elemento favorável à competição e, por consequência, do próprio mercado. Assim, a desigualdade não deve ser entendida como um acidente histórico, mas sim como algo necessário e constituinte de uma organização social neoliberal.¹⁵²

Nesse modelo econômico, a *competição* é o elemento que impulsiona a economia de mercado. Os agentes econômicos neoliberais são preparados para vencer a competição. A supervalorização da competição cria uma ideologia do sucesso e uma sociedade de vencedores e perdedores.

Com tal afirmação não se quer subestimar a importância da competição para o desenvolvimento humano e social. Ocorre que essa forma de competição contemporânea apresenta característica diversa da competição saudável. Enquanto em uma competição saudável a lei e a ética aparecem como limitação aos competidores, no mundo neoliberal a competição é a própria lei. Ou seja, não há espaço para limites éticos e jurídicos entre os concorrentes. A Lei do Pai (o “Não” do Pai), no seu sentido simbólico a que se refere Lacan, revela sua fragilidade nas sociedades contemporâneas. É nesse

1987. p. 68 e ss.

¹⁵² MARQUES NETO, Agostinho Ramalho. Neoliberalismo e gozo. In Escola Lacaniana de Vitória. *A lei em tempos sombrios*. Rio de Janeiro: Companhia de Freud, 2009. p. 56

terreno que se desenvolve a ideologia do “tudo é permitido”¹⁵³, do “viver sem limites”.

Assim, pode-se concluir que a oposição marxista *opressores/oprimidos* não é suficiente para explicar a organização social contemporânea. Mais adequado é fazer uso das categorias *incluídos/excluídos*, enunciadas por Bauman, em que os “incluídos” são tanto os opressores quanto os oprimidos, e os “excluídos”, aqueles que não possuem qualquer inserção na sociedade, não podendo ser rotulados como oprimidos, pelo fato de que ninguém se interessaria por oprimi-los, já que deles não extrairia qualquer proveito. Nesse contexto, ser oprimido não deixa de ser uma forma de inclusão!¹⁵⁴ Para os excluídos, resta o sistema penal como destino.

Para segurar o avanço da desordem produzida pela exclusão social, precariedade no trabalho, retração da atividade social do Estado e massificação do desemprego, faz-se uso de uma política penal de exclusão. A pena criminal deixa de ter por objetivo declarado a ressocialização do condenado e, sem qualquer dissimulação, apresenta como objetivo a mera neutralização de classes perigosas. Verifica-se a transição do Estado-previdência ao Estado-penal. Em relação às desigualdades sociais, aplica-se a doutrina do *laissez faire, laissez passer*, no que se refere ao controle da pobreza por meio do sistema penal, é extremamente paternalista¹⁵⁵.

O terceiro elemento sobre o qual se estrutura o neoliberalismo é a

¹⁵³ MARQUES NETO, Agostinho Ramalho. Neoliberalismo e gozo. In Escola Lacaniana de Vitória. *A lei em tempos sombrios*. Rio de Janeiro: Companhia de Freud, 2009. p. 58

¹⁵⁴ MARQUES NETO, Agostinho Ramalho. Neoliberalismo e gozo. In Escola Lacaniana de Vitória. *A lei em tempos sombrios*. Rio de Janeiro: Companhia de Freud, 2009. p. 58

¹⁵⁵ WACQUANT, Loïc. *Punir os pobres*. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2003. p. 24.

eficiência técnica. Ela está ligada à ideia de competição. Não é suficiente competir. O agente econômico adequado tem que ser o *melhor*. Tem que vencer a competição. E para isso deve fazer uso do meio adequado para atingir seus objetivos. Institui-se a lógica segundo a qual “os fins justificam os meios”.

O melhor competidor para o modelo neoliberal é aquele sujeito extremamente capacitado para empregar os meios adequados no seu trabalho, mas não consegue pensar criticamente sobre os fins a que sua prática pode levar. Exemplo muito claro se verifica nas Universidades. Não há mais espaço para intelectuais, apenas para burocratas. No campo acadêmico, em que pensávamos estar imunes a tal ideologia, esta lógica ocupou o seu espaço. No lugar das teses geniais, o número de publicações ditas científicas é que serve como critério para um burocrata de plantão avaliar o mérito de cada professor.

c.2) Os novos sujeitos: protagonistas e objetos do poder punitivo

Em *A perversão comum: viver juntos sem o outro*¹⁵⁶, Lebrun analisa a alteração dos laços sociais, entendida como desintegração da relação entre o indivíduo e a coletividade. Referida alteração provoca o surgimento de novos regimes de economia psíquica, assim como de uma nova forma de moldar as subjetividades contemporâneas. As alterações no modo de vida em coletividade recaem sobre o psiquismo dos sujeitos individuais, confirmando que o sujeito do inconsciente é um sujeito “assujeitado”. Assim, é possível afirmar que a identidade do sujeito vem do outro. Logo, é uma identidade do sujeito constituída pela negatividade que vem do outro. Assim, a construção da

¹⁵⁶ LEBRUN, Jean-Pierre. *A perversão comum: viver juntos sem o outro*. Rio de Janeiro: Companhia de Freud, 2008.

subjetividade é um processo de assujeitamento do indivíduo.

Ao tratar da mudança dos laços sociais, Lebrun reflete sobre a crise da civilização ocidental sustentada em um paradigma religioso. Estruturada sobre esse paradigma, a autoridade hierárquica se legitimava pelo lugar transcendente em que se apoiava. Com a crise desse modelo abre-se espaço para a modernidade. Com o neoliberalismo, a razão de mercado ocupa o espaço da religião como elemento organizador dos laços sociais. Nesse novo modelo abre-se mão da transcendência, assim como do lugar que ocupa a autoridade. Com isso verifica-se a transição de uma sociedade organizada verticalmente para uma organização horizontal, independente da transcendência. É essa transformação que provocou a deslegitimação da autoridade do modelo religioso, que prometia a completude.

Maria Rita Kehl constata que os discursos predominantes sobre o que deve ser a vida não mais se apoiam em fundamentos filosóficos ou religiosos, mas sim em razões de mercado, que se fundam em si mesmas, “pois sua satisfação não remete a nada além da fruição presente do objeto, da mercadoria, do fetiche”¹⁵⁷. Assim, o objeto do desejo é um objeto inexistente, perdido desde sempre, cuja busca lança o sujeito numa incansável repetição¹⁵⁸.

Ligado à desconsideração da transcendência, assim como à crise da função paterna, numa sociedade horizontal surge o *neossujeito*, que se livra de toda hierarquia, de toda negatividade, de qualquer limite ao gozo. O *neossujeito* é aquele que, por possuir um vazio interior, necessita de

¹⁵⁷ KEHL, Maria Rita. *Sobre ética e psicanálise*. São Paulo: Companhia das Letras, 2002. p. 10

¹⁵⁸ KEHL, Maria Rita. *Sobre ética e psicanálise*. São Paulo: Companhia das Letras, 2002. p. 11

sensações intensas. A lógica da sensação prevalece sobre a do pensamento.

E é esse novo sujeito que hoje funciona, ao mesmo tempo, como protagonista e objeto da política criminal contemporânea.

d) A política criminal no neoliberalismo

A política criminal apenas poderá ser entendida corretamente caso se realize uma aproximação ao sistema econômico e político que a sustenta.¹⁵⁹

O programa neoliberal, que é o fundamento teórico do sistema social ao qual se quer ajustar o Brasil, tem divulgado que o Estado moderno deve se assentar basicamente na proteção da economia de livre mercado e em sua menor intervenção, de forma que devem ser deixadas ao Estado apenas as funções consideradas indispensáveis à sua manutenção, como saúde pública, educação básica, saneamento urbano, segurança pública, etc. Além disso, como aponta Tavares, mais que um discurso político ou econômico, “é um discurso ideológico, que busca justificar sua atuação de modo a tornar confiável a ideia de que estamos nos limites de uma nova era, onde os grandes conglomerados e as forças exclusivas da iniciativa privada são capazes e mais que suficientes para proporcionar a todos um estado de bem-estar e liberdade, e evidentemente de absoluto controle da criminalidade”.¹⁶⁰

Esse discurso busca legitimar a atuação estatal como representante legítima dos interesses da população. Ocorre que as coisas não são bem

¹⁵⁹ TAVARES, Juarez. La creciente legislación penal y los discursos de emergencia. In *Temas actuales de derecho penal*. Buenos Aires: Ad-hoc, 1998. p. 629 Destaca que esse fato passa despercebido no âmbito do Direito Penal porque ainda não conseguimos superar a herança do positivismo, que toma a norma jurídica como seu instrumento conceitual tautológico.

¹⁶⁰ TAVARES, Juarez. La creciente legislación penal y los discursos de emergencia. In *Temas actuales de derecho penal*. Buenos Aires: Ad-hoc, 1998. p. 630

assim. Consequência da globalização, o Estado se estrutura de forma diferente. O controle e a manipulação da economia pelos países desenvolvidos não foram capazes de evitar o que o programa neoliberal prometia: quebraram-se as economias emergentes, ocorre um crescimento da especulação financeira, há um domínio global dos países centrais sobre o comércio internacional, desemprego, miséria, privatizações injustificadas (entregas perniciosas dos bens públicos), crescimento da desigualdade social, destruição da capacidade decisória dos governos estatais, etc.¹⁶¹

Como efeito verifica-se a luta por uma desestruturação do Estado. Sob a desculpa de modernização da economia, com a finalidade de entrar no grupo das nações pós-industriais, os defensores do neoliberalismo colocam como atividades emergenciais os programas de desestatização e privatização. Esse programa permite à iniciativa privada controlar setores relevantes da administração pública, “criando o espaço necessário para que as empresas passem a considerar o Estado não mais como gestor, mas sim como seu concorrente econômico”.¹⁶²

Na América Latina, o Estado sempre foi dependente das forças econômicas que se encontram no poder. Nunca foi representante do interesse geral, mas sempre daqueles que estavam no poder. Nas palavras de Juarez Tavares: “O Estado foi sempre a exteriorização e expressão das forças ativamente dominantes nas estruturas econômica, jurídica e política, inicialmente com os donatários do Rei (...) e agora abertamente ao capital

¹⁶¹ TAVARES, Juarez. La creciente legislación penal y los discursos de emergencia. In *Temas actuales de derecho penal*. Buenos Aires: Ad-hoc, 1998. p. 630

¹⁶² TAVARES, Juarez. La creciente legislación penal y los discursos de emergencia. In *Temas actuales de derecho penal*. Buenos Aires: Ad-hoc, 1998. p. 633

globalizado, com a marca dos países centrais.”¹⁶³

Enfim, como forma de política, a política criminal não poderia ser definida por interesses que não os das forças dominantes. Numa situação em que as empresas privadas passam a realizar atividades estatais, seguindo um discurso eficientista, a política criminal nos países da América Latina deve ter o mesmo objetivo: a eficiência. Essa, no Brasil reconhecida como princípio constitucional (art. 37, CR), sustenta uma nova política criminal, que tem por meta a tutela eficiente contra aqueles que perturbam a ordem econômica e suas metas culturais. Essa política criminal possui as seguintes características: a) faz uso de dura repressão à criminalidade comum (furtos, roubos, pequenas fraudes); b) aumenta os recursos disponíveis aos órgãos de persecução criminal (aumento de penas, escutas telefônicas, de hipóteses de prisão preventiva, etc.)¹⁶⁴; c) são eleitos novos “bodes espiatórios”. Criam-se novos tipos penais em âmbitos como o meio ambiente, a economia, o processamento de dados, drogas, armas, impostos, mercado exterior, enfim, tudo o que se refere à chamada “criminalidade organizada”;¹⁶⁵ e d) a característica mais forte: a segurança pública ganha status jurídico nunca antes recebido: de direito secundário, sintetizado na ideia de *segurança dos direitos*, a um direito fundamental, autônomo, o *direito fundamental à segurança*, fundamentado em uma criminologia atuarial, que colocado na balança em situações de conflito com o direito fundamental à liberdade, jamais perde a disputa.

¹⁶³ TAVARES, Juarez. La creciente legislación penal y los discursos de emergencia. In *Temas actuales de derecho penal*. Buenos Aires: Ad-hoc, 1998. p. 634

¹⁶⁴ TAVARES, Juarez. La creciente legislación penal y los discursos de emergencia. In *Temas actuales de derecho penal*. Buenos Aires: Ad-hoc, 1998. p. 631

¹⁶⁵ HASSEMER, Winfried. *Persona, mundo y responsabilidad: bases para una teoría de la imputación en Derecho Penal*. Valencia: Tirant lo blanch, 1999. p. 52

E outra característica interessante. A questão carcerária, que sempre foi debatida por uma elite intelectual nas academias, passa a ser objeto de demandas populares. O discurso crítico acadêmico, muitas vezes progressista, cai em descrédito, e o populismo penal assume o *front* na batalha política. Na expressão de Pavarini: *de una penologia “desde arriba” a una “desde abajo”*¹⁶⁶.

Aqui a questão da democracia ganha importante espaço. Na organização social contemporânea, conforme os ensinamentos de Garapon e Sallas, a democracia passa a ser conhecida como *democracia de opinião*, dominada pelas emoções dos sujeitos. Nela, a demanda por punição e, por consequência, a forma de gestão da penalidade passa a ser moeda de troca entre eleitores e eleitos. Nas palavras de Juarez Cirino dos Santos: “O discurso político se articula sobre o medo da opinião pública, prometendo maior penalidade: o sistema penal é a resposta ao medo da opinião pública. A exposição dos cidadãos ao risco da criminalidade engendrou as políticas de lei e ordem, com velhas receitas para novos problemas”.¹⁶⁷

Assim, é possível afirmar que existem duas principais frentes de atuação da política criminal contemporânea. A mais forte é a política criminal que se dirige ao controle da pobreza, fazendo uso da prisão e de medidas alternativas de controle (penas restritivas de direitos, monitoramento eletrônico, etc.). Mas importante destacar que não mais se trata de uma política criminal de matriz positivista, dirigida ao controle social de sujeitos perigosos. Hoje, com fundamento teórico em uma criminologia administrativa, também chamada

¹⁶⁶ PAVARINI, Massimo. *Un arte abyecto. Ensayo sobre el gobierno de la penalidade*. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2006. p. 122/123

¹⁶⁷ CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *Punir os inimigos: a nova lógica do sistema penal*. Apresentação ao livro de PAVARINI, Massimo. *Punir os inimigos: criminalidade, exclusão e insegurança*. Curitiba: ICPC, 2012.

criminologia atuarial (desenvolvida, principalmente, nos Estados Unidos), a política criminal se concretiza em projetos de segurança pública destinados ao controle de *grupos sociais perigosos*. A partir de estatísticas que mapeiam a criminalidade em determinado local, os recursos públicos são dirigidos ao controle penal de populações que são consideradas um risco social. As penas e medidas de segurança passam a ter finalidade instrumental de neutralização de pessoas pertencentes a grupos perigosos. Como exemplo, basta pensar no número de prisões cautelares que possuem como fundamento de seu decreto o abalo a ordem pública (probabilidade de reiteração delitiva), sendo que, não raras vezes, a situação de desempregado e de pessoa sem endereço fixo do acusado é utilizada como fundamento para demonstrar a possível reiteração de delitos. Com isso, pode-se concluir que, no Brasil, a polícia está presente nas favelas não para proteger a segurança da população que pertence às comunidades onde se instalam, mas sim para proteger a propriedade privada daqueles que estão fora destas zonas pobres.

A segunda frente de atuação da política criminal contemporânea atua simbolicamente no controle dos riscos (econômicos e ambientais) decorrentes das atividades econômicas que se desenvolvem em uma ordem globalizada. O direito penal econômico é chamado a proteger a *comunidade de vítimas* produzida pela *sociedade de risco*¹⁶⁸. E é essa política criminal da sociedade de risco que será objeto de breve reflexão.

Segundo o discurso oficial a antecipação da tutela penal está dirigida à proteção de bens jurídicos supraindividuais, de interesse de toda a coletividade. Seria possível pensarmos que se trata de uma política criminal

¹⁶⁸ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *La expansión del derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*. 3. ed., Buenos Aires/Montevideo: B de F, 2011.

deslocada de seu tempo. Enquanto o modelo econômico neoliberal exige intervenção punitiva do estado somente para funcionar como instrumento de exclusão daqueles que, “por não terem capacidade de se incluírem”, não podem consumir e, por consequência, são inúteis até para serem explorados, o direito penal econômico, de acordo com o seu discurso oficial, está orientado à punição dos poderosos, daqueles que detêm o poder econômico. Mero discurso.

Quando se utilizam as teorias conflituais da sociedade para fazer a análise desse problema, é possível concluir de maneira diversa. O direito penal econômico, em geral, é uma fraude. As ações perigosas para a sociedade, decorrentes do surgimento de uma economia global e do desenvolvimento tecnológico, estão no âmbito do risco permitido. Pela acessoriedade administrativa, que caracteriza o direito penal econômico, são as agências da administração pública que, por um critério discricionário de oportunidade e conveniência, delimitam o conteúdo do injusto penal. Portanto, não se trata de da proteção da sociedade contra os novos riscos (econômicos, ambientais, etc.), mas sim de um gerenciamento de quem são as pessoas autorizadas a produzirem referidos riscos (veja-se, por exemplo, o princípio do poluidor pagador no direito ambiental).

No sistema econômico neoliberal desaparecem os limites entre o público e o privado. A legislação penal se converte em um recurso público e, como tal, torna-se objeto de troca no âmbito da política. Isso quer dizer que a repressão penal de condutas que envolvem o bem jurídico é colocada entre os *bens de autoridade*, ou seja, “aqueles bens que, segundo os procedimentos do modelo neocorporativo, são objeto de negociação entre as autoridades públicas, por

uma parte, e os grupos sociais organizados, pela outra”¹⁶⁹. A distribuição de autorizações para a produção de grandes riscos atende exclusivamente aos interesses dos grandes conglomerados econômicos. E assim se produz a seletividade, estruturante de todo sistema penal, também no direito penal econômico. Os criminalizados, que constituem um número desprezível, são aqueles que, na disputa política, não tiveram sucesso na tentativa de colocar seus representantes no poder do Estado.

Os delitos não constituem agressões ou ameaças a bens jurídicos concretos. Passam a ser mera desobediência a normas (agora penais) destinadas a organizar a atividade econômica. Assim, os grupos que possuem o monopólio sobre a legislação penal trabalham para impor a maior carga de deveres e responsabilidades sobre os outros grupos, para tornar cada vez mais complicadas e onerosas as atividades econômicas do concorrente.

Assim, pode-se concluir que, da mesma forma que o direito penal clássico, o direito penal econômico possui finalidades declaradas e latentes. A função declarada de proteger bens jurídicos supraindividuais, encoberta pelo discurso de se tratar de um direito penal típico de um Estado social e democrático de Direito. No entanto, sua função real é a de assegurar a desigualdade entre os competidores dentro do modelo econômico neoliberal.

e) Considerações finais sobre os fundamentos epistemológicos da expansão do direito penal

Para terminar, em poucas palavras quero atingir o principal objetivo do presente trabalho: o de demonstrar a impossibilidade de se utilizar o direito

¹⁶⁹ SGUBBI, Filippo. *El delito como riesgo social. Investigación sobre las opciones en la asignación de la ilegalidad penal*. Buenos Aires: Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, s/f. p. 77

penal como instrumento de controle da criminalidade nas sociedades ocidentais contemporâneas.

Se é possível afirmar, com Freud, que a falta é constitutiva de todo ser humano, é de se refletir sobre como convivemos com essa falta. Na modernidade, quando o homem estava marcado pela existência de uma razão instrumental, que permitia que a razão ligasse seus desejos aos objetivos a serem alcançados para satisfazê-los, o mal-estar estava configurado pelo fato de que, ao alcançar seu desejo, verificava-se o deslocamento a outro desejo. Ou seja, o mal estar é perene, pois a falta nunca será preenchida.

Pois bem, na pós-modernidade (se é que é possível afirmar a superação da modernidade), a razão instrumental é colocada em xeque pelo homem. Talvez o fracasso na tentativa de planificar a economia foi um símbolo para afirmar essa tese. Ademais, quando o modelo econômico neoliberal passa a funcionar como um modelo epistemológico, novas subjetividades são forjadas. O homem nega qualquer forma de assujeitamento pela cultura, pelo outro. Na sociedade de mercado, sua condição de sujeito deixa de ser marcada pela condição de *homem racional* e passa a ser determinada pela condição de *consumidor*.

Assim, o gozo é atingido em objetos, e não mais com a consecução de objetivos. Sensações intensas e passageiras substituem o caminho a ser percorrido para atingir os objetivos. Isso quer dizer que o homem passa a buscar o preenchimento da falta com coisas, objetos. Assim, o deslocamento se verifica de objeto para objeto. E essa forma de pensar o mundo atinge parte considerável das pessoas.

Daí concluímos pela impossibilidade de o direito penal funcionar como

sistema de controle social nas sociedades contemporâneas. Se o direito representa o mínimo ético de uma sociedade, numa sociedade em que não há espaço para a ética, diante do imperativo do sucesso entre os competidores em um mundo livre de regras, não há espaço para o direito penal cumprir qualquer função ética. Trata-se de um amontoado de normas sem qualquer sentido. No mundo contemporâneo considerável parte das pessoas nega qualquer possibilidade de assujeitamento. Se a lei era o limite, deixou de o ser. Vive-se uma sociedade em que o que se quer é “viver sem limites”. Não é à toa que esse é o mote de uma campanha publicitária no Brasil. Para a pobreza, a criminalidade deixa de ser simples meio de subsistência. É forma de evitar o assujeitamento, e criar sua subjetividade a partir da condição de consumidor. O neossujeito não pratica crimes apenas para colocar comida em casa. Isso não é mais suficiente. É preciso gozar, a qualquer preço. É preciso ter a roupa da moda, o carro do ano, etc.. E quando isso é conquistado, a falta continua lá, e sempre é necessário algo mais. Aquele que é detentor de bens de consumo segue a mesma lógica. São sujeitos que se situam nesse contexto. Pessoas que querem consumir mais e mais, sem qualquer limite.¹⁷⁰

Como demonstra Lebrun, essa forma de pensar não representa uma patologia, mas sim a autoimagem do homem contemporâneo. Mais uma vez: o neoliberalismo não é apenas um modelo econômico, mas sim um modelo

¹⁷⁰ Ainda que se não tenha espaço para isso nesse trabalho, verifica-se a importância de uma breve reflexão a respeito da política criminal sobre drogas. Primeiro, nunca, na história moderna, houve política criminal sobre coisas, mas sim sobre pessoas. Segundo, enquanto essa política criminal tiver como alvo a oferta de drogas será impossível o controle do fenômeno. A partir do quadro acima descrito, verifica-se a demanda pela droga como algo que é oriundo de todas as classes sociais. A tentativa de preencher o vazio existencial, ou fugir do mal-estar contemporâneo, passa pelo consumo de drogas, lícitas ou ilícitas. Controlar, com política de guerra, a circulação de substâncias entorpecentes atacando a oferta, como afirma Sebastian Scheerer, significa querer acabar com uma lei da economia a tiros. Certamente não se terá sucesso. Enquanto houver demanda haverá oferta.

epistemológico; determina como o homem se vê em determinado momento histórico. Se o elemento constitutivo do *humano* reside na condição de consumidor, e se a grande maioria das pessoas não possui recursos suficientes para poderem consumir, a necessidade não desaparece, e a demanda pela busca de se colocar na condição de consumidor continua existindo, para parte considerável das pessoas. Isso quer dizer que, se levarmos a sério a relação de determinação existente entre demanda e oferta, e considerarmos as ações criminosas (desde crimes patrimoniais de rua até crimes de colarinho branco) como meios de oferta para colocar pessoas na condição de consumidor, para preencher a falta que é constitutiva de todo ser humano, qualquer política criminal racional deve ter como objetivo controlar ou reduzir a demanda, e não eliminar a oferta. A oferta de algo que não possui demanda não possui qualquer sentido.

Da leitura das últimas páginas pode-se extrair a conclusão de que se trata do desenvolvimento de uma teoria etiológica da criminalidade, o que, a princípio, produziria uma legitimidade do direito penal. Portanto, para evitar referida conclusão, alguns esclarecimentos tornam-se necessários. Primeiro, a indicação da existência de possíveis causas para a criminalidade não tem pretensão de generalização. Segundo, uma análise etiológica não afasta o reconhecimento de que o fenômeno do crime deva ser analisado, principalmente, a partir dos processos de criminalização, e não de suas causas. A criminologia crítica, como crítica da sociedade, não deve se furtar a indicar alguma relação entre estrutura social e criminalidade. Essa atividade apenas reforça a tese da seletividade estrutural do direito penal. Embora não haja estudos empíricos sobre os índices de criminalidade real, aquela que

forma a chamada cifra oculta, apenas a análise da cifra registrada desvela um sistema penal orientado à seleção dos membros das classes subalternas.

Enquanto Weber e Habermas se referem a um processo de desencantamento do mundo no período da modernidade, parece que hoje se vive um processo reverso. Só que, em vez de uma mistificação religiosa, temos o modelo neoliberal como mito da posmodernidade.

Assim, para concluir essa parte do trabalho, verifica-se a impossibilidade de o direito penal funcionar como instrumento de controle da criminalidade nas sociedades contemporâneas. Não se trata de uma falha no projeto ressocializador da pena criminal, tampouco da ideia contemporânea de neutralização. Somente há um possível instrumento de controle da criminalidade, e é tentar criar um novo modelo epistemológico, em que a condição do existir não seja determinada pela necessidade de consumo, em que a razão volte a funcionar como fundamento de existência, em que a ética de respeito ao outro realize a função de limitar a busca pela concretização dos desejos. Devem ser afirmados os direitos de cidadania e implementados os meios para lhe promoverem efetividade. E isso passa longe de ser uma função para o direito penal, razão pela qual somente pode ser entendido como limite à intervenção do poder punitivo, e não como instrumento de proteção social.

1.2.2.2 A punição de inimigos como nova lógica do sistema penal

O controle do delito nos Estados Unidos e Inglaterra, nas décadas anteriores à década de 1.970, possuía uma estrutura institucional estável e um consolidado marco intelectual. As práticas punitivas se realizaram em um longo processo de desenvolvimento, durante o qual as estruturas modernas da

justiça penal primeiro se adaptaram ao chamado direito penal liberal e, em seguida, se orientaram a um programa correccionalista.¹⁷¹

Como qualquer outra estrutura que foi construída e reconstruída em grande espaço de tempo, seus variados elementos tinham origem em momentos históricos diferentes, e, mais do que a pureza de um estilo único, o desenho das práticas punitivas era complexo.¹⁷²

As agências de controle do delito (Polícia, Ministério Público, Judiciário e Sistema Prisional) tinham mais de 150 (cento e cinquenta) anos, mesma idade dos princípios liberais do direito penal, que orientavam suas atividades e produziam sua ideologia oficial. Ao mesmo tempo, existia uma estrutura mais moderna, desenvolvida durante o século 20, que tinha sua atividade orientada por uma ideologia correccionalista. O resultado disso “foi uma estrutura híbrida, ‘penalwelfare’, que combinava o legalismo liberal do processo e seu castigo proporcional com um compromisso correccionalista baseado na reabilitação”.¹⁷³

Até os anos 1.970 as principais características desse modelo estavam bem delineadas, e se verificava, aparentemente, uma progressiva mudança orientada ao correccionalismo. Havia um pensamento oficial que servia de orientação para a política e para a ação prática. Durante o pós-guerra verificou-se um constante reformismo, que buscava a plena consolidação do programa correccionalista. Os principais objetivos da agenda de reformas nunca foram totalmente implementados, e seus defensores sempre se enxergavam como

¹⁷¹ GARLAND, David. *La cultura del control. Crimen y orden social en la sociedad contemporánea*. Traducción de Máximo Sozzo. Barcelona: Gedisa, 2005. p. 71

¹⁷² GARLAND, David. *La cultura del control. Crimen y orden social en la sociedad contemporánea*. Traducción de Máximo Sozzo. Barcelona: Gedisa, 2005. p. 71

¹⁷³ GARLAND, David. *La cultura del control. Crimen y orden social en la sociedad contemporánea*. Traducción de Máximo Sozzo. Barcelona: Gedisa, 2005. p. 71

homens modernos que enfrentavam sólidas estruturas de um sistema antiquado, legalista e retributivo.¹⁷⁴

Segundo Garland, no início da década de 1.970, os reformadores correcionalistas faziam parte do poder instituído, e as políticas de controle do delito eram orientadas e influenciadas por seus objetivos, fundados nos conhecimentos de especialistas.¹⁷⁵

O programa de inclusão social do delinvente por meio do sistema de justiça criminal recebia apoio dos grupos envolvidos no sistema penal e das elites liberais. Os dispositivos penais do Estado de bem-estar faziam parte de um estado de coisas. A estrutura básica do sistema penal do *welfare* estava institucionalizada, e sua subjacente ideologia do trabalho era um elemento que fazia parte da ideologia do Estado de bem-estar do pós-guerra e sua política socialdemocrata.¹⁷⁶

Depois de décadas de investimento social em prisões nos Estados Unidos e na Europa, pesquisas criminológicas indicaram que tal política não apenas não conseguiu erradicar a criminalidade, mas, em sentido oposto, a criminalidade tinha aumentado. Referido desencanto é demonstrado no conhecido artigo *What Works?*, de Robert Martinson, de 1974.¹⁷⁷

¹⁷⁴ GARLAND, David. *La cultura del control. Crimen y orden social en la sociedad contemporánea*. Traducción de Máximo Sozzo. Barcelona: Gedisa, 2005. p. 71/72

¹⁷⁵ GARLAND, David. *La cultura del control. Crimen y orden social en la sociedad contemporánea*. Traducción de Máximo Sozzo. Barcelona: Gedisa, 2005. p. 71/72

¹⁷⁶ GARLAND, David. *La cultura del control. Crimen y orden social en la sociedad contemporánea*. Traducción de Máximo Sozzo. Barcelona: Gedisa, 2005. p. 71/72

¹⁷⁷ MARTINSON, Robert. *What Works? Questions and Answers about Prison Reform*. In Public Interest, n. 35, 1974. p. 35

Nesse artigo, fazendo alusão às aplicações práticas da ideologia do tratamento nos Estados Unidos, o autor afirma que “nada funciona” para a erradicação do delito.

Nesse contexto, os discursos produzidos pelas criminologias críticas faziam todo sentido. Se é fato que o projeto correcionalista, por todas as razões demonstradas pelos críticos, é uma falácia, a proposta de uma sociedade sem prisão não era uma utopia. A falência do sistema prisional em relação às suas finalidades manifestas desvela a pena de prisão como um mero instrumento de produção de sofrimento, sem qualquer utilidade social. Assim, o questionamento sobre o porquê de se tentar realizar o controle do delito por meio do cárcere, se ele não realiza suas funções manifestas, justifica os movimentos abolicionistas da época. Não se tratava de utopia: uma sociedade sem cárcere era um projeto possível em um Estado de bem-estar.¹⁷⁸

No entanto, prevaleceu uma interpretação em sentido contrário. O desencanto em relação ao projeto ressocializador fez com que alguns criminólogos, na década de 1.970, apoiados em parte pela população após as reivindicações carcerárias, assumissem a falência da ideologia do tratamento e propusessem uma política criminal de “mão dura”¹⁷⁹. Em uma organização econômica neoliberal, uma política criminal orientada pelas criminologias etiológicas, positivista ou sociológica, não tinha mais sentido. Abandonaram-se os estudos sobre as funções da pena, e o novo grande objeto de estudo da

¹⁷⁸ PAVARINI, Massimo. *Punir os inimigos. Criminalidade, exclusão e insegurança*. Tradução de Juarez Cirino dos Santos e Aliana Cirino Simon, Curitiba: LedZe, 2012. p. 136

¹⁷⁹ “Entre eles encontravam-se tanto pensadores reacionários, como James Q. Wilson e Ernst van den Haag, como liberais, entre os quais Norval Morris e Andrew von Hirsch.” ANITUA, Gabriel Ignacio. *Histórias dos pensamentos criminológicos*. Tradução de Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, 2008. p. 762

criminologia passou a ser a segurança pública. Desenvolveu-se uma política criminal atuarial.

Acontece que esta estrutura penal correcionalista tão arraigada sofreu drásticas mudanças. Uma radical mudança na organização da economia capitalista - a falência do Estado de bem-estar e o surgimento do neoliberalismo - provocou alteração de sentido nos programas políticos de controle social.¹⁸⁰

O contexto, agora, é outro. As estratégias de política criminal levam em consideração o intenso grau de sensação social de insegurança. Sociedades atingidas por profundos processos de mudança caracterizam-se pela sensação de insegurança, especificamente pelo temor à criminalidade, mas não só. Como afirma Lola Aniyar de Castro:

O aumento da insegurança subjetiva representa hoje, nas democracias de opinião, a principal demanda cidadã, especialmente nas zonas urbanas dos países modernos. São atualmente tão agudas, que impulsionam os políticos a gerarem regras de organização social que as pessoas supõem serem as mais seguras, de acordo com velhos arquétipos de repressão e persecução fixados no subconsciente coletivo. A sociedade do medo, na que vivemos hoje, não é produto apenas da tão difundida *sociedade de risco*, não se refere apenas às mudanças climáticas, à ameaça de catástrofes ambientais, ou as consequências das armas atômicas. Sem dúvida, também a transmitem a abundância de informação supostamente social ou científica, e não sempre legítima ou real (...). Não é seguro que no dia seguinte tenhamos água, ou que não haja greve de algum serviço público ou privado; que o produto que adquirimos não lesione a saúde, ou que tenha as características anunciadas ou que seu preço não tenha sido fraudulentamente aumentado.¹⁸¹

Esta sensação social de insegurança tende à produção de exclusão social. Não mais se produzem formas de relação social e de organização

¹⁸⁰ GARLAND, David. *La cultura del control. Crimen y orden social en la sociedad contemporánea*. Traducción de Máximo Sozzo. Barcelona: Gedisa, 2005. p. 72

¹⁸¹ ANIYAR DE CASTRO, Lola. *Criminología de los Derechos Humanos. Criminología axiológica como política criminal*. Buenos Aires: Del Puerto, 2010. p. 93-94

institucional que buscam a inclusão de indivíduos e setores da sociedade desfavorecidos, razão pela qual se assume, contemporaneamente, sem qualquer vergonha, a exclusão social como algo de caráter estrutural e insuperável.

No pensamento criminológico norteamericano dos últimos anos surgiram tendências tecnocráticas destinadas a legitimar o sistema penal por aquilo que ele é de fato, e não por aquilo que se gostaria que ele fosse¹⁸². De acordo com essa forma de pensar, o sistema penal não precisa de justificação diferente daquela que é oferecida pelo seu próprio funcionamento.¹⁸³

Descobriu-se que a pena funciona. Não como instrumento de ressocialização de sujeitos perigosos, tampouco como meio de intimidação de potenciais criminosos, mas sim como neutralização de grupos perigosos. São utilizadas penas diferentes conforme o nível de perigosidade social, segundo cálculos estatísticos de probabilidade, que identificam níveis de risco do comportamento criminoso conforme o nível social do sujeito. Afirma Pavarini: “O cárcere pode ser útil no governo da criminalidade e da recidiva se e enquanto seja posto em condições de operar com finalidade de neutralização seletiva.”¹⁸⁴

Dentro de uma cultura tecnocrática de administração da penalidade desenvolve-se o fim de neutralização seletiva. Verifica-se a interpretação do

¹⁸² WILSON, James Q. *Thinking about crime*. New York: Basic Books, 1975; FELLELY, Malcolm; SIMON, Jonathan. La nueva penología: notas acerca de las estrategias emergentes del sistema penal y sus implicaciones. Traducción de Máximo Sozzo. In: *Delito y Sociedad*, n. 6-7. Buenos Aires: Universidad de Buenos Aires, 1995.

¹⁸³ PAVARINI, Massimo. *Punir os inimigos. Criminalidade, exclusão e insegurança*. Tradução de Juarez Cirino dos Santos e Aliana Cirino Simon, Curitiba: LedZe, 2012. p. 152

¹⁸⁴ PAVARINI, Massimo. *Punir os inimigos. Criminalidade, exclusão e insegurança*. Tradução de Juarez Cirino dos Santos e Aliana Cirino Simon, Curitiba: LedZe, 2012. p. 154-155

sistema de justiça criminal como algo que deve buscar a eficiência, diferenciando a resposta punitiva por níveis de periculosidade, com a consequente implementação de meios de controle sobre grupos sociais considerados perigosos.¹⁸⁵

Uma nova lógica se estabelece, e o raciocínio não representa uma grande novidade. Trata-se da aplicação ao sistema de justiça criminal de um conjunto de práticas que remete aos procedimentos e às lógicas das empresas de seguro, que assumem uma filosofia específica de gestão de riscos.¹⁸⁶

Segundo a criminologia atuarial (ou administrativa), o objetivo do sistema de justiça criminal é gerenciar grupos da população identificados como perigosos e de risco, com a manutenção do sistema punitivo com um custo mínimo. Tem-se como pressuposto a real incapacidade do Estado para vencer a criminalidade e garantir a segurança da população. Assim, no lugar da ressocialização e da intimidação como finalidades a serem atingidas pelo sistema penal, as palavras de ordem são *gestão* e *distribuição* de riscos que não podem ser afastados com eficácia.¹⁸⁷

Verifica-se mudança nas figuras dos criminólogos e na linguagem desta nova criminologia. Os criminólogos não são mais juristas, filósofos, médicos ou sociólogos, que buscavam identificar as causas da criminalidade para sobre elas direcionar a política de controle do delito. São estatísticos, capazes de

¹⁸⁵ PAVARINI, Massimo. *Punir os inimigos. Criminalidade, exclusão e insegurança*. Tradução de Juarez Cirino dos Santos e Aliana Cirino Simon, Curitiba: LedZe, 2012. p. 155

¹⁸⁶ BRANDARÍZ GARCIA, José Ángel. *Política criminal de la exclusión. El sistema penal em tempo de declive del Estado Social y de crisis del Estado-Nación*. Granada: Comares, 2007. p. 81; DIETER, Maurício Stegmann. *Política criminal atuarial: a criminologia do fim da história*. Rio de Janeiro: Revan, 2013.

¹⁸⁷ BRANDARÍZ GARCIA, José Ángel. *Política criminal de la exclusión. El sistema penal em tempo de declive del Estado Social y de crisis del Estado-Nación*. Granada: Comares, 2007. p. 83

identificar grupos populacionais que apresentam risco social. A linguagem utilizada pela criminologia atuarial é outra: em vez de se falar em responsabilidade individual de um sujeito culpável que praticou um tipo de injusto, ou, ainda, de ressocialização de um sujeito perigoso, fala-se em “identificar, classificar, ordenar e gerenciar grupos perigosos de modo eficiente”.¹⁸⁸

Em ordenamentos jurídicos como o norteamericano a lógica atuarial para determinar o nível de perigosidade do sujeito aparece nas decisões judiciais. Pela confiança técnica na capacidade de selecionar os futuros criminosos, a resposta estatal, para evitar que os sujeitos selecionados se tornem criminosos de carreira, não é dada em razão da culpabilidade individual, mas sim em razão da periculosidade social. No lugar de penas, medidas de segurança para imputáveis.

Para disciplinar o poder discricionário no *sentencing* norteamericano, considera-se de elevado risco, independente do delito pelo qual responde, o selecionado que apresentar 4 (quatro) dos 7 (sete) indicativos seguintes: “1. Já ter sofrido uma detenção pelo mesmo delito; 2. Ter passado mais de um ano em cárcere nos últimos dois; 3. Ter estado no cárcere quando era menor de idade; 4. Ter sido tomado sob encargo dos serviços sociais da justiça menoril; 5. fazer uso de heroína já em idade de menor; 6. fazer uso de heroína nos últimos 2 anos; 7. Não ter trabalhado pelo menos um ano nos últimos dois.”¹⁸⁹

¹⁸⁸ ANITUA, Gabriel Ignacio. *Histórias dos pensamentos criminológicos*. Tradução de Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, 2008. p. 815

¹⁸⁹ PAVARINI, Massimo. *Punir os inimigos. Criminalidade, exclusão e insegurança*. Tradução de Juarez Cirino dos Santos e Aliana Cirino Simon, Curitiba: LedZe, 2012. p. 158, nota de rodapé n. 197.

De acordo com Feley e Simon, a justiça penal atuarial é poderosa justamente pela ausência de uma ideologia que impulsiona a ação. Ela simplesmente impõe práticas que não estão subordinadas a uma ideologia específica ou a uma racionalidade determinada.¹⁹⁰

Provavelmente seja essa ausência de uma ideologia que fundamente a ação é que torne a política criminal atuarial uma prática tão aceita junto à população. Pavarini fala de “una penologia desde abajo”¹⁹¹, e chama a atenção para um dado ao qual muito pouco se presta atenção.

O tema carcerário, na sua história de dois séculos, foi objeto de uma hegemonia elitista, no sentido de que essa forma de punir foi legitimada, por razões preventivas, como propriedade característica de movimentos políticos e culturais minoritários. Referidos movimentos, compostos em sua maioria por profissionais e especialistas na matéria, em parte orientados por objetivos progressistas, apresentaram um ponto de vista específico de seu lugar de fala sobre o cárcere.¹⁹²

No entanto, contemporaneamente, existem pelo menos duas leituras em relação ao tema carcerário. Uma delas, que está em profunda crise, é a produzida nas academias, divulgada em congressos, livros e revistas especializadas a um círculo muito restrito de pessoas. Trata-se de uma forma de pensar o tema do cárcere que, em síntese, demonstra a impossibilidade de o sistema penal funcionar como instrumento de controle da criminalidade. A

¹⁹⁰ FELLELY, Malcolm; SIMON, Jonathan. La nueva penología: notas acerca de las estrategias emergentes del sistema penal y sus implicaciones. Traducción de Máximo Sozzo. In: *Delito y Sociedad*, n. 6-7. Buenos Aires: Universidad de Buenos Aires, 1995.

¹⁹¹ PAVARINI, Massimo. *Un arte abyecto. Ensayo sobre el gobierno de la penalidade*. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2006. p. 122

¹⁹² PAVARINI, Massimo. *Un arte abyecto. Ensayo sobre el gobierno de la penalidade*. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2006. p. 122

outra forma de leitura sobre o sistema penal é muito mais próxima da forma como a maioria da população entende o assunto, “aparentemente mais democrática, certamente mais populista”¹⁹³. Trata-se de uma “democracia de opinião”, em que o recurso à pena criminal é objeto de troca entre políticos e eleitores. O discurso punitivo é dirigido a acalmar o medo e a insegurança da população, elementos que orientam a racionalidade popular na escolha por seus representantes. Nas palavras de Pavarini:

Nos sistemas democráticos, talvez pela primeira vez, o recurso público da segurança se torna objeto significativo (em alguns casos até principal) de intercâmbio político entre eleitores e eleitos, entre opinião pública e sistema político. (...) Com efeito, o fenômeno da inflação da punição – em abstrato e em concreto – é também sinal da crise da democracia representativa e da emergência prepotente de uma democracia de opinião. Nesta é exaltada a percepção emocional do sujeito, reduzido às suas emoções mais elementares: medo e raiva. E o novo discurso político tende a se articular, cada vez mais, em torno a tais emoções, das quais o sistema penal é particularmente capaz de oferecer uma expressão coerente, na função de produção simbólica de sentido através do processo de imputação de responsabilidade.¹⁹⁴

A primeira forma de leitura, a produzida nas academias, e presente em alguns discursos de pessoas que possuem responsabilidade institucional (funcionários que atuam na administração do sistema penal), tende ao pessimismo. Lamenta-se constatação de que o sistema, nos fatos, não funciona como deveria funcionar. A desilusão decorre, principalmente, do fato de que o cárcere foi imposto como sistema punitivo na intenção de satisfazer a necessidade de um sistema penal moderno, que fosse brando e útil. Ademais, constatou-se que, ao contrário das funções ideais e legitimadoras atribuídas à

¹⁹³ PAVARINI, Massimo. *Un arte abyecto. Ensayo sobre el gobierno de la penalidade*. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2006. p. 123

¹⁹⁴ PAVARINI, Massimo. Do front italiano: A metáfora da guerra e a democracia da segurança. In BOZZA, Fábio; ZÍLIO, Jacson (org.) *Estudos críticos sobre o sistema penal. Homenagem ao Professor Doutor Juarez Cirino dos Santos por seu 70º aniversário*. Curitiba: LedZe, 2012. p. 501-502

pena criminal, destaca-se a sua função real, de produção e reprodução da desigualdade social, por meio de uma violência caracterizada pela crueldade e por seus efeitos de intensa nocividade social.¹⁹⁵

A segunda leitura sobre o sistema penal, em forte crescimento, está convencida da utilidade da pena de prisão. Esta forma de pensar é bastante tosca em sua aplicação, e não aparece com frequência em trabalhos acadêmicos, ainda que não falte quem aceite oferecer explicações científicas.¹⁹⁶ Este pensamento encontra-se no discurso das pessoas, e é reforçado pelos meios de comunicação de massa, mas também se articula com alguma legitimação científica.¹⁹⁷ O atuarialismo como estratégia políticocriminal, a aplicação da Análise Econômica do Direito à questão do delito e da pena, e a incapacitação seletiva como principal função da pena são discursos que, além de estarem na boca dos políticos e da população, contam com legitimação por parte de alguns cientistas.¹⁹⁸ Além disso, o neorretribucionismo surge com força.¹⁹⁹

¹⁹⁵ PAVARINI, Massimo. *Punir os inimigos. Criminalidade, exclusão e insegurança*. Tradução de Juarez Cirino dos Santos e Aliana Cirino Simon, Curitiba: LedZe, 2012. p. 153

¹⁹⁶ FELLELY, Malcolm; SIMON, Jonathan. La nueva penología: notas acerca de las estrategias emergentes del sistema penal y sus implicaciones. Traducción de Máximo Sozzo. In: *Delito y Sociedad*, n. 6-7. Buenos Aires: Universidad de Buenos Aires, 1995.

¹⁹⁷ PAVARINI, Massimo. *Punir os inimigos. Criminalidade, exclusão e insegurança*. Tradução de Juarez Cirino dos Santos e Aliana Cirino Simon, Curitiba: LedZe, 2012. p. 154

¹⁹⁸ FELLELY, Malcolm; SIMON, Jonathan. La nueva penología: notas acerca de las estrategias emergentes del sistema penal y sus implicaciones. Traducción de Máximo Sozzo. In: *Delito y Sociedad*, n. 6-7. Buenos Aires: Universidad de Buenos Aires, 1995; FEELEY, Malcolm e SIMON, Jonathan. *Actuarial Justice: the Emerging New Criminal Law*. In: NELKEN, David (Org.). *The Futures of Criminology*. Londres (Inglaterra): Sage, 1994. p. 173-201; HARCOURT, Bernard E. *Against Prediction: profiling, policing and punishing in an Actuarial Age*. Chicago (Illinois): The University of Chicago Press, 2007. p. 16

¹⁹⁹ VON HIRSCH, Andrew. *Censurar y castigar*. Madrid: Trotta, 1998.

Ainda que esta leitura se encontre nas palavras dos políticos, não se pode afirmar que se trata de um discurso sempre de direita. Em relação ao tema carcerário, discursos de direita e esquerda buscam produzir a legitimação do cárcere. O realismo criminológico das esquerdas²⁰⁰, com argumentos diversos, chega a conclusões parecidas com as do realismo “duro” de direita.²⁰¹

No modelo econômico neoliberal, em que nem todos podem ser considerados sujeitos por não poderem consumir, utiliza-se a instância penal como instrumento de exclusão de pessoas que o Estado não quer ou não pode incluir. O direito penal do inimigo representa um paradigma de militarização do direito penal pela lógica bélica, em que o sistema jurídico é transformado em arma de guerra contra inimigos. Trata-se de um modelo em que desaparecem as características de um direito penal liberal, e destacam-se características de um modelo totalitário. O objeto da incriminação deixa de ser um *injusto* praticado por um autor dotado de *culpabilidade* e passa a ser a *periculosidade* de alguém identificado como *inimigo*. No lugar de pena, caminha-se na direção da aplicação de medida de segurança para imputáveis.

A criminologia atuarial se apresenta, em termos, como um discurso sensato, quando comparado com o discurso produzido pela criminologia positivista. Esta última apresenta um pensamento sem qualquer lucidez, pois tentou encontrar uma explicação científica a um fenômeno (criminalidade) que, em essência, é político (processos de criminalização). A atividade de estudar as razões que determinam a violação das normas penais e as finalidades da

²⁰⁰ YOUNG, Jock. Criminologia da classe trabalhadora. In TAYLOR, Ian; WALTON, Paul; YOUNG, Jock. *Criminologia Crítica*. Tradução de Juarez Cirino dos Santos e Sérgio Tancredo. Rio de Janeiro: Graal, 1980. p. 73-112

²⁰¹ WILSON, James Q. *Thinking about crime*. New York: Basic Books, 1975.

pena não pode ser feita por um campo do conhecimento que esconda a dimensão política do conflito sobre a exclusão de determinadas pessoas da cidadania. O exercício da cidadania pressupõe a participação dos cidadãos. Quando excluídos, não podem participar dos processos de decisão política, passando a ser mero objeto.

O Brasil representa um exemplo das consequências humanas do neoliberalismo. Como essa forma de organização sócio-econômica só existe a partir da exclusão de muitas pessoas, de forma que o Estado não pode e/ou não quer oferecer condições mínimas para a inclusão social dos excluídos, a utilização do sistema penal, agora totalmente deslegitimado por estar abandonado de toda justificção fundada no pertencimento dos cidadãos ao *contrato social*, atua, como sempre, com mínima eficácia na sua atividade de neutralização seletiva daqueles que, por serem excluídos pela lógica de mercado, e por não serem passíveis de inclusão, são definidos como *inimigos*.

Os *inimigos* foram produzidos pela própria política (governada pelo modelo econômico neoliberal). Se a política produziu a exclusão de considerável parte dos brasileiros, de fato, segundo essa lógica, não podem ser considerados cidadãos. A ideia de cidadania pressupõe participação ativa dos cidadãos, e essa participação pressupõe condição de igualdade (ou pelo menos algo próximo disso) entre as pessoas. O enfraquecimento dos laços de solidariedade, determinado pelo imperativo da excludente competição neoliberal, faz com que os sujeitos não queiram participar das decisões políticas. De acordo com essa lógica, política é coisa para profissionais. Assim, de sujeito da política, o brasileiro contemporâneo passa a mero objeto das

decisões tomadas pelos governantes. Trata-se de uma “orquestra que toca sem a necessidade de ser orquestrada”²⁰².

Ademais, a busca pelo sucesso individual, como ideologia contemporânea, exclui laços de solidariedade de forma que a exclusão passa a ser entendida como algo natural, que faz parte da natureza das coisas, e não como algo produzido politicamente. Nesse sentido, a servidão passa a ser voluntária. O “Discurso sobre a servidão voluntária”, de Etienne de la Boetie, de 1.548, nunca foi tão atual. As próprias pessoas que são excluídas pelo sistema encontram motivos para servir ao governante, e se conformam com a condição em que se encontram. Entendem que a servidão ao governante pode lhe permitir o alcance do sucesso individual. Mais que isso, apóiam a exclusão produzida pelo sistema penal contra aqueles que não encontram os mesmos motivos para se submeterem às leis estatais.

No Brasil, sem dúvida, a categoria *inimigo* se identifica com a canalha. Afirma Katie Arguello que “a política criminal de retórica bélica contra as drogas é a que mais claramente exterioriza o *inimigo interno* número um da sociedade”.²⁰³ A lógica de guerra, que afasta as garantias do cidadão frente ao poder punitivo estatal, produz a ideia de que os inimigos são “pessoas matáveis”.

A indefinição do conceito de inimigo produz total desprezo à vida de muitas pessoas que se encontram em um campo de indeterminação entre as categorias cidadão e inimigo. Trata-se de uma circunstância em que a vida de

²⁰² MARQUES NETO, Agostinho Ramalho. Neoliberalismo e gozo. In Escola Lacaniana de Vitória. *A lei em tempos sombrios*. Rio de Janeiro: Companhia de Freud, 2009. p. 60

²⁰³ ARGUELLO, Katie. Processo de criminalização e marginalidade social. In BOZZA, Fábio; ZÍLIO, Jacson (org.) *Estudos críticos sobre o sistema penal. Homenagem ao Professor Doutor Juarez Cirino dos Santos por seu 70º aniversário*. Curitiba: LedZe, 2012. p. 175

determinadas pessoas não possui valor jurídico. Referidas pessoas podem ser reconhecidas como o “homo sacer”, a que se refere Agambem.²⁰⁴ Torna-se comum a matança de pessoas em circunstâncias em que se reconhece que os mortos faziam parte de grupos de traficantes ou participavam do chamado crime organizado. Relata Paulo Busato que

O que existe é verdadeiro assassinato em massa de suspeitos pela polícia que figura disfarçado sob o título de resistência. Consta que de 2001 a 2011 foram mortos cerca de 10.000 suspeitos de roubo e tráfico, a maior parte sem que se saiba exatamente em que condições e quase nenhum desses casos foi apreciado pelo Tribunal do Júri. Aponta-se que de 2008 a 2010 foram assassinadas mais de 140.000 pessoas no Brasil, uma média de 47.000 por ano. 25 assassinatos ao ano por cada 100.000 pessoas, um índice considerado de violência epidêmica.²⁰⁵

Enfim, esses são elementos da expansão penal que não guardam relação com a chamada “sociedade de risco”. Trata-se da punição dos mesmos, agora com novas tecnologias e novas fundamentações teóricas.

No item a seguir, referida expansão penal será analisada sob o enfoque do estudo das manifestações do *poder* na configuração da sociedade, especialmente o surgimento de uma *sociedade de segurança* junto com a *sociedade disciplinar*.

1.2.2.3 A política criminal atuarial como manifestação dos dispositivos de segurança da sociedade de controle

Na aula de 11 de janeiro de 1.978, no Collège de France, Foucault aponta o reconhecimento de uma política criminal atuarial, sem que sequer se

²⁰⁴ AGAMBEN, Giorgio. *Homo Sacer: o poder soberano e a vida nua*. Trad. de Henrique Burigo. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2002. p. 79 e ss.

²⁰⁵ BUSATO, Paulo César. A realidade das Unidades de Polícia Pacificadora, e o discurso legitimador do medo. Mais um exemplo de Direito Penal do Inimigo. In BOZZA, Fábio; ZÍLIO, Jacson (org.) *Estudos críticos sobre o sistema penal. Homenagem ao Professor Doutor Juarez Cirino dos Santos por seu 70º aniversário*. Curitiba: LedZe, 2012. p. 601-602

falasse disto no momento em que proferiu referida aula, nos seguintes termos: “a questão que se coloca será a de saber como, no fundo, manter um tipo de criminalidade, ou seja, o roubo, dentro de limites que sejam social e economicamente aceitáveis e em torno de uma média que vai ser considerada, digamos, ótima para um funcionamento social dado.”²⁰⁶ Falava o autor, superficialmente, sobre os modelos de punição e estratégias de controle social.

Nesta parte do trabalho o que se quer é analisar a política criminal atuarial como um dos diversos dispositivos de segurança característicos das *sociedades de segurança*. Para tanto, serão pensadas as diversas formas de poder que se manifestam nas sociedades contemporâneas. Longe de realizar uma *teoria geral do poder*, o que se quer é analisar as estratégias de controle da “multidão pós-fordista”²⁰⁷ nas sociedades contemporâneas.

O reconhecimento de que, em essência, a política, o judiciário e o cárcere ainda são as instituições fundamentais das estratégias de controle social não impede uma análise das outras estratégias de controle que representam a tendência das transformações em andamento.²⁰⁸

²⁰⁶ FOUCAULT, Michel. *Segurança, território, população*. Tradução de Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 2008. p. 8

²⁰⁷ Como conceito operativo, deve-se determinar o que significa a expressão “multidão pós-fordista”. Tal definição é extraída de Alessandro De Giorgi, que trabalha com referida categoria: “Não é no nível da fenomenologia do trabalho que podemos compreender o significado do excesso pós-fordista, mas sim no nível da sua ‘ontologia’: são os pressupostos da produtividade do trabalho que hoje excedem a relação capitalista e não as determinações concretas desta produtividade. **No nível constitutivo, ontológico, a força de trabalho contemporânea se configura como totalidade produtiva indistinta, como conjunto de potencialidades cooperativas que escapam a qualquer regulamentação: nesse sentido, ela é uma *multidão*.**” DE GIORGI, Alessandro. *A miséria governada através do sistema penal*. Tradução de Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, 2006. p. 78-79 (o negrito não consta no original).

²⁰⁸ DE GIORGI, Alessandro. *A miséria governada através do sistema penal*. Tradução de Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, 2006. p. 83

Brandariz García afirma que, nos últimos anos, diversos autores preocupados com a análise dos sistemas de controle social contemporâneos, e em especial do controle penal, têm recorrido a uma tese de especial capacidade explicativa: a transição da *sociedade disciplinar* à *sociedade de controle*.²⁰⁹

Referida tese tem como aporte teórico as obras de Foucault, nas quais, com suas contribuições analíticas, reconheceu que a penalidade, no decorrer dos séculos 19 e 20, se conformava a uma determinada espécie de organização social, caracterizada pelo que chamava de *poder disciplinar*, razão pela qual podia ser chamada de *sociedade disciplinar*, e que se diferenciava das sociedades anteriores, que se caracterizavam pela existência de um *poder soberano*.²¹⁰

O poder soberano é aquele que se concentra na figura do Estado soberano. Tem origem na ideia de contrato social, pacto que, por consenso daqueles que dele participam, retira os poderes que os particulares possuíam em “estado de natureza”. É um poder que, identificado na figura do soberano, é executado de forma vertical. É o poder que, em regra, por meio de proibições e, eventualmente, pelo poder de decidir a morte, determina os limites negativos de atuação dos sujeitos.²¹¹

Já o *poder disciplinar* não se concentra nas mãos do soberano (Estado), pois está espalhado nas instituições da sociedade (famílias, escolas,

²⁰⁹ BRANDARÍZ GARCIA, José Ángel. *Política criminal de la exclusión. El sistema penal en tiempo de declive del Estado Social y de crisis del Estado-Nación*. Granada: Comares, 2007. p. 26

²¹⁰ FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir: história da violência nas prisões*. Tradução de Ligia M. Pondé Vassalo. Petrópolis: Vozes, 1983.

²¹¹ FOUCAULT, Michel. *La verdad y las formas jurídicas*. 4. ed., Barcelona: Gedisa, 2005. p. 98 e ss

conventos, sindicatos, hospitais psiquiátricos, prisão). Trata-se de um poder que não se concentra na esfera pública. É a ideia de poder que estuda como práticas e discursos, instituições e saberes, articulados, apresentam efeitos sobre os corpos. É um poder que age em rede, sem um sentido específico; funciona de forma positiva, conformando sujeitos, buscando *gerir a vida*. Além de determinar proibições, estabelece padrões positivos de comportamentos, de forma a normalizar os corpos.²¹²

Isso não quer dizer que as sociedades anteriores não conheciam instâncias de controle social ou de castigo, mas sim que essas instâncias de controle e, conseqüentemente, o castigo, tinham funções diferentes: nas sociedades caracterizadas pelo *poder soberano* o poder punitivo *decidia a morte*, com uma lógica destrutiva, negativa; nas sociedades caracterizadas pelo *poder disciplinar*, mais do que *decidir a morte*, o poder é de *gerir a vida*.²¹³

Em síntese, segundo Foucault existe um poder soberano e um normalizador. Este último é dirigido a fazer com que o indivíduo amolde seu comportamento à norma. O poder disciplinar, a partir de um aparato institucional e discursivo, forja subjetividades, moldando os corpos a um padrão específico. Especificamente na prisão, por meio da disciplina, ocorre a transformação de corpos brutos e inúteis em dóceis e úteis. Afirma De Giorgi que “os processos de formação das tecnologias disciplinares em *Vigiar e punir*

²¹² FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir: história da violência nas prisões*. Tradução de Ligia M. Pondé Vassalo. Petrópolis: Vozes, 1983. FOUCAULT, Michel. *Em defesa da sociedade: curso no Collège de France (1975-1976)*. trad. Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 1999. p. 27-48

²¹³ FOUCAULT, Michel. *Em defesa da sociedade: curso no Collège de France (1975-1976)*. trad. Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

constituem o contexto em que se dá a passagem do ‘suplício’ à ‘prisão’, isto é, de um poder que *destrói* a um poder que *transforma*.”²¹⁴

É a partir dessas noções introdutórias que a noção de “sociedade de segurança” pode ser desenvolvida. A “sociedade de segurança” desenvolve mecanismos de controle de um novo personagem histórico, reconhecido no século 18, que é a *população*.²¹⁵ Os mecanismos de controle dessa sociedade, chamados de *dispositivos biopolíticos*²¹⁶, ou *dispositivos de segurança*²¹⁷, podem ser entendidos como o conjunto de estratégias destinadas à normalização, não mais de indivíduos (poder disciplinar), mas sim da população. Não mais se trata de um poder disciplinar, que tem por objetivo disciplinar corpos, mas de normalizar conjuntos populacionais. Os indivíduos só possuem importância como instrumento para se obter algo no nível da população.²¹⁸

Trata-se de uma tecnologia de poder que não substitui o poder soberano nem o poder disciplinar da *sociedade disciplinar*. É uma tecnologia de poder, também disciplinar, paralela, e não substitutiva das demais formas de poder.²¹⁹

²¹⁴ DE GIORGI, Alessandro. *A miséria governada através do sistema penal*. Tradução de Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, 2006. p. 84

²¹⁵ FOUCAULT, Michel. *Segurança, território, população*. Tradução de Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 2008. p. 88

²¹⁶ Expressão utilizada em FOUCAULT, Michel. *Em defesa da sociedade: curso no Collège de France (1975-1976)*. trad. Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

²¹⁷ Expressão utilizada em FOUCAULT, Michel. *Segurança, território, população*. Tradução de Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 2008. p. 39 e ss

²¹⁸ FOUCAULT, Michel. *Segurança, território, população*. Tradução de Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 2008. p. 87

²¹⁹ FOUCAULT, Michel. *Segurança, território, população*. Tradução de Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 2008. p. 10

Problemas como velhice, doença, mortalidade, natalidade, fluxo no trânsito, etc., passam a ser objeto da política na *sociedade de segurança*.

O governo da população é muito diferente do exercício de uma soberania sobre os comportamentos individuais. O foco da atuação política deixa de ser o disciplinamento do indivíduo, e passa a ser a população. São duas economias de poder totalmente diferentes.²²⁰

A *governamentalidade* deve agir sobre uma série de fatores, de elementos que estão aparentemente longe da própria população. Nas palavras de Foucault:

É portanto uma técnica totalmente diferente que se esboça (...): não se trata de obter a obediência dos súditos em relação à vontade do soberano, mas de atuar sobre coisas aparentemente distantes da população, mas que se sabe, por cálculo, análise e reflexão, que podem efetivamente atuar sobre a população.²²¹

Nesse contexto, o homem é apenas uma parte da população a ser governada. Enquanto a questão do poder se pensa dentro de uma da *teoria da soberania*, o *homem* não existe, apenas é possível se pensar no *sujeito de direito*. A partir do momento em que se pensa o poder em termos de *governamentalidade*, pode-se dizer que “o homem foi para a população o que o sujeito de direito havia sido para o soberano”.²²²

Uma atenta percepção da política criminal contemporânea, que tem como o seu principal objeto a segurança pública, indica as estratégias jurídicas

²²⁰ FOUCAULT, Michel. *Segurança, território, população*. Tradução de Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 2008. p. 87

²²¹ FOUCAULT, Michel. *Segurança, território, população*. Tradução de Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 2008. p. 94

²²² FOUCAULT, Michel. *Segurança, território, população*. Tradução de Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 2008. p. 103

de controle da criminalidade estão cada vez menos blindadas em relação à atuação de dispositivos de segurança.

Nesse contexto, o cárcere é ressignificado. De instrumento destinado à normalização de sujeitos perigosos, passa a ser um dispositivo de segurança, destinado ao controle de grupos populacionais considerados perigosos. A função da pena deixa de ser a de ressocialização (normalização/disciplina) e o cárcere passa a ser apenas mais um dos instrumentos de segurança pública. A criminologia desloca seu objeto de estudo: das funções da pena à segurança pública.

As políticas brasileiras de segurança pública são claros exemplos de dispositivos de segurança. Em nome do bem comum e do interesse público, verifica-se uma ocupação militar de favelas do Rio de Janeiro, por meio das chamadas Unidades de Polícia Pacificadora, e das periferias das cidades do Paraná, por meio das chamadas Unidade Paraná Seguro. De forma alguma essas estratégias de controle têm por objeto a normalização de sujeitos. Tal atividade deve ser deixada para instituições, como Igreja, família, escola, e prisão. Trata-se de mecanismo biopolítico, que atua sobre grupos populacionais rotulados como perigosos.

Da mesma forma, a legislação penal brasileira está atravessada por mecanismos dessa natureza. Exemplo claro está na normativa referente ao chamado Regime Disciplinar Diferenciado: a suspeita de que determinado sujeito pertence ao grupo populacional “crime organizado” permite a introdução do sujeito em referido regime. Não se trata de sanção normalizadora. Trata-se, única e exclusivamente, de neutralização seletiva que tem como objeto não o

indivíduo isolado, mas sim o indivíduo como pertencente ao grupo populacional rotulado como perigoso.

E quem são os grupos perigosos? E qual a característica do controle social (penal e não-penal) contemporâneo? As respostas aos questionamentos podem ser obtidas pela análise da relação entre a dinâmica da produção e as formas de controle social a partir do surgimento do que De Giorgi chama de “multidão pós-fordista”, e da hipótese de que as estratégias de controle pós-disciplinares são orientadas para o controle da nova força de trabalho, em um regime de “governo do excesso”.²²³

Se em determinado estágio do desenvolvimento do capitalismo industrial, aquele em que havia um regime de carência de mão-de-obra, as agências de controle social exerciam a função de “racionalização disciplinar da produção e de sujeição da força de trabalho à valorização capitalista”²²⁴, percebe-se, contemporaneamente, o esgotamento parcial dessa função.

Em *Vigiar e Punir*, o trabalho de Foucault foi demonstrar os processos históricos de transformação da punição, perguntando de que forma o castigo foi, progressivamente, perdendo a lógica de negação e destruição dos desvios, e passou a ter uma função produtiva, no processo de afirmação histórica do capitalismo. Em *Segurança, território e população*, demonstra o surgimento de outra prática de poder, não mais fundada no *poder soberano*, mas sim na ciência do governo. De um poder que proíbe (soberania) a um poder que regula (governamentalidade), esta é a lógica.

²²³ DE GIORGI, Alessandro. *A miséria governada através do sistema penal*. Tradução de Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, 2006. p. 83

²²⁴ DE GIORGI, Alessandro. *A miséria governada através do sistema penal*. Tradução de Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, 2006. p. 83

Na sociedade industrial, com um regime de carência, percebia-se que as relações capitalistas de produção eram superiores à força de trabalho. Referidas relações necessitam de formas de cooperação para as quais a força de trabalho não está adequada. Para contornar essa carência de mão de obra, o sistema capitalista inventou “métodos de poder capazes de ampliar as forças, as atitudes, a vida em geral, sem, no entanto, tornar mais difícil o assujeitamento”²²⁵. A prisão e as demais agências de controle social agiram segundo essa lógica. Cumpram a função de disciplinar a mão de obra nesse regime de carência.

No entanto, nas sociedades pós-industriais, o regime não é mais de carência, mas sim de excesso. A crise do fordismo, na metade da década de 1970, com a crise do petróleo, produz alteração na forma de organização social e, principalmente, na política penal. Não há mais necessidade de disciplinar a mão de obra, pois há um regime de excesso. Forma-se uma multidão, que passa a ser objeto de uma nova forma de controle por parte do Estado.

A ligação entre saber e poder que caracterizava o poder disciplinar das sociedades marcadas pelo regime de carência é substituída por um *não-saber*, que desenvolve sistemas de controle (na linguagem de Foucault, dispositivos de segurança) dirigidos à supervisão e contenção de grupos populacionais, abrindo mão de qualquer saber sobre os sujeitos.²²⁶ O criminólogo deixa de ser o médico, o detentor dos saberes *psi*, e passa a ser o estético.

²²⁵ DE GIORGI, Alessandro. *A miséria governada através do sistema penal*. Tradução de Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, 2006. p. 88

²²⁶ DE GIORGI, Alessandro. *A miséria governada através do sistema penal*. Tradução de Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, 2006. p. 93

Nesse contexto, o excesso de força de trabalho não é mais tratado pelos instrumentos de regulação social da pobreza do Estado de bem-estar (que, por sinal, faliu), com o objetivo de inclusão social, e sim, por ser considerado “classe perigosa”, “população problemática”, é controlado pelos mecanismos de repressão penal.²²⁷ Como afirma Bauman: “o encarceramento, sob variados graus de severidade e rigor, tem sido em todas as épocas o método primordial de lidar com setores inassimiláveis e problemáticos da população, difíceis de controlar”.²²⁸

O conceito de referência utilizado pelas novas tecnologias de poder é o de *risco*. O excesso de mão de obra é considerado uma população portadora de risco, e o sistema penal deve funcionar como instrumento de prevenção de situações de risco. Não se quer neutralizar uma pessoa, em decorrência de sua perigosidade, mas sim administrar populações portadoras de risco. Não se quer reduzir a criminalidade por meio da disciplina, apenas administrá-la através da gestão de riscos. A lógica não é disciplinar, mas sim atuarial. As características individuais deixam de ser o objeto do saber e do controle penal, e as probabilidades de pertencimento de determinado sujeito a uma classe perigosa passa a ser o critério de realização da política penal²²⁹. Afirma De Giorgi:

Enquanto a reclusão disciplinar era uma espécie de “laboratório” – no qual o desenvolvimento das tecnologias de controle alimentava, constantemente, novos saberes sobre os sujeitos, que, depois, eram reflexivamente aplicados às mesmas tecnologias para melhorar a sua capacidade de penetração na realidade –, o

²²⁷ WACQUANT, Loïc. *Punir os pobres*. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

²²⁸ BAUMAN, Zygmunt. *Globalização. As consequências humanas*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1999. p. 114

²²⁹ DE GIORGI, Alessandro. *A miséria governada através do sistema penal*. Tradução de Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, 2006. p. 97-98

encarceramento de massa atuarial renuncia expressamente a tudo isso. O atuarialismo penal declara, assim, a irrelevância do saber sobre os indivíduos e o substitui pela construção de categorias e formas de individualização completamente arbitrárias, baseadas no conceito de periculosidade e orientada para a contenção dos riscos.²³⁰

O superencarceramento contemporâneo, justificado por retóricas belicistas, atribui ao excesso de mão de obra o rótulo de classe perigosa, e, por meio de um processo de dessocialização da multidão pós-fordista, substitui laços de solidariedade por “um regime de *desconfiança universal*, que impede o reconhecimento recíproco dos indivíduos como parte de uma mesma força de trabalho universal”.²³¹

A transição da disciplinar à sociedade de controle foi verificada por Deleuze, que contextualiza referida transição na crise generalizada das instituições de confinamento (família, fábrica, hospital, prisão), que, apesar de diversas reformas, não mais conseguem cumprir sua função anterior (disciplinar). Como consequência da crise, o sistema de controle contemporâneo abandona lugares fechados e se estende por todo o espaço social, em dispositivos de controle moduláveis e constantes. Assim, enquanto a *disciplina* era um projeto a ser realizado em longo prazo e de forma descontínua, o *controle* é uma resposta em curto prazo, de forma contínua.²³²

Como *programa* desta sociedade de controle, Deleuze cita a inteligência de Guattari, que imaginou “uma cidade onde cada um pudesse deixar seu

²³⁰ DE GIORGI, Alessandro. *A miséria governada através do sistema penal*. Tradução de Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, 2006. p. 99

²³¹ DE GIORGI, Alessandro. *A miséria governada através do sistema penal*. Tradução de Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, 2006. p. 100-101

²³² DELEUZE, Gilles. Post-scriptum sobre as sociedades de controle. In *Conversações: 1972-1990*. Rio de Janeiro: Ed. 34, 1992. p. 219-226; BRANDARÍZ GARCIA, José Ángel. *Política criminal de la exclusión. El sistema penal em tempo de declive del Estado Social y de crisis del Estado-Nación*. Granada: Comares, 2007. p. 32-33

apartamento, sua rua, seu bairro, graças a um cartão eletrônico (dividual) que abriria as barreiras; mas o cartão poderia também ser recusado em tal dia, ou entre tal e tal hora; o que conta não é a barreira, mas o computador que detecta a posição de cada um, lícita ou ilícita, e opera uma modulação universal.”²³³ A transposição deste pensamento ao âmbito da penalidade demonstra a crise do cárcere como principal espécie de punição, e sua gradual substituição por penas substitutivas e mecanismos eletrônicos de controle que indicam a localização do condenado.²³⁴

A análise dos trabalhos de Foucault e Deleuze permitiu com que criminólogos, como Garland, De Giorge, Brandariz García, e outros, cada um com sua metodologia, reconhecessem características específicas do sistema penal contemporâneo. Destaca-se que não se trata de uma descrição de um sistema já vigente em sua integralidade, mas sim de um sistema em transformação, de uma tendência em relação à política penal. As características (tendências) são as seguintes:

1. Crise do modelo correcional e relançamento das funções de prevenção geral e especial negativas. O controle penal deixa de ser interpretado como instrumento para alcançar ulteriores fins e passa a ser entendido como um fim em si mesmo;

2. O controle penal tem como objeto *grupos de risco*, e os dispositivos de controle adotam formas de cálculo e gestão de riscos. Em síntese, adota-se

²³³ DELEUZE, Gilles. Post-scriptum sobre as sociedades de controle. In *Conversações: 1972-1990*. Rio de Janeiro: Ed. 34, 1992. p. 225; BRANDARÍZ GARCIA, José Ángel. *Política criminal de la exclusión. El sistema penal en tiempo de declive del Estado Social y de crisis del Estado-Nación*. Granada: Comares, 2007. p. 32-33

²³⁴ BRANDARÍZ GARCIA, José Ángel. *Política criminal de la exclusión. El sistema penal en tiempo de declive del Estado Social y de crisis del Estado-Nación*. Granada: Comares, 2007. p. 33

uma lógica de redistribuição, e não de redução de riscos²³⁵;

3. No Brasil, mais do que na Europa, onde o centro das políticas de controle social é o migrante, o objeto da política de segurança pública é o traficante de drogas. Sobre esta “população perigosa” realizam-se atividades de controle e de punição que ignoram direitos e garantias fundamentais dos controlados;

4. O controle é realizado em espaços que estão para além dos muros das prisões. Os espaços em que as pessoas circulam são redesenhados, buscando impedir a prática de comportamentos conflituos ou criminosos^{236 237};

5. O monopólio estatal com relação à atividade de segurança pública é repensado. A nova forma de controle distribui a responsabilidade e a garantia da segurança pública aos cidadãos e grupos comunitários, que se engajam no combate à criminalidade.²³⁸

Se toda essa mudança de paradigma na política criminal contemporânea apenas apresenta elementos de sofrimento e violência para uma população

²³⁵ BRANDARÍZ GARCIA, José Ángel. *Política criminal de la exclusión. El sistema penal en tiempo de declive del Estado Social y de crisis del Estado-Nación*. Granada: Comares, 2007. p. 36

²³⁶ BRANDARÍZ GARCIA, José Ángel. *Política criminal de la exclusión. El sistema penal en tiempo de declive del Estado Social y de crisis del Estado-Nación*. Granada: Comares, 2007. p. 37

²³⁷ Na realidade brasileira, veja-se o controle realizado sobre a atuação dos movimentos sociais, bem como a solução judicial adotada em relação ao fenômeno que ficou conhecido como “rolezinho”: em vez de o Estado promover a inclusão da juventude pobre que queria transitar nos espaços de consumo em que as classes mais favorecidas circulam, simplesmente – não proibiu – mas condicionou a entrada de adolescentes em shopping center a estarem acompanhados dos pais.

²³⁸ BRANDARÍZ GARCIA, José Ángel. *Política criminal de la exclusión. El sistema penal en tiempo de declive del Estado Social y de crisis del Estado-Nación*. Granada: Comares, 2007. p. 37

excluída do acesso aos meios de participação cidadã, se as práticas punitivas contemporâneas não apresentam qualquer elemento de racionalidade instrumental, no sentido de controlar a criminalidade, mas única e exclusivamente de redistribuição dos riscos de criminalidade inerentes à produção do excesso pós-fordista, se o superencarceramento não produziu qualquer controle da criminalidade, se é possível notar maior intensidade nos processos de criminalização, sem qualquer resultado positivo, sem qualquer comprovação de que referidas práticas têm conseguido evitar os conflitos sociais rotulados como crimes, parece que uma solução possível é tentar reduzir o sofrimento da população criminalizada por meio de categorias jurídicas que possam servir como instrumento de controle de atuação do poder punitivo estatal.

Portanto, nos próximos capítulos serão desenvolvidas as categorias dogmáticas “bem jurídico” e “proibição de excesso” como instrumentos de limitação à expansão penal.

II. A tentativa de limitação do poder punitivo pelo conceito de bem jurídico

Apresentadas as duas manifestações da expansão do direito penal, o que se quer no trabalho, daqui em diante, é desenvolver categorias jurídicas que, de fato, possam funcionar como limites do poder punitivo estatal.

Não se trata do desenvolvimento de categorias jurídicas inéditas, mas sim de apresentar novos argumentos que auxiliem a interpretação de categorias jurídicas já existentes. Os temas que serão objetos de estudo daqui em diante serão: a) o princípio de proteção bens jurídicos, e; b) o instrumento de interpretação pelo qual se atribuem sentidos às normas jurídicas chamado proibição de excesso, ambos como categorias jurídicas aptas à limitação do direito penal.

Neste segundo capítulo, apenas será trabalhado o princípio da proteção de bens jurídicos. Para atingir nosso objetivo, seguiremos o seguinte caminho. Num primeiro momento, será apresentada a evolução histórica do conceito de crime no direito penal, que, após a ideia de lesão de direito subjetivo proposta por Feurbach, ora se aproxima da ideia de lesão de bem jurídico, ora se aproxima da ideia de violação de dever. Esse estudo terá como objeto de análise as propostas apresentadas desde o início do século 19 até meados do século 20. Em seguida, serão apresentadas as discussões contemporâneas sobre a necessidade e a capacidade de rendimento do conceito de bem jurídico. Adiante, tem-se como objetivo demonstrar o abismo existente entre os desenvolvimentos teóricos realizados na academia e a prática dos tribunais, que, em decisões paradigmáticas, assinou o atestado de óbito da teoria do bem jurídico. Enquanto na academia são discutidos limites ao legislador, por

meio da teoria do bem jurídico e outros princípios limitadores do poder estatal, os Tribunais têm negado a vinculação do legislador à teoria do bem jurídico.

Embora me posicione no sentido de que a teoria do bem jurídico tem uma razoável capacidade de rendimento, como ela não é suficiente, bem como pelo fato de que não foi acolhida na prática judicial, será necessário, no terceiro capítulo, recorrer ao único critério utilizado pelos Tribunais Constitucionais para limitar o poder punitivo estatal, o, equivocadamente, chamado princípio de proporcionalidade. Por não se tratar de princípio jurídico, mas sim de um instrumento interpretativo de atribuição de sentido às normas jurídicas, como será demonstrado no capítulo específico, chamaremos simplesmente de *proibição de excesso*.

2.1 As respostas à pergunta: por que o Estado não pode punir por punir?

A teoria do bem jurídico tem por objetivo responder algumas perguntas simples (o que não quer dizer que as respostas também o sejam): pode o Estado incriminar uma conduta simplesmente porque não quer que ela seja realizada? Há alguma barreira ao poder do legislador de incriminar condutas? É possível a privação da liberdade de uma pessoa por ter praticado condutas típicas como as de lenocínio (art. 227, CP), favorecimento à prostituição (art. 228, CP), rufianismo (art. 230, CP), escrito ou objeto obsceno (art. 234, CP), incesto (§ 173, StGB) e/ou de pornografia com animais (§ 184^a, StGB)? Pode o legislador reconhecer como crimes ações cujo desvalor está mais próximo da moral do que do direito?²³⁹

Uma considerável parte da ciência do direito penal reconhece como

²³⁹ GRECO, Luís. O bem jurídico como limitação ao poder de incriminar? Algumas considerações introdutórias. In GRECO, Luís; TÓRTIMA, Fernanda Lara. *O bem jurídico como limitação ao poder de incriminar?* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 9

limite ao poder do legislador de incriminar a referência da norma a um bem jurídico penal. Dentre esses autores, parte pensa a teoria do bem jurídico, desde uma mirada histórica, como herança do *Iluminismo*, encontrando nela uma função de limitação ao poder punitivo estatal²⁴⁰, outros entendem a teoria como anti-iluminista, produzida durante o período da Restauração²⁴¹. E Roxin, preocupado com a capacidade de rendimento da teoria para os tempos atuais, nega importância ao debate²⁴².

No entanto, não são poucos os que refutam a teoria do bem jurídico, e pensam o delito como lesão a direito subjetivo (Naucke) ou simples violação do direito (como querem Jakobs e Stratenwerth, ainda que apresentem fundamentos diversos).

Enfim, pode-se afirmar que existem basicamente dois modelos tradicionais de explicação do fenômeno: um modelo indicando o crime como lesão de um bem jurídico (portanto, demonstrando um conceito material de crime), e outro apontando o crime como violação de um dever, ou seja, demonstrando um conceito meramente formal.

O que se quer nessa parte do trabalho é demonstrar a capacidade de

²⁴⁰ SCHUNEMANN, Bernd. O princípio da proteção de bens jurídicos como ponto de fuga dos limites constitucionais e da interpretação dos tipos. In GRECO, Luís; TÓRTIMA, Fernanda Lara. *O bem jurídico como limitação ao poder de incriminar?* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 31 e ss

²⁴¹ AMELUNG, Knut. O conceito de bem jurídico na teoria jurídico-penal da proteção de bens jurídicos. In GRECO, Luís; TÓRTIMA, Fernanda Lara. *O bem jurídico como limitação ao poder de incriminar?* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011; FERNÁNDEZ, Gonzalo D. *Bien jurídico y sistema del delito*. Montevideo/Buenos Aires: B de F, 2004; HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán. *Bien jurídico y Estado Social y Democrático de Derecho (El objeto protegido por la norma penal)*. Lima: IDEMSA, 2005.

²⁴² ROXIN, Claus. Sobre o recente debate em torno do bem jurídico. In GRECO, Luís; TÓRTIMA, Fernanda Lara. *O bem jurídico como limitação ao poder de incriminar?* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 191/192

rendimento da teoria do bem jurídico, principalmente quando se utiliza referido conceito como crítico ao sistema.

2.1.1 O delito como lesão de bem jurídico

Normalmente entende-se que o conceito de bem jurídico funciona como um limitador ao poder punitivo, apresentando um conteúdo material ao conceito de delito. Com frequência a doutrina relaciona o conceito de bem jurídico com ideias liberais. No entanto, parte considerável dos penalistas tem demonstrado a insuficiência de tal conceito como elemento de limitação ao poder penal. Nesse sentido encontramos ponto de convergência entre teóricos extremamente conservadores, como Jakobs, e pensadores críticos, como Zaffaroni.

Seguindo esse pensamento, afirma Mir Puig que “mais que a incapacidade do bem jurídico, em si mesmo, para servir à função de limite do *ius puniendi*, o que a história deste conceito demonstra é a falta de um conceito material do mesmo capaz de cumprir tal missão”.²⁴³

Compartilhando desse entendimento, traçaremos a evolução histórica do conceito (até hoje não definido) de bem jurídico, começando pela definição material de crime desenvolvida por Feuerbach - como violação de direito subjetivo -, antecedente histórico da ideia de crime como lesão de bem jurídico (Birnbaum), passaremos pela má utilização de tal conceito pelos penalistas afeitos ao nacional socialismo, e chegaremos às contundentes críticas realizadas por penalistas que negam a capacidade de rendimento de tal conceito.

²⁴³ MIR PUIG, Santiago. *Introducción a las bases del derecho penal*. Barcelona: PPU, 1976. p. 131-132 Tradução livre de “más que la incapacidad del bien jurídico, en sí mismo, para servir a la función de límite del *ius puniendi*, lo que la historia de este concepto demuestra es la falta de desarrollo de un concepto material del mismo capaz de cumplir tal misión”.

2.1.1.1 Antecedente histórico ao conceito de bem jurídico: o delito como violação de um direito subjetivo

O pensamento iluminista marcou história na filosofia política do Direito Penal. Feuerbach foi um pensador que desenvolveu seu pensamento entre dois métodos e dois pensamentos. Situa-se entre a crítica filosófica e o positivismo jurídico. Contra o pensamento coletivista e romântico de Savigny, Feurbach representa um pensamento racionalista e individualista. Para os liberais, como a ordem jurídica é expressão da racionalidade, o direito pressupõe a liberdade e é sua condição. O ordenamento jurídico aparece como expressão da liberdade e dos limites que ela impõe à razão. Como afirma Engisch: “la protección de un derecho subjetivo significa el reconocimiento por el orden legal de una esfera de poder a un individuo, autorizándolo para que dentro de ella pueda defender sus intereses personales”.²⁴⁴

Feuerbach desenvolveu a primeira estrutura de uma parte geral do direito penal. Começando pela função atribuída à pena criminal, entende que essa exerce a tarefa de uma coação psicológica, que se configura “mediante a efetividade harmônica dos poderes legislativo e executivo no comum objetivo intimidatório”.²⁴⁵ Afirma que o objetivo da previsão da pena na lei é a intimidação de todos, e o de sua aplicação é o de dar fundamento efetivo à ameaça prevista na lei penal, pois sem a aplicação da pena a lei seria ineficaz.²⁴⁶

²⁴⁴ ENGISCH, Karl. *Introducción al pensamiento jurídico*. Madrid: Guadarrama, 1967. p. 38

²⁴⁵ FEURBACH, Paul Johann Anselm Ritter von. *Tratado de Derecho Penal*. Buenos Aires: Hammurabi, 2007. § 14º, p. 52.

²⁴⁶ FEURBACH, Paul Johann Anselm Ritter von. *Tratado de Derecho Penal*. Buenos Aires: Hammurabi, 2007. § 16º, p. 53.

Aliada à função intimidatória da pena, fundamental a importância do princípio da legalidade, que oferece o fundamento do primeiro princípio do direito punitivo: “toda pena jurídica dentro do Estado é a consequência jurídica, fundada na necessidade de preservar os direitos externos, de uma lesão jurídica e de uma lei que comine um mal sensível”.²⁴⁷

Quanto à ideia de crime, afirma que quem ultrapassa os limites da liberdade jurídica pratica uma lesão jurídica ou injúria. O crime seria lesão a direito subjetivo. Num primeiro momento, pode-se pensar - como afirma parte da doutrina - que, de acordo com Feuerbach, somente seriam considerados crimes lesões individuais, já que, como contratualista, seria razoável que entendesse o Estado como instrumento para a proteção dos indivíduos, e não o contrário.

De fato essa forma de pensar o crime, no campo do direito positivo, é uma ideia de redução no âmbito das condutas puníveis, já que condutas que até então eram consideradas crimes não mais deveriam ter seu caráter delituoso. No campo dos crimes contra a religião e contra a moral foram descriminalizados o suicídio e a blasfêmia.²⁴⁸

No entanto, importante lembrar que sua definição de delito como “o que lesiona a liberdade garantida pelo contrato social e assegurada mediante leis penais”²⁴⁹ não afasta a existência de crimes contra o Estado. Afirma o autor: “posto que a conservação dos direitos é objetivo geral das leis penais, serão

²⁴⁷ FEURBACH, Paul Johann Anselm Ritter von. *Tratado de Derecho Penal*. Buenos Aires: Hammurabi, 2007. § 19º, p. 54/55.

²⁴⁸ HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán. *Bien jurídico y Estado Social y Democrático de Derecho (El objeto protegido por la norma penal)*. Lima: IDEMSA, 2005. p. 25

²⁴⁹ FEURBACH, Paul Johann Anselm Ritter von. *Tratado de Derecho Penal*. Buenos Aires: Hammurabi, 2007. § 21º, p. 55.

objeto de suas cominações protetoras tanto os direitos dos súditos, *como também os direitos correspondentes ao Estado (como pessoa moral)*”.²⁵⁰ (não consta o itálico no original)

Dessa forma, percebe-se que desde esse momento histórico não se faz distinção material entre infração penal e policial. Podem ser considerados crimes tanto as condutas que excedem a liberdade jurídica, lesionando um direito subjetivo alheio (já que tais condutas seriam contra o fim do Estado, que é a proteção das liberdades individuais), como condutas que, ainda que não lesionem direitos subjetivos, são entendidas como ações que importam um prejuízo mediato aos fins do Estado, colocando em perigo a ordem jurídica e a segurança. Assim, verifica-se na obra de Feuerbach uma conciliação entre poder punitivo e poder policial.²⁵¹

No entanto, deve-se notar que meros propósitos políticos do Estado não podiam ser objeto de tutela da norma penal. Com isso, o conceito de crime estava subordinado a um princípio material, qual seja a preservação da liberdade individual, sem qualquer dependência dos propósitos políticos do Estado. Assim não se via no delito uma simples violação de um dever, mas sim uma própria lesão de bens materiais.²⁵²

Ficou conhecida a crítica de Feuerbach a alguns tipos de delito que constavam no projeto de Código Penal da Baviera, elaborado por Gallus Kleinschord, que definia o delito de alta traição como a “ação dolosa orientada

²⁵⁰ FEURBACH, Paul Johann Anselm Ritter von. *Tratado de Derecho Penal*. Buenos Aires: Hammurabi, 2007. § 23º, p. 56.

²⁵¹ FEURBACH, Paul Johann Anselm Ritter von. *Tratado de Derecho Penal*. Buenos Aires: Hammurabi, 2007. § 22º, p. 56-57; HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán. *Bien jurídico y Estado Social y Democrático de Derecho (El objeto protegido por la norma penal)*. Lima: IDEMSA, 2005. p. 23

²⁵² TAVARES, Juarez. *Teoria do injusto penal*. 3. ed., Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 183

no sentido de alterar a constituição vigente”. Feuerbach afirmava que não era qualquer conduta que poderia constituir alta traição. Somente poderia ser considerada crime a conduta se, efetivamente, acontecesse um ato de hostilidade que violasse a estabilidade do Estado, no sentido de um dano social.²⁵³

Hormazábal indica que a opção por essa tese apresenta-se atrativa, pois inegavelmente supõe um limite ao poder punitivo. No entanto, apresenta uma contradição, no sentido de que o Estado faz uso da força para assegurar as liberdades individuais. Mais precisamente, a contradição consiste na dialética de “por uma parte, a necessidade do Estado como garantidor da segurança e, portanto, assegurador da liberdade e, por outra, o temor ao Estado, como ameaçador e limitador de dita liberdade.”²⁵⁴

Assim, é com essa contradição assumida pelos liberais que se percebe que ao Estado liberal cabe assegurar a ordem social e a paz burguesas. Faz isso regulando pelo Direito (principalmente pelo Direito Penal) um determinado grupo de condutas e deixando de controlar outras. Ou seja, a igualdade e a liberdade liberais burguesas, como eram unicamente formais, determinavam a seletividade do sistema penal. Nesse sentido, afirma Gracia Martin:

(...) a denominação “Direito penal liberal” ressalta com precisão que o modelo penal da Ilustração é a manifestação jurídica da definição da criminalidade através do discurso de uma determinada doutrina política sobre a sociedade - o liberalismo - e sobre a forma e os fins do Estado - o Estado liberal -, o que permite explicar os enunciados do modelo como princípios (ou garantias) que ao limitar o campo *do que* pode ser castigado, e definir os limites dentro dos quais pode-se chegar a punir, são determinadores não só daquilo que resulta passível de inclusão na definição *jurídica* (formal) de criminalidade, mas também, e sobretudo, *de qual criminalidade* (material) resultará *excluída* da

²⁵³ TAVARES, Juarez. *Teoria do injusto penal*. 3. ed., Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 184

²⁵⁴ HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán. *Bien jurídico y Estado Social y Democrático de Derecho (El objecto protegido por la norma penal)*. Lima: IDEMSA, 2005. p. 26

definição jurídica.²⁵⁵

Acontece que a definição material de crime proposta por Feuerbach não limitou a definição das ações puníveis na legislação, o que fez com que Birnbaum tentasse legitimar o direito positivo vigente, definindo crime como lesão a um bem tutelado pelo direito penal, e não como lesão a direito subjetivo.

2.1.1.2 A lesão ao bem jurídico como fundamento material do conceito de crime

Para entender o conceito de crime como lesão a bem jurídico, e não como violação de direito subjetivo, temos que entender o contexto histórico em que ele foi desenvolvido.

Na Europa, o momento histórico que seguiu imediatamente ao Iluminismo foi conhecido como Restauração. Trata-se de uma reação contra os princípios iluministas que deve ser entendida não como um movimento revolucionário contra a nova ordem burguesa, mas sim como um compromisso com o poder já estabelecido. É um momento histórico em que a burguesia obteve certa hegemonia política, econômica e social, e buscava sua consolidação no poder. A burguesia deixa de ser revolucionária e passa a ser conservadora.²⁵⁶

Do ponto de vista da teoria política, a restauração se opôs aos desenvolvimentos iluministas, pois contrariava a ideia de que a soberania do povo deveria ser a fonte do poder. Recuperava-se o princípio monárquico, mas

²⁵⁵ GRACIA MARTIN, Luis. *Prolegômenos para a luta pela modernização e expansão do direito penal e para a crítica do discurso de resistência*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2005. p. 42/43

²⁵⁶ HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán. *Bien jurídico y Estado Social y Democrático de Derecho (El objecto protegido por la norma penal)*. Lima: IDEMSA, 2005. p. 28

havia uma limitação ao poder pela Constituição. No entanto, essa virtual limitação era determinada pelo próprio soberano, já que a Constituição era por ele outorgada.²⁵⁷

No campo jurídico, o período da restauração ficou marcado pela Escola Histórica do Direito, de Savigny e Puchta. De acordo com esta corrente, o direito deve ser entendido como um produto histórico nascido do espírito do povo, e como tal não é possível afirmar que seja um produto da razão, ou que o Direito natural possa ser interpretado como algo invariável e eterno, a ser descoberto pela razão.²⁵⁸

Dessa forma, devemos entender o período da restauração como um momento em que a burguesia queria se perpetuar no poder, e não mais alterar a estrutura social e econômica, mas sim mantê-las.

Nesse contexto, os ideais iluministas de Feuerbach não tinham mais espaço. O seu conceito de crime, como lesão de direito subjetivo, consistia em um obstáculo à legitimação de normas penais que definiam delitos contra a religião, contra os costumes e alguns crimes contra o Estado (por exemplo, o crime de alta traição como qualquer ação dolosa orientada no sentido de alterar a constituição vigente). Isso fez com que um grupo de juristas, orientado pela nova realidade política conservadora, criticasse a tese de Feuerbach no sentido de que havia uma repudiável tendência à abstração e generalização, vez que a existência de lesão a um direito como elemento do crime era válida somente

²⁵⁷ Daí a necessidade de um estudo crítico sobre o movimento constitucionalista moderno. Será que se tratou de avanço social ou de mero reformismo? Sobre o tema, ver ZAGREBELSKI, Gustavo. *História y Constitución*. Madrid: Editorial Trotta, 2005.

²⁵⁸ HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán. *Bien jurídico y Estado Social y Democrático de Derecho (El objeto protegido por la norma penal)*. Lima: IDEMSA, 2005. p. 31

para alguns tipos de crimes.²⁵⁹

Diante dessa nova situação política, perde lugar a teoria da proteção de direitos subjetivos, e ganham espaço os pensamentos hegelianos em matéria penal. Não é de se estranhar tal acontecimento, vez que era o pensamento que mais bem legitimava o poder. Embora não coincidisse o pensamento hegeliano com o da Escola Histórica do Direito, havia uma aproximação entre os dois pensamentos no sentido de que a razão não era imutável, mas sim determinada pela história.

No âmbito do direito penal, desenvolveu-se uma teoria do delito que tinha por fundamento a ideia de que o crime consiste numa insurreição consciente contra a vontade geral. Assim, nada mais conveniente ao momento histórico em que se desenvolve dita teoria. Tamanha a abstração do conceito de “vontade geral”, que nada seria obstáculo à definição de quais condutas poderiam ou não ser consideradas crimes.

Em 1834, Birnbaum publicou um trabalho em que se opôs à tese de Feuerbach de que o crime deveria ser entendido como lesão de direito subjetivo. Afirmava o autor: “si se quiere considerar el delito como lesión, este concepto tiene que referirse naturalmente a la lesión de un bien, no a la de un *derecho*”.²⁶⁰

Klaus Günther indica que são três as razões pelas quais Birnbaum elimina a ideia de lesão de direito subjetivo como elemento que define o delito. Primeiro, porque a teoria que define delito pela violação de um direito era

²⁵⁹ HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán. *Bien jurídico y Estado Social y Democrático de Derecho (El objeto protegido por la norma penal)*. Lima: IDEMSA, 2005. p. 33

²⁶⁰ BIRNBAUM, Johann Michael Franz. *Sobre la necesidad de una lesión de derechos para el concepto de delito*. Montevideo-Buenos Aires: B de F, 2010. p. 57

equivoca e não suficientemente concreta, porque de acordo com a compreensão natural das coisas, não se pode lesionar direitos, mas sim os bens a ele sujeitos. Segundo, pela orientação filosófica do conceito, que estava dirigido de modo primário à legislação, mas não às necessidades do aplicador do direito, que deve partir do direito positivo e, por isso, precisa de elementos gerais pelos quais se possa reconhecer o que é que o Estado quer reconhecer como delito. Além disso, que o Direito positivo possui normas que não podem ser reconduzidas diretamente a um direito subjetivo, dentre elas estão as normas que representam as infrações de polícia. Assim, seria contraditório reconhecê-las como *delitos*, mas não defini-las como violação de um direito. Por fim, ao Direito penal positivo sempre pertenceram normas que não poderiam ser reconduzidas a direitos individuais de liberdade, como os delitos relativos à religião e à moralidade. Enfim, a proteção jurídico-penal desses interesses somente pode ser realizada se fossem entendidas como bem comum do povo.²⁶¹

Para superar os “problemas” acima indicados, afirmava que “o Direito não pode ser diminuído nem subtraído; isso pode suceder somente com o que é objeto de um direito, isto é, um bem que juridicamente nos pertence e que nasce da própria natureza ou pelo resultado do desenvolvimento social”.²⁶² Assim, se a ideia é a de entender o delito como uma lesão, essa não deve ser referida a direitos, mas sim a bens dos cidadãos, e que o Estado é chamado a tutelar, pois somente os bens podem sofrer lesão, e não os direitos. Com essa

²⁶¹ GÜNTHER, Klaus. De la vulneración de un derecho a la infracción de un deber: un cambio de paradigma en el derecho penal. In Vários Autores. *La insostenible situación del derecho penal*. Editorial Comares, 2000. p. 494-495

²⁶² BUSATO, Paulo César; HUAPAYA, Sandro Montes. *Introdução ao Direito Penal. Fundamentos para um sistema penal democrático*. 2. ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 43

forma de pensar, entende os bens jurídicos como algo que está para além do Estado e do Direito, sendo que não são bens criados pelo Direito, mas sim que o Estado deve os reconhecer e garantir a todos igualmente. Nas palavras do autor:

Que perdemos algo o se nos prive de una cosa que es el *objeto de nuestro derecho*, que se nos sustraiga o merme un *bien* que nos compete jurídicamente, eso, sin duda, no disminuye ni suprime nuestro *derecho*.²⁶³

Essa ideia permite salvar a legitimidade dos crimes contra a religião e contra a moral, contra a qual se opunha a teoria de Feuerbach.

De acordo com Juarez Tavares, o objetivo de Birnbaum era o de adequar a teoria do delito às normas do direito penal vigente, que não coincidiam com a ideia de violação de direito subjetivo. Isso buscava legitimar a existência de crimes contra a religião, contra o Estado ou contra a comunidade.²⁶⁴

Dessa forma, jamais podemos entender o conceito de bem jurídico como limitador do poder penal. Tudo cabe no conceito de bem jurídico. Para fundamentar tal pensamento, acolhemos dois argumentos de Amelung: primeiro, a teoria da proteção de bens jurídicos carece do componente organizativo da sociedade, que significava a teoria do contrato social iluminista. Assim, para dita teoria, o que o delito lesiona são objetos e, em suma, interesses; segundo, para o iluminismo a conduta socialmente danosa é reconhecida objetivamente. Com a teoria do contrato social, é de claro entendimento para qualquer um aquilo que é socialmente danoso e o que não é, diferentemente do que ocorre com a ideia de que cabe ao direito penal a

²⁶³ BIRNBAUM, Johann Michael Franz. *Sobre la necesidad de una lesion de derechos para el concepto de delito*. Montevideo-Buenos Aires: B de F, 2010. p. 53/54

²⁶⁴ TAVARES, Juarez. *Teoria do injusto penal*. 3. ed., Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 184

tutela de bens, pois a seleção dos bens a serem tutelados é um problema de valoração.²⁶⁵

Mais que isso, como demonstra Juarez Cirino dos Santos, a definição dos interesses a serem tutelados pelo Direito Penal é realizada pelas classes dominantes, atendendo a seus próprios interesses, mesmo que utilizem o argumento de universalidade.²⁶⁶

2.1.1.3 O conceito positivista de bem jurídico: Karl Binding e Franz von Liszt

As concepções positivistas sobre o conceito de bem jurídico apresentam um ponto em comum: a ideia de que a lei penal deve ter um antecedente causal, que pode ser a vontade do Estado ou da autoridade, como se verifica no positivismo jurídico de Karl Binding, ou as condições da vida, como no positivismo sociológico de Franz von Liszt.

a) Karl Binding

Fazendo referência ao pensamento de Birnbaum, que coloca o Estado como garantidor do gozo igualitário dos bens, Binding afirma que o bem jurídico não é apenas reconhecido, mas está estabelecido no conteúdo da norma, é a ela imanente. Afirma que norma jurídica e bem jurídico são termos inseparáveis: cada norma jurídica traz em si seu próprio bem jurídico.²⁶⁷

Segundo Binding, o delito deve ser entendido como a violação culpável

²⁶⁵ HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán. *Bien jurídico y Estado Social y Democrático de Derecho (El objeto protegido por la norma penal)*. Lima: IDEMSA, 2005. p. 38

²⁶⁶ CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *Direito Penal: a nova parte geral*. Rio de Janeiro: Forense, 1985. p. 23

²⁶⁷ NIÑO, Luis Fernando. *El bien juridico como referencia garantista*. Buenos Aires: Del Puerto, 2008. p. 9

de uma norma, sendo que essa infração está ameaçada com pena. Esse conceito seria aplicável a qualquer espécie de crime, e apenas seria possível uma diferenciação entre eles a partir de um elemento material. Esse elemento material diferenciador deveria ser encontrado na finalidade das normas, “cujo objetivo é o de garantir os pressupostos de uma vida jurídica pacífica e são através da proteção de determinadas pessoas, coisas e situações.”²⁶⁸ Assim, para Binding, bem jurídico é “tudo aquilo que para o legislador é valioso como condição de uma vida sã da comunidade jurídica, em cuja manutenção, sem mudanças e não perturbada, a comunidade tem interesse, na opinião do legislador, objetivando este protegê-lo por meio de suas normas frente às lesões ou exposições a perigo não desejadas.”²⁶⁹

De acordo com esse pensamento, o bem jurídico é criado pelo próprio Direito. Não possui fundamentação que transcende ao jurídico. Trata-se de pura criação do legislador, razão pela qual sua ofensa consiste numa infração ao dever de obediência que as pessoas possuem em relação ao Estado.²⁷⁰ É uma postura positivista, pois o Estado e o Direito é que estabelecem o que é o bem jurídico.

Dessa forma, o elemento central de todo delito é a infração da norma, enquanto a lesão ou a exposição do bem jurídico que se quer proteger com a norma é considerada como motivo do legislador para determinar a proibição de agir. Toda norma traz a proteção de um bem jurídico como produto de uma

²⁶⁸ ESER, Albin. *Sobre la exaltación del bien jurídico a costa de la víctima*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia. Centro de Investigaciones de Derecho Penal y Filosofía del Derecho, 1998. p. 22

²⁶⁹ BINDING, *apud* ESER, Albin. *Sobre la exaltación del bien jurídico a costa de la víctima*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia. Centro de Investigaciones de Derecho Penal y Filosofía del Derecho, 1998. p. 22

²⁷⁰ NIÑO, Luis Fernando. *El bien juridico como referencia garantista*. Buenos Aires: Del Puerto, 2008. p. 10

decisão política do Estado, e a sua lesão representa uma infração ao direito subjetivo que o Estado pode exigir a seus súditos. Assim, a capacidade de rendimento do conceito de bem jurídico era reduzida à determinação dos diversos níveis de delito.²⁷¹

Como consequência dessa forma de pensar, “o indivíduo restaria só e isolado frente ao Estado, não pode recorrer ao direito natural - ao qual devia submeter-se a lei positiva e conseqüentemente o Estado - nem tampouco pode recorrer à vida ou às ciências naturais, que deveriam dar os pressupostos básicos fáticos ou sociais a recolher pelo Estado”.²⁷² Dessa forma, não há como se opor à vontade do soberano. O conceito de bem jurídico perde sua capacidade de rendimento político como limitador do poder punitivo.

b) Franz Von Liszt

De acordo com Von Liszt, a legitimidade do Direito Penal encontra-se em seu fim, a tutela de interesses que constituem a expressão das condições necessárias para uma vida em comum.

A partir de seu positivismo sociológico, Franz Von Liszt afirma que não é o ordenamento jurídico que cria o interesse, mas sim que as necessidades da vida dão origem à proteção penal. Segundo o autor, o direito tem por finalidade proteger a vida humana. A força que produz o direito é a proteção de interesses. “Bem jurídico é, pois, o interesse juridicamente protegido”.²⁷³

²⁷¹ ESER, Albin. *Sobre la exaltación del bien jurídico a costa de la víctima*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia. Centro de Investigaciones de Derecho Penal y Filosofía del Derecho, 1998. p. 23

²⁷² BUSTOS RAMÍREZ, Juan. *Manual de Derecho Penal Español: Parte general*. Barcelona: Ariel Derecho, 1984. p. 124

²⁷³ VON LISZT, Franz. *Tratado de Direito Penal alemão*. vol. 1, Tradução de José Higyno Duarte Pereira. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial: Superior Tribunal de Justiça, 2006. p. 93

Demonstra a característica marcante do positivismo, a ideia de que

Para fazer possível o conhecimento da conexão entre o mundo dos bens jurídicos, delito e pena, precisa-se de uma apreciação livre e desapassionada da experiência vivida. Ela está determinada pela objetivação da pena, é dizer, pela mudança da função de castigar desde os círculos imediatamente afetados a órgãos não afetados nem comprometidos.²⁷⁴

Porém, os interesses não são construções jurídicas, como afirmava Binding, eles “surgem das relações dos indivíduos entre si, e dos indivíduos para com o Estado e a sociedade ou vice-versa”.²⁷⁵ Afirma von Liszt: “Bem jurídico não é bem do direito ou ordem jurídica, mas um bem do homem que o direito reconhece e protege.”

Afasta-se de Binding ao indicar que “é a vida, e não o direito, que produz o bem jurídico (...)”. No entanto, coloca o acento no direito quando afirma que “só a proteção jurídica converte o interesse em bem jurídico.”²⁷⁶

Quanto ao pensamento de Von Liszt, são importantes as observações de Juarez Tavares. Nos desenvolvimentos teóricos de Von Liszt distinguem-se duas situações: uma no que se relaciona à origem do bem jurídico, e a outra no que se refere aos motivos da incriminação. A origem do bem jurídico é anterior à norma penal, cabendo ao Direito apenas reconhecê-lo como seu objeto de proteção. No entanto, em relação aos motivos da incriminação, “não indica o porquê da escolha, por parte do legislador, daquele e não de outros interesses

²⁷⁴ VON LISZT, Franz. *La idea de fin en el Derecho Penal*. Valparaíso: Edeval, 1984. p. 84 Tradução livre de “Para hacer posible el conocimiento de la conexión entre mundo de los bienes jurídicos, delito y pena, se precisa de una apreciación libre y desapasionada de la experiencia vivida. Ella está determinada pela objetivación de la pena, es decir, por la traslación de la función de castigar desde os círculos inmediatamente afectados a órganos no afectados ni comprometidos.”

²⁷⁵ VON LISZT, Franz. *Tratado de Direito Penal alemão*. vol. 1, Tradução de José Higyno Duarte Pereira. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial: Superior Tribunal de Justiça, 2006. p. 95

²⁷⁶ VON LISZT, Franz. *Tratado de Direito Penal alemão*. vol. 1, Tradução de José Higyno Duarte Pereira. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial: Superior Tribunal de Justiça, 2006. p. 94

como bens jurídicos, sendo-lhe indiferente, portanto, as razões da incriminação”.²⁷⁷

2.1.2 O delito como violação de um dever

Tanto razões metodológicas como valorativas levaram parte da dogmática penal a prescindir do bem jurídico como critério de definição da lesividade social do fato punível.²⁷⁸ Da filosofia idealista hegeliana ao funcionalismo sistêmico de Jakobs percebe-se um crescente abandono ao conceito de bem jurídico como elemento justificador e limitador da intervenção punitiva. Mesmo Roxin, em seu *Manual* defensor da ideia de que a função do Direito Penal é a de proteção subsidiária de bens jurídicos, em trabalho recente, ao estudar a ciência do direito penal diante das tarefas do futuro, coloca as seguintes questões:

É o conceito central de proteção de bem jurídico, com o que até agora se descreveu a tarefa do Direito penal, realmente idôneo quando se trata de danos ao meio ambiente ou de incidências no Código genético, cujo verdadeiro alcance apenas as gerações futuras perceberão?, ou teria que ser substituído por outros critérios como o da proteção do futuro?²⁷⁹

Diante da importância do debate será realizada uma exposição sobre as mais marcantes formulações que apontam o conceito de delito como violação de um dever.

²⁷⁷ TAVARES, Juarez. *Teoria do injusto penal*. 3. ed., Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 188

²⁷⁸ ALCÁCER GUIRAO, Rafael. *Sobre el concepto de delito: lesión del bien juridical o lesión de deber?* Buenos Aires: Ad-hoc, 2003. p. 31

²⁷⁹ ROXIN, Claus. La ciencia del derecho penal ante las tareas del futuro. In ESER, Albin; HASSEMER, Winfried; BURKHARDT, Björn. *La ciencia del derecho penal ante el nuevo milenio*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2004. p. 396 Tradução livre de “Es el concepto central de protección de bien jurídico, con el que hasta ahora se ha descrito la tarea del Derecho penal, realmente idóneo cuando se trata de daños al medio ambiente o de incidencias en el Código genético, cuyo verdadero alcance sólo las futuras generaciones percibirán?, o tendría que ser reemplazado por otros criterios como el del aseguramiento del futuro?”

2.1.2.1 A concepção hegeliana de crime

A figura de Hegel aparecerá sempre, direta ou indiretamente, nos pensamentos de penalistas que entendem a finalidade do direito penal como a de proteção do ordenamento jurídico e, por consequência, o delito como violação de um dever. Começando pelos penalistas hegelianos, passando pelos autores nacional-socialistas, seguindo por Welzel e, hoje, na obra de Jakobs.

Em oposição ao liberalismo político, Hegel parte de uma concepção comunitarista de Estado, segundo a qual a finalidade do Estado consiste na proteção do corpo social (da comunidade) como um ente autônomo, e não na tutela dos interesses individuais. Finalidade do Estado e do Direito é a identidade e coesão da sociedade. O Estado deveria “assumir a moral coletiva como essência dessa identidade e, por isso, como cimento aglutinador da comunidade, postulando, então, uma fusão entre direito e moral, tanto na fundamentação das normas, como nas formas de seu acatamento.”²⁸⁰

De acordo com Hegel a humanidade avança na história empurrada pela razão. A ideia do *espírito da humanidade* tem como ponto central a de que toda a espécie é uma unidade cujo espírito avança. “Esse avanço é dialético, ou seja, que a razão vai contrapondo a cada tese uma antítese, o que dá por resultado uma síntese (em que ambas estão destruídas e conservadas ao mesmo tempo) que, por sua vez, será uma nova tese.”²⁸¹ O espírito da humanidade avançava em três estágios: “o subjetivo (tese) em que o humano

²⁸⁰ ALCÁCER GUIRAO, Rafael. *Sobre el concepto de delito: lesión del bien juridical o lesión de deber?* Buenos Aires: Ad-hoc, 2003. p. 31

²⁸¹ ZAFFARONI, Eugenio Raul. *Manual de Derecho Penal. Parte General*. 2. ed. (2a reimpressão), Buenos Aires: Ediar, 2008. p. 228

logra a liberdade porque alcança a consciência de si mesmo (autoconsciência); o objetivo (antítese), em que o humano livre se relaciona com outros humanos também livres; e do espírito absoluto (síntese), em que o espírito da humanidade se eleva por sobre o mundo.”²⁸²

A partir do pensamento penal hegeliano, apenas atingia o espírito absoluto a parte da humanidade em que o espírito estava mais evoluído por compartilhar a cultura da classe hegemônica. A eticidade somente se concretizava na situação de estado racional, a única situação em que se caracteriza o castigo como retribuição racional. Somente com o confisco da vítima a pena seria ética, e perderia o seu caráter irracional. Com isso a pena funcionaria como cancelamento do delito e reafirmação do direito.²⁸³

Em relação ao delito, entende que o relevante não é a sua lesividade, o dano material que produz em determinado bem, mas a sua capacidade de colocar em dúvida a validade do direito.

Conhecida é a ideia de delito e pena a formulada por Hegel. O crime é a negação do direito (“violação do direito enquanto direito”), e a pena é a negação dessa negação, o que quer dizer que a pena é a reafirmação do direito.²⁸⁴ Ainda que exista uma realidade exterior, com a alteração de algo, o que importa é que o delito nega o direito enquanto direito.

De acordo com Hegel, é preciso opor a vontade geral do direito à vontade delitiva do criminoso, com o objetivo de eliminar essa última, que de outra maneira seria válida. Assim, deve-se com a pena restaurar o

²⁸² ZAFFARONI, Eugenio Raul. *Manual de Derecho Penal. Parte General*. 2. ed. (2a reimpressão), Buenos Aires: Ediar, 2008. p. 229

²⁸³ ZAFFARONI, Eugenio Raul. *Manual de Derecho Penal. Parte General*. 2. ed. (2a reimpressão), Buenos Aires: Ediar, 2008. p. 229

²⁸⁴ HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. *Princípios de filosofia do direito*. Lisboa: Guimarães Editores, 1990. §97, p. 101.

ordenamento jurídico.²⁸⁵ O delito lesiona o universal, o que provoca o entendimento de que há uma “perigosidade da ação para a sociedade, cujo grau dependerá tanto da própria magnitude do delito como do grau da representação e consciência da validade das leis dentro dessa sociedade”.²⁸⁶

A partir do pensamento hegeliano, a principal função do direito não é a de maximizar as liberdades individuais. São os valores morais da comunidade que limitam tais liberdades. Portanto, o direito deve proteger os valores morais tutelando a estabilidade do todo social e, principalmente, do Estado. “O fato de num membro da sociedade estarem ofendidos todos os outros altera a natureza do crime não apenas no seu conceito como também no seu aspecto de existência exterior. A violação fere a representação e a consciência da sociedade civil e não apenas o ser daquele que é atingido”.²⁸⁷

Assim, o dano a um bem de uma pessoa concreta é apenas a forma de exteriorização do delito. O relevante para a determinação do delito é a lesão à consciência jurídica da população.

Em relação ao objeto lesionado pelo crime, Köstlin, um penalista hegeliano, afirma que “a particularidade do delito frente a outras formas de injusto é que não vai simplesmente dirigido contra uma das formas de aparição do direito, mas sim contra a essência do direito”.²⁸⁸ Agora, sendo o direito absoluto, não se pode lesioná-lo por meio de uma vontade individual, mas

²⁸⁵ HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. *Princípios de filosofia do direito*. Lisboa: Guimarães Editores, 1990. §99, p. 102

²⁸⁶ ALCÁCER GUIRAO, Rafael. *Sobre el concepto de delito: lesión del bien juridical o lesión de deber?* Buenos Aires: Ad-hoc, 2003. p. 33

²⁸⁷ HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. *Princípios de filosofia do direito*. Lisboa: Guimarães Editores, 1990. §218, p. 203-204

²⁸⁸ Apud, ALCÁCER GUIRAO, Rafael. *Sobre el concepto de delito: lesión del bien juridical o lesión de deber?* Buenos Aires: Ad-hoc, 2003. p. 33

apenas através de uma lesão substancial de um objeto exteriorizado. O que o delito atinge é a essência moral presente em um objeto exteriorizado, mas somente pode sofrer a lesão a aparição da essência do direito em um objeto, e não a essência em si, pois o direito como entidade espiritual não pertence ao mundo exterior.²⁸⁹

Assim, de acordo com os hegelianos, o lesionado com o delito será sempre “a substância ética” do direito, a “vontade geral”, ou a “ordem estatal”, que são objetos que, em razão de sua característica abstrata, apenas podem ser lesionados por meio da violação imediata de um bem jurídico.²⁹⁰

Ainda que possa ser colocada em dúvida a capacidade de rendimento do conceito de bem jurídico como limitador do poder punitivo, pode-se afirmar que tal conceito possui caráter liberal. Talvez seja possível afirmar que apenas algumas concepções do conceito de bem jurídico sejam úteis como instrumentos de caráter liberal. O fato de a ideia de bem jurídico representar um vazio conceitual, diante da multiplicidade de concepções, permitiu que qualquer postura ideológica se apropriasse do conceito para legitimar o poder punitivo estatal.

No entanto, a postura hegeliana de prescindir do conceito de bem jurídico como fundamento material do conceito de crime tem explicação plausível quando entendemos sua postura ideológica a respeito do Estado e do Direito, principalmente no que se refere à importância da pessoa em relação ao Estado.

²⁸⁹ Apud, ALCÁCER GUIRAO, Rafael. *Sobre el concepto de delito: lesión del bien juridical o lesión de deber?* Buenos Aires: Ad-hoc, 2003. p. 33

²⁹⁰ ALCÁCER GUIRAO, Rafael. *Sobre el concepto de delito: lesión del bien juridical o lesión de deber?* Buenos Aires: Ad-hoc, 2003. p. 33-34 Tradução livre de “la particularidade del delito frente a otras formas de injusto es que no va simplemente dirigido contra una de las formas de aparición del derecho, sino contra la misma esencia del derecho.”

A filosofia política hegeliana parte de uma unidade indissolúvel entre a moral do Estado e a moral dos indivíduos. Hegel refuta a moralidade kantiana como fundamento da ética. Isso porque a moral kantiana, abstrata e racionalista, individual e universalizável, diante de seu nível de abstração e seu individualismo, não é capaz de atingir o âmbito do concretamente existente em uma comunidade histórica específica. Somente a *eticidade*, como a entende Hegel, era capaz de estabelecer a ligação entre o justo e o real, entre a liberdade abstrata kantiana (desvinculada de uma concretude) e a liberdade real concreta, que apenas pode se realizar dentro das convicções morais de uma determinada comunidade.²⁹¹

De acordo com Hegel, o Estado se forma a partir de uma eticidade histórica e concreta, que pressupõe a superação do particularismo individual “na unidade de um *ethos* substancial, no qual vontade subjetiva e vontade objetiva, o particular e o universal, o ser histórico e o dever ser da razão, se unem em uma totalidade ética transcendente.”²⁹²

2.1.2.2 A negação do bem jurídico e o Direito Penal nacional-socialista

Quando se fala do direito penal alemão na época do nacional-socialismo deve-se levar em conta que existem duas correntes que, por mais que discordem em matéria dogmática, possuem o mesmo fundamento ideológico, e chegam às mesmas conclusões político-criminais.

Por um lado, a chamada *Escola de Kiel*, inaugurada por Dahm e Schaffstein, com pensamento autoritário conservador, com fundamento nas

²⁹¹ ALCÁCER GUIRAO, Rafael. *Los fines del derecho penal. Liberalismo y comunitarismo en la justificación de la pena*. Buenos Aires: Ad-hoc, 2001. p. 51-52

²⁹² ALCÁCER GUIRAO, Rafael. *Los fines del derecho penal. Liberalismo y comunitarismo en la justificación de la pena*. Buenos Aires: Ad-hoc, 2001. p. 53

ideias políticas e constitucionais de Carl Schmitt. Sustentaram uma concepção unitária de delito, contrariando por completo o conceito estratificado (causal-naturalista) elaborado por Liszt/Beling, bem como os posteriores modelos neoclássicos, influenciados pela filosofia neokantiana. Por outro, a *Escola de Marburg*, com destaque para as formulações dogmáticas e, principalmente, político-criminais, de Edmund Mezger. Os autores dessa escola, com uma postura política não menos autoritária, pois defendiam e legitimavam a legislação penal nacional-socialista, estavam ligados a uma teoria estratificada do delito, pois entendiam que o modelo estratificado permitia uma melhor metodologia interpretativa da legislação.

Mezger entende que bem jurídico “é uma *figura ideológica, a valoração objetiva* em sua forma mais simples, que o bem leva em si ou a síntese realizada em ideias de o que o tipo abarca em conjunto, de acordo com seu sentido”²⁹³ Assim, o bem jurídico corresponde ao objeto de proteção da lei, ou o objeto de ataque do autor do fato punível, sem que, necessariamente, recaia sobre um objeto concreto do mundo exterior. Por isso, e devido ao fato de Mezger realizar uma clara distinção entre *objeto da ação* e *objeto de proteção*, seu conceito de bem jurídico é extremamente espiritualizado, admitindo a tranquilidade doméstica ou a segurança pública como bens jurídicos, desde que a lei os mencione expressamente como objeto de proteção da norma, ou que seja possível, a partir de uma interpretação sistemática, alcançar a mesma conclusão.²⁹⁴

²⁹³ MEZGER, Edmund, *Derecho penal. Libro de estudio. Parte general*, Buenos Aires: Editorial Bibliográfica Argentina, 1958. p. 150 Tradução livre de “es una *figura ideológica, la valoración objetiva* en su forma más sencilla, que el bien protegido lleva en sí o la síntesis realizada en ideas de lo que el tipo abarca en conjunto de acuerdo con su sentido”.

²⁹⁴ MEZGER, Edmund, *Derecho penal. Libro de estudio. Parte general*, Buenos Aires: Editorial Bibliográfica Argentina, 1958. p. 151 e ss

De acordo com o pensamento de Dahm e Schaffstein, as manifestações do direito penal liberal se caracterizam pela desvaslorização da ideia de Estado no direito penal, seu progressivo enfraquecimento através de ideias individualistas, com muito respeito pelo criminoso. Percebe-se, de forma evidente, a dissolução de valores supraindividuais em favor de perspectivas mais racionalistas, individualistas. Os resultados deste desenvolvimento são o abrandamento na luta contra o crime, o enfraquecimento da administração da justiça penal e a redução da autoridade estatal. Assim, a destruição da tradição espiritual, a relativização dos valores e o enfraquecimento da autoridade estatal caracterizam o direito penal liberal.²⁹⁵

Dessa forma, no período de transição do Estado liberal ao totalitário, a exigência de uma nova ordem do poder estatal deve necessariamente conduzir ao desejo de uma evolução do direito penal, que apresente como fundamento o primado incondicional da Nação e os valores tradicionais nele corporizados frente aos interesses individuais.²⁹⁶

Nesse contexto, “o Estado neutro, relativista e pálido, que muda constantemente de forma e cor por influência dos sentimentos das massas e de uniões de partidos, cede seu lugar ao Estado autoritário, estabelecido inequivocamente ao serviço de determinados objetivos nacionais e culturais”²⁹⁷.

Essa transição apresenta como consequência a evolução do direito penal

²⁹⁵ DAHM, Georg; SHAFSTFSTEIN, Friedrich. *Derecho penal liberal o derecho penal autoritário?* Buenos Aires: Ediar, 2011. p. 89

²⁹⁶ DAHM, Georg; SHAFSTFSTEIN, Friedrich. *Derecho penal liberal o derecho penal autoritário?* Buenos Aires: Ediar, 2011. p. 90

²⁹⁷ DAHM, Georg; SHAFSTFSTEIN, Friedrich. *Derecho penal liberal o derecho penal autoritário?* Buenos Aires: Ediar, 2011. p. 90-91 Tradução livre de “El Estado neutral, relativista y pálido, que cambia constantemente de forma y color por influencia de los sentimientos de las masas y de uniones de partidos, cede su lugar al Estado autoritario establecido inequivocamente al servicio de determinados objetivos nacionales y culturales (...)”

liberal a um novo modelo de direito penal. Na dogmática essa “evolução” pode ser verificada com a atitude de reserva dos penalistas mais jovens em relação às causas supraleais de exclusão da pena, o que representa uma preocupação com uma justiça penal mais eficaz. Em matéria de política criminal, a legislação de emergência (*decretos de necessidade*), com o aumento das escalas penais e com a ampla previsão de pena de morte, demonstra uma nova forma de manifestação do direito penal. Outro exemplo é o recrudescimento das penas de reclusão, que se dirige contra a ideia de privilegiar o delinquente por convicção.

Dahm e Schaffstein entendem que a crítica ao direito penal liberal demonstra a necessidade de formulação de propostas para o futuro do direito penal. Pelo fato de não terem apresentado um “programa” para o novo direito penal, propõem, então, o que chamam de um “direito penal viável”.

Nesse “direito penal viável” alguns pontos chamam a atenção. Primeiro, no que se refere aos fins da pena, a ideia de prevenção geral deve prevalecer sobre a de prevenção especial. Isso quer dizer que quando deva ser feita uma escolha entre um efeito permanente sobre a comunidade, com uma medida que não leve em consideração o indivíduo, e a possibilidade de recuperá-lo para a sociedade, deve-se decidir pela primeira.²⁹⁸ Segundo, a afirmação da necessidade da utilização da pena de morte como meio de fortalecimento da imagem do Estado como adequado instrumento de intimidação e neutralização de criminosos. Nas palavras dos autores: “Na pena se expressa simbolicamente a dignidade do Estado; a pena de morte põe em forte evidência

²⁹⁸ DAHM, Georg; SHAFSTFSTEIN, Friedrich. *Derecho penal liberal o derecho penal autoritário?* Buenos Aires: Ediar, 2011. p. 96

que o indivíduo pode ficar a mercê do Estado”²⁹⁹ (...) “O direito penal do Estado autoritário não poderá renunciar, em especial, a pena de morte, que está viva na consciência do povo, não contradiz em verdade as visões culturais de nossa época e parece apropriada para fortalecer a vigência da ideia de autoridade estatal. Ademais cabe agregar sua idoneidade como meio de neutralização e intimidação”.³⁰⁰

Desde o ponto de vista político, a chegada do nacional-socialismo ao poder rompeu totalmente com os pressupostos político-ideológicos do racionalismo iluminista. Consequência disso foi a substituição de todos os valores liberais pelos irracionais valores expressados na exaltação da nacionalidade, da superioridade de uma raça “e a suposta atribuição de um destino histórico ao povo alemão.”³⁰¹

Na dogmática penal, em 1.935, von Gemmingen, um jovem professor universitário, afirmava que o problema central da teoria do delito estava na antijuridicidade da tentativa e, principalmente, na tentativa inidônea.³⁰² Dessa forma, devia-se romper com os postulados iluministas que possuíam na lesividade ou danosidade social da ação o ponto central da concepção de

²⁹⁹ DAHM, Georg; SHAFSTFSTEIN, Friedrich. *Derecho penal liberal o derecho penal autoritário?* Buenos Aires: Ediar, 2011. p. 93 Tradução livre de “En la pena se expresa simbólicamente la dignidade del Estado; la pena de muerte pone en fuerte evidencia que el individuo puede quedar a merced del Estado.”

³⁰⁰ DAHM, Georg; SHAFSTFSTEIN, Friedrich. *Derecho penal liberal o derecho penal autoritário?* Buenos Aires: Ediar, 2011. p. 101 Tradução livre de “El Derecho penal del Estado autoritario no podrá renunciar, em especial, a la pena de muerte, que está viva en la conciencia del pueblo, no contradisese em verdad las visiones culturales de nuestra época y parece apropiada para fortalecer la vigencia de la idea de autoridad estatal. Además cabe agregar su idoneidade como medio de inocuización e intimidación.”

³⁰¹ HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán. *Bien jurídico y Estado Social y Democrático de Derecho (El objeto protegido por la norma penal)*. Lima: IDEMSA, 2005. p. 79

³⁰² FROMMEL, Monika. *Los orígenes ideológicos de la teoría de la acción de Welzel*. ADPCP, T.XLII, Fasc. II, Mayo-Agosto 1989, p. 624. <http://www.cienciaspenales.net>

delito. Tratava-se de uma revolução no direito penal, decorrente do momento histórico em que se desenvolve tal pensamento: o do nacional-socialismo. Nos dizeres de Frommel, “a completa ausência de um resultado observável no mundo social era idealmente a culminação extrema de um Direito penal da atitude interna ou, em seu caso, da colocação em perigo, que deveria dirigir-se à *vontade criminosa* como tal, e não ao resultado lesivo social no mundo externo”.³⁰³

Depois das mudanças políticas de 1.933, alguns autores afeitos ao nacional-socialismo se afirmaram com reputação científica, e indicaram uma função legitimadora ao direito penal e, conseqüentemente, à práxis desumana. No que se refere ao efeito legitimador das propostas dogmáticas, tanto o Direito penal da vontade como a teoria dos tipos de autor, desenvolvidos pela “Escola de Kiel”, podem ser considerados como uma unidade ideológica, cujo objetivo era atingir uma subjetivação, relativização e antecipação da intervenção penal. Estes desenvolvimentos trouxeram à teoria do fato punível um sistema monista, que substituiu a separação entre tipicidade, antijuridicidade e culpabilidade por um pensamento unitário e que, com a transformação do *tipo de fato* em *tipo de autor*, abriu espaço a um juízo global de reprovação, que compreendia tanto os elementos do injusto como da culpabilidade.³⁰⁴

Os penalistas da “Escola de Kiel” começaram a criticar o conceito de bem jurídico por seu pretenso conteúdo liberal, e pretenderam complementar a

³⁰³ FROMMEL, Monika. *Los orígenes ideológicos de la teoría de la acción de Welzel*. ADPCP, T.XLII, Fasc. II, Mayo-Agosto 1989. p. 624 <http://www.cienciaspenales.net>

³⁰⁴ FROMMEL, Monika. *Los orígenes ideológicos de la teoría de la acción de Welzel*. ADPCP, T.XLII, Fasc. II, Mayo-Agosto 1989. p. 625/626 <http://www.cienciaspenales.net>

definição de delito com a ideia de “infração de um dever”.³⁰⁵

De acordo com referidos penalistas, duas são as razões para negar o conceito de bem jurídico como fundamento para as incriminações: a) razões de natureza metodológica e; b) razões de natureza ideológica.

Metodologicamente, se alegava que a ideia de lesão de um bem jurídico como fundamento material do conceito de crime não coincidia com diversos tipos penais da Parte Especial, que não estavam baseados na lesão causal de um objeto pertencente ao mundo exterior, mas que correspondiam a um dever exigido ao indivíduo.³⁰⁶

Além de objeções dogmáticas, são as considerações ideológicas que levam a esse setor da doutrina a repudiar o conceito de bem jurídico. Representantes da “Escola de Kiel”, Dahm e Schaffstein investem contra um conceito de bem jurídico, de caráter liberal e individualista. Tais características do conceito caminhavam em sentido contrário ao da época, em que categorias como “povo” e “Estado” apareciam em substituição à ideia de sujeito/indivíduo.

Afirmam os professores:

O direito penal do Estado autoritário marchará também por novos caminhos na valoração dos bens jurídicos. Dado que o pensamento estatal autoritário se baseia na crença em valores transpessoais e absolutos, e põe o Estado a serviço uma ordem geral de valores éticos vinculantes, incumbe-lhe precisamente uma proteção permanente destes valores éticos e espirituais. Assim, de uma vez por todas, haverá que se proteger tenazmente a dignidade do Estado e a honra da Nação; o Estado haverá de defender os valores culturais e religiosos da cultura ocidental, sem permitir que o detenha nenhuma corrente individualista defensora dos inimigos da religião nem nenhuma outra manifestação de desintegração.³⁰⁷

³⁰⁵ GÜNTHER, Klaus. De la vulneración de un derecho a la infracción de un deber: un cambio de paradigma en el derecho penal. In Varios Autores. *La insostenible situación del derecho penal*. Editorial Comares, 2000. p. 497

³⁰⁶ GALLAS, *apud*, ALCÁCER GUIRAO, Rafael. *Sobre el concepto de delito: lesión del bien juridical o lesión de deber?* Buenos Aires: Ad-hoc, 2003. p. 38

³⁰⁷ DAHM, Georg; SHAFSTFSTEIN, Friedrich. *Derecho penal liberal o derecho penal autoritário?* Buenos Aires: Ediar, 2011. p. 102 Tradução livre de “El derecho penal del Estado

De acordo com referidos autores, a fonte do direito era o “espírito do povo”, enquanto o Estado era apenas seu intérprete. Dessa forma, o “espírito” desse povo deveria ser entendido como algo com vida própria, como um todo diferenciado de uma mera soma de indivíduos, com características comuns de sangue, solo e tradições.³⁰⁸ Era desse *todo* que emanava o direito, sendo o conceito de bem jurídico um obstáculo liberal aos fins político-criminais do Estado nacional-socialista.

A partir desse pensamento, o delito deve ser entendido como contrariedade a esse direito emanado do povo e, por consequência, quem o praticasse deveria ser encarado como um traidor, restando ao Estado incluí-lo em uma tipologia de traidores, pois a essência de sua ação era a lesão do dever de fidelidade do indivíduo com o seu povo.³⁰⁹

A ideia de lesão do dever substitui o conceito de bem jurídico como elemento central na definição do fato punível. O aparente caráter limitador do poder punitivo que contém a ideia de bem jurídico faz com que esse conceito seja afastado da discussão sobre o conteúdo do conceito de delito.

2.1.2.3 A concepção de Hans Welzel: a mediatização do bem jurídico

Publicados no início da década de 30 do século passado, os trabalhos

autoritario marchará también por nuevos caminos en la valoración de los bienes jurídicos. Dado que el pensamiento estatal autoritario se basa en la creencia en valores transpersonales y absolutos y pone al Estado al servicio de un orden general de valores éticos vinculantes, le incumbe precisamente una protección permanente de estos valores éticos y espirituales. Así, de una vez por todas habrá que proteger tenazmente la dignidad del Estado y el honor de la Nación; el Estado habrá de defender los valores culturales y religiosos de la cultura occidental, sin permitir que lo detenga ninguna corriente individualista defensora de los enemigos de la religión ni ninguna otra manifestación de desintegración.”

³⁰⁸ NIÑO, Luis Fernando. *El bien jurídico como referencia garantista*. Buenos Aires: Del Puerto, 2008. p. 17

³⁰⁹ BUSTOS RAMÍREZ, Juan. *Introducción al Derecho Penal*. Bogota: Temis, 1986. p. 172

de Welzel demonstram um conteúdo dirigido à superação do positivismo naturalista e sociológico, assim como de fazer uma revisão crítica da influência neokantiana no direito penal.

Com teses humanistas, seus trabalhos somente foram objeto de discussão acadêmica no pós-guerra, ocasião em que se verificava clima político apropriado para acolher seu pensamento jusnaturalista. Atribuiu ao direito a função de proteção de um *mínimum ético*.³¹⁰

Encontrando um dos seus fundamentos filosóficos na fenomenologia de Nicolai Hartmann, desenvolveu uma nova teoria do fato punível que superava o pensamento causal-naturalista, assim como apresentou duras críticas aos neokantianos.³¹¹

Sua teoria representou uma revolução sistemática na teoria do delito. Desenvolve-se a concepção de injusto pessoal, que possui seu centro de gravidade no desvalor de ação. A definição de crime se dá a partir da violação de deveres que refletem a consciência ético-social. Por meio da ameaça de pena proíbe-se a realização de condutas para proteger determinados valores vitais da comunidade. Ou seja, por meio da punição do desvalor de ação impede-se o desvalor de resultado.

O direito penal quer proteger, antes que nada, determinados bens vitais da comunidade (...), daí que impõe consequências jurídicas à sua lesão (ao desvalor de resultado). Esta proteção dos bens jurídicos se cumpre enquanto proíbe e castiga as ações dirigidas à lesão de bens jurídicos. Logo, se impede o desvalor material ou de resultado mediante a punição do desvalor do ato.³¹²

³¹⁰ WELZEL, Hans. *Verdad y limites del derecho natural*. In Estudios de filosofia del derecho y derecho penal. Buenos Aires: B de F, 2006. p. 132

³¹¹ WELZEL, Hans. *O novo sistema jurídico-penal. Uma introdução á teoria da ação finalista*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.

³¹² WELZEL, Hans. *Derecho Penal Alemán*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2011. p. 12 Tradução livre de "El derecho penal quer proteger antes que nada determinados bienes vitales de la comunidad (...), de ahí que impone consecuencias jurídicas a su lesion (al desvalor de resultado). Esta protección de los bienes jurídicos la cumple en cuanto prohíbe y castiga las

Embora na passagem acima citada o autor mencione a proteção de bens jurídicos como missão do direito penal, importante lembrar que a tutela desses bens aparece somente como missão secundária, consequência de sua principal função, a proteção de valores elementares da consciência, de caráter ético-social. Afirma Welzel que “o conteúdo material das proposições jurídico-penais não é a mera proteção de bens jurídicos, mas sim a manutenção dos valores da atitude correta”.³¹³ A lógica é a seguinte: como toda a sua teoria tem como ponto central o valor ético-social da ação, o fato punível aparece como mera violação da norma, que representa os valores éticos da sociedade, razão pela qual, na definição de crime, o acento deve ser colocado no desvalor de ação. O bem jurídico lesionado era consequência, que aparecia como desvalor do resultado da ação ilícita.³¹⁴ Tanto é assim que, decorrência dessa forma de pensar, admite a punibilidade da tentativa inidônea.

Define bem jurídico como “un bien vital de la comunidad o del individuo, que por su significación social es protegido jurídicamente.”³¹⁵ Assim, deve-se entender a ideia de bem jurídico *em função* da vida social, vez que nela incide, e dela recebe influências.³¹⁶ Dessa forma, “a soma dos bens jurídicos não constitui um conjunto atomizado, mas sim a ordem social, e, por isso, o significado de um bem jurídico não deve ser apreciado isoladamente em

acciones dirigidas a la lesión de bienes jurídicos. Luego, se impide el desvalor material o de resultado mediante la punición del desvalor de acto.”

³¹³ WELZEL, *apud* ALCÁCER GUIRAO, Rafael. *Sobre el concepto de delito: lesión del bien juridical o lesión de deber?* Buenos Aires: Ad-hoc, 2003. p. 44/45

³¹⁴ WELZEL, Hans. *Derecho Penal Alemán*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2011. p. 15

³¹⁵ WELZEL, Hans. *Derecho Penal Alemán*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2011. p. 15

³¹⁶ WELZEL, Hans. *Estudios de derecho penal*. Buenos Aires: B de F, 2002. p. 48

relação a ele mesmo, mas apenas em conexão com toda a ordem social”.³¹⁷
Bem jurídico, em função da ordem social, “é todo estado social desejável que o Direito quer resguardar de lesões”.³¹⁸

Em síntese, o crime é antes de tudo desvalor (subjetivo) de ação, e não desvalor de resultado. Aproxima-se da violação de um dever, e não de lesão de bem jurídico.

Ainda que se não possa considerar Welzel um autor afeito ao nacional-socialismo, seu pensamento deve ser analisado dentro do contexto histórico em que se desenvolve. Trata-se de um momento em que a forma de pensar se afasta dos postulados do liberalismo político. A separação entre direito e moral e seu conseqüente princípio de neutralidade são substituídos por uma forma de pensar que coloca o acento na eticização do direito. A função do direito penal deixa de ser entendida como a de proteger interesses essenciais das pessoas, e passa a ter conteúdo moralizante. Essa fusão do jurídico com a moral, decorrente dessa tendência político-filosófica, tem como consequência dogmática a subjetivização do ilícito penal, com a fórmula welzeliana de injusto pessoal, e seu principal reflexo em matéria de tentativa, quando se admite a punibilidade da tentativa inidônea.

Trata-se de uma concepção de injusto que não o limita com a ideia de proteção de bens jurídicos, mas que percebe no injusto não apenas a lesão de interesses, mas também a lesão de dever, não apenas a conduta lesiva, mas principalmente a que é reprovada pela ética social.

³¹⁷ WELZEL, Hans. *Derecho Penal Alemán*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2011. p. 15 Tradução livre de “la suma de los bienes jurídicos no constituye un montón atomizado, sino el orden social, y, por eso, la significación de un bien jurídico no ha de apreciarse aisladamente en relación a él mismo, sino solo en conexión con todo el orden social”

³¹⁸ WELZEL, Hans. *Derecho Penal Alemán*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2011. p. 15 Tradução livre de “es todo estado social deseable que el Derecho quiere resguardar de lesiones.”

Welzel reprovava uma concepção de delito fundamentada em uma ética do resultado, em que sua gravidade fosse determinada pela lesão a bens jurídicos. Afirma que a atenção dirigida exclusivamente à proteção de bens jurídicos leva a um inevitável utilitarismo, em que a demasiada valorização do resultado faz com que a justiça ou a injustiça de uma ação sejam determinadas de acordo com seu benefício ou lesividade social. Hassemer e Muñoz Conde entenderam essa crítica ao utilitarismo como uma forma de colocar limite ao excesso punitivo característico da lógica da prevenção no direito penal, típico dos desmandos políticos da época, evitando, com isso, sua funcionalização, que desrespeitaria garantias individuais.³¹⁹

2.1.2.4 O funcionalismo de Günther Jakobs

Nas sociedades de mercado, o Estado condiciona sua política penal à racionalidade de proteção de objetos concretos que se subsumem à categoria de bem jurídico. Dessa forma, junto com o discurso (idealista ou utilitarista) sobre os fins da pena, o conceito de bem jurídico era entendido como uma justificação racional do poder punitivo. Por isso, não é de se estranhar que o conteúdo do conceito de bem jurídico seja a expressão ideológica do poder num Estado liberal.³²⁰

Como primeira teoria legitimadora das sociedades capitalistas, a teoria do contrato social se manifesta em direito penal desde as contribuições de Feuerbah, com sua teoria dos direitos subjetivos, e passa pelas teorias do bem jurídico desde Birnbaum, com a ideia de que a proteção de bens jurídicos tem

³¹⁹ HASSEMER, Winfried; MUÑOZ CONDE, Francisco. *Introducción a la criminología y al derecho penal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1989. p. 101

³²⁰ HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán. *Bien jurídico y Estado Social y Democrático de Derecho (El objeto protegido por la norma penal)*. Lima: IDEMSA, 2005. p. 106

como consequência a proteção das condições de convivência social.

Esses dados indicam que, até a metade do século 20, foram a filosofia e a teoria política europeias as que ofereciam suporte ideológico para a legitimação do direito penal. Ocorre que, logo após a segunda grande guerra, e como consequência da hegemonia norteamericana como potência política, econômica e militar, a sociologia produzida nos Estados Unidos toma o lugar da filosofia e da teoria política europeias como provedora de ideologia para legitimar o poder estatal e, conseqüentemente, o poder punitivo.³²¹

A corrente de pensamento que dominou a ciência social nessa época ficou conhecida como *funcionalismo*, que teve como representante alemão Niklas Luhmann. Para os funcionalistas a sociedade não é composta apenas por pessoas e coisas. Esses aspectos substanciais da realidade devem ser deixados de lado. Isso quer dizer que ao estático (pessoas e coisas) deve se sobrepor o dinâmico, que são as funções.

De acordo com essa forma de pensar, a sociedade deve ser compreendida como um sistema total onde cada um de seus elementos não pode ser entendido a não ser em relação ao sistema total. Assim, de acordo com o funcionalismo, o homem é considerado como um ser totalmente social, um ser vazio ao qual é a sociedade que lhe dá substância. Assim, os fins do homem são os fins da sociedade, que apenas residem nesse ser. Ou seja, o homem passa a ser mediatizado pelo sistema social, que é mais importante que o próprio homem.³²²

³²¹ HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán. *Bien jurídico y Estado Social y Democrático de Derecho (El objeto protegido por la norma penal)*. Lima: IDEMSA, 2005. p. 107

³²² HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán. *Bien jurídico y Estado Social y Democrático de Derecho (El objeto protegido por la norma penal)*. Lima: IDEMSA, 2005. p. 107

Como aspecto fundamental dessa teoria sociológica o sistema se completa com os conceitos de função e disfunção. São funcionais ao sistema todas as condições que contribuem para sua manutenção e desenvolvimento, e disfuncionais as que comprometem a sua integridade e estabilidade. Daí que a perpetuação do sistema depende de um elemento de coesão que, para o funcionalismo, é a presença de um código moral e um sistema de valores compartilhados por atores sociais. Na medida em que compartilham o mesmo código moral, nas relações sociais os indivíduos agem de acordo com as expectativas mútuas que consideram legítimas. Logo, a estabilidade do sistema social se assenta nas expectativas recíprocas criadas pelo código moral compartilhado.³²³

As primeiras linhas do *Tratado* de Jakobs são dedicadas a seu mestre Hans Welzel, que afirmava que “a missão do Direito Penal consiste na proteção dos valores elementares de consci~encia, de caráter ético-social, e apenas por inclusão a proteção dos bens jurídicos particulares”.³²⁴ A partir dessa ideia desenvolve sua concepção de prevenção geral positiva como fundamento da pena.³²⁵

De acordo com a exposição de Jakobs, em um de seus trabalhos de filosofia do direito penal, o funcionalismo no direito penal deve ser entendido como “a teoria segundo a qual o Direito Penal está orientado a garantir a

³²³ HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán. *Bien jurídico y Estado Social y Democrático de Derecho (El objeto protegido por la norma penal)*. Lima: IDEMSA, 2005. p. 111

³²⁴ WELZEL, Hans. *Derecho Penal Alemán*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2011. p. 15 Tradução livre de “la misión del Derecho Penal consiste en la protección de los valores elementales de conciencia, de carácter ético-social, y sólo por inclusión la protección de los bienes jurídicos particulares”

³²⁵ JAKOBS, Günther. *Derecho penal: parte general*. 2. ed., Tradução de Joaquim Cuello Contreras y Jose Luis Serrano Gonzáles de Murillo. Madrid: Marcial Pons, 1997. (prólogo).

identidade normativa, a garantir a constituição da sociedade”.³²⁶

Ocorre que o conceito de sociedade, segundo o autor, deve ser analisado de um lugar diferente daquele da filosofia que adota o ponto de vista da consciência individual, que vê a sociedade composta por sujeitos individuais, que celebram contratos, etc. Por essa razão, recorre à teoria dos sistemas de Luhmann, ainda que em parte, para desenvolver seu raciocínio.

Importante aqui um detalhe, para evitar um engano corrente na doutrina penal ao se referir à teoria de Jakobs como uma transposição da sociologia sistêmica de Luhmann para o direito penal. Adverte o penalista de Bonn:

A exposição mais esclarecedora da diferenciação entre sistemas sociais e psíquicos, que tem conseqüências para o sistema jurídico, **ainda que com uma enorme distância em relação ao direito penal**, encontra-se na atualidade na teoria dos sistemas de Luhmann. **Todavia, um conhecimento superficial dessa teoria permite perceber que as presentes considerações não são em absoluto conseqüentes a essa teoria, e isso nem sequer no que se refere a todas as questões fundamentais.**³²⁷ (grifei)

Numa mais que apertada síntese, o que Jakobs aproveita da teoria dos sistemas de Luhmann é o seguinte. Parte-se de reconhecer a sociedade como um sistema que não depende de indivíduos (esses são mero ambiente da sociedade). Por essa razão, as alterações que o indivíduo realiza aparecem no sistema, que gera novas expectativas para seus membros, que aceitam ou rejeitam as expectativas produzidas. Essa decisão não é realizada de forma individual, mas sim como um sistema social independente de seres humanos.

A norma, aqui, exerce papel fundamental. Ela possui a função de criar expectativas de comportamento. Afirma Jakobs: “Así como los hombres en su relación con la naturaleza sólo se orientan en la medida en que pueden

³²⁶ JAKOBS, Günther. *Sociedade, norma e pessoa: teoria de um direito penal funcional*. Barueri: Manole, 2003. p. 1

³²⁷ JAKOBS, Günther. *Sociedade, norma e pessoa: teoria de um direito penal funcional*. Barueri: Manole, 2003. p. 2/3

encontrar regularidades, del mismo modo en los contactos sociales (...) sólo resulta posible la orientación si no hay que contar a cada momento con cualquier comportamiento imprevisible de la otra persona. De lo contrario cada contato social se convertiría en un riesgo impredecible.”³²⁸

Segundo o autor, a sociedade só existe quando e na medida em que existem normas reais, ou seja, quando e na medida em que o discurso da comunicação se determina em atenção às normas. Essa comunicação não tem lugar entre pessoas que são regidas de acordo com um esquema satisfação/insatisfação e que, dessa forma, são intimidadas pela ameaça de insatisfação provocada pela pena. Pelo contrário, são as condutas das pessoas que são definidas pelo fato de que seguem as normas. Nas palavras do autor: “pessoa é, portanto, a quem se lhe adscribe um rol de um cidadão respeitoso do Direito. A pessoa não atua conforme o esquema individual de satisfação e insatisfação, mas sim conforme a um esquema de dever e espaço de liberdade”.³²⁹

Dessa forma, o indivíduo apenas passa a ser pessoa a partir do momento em que possui a qualidade de portador de funções (rol), e apenas em relação a uma pessoa pode existir a expectativa de que se comportará de determinada forma em determinada situação.³³⁰ Uma pessoa é real quando

³²⁸ JAKOBS, Günther. *Derecho Penal: Parte General*. Tradução Joaquim Cuello Contreras e Jose Luis Serrano Gonzales Murillo. 2. Ed., Madrid: Marcial Pons, 2007. p. 9

³²⁹ JAKOBS, Gunther. *Sobre la teoría de la pena*. Traducción de Manuel Cancio Meliá. Centro de Investigaciones de Derecho Penal y Filosofía del Derecho de la Universidad Externado de Colombia, 2002. p. 16/17 Tradução livre de “persona es, por lo tanto, a quien se le adscribe el rol de un ciudadano respetuoso del Derecho. La persona no actúa conforme al esquema individual de satisfacción e insatisfacción, sino conforme a un esquema de deber y espacio libertad”.

³³⁰ SCHÜNEMANN, Bernd. La relación entre ontologismo y normativismo en la dogmática jurídico-penal. In *Modernas tendencias en la ciencia del derecho penal y en la criminología*. Madrid: Universidad Nacional de Educación a Distancia, 2001. p. 644

seu comportamento é adequado à norma. Assim, a classificação entre justo e injusto não vale somente para solidificar um processo de comunicação da norma, mas também para caracterizar a qualidade de pessoa.³³¹

Importante aqui ressaltar que a contradição do comportamento humano com a norma não tem por consequência que seu autor perca a qualidade de pessoa, isto porque, segundo Jakobs, essa solução teria por pressuposto que o infrator da norma pudera dispor de sua personalidade, o que não é possível.³³²

De acordo com Jakobs, as normas jurídicas representam expectativas estabilizadas de comportamento de tipo contrafático, ou seja, que possuem validade independentemente de seu cumprimento pelas pessoas (fático). Ainda melhor: as normas continuam válidas mesmo quando as expectativas nela estabilizadas são frustradas pela ocorrência de um fato (o crime).

Quando ocorre um delito, ainda assim fica claro que a norma não vê sua vigência afetada, pois do contrário, estar-se-ia colocando em xeque a vigência da norma e a sua função de orientação das condutas sociais. A expressão simbólica do delito (a de, virtualmente, possibilitar a desconfiança na norma) se opõe ao simbolismo da pena criminal. Esta deve ser entendida não mais de forma natural, como expressão da imposição de um mal àquele que lesiona um bem jurídico, mas sim como um símbolo pelo qual se demonstra à sociedade que, não obstante a ocorrência do crime (da violação da norma), ela continua tendo validade. A pena serve para mostrar com seriedade a todos, e de forma dura ao criminoso, que a sua conduta não obsta a manutenção da norma.

³³¹ TAVARES, Juarez. *Teoria do injusto penal*. 3. ed., Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 65

³³² JAKOBS, Gunther. *Sobre la teoría de la pena*. Traducción de Manuel Cancio Meliá. Centro de Investigaciones de Derecho Penal y Filosofía del Derecho de la Universidad Externado de Colombia, 2002. p. 18

Percebe-se, dessa forma, que a norma não visa pessoas, mas simplesmente à estabilização do sistema.

Segundo Maria Lúcia Karam, para essa teoria a pena tem como função a prevenção positiva, no sentido de exercitar o reconhecimento da norma e a fidelidade ao direito, por parte dos membros da sociedade. “O delito é visto como uma ameaça à integridade e à estabilidade social, enquanto expressão simbólica de uma falta de fidelidade ao direito, sendo a pena, por sua vez, a expressão simbólica oposta àquela representada pelo delito.”³³³

Com uma construção próxima à de Hegel, Jakobs afirma que como o delito é negativo na medida em que supõe a violação da norma e, conseqüentemente, a frustração de expectativas normativas, da mesma forma a pena deve ser considerada algo positivo, vez que afirma a vigência da norma ao negar a sua violação. Em suma: “missão da pena é a manutenção da norma como modelo de orientação para os contatos sociais. Conteúdo da pena é uma réplica, que tem lugar ao custo do infrator, frente ao questionamento da norma.”³³⁴

Tem-se por objetivo assegurar a função orientadora da norma confirmando a confiança nesta por parte de todos os homens e não apenas dos potenciais criminosos. A confirmação da confiança na norma não tem lugar pelo efeito intimidativo da pena aos potenciais criminosos (com sua potencial inibição), mas sim porque é indispensável a todos, igualmente, saberem aquilo

³³³ KARAM, Maria Lúcia. *De crimes, penas e fantasias*. 2. ed., Niterói: Luan Editora, 1993. p. 174

³³⁴ JAKOBS, Günther. *Derecho Penal: Parte General*. Tradução Joaquim Cuello Contreras e Jose Luis Serrano Gonzales Murillo. 2. Ed., Madrid: Marcial Pons, 2007. p. 14 Tradução livre de “misión de la pena es el mantenimiento de la norma como modelo de orientación para los contactos sociales. Contenido de la pena es una réplica, que tiene lugar a costa del infractor, frente al cuestionamiento de la norma.”

que podem esperar dos outros.³³⁵

Com a sanção criminal os membros da sociedade consolidam a sua confiança nas normas e, ao mesmo tempo, o exemplo da pena reforça a sua determinação de um comportamento conforme a essas mesmas normas.³³⁶

Concluindo: com a pena busca-se o consenso nas expectativas comportamentais dos membros da sociedade, ou como quer Jakobs, desenvolveu-se um modelo de pena cuja função é exercitar o reconhecimento da norma.³³⁷

A pena, assim, deixa de ter uma função metafísica e meramente retributiva, e passa a ser definida de forma positiva, preventivamente. O injusto não deve ser entendido como um mal ao que deve seguir outro mal, que é a pena. Assim, “querer un mal porque ya se ha dado otro mal, y este seguir un mal a otro describe a la pena sólo según su carácter superficial.”³³⁸ A pena deve ser entendida como a mostra da vigência da norma ao custo de um responsável, o que provoca na população um exercício de fidelidade no direito. Daí que a pena apenas cumpriria sua função com a estabilização da norma lesionada.

Essa função da pena, denominada de prevenção geral positiva, nem sempre apareceu na obra de Jakobs da mesma maneira. Em seu artigo sobre culpabilidade, o aspecto relativo ao exercício de fidelidade da população em

³³⁵ RODRIGUES, Anabela Miranda. *A determinação da medida da pena privativa de liberdade*. Coimbra: Coimbra Editora, 1995. p. 334.

³³⁶ RODRIGUES, Anabela Miranda. *A determinação da medida da pena privativa de liberdade*. Coimbra: Coimbra Editora, 1995. p. 349

³³⁷ JAKOBS, Günther. *Derecho Penal: Parte General*. Tradução Joaquim Cuello Contreras e Jose Luis Serrano Gonzales Murillo. 2. Ed., Madrid: Marcial Pons, 2007. p. 26

³³⁸ JAKOBS, Günther. *Derecho Penal: Parte General*. Tradução Joaquim Cuello Contreras e Jose Luis Serrano Gonzales Murillo. 2. Ed., Madrid: Marcial Pons, 2007. p. 9

relação ao direito aparecia bastante destacado. Afirma o autor: “Isso é prevenção geral em sentido não intimidatório, mas como exercício na fidelidade para o direito.”³³⁹

No *Tratado*, afirma que, para garantir as expectativas de comportamento, a função da pena se resume em manter as normas como modelo de orientação para os contatos sociais. Já o seu conteúdo consiste numa réplica (à violação da norma), que tem lugar ao custo do infrator, em razão do questionamento da norma.³⁴⁰

Em *Sociedade, norma e pessoa*, Jakobs acaba por deixar em segundo plano a função da pena como exercício na fidelidade para o direito, destacando a sua função para a de reconhecimento da validade da norma, independente do fato praticado pelo infrator. Veja-se a seguinte passagem:

Certamente, pode ser que se vinculem à pena determinadas esperanças de que se produzam conseqüências de psicologia social ou individual de características muito variadas, como, por exemplo, a esperança de que se mantenha ou solidifique a fidelidade ao ordenamento jurídico. **Mas a pena já significa algo independente dessas conseqüências: uma autocomprovação.** (...) o Direito Penal restabelece no plano da comunicação a vigência perturbada da norma cada vez que se leva a cabo seriamente um procedimento como conseqüência de uma infração da norma. E isso significa, ao mesmo tempo, que com isso se representa a identidade não modificada da sociedade. Neste processo, no plano empírico unicamente se pode apreender o delito, o processo e sua relação, mas, desde logo, não se pode apreender empiricamente o fenômeno da confirmação da identidade; pois esta não é uma conseqüência do processo, mas seu significado.³⁴¹ (grifei)

³³⁹ JAKOBS, Günther. *Culpabilidad y prevención*. In *Estudios de derecho penal*. Madrid, 1997. p. 73 Tal referência a esse dado aparece também em MELIÁ, Manuel Cancio; GONZÁLES, Carlos Suárez; RAMOS, Enrique Peñaranda. *Um novo sistema de direito penal: considerações sobre a teoria de Günther Jakobs*. Tradução de André Luis Callegari. Barueri: Manole, 2003. p. 2

³⁴⁰ JAKOBS, Günther. *Derecho Penal: Parte General*. Tradução Joaquim Cuello Contreras e Jose Luis Serrano Gonzales Murillo. 2. Ed., Madrid: Marcial Pons, 2007. p. 14

³⁴¹ JAKOBS, Günther. *Sociedade, norma e pessoa: teoria de um direito penal funcional*. Barueri: Manole, 2003. p. 4/5

Pela exposição acima, percebe-se que a forma de pensar do funcionalismo se adapta a qualquer modelo social, seja ele capitalista ou socialista, em um modelo econômico de um estado de bem-estar ou num modelo econômico neoliberal. Trata-se de uma ideologia conservadora, que pode se adaptar a qualquer forma de poder instituído, sem questionar a legitimidade do poder a que serve como instrumento ideológico de legitimação, razão pela qual os cientistas que defendem esse pensamento afirmarem que tal teoria é ideologicamente neutra.

Justamente por sua característica conservadora, o funcionalismo tem como objeto de preocupação o problema da manutenção da ordem social. Tal ordem é estabilizada desde que haja adesão dos indivíduos aos códigos morais que determinam as expectativas de comportamentos. Por consequência, o que se quer é evitar o conflito do indivíduo com o todo, de manter a estabilidade do sistema reforçando os mecanismos de socialização necessários para que as pessoas se tornem úteis ao sistema, agindo conforme o único sistema de valores admitido.

Para o funcionalismo, a sociedade é composta por um sistema de condutas realizadas por pessoas que interagem de acordo com pautas de comportamentos que determinam as expectativas que uma pessoa tem em relação à outra. Essas pautas de comportamentos garantem a previsibilidade das ações de cada um, e constituem um mecanismo de integração das pessoas dentro do sistema para a satisfação das necessidades do próprio sistema.

E é nesse contexto que Jakobs entende a questão do bem jurídico. Afirma o autor que uma difundida orientação da ciência penal entende o direito

penal como instrumento de proteção de bens jurídicos. E isso significaria que existiriam bens pré-existentes ou construídos pelo direito penal (como vida, saúde, propriedade, funcionamento de órgãos estatais), e que seriam protegidos por esse instrumento jurídico.

No entanto, afirma que, se todos os bens que necessitassem de tutela fossem considerados bens jurídicos incondicionalmente, resta claro que, na maior parte dos casos, o perecimento desses bens seria um fenômeno pelo qual o direito penal não iria se interessar. Exemplifica Jakobs: “Seres humanos morrem por causa dos defeitos que os seus órgãos acabam apresentando em idade avançada, ou por causa de graves doenças; máquinas desgastam-se por seu uso e se tornam imprestáveis, o solo semeado e cuidado é destruído pelo temporal ou por uma enchente etc.”³⁴²

Se é óbvio que nos casos acima narrados, juridicamente, não se fala em bens jurídicos lesionados, esse pensamento decorre do fato de que referidos bens apenas guardam relação com o direito na medida em o próprio direito determina que as pessoas não podem agredir esses bens, devendo respeitá-los. Assim, “a relevância jurídica desses bens seria relativa, referida a determinados perigos.”³⁴³

Se as coisas forem interpretadas dessa forma, conclui-se que o direito penal não protege a subsistência dos bens em si mesma, mas apenas contra ataques de pessoas, e apenas nesse sentido seria possível falar em bens

³⁴² JAKOBS, Günther. O que é protegido pelo direito penal: bens jurídicos ou a vigência da norma? In GRECO, Luís; TÓRTIMA, Fernanda Lara. *O bem jurídico como limitação ao poder de incriminar?* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 160

³⁴³ JAKOBS, Günther. O que é protegido pelo direito penal: bens jurídicos ou a vigência da norma? In GRECO, Luís; TÓRTIMA, Fernanda Lara. *O bem jurídico como limitação ao poder de incriminar?* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 160

jurídicos; nos demais casos apenas existiriam bens passíveis de perecimento. Desenvolve o pensamento com os seguintes exemplos: “a morte por velhice é perda de um bem, a punhalada do homicida é lesão a um bem jurídico; o carro que enferruja é um bem que está a perecer, a sua demolição deliberada é lesão a bem jurídico.”³⁴⁴

Assim, entende que o direito penal não serve à proteção integral de bens reconhecidos como bens jurídicos, mas sim à proteção de bens contra determinadas agressões, e apenas como objeto passível de determinada agressão é que se transforma em bem jurídico. E dessa forma de compreender as coisas conclui que “o Direito não é um muro de proteção que é erigido em volta dos bens, e sim a estrutura da relação entre *peessoas*.”³⁴⁵

Dessa forma, se a conclusão intermediária a que se chegou é verdadeira, pode-se afirmar que o direito penal tem a função de garantir a expectativa de que não ocorram agressões a bens, e não a real função de proteção dos bens.

Demonstrando que não se trata de mera acomodação de ideias, Jakobs faz uso do seguinte exemplo: “Eis um bem, por exemplo, a propriedade, que não pode ser lesionado. O proprietário desse bem pode deixá-lo decair; se o bem se encontra em perigo, não estão todos obrigados a ajudar o titular a salvá-lo; apenas não podem eles destruir ou subtrair o bem. O bem se manifesta jurídico-penalmente tão-só como a pretensão do titular de que os

³⁴⁴ JAKOBS, Günther. O que é protegido pelo direito penal: bens jurídicos ou a vigência da norma? In GRECO, Luís; TÓRTIMA, Fernanda Lara. *O bem jurídico como limitação ao poder de incriminar?* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 161

³⁴⁵ JAKOBS, Günther. O que é protegido pelo direito penal: bens jurídicos ou a vigência da norma? In GRECO, Luís; TÓRTIMA, Fernanda Lara. *O bem jurídico como limitação ao poder de incriminar?* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 161

demais respeitem o bem.”³⁴⁶

Consequência disso é que o bem jurídico não é um objeto externo, mas sim a norma, reconhecida como garantia de expectativa de comportamento. O direito, como estrutura da relação entre pessoas, não poderia ser representado por um objeto externo.³⁴⁷

2.1.2.5 Tendências sociológicas

As teorias sociológicas surgem num momento histórico em que se busca apresentar novos fundamentos de legitimação do poder punitivo estatal. Esses fundamentos, então, passam a ser buscados na sociologia, e não mais na filosofia, como em períodos anteriores ocorria. O modelo sociológico ao qual se recorre em referido momento histórico é o da teoria dos sistemas, desenvolvido por Parsons, nos Estados Unidos, e por Luhmann, na Alemanha.

De maneira superficial, é possível afirmar que esse modelo sociológico parte da existência de uma constelação de valores fundamentais, compartilhados por todos os membros da sociedade, que fundamenta a ordem social. São esses valores que determinam a identidade do sistema social e a coesão entre seus membros. De acordo com Juarez Cirino dos Santos,

O funcionalismo considera a sociedade como um todo organizado pela integração de órgãos e funções (correspondentes e reciprocamente influentes), desenvolvendo-se de modo linear, sem rupturas ou revoluções transformadoras. O núcleo da análise funcional é o conceito de cultura: os costumes, as idéias, as crenças, são fenômenos culturais que realizam funções vitais e indispensáveis, cujo conjunto forma a civilização, uma totalidade

³⁴⁶ JAKOBS, Günther. O que é protegido pelo direito penal: bens jurídicos ou a vigência da norma? In GRECO, Luís; TÓRTIMA, Fernanda Lara. *O bem jurídico como limitação ao poder de incriminar?* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 161

³⁴⁷ JAKOBS, Günther. O que é protegido pelo direito penal: bens jurídicos ou a vigência da norma? In GRECO, Luís; TÓRTIMA, Fernanda Lara. *O bem jurídico como limitação ao poder de incriminar?* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 161/162

orgânica caracterizadas pela unidade cultural (e existência de parâmetros comuns) e pela coerência interna (funcionalidade).³⁴⁸

Para as tendências sociológicas, a teoria do bem jurídico tem como fundamento a premissa de que bem jurídico apenas pode ser o que antes já era um bem, um valor social.³⁴⁹ Os bens jurídicos devem ser entendidos como situações ou estados um de valor social particular, aos quais é imprescindível a tutela penal. O bem jurídico passa a ser visto desde uma ótica funcional, é uma situação fático-real positivamente valorizada.³⁵⁰

Os bens jurídicos devem ser entendidos como situações ou estados um de valor social particular, aos quais é imprescindível a tutela penal. O bem jurídico passa a ser visto desde uma ótica funcional, é uma situação fático-real positivamente valorizada.

Essa orientação à sociedade, característica nas teorias sociológicas, também se verifica nas teorias constitucionais, que, mesmo que se fundamentem em um catálogo formal de valores tutelados constitucionalmente, são orientadas a regular e proteger formas sociais de convivência.

Em síntese, as teorias sociológicas buscam determinar o substrato material do bem jurídico (nem tanto a delimitar seu conteúdo) e, com exclusivo fundamento sociológico, sem apoio em critérios jurídicos complementares. São

³⁴⁸ CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *Direito penal: a nova parte geral*. Rio de Janeiro: Forense, 1984. p. 12

³⁴⁹ JAGER, *apud*, BUSTOS RAMÍREZ, Juan. *Manual de derecho penal: parte general*. Barcelona: Ariel Derecho, 1984. p. 59

³⁵⁰ FERNÁNDEZ, Gonzalo D. *Bien jurídico y sistema del delito*. Montevideo/Buenos Aires: B de F, 2004. p. 56

aquelas posturas teóricas que entendem o bem jurídico como um "estado social valioso" ou uma "unidade funcional de valor".³⁵¹

Em geral, o âmbito de delimitação material de conteúdo do bem jurídico protegido pelo direito penal é determinado por um elemento abstrato, que é a especial relevância que possui determinado valor para o normal desenvolvimento da vida em sociedade, o que afasta qualquer valor carente de consenso social.

Amelung, um representante do funcionalismo sociológico no direito penal, define o crime como um fenômeno disfuncional, ou seja, algo que pode ser entendido como obstáculo para a superação de problemas que impeçam o progresso do sistema social. Afirma o autor que um sistema social é disfuncional quando é composto por fatos complexos que são contrários à sua integração, fatos que impedem o sistema social de progredir.³⁵²

Como fundamento material das normas penais, Amelung acresce ao conceito de bem jurídico o de *danosidade social*³⁵³, que deve ser entendido como uma disfuncionalidade do sistema social. A pena, como instrumento de proteção da norma, tem a função de proteger a manutenção da sociedade.

Essa tese desconsidera o conceito liberal de bem jurídico, pois desconhece bens jurídicos individuais, vez que apenas admite que todo bem jurídico é constituído a partir dos efeitos disfuncionais do comportamento que apresenta danosidade social, ou seja, o bem jurídico é determinado pela sua

³⁵¹ FERNÁNDEZ, Gonzalo D. *Bien jurídico y sistema del deliito*. Montevideo/Buenos Aires: B de F, 2004. p. 57/58

³⁵² AMELUNG, *apud*, FERNÁNDEZ, Gonzalo D. *Bien jurídico y sistema del deliito*. Montevideo/Buenos Aires: B de F, 2004. p. 59

³⁵³ AMELUNG, Knut. O conceito de bem jurídico na teoria jurídico-penal da proteção de bens jurídicos. In GRECO, Luís; TÓRTIMA, Fernanda Lara. *O bem jurídico como limitação ao poder de incriminar?* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 158

relação axiológica com o sistema social. Na observação de Water Kargl, frequentemente se interpreta o conceito de danosidade social de forma social-coletiva, que prescinde das pessoas. Com isso, ignora-se, por exemplo, que o valor da vida não se infere de seu significado para a manutenção do sistema, mas sim de sua finalidade de desenvolvimento individual.³⁵⁴

Da mesma forma, ignora-se que o Estado existe para o indivíduo, que deve ser tutelado por si mesmo, e não por ser parte do sistema social. Roxin entende que esse destaque à funcionalidade para o sistema leva a que se proteja à pessoa não por si mesma, mas apenas no interesse da sociedade. Portanto, também seria razoável sacrificar uma pessoa com o fim de que o sistema permaneça inalterado.³⁵⁵

No mesmo sentido é a manifestação de Terradillos Basoco:

Claro que quando se mantém que o bem jurídico é uma condição necessária para a conservação da sociedade se está dizendo que o critério sobre o que é digno de repressão jurídico-penal deve ser o ataque a estas condições sociais. Com isso o dogma do bem jurídico não pode levar a conclusões diametralmente opostas às derivadas do princípio de danosidade social (...). Mas pode fazer-se certas observações críticas a nível ideológico. Se só a ideia de disfuncionalidade a respeito da estrutura social é o critério determinante do exercício do *ius puniendi*, podem subordinar-se as necessidades do indivíduo às sociais até o extremo de estar justificadas a eliminação dos seres humanos inúteis ou molestos, por ser esta “funcional”.³⁵⁶

³⁵⁴ KARGL, Walter. Protección de bienes jurídicos mediante protección del derecho. In AA.VV., *La insostenible situación del derecho penal*. Granada: Comares, 2000. p. 54/55

³⁵⁵ ROXIN, Claus. *Derecho Penal. Parte General. Fundamentos. La Estructura de la Teoría del Delito*. Traducción de Diego-M. Luzón Peña; Miguel Díaz y García Conlledo; y Javier de Vicente Remesal, Madrid: Civitas, 2003. p. 68

³⁵⁶ TERRADILLOS BASOCO, Juan María. La satisfacción de necesidades como criterio de determinación del objeto de tutela jurídico-penal. *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid*, n. 63, 1981. Tradução livre de “Claro que quando se mantiene que el bien jurídico es una condición necesaria para la conservación de la sociedad se está diciendo que el criterio sobre lo que es digno de represión jurídico-penal há de ser el ataque a estas condiciones sociales. Con lo que el dogma del bien jurídico no puede llevar a conclusiones diametralmente distintas a las derivadas del principio de dañosidad social. (...) Pero puede hacerse ciertas observaciones críticas a nivel ideológico. Si sólo la idea de disfuncionalidad respecto a la estructura social es el criterio determinante del ejercicio del *ius puniendi*, pueden subordinarse las necesidades del individuo a las sociales hasta el extremo de

Enfim, com essa substituição do conceito de bem jurídico pelo de danosidade social, desaparecem as funções garantistas e dogmáticas do conceito de bem jurídico, passando a ser, desde uma perspectiva sociológica, o mesmo que a postura imanentista de Binding, do ponto de vista jurídico.³⁵⁷

Outro desenvolvimento funcionalista sociológico é o de Rudolphi, que pensa o bem jurídico como *estados de coisas* valiosos, tuteláveis e lesionáveis.³⁵⁸ Como “aqueles pressupostos de uma vida social próspera, apoiada na liberdade e responsabilidade do”³⁵⁹, (...) “funções importantes para a vida social no âmbito da Constituição”³⁶⁰ (aqui o recurso a um critério jurídico complementar limitador, a Constituição, razão pela qual também seria apropriado situar esse autor nas teorias constitucionalistas). Ou ainda, de forma resumida, “unidades sociais valiosas para nossa sociedade e para a posição e liberdade dos cidadãos individualmente considerados”.³⁶¹

Para Callies, o direito penal deve assegurar a liberdade e as oportunidades de participação no sistema social. Assim, entende que, dentro

estar justificada la eliminación de los seres humanos inútiles o molestos, por ser ésta “funcional” p. 134

³⁵⁷ BUSTOS RAMÍREZ, Juan. *Manual de Derecho Penal Español: Parte general*. Barcelona: Ariel Derecho, 1984. p. 59

³⁵⁸ RUDOLPHI, H.J. *Los diferentes aspectos del concepto de bien jurídico*. In *Nuevo Pensamiento Penal Revista de Derecho y Ciencias Penales*. Trad. Enrique Bacigalupo. Buenos Aires, ano 4, p.329-347, 1975. p. 342

³⁵⁹ RUDOLPHI, H.J. *Los diferentes aspectos del concepto de bien jurídico*. In *Nuevo Pensamiento Penal Revista de Derecho y Ciencias Penales*. Trad. Enrique Bacigalupo. Buenos Aires, ano 4, p.329-347, 1975.p. 342

³⁶⁰ RUDOLPHI, H.J. *Los diferentes aspectos del concepto de bien jurídico*. In *Nuevo Pensamiento Penal Revista de Derecho y Ciencias Penales*. Trad. Enrique Bacigalupo. Buenos Aires, ano 4, p.329-347, 1975. p. 342

³⁶¹ RUDOLPHI, H.J. *Los diferentes aspectos del concepto de bien jurídico*. In *Nuevo Pensamiento Penal Revista de Derecho y Ciencias Penales*. Trad. Enrique Bacigalupo. Buenos Aires, ano 4, p.329-347, 1975. p. 344

de uma sociedade que garante a participação dos indivíduos, o bem jurídico é *a oportunidade de participação do indivíduo dentro da estrutura social*.³⁶²

As teorias acima descritas apresentam, em maior ou menor medida, influência de teorias sistêmicas da sociedade. No entanto, Hassemer desenvolve seu pensamento sobre bem jurídico sem sofrer influência dessas teorias, razão pela qual suas fundamentações se apresentam de forma bem diversa às dos autores acima mencionados.

Segundo Hassemer, a teoria do bem jurídico oferece um substrato empírico ao que estão vinculados o legislador e os deveres de ação ou omissão impostos pela lei penal.³⁶³

Entende que o conceito de bem jurídico não é puramente normativo, para servir de instrumento de racionalização da política criminal. O bem jurídico é constituído pelo controle social formalizado, que se realiza no contexto da comunicação normativa da sociedade. É dessa vinculação aos processos comunicativos reais que surge a necessidade de uma complementação entre o direito penal e as ciências sociais. É a formalização do controle social que torna possível a diferenciação entre o tratamento que a sociedade dá à delinquência e a realização de princípios materiais dirigidos à proteção dos envolvidos no conflito.³⁶⁴

Situa o bem jurídico na relação entre indivíduo, sociedade e Estado, afastando a possibilidade de simples proteção do próprio sistema social, e

³⁶² CALLIES, *apud*, FERNÁNDEZ, Gonzalo D. *Bien jurídico y sistema del deliito*. Montevideo/Buenos Aires: B de F, 2004. p. 64

³⁶³ HASSEMER, Winfried; MUÑOZ CONDE, Francisco. *Introducción a la criminología y al derecho penal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1989. p. 104

³⁶⁴ HASSEMER, Winfried. *Introdução aos fundamentos do direito penal*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2005. p. 417 e ss

dando contorno ao bem jurídico como “interesses humanos que carecem de proteção penal”.³⁶⁵ Com isso dá fundamento a uma teoria personalista do bem jurídico. Buscando algo mais concreto que definições como “unidade funcional”, “estruturas intelectivas” ou “estados”, afirma que a proteção de instituições tem como condição a proteção de interesses de pessoas humanas.

Ainda que se verifique imprecisão no que se refere à determinação do substrato material do bem jurídico, afirma que o valor do conceito de bem jurídico consiste na possibilidade de sustentar determinada argumentação numa controvérsia jurídica. Além disso, a abertura do conceito é necessária para permitir a discricionariedade do legislador penal.³⁶⁶

Afirma que o conceito de bem jurídico oferece ao legislador um critério plausível e prático para o momento de tomada de suas decisões e, da mesma forma, um critério externo de comprovação da justiça de sua decisão. Nesse sentido, ao mesmo tempo em que é passível de utilização prática, o critério do bem jurídico deve ser facilmente identificável, para evitar que o legislador ameace com pena todo comportamento que coloque em risco a estabilidade daquilo que, em sua opinião, deva ser mantido intacto e sem qualquer alteração.³⁶⁷

Ainda na concepção pessoal de bem jurídico, não nega a existência de bens jurídicos coletivos. Apenas afirma que a tutela penal desses bens

³⁶⁵ HASSEMER, Winfried. Linhas gerais de uma teoria pessoal do bem jurídico. In GRECO, Luís; TÓRTIMA, Fernanda Lara. *O bem jurídico como limitação ao poder de incriminar?* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 21

³⁶⁶ HASSEMER, Winfried. Linhas gerais de uma teoria pessoal do bem jurídico. In GRECO, Luís; TÓRTIMA, Fernanda Lara. *O bem jurídico como limitação ao poder de incriminar?* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 21

³⁶⁷ HASSEMER, Winfried; MUÑOZ CONDE, Francisco. *Introducción a la criminología y al derecho penal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1989. p. 105

jurídicos tem como condição a possibilidade de funcionalização a partir de interesses de pessoas humanas.

O desenvolvimento dessa proposta ainda produz consequentes orientações para a política criminal dirigida à tutela de bens jurídicos. A tutela de bens jurídicos coletivos exige maior ônus argumentativo para justificar a proteção penal. Isso porque, quando se funcionaliza o bem jurídico coletivo a interesses da pessoa humana, verifica-se a criminalização de uma conduta em estágio prévio à lesão do bem individual, o que motiva a necessidade de maior ônus argumentativo para sua legitimação. Outra consequência consiste no fato de que a sanção penal destinada à proteção desses bens jurídicos deve ser, necessariamente, menos intensa. Nas palavras de Hassemer: “quanto mais passos se tiver que dar para, legitimado por um interesse humano, intervir com uma ameaça penal, tanto mais cuidadoso deve-se ser em relação ao “se” e ao “como” da ameaça penal.”³⁶⁸

Por fim, um dos maiores potenciais da teoria pessoal do bem jurídico reside no fato de exigir a explicação de como, de fato, a tutela de um bem jurídico coletivo pode proteger um interesse humano. A criminalização de uma conduta exige uma rigorosa verificação prévia da idoneidade da norma em atingir seu objetivo. Aí o seu importante papel de crítica à legislação.³⁶⁹

E apesar de todos os potentes argumentos desenvolvidos em sua teoria, entende que, atualmente, uma teoria como essa não encontra conjuntura

³⁶⁸ HASSEMER, Winfried. Linhas gerais de uma teoria pessoal do bem jurídico. In GRECO, Luís; TÓRTIMA, Fernanda Lara. *O bem jurídico como limitação ao poder de incriminar?* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 22

³⁶⁹ HASSEMER, Winfried. Linhas gerais de uma teoria pessoal do bem jurídico. In GRECO, Luís; TÓRTIMA, Fernanda Lara. *O bem jurídico como limitação ao poder de incriminar?* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 23

favorável.³⁷⁰

2.1.2.6 Conceito jurídico-constitucional de bem jurídico

Como as teorias sociológicas do bem jurídico não apresentaram uma desejável força normativa para limitar o poder punitivo estatal, foram desenvolvidas as teorias constitucionais, que, segundo seus defensores, ao apresentarem o bem jurídico como um valor previsto na Constituição, portanto, juridicamente anterior à lei penal, funcionariam como limite ao poder estatal.

De acordo com estas propostas, o ponto de referência na definição de bens jurídicos é a ordem de valores constitucionais. Nesse contexto de ideias reconhece-se que existem duas ordens de valores no ordenamento jurídico: uma estaria determinada na Constituição, outra, na legislação penal. A ordem de valores da legislação penal apenas coincidiria com o núcleo dos valores constitucionais (vida, liberdade, patrimônio), mas existiriam outros valores que não estariam previstos na Constituição. Mesmo nesses casos a Constituição fixaria a orientação básica do direito penal.³⁷¹

Figueiredo Dias entende que a Constituição é a referência dos valores sociais a respeito de seus interesses e fundamenta a seleção de bens jurídicos nesse referencial. Como crítica às teorias sociológicas do bem jurídico, afirma que o principal objeto de ataque a essas teorias não é a falta de exatidão de seus conceitos, mas sim, a “sua irremediável **insuficiência para os efeitos**

³⁷⁰ HASSEMER, Winfried. Linhas gerais de uma teoria pessoal do bem jurídico. In GRECO, Luís; TÓRTIMA, Fernanda Lara. *O bem jurídico como limitação ao poder de incriminar?* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 24

³⁷¹ BUSTOS RAMÍREZ, Juan. *Manual de derecho penal: parte general*. Barcelona: Ariel Derecho, 1984. p. 58

práticos da aplicação do direito.”³⁷²

Quando se fundamenta o bem jurídico no sistema social torna-se impossível fornecer ao conceito de bem jurídico uma concretização, que é indispensável. Assim, os bens do sistema social se transformam e se tornam bens jurídicos merecedores de tutela penal por meio da **“ordenação axiológica jurídico-constitucional.”³⁷³**

De acordo com essa lógica, somente é passível de tutela um bem jurídico quando ele reflete um valor reconhecido na Constituição, em nome do sistema social do qual a Constituição lhe extrai. Apenas nesse sentido, o de que os bens jurídicos estão previamente previstos na Constituição, é que se pode falar que o bem jurídico é anterior ao ordenamento jurídico penal.

Assim, os bens jurídicos tutelados por normas penais devem ser entendidos como concretizações dos valores constitucionais, expressos ou implícitos, ligados aos deveres e direitos fundamentais e à ordem política, econômica e social.

Atento a esses argumentos, Bustos Ramírez destaca que essas posturas tendem a confundir os direitos fundamentais constitucionais com os bens jurídicos. Afirma o autor:

Na Constituição e no Direito constitucional os Direitos fundamentais cumprem uma função muito específica, de regular as relações entre a sociedade política e a sociedade civil e, portanto, constitui um limite à intervenção do Estado junto aos cidadãos. Ao contrário, os bens jurídicos têm uma função muito mais ampla e complexa, pois implicam relações sociais concretas dos indivíduos a respeito de todos os possíveis sujeitos ou objetos que podem entrar nesta relação, nesse sentido também o Estado,

³⁷² FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *Direito Pena: Parte Geral*. Coimbra: Coimbra Editora, 2004. p. 114

³⁷³ FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *Direito Pena: Parte Geral*. Coimbra: Coimbra Editora, 2004. p. 114

mas não só este.³⁷⁴

Roxin defende o conceito de bem jurídico a partir de uma política criminal fundada nos preceitos constitucionais, como restrição ao poder punitivo estatal. Entende o autor que os bens jurídicos servem à manutenção do sistema social. Define bem jurídico como **“circunstancias dadas o finalidades que son útiles para el individuo y su libre desarrollo en el marco de un sistema social global estructurado sobre la base de esa concepción de los fines o para el funcionamiento del propio sistema.”**³⁷⁵

Ao fundamentar sua definição na Constituição, reconhece que o bem jurídico pode ter como origem dados anteriores à lei penal, mas não anteriores à Constituição e aos deveres por ela criados. Quanto à importância da Constituição como limite negativo ao legislador penal, embora reconheça importância à teoria do bem jurídico, afirma:

não podemos opor limites ao legislador com a mera alegação de que esses limites decorrem de nossa própria concepção político-criminal. A única instância que está acima do legislador é a Constituição. O limite à intervenção do legislador tem de poder reconduzir-se a ela, se ela quiser ser mais do que mera expressão de uma opinião pessoal.³⁷⁶

³⁷⁴ BUSTOS RAMÍREZ, Juan. *Manual de Derecho Penal Español: Parte general*. Barcelona: Ariel Derecho, 1984. p. 58/59 Tradução livre de “en la Constitución y en el Derecho Constitucional los derechos fundamentales cumplen una función muy específica, que es regular las relaciones entre la sociedad política y la sociedad civil, y por tanto constituir un límite a la intervención del Estado respecto de los ciudadanos. En cambio, los bienes jurídicos tienen una función mucho más amplia y compleja, pues implican relaciones sociales concretas de los individuos respecto de todos posibles sujetos u objetos que pueden entrar dentro de esa relación, en ese sentido también el Estado, pero no sólo éste.” Com referência a essa passagem, BUSATO, Paulo César. *Fundamentos para um direito penal democrático*. São Paulo: Atlas, 2013. p. 52

³⁷⁵ ROXIN, Claus. *Derecho Penal. Parte General. Fundamentos. La Estructura de la Teoría del Delito*. Traducción de Diego-M. Luzón Peña; Miguel Díaz y García Conlledo; y Javier de Vicente Remesal, Madrid: Civitas, 2003. p. 56

³⁷⁶ ROXIN, Claus. Sobre o recente debate em torno do bem jurídico. In GRECO, Luís; TÓRTIMA, Fernanda Lara. *O bem jurídico como limitação ao poder de incriminar?* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 184

Ainda que mereça crítica o conceito acima apresentado, por entender o bem jurídico como um instrumento de manutenção do sistema social, aproximando-se muito de tendências puramente sistêmicas, é de se reconhecer mérito a Roxin, por reconhecer como ilegítimas, por desvinculadas a bem jurídico, a) normas penais que proíbam condutas meramente imorais (por ex. a punição do homossexualismo entre adultos, de atos sexuais com animais), b) normas penais que se caracterizem por um *paternalismo duro*, (p. ex., proibição de posse de droga para consumo próprio), c) normas destinadas à proteção de sentimentos, que pune a realização de cenas indesejadas (por ex. de pornografia, § 184 Abs. 2 Nr. 6 StGB, ou de atos sexuais, § 183a StGB), d) normas penais que proíbam a violação de tabus (como o incesto entre irmãos ou a negação de fatos históricos), d) também não são bens jurídicos os objetos de proteção de grau de abstração impalpável, como a figura da idoneidade para perturbar a paz pública, que aparece em diversos dispositivos penais, e) leis penais simbólicas, que são aquelas criadas pelo legislador para demonstrar compromisso com determinado valor, mas que não previnem danos, f) também a proteção de bens jurídicos aparentes tornam a norma ilegítima (segurança pública, saúde pública),³⁷⁷ g) normas com finalidade puramente ideológicas, e, h) cominações arbitrárias.³⁷⁸

No Brasil, entendendo a Constituição como fonte dos bens jurídicos a serem tutelados pelas leis penais, ainda que ciente de todas as críticas ao conceito de bem jurídico como critério de criminalização e objeto de proteção

³⁷⁷ ROXIN, Claus. Sobre o recente debate em torno do bem jurídico. In GRECO, Luís; TÓRTIMA, Fernanda Lara. *O bem jurídico como limitação ao poder de incriminar?* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 187/188

³⁷⁸ ROXIN, Claus. *Derecho Penal. Parte General. Fundamentos. La Estructura de la Teoría del Delito*. Traducción de Diego-M. Luzón Peña; Miguel Díaz y Garcia Conlledo; y Javier de Vicente Remesal, Madrid: Civitas, 2003. p. 56

da lei penal, afirma Juarez Cirino dos Santos:

(...) se a *fonte exclusiva* de bens jurídicos selecionados para proteção penal é a Constituição da República – o fundamento político do moderno Estado Democrático de Direito – então a criminalização da *vontade do poder* ou de meras *expectativas normativas* parece remota; ao contrário, a rejeição do bem jurídico como objeto de proteção *fragmentária* e *subsidiária* da criminalização poderia criar um vazio legal preenchível pela *vontade de poder*, ou pelas *expectativas normativas* como objetos de criminalização – sem falar na incômoda proximidade com a teoria sistêmica de JAKOBS, que despreza o bem jurídico, tanto como *objeto* de proteção, quanto como *critério* de criminalização.³⁷⁹

Assim, seguindo as propostas de juristas e criminólogos críticos, pensa o conceito de bem jurídico como referido a direitos e garantias individuais do ser humano, colocando como limites negativos ao legislador penal a criminalização: a) da vontade do poder, b) de papéis sistêmicos, c) do risco abstrato, e, d) dos interesses difusos característicos de complexos funcionais, como a economia, o meio ambiente, o sistema tributário, etc.³⁸⁰

Como destaca Teubner, com essa desvinculação do Direito de fontes externas, o discurso funcionalista permaneceria prisioneiro de sua própria autorreprodução e apenas construiria suas próprias imagens internas do mundo externo, mas por outro lado faria uso da comunicação social geral para poder exercer influência sobre as construções gerais sociais da realidade.³⁸¹

Com isso, se entendermos o bem jurídico como objeto de proteção da norma, e não de maneira crítica, como limite à intervenção punitiva estatal, ainda que existam diferenças substanciais entre as propostas de Roxin e

³⁷⁹ CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *Direito penal. Parte geral*. Florianópolis: Conceito Editorial, 2012. p. 16

³⁸⁰ CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *Direito Penal: parte geral*. 5. ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 17/18

³⁸¹ PORTILLA CONTRERAS, Guillermo. La influencia de las ciencias sociales en el Derecho Penal: la defensa del modelo ideológico neoliberal en las teorías funcionalistas y en el discurso ético de Habermas sobre selección de los intereses penales. In NEUMANN, Ulfrid, *et alli. Crítica y justificación d el derecho penal en el cambio de siglo. El análisis crítico de la Escuela de Frankfurt*. Cuenca: Ediciones de la Universidad Castilla-La Mancha, 2003. p. 105

Jakobs, tanto faz entender a função do direito penal como a de tutela de bens jurídicos, como quer Roxin, ou de estabilização de expectativas normativas, como quer Jakobs, pois ambas as posturas são legitimadoras da intervenção punitiva e, por consequência, do sistema social que a produz.

2.2 Concepções a respeito do bem jurídico: monismo e dualismo

Existem duas formas de pensar a tutela de bens jurídicos coletivos. É nessa reflexão em que se faz a distinção entre bens jurídicos individuais, como vida, integridade física, patrimônio, honra, etc., e bens jurídicos coletivos, como meio ambiente, ordem tributária, ordem econômica, relações de consumo, segurança no trabalho, segurança no tráfego, etc.

A pergunta central é a seguinte: devemos ter uma única concepção de bem jurídico, ou duas, que contemplem a distinção em duas categorias diversas, individuais e coletivos. Ou ainda melhor: levando em consideração que nenhuma das posturas nega a possibilidade de tutela de bens jurídicos coletivos, esses devem ser interpretados como bens jurídicos que gozam de autonomia em relação aos bens jurídicos individuais, ou devem ser interpretados em função dos bens jurídicos individuais?

A concepção monista não reconhece duas possibilidades excludentes de bem jurídico (individual ou coletivo), é dizer, “ou se analisa o bem jurídico desde a perspectiva da pessoa, do indivíduo, ou do Estado, do coletivo”.³⁸²

De acordo com uma concepção monista social (ou estatista), somente se admite o reconhecimento de um bem jurídico individual se for possível encontrar nesse bem jurídico um interesse para a coletividade. Os interesses

³⁸² BUSATO, Paulo. *Fundamentos para um direito penal democrático*. São Paulo. Atlas, 2013. p. 58

personais são funcionalizados desde o ponto de vista dos interesses gerais. De acordo com esse entendimento, prepondera o coletivo sobre o individual.³⁸³

Em sentido contrário, de acordo com a concepção monista individual, os interesses sociais (gerais) somente podem ser reconhecidos legitimamente se servirem ao desenvolvimento do indivíduo. Assim, o interesse individual prepondera sobre o coletivo.³⁸⁴

Sendo o contraponto mais destacado às tendências legislativas contemporâneas – que têm utilizado como modelo de proteção de bens jurídicos coletivos os delitos de perigo abstrato –, a teoria pessoal do bem jurídico, desenvolvida por Hassemer, sustenta que o direito penal não pode ter por objetivo a tutela de novos e grandes riscos presentes na sociedade contemporânea e, principalmente, no futuro da humanidade. Assim, cabe ao direito penal, se necessário (como *ultima ratio*), a proteção do conteúdo ideológico do direito penal da ilustração, devendo reservar o seu âmbito de aplicação à tutela de direitos fundamentais individuais.

De acordo com Hassemer, defensor da concepção monista individual, mesmo que se verifique imprecisão no que se refere à determinação do substrato material do bem jurídico, o valor do conceito consiste na possibilidade de sustentar determinada argumentação numa controvérsia jurídica. Além disso, a abertura do conceito é necessária para permitir a discricionariedade do legislador penal.³⁸⁵

³⁸³ HASSEMER, Winfried; MUÑOZ CONDE, Francisco. *Introducción a la criminología y al derecho penal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1989. p. 109

³⁸⁴ HASSEMER, Winfried; MUÑOZ CONDE, Francisco. *Introducción a la criminología y al derecho penal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1989. p. 109

³⁸⁵ HASSEMER, Winfried. Linhas gerais de uma teoria pessoal do bem jurídico. In GRECO, Luís; TÓRTIMA, Fernanda Lara. *O bem jurídico como limitação ao poder de incriminar?* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 21

Afirma que o conceito de bem jurídico oferece ao legislador um critério plausível e prático para o momento de tomada de suas decisões e, da mesma forma, um critério externo de comprovação da justiça de sua decisão. Nesse sentido, ao mesmo tempo em que é passível de utilização prática, o critério do bem jurídico deve ser facilmente identificável, para evitar que o legislador ameace com pena todo comportamento que coloque em risco a estabilidade daquilo que, em sua opinião, deva ser mantido intacto e sem qualquer alteração.³⁸⁶

Ainda na concepção pessoal de bem jurídico, não nega a existência de bens jurídicos coletivos. Apenas afirma que a tutela penal desses bens jurídicos tem como condição a possibilidade de funcionalização a partir de interesses de pessoas humanas.

O desenvolvimento dessa proposta ainda produz consequentes orientações para a política criminal dirigida à tutela de bens jurídicos. A tutela de bens jurídicos coletivos exige maior ônus argumentativo para justificar a proteção penal. Isso porque, quando se funcionaliza o bem jurídico coletivo a interesses da pessoa humana, verifica-se a criminalização de uma conduta em estágio prévio à lesão do bem individual, o que motiva a necessidade de maior ônus argumentativo para sua legitimação. Outra consequência consiste no fato de que a sanção penal destinada à proteção desses bens jurídicos deve ser, necessariamente, menos intensa. Nas palavras de Hassemer: “quanto mais passos se tiver que dar para, legitimado por um interesse humano, intervir com uma ameaça penal, tanto mais cuidadoso deve-se ser em relação ao “se” e ao

³⁸⁶ HASSEMER, Winfried; MUÑOZ CONDE, Francisco. *Introducción a la criminología y al derecho penal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1989. p. 105

“como” da ameaça penal.”³⁸⁷

Além disso, um dos maiores potenciais da teoria pessoal do bem jurídico reside no fato de exigir a explicação de como, de fato, a tutela de um bem jurídico coletivo pode proteger um interesse humano. A criminalização de uma conduta exige uma rigorosa verificação prévia da idoneidade da norma em atingir seu objetivo. Aí o seu importante papel de crítica à legislação.³⁸⁸

Em momento algum Hassemer desconsidera a importância bens jurídicos como o meio ambiente, por exemplo. Apenas insiste em que o direito penal não é o instrumento adequado para atingir o fim de proteção ao bem jurídico a que se propõe. Assim, desde esse ponto de partida, está mais preocupado com a real proteção desse bem jurídico, de inestimável importância, do que aqueles que querem protegê-lo por meio do direito penal. Daí ser totalmente impertinente a afirmação de Schönemann, no sentido de que quem não quer a intervenção do direito penal nesse âmbito social está mais preocupado com a vaidade do indivíduo egoísta do que com as condições de vida das gerações futuras. É justamente o contrário: em vez de se tentar proteger as gerações futuras por meio de um direito penal ambiental totalmente inoperante, é que se quer o seu afastamento como instrumento de proteção ambiental, deixando a tutela de tão importante bem jurídico a instrumentos de controle social mais eficazes. Enfim, verifica-se, claramente, que se trata de uma frase de alto potencial retórico (haja vista a quantidade de citações de

³⁸⁷ HASSEMER, Winfried. Linhas gerais de uma teoria pessoal do bem jurídico. In GRECO, Luís; TÓRTIMA, Fernanda Lara. *O bem jurídico como limitação ao poder de incriminar?* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 22

³⁸⁸ HASSEMER, Winfried. Linhas gerais de uma teoria pessoal do bem jurídico. In GRECO, Luís; TÓRTIMA, Fernanda Lara. *O bem jurídico como limitação ao poder de incriminar?* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 23

referida passagem), sem qualquer apego à lógica.

Outra forma de pensar a questão do bem jurídico a partir de uma concepção monista individual está no trabalho de Kargl. Entende o autor que é a partir do que a moralidade considera condição de desenvolvimento individual de cada sujeito é que se conformam os bens, e isso cria a expectativa de que esses bens não sejam lesionados.

Para a postura dualista, existem duas espécies de bens jurídicos, totalmente independentes uma da outra, os bens jurídicos individuais e os bens jurídicos coletivos. Para a postura monista, somente é admissível uma concepção de bem jurídico, que albergue tanto os bens jurídicos individuais como os coletivos.³⁸⁹ Ou seja, não existem duas formas de pensar o bem jurídico, pois todos, individuais e coletivos, devem ser entendidos em função da pessoa humana individualmente considerada.

Importante destacar, como salienta Busato, que a diferença entre uma e outra concepção a respeito do bem jurídico não é mera elucubração teórica, mas que, na discussão entre as teorias monistas e dualistas, se não debate apenas métodos e sistemas, mas sim as possíveis diferentes concepções sobre o que é – ou deve ser – o Estado.³⁹⁰ Mais que isso, além de evidenciar a concepção de Estado, determina a interpretação penal em uma direção ou outra.

Assim, veremos os fundamentos de cada postura. Schünemann, um dos principais defensores da postura dualista, tenta unir a moderna ideia iluminista

³⁸⁹ BUSATO, Paulo. *Fundamentos para um direito penal democrático*. São Paulo. Atlas, 2013. p. 58

³⁹⁰ BUSATO, Paulo. *Fundamentos para um direito penal democrático*. São Paulo. Atlas, 2013. p. 58

de contrato social com pensamentos pós-modernos. Como afirma Greco, “apesar do empreendimento de combinar pontos de partida tamanhamente heterogêneos, não chega Schünemann a cair num ecleticismo (que ele também recusa)”.³⁹¹

Embora o fundamento do pensamento de Schünemann seja o contrato social, exige o autor que nesse contrato sejam incluídas as gerações futuras, de forma que o principal valor social é a sobrevivência da espécie humana, valor que, desde o ponto de vista das pessoas que vivem no momento atual, é universal, e não individual.³⁹²

Entende que, antes da revolução industrial e da superpopulação do planeta, as reservas nos recursos ecológicos eram tão abundantes e as potencialidades de lesão dos indivíduos tão escassas, que se justificava a prevalência dos bens jurídicos dos membros vivos da sociedade nesse momento. Ocorre que, numa sociedade como a do século 20, em que se verifica um consumo abusivo dos recursos naturais, somado à superpopulação no planeta, além das diversas formas de potencialidade de lesão de uma sociedade em razão de seu desenvolvimento tecnológico, não há outra saída que não seja a de reconhecer o caráter dominante dos bens jurídicos ecológicos, o que leva à inafastável conclusão de que o monismo individualista, defendido pela Escola de Frankfurt, deve ser entendido como uma verdadeira

³⁹¹ GRECO, Luís. *Modernização do direito penal, bens jurídicos coletivos e crimes de perigo abstrato*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 27/28

³⁹² SCHUNEMANN, Bernd. *Consideraciones críticas sobre la situación espiritual de la ciencia jurídico-penal alemana*. Bogotá: Centro de Investigaciones de derecho penal y filosofía del derecho – Universidad Externado de Colômbia, 1998. p. 20/21

perversão do ordenamento de bens jurídicos.³⁹³

Insiste em demonstrar uma perversão de valores da teoria pessoal do bem jurídico ao se referir que, de acordo com essa teoria, no centro do ordenamento jurídico-penal, como objeto de proteção, está a propriedade, que com a filosofia idealista foi elevada à condição de atributo da dignidade humana e que, em uma sociedade liberal, com relativamente escassos bens materiais, de modo compreensível gozava de uma especial valoração. Sendo que hoje, num momento em que se verifica uma exagerada exploração dos recursos ambientais, parece atávico colocar os delitos patrimoniais no centro do direito penal, e propor remeter a maior parte dos delitos ambientais ao direito administrativo, como o faz a Escola de Frankfurt.³⁹⁴

Indica o autor que o pensamento da teoria monista-individual se reduz a um individualismo referido apenas aos indivíduos hoje existentes, e que apenas tem como interesse a satisfações de necessidades consumistas irreais. De forma um tanto não científica (nesse ponto de um sério e bem intencionado trabalho acadêmico), chega a afirmar, ridicularizando a postura oposta ao seu pensamento, que a partir da defesa de uma concepção pessoal do bem jurídico, pode-se concluir que, com tal opção, “se impõe a valoração de que esta teoria leva em maior consideração a mais absurda vaidade do indivíduo egoísta que as condições de vida das gerações futuras”.³⁹⁵

³⁹³ SCHUNEMANN, Bernd. *Consideraciones críticas sobre la situación espiritual de la ciencia jurídico-penal alemana*. Bogotá: Centro de Investigaciones de derecho penal y filosofía del derecho – Universidad Externado de Colômbia, 1998. p. 20

³⁹⁴ SCHUNEMANN, Bernd. *Consideraciones críticas sobre la situación espiritual de la ciencia jurídico-penal alemana*. Bogotá: Centro de Investigaciones de derecho penal y filosofía del derecho – Universidad Externado de Colômbia, 1998. p. 22/23

³⁹⁵ SCHUNEMANN, Bernd. *Consideraciones críticas sobre la situación espiritual de la ciencia jurídico-penal alemana*. Bogotá: Centro de Investigaciones de derecho penal y filosofía del derecho – Universidad Externado de Colômbia, 1998. p. 22

Diante disso, afirma que o direito penal não pode ficar inerte diante do “saque” contra a natureza e, realizado pela atual sociedade.³⁹⁶ Os comportamentos que destroem o ambiente devem ser entendidos como o protótipo de crime, fazendo parte do núcleo do direito penal, razão pela qual não se pode duvidar de sua legitimidade. Seria irresponsável renunciar ao direito penal nesse âmbito por sua força formadora de costumes, prevenção geral de integração.³⁹⁷ Deixar de utilizar o direito penal nesse âmbito, e relegar problemas de tamanha importância para a humanidade ao direito administrativo seria uma *moral insanity*.³⁹⁸

Mais que isso, a tutela de bens jurídicos coletivos representa uma mudança de tendência do direito penal, “del Derecho penal de la clase baja al Derecho penal de la clase media, media alta y alta, en el que no sólo la subcultura de la que vegetan el aventurero y los pobres en el margen bajo de la sociedad, sino también la optimización de beneficio del subsistema económico de la sociedad se controlan ampliamente con los medios del Derecho penal de acuerdo con la idea sobre su compatibilidad o tolerancia social”.³⁹⁹

Ademais, agora discutindo o bem jurídico tutelado pelo direito penal ambiental, afirma que os delitos ambientais deveriam ser agregados aos delitos

³⁹⁶ GRECO, Luís. *Modernização do direito penal, bens jurídicos coletivos e crimes de perigo abstrato*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 28

³⁹⁷ SCHÜNEMANN, Bernd. Sobre la dogmática y la política criminal del derecho penal del ambiente. In *Temas actuales y permanentes del derecho penal después del milênio*. Madrid: Tecnos, 2002. p. 222

³⁹⁸ SCHÜNEMANN, Bernd. Del Derecho penal de la clase baja al Derecho penal de la clase alta. Um cambio de paradigma como exigencia moral? In *Temas actuales y permanentes del derecho penal después del milênio*. Madrid: Tecnos, 2002. p. 61

³⁹⁹ SCHÜNEMANN, Bernd. Del Derecho penal de la clase baja al Derecho penal de la clase alta. Um cambio de paradigma como exigencia moral? In *Temas actuales y permanentes del derecho penal después del milênio*. Madrid: Tecnos, 2002. p. 55

patrimoniais em sentido amplo (por se tratar de lesões ao patrimônio natural das gerações futuras).⁴⁰⁰ No entanto, levando em consideração que, em sentido técnico-jurídico, não pode existir propriedade de gerações futuras, o bem jurídico protegido pelo direito penal ambiental é o *recurso ecológico intacto*, cujo consumo não está à discricionária disposição da geração presente, sendo que esse bem constitui, em si mesmo, em um sentido concreto, o bem jurídico tutelado.⁴⁰¹

Entende que, quando se reconhece legitimidade à tutela penal de bens jurídicos coletivos autônomos, ao contrário do que afirma a Escola de Frankfurt, se não está deixando de lado a função garantista do bem jurídico. Pois o princípio de proteção de bens jurídicos desempenha uma de suas mais importantes funções: a de desconstrução de falsos bens jurídicos.

Embora reconheça a legitimidade de normas penais que, para tutelar bens jurídicos coletivos, interpõe uma instituição também carecedora de tutela penal (bem jurídico intermediário),⁴⁰² de forma crítica, propõe utilizar o critério do bem jurídico coletivo para identificar casos em que o legislador está protegendo uma soma de bens jurídicos individuais, sob a roupagem de um bem jurídico coletivo. Como exemplo oferece o do bem jurídico saúde pública,

⁴⁰⁰ “Considero a tese de que a lesão ao meio ambiente seja estruturalmente uma espécie de furto e, enquanto de bens elementares de todas as pessoas, uma espécie muito mais grave do que o furto dos pedaços da sociedade de consumo e do desperdício que se encontrem na propriedade individual(...)” SCHÜNEMANN, Bernd. O Direito Penal é a *ultima ratio* da proteção de bens jurídicos! – sobre os limites invioláveis do direito penal em um Estado de Direito Liberal. In *Estudos de direito penal, direito processual penal e filosofia do direito*. São Paulo: Marcial Pons, 2013. p. 80

⁴⁰¹ SCHÜNEMANN, Bernd. Del Derecho penal de la clase baja al Derecho penal de la clase alta. Um cambio de paradigma como exigencia moral? In *Temas actuales y permanentes del derecho penal después del milênio*. Madrid: Tecnos, 2002. p. 61

⁴⁰² SCHÜNEMANN, Bernd. O princípio da proteção de bens jurídicos como ponto de fuga dos limites constitucionais e da interpretação dos tipos. In *Estudos de direito penal, direito processual penal e filosofia do direito*. São Paulo: Marcial Pons, 2013. p. 65

que na verdade é composta da soma das saúdes de cada cidadão, não passando, portanto, de um bem jurídico individual segundo uma perspectiva da lógica de classes.”⁴⁰³

Desde a concepção dualista sobre bem jurídico, relativiza a o *princípio de ultima ratio*, sob a argumentação de que outros ramos do direito (direito administrativo sancionador, por exemplo), muitas vezes, apresentam sanções mais severas do que as do direito penal, e se empenha na busca de alternativas ao direito penal. Pensa que o melhor caminho é uma estratégia de cumulação entre direito penal e outros ramos do direito, e não de substituição do direito penal por outros instrumentos.⁴⁰⁴

Para tomarmos uma posição sobre o tema, temos que fixar alguns pressupostos básicos: a) se a teoria do bem jurídico serve para analisar a legitimidade das normas penais, deve-se, em primeiro lugar, definir qual é o critério utilizado para determinar *o que é e o que não é legítimo*; b) se o problema sobre a legitimidade das normas penais deve ser pensado desde um pressuposto de como o direito penal, a partir de uma concepção tradicional, “*deveria ser*”, um instrumento adequado à proteção de bens jurídicos, como seria o modelo ideal de direito penal a partir dessa noção de instrumentalidade, ou se se deve levar em consideração o direito penal que, *de fato*, existe, um direito penal de eficácia instrumental próxima do nível zero, e; c) se o bem

⁴⁰³ SCHÜNEMANN, Bernd. O princípio da proteção de bens jurídicos como ponto de fuga dos limites constitucionais e da interpretação dos tipos. In *Estudos de direito penal, direito processual penal e filosofia do direito*. São Paulo: Marcial Pons, 2013. p. 81

⁴⁰⁴ GRECO, Luís. *Modernização do direito penal, bens jurídicos coletivos e crimes de perigo abstrato*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 30

jurídico deve ser entendido como objeto de proteção da norma penal ou como limite à intervenção estatal nas liberdades individuais.

Para desenvolver o pensamento, partirei da ideia mais comum sobre a missão do direito penal, encontrada em qualquer Manual: *o direito penal tem a função de realizar a proteção subsidiária dos bens jurídicos mais importantes e protege-los contra os ataques mais graves.*

Assim, a determinação da legitimidade do direito penal deve ser determinada a partir da capacidade de alcançar referido objetivo ou não. Isso quer dizer que da análise está subtraída a reflexão sobre o grau de importância do bem jurídico ou sobre a gravidade da conduta que o ataca. A tomada de posição parte de um pressuposto simples, de análise consequencialista.

Seguindo essa lógica, a minha opção pela postura monista individual não decorre de *todos* os argumentos desenvolvidos por Hassemer, pelos seguintes motivos: a) ao contrário do que afirma Hassemer, entendo que os bens jurídicos, embora sejam produtos de processos comunicativos, e não dados ônticos preexistentes (aqui um ponto de concordância com o autor), eles *não são o resultado de um consenso na sociedade*; b) por mais que a postura crítica da concepção monista individual tenha como objetivo limitar o poder punitivo estatal, ao deslegitimar a tutela de bens jurídicos coletivos e de *funções* “por princípio”, aceita, também “por princípio”, a tutela de bens jurídicos individuais e coletivos que possam ser funcionalizados aos individuais e, com isso, na análise da legitimidade das normas penais, deixa em segundo plano a comprovação empírica da hipótese da capacidade do direito penal em relação à tutela desses bens.

Em momento algum a importância do bem jurídico será levada em conta. Não se trata de analisar *o que* proteger, mas sim, de pensar sobre a possibilidade de realizar uma proteção real por meio do direito penal. A análise sobre qual o modelo ideal de direito penal não será objeto desse trabalho. A questão é: com os instrumentos de controle social que se tem para proteger os bens jurídicos mais importantes, o direito penal é o mais adequado? Não há como separar o pensamento sobre a teoria do bem jurídico da questão instrumental. Não se trata de analisar a legitimidade da norma penal desde uma ou outra concepção de justiça, mas sim da utilidade de um tipo penal para proteger determinado bem jurídico.

A opção pela concepção monista ou dualista depende de como o observador entende o direito penal: como um instrumento adequado de proteção de bens jurídicos, ou como um símbolo que deve operar sobre a psicologia social. Mais que isso, por mais que se entenda o direito penal como um instrumento com capacidade de proteção de determinados bens jurídicos, essa proteção realizada pelo direito penal produz efeitos colaterais negativos suportáveis? Ou os efeitos negativos preponderam sobre o fim positivo de proteção de bens jurídicos?

É tentando responder essas perguntas que desenvolverei os argumentos para fundamentar minha postura.

No campo da produção das normas jurídicas, para tratar da legitimidade do direito penal, Tavares ressalta a importância de o legislador justificar os objetivos que estão por detrás da legalidade. Para que a norma jurídica possa ser submetida a um controle de legitimidade, é necessário que se coloque a descoberto seu real objetivo, não bastando a demonstração do dano que se

quer evitar com a norma.⁴⁰⁵

Dessa forma, como a norma deve ser entendida como um instrumento de comunicação, o emissor deve manifestar expressamente seu objetivo, não podendo, para isso, fazer uso de meio *simbólico*, para confundir os destinatários da norma, fazendo com que seus destinatários acreditem que quer regular determinado ato, quando, em verdade, busca outros objetivos não declarados, que, se fossem posto à mostra, evidenciaríamos a ilegitimidade da norma.⁴⁰⁶

Nesse sentido, as leis devem ser submetidas a um rigoroso procedimento de elaboração, que vá além do simples atendimento a formas jurídicas de aprovação parlamentar, razão pela qual teses meramente procedimentalistas que justifiquem a legitimidade de normas jurídicas pelo consenso devem ser afastadas.⁴⁰⁷

Na precisa lição de Tavares, a figura do bem jurídico deve ser entendida como “um valor que se incorpora à norma como seu objeto de preferência real (...). Sendo um valor e, portanto, um objeto de preferência real e não simplesmente ideal ou funcional do sujeito, o bem jurídico condiciona a validade da norma e, ao mesmo tempo, subordina sua eficácia à demonstração de que tenha sido lesado ou posto em perigo”.⁴⁰⁸

⁴⁰⁵ TAVARES, Juarez. *Os objetos simbólicos da proibição: o que se desvenda a partir da presunção de evidência*. In www.juareztavares.com p. 10

⁴⁰⁶ TAVARES, Juarez. *Os objetos simbólicos da proibição: o que se desvenda a partir da presunção de evidência*. In www.juareztavares.com p. 11

⁴⁰⁷ TAVARES, Juarez. *Os objetos simbólicos da proibição: o que se desvenda a partir da presunção de evidência*. In www.juareztavares.com p. 11

⁴⁰⁸ TAVARES, Juarez. *Teoria do injusto penal*. 3. ed., Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 198

Nesse momento, então, fundamental é distinguir norma e valor: enquanto a norma se vincula a um dever, o valor se vincula a uma finalidade.⁴⁰⁹ A partir dessa lógica, a proteção do bem jurídico não pode ser entendida como um dever, pois assim se estaria confundindo o bem jurídico, que é um valor, com a norma, o que transformaria o bem jurídico em um atributo formal da norma, e não como condição material de sua validade.⁴¹⁰

Como o bem jurídico, reconhecido como valor, está no campo das finalidades da ordem jurídica, ele cumpre a função de proteção da pessoa humana, e não do próprio bem jurídico, entendido como atributo formal da norma jurídica.⁴¹¹

Daí a nossa concordância com a teoria pessoal do bem jurídico, pois entende que os bens jurídicos universais apenas são passíveis de legitimação desde que sirvam à realização da pessoa individual. Nas palavras de Hassemer: “ao ser a pessoa um ser social, apenas pode preservar e realizar seus interesses dentro da sociedade e de suas instituições (Economia, Administração, Administração da Justiça, Educação, Defesa, Família, etc.). A proteção do correto funcionamento destas instituições se faz, portanto, em função dos interesses das pessoas que vivem e atuam nessas instituições.”⁴¹²

⁴⁰⁹ HABERMAS, Jürgen. *Facticidad y validez. Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*. Madrid: Trotta, 1998. p. 342; TAVARES, Juárez. *Teoría do injusto penal*. 3. ed., Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 199

⁴¹⁰ TAVARES, Juárez. *Teoría do injusto penal*. 3. ed., Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 199

⁴¹¹ TAVARES, Juárez. *Teoría do injusto penal*. 3. ed., Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 199

⁴¹² HASSEMER, Winfried; MUÑOZ CONDE, Francisco. *Introducción a la criminología y al derecho penal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1989. p. 110 Tradução livre de “al ser la persona un ser social, sólo puede preservar y realizar sus intereses dentro de la sociedad y de las instituciones de la misma (Economía, Administración, Administración de Justicia, Educación, Defensa, Familia, etc.). La protección del correcto funcionamiento de estas instituciones se hace, por tanto, en función de los intereses de las personas que viven y actúan en esas instituciones.”

Para concluir, como não raramente o bem jurídico aparece apenas como objeto simbólico da proibição, encobrindo o real objetivo da norma, nessas circunstâncias, quando a norma penal encobrir sua real finalidade por meio de engano, ou quando a norma não possui um bem jurídico, como objeto de preferência real da norma, ou ainda, quando a norma não exigir lesão ou perigo de lesão a bem jurídico, deve ser reconhecida como inválida.

No direito penal clássico, a proteção simbólica dos bens jurídicos vida, integridade física, liberdade e propriedade privada, ocultando os problemas estruturais da sociedade capitalista, encobre a real função do direito penal, que é a reprodução da desigualdade social.

Pelos argumentos acima expostos, a opção pela concepção monista é tática. Não se trata de legitimação da tutela de bens jurídicos individuais pelo direito penal, mas sim da postura que mais bem atende à proteção do indivíduo frente ao poder punitivo estatal.

2.3 As mais recentes discussões sobre a capacidade de rendimento da teoria do bem jurídico

Apesar de todo o esforço científico na elaboração e desenvolvimento da teoria do bem jurídico como fundamentação e limite ao poder punitivo estatal, uma respeitável parte da doutrina busca outros fundamentos de legitimação para o direito penal.

Fato é que o desenvolvimento histórico do conceito de bem jurídico não foi contínuo, verificando-se que referido conceito se amoldou às características políticas e sociais de cada época. Por isso, em seu desenvolvimento histórico,

teve seu conteúdo enfraquecido, tendo sido utilizado como fundamento para a incriminação, e não como limite ao poder punitivo estatal.

Por mais que boa parte da doutrina que reconheça que o conceito de bem jurídico foi o mais importante limite material ao direito penal, ainda que nunca tenha havido consenso sobre seu conteúdo, por essa razão, dentre outras, alguns autores têm questionado a utilidade do conceito, sendo comum se falar em "crise do bem jurídico".

Questiona-se a capacidade de rendimento da teoria do bem jurídico como instrumento de limitação à política criminal, principalmente, pelo movimento de expansão do direito penal. Diante disso, o que se nota ultimamente são teóricos que propõem relativizar o conceito de bem jurídico ou, até mesmo, dele abrir mão.

Amelung reconhece apenas uma função de interpretação para o conceito de bem jurídico. Nega o autor uma função crítica para referido conceito, pois em uma sociedade multicultural, com valores plurais, não é possível identificar consenso sobre a legitimidade de determinados valores. Por essa razão a legitimação das normas penais apresenta como fundamento o mero procedimento. No lugar do bem jurídico sugere o procedimento legislativo democrático como fundamento para as normas penais.⁴¹³

Silva Dias, com fundamento na filosofia da linguagem habermasiana, desenvolve uma teoria da validade/legitimação jurídico-penal. Naucke entende o delito, não como lesão de bem jurídico, mas como violação a direito subjetivo.

⁴¹³ AMELUNG, Knut. O conceito de bem jurídico na teoria jurídico-penal da proteção de bens jurídicos. In GRECO, Luís; TÓRTIMA, Fernanda Lara. *O bem jurídico como limitação ao poder de incriminar?* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 130

Com base na filosofia kantiana, afirma que só podem ser considerados puníveis fatos merecedores de pena retributiva. Stratenwerth, por considerar negativo o fato de a teoria do bem jurídico apresentar fundamentos individualistas e antropocêntricos, entende que o direito penal deve proteger a natureza por ela mesma, sem que seja necessário recorrer à teoria do bem jurídico para fundamentar essa tutela. A legitimidade do direito penal se dá por meio do que chama de acordo normativo.

Nesse ponto do trabalho analisaremos algumas teorias que pensam o conceito e o papel do bem jurídico de forma diferente das que foram apresentadas, ou que reconhecem a necessidade de um critério de legitimação e/ou limitação para o direito penal, sem que, necessariamente, se recorra ao conceito de bem jurídico.

2.3.1 A influência da teoria habermasiana na determinação dos interesses penais

Habermas desenvolve uma teoria epistêmica da verdade que se fundamenta na mudança do paradigma da filosofia da consciência para o da filosofia da linguagem. Sua proposta representa a *guinada linguístico-pragmática* da filosofia contemporânea e põe o acento na característica emancipatória da ação humana na perspectiva intersubjetiva, que se dá pela superação da razão prática (kantiana) pela comunicativa, realizada pela linguagem e dirigida à produção de entendimento mútuo.⁴¹⁴

Na razão prática kantiana a verdade é determinada em uma ação

⁴¹⁴ MARRAFON, Marco Aurélio. *O caráter complexo da decisão em matéria constitucional: discursos sobre a verdade, radicalização hermenêutica e fundação ética na práxis jurisdicional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 65

individual, a partir do sujeito, em que a autoridade epistêmica encontra-se no sujeito cognoscente. Já na razão comunicativa habermasiana a questão da verdade ocorre por meio de uma prática de justificação que se realiza entre sujeitos, mediada pela linguagem.⁴¹⁵

A partir desse ponto de vista, substitui-se a pergunta pela possibilidade de um conhecimento em que se possa confiar pela pergunta sobre a possibilidade de sentenças válidas intersubjetivamente, em que o outro é pressuposto para a produção do conhecimento.⁴¹⁶ Para Habermas, “a racionalidade comunicativa exprime-se numa práxis de fala que, com seus papéis dialogais e pressupostos comunicativos, é talhada por uma meta ilocucionária: o reconhecimento intersubjetivo das pretensões de validade”.⁴¹⁷

De forma diferente ao que se percebe nas teorias de Frege e Appel, que já se identificam com o paradigma da linguagem, na obra de Habermas destaca-se, de forma mais completa, o aspecto subjetivo na aquisição do conhecimento, o que promove um afastamento do sujeito.

Além disso, demonstra ser possível a superação da ideia de que um discurso único leve à verdade, apontando para a ideia de que a verdade deve ser construída a partir de uma pluralidade de discursos.⁴¹⁸

Dessa maneira, resta claro que entender a obra de Habermas não se resume à compreensão de como opera a razão comunicativa, mas também de

⁴¹⁵ HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre faticidade e validade*. v. 1, Tradução Flavio Beno Siebeneichler. 2. ed., Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003 p. 20

⁴¹⁶ REPOLÊS, Maria Fernanda Salcedo. *Habermas e a desobediência civil*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003. p. 54

⁴¹⁷ HABERMAS, Jürgen. *Verdade e justificação: ensaios filosóficos*. São Paulo: Loyola, 2009. p. 127-128

⁴¹⁸ MARRAFON, Marco Aurélio. *O caráter complexo da decisão em matéria constitucional: discursos sobre a verdade, radicalização hermenêutica e fundação ética na práxis jurisdicional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 67

sua concepção de verdade.

Verifica-se a superação da semântica formal de Frege ao abandonar a tese de que o “valor de verdade” depende de um referencial objetivo no mundo. Caminha Habermas no sentido de uma teoria da significação fundamentada na veracidade e no “uso” da linguagem em determinada situação de discurso, dependentes do sentido inserido nas regras de linguagem constituídas enquanto mediações do mundo da vida.⁴¹⁹

Referida virada pragmática concebe a linguagem a partir do compartilhamento de valores, crenças e ideais baseados nas formas práticas de vida que determinam as regras dos jogos de linguagem, assim como as formas de entendimento sobre o mundo. Além disso, destaca que essa virada é permitida pela Teoria dos Atos de Fala, que demonstram que tais atos revelam a intenção do falante, ressaltando a força ilocucionária dos proferimentos, estabelecendo uma relação única entre falar e agir.⁴²⁰

De acordo com Habermas, o uso da linguagem deve cumprir funções pragmáticas (demonstrar a intenção do falante) e semânticas (representar estados de coisas) para que se alcance o entendimento mútuo. Além disso, deve determinar relações interpessoais com uma segunda pessoa.⁴²¹

Na razão comunicativa são 3 (três) os elementos que dão conteúdo à

⁴¹⁹ HABERMAS, Jürgen. *Verdade e justificação: ensaios filosóficos*. São Paulo: Loyola, 2009. p. 127; MARRAFON, Marco Aurélio. *O caráter complexo da decisão em matéria constitucional: discursos sobre a verdade, radicalização hermenêutica e fundação ética na práxis jurisdicional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 67-68

⁴²⁰ MARRAFON, Marco Aurélio. *O caráter complexo da decisão em matéria constitucional: discursos sobre a verdade, radicalização hermenêutica e fundação ética na práxis jurisdicional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 68

⁴²¹ HABERMAS, Jürgen. *Verdade e justificação: ensaios filosóficos*. São Paulo: Loyola, 2009. p. 107; MARRAFON, Marco Aurélio. *O caráter complexo da decisão em matéria constitucional: discursos sobre a verdade, radicalização hermenêutica e fundação ética na práxis jurisdicional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 69

força ilocucionária do proferimento: ato de fala, entendimento com uma outra pessoa e entendimento com referência a algo. Ou seja, por meio do ato de fala, deve o falante estabelecer entendimento com alguém, sendo que esse entendimento tem que ser a respeito de algo.⁴²²

Para que se alcance o objetivo ilocucionário do ato de fala é necessário, além da compreensão, a aceitação dos argumentos por parte do destinatário. No entanto, o pressuposto para a racionalidade da comunicação é a existência de consensos prévios acerca da validade dos proferimentos utilizados em uma situação argumentativa e das razões que o sustentam.⁴²³

Esses consensos prévios são obtidos em uma situação ideal de fala, que se caracteriza por: a) necessidade de que os proferimentos sejam gerais e produzam entendimento idêntico entre os falantes; b) publicidade e inclusão geral, participação com direitos iguais, respeito e reconhecimento mútuo, responsabilidade por parte dos falantes, sinceridade (vontade dos falantes em se entender) e autonomia (imunização contra coerções externas e internas).⁴²⁴

Além das condições ideais de comunicação, o debate deve observar outras pretensões de validade. Primeiro, verdade preposicional (ou seja, os proferimentos de cada um podem ser aceitos como verdadeiros), a concordância sobre a veracidade subjetiva (ou seja, cada um deve dizer o que realmente pensa) e a concordância da correção normativa (ou seja, os

⁴²² HABERMAS, Jürgen. *Verdade e justificação: ensaios filosóficos*. São Paulo: Loyola, 2009. p. 108; MARRAFON, Marco Aurélio. *O caráter complexo da decisão em matéria constitucional: discursos sobre a verdade, radicalização hermenêutica e fundação ética na práxis jurisdicional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 69

⁴²³ MARRAFON, Marco Aurélio. *O caráter complexo da decisão em matéria constitucional: discursos sobre a verdade, radicalização hermenêutica e fundação ética na práxis jurisdicional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 69

⁴²⁴ HABERMAS, Jürgen. *Verdade e justificação: ensaios filosóficos*. São Paulo: Loyola, 2009. p. 254

proferimentos podem ser aceitos como justos por utilizarem normas e valores reconhecidos intersubjetivamente).

Verificadas a situação ideal de fala e as pretensões de validade, por meio da argumentação é possível se chegar a dois tipos de consenso posterior: a) um com pretensão de validade epistêmica e; b) outro com pretensão normativa. O primeiro (consenso posterior com pretensão de validade epistêmica) é fundamentado no mundo objetivo compartilhado por todos e, em tese, é suficiente para validar asserções com pretensões de verdade. Trata-se de um agir comunicativo em sentido fraco, pois apenas gera um acordo cognitivo. O segundo tem por fundamento o mundo social intersubjetivamente compartilhado, onde se exigem a liberdade para discernimentos normativos e aceitação de obrigações mútuas. Trata-se de um consenso consequente de um agir comunicativo forte, no qual o ato ilocucionário deve ser aceito.⁴²⁵

Diante do exposto, verifica-se que, nessa primeira fase de seu trabalho, Habermas entende que a verdade é epistêmica, procedimental, e tem um caráter consensual-discursivo. No entanto, em trabalhos mais recentes, Habermas caminha para um realismo pós-pragmático.⁴²⁶

Nessa outra fase, o giro pragmático não permite dúvida em relação à existência de um mundo objetivo, igualmente percebido por todos. Consequência disso é que a coerência discursiva não é suficiente para esclarecer o conceito de verdade. Não se admite confundir verdade com aceitabilidade racional. Entende que a verdade transcende qualquer contexto

⁴²⁵ HABERMAS, Jürgen. *Verdade e justificação: ensaios filosóficos*. São Paulo: Loyola, 2009. p. 118-119; MARRAFON, Marco Aurélio. *O caráter complexo da decisão em matéria constitucional: discursos sobre a verdade, radicalização hermenêutica e fundação ética na práxis jurisdicional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 70

⁴²⁶ HABERMAS, Jürgen. *A ética da discussão e a questão da verdade*. Tradução Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2004. p. 58

de justificação, afirmando se tratar de uma propriedade que as proposições não podem perder.⁴²⁷

Nas práticas cotidianas, as pessoas agem dirigidas por uma forte intuição de verdade fundada no mundo real. Elas confiam no que consideram intuitivamente verdadeiro em face das evidências extraídas do mundo. Somente em seguida, no processo argumentativo, é possível corrigir e tornar válidas essas certezas a partir do discurso racional. Dessa forma, os debates são os filtros daquilo que é racionalmente aceitável para todos. Uma relação dialógica entre mundo objetivo e validade discursiva é estabelecida, sendo que apenas a ação que solucione problemas cotidianos pode transformar a justificação em verdade, por meio da validação pragmática.⁴²⁸

No que se refere ao direito, pode-se afirmar que Habermas pretende desenvolver um pensamento que unifique uma teoria sociológica do direito e uma teoria filosófica da justiça. Entende que a teoria da ação comunicativa explica como ocorre a reprodução da vida social por meio do direito, nos seguintes termos: “[as] normas jurídicas possibilitam comunidades altamente artificiais, que entendem a si mesmas como associações de membros livres e iguais, cuja coesão descansa na ameaça de sanções externas e simultaneamente na suposição de um acordo racionalmente motivado”.⁴²⁹

⁴²⁷ HABERMAS, Jürgen. *A ética da discussão e a questão da verdade*. Tradução Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2004. p. 59-61; MARRAFON, Marco Aurélio. *O caráter complexo da decisão em matéria constitucional: discursos sobre a verdade, radicalização hermenêutica e fundação ética na práxis jurisdicional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 73-74

⁴²⁸ HABERMAS, Jürgen. *A ética da discussão e a questão da verdade*. Tradução Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2004. p. 54 e ss; MARRAFON, Marco Aurélio. *O caráter complexo da decisão em matéria constitucional: discursos sobre a verdade, radicalização hermenêutica e fundação ética na práxis jurisdicional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 73

⁴²⁹ HABERMAS, Jürgen. *Facticidad y validez. Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*. Madrid: Editorial Trotta, 2005. p. 70

Assim, a teoria do discurso seria a base de fundamentação para um direito legítimo. Afirma Habermas⁴³⁰:

(...) las leyes coercitivas han de acreditar su legitimidad como leyes de la libertad en el proceso - y mediante la forma del proceso - de producción del derecho; y en esta positivación del derecho vuelve a reproducirse la tensión entre facticidad y validez, pero de forma distinta que en la dimensión de la validez de normas ya estatuidas. Ciertamente, el comportamiento conforme a ley puede describirse como una observancia de normas que vienen provistas de la amenaza de sanción y que han sido puestas en vigor por resolución del legislador político. Pero la facticidad de la producción del derecho se distingue de la imposición del derecho por vía de sanción en la medida en que la permisión de recurrir a la coerción jurídica ha de hacerse *derivar* de una *expectativa de legitimidad* asociada a la decisión que toma el legislador - que también podría ser otra y que por principio es susceptible de corrección -. La positividad del derecho lleva aneja la expectativa de que el procedimiento democrático de producción del derecho fundamente o funde una presunción de aceptabilidad racional de las normas estatuidas. En la positividad del derecho no se expresa la facticidad de una voluntad arbitraria y absolutamente contingente, sino una voluntad dotada de legitimidad, que se debe a la auto legislación presuntivamente racional de ciudadanos políticamente autónomos.

Seguindo esse raciocínio, os sujeitos passam a exercer o papel de autores de seu próprio ordenamento jurídico quando possuem: a) o direito fundamental a participar em condições de igualdade de oportunidades nos processos de formação da opinião e vontade comuns e; b) o direito fundamental “a que se garantam condições de vida que venham social, técnica e ecologicamente asseguradas na medida em que isso for necessário em cada caso para um disfrute em termos de igualdade de oportunidades dos direitos civis mencionados”⁴³¹.

Sobre os interesses a serem penalmente tutelados, entende Portilla Contreras que são os direitos subjetivos de liberdade e de proteção, entendidos

⁴³⁰ HABERMAS, Jürgen. *Facticidad y validez. Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*. p. 95

⁴³¹ HABERMAS, Jürgen. *Facticidad y validez. Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*. p. 189

como função dos direitos democráticos de participação e de comunicação.⁴³²

Com fundamentação nas lições de Habermas, Vives Antón analisa a incriminação da apologia ao delito a partir de dois aspectos: o da *necessidade de tutela* e o da *racionalidade*. Afirma que, “partindo do modo comum de entender o bem jurídico, se chegou à conclusão de que o castigo da apologia não infringe as exigências do princípio de ofensividade”; no entanto, “desde a perspectiva da liberdade de expressão, se extraiu a conclusão de que o castigo da simples apologia não pode ser defendido em termos puramente racionais.”⁴³³ Quando se começa a afirmar a racionalidade da incriminação por responder a uma adequada finalidade de tutela, tem-se que acabar negando a legitimidade de referida incriminação porque, em razão do direito fundamental à liberdade de expressão, nesses casos o ordenamento não pode oferecer esse tipo de tutela.⁴³⁴

Ao se referir à ideia de bem jurídico, afirma que a doutrina majoritária a ele se refere como um objeto ideal (objeto de proteção) delimitado pelo tipo abstrato e, por se tratar de um objeto, busca apresentar em um conceito as características substantivas que o definem, mas, ao final, apresentam definições vazias, como as que o definem como interesse ou valor, ou as que o tratam como estado de coisas valioso, tutelável e lesionável (Jäger), ou as que entendem que apenas é “uma denominação do que é lícito considerar digno de

⁴³² PORTILLA CONTRERAS, Guillermo. La influencia de las ciencias sociales en el Derecho Penal: la defensa del modelo ideológico neoliberal en las teorías funcionalistas y en el discurso ético de Habermas sobre selección de los intereses penales. In NEUMANN, Ulfrid, *et alli. Crítica y justificación d el derecho penal en el cambio de siglo. El análisis crítico de la Escuela de Frankfurt*. Cuenca: Ediciones de la Universidad Castilla-La Mancha, 2003. p. 112

⁴³³ VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. *Fundamentos del sistema penal. Acción significativa y derechos constitucionales*. 2. ed., Valencia: Tirant lo Blanch, 2011. p. 826-827

⁴³⁴ VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. *Fundamentos del sistema penal. Acción significativa y derechos constitucionales*. 2. ed., Valencia: Tirant lo Blanch, 2011. p. 827

proteção desde o ponto de vista das missões do Direito Penal” (Roxin), ou as que o reconhecem como “unidade funcional valiosa para nossa sociedade definida constitucionalmente e, portanto, também para a posição e a liberdade dos cidadãos individualmente considerados (Rudolphi)”.⁴³⁵

Dessa forma, quando se atribui ao conceito de bem jurídico o papel de servir como base da construção dogmática, assim como a de funcionar como limite para o poder punitivo estatal, cria-se um conceito que não suporta as funções a ele atribuídas. Isso porque num único conceito não cabem exemplos como o interesse do Estado na vida humana, o bom funcionamento da Administração da Justiça e na efetividade e vigência do próprio ordenamento. São coisas diferentes que não podem ser abarcadas pelo mesmo conceito.⁴³⁶

De acordo com Vives, isso ocorre por duas razões principais: a primeira consiste no fato de que se entende o bem jurídico como uma idealização prejurídica que o ordenamento encontra configurada; a segunda, porque como o bem jurídico “é” um objeto, tudo aquilo a que chamamos bens jurídicos deve ter objetos pertencentes à mesma classe, razão pela qual é confortante a acomodação em um conceito.⁴³⁷

Outra manifestação da influência da teoria social habermasiana na definição de *validade/legitimação jurídico-penal* está no trabalho de Augusto

⁴³⁵ VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. *Fundamentos del sistema penal. Acción significativa y derechos constitucionales*. 2. ed., Valencia: Tirant lo Blanch, 2011. p. 827-828

⁴³⁶ VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. *Fundamentos del sistema penal. Acción significativa y derechos constitucionales*. 2. ed., Valencia: Tirant lo Blanch, 2011. p. 828

⁴³⁷ VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. *Fundamentos del sistema penal. Acción significativa y derechos constitucionales*. 2. ed., Valencia: Tirant lo Blanch, 2011. p. 828

Silva Dias⁴³⁸. Entende o autor que a legitimação jurídico-penal de uma norma pressupõe a contraposição entre as categorias “mundo da vida” e “função”, bem como à ideia de “interação comunicativa” unida ao “reconhecimento pessoal recíproco”.

Segundo o autor, o direito penal, fundado na experiência social-comunicativa de valores, legitima as opções incriminadoras nos consensos gerados e participa no processo de formação da consciência. Assim, o significado simbólico associado ao poder punitivo contribui para o reforço da relevância ético-social dos valores tutelados pelo direito penal.

Afirma que o desvalor fundamental do crime reside no desrespeito em relação ao outro e, dessa forma, “na recusa das estruturas comunicativas da convivência, dos valores e normas que lhes servem de base e, por isso, em última instância, na negação da coesão social. Esse desvalor circula nas representações sociais correntes sobre o recto e o torto e é perceptível por quem participa na interação e possui capacidade de entendimento.”⁴³⁹

Assim, uma teoria da validade jurídico penal, ao recusar uma concepção neutra e formal de bem jurídico, entende que a função do direito penal é proteger direitos de cidadania, e não entendimentos éticos sobre o bem ou representações culturais, individuais ou grupais, de “vida boa”. O direito penal deve “assegurar a vigência imperturbada de objetos de valor ou bens que exprimem o reconhecimento recíproco de todos os participantes na interação

⁴³⁸ SILVA DIAS, Augusto. *Delicta in Se e Delicta Mere Prohibita. Uma análise das discontinuidades do ilícito penal à luz da reconstrução de uma distinção clássica*. Coimbra: Coimbra Editora, 2008. p. 584 e ss.

⁴³⁹ SILVA DIAS, Augusto. *Delicta in Se e Delicta Mere Prohibita. Uma análise das discontinuidades do ilícito penal à luz da reconstrução de uma distinção clássica*. Coimbra: Coimbra Editora, 2008. p. 587

social, condição necessária não só para a livre realização da personalidade de cada um, mas também para a preservação de estruturas de solidariedade e de integração social àquela realização indispensáveis”.⁴⁴⁰

Esse reconhecimento recíproco se torna fundamento do conceito material de crime e do conceito de bem jurídico. Entende o bem jurídico como um objeto de valor que representa o reconhecimento intersubjetivo, e cuja tutela é fundamental para o desenvolvimento individual e social do participante, segundo o entendimento da comunidade. Assim, o bem jurídico, necessariamente, apresenta um referente pessoal.

Este referente pessoal possibilita a distinção entre bens da sociedade civil, que possuem interesse pessoal, dos bens jurídicos coletivos, nos quais o referente material não está presente, e que pertencem apenas ao Estado. Apenas os objetos que apresentem valor de utilidade, cuja lesão possa ser percebida como dano ou perda, é que possuem o consenso social necessário à legitimação da tutela penal.

Nessa toada, Silva Dias classifica os bens jurídicos em individuais e supraindividuais dotados de referente pessoal e de base antropocêntrica. São excluídos dessa categoria os interesses funcionais, pois em relação a eles não se pode perceber um dano que possa ser sentido como perda pessoal, mas apenas uma “perturbação ou entropia ao funcionamento regular de sistemas sociais”.⁴⁴¹

⁴⁴⁰ SILVA DIAS, Augusto. *Delicta in Se e Delicta Mere Prohibita. Uma análise das discontinuidades do ilícito penal à luz da reconstrução de uma distinção clássica*. Coimbra: Coimbra Editora, 2008. p. 587

⁴⁴¹ SILVA DIAS, Augusto. *Delicta in Se e Delicta Mere Prohibita. Uma análise das discontinuidades do ilícito penal à luz da reconstrução de uma distinção clássica*. Coimbra: Coimbra Editora, 2008. p. 674

A ideia de bem jurídico apresenta referente pessoal. Assim, a necessidade de dano a bem jurídico com referente pessoal é muito importante para identificar quando o tipo penal protege apenas uma função estatal, o que torna a incriminação inválida.

Com os mesmos fundamentos, não reconhece como legítima a tutela da confiança sistêmica, entendendo que a tutela desse interesse para o grupo dos *delicta mere prohibita*.

Como, para o autor, “não há bens jurídico-penais sem titulares e esses titulares não podem ser senão pessoas, encaradas ora na sua individualidade ora na sua sociabilidade”⁴⁴², o referente pessoal do bem jurídico não limita a tutela penal a bens jurídicos individuais. A limitação se refere apenas à tutela de sistemas sociais.

A partir dessa lógica realiza uma severa crítica ao funcionalismo sistêmico de Jakobs, no sentido de que o modelo penal proposto é tecnológico-social, e não comunicativo. Sua forma de pensar o sistema e a dogmática penal tem como fundamento uma teoria da pena que funciona “nas costas” dos cidadãos, não levando em consideração as representações sociais e históricas sobre o que deve ser entendido como pena justa. Além disso, ao construir sua dogmática penal apenas no âmbito de um determinado sistema social, Jakobs exclui de seu sistema dogmático qualquer referência à realidade social-normativa compartilhada intersubjetivamente como mundo da vida.⁴⁴³

⁴⁴² SILVA DIAS, Augusto. *Delicta in Se e Delicta Mere Prohibita. Uma análise das discontinuidades do ilícito penal à luz da reconstrução de uma distinção clássica*. Coimbra: Coimbra Editora, 2008. p. 766

⁴⁴³ SILVA DIAS, Augusto. *Delicta in Se e Delicta Mere Prohibita. Uma análise das discontinuidades do ilícito penal à luz da reconstrução de uma distinção clássica*. Coimbra: Coimbra Editora, 2008. p. 555

Entende Silva Dias que a análise sistêmica funcional tem como pressuposto a autoconfiguração jurídica do sistema social, o pressuposto é a descrição da sociedade sob a perspectiva do subsistema jurídico. “Trata-se do ponto de partida, de uma espécie de ‘Grundnorm’ da referida análise, que ela não tematiza, pois é neutra relativamente a questões de legitimidade e de fundamentação”.⁴⁴⁴

Por essa razão, quando Jakobs tem como objeto de análise a tendência de adaptação do direito penal à atual sociedade de segurança (por ele chamada de direito penal do inimigo), que reconhece determinados seres humanos como não-pessoas, contra os quais o Estado, por meio do direito penal, desenvolve uma guerra, do que se trata é da funcionalidade das normas penais que caracterizam essa tendência, e não da validade prática ou da legitimidade dessas normas.⁴⁴⁵

2.3.2 O retorno ao pensamento kantiano como alternativa ao conceito de bem jurídico: a proposta de Naucke

De acordo com Naucke, é a partir do pensamento retributivista kantiano que seria possível desenvolver um conceito material de crime que não funcione apenas como correspondente ao direito positivo. Partindo da ideia de que toda pena criminal é retribuição, o pressuposto para sua aplicação é a prática de uma conduta merecedora de retribuição. E daí, segundo Naucke, a

⁴⁴⁴ SILVA DIAS, Augusto. *Delicta in Se e Delicta Mere Prohibita. Uma análise das discontinuidades do ilícito penal à luz da reconstrução de uma distinção clássica*. Coimbra: Coimbra Editora, 2008. p. 556

⁴⁴⁵ SILVA DIAS, Augusto. *Delicta in Se e Delicta Mere Prohibita. Uma análise das discontinuidades do ilícito penal à luz da reconstrução de uma distinção clássica*. Coimbra: Coimbra Editora, 2008. p. 555/556

possibilidade de um conceito material de crime a partir da teoria da pena kantiana: *crime é toda conduta merecedora de retribuição*.⁴⁴⁶

O objetivo de Naucke é descobrir os fundamentais aspectos de qualquer direito penal racional, que sejam independentes de influências políticas, e que sejam imanescentes ao próprio conceito de lei penal

Verifica-se, então, não só a necessidade de exposição sumária da teoria da pena kantiana, mas, principalmente, dos requisitos subjetivos e objetivos para que se possa definir uma conduta como merecedora de retribuição ou não.

Primeiro, sobre o direito penal na obra de Kant. Como texto de apoio, utilizamos a obra *Metafísica dos Costumes*, em que Kant expõe seu pensamento sobre crime e pena.⁴⁴⁷

De acordo com o autor, o imperativo categórico da moralidade (o agir moral) é exigido do homem como dever. E é no Direito que estão as únicas condições em que o agir moral pode se realizar. Do direito deriva o imperativo da razão e o dever de fundar o Estado. Dessa forma, se o homem está obrigado a agir moralmente, também está obrigado a criar os pressupostos para isso, razão pela qual deve agir conforme o direito dentro desse Estado. Dessa forma, o Estado é "a associação de um conjunto de pessoas sob normas jurídicas".⁴⁴⁸ As normas jurídicas estão divididas em Direito Privado e Direito Público. E é esse último que cria o Estado como decorrente da razão

⁴⁴⁶ NAUCKE, Wolfgang. *O Alcance do Direito Penal Retributivo em Kant*. In GRECO, Luís; TÓRTIMA, Fernanda Lara (orgs.). *O Bem Jurídico como Limitação do Poder Estatal de Incriminar?* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 84

⁴⁴⁷ KANT, Immanuel. *Metafísica dos Costumes*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, (1907) 2004. p. 207-218

⁴⁴⁸ KANT, Immanuel. *Metafísica dos Costumes*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, (1907) 2004. p. 178

como um estado civil. Kant pensa o direito penal como parte do direito público e entende que as normas penais, como normas de direito público, são a execução daquilo que constitui um estado civil. Como para o agir moral exige-se incondicionalmente que as ações se realizem conforme as normas jurídicas dentro do Estado, então também se exige de forma incondicional que se aja conforme as normas penais estatais. Assim, a lei penal é um imperativo categórico, e a sua violação, a violação de um dever moral obrigatório e indispensável, uma ação que merece retribuição.⁴⁴⁹

A pena criminal, como instituição jurídica, não possui finalidade (utilidade) alguma, deve ser aplicada para atender a regra básica do direito, o imperativo categórico. A ideia do autor sobre o direito penal e, mais precisamente, sobre o direito de castigar se resume na seguinte passagem:

A pena judicial (*poena forensis*) (...) não pode nunca servir simplesmente de meio para fomentar um outro bem, seja em favor do próprio delinquente seja da sociedade civil, mas há-de-ser-lhe sempre infligida somente porque cometeu um crime; porque o homem não pode nunca ser tratado simplesmente como meio para os propósitos de outrem e confundido com os objectos do direito real (...)⁴⁵⁰

Assim, na teoria kantiana, o homem não é algo que possa ser utilizado como simples meio: deve ser considerado, em todas as ações, como fim em si mesmo. Não seria eticamente admissível que o direito de castigar o criminoso se assentasse em razões utilitárias.

Para Kant, o castigo ou a pena é uma exigência ética irrenunciável; a justiça retributivista é um imperativo categórico. Todo homem que mata deve morrer (relação de causalidade), - “*que cada um receba o valor de seu fato*”.

⁴⁴⁹ KANT, Immanuel. *Metafísica dos Costumes*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, (1907) 2004. p. 41 e ss, 205 e ss

⁴⁵⁰ KANT, Immanuel. *Metafísica dos Costumes*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, (1907) 2004. p. 208

Kant trouxe para a moral a lei natural de causa e efeito. Para dito autor a justiça preventivista é um ultraje e a única justiça que merece o ser humano é a justiça retributiva.

Por consequência, a finalidade da pena é simplesmente realizar a justiça, vez que houve uma violação à lei. Como consequência desse repúdio a qualquer finalidade utilitária, a pena deve ser executada a qualquer custo, ainda se não proporcione benefício algum. Veja-se a seguinte passagem:

A lei penal é um imperativo categórico e mal daquele que rasteja pelas sinuosidades do eudemonismo para encontrar algo que o exima da pena ou mesmo de parte dela mediante a vantagem que promete, de acordo com o provérbio farisaico: "É melhor morrer um homem a perecer todo um povo", pois que se a justiça soçobra deixa de ter valor que os homens vivam sobre a terra.⁴⁵¹

O caráter absoluto das exigências de justiça leva Kant a extrair consequências extremas, que se expressam em tão citado exemplo:

Mesmo que se dissolvesse a sociedade civil com o assentimento de todos os seus membros (por exemplo, se um povo que habita uma ilha decidisse separar-se e espalhar-se pelo mundo inteiro), teria antes que ser executado o último assassino que se encontrasse na prisão, para que a cada um aconteça aquilo que os seus actos merecem e o sangue derramado não seja da responsabilidade do povo que não exigiu esse castigo: pois pode ser considerado como cúmplice desta violação pública da justiça.⁴⁵²

Verificada, sumariamente, a função da pena no pensamento kantiano, uma conta que se tem a acertar com a dogmática penal é a ideia de que a toda violação à norma penal merece retribuição. Para isso, uma leitura mais atenta da *Metafísica dos Costumes* demonstrará que, para o autor em análise, há uma firme distinção entre o tipo de conduta que merece ou não retribuição. Assim, é possível afirmar que o conceito material de crime antecede à sua forma

⁴⁵¹ KANT, Immanuel. *Metafísica dos Costumes*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, (1907) 2004. p. 209

⁴⁵² KANT, Immanuel. *Metafísica dos Costumes*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, (1907) 2004. p. 211

jurídica, razão pela qual se pode limitar o poder punitivo por meio de uma interpretação que busque identificar a legitimidade ou não da norma jurídica. Nesse contexto, a ideia de bem jurídico, como objeto de proteção da lei penal, politicamente determinado, perde espaço.

Kant não entende a violação a qualquer norma positivada como delito. Entende o delito como uma conduta grave, que, se praticada, e ausente a pena retributiva correspondente, a justiça sucumbiria. Naucke aponta passagens da *Metafísica dos Costumes* em que Kant apresenta algumas ponderações gerais sobre o direito penal e a justiça criminal, definindo materialmente crime como: a) "aquela infração da lei pública que torna aquele que a comete incapaz de ser cidadão"; b) "lesão da segurança do Estado em relação à posse de cada um daquilo que é seu". Dessas definições conclui-se que nem toda violação da lei penal é uma ação merecedora de retribuição. Com segurança, pequenas fraudes não seriam consideradas crime.⁴⁵³

Ainda que as definições acima sejam imprecisas, permitem separar determinados casos limite, mas não definem positivamente o que é uma ação merecedora de pena. Contudo, no entender de Naucke, é possível deduzir do texto kantiano essa determinação positiva, principalmente, a partir de elementos subjetivos.⁴⁵⁴

Em relação ao aspecto subjetivo, Kant exclui dos casos de ações merecedoras de retribuição as praticadas culposamente. Transcrevo a passagem: "uma infração não dolosa, que pode ser igualmente imputada,

⁴⁵³ NAUCKE, Wolfgangf. *O Alcance do Direito Penal Retributivo em Kant*. In GRECO, Luís; TÓRTIMA, Fernanda Lara (orgs.). *O Bem Jurídico como Limitação do Poder Estatal de Incriminar?* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 88-89

⁴⁵⁴ NAUCKE, Wolfgangf. *O Alcance do Direito Penal Retributivo em Kant*. In GRECO, Luís; TÓRTIMA, Fernanda Lara (orgs.). *O Bem Jurídico como Limitação do Poder Estatal de Incriminar?* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 89

chama-se mera falta (culpa). Uma infração dolosa (isto é, aquela associada à consciência de que constitui infração) chama-se crime (dolus)".⁴⁵⁵

Por isso, de acordo com Naucke, fundamental uma interpretação kantiana para determinar a limitação ao poder punitivo estatal. Em síntese, estariam excluídas do âmbito das condutas merecedoras de pena: a) agressões à propriedade, desde que tenham sido praticadas sem violência ou grave ameaça e que não provoquem danos consideráveis); b) lesões a bens jurídicos coletivos, exceto os delitos contra a proteção do Estado; e, c) delitos culposos e omissivos.⁴⁵⁶

Lesões a bens jurídicos coletivos e crimes de perigo abstrato não podem ser aceitos no reduzido grupo dos verdadeiros fatos criminosos, devendo o Estado fazer uso de um direito de intervenção para evita-los. Fazer uso da lei penal nesses casos é abuso, o que significa uma ilegítima invasão de concepções policiais no direito penal do estado de direito.⁴⁵⁷

Trata-se uma excelente forma de limitação do poder punitivo. O autor apenas não demonstra de que forma esse pensamento apresenta alguma capacidade de rendimento, no sentido de vincular o legislador na criação dos tipos penais, ou o intérprete do direito.

⁴⁵⁵ NAUCKE, Wolfgangf. *O Alcance do Direito Penal Retributivo em Kant*. In GRECO, Luís; TÓRTIMA, Fernanda Lara (orgs.). *O Bem Jurídico como Limitação do Poder Estatal de Incriminar?* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 89

⁴⁵⁶ NAUCKE, *apud*, GRECO, Luís. *Modernização do direito penal, bens jurídicos coletivos e crimes de perigo abstrato*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 20

⁴⁵⁷ NAUCKE, *apud*, GRECO, Luís. *Modernização do direito penal, bens jurídicos coletivos e crimes de perigo abstrato*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 20

2.3.3 O *harm principle*

Nos países anglo-saxões o *harm principle* é um dos principais critérios para a análise de legitimidade de normas penais. Foi elaborado, inicialmente, por Stuart Mill, que afirmava que

Essa forma de pensar deu origem às seguintes consequências: a) só podem ser criminalizadas condutas que provoquem dano a terceiro (*harm principle*) e, b) não podem ser criminalizadas condutas que apenas causem dano ao autor da própria conduta (deslegitimidade de normas paternalistas).

O *harm principle* foi efetivamente aplicado como limite ao poder punitivo por ser adequado a afastar argumentos destinados a fundamentar a criminalização de condutas que apenas possuíam um desvalor moral.

Joel Feinberg detalhou um pouco mais o pensamento de Stuart Mill, afirmando que é sempre um bom motivo a fundamentar a lei penal o fato de que ela provavelmente seria eficaz para evitar danos a outras pessoas e que, provavelmente, não existem outros instrumentos que sejam igualmente úteis com menores custos a outros valores.⁴⁵⁸

Preocupou-se o autor em dar contornos à expressão dano (*harm*). Entende que dano é uma afetação negativa de interesses que viole direitos, entendendo que interesses são todas as coisas pelas quais alguém se importa. As coisas sobre as quais tais interesses recaem são componentes distinguíveis do bem-estar pessoal.⁴⁵⁹ A partir disso, esclarece que, na medida em que

⁴⁵⁸ FEINBERG, Joel. *The moral limits of the criminal law*. vol 1: Harm to others. New York; Oxford: Oxford University Press, 1984. p. 26

⁴⁵⁹ FEINBERG, Joel. *The moral limits of the criminal law*. vol 1: Harm to others. New York; Oxford: Oxford University Press, 1984. p. 26

alguns interesses, ao serem afetados, impedem o desenvolvimento de outros interesses, é possível considerar os primeiros mais vitais que os segundos.⁴⁶⁰

Além disso, afirmou que o dano tem que ser injusto (*wrongful*), ou seja, o comportamento danoso tem que ter sido praticado de forma dolosa ou culposa, sem justificativa ou escusa.⁴⁶¹

Também desenvolveu os *mediating maxims*, que são critérios práticos que podem ser utilizados como orientação para o legislador. Alguns desses critérios são: a) maior será a legitimidade da incriminação quanto maior a probabilidade de dano do comportamento; b) maior será a legitimidade da incriminação quanto maior o valor social colocado em risco pela conduta, e; c) princípios que prevalecem sobre uma racionalidade utilitarista devem ser vistos como obstáculos à criminalização de um comportamento (*side-constraints*).⁴⁶²

Diferentemente da teoria do bem jurídico, o *harm principle* não aparece como dogma para quem o defende. Feinberg afirma que algumas incriminações, em alguns casos, estariam fundamentadas no *offense principle*,⁴⁶³ e não no *harm principle*.

Apresentadas as linhas gerais do *harm principle*, para concluir essa breve exposição, é necessário destacar que referido princípio dirige-se não

⁴⁶⁰ FEINBERG, Joel. *Wrongful conception and the right not to be harmed*. Harvard Journal of Law and Public Policy. vol. 8, 1985. p. 58

⁴⁶¹ FEINBERG, Joel. *Wrongful conception and the right not to be harmed*. Harvard Journal of Law and Public Policy. vol. 8, 1985. p. 60

⁴⁶² FEINBERG, Joel. *The moral limits of the criminal law*. vol 1: Harm to others. New York; Oxford: Oxford University Press, 1984. p. 216/217

⁴⁶³ O *offense principle* é categoria que abrange os comportamentos que “despertam em outras pessoas uma série de sentimentos indesejados”. HIRSCH, Andrew von. El concepto de bien jurídico y el “principio del daño”. In HEFENDEHL, Roland. *et al* (Ed.) *La teoría del bien jurídico: ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?* Madrid : Marcial Pons, 2007. p. 49 Penso que, no Brasil, uma norma que poderia ser justificada por esse princípio seria a proibição do ato obsceno.

apenas ao legislador, mas também ao intérprete, e constitui um dos principais instrumentos para a análise da legitimidade das normas penais nos países anglo-saxões.

Como última referência sobre esse princípio vale destacar o trabalho de Helena Regina Lobo da Costa, que em sua pesquisa demonstra que, após demonstrar o paralelismo entre a teoria do bem jurídico e o princípio de dano, alerta para “o colapso do *harm principle*”, da mesma maneira que ocorre com a crise da teoria do bem jurídico nos países de tradição europeia.⁴⁶⁴ E a explicação não parece tão complexa. Da mesma forma que a teoria do bem jurídico, o *harm principle* é um paradigma de argumentação para avaliar a legitimidade da criminalização de condutas. E, como toda argumentação, desenvolve-se em um contexto determinado por fatores históricos, econômicos, sociais e culturais, que orienta a fixação de limites ao poder estatal.⁴⁶⁵

Seguindo essa lógica, a crise da teoria do bem jurídico e o colapso do *harm principle* não devem ser encarados como crise da estrutura ou da função das ideias, mas sim uma consequência das características da sociedade contemporânea, entendida como sociedade de risco, que não apresenta um terreno fértil para a defesa de ideias dirigidas à proteção das liberdades individuais.⁴⁶⁶

⁴⁶⁴ LOBO DA COSTA, Helena Regina. Considerações sobre o estado atual da teoria do bem jurídico à luz do *harm principle*. In GRECO, Luís; MARTIS, Antonio. *Direito penal como crítica da pena. Estudos em homenagem a Juarez Tavares por seu 70º aniversário em 2 de setembro de 2012*. São Paulo: Marcial Pons, 2012. p. 147

⁴⁶⁵ LOBO DA COSTA, Helena Regina. Considerações sobre o estado atual da teoria do bem jurídico à luz do *harm principle*. In GRECO, Luís; MARTIS, Antonio. *Direito penal como crítica da pena. Estudos em homenagem a Juarez Tavares por seu 70º aniversário em 2 de setembro de 2012*. São Paulo: Marcial Pons, 2012. p. 147

⁴⁶⁶ LOBO DA COSTA, Helena Regina. Considerações sobre o estado atual da teoria do bem jurídico à luz do *harm principle*. In GRECO, Luís; MARTIS, Antonio. *Direito penal como crítica*

E é no quadro acima desenhado que Stratenwerth vê no *harm principle* uma incompatibilidade com a tutela de bens jurídicos coletivos. Refere-se, certamente, à tutela de bens coletivos que não possam ser reconduzidos a bens jurídicos individuais. É a mesma crítica feita à teoria pessoal do bem jurídico. Nas palavras do autor:

O *harm principle* e o conceito pessoal de bem jurídico, ao final de contas só podem abarcar o que ao indivíduo lhe resulta importante para si mesmo. Dito com maldade: se vê ao indivíduo como *homo oeconomicus*; ou, em termos mais amistosos, como sujeito orientado unicamente a seu próprio bem-estar. Precisamente por isso, desde esta perspectiva os bens jurídicos coletivos são especialmente problemáticos.⁴⁶⁷

E é pensando em tratar o indivíduo como pessoa *moral*, em suas crenças básicas que vão mais além de sua individualidade, e não como *homo oeconomicus*, que propõe sua teoria dos *delitos de comportamentos*, fundamentados em *acordos normativos*. É o que se verá no próximo item.

2.3.4 Os *delitos de comportamento* fundados em *acordos normativos*

Um pensamento que propõe o fim da ideia de bem jurídico como fundamento e limite para o direito penal, pelo menos no campo da proteção das gerações futuras, é o de Stratenwerth.

De acordo com o autor, cabe à ciência do direito penal a importante função de desenvolver um novo direito penal que busque tutelar a existência

da pena. Estudos em homenagem a Juarez Tavares por seu 70º aniversário em 2 de setembro de 2012. São Paulo: Marcial Pons, 2012. p. 147

⁴⁶⁷ STRATENWERTH, Günther. La criminalización em los delitos contra bienes jurídicos colectivos. In HEFENDEHL, Roland. *et all* (Ed.) *La teoría del bien jurídico: ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?* Madrid : Marcial Pons, 2007. p. 369 Tradução livre de “El *harm principle* y el concepto personal de bien jurídico, a fin de cuentas sólo pueden abarcar lo que al individuo le resulta importante para si mesmo. Dicho con maldad: se ve al individuo como *homo oeconomicus*; o, en términos algo más amistosos, como sujeto orientado unicamente a su propio bienestar. Precisamente por ello, desde esta perspectiva los bienes jurídicos colectivos son especialmente problematicos.”

humana contra “la destrucción, por el momento evidentemente imparable, proveniente del hombre, de las bases de la vida en la tierra”.⁴⁶⁸ Trata-se de um direito penal orientado à tutela do meio ambiente e das gerações futuras.

E a tutela das gerações futuras, exigida do novo direito penal, afasta-se de um direito penal do bem jurídico, e se aproxima de um direito penal do comportamento, em que são proibidas meras relações de vida como tais.

Para trabalhar de forma adequada com os crimes referidos ao futuro, seria necessário ficar em um lugar intermediário entre a dissolução funcionalista de todos os princípios e a miopia individualista-liberal que propõe a volta a um suposto direito penal clássico.⁴⁶⁹

Segundo o autor, o individualismo, desenvolvido pelas teorias contratualistas e pela teoria do direito de Kant, “se hace abstracción de lo que en su tempo y en su lugar ha configurado al individuo en tanto que este hombre concreto, de su entorno y posición social (...). Pero también, y sobre todo, de las reglas según las cuales dicho individuo cree que debe regir su vida. Se trata, en tal sentido, de un ser *asocial*”. E que essa imagem do homem entra em contradição com o que se conhece do ser humano até então, como ser social.⁴⁷⁰ Afirma, então, ser necessário abrir mão de uma visão de mundo antropocêntrica, característica da época iluminista, que reduz a racionalidade humana a uma dimensão meramente instrumental.

Decorrência do abandono dessa visão de mundo é o reconhecimento da

⁴⁶⁸ STRATENWERTH, Günther. *Derecho penal. Parte general I. El hecho punible*. Madrid: Thomson/Civitas, 2005. p. 57

⁴⁶⁹ GRECO, Luís. *Modernização do direito penal, bens jurídicos coletivos e crimes de perigo abstrato*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 10

⁴⁷⁰ STRATENWERTH, Günther. Sobre la legitimación de los “delitos de conducta”. In HIRCH, Andrew von; SEELMANN, Kurt; WOHLERS, Wolfgang. *Límites al derecho penal. Principios operativos en la fundamentación del castigo*. Barcelona: Atelier, 2012. p. 241

necessidade de tutela penal da natureza e das gerações futuras, independentemente da postulação de qualquer bem jurídico. A restrição à ideia de bem jurídico às condições de existência e desenvolvimento do indivíduo na comunidade, ou às especiais condições de liberdade externa dos demais, ignora que cada grupo humano conhece diversas normas de conduta fixadas culturalmente, que não têm por objeto bens mais ou menos sólidos.⁴⁷¹

O principal problema da ideia de bem jurídico é que ela se desenvolve a partir da visão de mundo antropocêntrica, em que tudo é reduzido a mero objeto de interesses humanos.⁴⁷²

Assim, levando em consideração que não são as pulsões e instintos individuais que formam a ordem social, *propõe que a ordem social deve ser encontrada em normas cuja validade tem fundamento no reconhecimento daqueles que as seguem.*⁴⁷³

Seguindo essa lógica, entende como inadmissível que se coloque limite à atividade do legislador penal no conceito de bem jurídico. O dogma de que são ilegítimas as normas que não tutelam nenhum bem jurídico é insustentável.⁴⁷⁴ Afirma que o legislador, num Estado democrático de direito, não tem outra escolha que não seja a de reconhecer as representações valorativas compartilhadas de maneira quase unânime, ainda que elas não se

⁴⁷¹ STRATENWERTH, Günther. *Derecho penal. Parte general I. El hecho punible*. Madrid: Thomson/Civitas, 2005. p. 56

⁴⁷² GRECO, Luís. *Modernização do direito penal, bens jurídicos coletivos e crimes de perigo abstrato*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 11

⁴⁷³ STRATENWERTH, Günther. Sobre la legitimación de los “delitos de conducta”. In HIRCH, Andrew von; SEELMANN, Kurt; WOHLERS, Wolfgang. *Límites al derecho penal. Principios operativos en la fundamentación del castigo*. Barcelona: Atelier, 2012. p. 241

⁴⁷⁴ STRATENWERTH, Günther. *Derecho penal. Parte general I. El hecho punible*. Madrid: Thomson/Civitas, 2005. p. 56

fundamentem na liberdade da pessoa.⁴⁷⁵

A necessidade de os indivíduos encontrarem sua identidade e segurança faz com que eles vivam em uma ordem normativa. A grande importância que tem a segurança do indivíduo justifica a existência de delitos dirigidos à proteção de sentimentos, como o delito “perturbação da paz pública”. Esse argumento justifica determinadas incriminações quando não se encontra um bem jurídico com bastante solidez para fundamentá-las. Esse argumento quer afirmar que dito consenso pode significar que determinada norma pertence àquelas regras cujo reconhecimento é tão importante, que se percebe sua violação como merecedora de pena.⁴⁷⁶

Assim, reconhece a legitimação da norma penal pelo consenso social como fundamento para os “puros delitos de conduta”. E que essas normas de conduta podem demonstrar sua importância nas situações em que seria necessário responder às novas ameaças relacionadas com a rápida evolução da ciência e da técnica.⁴⁷⁷

É por isso que não vê qualquer problema em relação aos crimes de perigo abstrato, razão pela qual prefere que eles sejam absorvidos pela categoria das violações a normas de comportamento, por não exigir como

⁴⁷⁵ STRATENWERTH, Günther. La criminalización en los delitos contra bienes jurídicos colectivos. In HEFENDEHL, Roland. *et al* (Ed.) *La teoría del bien jurídico: ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?* Madrid : Marcial Pons. p. 369

⁴⁷⁶ STRATENWERTH, Günther. Sobre la legitimación de los “delitos de conducta”. In HIRCH, Andrew von; SEELMANN, Kurt; WOHLERS, Wolfgang. *Límites al derecho penal. Principios operativos en la fundamentación del castigo*. Barcelona: Atelier, 2012. p. 242

⁴⁷⁷ STRATENWERTH, Günther. Sobre la legitimación de los “delitos de conducta”. In HIRCH, Andrew von; SEELMANN, Kurt; WOHLERS, Wolfgang. *Límites al derecho penal. Principios operativos en la fundamentación del castigo*. Barcelona: Atelier, 2012. p. 241

fundamento a referência a qualquer bem jurídico.⁴⁷⁸

Por fim, em resposta à questão sobre a circunstância de a sociedade não ter uma opinião formada sobre a danosidade social da violação a uma norma de comportamento, indica que o direito penal não deve esperar, tendo que contribuir para o desenvolvimento de consciência social pelo efeito de prevenção geral positiva.⁴⁷⁹

2.3.5 A proteção de bens jurídicos coletivos autônomos

Hefendehl, um dos mais conhecidos defensores da concepção dualista sobre o bem jurídico, coloca os bens jurídicos coletivos em pé de igualdade com os bens jurídicos individuais quando se trata de pensar sobre a legitimação das normas penais.

Seguindo os ensinamentos de Schünemann, entende que a teoria pessoal do bem jurídico propõe um direito penal reduzido com argumentos reacionários, pois assume a defesa dos interesses da classe dominante, que quer proteger suas posses por meio do direito penal.⁴⁸⁰

Embora descrente em relação ao potencial do direito penal como instrumento de controle social, pensa, como muitos, que se deve fazer uso do direito penal para a delinquência grave.⁴⁸¹

Com superficial fundamento na criminologia crítica, percebe que a

⁴⁷⁸ GRECO, Luís. *Modernização do direito penal, bens jurídicos coletivos e crimes de perigo abstrato*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 11

⁴⁷⁹ GRECO, Luís. *Modernização do direito penal, bens jurídicos coletivos e crimes de perigo abstrato*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 12

⁴⁸⁰ HEFENDEHL, Roland. *Teoria social do bem jurídico*. In Revista Brasileira de Ciências Criminais, ano 18, n. 87, nov-dez, 2010. p. 105

⁴⁸¹ HEFENDEHL, Roland. *Teoria social do bem jurídico*. In Revista Brasileira de Ciências Criminais, ano 18, n. 87, nov-dez, 2010. p. 105

relação entre pobreza e delinquência, embora possa ser em parte verdadeira, “é apenas consequência de uma adscrição ilegítima e desigual da criminalidade.”⁴⁸²

A partir dessa premissa, que, sem qualquer dúvida, pode ser retirada da criminologia crítica, extrai consequências com as quais nem todos os críticos concordam. Mas se não pode deixar de constar que uma parte significativa dos criminólogos críticos propôs o que Hefendehl propõe: uma distribuição democrática dos processos de criminalização.

Por isso, entende que a teoria pessoal do bem jurídico representa um direito penal superado e defasado, pois faz dos crimes contra a propriedade a pedra angular do direito penal da pobreza e da miséria. Tendo em vista que não só pessoas pobres busquem a propriedade por meio da prática de crimes patrimoniais de rua, mas que pessoas abastadas também querem acumular mais riqueza, mas, para isso, fazem uso de métodos mais sofisticados do que o furto, propõe o deslocamento do foco do direito penal da classe baixa para a classe alta. Por enquanto, nada de diferente do que foi proposto por Schünemann e diversos outros penalistas.

Para Hefendehl, os bens jurídicos tutelados pelo direito penal se dividem em duas categorias: os bens jurídicos individuais, que são de interesse de uma pessoa, e os bens jurídicos coletivos, ou universais, que atendem os interesses da generalidade das pessoas. E não exige que os bens jurídicos coletivos guardem referência com os individuais.

Destaca que tipos penais dirigidos à proteção de bens jurídicos coletivos

⁴⁸² HEFENDEHL, Roland. *Teoria social do bem jurídico*. In Revista Brasileira de Ciências Criminais, ano 18, n. 87, nov-dez, 2010. p. 109

não são exclusivos do direito penal acessório (ou moderno). Encontram-se bens jurídicos coletivos também no direito penal nuclear, como a segurança do Estado, circulação da moeda, administração pública, administração da justiça, etc.. E que as críticas que afirmam a ilegitimidade dos bens jurídicos coletivos escolhem certos adversários de “peso leve”.⁴⁸³

Ao mesmo tempo em que coloca os bens jurídicos coletivos em pé de igualdade com os individuais, reconhece que para as diferentes espécies de bens existem necessidades distintas para fundamentar sua legitimidade: os crimes que atingem bens jurídicos que criam possibilidades de desenvolvimento devem ser submetidos a uma menor carga de fundamentação do que aqueles que atingem o Estado.⁴⁸⁴

Afirma que os bens jurídicos coletivos apresentam as características de “não exclusão no uso”, “não rivalidade no consumo” e “não distributividade”. As duas primeiras características indicam que um bem jurídico somente será considerado coletivo se ninguém puder ser excluído de seu uso e se o uso do bem por uma pessoa não impedir ou prejudicar que outra pessoa dele usufrua. “A segurança externa seria um caso claro de bem coletivo, porque ninguém (mais exatamente: ninguém que se encontre no referido território) pode ser excluído de gozar deste bem e porque o fato de A dele goze em nada afeta ou impede que B também o faça.”⁴⁸⁵

⁴⁸³ HEFENDEHL, Roland. O bem jurídico como pedra angular da norma penal. In GRECO, Luís; TÓRTIMA, Fernanda Lara (orgs.). *O Bem Jurídico como Limitação do Poder Estatal de Incriminar?* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 60

⁴⁸⁴ HEFENDEHL, Roland. O bem jurídico como pedra angular da norma penal. In GRECO, Luís; TÓRTIMA, Fernanda Lara (orgs.). *O Bem Jurídico como Limitação do Poder Estatal de Incriminar?* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 70

⁴⁸⁵ HEFENDEHL, Roland. O bem jurídico como pedra angular da norma penal. In GRECO, Luís; TÓRTIMA, Fernanda Lara (orgs.). *O Bem Jurídico como Limitação do Poder Estatal de Incriminar?* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. Também em HEFENDEHL, Roland. ¿Debe

Ainda, para a caracterização dos bens jurídicos coletivos utiliza-se o conceito de “não distributividade”. Um bem jurídico será coletivo quando seja conceitual, real e juridicamente impossível dividir o bem em partes e atribuir uma parte a uma pessoa.⁴⁸⁶

Para a análise sobre a legitimidade de qualquer tipo penal, Hefendehl propõe a pergunta pelo bem jurídico protegido. A resposta pode ser um bem jurídico individual, um bem jurídico coletivo ou nenhum bem jurídico. Quando o tipo penal não protege nenhum bem jurídico, ainda assim, mas de forma excepcional, reconhece a legitimidade da norma quando ela decorre de “uma enraizada convicção da obrigatoriedade da norma de comportamento”. São os delitos de comportamento. Como exemplo, os crimes de bigamia e maus tratos a animais.⁴⁸⁷ Raciocínio, nesse ponto, muito semelhante ao de Stratenwerth.

Agora, quando a resposta à pergunta acima realizada for um bem jurídico coletivo, deve-se verificar se não se trata de um falso bem jurídico coletivo, que é aquele que é formado pela desnecessária proteção de uma soma de bens jurídicos individuais. Como exemplo, a proteção do patrimônio no crime de fraude para a obtenção de seguros, ou, no crime de tráfico de entorpecentes, a proteção da saúde pública, que não passa da proteção da saúde de cada membro da sociedade, ou seja, a soma de bens jurídicos individuais.

ocuparse el Derecho Penal de riesgos futuros? Bienes jurídicos colectivos y delitos de peligro abstracto. In *Revista electrónica de Ciencia Penal y Criminología*. p. 4 Consulta em 08/01/2014

⁴⁸⁶ HEFENDEHL, Roland. ¿Debe ocuparse el Derecho Penal de riesgos futuros? Bienes jurídicos colectivos y delitos de peligro abstracto. In *Revista electrónica de Ciencia Penal y Criminología*. p. 4 Consulta em 08/01/2014

⁴⁸⁷ GRECO, Luís. *Modernização do direito penal, bens jurídicos coletivos e crimes de perigo abstrato*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 35

Em grosseira definição, os bens jurídicos se dividem entre aqueles que criam espaço de liberdade para o indivíduo e aqueles que protegem as condições estruturais do Estado. Como manifestação dos primeiros podem ser considerados os “bens jurídicos da confiança, socialmente relevantes – a confiança no dinheiro como meio de troca, nos crimes de falsificação de moeda; a lealdade da concorrência, nos crimes de concorrência desleal; a confiança no mercado de capitais no crime de abuso de informação privilegiada”. Bens jurídicos que protegem as condições estruturais do Estado servem à “proteção da subsistência do Estado em seus diversos escalões hierárquicos. Por exemplo, o tipo de alta traição protege a subsistência da República Federal da Alemanha; o tipo de constrangimento ilegal contra órgão constitucionais protege, por sua vez, a capacidade de funcionamento de determinados órgãos da Constituição (...) o favorecimento pessoal (...) protege apenas a vigência fática da administração estatal da justiça.”⁴⁸⁸

Ao reconhecer a dignidade penal dos verdadeiros bens jurídicos coletivos, o autor passa a se preocupar com a estrutura do delito adequada à proteção do bem, pois o reconhecimento de um bem jurídico tutelado pela norma não é suficiente para legitimar a incriminação.⁴⁸⁹

Quando o legislador opta por proteger o bem jurídico por meio da estrutura do crime de perigo, para que a norma seja legítima o ônus argumentativo passa a ser maior. Para legitimar a proibição nos crimes de

⁴⁸⁸ HEFENDEHL, Roland. O bem jurídico como pedra angular da norma penal. In GRECO, Luís; TÓRTIMA, Fernanda Lara (orgs.). *O Bem Jurídico como Limitação do Poder Estatal de Incriminar?* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 65/66

⁴⁸⁹ HEFENDEHL, Roland. O bem jurídico como pedra angular da norma penal. In GRECO, Luís; TÓRTIMA, Fernanda Lara (orgs.). *O Bem Jurídico como Limitação do Poder Estatal de Incriminar?* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 72 e ss

perigo abstrato deve-se encontrar um equivalente material à causalidade real, pois nesses casos o bem jurídico não é lesionado causalmente. Nos crimes ambientais, tributários e de corrupção o equivalente material é a ideia de *cumulação*. Trata-se de legitimar a norma não pela ação individual, considerada em si mesma, mas sim pelas ações de terceiros que seriam praticadas em grande número e “perturbariam as funções protegidas.”⁴⁹⁰ No direito penal de alimentos, em que a tutela penal é da integridade física dos consumidores individualmente considerados, e não da saúde pública, a estrutura de perigo é a melhor. Nesse caso, o fato de o bem jurídico ser individual tem relevância fundamental: a inexistência de perigo *ex ante* para o bem jurídico, deverá ser afastada a tipicidade da conduta.⁴⁹¹

Embora a teoria do bem jurídico tenha sido um dos principais objetos do desenvolvimento da ciência penal, em diversos casos, ela não produziu efeitos concretos nas decisões dos Tribunais. Isso quer dizer que, até o momento, a força vinculante do princípio de proteção de bens jurídicos para a atividade do poder judiciária é quase nula.

É o que veremos no próximo item.

2.4 A crise do conceito de bem jurídico na atividade dos Tribunais

“Conforme a Constituição, as normas penais não estão sujeitas a nenhuma exigência que se possa derivar da teoria do bem jurídico em matéria

⁴⁹⁰ HEFENDEHL, Roland. O bem jurídico como pedra angular da norma penal. In GRECO, Luís; TÓRTIMA, Fernanda Lara (orgs.). *O Bem Jurídico como Limitação do Poder Estatal de Incriminar?* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 73/74

⁴⁹¹ GRECO, Luís. *Modernização do direito penal, bens jurídicos coletivos e crimes de perigo abstrato*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 36

penal.”⁴⁹²

Esta frase, extraída da decisão VerfGE120, do Tribunal Constitucional Federal Alemão (TFCA), de 2008, demonstra que, para a prática judicial, a teoria do bem jurídico tem pouca importância.

Nesse ponto do trabalho não será debatida a correção ou não do entendimento do Tribunal Constitucional Federal Alemão (TFCA), mas apenas serão demonstrados os argumentos apresentados na decisão e o apoio por pequena parte da doutrina. As críticas serão realizadas em capítulo apropriado.

Em que pese a longa tradição da ciência do direito penal alemã, que com muito esforço criou e desenvolveu diversos princípios de legitimação e limitação do poder punitivo estatal, dentre eles o princípio de proteção de bens jurídicos, desde a perspectiva de uma parte da doutrina da teoria do direito e do direito constitucional, bem como da atividade dos Tribunais, o princípio de proteção de bens jurídicos não goza de qualquer prestígio.

Burchard, ao pesquisar sobre as estabilidades e modificações dos princípios do direito penal, chega a respostas advindas da filosofia, da história, da teoria do direito e do direito constitucional. Desde o ponto de vista filosófico, por algum tempo, os princípios de direito penal se mantiveram constantes por se apresentarem como um fundamento extrajurídico do direito, que estaria excluído “do poder de disposição dos juristas, seja do âmbito da ciência jurídica, da jurisprudência ou da política”.⁴⁹³

⁴⁹² BURCHARD, Christoph. O princípio de proporcionalidade no “direito penal constitucional” ou o fim da teoria do bem jurídico tutelado na Alemanha. In AMBOS, Kai; BOHN, Maria Laura (orgs.) *Desenvolvimentos atuais das ciências criminais na Alemanha*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013. p. 35

⁴⁹³ BURCHARD, Christoph. O princípio de proporcionalidade no “direito penal constitucional” ou o fim da teoria do bem jurídico tutelado na Alemanha. In AMBOS, Kai; BOHN, Maria Laura (orgs.) *Desenvolvimentos atuais das ciências criminais na Alemanha*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013. p. 30

Do ponto de vista da história, pondera-se que o princípio do bem jurídico, bem como outros princípios, surgiu, talvez, séculos antes da Constituição alemã de 1.949, o que permite a conclusão de que se trata de princípios e interpretações que foram conceitos de suas épocas, razão pela qual ocorreram mudanças em seu desenvolvimento.⁴⁹⁴

Uma aproximação aos princípios penais a partir do ponto de vista do direito constitucional exige reconhecer que este ramo do direito, pela hierarquia jurídica, funciona como critério para avaliar a força do princípio de proteção de bens jurídicos. E neste ponto, deixa claro o autor que entende que “a ciência e dogmática do direito constitucional alemão são essencialmente ciência e dogmática própria da jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão (o TFCA).” A doutrina apenas interpreta e sistematiza referidas decisões.⁴⁹⁵

Levando em consideração que as decisões dos tribunais são vinculantes para os demais órgãos jurisdicionais e para a administração pública, entende Burchard que, se a ciência do direito penal quiser ser considerada na prática, deve ter as decisões do Tribunal Constitucional como “ponto de partida ou ponto de crítica de seus argumentos.”⁴⁹⁶

Quando se tem como ponto de partida que o TCFA está vinculado à política criminal de seu país, percebe-se o Tribunal como o elo institucional

⁴⁹⁴ BURCHARD, Christoph. O princípio de proporcionalidade no “direito penal constitucional” ou o fim da teoria do bem jurídico tutelado na Alemanha. In AMBOS, Kai; BOHN, Maria Laura (orgs.) *Desenvolvimentos atuais das ciências criminais na Alemanha*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013. p. 31

⁴⁹⁵ BURCHARD, Christoph. O princípio de proporcionalidade no “direito penal constitucional” ou o fim da teoria do bem jurídico tutelado na Alemanha. In AMBOS, Kai; BOHN, Maria Laura (orgs.) *Desenvolvimentos atuais das ciências criminais na Alemanha*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013. p. 31

⁴⁹⁶ BURCHARD, Christoph. O princípio de proporcionalidade no “direito penal constitucional” ou o fim da teoria do bem jurídico tutelado na Alemanha. In AMBOS, Kai; BOHN, Maria Laura (orgs.) *Desenvolvimentos atuais das ciências criminais na Alemanha*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013. p. 31

entre a política criminal legislada (processo legislativo) e a prática da administração. E a função do Tribunal é fazer com que isso ocorra de acordo com a Constituição.

Entende Burchard que isso não deve ser depreciado como uma atitude positivista, em que apenas cabe ao Tribunal aplicar as decisões políticas do legislador, mas sim que política e administração judiciária têm um funcionamento diferente, e que se deve defender uma política criminal conforme a democracia e a Constituição num Estado de direito.⁴⁹⁷

Assim como em relação a qualquer outro tipo de norma, o Tribunal Constitucional pretende conter as leis penais por meio do chamado princípio de proporcionalidade, sem qualquer obrigatoriedade de se recorrer à teoria do bem jurídico.

Voltando à decisão VerfGE120, do Tribunal Constitucional Federal Alemão (TFCA), de 2008, que declarou a constitucionalidade do tipo penal de incesto entre irmãos, ela excluiu expressamente do conteúdo normativo da Constituição a ideia de proteção de bens jurídicos, com fundamento no seguinte argumento: o recurso a um “conceito suprapositivo de bem jurídico [entraria] em contradição com o postulado de que, segundo a ordem constitucional, é tarefa do legislador democraticamente legitimado fixar não só os fins da pena, mas também os bens protegidos por meio do direito penal”. Mais que isso, que a referência ao bem jurídico não apresenta “quaisquer parâmetros materiais a ser incorporados obrigatoriamente ao direito

⁴⁹⁷ BURCHARD, Christoph. O princípio de proporcionalidade no “direito penal constitucional” ou o fim da teoria do bem jurídico tutelado na Alemanha. In AMBOS, Kai; BOHN, Maria Laura (orgs.) *Desenvolvimentos atuais das ciências criminais na Alemanha*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013. p. 33

constitucional, cuja função é impor limites externos ao poder legislativo”.⁴⁹⁸

Trata-se de uma interpretação de nossos tempos, o que não significa dizer ser boa, representa uma espécie de realismo jurídico, que entende como fonte do direito as interpretações dos tribunais (direito em ação), e não o direito dos livros.

Por conta desse tipo de interpretação é que se deve lutar pela defesa do princípio de proteção de bens jurídicos. A falta de terreno fértil para isso (condições histórica, social, política e econômica) não enfraquece o potencial dos argumentos em seu favor. Assim, tentaremos explicar a capacidade de rendimento da teoria do bem jurídico no próximo item do trabalho.

2.5 O potencial da teoria do bem jurídico na identificação de falsos bens jurídicos coletivos: segurança pública e saúde pública como exemplos

Com a transformação de uma sociedade liberal-individualista em uma sociedade de comunicação pós-moderna, verifica-se a constante perda de conteúdo material do conceito de bem jurídico, ao ponto de, segundo alguns autores (Jakobs), entender-se que o conceito possa ser substituído pelo de violação da própria norma.

É possível vincular referida transformação, como o faz Tavares, ao processo de evolução da vida material. A noção de crime como violação de um bem, objeto de proteção da norma, relaciona-se com o processo econômico de uma sociedade fundada no sistema de troca de mercadorias, na qual o bem

⁴⁹⁸ As citações, extraídas de referida decisão, pertencentes a esse parágrafo estão contidas em NEUMANN, Ulfrid. Bem jurídico, Constituição e os limites do direito penal. In GRECO, Luís; MARTIS, Antonio. *Direito penal como crítica da pena. Estudos em homenagem a Juarez Tavares por seu 70º aniversário em 2 de setembro de 2012*. São Paulo: Marcial Pons, 2012. p. 526

jurídico é criado no contexto da grande produção e do incremento do consumo. Relacionada à transformação do capitalismo, com a chamada fetichização da mercadoria, tem início o processo de perda de substrato material do conceito de bem jurídico. Marx tentou evidenciar como o valor de uso dos bens colocados em circulação escondia o seu valor de trabalho e as contradições subjacentes ao processo produtivo.⁴⁹⁹

A gradativa perda de materialidade fez com que, na época em que avançava o capitalismo financeiro (em que os títulos de créditos passam a ser considerados, por si, mercadorias), o bem jurídico fosse entendido como mero pressuposto formal da incriminação (Binding). Agora, num capitalismo de serviço, propõe-se a substituição do conceito de bem jurídico pelo de estabilização da norma, o que pode ser, em certa medida, pensado como reflexo da reprodução da vida material contemporânea, em que não mais se verificam objetivos edificantes, satisfazendo-se a sociedade com manutenção de regras de organização. Com isso, o direito penal passa a proteger funções que mantêm a organização social.⁵⁰⁰

Como destaca Sgubbi, o ordenamento jurídico se converte em uma disciplina dirigista, que se manifesta por meio de uma detalhada regulamentação da atividade humana, a serviço da qual se coloca o direito penal.⁵⁰¹ O que se pune é a inobservância de regras de organização, não a realização de atos socialmente danosos.⁵⁰²

⁴⁹⁹ TAVARES, Juarez. *Teoria do injusto penal*. 3. ed., Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 185

⁵⁰⁰ TAVARES, Juarez. *Teoria do injusto penal*. 3. ed., Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 186

⁵⁰¹ SGUBBI, Filippo. *El delito como riesgo social. Investigación sobre las opciones en la asignación de la ilegalidad penal*. Buenos Aires: Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, s/f. p.

⁵⁰² MOCCIA, Sergio. De la tutela de bienes a la tutela de funciones: entre ilusiones postmodernas y reflujos iliberales. In SILVA SÁNCHEZ, Jesús María (org). *Política criminal y*

De acordo com Sergio Moccia, esse pensamento tem como base a ideia de que o funcionamento eficiente da atividade de controle estatal, desde uma visão não ideológica da vida de relação social, admite, na solução de um caso concreto, o sacrifício da rígida defesa de abstratos ou de valores que transcendem ao problema que se apresenta. “Em nome de um exasperado pragmatismo efficientista, dá-se crédito a uma sinergia de elementos e perspectivas, distantes uns dos outros, que dão vida a uma convivência ‘débil’ e não a uma síntese ‘forte’ de componentes conciliáveis”.⁵⁰³ Isso se percebe com a utilização do direito penal para a tutela da funcionalidade dos mecanismos de intervenção da administração pública, por meio da artificiosa criação de bens jurídicos, com o duplo fim de salvar dificuldades na redação do tipo e de superar, com facilidade, problemas de prova”.⁵⁰⁴

Se o direito penal e, conseqüentemente, o conceito de bem jurídico são reflexos do processo de evolução da vida material, se esse processo provocou uma sociedade fundada na desigualdade e na opressão, no genocídio de parte da população, que deixa de ser considerada sujeito por não poder consumir, tem-se duas opções: ou deve ser feita uma dogmática jurídica como reflexo/descrição das relações sociais, e os conceitos desenvolvidos servirão como instrumento de legitimação da estrutura social, ou, por uma questão ética, deve-se tomar partido em favor da maioria de excluídos, e desenvolver categorias jurídicas destinadas à contenção do poder punitivo, que apenas se

nuevo derecho penal. Libro homenaje a Claus Roxin. Barcelona: Bosch, 1997. p. 115

⁵⁰³ MOCCIA, Sergio. De la tutela de bienes a la tutela de funciones: entre ilusiones postmodernas y reflujos iliberales. In SILVA SÁNCHEZ, Jesús María (org). *Política criminal y nuevo derecho penal. Libro homenaje a Claus Roxin.* Barcelona: Bosch, 1997. p. 115

⁵⁰⁴ MOCCIA, Sergio. De la tutela de bienes a la tutela de funciones: entre ilusiones postmodernas y reflujos iliberales. In SILVA SÁNCHEZ, Jesús María (org). *Política criminal y nuevo derecho penal. Libro homenaje a Claus Roxin.* Barcelona: Bosch, 1997. p. 116

presta a manter a configuração social injusta e desigual.

Diante disso, a postura a ser tomada no trabalho será a segunda, razão pela qual o conceito de bem jurídico deve ser delineado com o objetivo de utilizá-lo como limite ao poder punitivo, e não como objeto de proteção da norma. Ademais, ao se recheiar o conceito de bem jurídico, deve-se ter em consideração que ele deve ter uma função crítica ao sistema, no que reside sua capacidade de rendimento. Dessa forma, a capacidade de rendimento da teoria do bem jurídico guarda menos relação com o conceito do que com a postura ético-política adotada pelo aplicador do direito. A atividade do intérprete poderia suprir as insuficiências dogmáticas.

De qualquer forma, como se sabe que a atitude crítica passa longe da maioria dos aplicadores do direito penal, talvez um desenvolvimento teórico crítico-dogmático será de alguma serventia.

O conceito de bem jurídico pode cumprir uma função extrassistemática, ao analisar os pressupostos materiais de justificação da norma penal, e uma função dogmática, dirigida à sistematização e interpretação dos tipos penais. No entanto, as duas funções decorrem da forma como se enuncia o conceito de bem jurídico.

O fundamento de justificação de uma norma penal não pode ser realizado a partir de um postulado racional *a priori*, absoluto. Há que se trabalhar com um critério relativo de injusto, em que se verifique uma relação entre a preservação da segurança jurídica e a correção da decisão de afirmar uma conduta como criminosa.⁵⁰⁵

De acordo com Habermas, as decisões corretas são aquelas que se

⁵⁰⁵ TAVARES, Juarez. *Teoria do injusto penal*. 3. ed., Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 79

realizam diante das circunstâncias de cada caso, portanto, não apresentam o caráter de universalidade. Uma norma somente será adequada quando, na sua aplicação, considerar todas as circunstâncias da situação e, em comparação com outras normas, possa ser avaliada.⁵⁰⁶

A fixação de critérios para uma racional correção das decisões tem como pressuposto diferenciar princípios de argumentação de valores. Os princípios estão atrelados a normas, e, da mesma forma, ligados a valores, que dão o caráter de universalidade às normas. Já os valores relacionam-se com finalidades, objetivos.⁵⁰⁷

O fato de as normas jurídicas possuírem a característica de universalidade não significa que elas devem ter como objetivo criar uma sociedade moralmente correta, pois moral e normas jurídicas são coisas diferentes. Levando em consideração que sobre a comunidade existe a intervenção de um Estado instituído, a norma jurídica não pode ser entendida como imperativos morais *a priori*, mas sim como norma reguladora de condutas dentro de determinada comunidade.⁵⁰⁸

Tendo em vista que os direitos fundamentais são valores que estruturam uma ordem democrática, devem ser considerados os únicos valores universais. Por essa razão, numa ordem democrática, as normas não têm que ser, necessariamente, orientadas pelos direitos fundamentais, sendo suficiente que não os contradigam. Os direitos fundamentais devem ser entendidos como limites negativos a toda norma jurídica.⁵⁰⁹

⁵⁰⁶ TAVARES, Juarez. *Teoria do injusto penal*. 3. ed., Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 81

⁵⁰⁷ TAVARES, Juarez. *Teoria do injusto penal*. 3. ed., Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 80

⁵⁰⁸ TAVARES, Juarez. *Teoria do injusto penal*. 3. ed., Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 80

⁵⁰⁹ TAVARES, Juarez. *Teoria do injusto penal*. 3. ed., Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 80

No entanto, se uma norma jurídica limitar um direito fundamental, ela apenas se justifica se tiver como objetivo a proteção de outro direito fundamental. E esse objetivo não é suficiente, a norma restritiva de direitos fundamentais apenas pode ser reconhecida como válida se for adequada, no sentido de ser apta a atingir o objetivo a que se propõe, e necessária, ou seja, para atingir o objetivo a que se propõe, não exista meio menos restritivo do direito fundamental que a norma atinge.

Quanto à justificação racional das normas dentro de uma teoria do discurso, para que ela possa ser considerada correta, deve, necessariamente, passar por duas fases de avaliação. A primeira, refere-se à averiguação do respeito às condições ideais de discurso: a) necessidade de que os proferimentos sejam gerais e produzam entendimento idêntico entre os falantes; b) publicidade e inclusão geral, participação com direitos iguais, respeito e reconhecimento mútuo, responsabilidade por parte dos falantes, sinceridade (vontade dos falantes em se entender) e autonomia (imunização contra coerções externas e internas).⁵¹⁰ A segunda, refere-se às condições do discurso prático, ou seja, se se evidenciam a adequação, necessidade e proporcionalidade da norma.⁵¹¹

Mas a justificação pelo procedimento democrático, por si só, não é suficiente para legitimar a norma jurídica. Habermas pretende limitar a legitimação pelo procedimento (com suas condições ideais de fala) por meio da legitimação sob o marco da autodeterminação dos cidadãos e da proteção dos

⁵¹⁰ HABERMAS, Jürgen. *Verdade e justificação: ensaios filosóficos*. São Paulo: Loyola, 2009. p. 254

⁵¹¹ TAVARES, Juarez. *Teoria do injusto penal*. 3. ed., Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 80

direitos humanos, pois estes institucionalizam as condições comunicativas para a formação de uma vontade política racional.⁵¹²

Desse raciocínio conclui-se que o injusto penal não decorre do simples procedimento democrático regular, mas, nas palavras de Tavares, passa “ser visto dentro de uma relação dialética entre a autonomia da pessoa humana e as formas de sua institucionalização, o que pode contribuir para uma reedificação do sujeito no direito e, principalmente, no âmbito das formulações acerca dos fundamentos que podem ser levados em conta na definição das causas de justificação.”⁵¹³

Nessa linha de raciocínio, percebe Baratta que o sistema penal se caracteriza por ser “um aspecto da expropriação ideológica que sofrem os sujeitos de necessidades e direitos humanos por parte do sistema e da cultura dominante, com referência à percepção do conflito em que se envolveram”.⁵¹⁴ Os criminalizados, como em regra não passam de objeto de um tratamento institucional, não participam da definição legal dos conflitos do qual fazem parte, tampouco da construção das formas e dos instrumentos institucionais de intervenção destinados à solução de seus problemas, de acordo com suas verdadeiras necessidades. Assim, em relação a eles as normas não apresentam qualquer legitimidade.

Embora, no *Teoria do Injusto*, Tavares não mencione expressamente o que segue, tenho para mim que, desde a perspectiva acima mencionada, em

⁵¹² HABERMAS, *apud*, TAVARES, Juarez. *Teoria do injusto penal*. 3. ed., Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 84

⁵¹³ TAVARES, Juarez. *Teoria do injusto penal*. 3. ed., Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 85

⁵¹⁴ BARATTA, Alessandro. Principios del derecho penal mínimo. (Para una teoría de los derechos humanos como objeto y límite de la ley penal). In *Criminología y sistema penal*. Montevideo/Buenos Aires, B de F, 2004. p. 329

países periféricos como o nosso, levando em consideração que num sistema composto por regras e princípios as justificações e exculpações podem ter caráter supralegal, seria perfeitamente possível o desenvolvimento de uma causa supralegal de justificação que apresentasse como fundamento a negação de um grau mínimo de garantia de direitos humanos ao acusado, que tivesse como consequência a negação da autonomia do sujeito.⁵¹⁵ Sem apresentar a fundamentação acima, mas com extremas sensibilidade e racionalidade, verifica-se o pioneirismo de Juarez Cirino dos Santos ao propor, como causa supralegal de exculpação, os casos de conflito de deveres: não apenas os casos de laboratório da dogmática alemã, mas situações brasileiras, em que “condições de existência social adversas deixam de ser a exceção transitória para ser a regra constante da vida das massas miserabilizadas das sociedades fundadas na relação *capital/trabalho assalariado*, então o crime pode constituir *resposta normal* de sujeitos em *situação social anormal*.”⁵¹⁶ O que para Juarez Cirino dos Santos fundamenta uma exculpação por inexigibilidade de conduta conforme o direito, para a linha de raciocínio acima desenvolvida pode constituir justificação supralegal, diante da ausência de autonomia ou institucionalização do sujeito. Ou melhor ainda, para esses casos, basta afirmar a invalidade da norma diante de sua ilegitimidade.⁵¹⁷

⁵¹⁵ Com o objetivo de reduzir os efeitos negativos produzidos pelo sistema de justiça criminal em autores de fatos puníveis em situação de profunda situação de marginalidade ou pobreza, Leandro Gornicki Nunes propõe que, para regular esses casos, seja inserido na legislação penal brasileira um dispositivo que apresente uma excludente legal de culpabilidade. GORNICKI NUNES, Leandro. *Culpabilidade e exculpação. O conflito de deveres como causa (supra)legal de exculpação no Brasil*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012. p. 207

⁵¹⁶ CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *Direito penal. Parte geral*. 5. ed., Florianópolis: Conceito, 2012. p. 334

⁵¹⁷ As ideias acima desenvolvidas não apresentam substancial ineditismo quando se as compara com o pensamento de Jean Paul Marat, em seu Plano de Legislação Criminal, que afirmava: “Numa terra em que tudo é possessão de outro e na qual não se pode apropriar-se

Ainda dentro de um procedimento racionalmente orientado, agora sob a perspectiva de uma razão prática, Alexy propõe que seja feita a distinção entre dois níveis de normas, as regras e os princípios. Os princípios são “normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida do possível, dentro das possibilidades jurídicas e reais existentes”. São *mandados de otimização*, que se caracterizam por poderem ser cumpridos em diferentes graus, e que o nível de seu cumprimento depende de condições fáticas e jurídicas, sendo que as condições jurídicas são delimitadas por princípios e regras opostos.⁵¹⁸ Já as regras são normas que podem ou não serem preenchidas. Se os pressupostos da regra são preenchidos, significa que ela deve ser aplicada, e que deve ser feito exatamente o que ela diz. No caso de conflito entre regras, deve-se eliminá-lo por meio de uma exceção ou por meio do reconhecimento da invalidade de uma das regras.⁵¹⁹ Por outro lado, quando houver conflito entre princípios, o conflito deve ser resolvido através da ponderação, meio pela qual será decidido qual princípio tem mais peso no caso concreto. Nas palavras de Alexy: “Isto é o que se quer dizer quando se afirma que nos casos concretos os princípios têm diferente peso e que prima o princípio com maior peso. Os conflitos de regras se levam a cabo na dimensão da validade; a colisão de princípios (...) tem lugar mais além da dimensão de validade, na dimensão do

de nada, resta apenas morrer de fome. Então, não conhecendo a sociedade a não ser por suas desvantagens, estarão obrigados a respeitar a lei? Não, sem dúvida. Se a sociedade os abandona, voltam ao estado natural e quando reclamam à força direitos dos quais não podem prescindir senão para proporcionar-lhes melhorias, toda autoridade que se oponha é tirânica e o juiz que os condena à morte não é mais que um vil assassino”. MARAT, Jean Paul. *Plano de Legislação Criminal*. São Paulo: Quartier Latim, 2008 [1790]. p. 75

⁵¹⁸ ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 2003. p. 86

⁵¹⁹ ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 2003. p. 88

peso.”⁵²⁰

Como o sistema jurídico é composto por regras e princípios, no campo do direito penal esse sistema funcionaria da seguinte forma: em relação às normas proibitivas, o sistema penal está submetido única e exclusivamente ao sistema de regras, limitado pela estrita legalidade; no tocante às justificações, exculpações, condições objetivas de punibilidade e causas extintivas de punibilidade, segue um sistema de regras e princípios. Daí a possibilidade de justificações e exculpações supralegais.

Para efeito de nosso estudo, embora a doutrina penal apresente a expressão *principio do bem jurídico* (Roxin), a partir da lógica acima exposta, certamente a ideia de bem jurídico não pode ser tratada como princípio: se a norma penal não tiver um bem jurídico como fundamento, simplesmente não será válida, não sendo possível aplicá-la parcialmente.

Feita a introdução, o trabalho será desenvolvido na direção de uma definição de bem jurídico, para, em seguida, apresentar sua capacidade de rendimento.

Desde os fundamentos filosóficos acima apresentados, a ideia de bem jurídico não pode ser confundida com interesses, fim ou objeto de proteção da norma, estado de coisas socialmente desejável, ou estabilização do sistema contida na norma. Trata-se, simplesmente, de um valor que funciona como limite à intervenção punitiva estatal, um meio de proteção do indivíduo contra o

⁵²⁰ ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 2003. p. 89 Tradução livre de “Esto es lo que se quiere decir cuando se afirma que en los casos concretos los principios tienen diferente peso y que prima el principio con mayor peso. Los conflictos de reglas se llevan a cabo en la dimensión de la validez; la colisión de principios (...) tiene lugar más allá de la dimensión de la validez, en la dimensión del peso.”

Estado.

Deve ser defendida a definição de Tavares, que entende ser o bem jurídico “um elemento da própria condição do sujeito e de sua projeção social, (...) um valor que se incorpora à norma como seu objeto de preferência real e constitui, portanto, o elemento primário da estrutura do tipo, ao qual devem se referir a ação típica e todos os seus demais componentes.” Deve ser entendido como um valor, e não como a norma em si, “condiciona a validade da norma e, ao mesmo tempo, subordina sua eficácia à demonstração de que tenha sido lesado ou posto em perigo.”⁵²¹

Primeiras demonstrações da capacidade de rendimento da categoria: a) normas jurídicas sem referência a bem jurídico são inválidas e, b) não podem ser aplicadas normas penais a condutas que não apresentem lesão ou perigo ao bem jurídico, ou seja, tipos de perigo abstrato apenas podem ser aplicados se restar demonstrado perigo real ou lesão a bem jurídico.

O fato de as normas proibitivas deverem estar, necessariamente, relacionadas a um valor não significa que o sistema de direito penal deve proteger um determinado sistema de valores morais. Como já explicado, o único sistema de valores que vincula o ordenamento jurídico é o dos direitos fundamentais. Isso quer dizer que, de acordo com essa premissa, bem jurídico e direito fundamental podem ser confundidos.

Agora, o bem jurídico/direito fundamental não se apresenta como objeto de proteção da norma incriminadora, mas sim como limite à intervenção estatal, ou seja, as normas penais não protegem, mas sim, limitam direitos

⁵²¹ TAVARES, Juarez. *Teoria do injusto penal*. 3. ed., Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 198

fundamentais de liberdade do seu destinatário - a norma de conduta por meio da proibição da conduta X, e a norma de sanção por meio da restrição da liberdade (prisão), propriedade (multa) ou outros direitos (penas restritivas de direitos) -. Mas como toda limitação a direito fundamental deve ser justificada pelo objetivo de proteção de outro direito fundamental, este não funciona como objeto de proteção da norma, mas sim como argumentação para justificar a restrição de direitos fundamentais do autor da conduta proibida.

Nesse sentido, fundamental a distinção entre norma e valor. A primeira pressupõe um dever de cumprimento, o valor, uma finalidade. Assim, não se pode entender a proteção de bem jurídico como um dever dos destinatários das normas, porque, assim, o bem jurídico estaria sendo confundido com a própria norma.⁵²² E o crime poderia, equivocadamente, ser definido como violação de dever, o que poderia legitimar a incriminação de condutas que sequer coloquem em risco um bem jurídico. Os crimes de perigo abstrato estariam legitimados.

Ademais, somente é possível se falar em um dever *estatal* de proteção de bens jurídicos diante dos requisitos do discurso prático (adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito), porque, como os direitos fundamentais têm como referência a pessoa humana, os bens jurídicos também devem ser entendidos sempre como objeto referencial de proteção da pessoa, pois somente nessa condição é que a norma pode ser entendida como valor.

Com fundamentos diferentes, chega-se à mesma conclusão da teoria pessoal do bem jurídico de Hassemer, no sentido de que “los bienes jurídicos

⁵²² TAVARES, Juarez. *Teoria do injusto penal*. 3. ed., Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 199

universales sólo son legítimos en tanto que sirven al desarrollo personal del individuo”⁵²³

Desde a concepção de bem jurídico acima esboçada, apresentam-se algumas consequências para a interpretação do direito penal: a) os delitos contra o ambiente (nem todos, pois alguns tipos penais apenas apresentam como objeto de proteção a atividade/função da administração pública nesse setor) devem ser interpretados como crimes de perigo para a vida e a saúde das pessoas; b) no crime de tráfico de entorpecentes, como o bem jurídico que é objeto de preferência real da norma é a saúde de cada indivíduo, e não a saúde pública, é possível afastar a tipicidade da conduta pelo consentimento do titular do bem jurídico (não porque o bem jurídico é de titularidade do indivíduo, razão pela qual ele poderia dispor, mas sim porque a norma não possuiria legitimidade por, no caso concreto, não estar protegendo um direito fundamental, visto que o usuário (não dependente químico) tem sua liberdade (direito fundamental ao qual devem convergir todas as normas do ordenamento jurídico) tutelada pela ordem jurídica como um todo.

Nesse caso, a categoria dogmática consentimento do titular do bem jurídico deve ser repensada. O bem jurídico contido na norma de proibição não é de titularidade de ninguém. Não é objeto de proteção da norma, mas sim limite à intervenção estatal na liberdade do indivíduo. Isso quer dizer que a não aplicação da norma proibitiva no caso acima mencionado possui como fundamento o fato de que, se o ordenamento jurídico é instrumento a serviço da pessoa, principalmente dirigido à proteção de sua liberdade, atributo da dignidade humana, quando a pessoa que quer comprar droga o faz consciente

⁵²³ HASSEMER, Winfried; MUÑOZ CONDE, Francisco. *Introducción a la criminología y al derecho penal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1989. p. 108

das consequências inerentes ao seu consumo, não há conflito de direitos fundamentais. A limitação da liberdade daquele que vende a droga (por meio da norma de conduta, que proíbe a venda da droga, ou por meio da norma de sanção, que determina a privação da liberdade daquele que é condenado pela prática da conduta) não apresenta qualquer justificativa no sentido de proteção de algum direito fundamental. De acordo com a postura aqui defendida em relação ao bem jurídico, são ilegítimas quaisquer normas que representem intromissão estatal na liberdade do indivíduo para protegê-lo de si mesmo. A autolesão, como o uso de drogas, não pode ser objeto de proibição.

Ademais, a postura sobre bem jurídico adotada, como afirma Tavares, permite distinguir bem jurídico e função e, a partir dessa distinção, reconhecer como ilegítimas as normas penais dirigidas à proteção de funções que não possam ser entendidas como valor.⁵²⁴

De acordo com referido autor, “função é uma relação decorrente de variáveis, que correspondem a pontos de referência de algo”. Como depende da relação entre variáveis, a função não tem significado próprio.⁵²⁵

No sistema econômico neoliberal verifica-se um processo de descentralização das atividades de estatais, pois, ao se afastar do processo de produção e distribuição de bens e, principalmente, da atividade de satisfazer as reais necessidades das pessoas, o Estado delega suas atividades às agências de fiscalização.⁵²⁶

⁵²⁴ TAVARES, Juarez. *Teoria do injusto penal*. 3. ed., Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 212

⁵²⁵ TAVARES, Juarez. *Teoria do injusto penal*. 3. ed., Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 208

⁵²⁶ TAVARES, Juarez. *Teoria do injusto penal*. 3. ed., Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 209

Como exemplo apresenta a função de administração de controle do tráfego de automóveis, que é realizada pelo Estado a partir de uma relação entre a quantidade de veículos circulando e a quantidade e tamanho de estradas e ruas. Os veículos devem ser entendidos como variáveis dependentes das dimensões e qualidades das vias. A função de controle apenas terá sentido na relação entre as variáveis veículos e ruas. Nesse contexto, “as regras de circulação e o controle resultam, pois, de uma simples equação de ajuste entre a quantidade de veículos e a dimensão das vias, sem nenhuma referência aos objetos reais em circulação, mas apenas ao seu número estatístico.”⁵²⁷ Nessa lógica, a função se cumpre na regra que a manifesta, por se tratar de um controle anônimo. A regra é apenas a forma do controle, que é difuso ou anônimo.⁵²⁸

As relações materiais da vida são substituídas por funções de comunicação anônimas. Isso quer dizer que o controle se transforma em mero controle de informações, deixando de ser um controle material, realizados por fiscais que querem proteger pessoas. O conteúdo da norma de circulação é satisfeito com o controle de informações.⁵²⁹

As funções são condicionadas pelas variantes, que são sempre instáveis, razão pela qual não possuem o caráter de universalidade. Por isso, as decisões políticas sobre exercício de funções estatais estão submetidas a critérios de conveniência e oportunidade. O controle do tráfego, por exemplo,

⁵²⁷ TAVARES, Juarez. *Teoria do injusto penal*. 3. ed., Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 210

⁵²⁸ TAVARES, Juarez. *Teoria do injusto penal*. 3. ed., Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 210

⁵²⁹ TAVARES, Juarez. *Teoria do injusto penal*. 3. ed., Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 210

depende da contingência da produção de veículos e da construção de vias públicas de circulação.⁵³⁰

A função não pode ser avaliada pelo seu valor, mas sim por sua utilidade. Caso as vias fossem suficientes à circulação de todos os veículos, diminuiria a intensidade da função. Ela seria avaliada como menos útil. De outra forma, o bem jurídico não pode ser avaliado por sua utilidade, pois possui um valor em si. A vida de um ser humano deve ser tomada como um valor em si, independentemente de ser de uma pessoa virtuosa ou moralmente execrável.⁵³¹

Nesse contexto surge outra função garantista da concepção de bem jurídico aqui assumida. Normas penais que possuem como objeto de proteção simples funções não são legítimas, devendo ser reconhecidas como inválidas.

Agora, em alguns casos a função pode ser elevada à categoria de bem jurídico. Isso ocorre quando, por conta da complexidade da vida social, algumas funções vão ganhando materialidade, de modo que suas variáveis passam a construir uma realidade que não pode ser reduzida a relações com grandezas, o que as transforma em algo indispensável à existência do próprio Estado ou do próprio sujeito. A administração da justiça pode ser entendida como um exemplo. Como função do Estado democrático, tem a “função de servir, indistintamente, a todos, no sentido de uma universalidade e sua

⁵³⁰ TAVARES, Juarez. *Teoria do injusto penal*. 3. ed., Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 211/212

⁵³¹ TAVARES, Juarez. *Teoria do injusto penal*. 3. ed., Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 213

vinculação à própria estrutura do Estado, dá-lhe estabilidade e a converte em bem jurídico, porque se constitui valor da pessoa humana.”⁵³²

Diferente é a situação da atividade estatal de promover segurança pública. Se tal atividade entendesse segurança pública como segurança de todas as necessidades reais de todos, ou como segurança de garantia de todos os direitos de todos, aí sim ela poderia ser considerada um bem jurídico.

Primeiro, desde uma lógica punitivista (que é a que impera), que oculta a complexidade das questões que envolvem o fenômeno do crime, a atividade estatal de promover segurança pública apresenta como variável a quantidade de crimes ou a sensação de segurança da sociedade. Portanto, é uma função, e não um bem jurídico.

No entanto, para se chegar à conclusão de se a segurança pública pode ser entendida como um bem jurídico (direito fundamental) ou não, algumas observações são fundamentais.

O tema chama a atenção pelo fato de, no Brasil, aproximadamente cinquenta por cento das pessoas pertencentes à população carcerária estar na condição de preso cautelar, sendo que parte considerável do fundamento das prisões relaciona-se ao abalo da ordem pública.

Ciente de que a prisão cautelar com fundamento no abalo à ordem pública não apresenta qualquer instrumentalidade ao processo, perdendo a prisão sua característica de cautelaridade, pode o poder público querer fundamentar a prisão na tutela da segurança pública. Nesse sentido, a prisão não seria entendida nem como medida cautelar, nem como pena. Apenas uma medida do Estado destinada a promover o direito fundamental à segurança

⁵³² TAVARES, Juarez. *Teoria do injusto penal*. 3. ed., Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 212

pública. Nesse sentido, a restrição da liberdade individual com violação ao princípio da presunção de inocência estaria justificada, pois teria como fundamento a proteção de um direito fundamental coletivo, prioritário em relação ao direito individual à liberdade. Em tempos em que “tudo” se resolver por meio do “princípio da proporcionalidade”, tudo é possível.

De acordo com Baratta, a segurança apresenta duas dimensões: é uma necessidade humana e uma função do sistema jurídico. Nos dois casos não possui conteúdo próprio, pois, como necessidade, é secundária, e como função do sistema jurídico, é um direito secundário.⁵³³

No sistema jurídico as necessidades se apresentam sob a forma de direitos. Assim, como a segurança não é uma necessidade primária, mas sim acessória, secundária a todas as outras necessidades, também deve ser entendida como direito acessório, secundário, instrumental a outros direitos.⁵³⁴

No campo do direito, a segurança possui dois significados diferentes, conforme seja observada desde um ponto de vista interno ou externo ao sistema jurídico. Desde o ponto de vista externo, desde uma teoria sociológica do direito, a questão que se coloca é a seguinte: até que ponto o Direito contribui (ou deve contribuir) com a segurança na sociedade? Trata-se de um questionamento sobre a eficácia do direito, no qual a segurança é pensada como um fato.⁵³⁵

Agora, desde o ponto de vista de uma teoria normativa do direito, a

⁵³³ BARATTA, Alessandro. Seguridad. In *Criminología y sistema penal*. Buenos Aires: B de F, 2004. p. 200

⁵³⁴ BARATTA, Alessandro. Seguridad. In *Criminología y sistema penal*. Buenos Aires: B de F, 2004. p. 200

⁵³⁵ BARATTA, Alessandro. Seguridad. In *Criminología y sistema penal*. Buenos Aires: B de F, 2004. p. 201

questão da segurança é direcionada à validade ideal do direito. Resumindo: desde o ponto de vista da teoria normativa do direito, trata-se da *segurança do direito*, ou segurança jurídica; desde o ponto de vista de uma teoria sociológica do direito, trata-se de segurança *através do direito*.⁵³⁶

Desde o ponto de vista interno do sistema jurídico, a segurança deve estar construída com referência às normas jurídicas e suas interpretações, ou seja, normativamente, e não faticamente. Afirmar que os direitos estão seguros significa dizer que as normas que os protegem respeitam as regras e princípios constitucionais.⁵³⁷

Do exposto, é de se perceber que um “direito fundamental à segurança” é uma construção constitucional falsa ou maliciosa. Será uma construção supérflua se representa a segurança da totalidade dos direitos para a totalidade dos cidadãos, e uma construção ideológica, perversa, se apresenta como consequência a proteção de alguns direitos de grupos privilegiados e prioritária ação administrativa e judicial dirigida a seu favor e, ao mesmo tempo, reduções de direitos fundamentais dos demais, da maioria, também reconhecidos na Constituição e em Convenções Internacionais. Essa última forma de entender a segurança, seletivamente, indica áreas de risco de violação de direitos, na qual a parte está no lugar do todo. Em outras palavras, selecionam-se como objeto de tutela jurídica o direito de alguns como se fosse o direito de todos.⁵³⁸

Em síntese, a segurança deve ser entendida como a relação, objetiva ou

⁵³⁶ BARATTA, Alessandro. Seguridad. In *Criminología y sistema penal*. Buenos Aires: B de F, 2004. p. 201

⁵³⁷ BARATTA, Alessandro. Seguridad. In *Criminología y sistema penal*. Buenos Aires: B de F, 2004. p. 201

⁵³⁸ BARATTA, Alessandro. Seguridad. In *Criminología y sistema penal*. Buenos Aires: B de F, 2004. p. 202

subjetiva, que os sujeitos possuem com a estabilidade dos meios de acesso a suas necessidades. Dessa forma, em muitos casos, a segurança não passa de um sentimento, que, certamente, não pode ser objeto de tutela jurídica. Nesse contexto, é possível afirmar que o que deve ser tutelado juridicamente são as necessidades humanas e os seus meios de acesso. Agora, o sentimento de estabilidade em relação à possibilidade de satisfação das necessidades ou aos instrumentos para atingi-las não pode ser considerado direito, ainda mais se, para proteger o sentimento, seja necessário restringir um direito real, como liberdade, igualdade, dignidade, etc. Em resumo: segurança não é direito!

Desde uma lógica punitivista, que oculta a complexidade das questões que envolvem o fenômeno do crime, a atividade estatal de promover segurança pública apresenta como variável a quantidade de crimes ou a sensação de segurança da sociedade. Portanto, é uma função, e não um bem jurídico.

Para concluir esse ponto do trabalho, é de se destacar que, embora seja possível concordar que uma teoria pessoal do bem jurídico não encontra mais uma conjuntura favorável⁵³⁹, deve-se manter o firme posicionamento de Juarez Cirino dos Santos, no sentido de que, em que pese todas as críticas desenvolvidas contra o conceito de bem jurídico, ele continua sendo uma garantia política irrenunciável do Direito Penal do Estado Democrático de Direito.⁵⁴⁰

Agora, no terceiro capítulo, será analisada a relevância constitucional do conceito de bem jurídico e a sua estreita relação com a proibição de excesso

⁵³⁹ HASSEMER, Winfried. *Linhas gerais de uma teoria pessoal do bem jurídico*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 24

⁵⁴⁰ CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *Direito penal. Parte geral*. Florianópolis: Conceito, 2012. p. 18

como categoria limitadora do direito penal.

3. O critério da proporcionalidade como instrumento de limitação do direito penal

Em que pese a irrenunciável garantia política que representa o conceito de bem jurídico, outros argumentos dirigidos à limitação do direito penal são necessários. Desde um ponto de vista ideológico, o princípio da legalidade pode funcionar como barreira ao direito penal. De acordo com referido princípio, se a incriminação não estiver prevista em lei, conclui-se pela sua ilegitimidade.

No entanto, como observa Tavares, existe o outro lado da moeda: se a incriminação estiver previamente prevista em lei, conclui-se pela legitimidade da lei penal. Assim, de garantia da liberdade, de instrumento de proteção da pessoa humana frente ao poder punitivo do Estado, a legalidade passa de limite a instrumento de legitimação dos atos estatais destinados a suprimir a liberdade individual.⁵⁴¹

O mesmo raciocínio vale para outros princípios, como os de culpabilidade e ofensividade. De acordo com o primeiro, se a conduta ilícita for realizada com dolo ou culpa (princípio de responsabilidade subjetiva), em normalidade de circunstância, reconhecida está a culpabilidade do agente, e se conclui pela legitimidade da intervenção penal. Pelo princípio de ofensividade, se a conduta lesiona ou coloca em perigo o bem jurídico tutelado pela norma, também se conclui pela legitimidade da incriminação.

Do exposto, conclui-se pela necessidade de argumentos que funcionem como limites materiais ao direito penal. O princípio de intervenção mínima pode

⁵⁴¹ TAVARES, Juarez. *Os objetos simbólicos da proibição: o que se desvenda a partir da presunção de evidência*. In www.juareztavares.com p. 2

ser um deles. No entanto, por funcionar como princípio, pode ceder espaço a outro princípio colidente em um caso concreto, e, eventualmente, não cumprirá sua função limitadora.

Assim, levando em consideração que uma norma criminalizadora pressupõe um conflito entre direitos fundamentais (direito fundamental à liberdade e o direito fundamental que a norma penal tem como objeto de proteção, por exemplo, vida, propriedade, liberdade sexual, etc., - isso, por óbvio, com uma boa dose de otimismo, por ignorar a existência de normas penais cujo objeto de tutela é a mera organização estatal, sem qualquer direito fundamental como objeto de tutela), propõe-se a utilização da proporcionalidade como *critério de limitação material ao poder do Estado*⁵⁴², e não como princípio jurídico.

Para tanto, serão trabalhados os seguintes temas: a) o contexto histórico-cultural do desenvolvimento do(s) neoconstitucionalismo(s); b) a distinção entre regras e princípios e, em seguida, a distinção entre princípios e valores e outras categorias, para a consequente conclusão de que proporcionalidade não é princípio jurídico; c) a função do judiciário no Estado Constitucional e suas possibilidades de atuação em matéria penal, e d) a capacidade de rendimento da categoria proibição de excesso como instrumento de limitação material do direito penal.

3.1 A crise do positivismo jurídico e o surgimento do(s) neoconstitucionalismo(s)

Os discursos produzidos no campo da filosofia geral, em que se verifica

⁵⁴² DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Teoria geral dos direitos fundamentais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 191

a superação da filosofia da consciência pela filosofia da linguagem, provocaram grandes transformações na filosofia do direito.

A correlação entre os planos ontológico e epistemológico faz com que não mais seja admitida a separação entre filosofia do direito e teoria do método jurídico, considerando-se, ainda, a complexidade do Direito como fenômeno social especialmente ligado a processos de manifestação de poder.

Além disso, as teorias críticas desenvolvidas na década de 70 denunciam o direito enquanto ideologia, como instrumento de dominação, que legitima os interesses de uma classe sobre outra, ocultando as desigualdades reais existentes na sociedade.⁵⁴³

Esse quadro que se verifica nesse momento histórico provoca uma crise no modo positivista de pensar o mundo e, no que nos interessa como objeto de estudo, o direito.

Em dimensões, Bronze analisa a crise do positivismo e seus postulados, assim como indica os motivos da superação do positivismo por soluções teóricas mais adequadas às necessidades contemporâneas.⁵⁴⁴

Na dimensão político-institucional o positivismo possui os seguintes contornos: a) um Estado Democrático de viés liberal-individualista; b) com rígida separação dos poderes; c) poder exercido por meio de uma democracia representativa; d) dogma da onipotência do legislador; e) princípio da

⁵⁴³ No Brasil, na teoria do direito, quem chama a atenção para este fenômeno é Luiz Fernando Coelho, e no direito penal, Juarez Cirino dos Santos. COELHO, Luiz Fernando. *Teoria crítica do direito*. 3. ed., Belo Horizonte: Del Rey, 2003. CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *A criminologia da repressão*. Rio de Janeiro: Forense, 1979.

⁵⁴⁴ BRONZE, Fernando José. *Lições de introdução ao direito*. Coimbra: Coimbra, 2002. p. 321-343; MARRAFON, Marco Aurélio. *O caráter complexo da decisão em matéria constitucional: discursos sobre a verdade, radicalização hermenêutica e fundação ética na práxis jurisdicional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 126/131

legalidade e independência judicial, restringindo a atividade do Judiciário à mera aplicação do direito legislado e; f) o direito legislado assegura direitos fundamentais típicos de um Estado liberal, em que sujeito e autonomia da vontade são o eixo.

No plano jurídico, um direito monista, que se confunde com a lei como manifestação da vontade geral, tendo como características generalidade, abstração, formalidade e permanência.

Na dimensão axiológica, a ideia de justiça é identificada com a de igualdade formal, com os seguintes e consequentes valores: a) o formalismo, garantido pela possibilidade que todos possuem de conhecer as leis e, a partir desse conhecimento, da capacidade de obediência ao direito posto⁵⁴⁵; b) a segurança jurídica, como exigência de certeza abstrata que deveria estabilizar os padrões de comportamento.

No plano funcional, verifica-se a não antes vista contraposição entre política e direito, donde se afirma a diferenciação entre as funções de criação (exclusiva do legislador) e aplicação (exclusiva do pensamento jurídico) do direito, independentemente da análise do conteúdo de justiça ou moral do direito posto. Desse pensamento decorre a necessidade de um jurista neutro perante os valores da lei e, conseqüentemente, da separação entre teoria do direito e filosofia do direito, aquela tratando de questões de validade normativa, procedimentais, e esta de questões de justiça ou deontológicas.

Todas as dimensões anteriores dão origem à dimensão epistemológico-metodológica: epistemológica, pois a ciência do direito tem por objeto os próprios elementos do sistema jurídico abstrato e normativo, e metodológica

⁵⁴⁵ Nesse ponto, fundamental a leitura de CÁRCOVA, Carlos María. *A Opacidade do Direito*. São Paulo: LTr, 1998.

porque deveria ser utilizada a racionalidade lógico-dedutiva para aplicar o direito formal fazendo uso do método da subsunção, já que o direito era reduzido à legalidade. Dessa forma, a atividade do magistrado seria extrair a norma de um ordenamento/sistema fechado, por meio de uma interpretação gramatical.

Por fim, destaca-se que essa forma de pensar se desenvolve a partir dos postulados modernos do paradigma da filosofia da consciência que, segundo Marrafon, reflete um empirismo-lógico que, “descontado o idealismo racionalista, se identifica com a conclusão kantiana acerca da possibilidade de um conhecimento racional dos objetos, enquanto síntese da forma razão com a matéria empírica”.⁵⁴⁶

Para Bronze, nenhuma das coordenadas que caracterizam o positivismo se sustentam, mesmo considerando a pluralidade de correntes.

Primeiro, de um ponto de vista eurocêntrico, na dimensão político-institucional verifica-se a derrocada da doutrina liberal clássica e a busca de implementação do Estado Social traz novos compromissos com os direitos fundamentais positivados, não apenas os liberais clássicos, mas especialmente os sociais (início do séc. XX) e os difusos e coletivos. Além disso, novas tarefas a serem cumpridas para a realização da democracia material e efetivação dos direitos fundamentais.

Segundo, tendo em vista a mudança do principal objeto da teoria do direito - do direito privado ao direito constitucional - o novo constitucionalismo busca tomar para si o papel próprio da teoria do direito, determinando uma revisão na teoria da norma (pensada, agora, em termos de normas-regra e

⁵⁴⁶ MARRAFON, Marco Aurélio. *Hermenêutica e sistema constitucional: a decisão judicial entre o sentido da estrutura e a estrutura do sentido*. Florianópolis: Habitus, 2008. p. 47

normas-princípio) e do ordenamento (pensando-se, agora, em um sistema aberto, dialógico).

Terceiro, no que se refere à coordenada axiológica, além da validade normativo-conceitual e seu aspecto formal, passa-se a levar em consideração a exigência de legitimidade material como elemento a ser observado na realização do direito. Deve-se unir forma e conteúdo, segurança jurídica e justiça.

Quarto, quanto ao plano funcional, a falta de solidez na construção de uma ciência do direito levou-o a ser considerado como uma *práxis*, no sentido da divisão aristotélica dos saberes.

e) No que tange a orientação epistemológico-metodológica, percebem-se suficientes ataques à ideia de uma ciência do direito que funciona com neutralidade e imparcialidade no interior de um ordenamento jurídico abstrato.⁵⁴⁷

Para o autor, cada uma das transformações, ao seu modo, demonstrou a insuficiência teórica do modelo positivista: seu caráter de encobrimento ideológico, sua finalidade de reprodução do *status quo* e as falhas da teoria linguística de viés puramente sintático-analítico, por ignorar as advertências da chamada semiologia do poder. Evidencia-se, assim, a insubsistência teórica da crença no caráter científico do direito.

Diante da discussão acima indicada, a doutrina jurídica contemporânea tem produzido uma fecunda discussão acerca do papel da Constituição e sua força normativa na ordem jurídica, tentando dimensionar seus efeitos na atividade jurisdicional e na formação da democracia. Essa temática pode ser

⁵⁴⁷ BRONZE, Fernando José. *Lições de introdução ao direito*. Coimbra: Coimbra, 2002. p. 321-343

abordada a partir de lugares diversos e complementares:

Primeiro, a compreensão da Constituição, em sua totalidade, como norma jurídica, o que inclui as normas programáticas, a discussão da eficácia das normas e os limites da atuação do judiciário.

Segundo, o surgimento dos Tribunais Constitucionais europeus durante todo o século XX: subordinação do legislador à Constituição por meio do controle de constitucionalidade e, reflexivamente, questionamentos sobre a legitimidade democrática da atuação jurisdicional desses tribunais.

Terceiro, o caráter paradigmático dos direitos fundamentais, que agora são pensados como norma e tarefas a serem realizadas pelo Estado, exigem o compromisso do intérprete e a vinculação do legislador.

Por fim, a tentativa de realizar uma Constituição com tendências igualitárias e libertárias como a Carta Brasileira de 1988, dotada de um grande rol de direitos sociais, em um ambiente político em que os governos seguem de maneira agressiva os postulados neoliberais.

Assim, Guastini propõe um processo de constitucionalização, que exigiria as seguintes condições: a) existência de uma Constituição rígida; b) controle de constitucionalidade; c) força vinculante, como construção ideológica que entende a Constituição como norma; d) aplicação direta; e) interpretação conforme (ou adequadora) das leis; f) influência da Constituição sobre as relações políticas.⁵⁴⁸

Dessa forma, da proposta de constitucionalização do ordenamento e da

⁵⁴⁸ GUASTINI, Riccardo. La 'constitucionalización' del ordenamiento jurídico: el caso italiano. In: CARBONELL, Miguel (org.). *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Editorial Trotta, 2003. p. 50-58; MARRAFON, Marco Aurélio. *O caráter complexo da decisão em matéria constitucional: discursos sobre a verdade, radicalização hermenêutica e fundação ética na práxis jurisdicional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 133

teoria do direito, as atuais teorias (neo)constitucionalistas surgem como contrapostos ideológico, teórico e metodológico ao positivismo jurídico.

Aqui, deve-se atentar para as duas acepções diferentes da expressão (neo)constitucionalismo:

a) como uma teoria e/ou ideologia e/ou método de análise do direito, que teria como características uma Constituição invasora, a positivação de um catálogo de direitos fundamentais e a onipresença da Constituição de princípios e regras que contrastam com o estatalismo, legicentrismo e formalismo interpretativo do juspositivismo tradicional e;

b) como os elementos estruturais de um sistema jurídico e político descrito na Constituição, ou seja, como “o conjunto de mecanismos normativos e institucionais, *realizados em um* sistema jurídico-político historicamente determinado, que limitam os poderes do Estado e/ou protegem os direitos fundamentais.”⁵⁴⁹

Para Comanducci, no campo ideológico, o neoconstitucionalismo se distingue do constitucionalismo liberal moderno por colocar em segundo plano o objetivo de limitação do poder estatal, tendo como consequência a prioridade na garantia de direitos fundamentais, dando apoio ao Estado constitucional e democrático de Direito.⁵⁵⁰

Desde o aspecto metológico, o neoconstitucionalismo sustenta que os

⁵⁴⁹ COMANDUCCI, Paolo. Formas de (neo)constitucionalismo: un análisis metateórico. In: CARBONELL, Miguel (org.). *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Editorial Trotta, 2003. p. 75; MARRAFON, Marco Aurélio. *O caráter complexo da decisão em matéria constitucional: discursos sobre a verdade, radicalização hermenêutica e fundação ética na práxis jurisdicional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 134

⁵⁵⁰ COMANDUCCI, Paolo. Formas de (neo)constitucionalismo: un análisis metateórico. In: CARBONELL, Miguel (org.). *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Editorial Trotta, 2003. p. 85 MARRAFON, Marco Aurélio. *O caráter complexo da decisão em matéria constitucional: discursos sobre a verdade, radicalização hermenêutica e fundação ética na práxis jurisdicional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 134 -135

direitos fundamentais e os princípios constitucionais representam uma ligação entre direito e moral, defendendo a tese de que há uma identificação entre as duas esferas, razão pela qual se torna inaplicável a teoria da subsunção típica do modelo de decisão positivista, que trabalha apenas com regras como fonte primária do direito, assim como a busca de um modelo que possa imprimir alguma racionalidade e objetividade ao processo decisório.

As dificuldades para a realização desse modelo girariam em dois eixos, a saber: a) a superação da discricionariedade judicial e; b) as dificuldades na determinação de sentido dos princípios jurídicos, os quais deveriam servir de critério para evitar a discricionariedade.⁵⁵¹

Por serem questões de difícil trato no plano da dogmática jurídica, surge a necessidade de o jurista retomar o debate sobre os fundamentos filosóficos da decisão, que deve ocorrer no contexto da *guinada* linguística (hermenêutica e pragmática), razão pela qual aparecem no discurso jurídico: a) a perspectiva narrativo-constitutiva de Dworkin, fundada na concepção do direito como integridade; b) fenomenologia hermenêutica, que funda a ontologia jurídica na analítica existencial de Heidegger e; c) ética do discurso e a noção habermasiana/apeliana da razão comunicativa como de grande influência na filosofia do direito contemporânea.⁵⁵²

3.2 Proporcionalidade não é princípio nem valor jurídico: distinção entre regras e princípios e entre princípios, valores e outras categorias

⁵⁵¹ MARRAFON, Marco Aurélio. *O caráter complexo da decisão em matéria constitucional: discursos sobre a verdade, radicalização hermenêutica e fundação ética na práxis jurisdicional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 135

⁵⁵² MARRAFON, Marco Aurélio. *O caráter complexo da decisão em matéria constitucional: discursos sobre a verdade, radicalização hermenêutica e fundação ética na práxis jurisdicional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 138

De forma diversa das coisas, em torno das quais há relativo consenso em relação às suas denominações, por fazerem referências a objetos perceptíveis sensorialmente, as categorias do direito são instrumentos analíticos abstratos, formulados linguisticamente. Por essa razão não há uma única definição de o que deve ser entendido como princípio, vez que a sua distinção em relação às regras depende do critério distintivo empregado, do fundamento teórico utilizado e da finalidade para a qual é feita. Quanto ao critério distintivo utilizado para fazer a distinção com as regras, ele pode se referir à formulação, ao conteúdo, à estrutura lógica, ao lugar que ocupa no ordenamento jurídico, à função que possui para a interpretação e aplicação do Direito, etc. Quanto à fundamentação teórica, pode ser jusnaturalista, positivista, normativista, realista, etc., e quanto à finalidade para que é feita a distinção, pode ser descritiva, aplicativa, etc.⁵⁵³

A primeira fase do desenvolvimento da ideia de que o direito é um sistema composto por regras e princípios corresponde à tentativa de distinguí-los com base em dois critérios: a) o do grau de abstração e de generalidade da prescrição normativa, e b) do fundamento de validade. Quanto ao primeiro critério, os princípios se diferenciam das regras porque estão dirigidos a um número indeterminado de circunstâncias, enquanto as regras contêm mais elementos concretos em relação à conduta, sendo menos gerais. No que se refere ao segundo critério, os princípios jurídicos podem ser deduzidos da ideia de Estado de Direito, enquanto as regras apenas seriam dedutíveis de textos

⁵⁵³ ÁVILA, Humberto Bergmann. *A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade*. In Revista Diálogo Jurídico. Ano 1, vol. 1, n. 4, julho de 2001. p. 5

normativos.⁵⁵⁴

Como o principal objeto deste trabalho não é a distinção entre regras e princípios, a análise se limitará aos pontos mais destacados das obras de Alexy e Dworkin.⁵⁵⁵ A sumária apresentação de notas distintivas entre regras e princípios, para efeito do presente trabalho, destina-se, primordialmente, à demonstração da equivocada referência ao chamado *princípio* de proporcionalidade. A partir das definições de princípios que serão apresentadas, restará claro que a proporcionalidade não pode ser entendida como princípio jurídico, tampouco como valor e outras categorias, mas sim como critério aplicativo do direito.

Afirma Dworkin que, frequentemente, no que chama de casos difíceis, as decisões possuem fundamentos em padrões normativos que não podem ser considerados regras de direito, mas que, por se apresentarem de forma genérica, devem ser entendidos como princípios, que se dividem em *políticas* e *princípios propriamente ditos*.

Denomino 'política' aquele tipo de padrão que estabelece um objetivo a ser alcançado. Em geral uma melhoria em algum aspecto econômico, político ou social da comunidade (ainda que certos objetivos sejam negativos pelo fato de estipularem que algum estado atual deve ser protegido contra mudanças adversas). Denomino 'princípio' um padrão que deve ser observado, não porque vá promover ou assegurar uma situação econômica, política ou social considerada desejável, mas porque é uma exigência de justiça ou equidade ou alguma outra dimensão de moralidade.⁵⁵⁶

⁵⁵⁴ ÁVILA, Humberto Bergmann. *A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade*. In Revista Diálogo Jurídico. Ano 1, vol. 1, n. 4, julho de 2001. p. 5

⁵⁵⁵ ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 2003; DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002. Por óbvio, não se ignora que já existam trabalhos de autores brasileiros sobre este tema, mas, como não se trata do principal objeto do trabalho, apenas serão feitas referências aos autores já mencionados.

⁵⁵⁶ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 36

Em seguida, explica que a diferença entre regras e princípios é de natureza lógica, pois as regras são aplicáveis segundo a lógica do tudo ou nada, ou seja, verificada uma situação, ou a regra é válida e tem que ser aplicada ou não é válida e, por consequência, não pode ser aplicada. Além disso, as regras, por sua natureza, admitem exceções, que devem se apresentar em sua totalidade, para que se não reconheça o ordenamento jurídico como incompleto ou impreciso.⁵⁵⁷

De forma diferente, os princípios, quando verificadas certas condições, não apresentam determinada consequência jurídica automaticamente. Não apresentam condições para avaliação de necessidade de sua aplicação. Os princípios apresentam razões que direcionam os argumentos em determinado sentido, precisando, assim, de uma decisão particular.⁵⁵⁸

Desta primeira diferença extrai-se outra: a de que os princípios possuem uma dimensão de peso, que exige que o intérprete, no confronto entre princípios, leve em consideração o relativo peso de cada um no caso concreto, tendo como consequência a impossibilidade de dimensionar o peso de cada princípio de forma precisa.⁵⁵⁹

Levando em consideração que, na regulamentação de um comportamento, as regras apresentam maior relevo, elas não têm a dimensão de peso que os princípios possuem. Assim, no conflito entre duas regras, apenas uma deve ser

⁵⁵⁷ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 39

⁵⁵⁸ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 41

⁵⁵⁹ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 42

reconhecida como válida.⁵⁶⁰

Outras duas observações de Dworkin sobre as regras: a) em algumas situações, a diferença entre regras e princípios é uma questão meramente formal, vez que as duas espécies normativas desempenham funções parecidas; é o que acontece quando, em seu texto, a regra apresenta palavras como ‘razoável’, ‘negligente’, ‘injusto’, ‘significativo’, etc.,⁵⁶¹ que fazem com que a aplicação da regra dependa de complementação por princípios; b) com o reconhecimento da distinção entre regras e princípios, percebe-se que a argumentação referida a princípios se apresenta mais forte nos casos difíceis.

Levando em consideração que as regras refletem os princípios, Dworkin nega a possibilidade de conflito entre ambas espécies normativas. Explica o autor que quando o intérprete deixa de aplicar uma regra e, para isso, se refere a um conjunto de princípios, o que se faz é afirmar que, naquela situação, foi atribuído maior peso ao conjunto de princípios utilizados do que aos que fundamentavam a regra não aplicada.⁵⁶²

Alexy também destaca as diferenças entre regras e princípios. Além de utilizar o critério generalidade/especificidade, afirma que a diferença é de natureza lógica e qualitativa: os princípios devem ser entendidos como “mandados de otimização”.⁵⁶³

Nas palavras do autor:

⁵⁶⁰ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 43

⁵⁶¹ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 45

⁵⁶² DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 46

⁵⁶³ ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 2003. p. 86

O ponto decisivo para a distinção entre regras e princípios é que os princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível, dentro das possibilidades jurídicas e reais existentes. Portanto, os princípios são **mandados de otimização**, que estão caracterizados pelo fato de que podem ser cumpridos em diferente grau e que a medida devida de seu cumprimento não apenas depende das possibilidades reais mas também das jurídicas. O âmbito das possibilidades jurídicas é determinado pelos princípios e regras opostos.⁵⁶⁴

De acordo com o autor, a distinção entre regras e princípios se destaca quando se tem como objeto de estudo o conflito entre regras ou a colisão entre princípios. No caso de conflito entre regras, não conhecida a existência de uma cláusula de exceção que elimine o conflito, deve-se reconhecer que uma das regras em conflito é inválida. Caso se verifique colisão de princípios, se um proíbe e outro permite, um deve ceder, e isso não significa o reconhecimento de que o princípio não aplicado no caso concreto seja inválido.⁵⁶⁵

A colisão entre princípios deve ser resolvida pela dimensão do peso de cada princípio em confronto, o que determina uma solução pela ponderação dos interesses opostos⁵⁶⁶, para a melhor solução do caso.

Afirma Alexy:

A solução da colisão consiste em que, tendo em conta as circunstâncias do caso, se estabelece entre os princípios uma

⁵⁶⁴ ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 2003. p. 86 Tradução livre de “El punto decisivo para la distinción entre reglas y principios es que los principios son normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes. Por lo tanto, los principios son **mandatos de optimización**, que están caracterizados por el hecho de que pueden ser cumplidos en diferente grado y que la medida debida de su cumplimiento no sólo depende de las posibilidades reales sino también de las jurídicas. El ámbito de las posibilidades jurídicas es determinado por los principios y reglas opuestos.”

⁵⁶⁵ ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 2003. p. 88/89

⁵⁶⁶ ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 2003. p. 92 Tradução livre de “La solución de la colisión consiste más bien en que, teniendo en cuenta las circunstancias del caso, se establece entre los principios una **relación de precedencia condicionada**. La determinación de la relación de precedencia condicionada consiste en que, tomando en cuenta el caso, se indican las **condiciones** bajo las cuales un principio precede al otro. Bajo otras condiciones, la cuestión de la precedencia puede ser solucionada inversamente.”

relação de precedência condicionada. A determinação da relação de precedência condicionada consiste em que, tomando em conta o caso, se indicam as **condições** sob as quais um princípio precede ao outro. Sob outras condições, a questão da precedência pode ser solucionada inversamente.⁵⁶⁷

Assim, princípios não podem ser confundidos com: a) valores, b) estabelecimento de fins, c) axiomas, d) postulados normativos, e e) critérios.

Um, não se confundem com *valores*, porque não determinam o que *deve ser*, mas sim o que *é melhor*. “no caso de uma colisão entre valores, a solução não determina o que é devido, apenas indica o que é **melhor**. Em vez do caráter **deontológico** dos princípios, os valores possuem tão-só o **axiológico**.”⁵⁶⁸

Dois, os princípios não se confundem com o simples *estabelecimento de fins* porque estes indicam um estado de coisas a ser alcançado, sem que seja estabelecido um dever ser em relação ao alcance do fim. Se o estabelecimento de determinado fim estiver determinado por um *dever ser*, ele deve ser considerado um princípio.⁵⁶⁹

Três, não se confundem com *axiomas*. Estes consistem em uma proposição por todos aceita, cuja veracidade não é possível nem necessário provar. Assim, a aplicação dos axiomas apenas ocorre por meio da lógica, sem a intervenção de dados da realidade⁵⁷⁰. “A veracidade dos axiomas é

⁵⁶⁷ ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 2003. p. 90

⁵⁶⁸ ÁVILA, Humberto Bergmann. *A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade*. In Revista Diálogo Jurídico. Ano 1, vol. 1, n. 4, julho de 2001. p. 18

⁵⁶⁹ ÁVILA, Humberto Bergmann. *A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade*. In Revista Diálogo Jurídico. Ano 1, vol. 1, n. 4, julho de 2001. p. 18

⁵⁷⁰ Por mais que os princípios também não apresentem, necessariamente, correspondência ontológica, a distinção entre princípios e axiomas reside na sua forma de aplicação: enquanto os axiomas fazem parte da lógica, os princípios apresentam aplicação prática.

demonstrada pela sua própria e mera afirmação, como se o fossem autoevidentes.” Ao contrário dos princípios, que se encontram no mundo jurídico do dever ser, cuja aplicação é sempre prática, os axiomas fazem parte da lógica.⁵⁷¹

Quatro, não se confundem com *postulados normativos*, que são “condições de possibilidade do conhecimento do fenômeno jurídico”. Não apresentam “argumentos substanciais para fundamentar uma decisão, mas apenas explicam *como* (mediante a implementação de quais condições) pode ser obtido o conhecimento do Direito”.⁵⁷² Logo, não se confundem com princípios por não possuírem caráter deontológico.

Cinco, não se confundem com *critérios*. Os critérios servem para responder à pergunta *como* (ou *por quê?*) se deve escolher entre dois elementos⁵⁷³, no caso do direito, entre duas normas. Assim, um critério é uma metarregra dirigida à aplicação de outras normas, e não um princípio.

A partir da distinção entre princípios e as cinco categorias acima mencionadas, proposta por Humberto Ávila, conclui-se que proporcionalidade não pode ser entendida como princípio. Nas palavras do autor, não é princípio porque:

sua descrição abstrata não permite uma concretização em princípio gradual, pois a sua estrutura trifásica consiste na única possibilidade de sua aplicação; a aplicação dessa estrutura independe das possibilidades fáticas e normativas, já que o seu conteúdo normativo é neutro relativamente ao contexto fático; sua abstrata explicação exclui, em princípio, a sua aptidão e

⁵⁷¹ ÁVILA, Humberto Bergmann. *A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade*. In Revista Diálogo Jurídico. Ano 1, vol. 1, n. 4, julho de 2001. p. 18

⁵⁷² ÁVILA, Humberto Bergmann. *A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade*. In Revista Diálogo Jurídico. Ano 1, vol. 1, n. 4, julho de 2001. p. 19

⁵⁷³ ÁVILA, Humberto Bergmann. *A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade*. In Revista Diálogo Jurídico. Ano 1, vol. 1, n. 4, julho de 2001. p. 19/20

necessidade de ponderação, pois o seu conteúdo não irá ser modificado no entrechoque com outros princípios.⁵⁷⁴

Além disso, ainda a partir das distinções feitas por Ávila, não deve ser entendida como um postulado normativo⁵⁷⁵, pois não se trata de “condições de possibilidade do conhecimento do fenômeno jurídico”⁵⁷⁶, mas sim de um *critério de aplicação do direito* destinado a responder à pergunta *como* (ou *por quê*), no caso de conflito entre direitos fundamentais, deve-se optar pela tutela de um ou outro na solução do caso concreto.

A sumária apresentação de notas distintivas entre regras e princípios, para efeito do presente trabalho, destina-se, primordialmente, à demonstração da equivocada referência ao chamado *princípio* de proporcionalidade. A partir das definições de princípios acima apresentadas, resta claro que a proporcionalidade não pode ser entendida como princípio jurídico, tampouco como valor e outras categorias, mas sim como critério aplicativo do direito.

No entanto, como será objeto de reflexão no presente capítulo, e como a maioria da doutrina, seja do direito constitucional seja do direito penal, utiliza a expressão *princípio da proporcionalidade*, para que se mantenha fidelidade aos autores que fazem uso dessa expressão, quando forem feitas referências ao critério da proporcionalidade, far-se-á uso da expressão *princípio*, justamente para que seja refletida a terminologia utilizada por cada autor quando trata do tema.

⁵⁷⁴ ÁVILA, Humberto Bergmann. *A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade*. In Revista Diálogo Jurídico. Ano 1, vol. 1, n. 4, julho de 2001.

⁵⁷⁵ Nesse ponto, discorda-se do autor que serviu de base para se fazer referidas distinções, que afirma ser o dever de proporcionalidade um postulado normativo aplicativo. ÁVILA, Humberto Bergmann. *A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade*. In Revista Diálogo Jurídico. Ano 1, vol. 1, n. 4, julho de 2001. p. 23

⁵⁷⁶ ÁVILA, Humberto Bergmann. *A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade*. In Revista Diálogo Jurídico. Ano 1, vol. 1, n. 4, julho de 2001. p. 19

3.3 A função do judiciário no Estado Constitucional e suas possibilidades de atuação em matéria penal

Se o direito de nosso tempo for analisado, certamente as características do Estado de direito legislativo não serão encontradas. A transformação do Estado de direito em Estado constitucional afeta o status da lei. A lei passa a ser submetida a uma relação de adequação e subordinação a um estrato mais alto de direito, o estabelecido pela Constituição.⁵⁷⁷

A transição do Estado de Direito (legal) ao Estado constitucional⁵⁷⁸ representa muito mais do que uma continuação: verificou-se uma transformação, afetando, necessariamente, a ideia sobre o que é o Direito. Com essa nova forma de pensar há uma incessante busca de equilíbrio entre lei e direitos, entre legislativo e judiciário.⁵⁷⁹

Segundo Donini, nos últimos lustros, o poder judiciário conheceu aquilo que foi definido como uma expansão global. Trata-se de um fenômeno que expressa “uma crise da legalidade como modelo ‘forte’ de solução preconstituída dos conflitos”.⁵⁸⁰

⁵⁷⁷ ZAGREBELSKI, Gustavo. *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*. Madrid: Editorial Trotta, 2011. p. 33/34

⁵⁷⁸ Como categorias operacionais, referidos conceitos devem receber um contorno mais preciso. Como Estado de Direito (legal) deve ser entendido o modelo de Estado em que a principal fonte do direito é a lei em sentido estrito, aquela elaborada pelo legislativo, sendo que ao magistrado cabe funcionar como “boca da lei”. Já o Estado Constitucional apresenta como centro de gravidade do ordenamento jurídico os direitos fundamentais, que, no caso de colisão, devem ser concretizados por meio da interpretação judicial. O juiz deixa de funcionar como “boca da lei” e passa a ser protagonista na realização dos direitos fundamentais.

⁵⁷⁹ ZAGREBELSKI, Gustavo. *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*. Madrid: Editorial Trotta, 2011. p. 34

⁵⁸⁰ DONINI, Massimo. *El derecho penal frente a los desafíos de la modernidad*. Lima: Ara Editores, 2010. p. 391

Referido fenômeno apresenta três fatores desencadeantes: a) por um lado, a perda de soberania dos Estados e da própria *lei*, no contexto da globalização, e, por outro, a privatização das decisões políticas; b) o desenvolvimento do direito dos princípios constitucionais e dos atos supranacionais, que se sobrepõem ao governo das leis dos parlamentos nacionais, e; c) a consciência coletiva da importância cada vez maior do direito aplicado (*law in the action*) em relação ao direito escrito.⁵⁸¹

No que se refere ao primeiro fator, a perda de soberania dos Estados, percebe-se que o conteúdo das leis, atualmente, está mais condicionado por decisões externas aos parlamentos nacionais. A legislação penal pode ter diversas fontes: a) pode ter fonte transnacional (como o direito comunitário europeu e, especialmente para o caso brasileiro, tratados internacionais), ou acordos internacionais, com decisões político-econômicas externas, que produzem fortes consequências na legislação dos Estados nacionais, ou, b) fonte que decorre de decisões de grupos de pressão, *lobbies*, empresas que negociam fora do Parlamento a legislação penal que os proteja⁵⁸², ou, ainda, c) fontes jurídicas subordinadas à lei, mas de fundamental importância para lhes dar conteúdo (frequentes remissões normativas em matéria penal, seja nos casos de leis penais em branco, seja em remissões a autorizações da administração pública).⁵⁸³ Daí a observação de Donini: “se se quer conhecer a licitude de uma conduta, com a exceção de poucos delitos naturais em que

⁵⁸¹ DONINI, Massimo. *El derecho penal frente a los desafíos de la modernidad*. Lima: Ara Editores, 2010. p. 392

⁵⁸² Sobre esse tema, um estudo aprofundado em SGUBBI, Filippo. *El delito como riesgo social. Investigación sobre las opciones en la asignación de la ilegalidad penal*. Buenos Aires: Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, s/f. p. 79 e ss

⁵⁸³ DONINI, Massimo. *El derecho penal frente a los desafíos de la modernidad*. Lima: Ara Editores, 2010. p. 392

resulta claro para todos que se trata de atos delitivos, é mais prudente consultar primeiro o ordenamento jurídico extrapenal: quem parte do ordenamento jurídico penal corre o risco de desviar-se”.⁵⁸⁴

Quanto a essas últimas fontes, vale a constatação de Sgubbi, no sentido de que a criminalização de alguém pode ser entendida como um risco social:

O delito é um risco porque, em vários setores da vida econômica e social, a responsabilidade penal não se apresenta como uma reprovação a um sujeito pela eleição de seu comportamento (...). A responsabilidade penal surge, por outro lado, sobre a base do simples fato do desenvolvimento de uma atividade lícita, ‘neutra’, do agente: tal atividade gera, por si, objetivamente, uma responsabilidade penal do sujeito pela inobservância, pela mera transgressão – ainda que seja casual, acidental – das prescrições normativas ditadas pela disciplina administrativa da mesma atividade, em vista de um bem-fim a perseguir.⁵⁸⁵

Daí a constatação de que não mais se verifica um sistema jurídico piramidal, mas sim um sistema jurídico *em rede*, porque as fontes não interagem de forma hierárquica, em rígidas relações de subordinação, mas sim em relação de coordenação entre as diversas fontes normativas.⁵⁸⁶

Essa complexidade das fontes aumenta o papel do judiciário.

Outra causa da intensificação do poder da magistratura decorre da força normativa dos princípios. Por mais que o Parlamento pretenda dar ao texto de lei este ou aquele conteúdo, a aplicação da lei estará limitada por princípios

⁵⁸⁴ DONINI, Massimo. *El derecho penal frente a los desafíos de la modernidad*. Lima: Ara Editores, 2010. p. 392

⁵⁸⁵ SGUBBI, Filippo. *El delito como riesgo social. Investigación sobre las opciones en la asignación de la ilegalidad penal*. Buenos Aires: Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, s/f. p. 97 Tradução livre de “El delito es un riesgo porque, en vastos sectores de la vida económica y social, la responsabilidad penal no se presenta como un reproche a un sujeto por su elección de comportamiento (...). La responsabilidad penal surge, en cambio, sobre la base del simple hecho del desarrollo de una actividad lícita, ‘neutra’, del agente: tal actividad genera de por sí, objetivamente, una responsabilidad penal del sujeto pela inobservância, por la mera transgresión – aunque sea casual, accidental – de las prescripciones normativas dictadas por la disciplina administrativa de la misma actividad, em vista de um bien-fin a perseguir.”

⁵⁸⁶ DONINI, Massimo. *El derecho penal frente a los desafíos de la modernidad*. Lima: Ara Editores, 2010. p. 392

superiores que colocam insuperáveis limites à vontade das maiorias parlamentares. Segundo Donini, a aplicação judicial dos princípios é capaz de esvaziar ou modificar profundamente o conteúdo do texto de lei.⁵⁸⁷

O judiciário, além de verificar a legitimidade de uma lei por meio do controle de constitucionalidade, estabelece uma relação entre as decisões políticas do Parlamento e cada um dos cidadãos. Ao compensar o déficit democrático das decisões parlamentares, o judiciário oferece à sociedade o necessário referencial simbólico cada vez menos presente no Parlamento. Afirma Donini que a magistratura “se torna intérprete dos direitos de todos, e às vezes das minorias, especialmente contra as razões particulares ou prevaricadoras da política oficial, e o faz ‘desde baixo’, isto é, partindo dos casos, da pretensão dos interessados”.⁵⁸⁸

O terceiro fator se refere à importância cada vez maior do direito aplicado (*law in the action*) em relação ao direito escrito, o da consciência do maior peso da interpretação em relação à lei. Esta característica do direito contemporâneo não estava presente no projeto codificador da segunda metade do século 19 e da primeira metade do século 20, o que provocou certa crise na concepção do direito como “sistema fechado” e no modelo de interpretação por meio de silogismo.

Nesse contexto, conhecer o direito deixa de ser conhecer a lei publicada no diário oficial. O direito é constituído pelo texto legal mais a interpretação e aplicação ao caso concreto.⁵⁸⁹

⁵⁸⁷ DONINI, Massimo. *El derecho penal frente a los desafíos de la modernidad*. Lima: Ara Editores, 2010. p. 393

⁵⁸⁸ DONINI, Massimo. *El derecho penal frente a los desafíos de la modernidad*. Lima: Ara Editores, 2010. p. 394

⁵⁸⁹ DONINI, Massimo. *El derecho penal frente a los desafíos de la modernidad*. Lima: Ara

A intensificação do poder do judiciário produziu uma politização da magistratura, o que compromete a democracia procedimental e a divisão dos poderes.

Apesar disso, na teoria penal, especialmente segundo o pensamento daqueles que defendem o direito penal mínimo, ou o garantismo penal, há forte resistência em se admitir uma atividade do juiz que não seja limitada à função de “boca da lei”. Uma atuação judicial orientada politicamente somente pode ser realizada para reduzir o âmbito de punibilidade. Isso se deve ao fato de que há sério (e fundado) temor de que a abertura de um espaço político na interpretação do direito penal produza uma extensão da punibilidade, com violação do princípio da legalidade.

Na realidade brasileira, e atrevo-me a sugerir que também em diversos outros lugares, o magistrado atua orientado por metarregras: preconceitos, idiosincrasias ou experiências pessoais, que o colocam, na maior parte das vezes, no lugar da vítima, ou da sociedade, “que se encontra à mercê da criminalidade”. Parte considerável dos magistrados incorpora a bandeira política do movimento lei e ordem, e na interpretação/aplicação do direito penal, principalmente em matéria processual, utilizam o espaço político aberto à atuação judicial para ampliar os espaços de punibilidade, principalmente fazendo uso do recurso ao chamado princípio de proporcionalidade para justificar suas decisões.

Por isso, ainda que na experiência forense não se verifique, o único espaço destinado a uma interpretação política do direito penal está marcado pelos direitos do imputado frente ao poder punitivo estatal. Ao judiciário apenas

cabe interpretar restritivamente as normas proibitivas, ou extensivamente as justificações, exculpações, causas extintivas de punibilidade ou condições objetivas de punibilidade.

É no contexto do reconhecimento da possibilidade de atuação política da magistratura, orientada à limitação do direito penal, que se propõe a utilização do critério proibição de excesso como instrumento de avaliação de constitucionalidade das leis penais.

3.4 A capacidade de rendimento da categoria *proibição de excesso* como instrumento de limitação material do direito penal

Antes de tratar, especificamente, da capacidade de rendimento da categoria proibição de excesso, fundamental é demonstrar a concepção aqui assumida a respeito de como deve ser entendida a função de um direito penal constitucional.

Comum é a ideia de que o texto constitucional decorre de um processo democrático, e que sua finalidade seria preservar a democracia. Levando em consideração a realidade brasileira, é possível refutar referido pensamento.

Sem desconsiderar a mobilização popular durante a elaboração da Constituição de 1988, não se pode ignorar que os membros da Assembléia Nacional Constituinte que elaboraram referida Constituição, os chamados senadores “biônicos”, não foram eleitos diretamente pelo voto popular. Mais que isso, foram indicados pela cúpula da ditadura militar.⁵⁹⁰

Ademais, as Constituições escritas e rígidas, como a brasileira, apresentam como objetivo limitar a vontade da maioria. Como o poder

⁵⁹⁰ BARROSO, Luís Roberto. O direito constitucional e a efetividade de suas normas. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 41

constituente desconfia do poder e da vontade da maioria, o principal objetivo das normas constitucionais é evitar que sejam impostas determinadas decisões tomadas pela maioria dos representantes da população.⁵⁹¹

Afirma Dimoulis que:

No cerne do projeto constitucional encontra-se uma *tríplice aliança*. Indivíduos (ou grupos) que se consideram prejudicados pelo legislador majoritário, invocam a Constituição que garante seus direitos e recorrerem ao Poder Judiciário, chamado a afastar normas e decisões inconstitucionais. A aliança entre a Constituição, os indivíduos e o Poder Judiciário tem uma consequência surpreendente. Um texto normativo, mobilizado por pessoas desamparadas e aplicado por juízes sem legitimidade democrática, consegue se impor contra a vontade do legislador democraticamente eleito.⁵⁹²

É desde essas premissas que se deve refutar a ideia de um direito penal constitucional como um conjunto de normas dirigido à promoção de direitos fundamentais.⁵⁹³ Isso porque, primeiro, os direitos fundamentais apresentam diversos titulares, com pretensões, em muitos casos, colidentes. A ideia de que a Constituição tutela os direitos fundamentais como um todo, de maneira complementar, parte de uma premissa equivocada, determinada por concepções consensuais sobre as fontes materiais do direito. Para proteger o

⁵⁹¹ DIMOULIS, Dimitri. Direito penal constitucional. Finalidade, fundamentos, dimensões. In BOZZA, Fábio; ZÍLIO, Jacson. *Estudos críticos sobre o sistema penal. Homenagem ao Professor Doutor Juarez Cirino dos Santos por seu 70º aniversário*. Curitiba: LedZe Editora, 2012. p.812

⁵⁹² DIMOULIS, Dimitri. Direito penal constitucional. Finalidade, fundamentos, dimensões. In BOZZA, Fábio; ZÍLIO, Jacson. *Estudos críticos sobre o sistema penal. Homenagem ao Professor Doutor Juarez Cirino dos Santos por seu 70º aniversário*. Curitiba: LedZe Editora, 2012. p.812

⁵⁹³ Apresentando a ideia de que o direito penal constitucional deve ser entendido como promotor de direitos fundamentais dos mais fracos, das vítimas, no sentido de que o direito penal é, valorativamente, um sistema repressivo melhor que os outros, na literatura brasileira, entre outros, BIANCHINI, Alice. *Pressupostos materiais mínimos da tutela penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002; GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. *O princípio da proporcionalidade no direito penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003; LOPES, Maurício Antonio Ribeiro. *Teoria constitucional do direito penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000; MORAES, Maurício Zanoide de. *Presunção de inocência no processo penal brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010; PRADO, Luiz Regis. *Bem jurídico-penal e Constituição*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

direito fundamental de um, outro será preterido. Segundo, os direitos fundamentais também podem ser tutelados por normas infraconstitucionais. Tendo em vista que quem legisla em matéria infraconstitucional também legisla em matéria constitucional (o Congresso Nacional), não há razão para pressupor melhor qualidade nas normas constitucionais. Esses argumentos eliminam a defesa da Constituição como protetora de direitos fundamentais, como um todo.⁵⁹⁴

O reconhecimento da Constituição como limite ao poder estatal supera a tradicional visão de que a política criminal depende única e exclusivamente da vontade do legislador, sendo vinculante às autoridades públicas e aos cidadãos. Desde esse ponto de vista, o direito penal constitucional possui um viés garantista, pois limita a liberdade do legislador em configurar sua política criminal.

Determinado o ponto de partida, passa-se à análise do potencial da categoria proporcionalidade como instrumento de limitação do direito penal. Aqui, outra observação se faz importante. A proporcionalidade, em matéria penal, apenas será analisada sob a sua dimensão de proibição de excesso. Exclui-se de antemão a pretensão de se aplicar a dimensão de proibição de insuficiência, em crescente prestígio na literatura brasileira⁵⁹⁵, por dois simples

⁵⁹⁴ Nesse sentido, DIMOULIS, Dimitri. Direito penal constitucional. Finalidade, fundamentos, dimensões. In BOZZA, Fábio; ZÍLIO, Jacson. *Estudos críticos sobre o sistema penal. Homenagem ao Professor Doutor Juarez Cirino dos Santos por seu 70º aniversário*. Curitiba: LedZe Editora, 2012. p. 816

⁵⁹⁵ FELDENS, Luciano. *Direitos fundamentais e direito penal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. SARLET, Ingo Wolfgang. *Constituição e proporcionalidade: o Direito Penal e os direitos fundamentais entre a proibição de excesso e de insuficiência*. Revista Brasileira de Ciências Criminais. v. 47, mar/abr, 2004; SARLET, Ingo Wolfgang. *Direitos fundamentais e proporcionalidade: notas a respeito dos limites e possibilidades da aplicação das categorias da proibição de excesso e de insuficiência em matéria criminal*. In GAUER, Ruth (Org). *Criminologia e sistema jurídico-penais contemporâneos*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2008; SARLET, Ingo Wolfgang. *Constituição e Proporcionalidade: o direito penal e os direitos*

motivos. Primeiro, se, em um Estado Constitucional, as medidas limitadoras de direitos fundamentais apenas são legítimas se servirem à tutela de outro direito fundamental, de plano, as funções de retribuição e prevenção geral positiva não podem funcionar como justificações para a intervenção penal. A pena criminal somente poderia ser entendida, em tese, como instrumento de inibição de condutas e, conseqüentemente, de proteção de direitos fundamentais, se for entendida como meio de ressocialização (prevenção especial positiva)⁵⁹⁶, neutralização (prevenção especial negativa) ou intimidação (prevenção geral negativa). No entanto, sérios estudos criminológicos, como o de Albrecht⁵⁹⁷, dentre outros, demonstram empiricamente a inidoneidade da pena criminal como instrumento de prevenção de delitos. Dessa forma, pleitear a inconstitucionalidade de uma norma descriminalizadora (ou de uma norma que, de qualquer forma, amplie os direitos do imputado) com fundamento na proibição de insuficiência, seria fundamentar um pensamento em algo que não se comprova empiricamente, que é a capacidade de o direito penal funcionar como instrumento de proteção de direitos fundamentais.

Mais que isso, a utilização da categoria proibição de insuficiência (ou proibição de proteção deficiente) como instrumento de interpretação do

fundamentais entre proibição de excesso e de insuficiência. Disponível na Internet: <http://www.mundojuridico.adv.br>. Acesso em 27 de dezembro de 2010; STRECK, Lenio Luiz. *Bem jurídico e Constituição: da Proibição do Excesso (Übermassverbot) à Proibição de Proteção Deficiente (Untermassverbot)*. In <http://leniostreck.com.br>

⁵⁹⁶ E somente será legítima a função de ressocialização se houver, por parte do condenado, concordância em relação à atividade estatal destinada à sua ortopedia moral.

⁵⁹⁷ Conclui Albrecht: “A aplicação do Direito Penal orientada pela prevenção é, portanto, uma **técnica de decisão** pragmaticamente dirigida. Neste caso, a vinculação da lei e os supostos efeitos das conseqüências jurídicas são, em princípio, aceitas (“dogmática”). A aplicação do Direito Penal não pode se apoiar em uma confirmação pelas Ciências sociais empíricas. Depende, antes, de dogmas de validade incondicional. ALBRECHT, Peter-Alexis. *Criminologia. Uma fundamentação para o direito penal*. Tradução de Juarez Cirino dos Santos e Helena Schiessl Cardoso. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 76 e ss

ordenamento jurídico-penal levaria a uma relativa ineficácia de sua utilização. Se o objetivo de sua aplicação é punir o sujeito ativo de uma conduta que, de acordo com a norma revogada pela descriminalização, era considerada um injusto penal, o reconhecimento doutrinário e jurisprudencial de erro de proibição é aplicável aos casos em que o sujeito ativo pratica o injusto penal acreditando ser a conduta atípica em decorrência de lei descriminalizadora que, posteriormente, tem reconhecida sua inconstitucionalidade com fundamento na proibição de insuficiência. Parece não existir melhor exemplo de erro de proibição inevitável, excludente de culpabilidade, nos termos do art. 21, do Código Penal.

O chamado princípio de proporcionalidade foi elaborado, inicialmente, por decisões do Tribunal Constitucional Federal alemão. Sua fundamentação constitucional foi reconhecida por referido Tribunal e, em relação a ele, verifica-se generalizado prestígio na doutrina.⁵⁹⁸ Entende-se que referido reconhecimento junto à comunidade jurídica decorre das extensas fundamentações dogmáticas realizadas pelo Tribunal Constitucional.⁵⁹⁹

Na doutrina, o fundamento do princípio da proporcionalidade é compreendido de diversas maneiras. Alexy afirma que decorre da própria estrutura dos direitos fundamentais. Schlink entende que o princípio é expressão do Estado de Direito, e Hochhuth, que se trata de um postulado jurídico com fundamento jurídico no direito suprapositivo.⁶⁰⁰ Ulfrid Neumann

⁵⁹⁸ NEUMANN, Ulfrid. El principio de proporcionalidade como principio limitador de la pena. In HIRCH, Andrew von; SEELMANN, Kurt; WOHLERS, Wolfgang. *Límites al derecho penal. Principios operativos en la fundamentación del castigo*. Barcelona: Atelier, 2012. p. 202

⁵⁹⁹ DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Teoria geral dos direitos fundamentais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 179

⁶⁰⁰ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo. *Gonet. Curso de direito constitucional*. 2. ed., São Paulo: Saraiva, 2008. p. 322/323

afirma que, “na medida em que o princípio da proporcionalidade é derivado do princípio do Estado de Direito, como preponderantemente se defende na Alemanha, está por detrás disso sua compreensão como *fundamento da configuração justa da ação estatal*”.⁶⁰¹ No Brasil, Gilmar Mendes afirma que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal entende a proporcionalidade como princípio geral do direito, com fundamento material na disposição constitucional sobre o devido processo legal (art. 5º, LIV, CF).⁶⁰²

Lerche entende a proporcionalidade como princípio constitucional. O objetivo de referido princípio é o de proteger a liberdade individual por meio da proibição do excesso da medida interventiva do Estado. Este pensamento orientou referido autor na criação da figura dogmática conhecida como proibição de excesso (*Übermassverbot*).⁶⁰³

Segundo Dimoulis, o desenvolvimento dogmático de Lerche foi utilizado de maneira equivocada pelo Tribunal Constitucional Federal e pela doutrina. Tal fenômeno decorre da errada compreensão dos direitos fundamentais pelas correntes axiológicas, que entendem que o texto constitucional, no que se refere aos direitos fundamentais, oferece “um sistema de valores que deveriam ser respeitados e que permitiriam hierarquizar e quantificar os direitos fundamentais de acordo com o seu valor abstrato ou revelado no caso concreto.”⁶⁰⁴

⁶⁰¹ NEUMANN, Ulfrid. O princípio da proporcionalidade como princípio limitador da pena. In *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. n. 71, março-abril, 2008. p. 211

⁶⁰² MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo. Gonet. *Curso de direito constitucional*. 2. ed., São Paulo: Saraiva, 2008. p. 323

⁶⁰³ DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Teoria geral dos direitos fundamentais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 181

⁶⁰⁴ DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Teoria geral dos direitos fundamentais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 182

No presente trabalho, o critério da proporcionalidade vai ser entendido como um critério jurídico destinado à verificação da constitucionalidade de leis infraconstitucionais que tenham como objeto a limitação de direitos fundamentais. Não será confundido com uma regra de “ponderação”, “moderação”, “bom senso” ou “equilíbrio”.

Por meio da criminalização primária o legislador penal proíbe determinados comportamentos. Em alguns casos, como na proibição dos crimes contra a honra, a lei limita o exercício de um direito fundamental, no caso, a liberdade de expressão. Em outros casos a conduta incriminada não constitui o exercício de qualquer direito fundamental. Como afirma Dimoulis: “nem mesmo a mais ampla compreensão da área de proteção dos direitos fundamentais permite afirmar que crimes de violência sexual constituem expressão de liberdade individual”.⁶⁰⁵

Numa ou noutra situação, a pena criminal afeta algum direito fundamental do imputado (a liberdade de locomoção, por meio das penas privativas de liberdade, o patrimônio, por meio da pena de multa, e outros direitos, por meio das penas restritivas de direitos)⁶⁰⁶. A questão que se coloca é a seguinte: pode o legislador incriminar qualquer comportamento? A legitimidade democrática do Parlamento permite qualquer intromissão nas liberdades individuais? Ou há limites para o legislador penal?

⁶⁰⁵ DIMOULIS, Dimitri. Direito penal constitucional. Finalidade, fundamentos, dimensões. In BOZZA, Fábio; ZÍLIO, Jacson. *Estudos críticos sobre o sistema penal. Homenagem ao Professor Doutor Juarez Cirino dos Santos por seu 70º aniversário*. Curitiba: LedZe Editora, 2012. p. 823

⁶⁰⁶ Ainda que se trate de penas restritivas de direitos como proibição de contratar com o poder público, perda de cargo ou suspensão de habilitação ou licença, deve-se reconhecer a limitação de direitos fundamentais, mesmo que indiretamente. Em todos os casos a imposição de qualquer pena criminal atinge a honra do indivíduo (direito fundamental).

A questão acima colocada deve ser respondida da seguinte forma: por mais que o legislador possua legitimidade democrática (ao menos, formal), ele não pode incriminar qualquer comportamento. A criminalização de uma conduta (ou a previsão de pena para a prática de um comportamento que não configure exercício de direito fundamental) consiste na limitação ao exercício de direito fundamental do imputado. Dessa forma, o limite do legislador encontra-se justamente na necessidade de justificar a incriminação, indicando a adequação e necessidade da medida de limitação da liberdade individual, ou seja, no Estado Constitucional, não basta a legalidade da medida, é necessário que a lei atenda ao critério da proporcionalidade.

Na teoria constitucional afirma-se que a realização do exame de proporcionalidade é um processo que apresenta, sucessivamente, natureza classificatória (adequação), eliminatória (necessidade) e axiológica (proporcionalidade em sentido estrito). Assim, sequencialmente, podem ser descartadas, por primeiro, as medidas que não sejam adequadas (idôneas) a atingir o propósito que se persegue com a lei, em seguida, as medidas que, embora adequadas, não se apresentem como necessárias, ou seja, reste comprovado que, para a proteção do direito fundamental que se quer tutelar, existe forma menos lesiva ao direito fundamental do cidadão do que a aplicação da lei, e, por fim, as normas que violem a exigência de proporcionalidade em sentido estrito.⁶⁰⁷

De acordo com a teoria dos direitos fundamentais, a aplicação do critério da proporcionalidade tem por objetivo fiscalizar, racionalmente, o poder do Estado em limitar direitos. No entanto, e aqui me afasto das posturas

⁶⁰⁷ DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Teoria geral dos direitos fundamentais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 183

moralistas do direito (Alexy, Dworkin, dentre outros), a avaliação de constitucionalidade de uma medida (norma jurídica ou ato da administração pública), por meio do critério da proporcionalidade, não tem como pressuposto a existência de uma hierarquia valorativa entre os direitos constitucionalmente protegidos.⁶⁰⁸

O exame de proporcionalidade deve seguir quatro passos. Num primeiro momento, avalia-se se o objetivo da lei que limita determinado direito fundamental é lícito, ou seja, se não está vedado por norma constitucional ou infraconstitucional. Em seguida, deve-se analisar se o meio proposto pela lei, para atingir seu propósito, também é lícito.

Depois desses dois primeiros passos, deve-se analisar a proporcionalidade da medida, observando-se a relação meio-fim. A proporcionalidade proíbe impor aos particulares o ônus que, levando em consideração a finalidade perseguida em termos instrumentais, não seja adequado nem necessário.⁶⁰⁹

A relação meio-fim acima mencionada deve ser analisada, num primeiro momento, pela adequação da medida. Adequado é o meio que possibilite o alcance do fim perseguido, o meio capaz de atingir o propósito almejado pela lei. Referindo-se ao subcritério adequação, afirma Canotilho que “a exigência de conformidade pressupõe a investigação e a prova de que o acto do poder

⁶⁰⁸ Com essa forma de pensar, Dimoulis. DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Teoria geral dos direitos fundamentais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 197

⁶⁰⁹ NEUMANN, Ulfrid. El principio de proporcionalidad como principio limitador de la pena. In HIRCH, Andrew von; SEELMANN, Kurt; WOHLERS, Wolfgang. *Límites al derecho penal. Principios operativos en la fundamentación del castigo*. Barcelona: Atelier, 2012. p. 201

público é *apto* para e *conforme* os fins justificativos de sua adoção”.⁶¹⁰ Na última fase de aplicação do critério, avalia-se a necessidade da medida. Dentre os meios que são adequados a atingir o fim proposto pela lei, deve-se optar pelo que seja menos lesivo ao direito fundamental do atingido pela medida. Pontua Dimoulis: “os meios adequados serão comparados entre si com base nas diferentes intensidades de intervenção na liberdade (...), restando ao fim somente um meio, o menos intenso e, por essa razão, o único necessário.”⁶¹¹

Daqui em diante serão realizadas considerações pormenorizadas sobre estes quatro subcritérios.

Quanto à licitude da finalidade perseguida pela lei, importante destacar que “licitude” não se confunde com legitimidade. Não se trata de uma análise desde um ponto de vista valorativo, se a norma é virtuosa ou não, se é justa ou injusta. O termo licitude se refere apenas à inexistência de vedação constitucional em relação a determinado fim.

Daí a importância de se possibilitar ao intérprete o acesso aos objetivos a serem alcançados pela lei. Debates parlamentares, exposições de motivos, seminários acadêmicos que tiveram por objeto o assunto a ser tratado pela lei, todos esses instrumentos podem ser utilizados para que o judiciário possa fazer o controle de constitucionalidade das leis penais por meio do critério da proporcionalidade.

Ademais, não podem ser descartados estudos criminológicos que demonstrem que o objetivo declarado de determinada lei não coincide com a

⁶¹⁰ CANOTILHO, Joaquim José Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed., Coimbra: Almedina, 2003. p. 269-270 O sublinhado não consta no original.

⁶¹¹ DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Teoria geral dos direitos fundamentais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 198

sua real finalidade. Como destaca Cirino dos Santos, as fontes materiais do direito podem ser identificadas de acordo com as posturas ideológicas e políticas de abordagem do fenômeno jurídico. As teorias consensuais entendem como fontes materiais do direito as necessidades ou valores gerais da sociedade. Por outro lado, e com mais correspondência com a realidade, as teorias conflituais, que apontam como fontes materiais do direito os interesses e valores das classes detentoras do poder estatal.⁶¹²

Nessa linha de pensamento, fundamental destacar a constatação de Donini, no sentido de que a legislação penal também decorre de decisões de grupos de pressão, *lobbies*, empresas que negociam fora do Parlamento a legislação penal que os proteja. Nesses casos, em algumas vezes o real objetivo da lei penal é inconfessável.⁶¹³ Na mesma linha de pensamento, afirma Sgubbi que nas sociedades contemporâneas a legislação penal se converte em um recurso público e, como tal, torna-se objeto de troca no âmbito da política. Isso quer dizer que a repressão penal de condutas que envolvem o bem jurídico é colocada entre os *bens de autoridade*, ou seja, “aqueles bens que, segundo os procedimentos do modelo neocorporativo, são objeto de negociação entre as autoridades públicas, por uma parte, e os grupos sociais organizados, pela outra”⁶¹⁴. Além disso, que

Onde o recurso público é a lei (responsabilidade) penal, cada grupo trata de pegar a maior quota de imunidade penal: isto é, trata de constringer o legislador a fim de que as atividades que

⁶¹² CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *Direito Penal: parte geral*. 5. ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 66. No mesmo sentido, SABADELL, Ana Lúcia. *Manual de sociologia jurídica (introdução a uma leitura externa do Direito)*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 67/69

⁶¹³ Sobre esse tema, um estudo aprofundado em SGUBBI, Filippo. *El delito como riesgo social. Investigación sobre las opciones en la asignación de la ilegalidad penal*. Buenos Aires: Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, s/f. p. 79 e ss

⁶¹⁴ SGUBBI, Filippo. *El delito como riesgo social. Investigación sobre las opciones en la asignación de la ilegalidad penal*. Buenos Aires: Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, s/f. p. 77

são típicas de seu grupo não seja apenas [...]. Tratando ao mesmo tempo, eventualmente, de induzir o legislador a multiplicar as condições de licitude das atividades que são típicas de outros grupos, colocando sobre eles a maior quota de responsabilidade penal. [...] Cada grupo trabalha para conseguir que a maior quota de deveres e de responsabilidades seja colocada sobre os outros grupos: ou seja, para fazer que as atividades típicas dos outros grupos sejam organizadas de modo mais complicado, que sejam mais onerosas e mais custosas para quem as cumpre.⁶¹⁵

A perspicaz observação de Sgubbi, realizada como instrumento de análise do direito penal econômico contemporâneo, não se apresenta como novidade. Já a criminologia crítica da década dos 1970, em parte fundamentada nos estudos de Foucault, tomando como objeto de estudo o direito penal clássico, entendia o histórico sucesso do sistema penal por meio da *gestão diferencial da criminalidade*, com a imunização das classes hegemônicas e a repressão das camadas sociais subalternas.⁶¹⁶ Nesse sentido, a distância entre as finalidades das leis penais declaradas pelo legislador e as suas finalidades reais é abismal.

O que se quer defender no presente trabalho é que a definição da real finalidade do legislador é fundamental para o controle de constitucionalidade das leis penais.

No que se refere ao segundo passo para a aplicação do critério da proporcionalidade, a análise da licitude do meio empregado, valem as

⁶¹⁵ SGUBBI, Filippo. *El delito como riesgo social. Investigación sobre las opciones en la asignación de la ilegalidad penal*. Buenos Aires: Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, s/f. p. 79 Tradução livre de “donde el recurso público en juego es la ley (responsabilidad) penal, cada grupo trata de acaparar la mayor cuota de inmunidad penal: esto es, trata de constreñir al legislador a fin de que las actividades que son típicas del grupo mismo no sean penadas [...]. Tratando al mismo tiempo, eventualmente, de inducir al legislador a multiplicar las condiciones de licitude de las actividades que son típicas de otros grupos, cargando sobre estos la mayor cuota de responsabilidad penal [...]. Cada grupo trabaja para lograr que la mayor cuota de deberes y de responsabilidades sea cargada sobre los otros grupos: o sea para hacer que las actividades típicas de los otros grupos sean organizadas em um modo más complicado, que sean más onerosas y más costosas para quién las cumple.

⁶¹⁶ FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir*. Petrópolis: Vozes, 1977. p. 244/248

seguintes observações. Da mesma forma que a finalidade da lei penal não pode ser proscrita constitucionalmente, também o meio proposto para se alcançar o objetivo da lei deve ser lícito. Afirma Dimoulis: “Para perseguir um propósito lícito, o Estado não pode se valer de meios ilícitos”.⁶¹⁷

Agora, de fundamental importância é destacar que a análise de proporcionalidade se não refere apenas a leis, mas também a medidas tomadas pelo Executivo, ou seja, pelo fato de todos os órgãos estatais estarem vinculados aos direitos fundamentais, atos da administração pública também estão sujeitos ao controle de constitucionalidade. Isso quer dizer que a previsão de pena privativa de liberdade na legislação, por si, não é suficiente para que seja reconhecida, por esse subcritério, a inconstitucionalidade da privação de liberdade imposta pela lei. No entanto, os atos da administração pública na seara da execução penal devem ser analisados com cuidado e, se necessário, declarados sem efeito por inobservância à Constituição Federal.

O artigo 5º, inciso XLVII, “e”, da Constituição Federal dispõe sobre a proscricção de penas cruéis. Uma superficial análise sobre as reais condições dos reclusos nos cárceres brasileiros permite chegar à conclusão de que a execução da pena privativa de liberdade não restringe apenas o direito fundamental à liberdade do condenado. Direitos à saúde, alimentação, educação, dignidade, etc. são restritos pela execução penal na maior parte dos cárceres brasileiros, razão pela qual qualquer magistrado tem o dever de, verificadas violações aos direitos fundamentais acima indicados, relaxar a prisão, por se tratar de meio ilícito para a obtenção de qualquer finalidade,

⁶¹⁷ DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Teoria geral dos direitos fundamentais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 204

ainda que lícita. É só.

É na análise da adequação entre finalidade proposta pela lei e o meio escolhido para atingir o fim que se verificam os maiores problemas.

O descrédito em relação à proporcionalidade fez com que Sternberg-Lieben chegasse a afirmar que referido critério é mais um desejo dirigido ao legislador racional do que uma garantia comprovável e juridicamente vinculante na decisão para o caso singular.⁶¹⁸ No mesmo sentido, Roxin entende que, apesar da reconhecida qualidade constitucional, a proporcionalidade é “mais um postulado político-criminal que uma regra vinculante”.⁶¹⁹

Neumann desenvolve duas teses a respeito do critério de proporcionalidade: a) trata-se de um critério débil, porque sua aplicação exige uma pluralidade de valorações que não são determinadas pelo critério, e, b) referida debilidade não coloca em dúvida, no essencial, o potencial argumentativo da proporcionalidade.⁶²⁰

Quanto ao esceptismo em relação à capacidade de rendimento do critério de proporcionalidade para limitar o direito penal, afirma que decorre de razões estruturais, razão pela qual, devido à sua complexidade, deve ser entendido “antes como um instrumento altamente complexo e necessitado de ajustes do que uma afiada espada para conseguir um ordenamento jurídico-penal liberal”. A complexidade decorre da necessidade de solução de uma

⁶¹⁸ STERNBERG-LIEBEN, Detlev. Bien jurídico, proporcionalidade y libertad del legislador penal. In HEFENDHEL, Roland. De largo aliento: el concepto de bien jurídico. In *La teoría del bien jurídico. Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?* Barcelona/Madrid: Marcial Pons, 2007. p. 124

⁶¹⁹ ROXIN, Claus. *Strafrecht Allgemeiner Teil*, t. I, 4. ed., München, Beck, 2006. § 2., número de margem 101.

⁶²⁰ NEUMANN, Ulfrid. El principio de proporcionalidad como principio limitador de la pena. In HIRCH, Andrew von; SEELMANN, Kurt; WOHLERS, Wolfgang. *Límites al derecho penal. Principios operativos en la fundamentación del castigo*. Barcelona: Atelier, 2012. p. 204

equação com três incógnitas: “a questão é como encontrar, segundo uma escala de medição não determinada, a relevância não determinada de uma magnitude em comparação com a de outra tampouco determinada”⁶²¹.

No entanto, o por ele chamado princípio de proporcionalidade deve ser avaliado de forma positiva, pois funciona como modelo argumentativo com o qual a crítica jurídico-política a uma lei penal pode ser transformada em uma decisão de relevância constitucional.⁶²²

Talvez a debilidade do critério referida por Neumann não seja um ponto negativo, mas sim parte da estrutura de qualquer critério. O critério para definir qualquer coisa, de fato, não apresenta seus elementos, mas apenas o próprio critério. Se o critério para definir se determinada pessoa está apta a desenvolver referida atividade é sua capacidade intelectual, o critério capacidade intelectual não apresenta as pessoas que serão submetidas a esse critério. Da mesma forma, se o critério para analisar a constitucionalidade de uma norma restritiva de direito fundamental atende ao subcritério da adequação, apenas se sabe que a norma deve ser idônea para atingir determinado fim, e não quais os meios são idôneos para tanto.

Segundo Hassemer, a análise da adequação (idoneidade) desafia a teoria e a prática do direito penal no que se refere às consequências das intervenções penais. Reconhece que se trata de uma questão empírica, que se dirige à análise da aptidão do meio de cuja aplicação se trata. Afirma o autor:

⁶²¹ NEUMANN, Ulfrid. El principio de proporcionalidad como principio limitador de la pena. In HIRCH, Andrew von; SEELMANN, Kurt; WOHLERS, Wolfgang. *Límites al derecho penal. Principios operativos en la fundamentación del castigo*. Barcelona: Atelier, 2012. p. 203

⁶²² NEUMANN, Ulfrid. El principio de proporcionalidad como principio limitador de la pena. In HIRCH, Andrew von; SEELMANN, Kurt; WOHLERS, Wolfgang. *Límites al derecho penal. Principios operativos en la fundamentación del castigo*. Barcelona: Atelier, 2012. p. 211

“A irritante pergunta sobre se o sistema jurídico-penal pode resistir a uma avaliação de suas consequências, sobre se esta produz consequências positivas ou negativas, se e para quê é apto, pode reformular-se como o principal caso de aplicação da ‘idoneidade’ em Direito penal”.⁶²³

Apona o critério da proporcionalidade como relativo aos posicionamentos teóricos a respeito das funções do direito penal. Segundo o autor, a análise da adequação varia conforme se considere como função do direito penal a proteção de bens jurídicos, a confiança na norma, a ressocialização do autor do fato punível ou a intimidação da ação criminosa, se se admite ou não como adequada a busca por consequências simbólicas ou comunicativas.⁶²⁴

Em que pese a racionalidade e autoridade do argumento de Hassemer, parece que de referida relatividade o critério de proporcionalidade não padece: em um Estado Constitucional, em que todos os órgãos estatais estão vinculados à proteção dos direitos fundamentais, somente são admissíveis como funções do direito penal aquelas que se dirigem à tutela de direitos fundamentais. Por essa razão, estão afastadas, de plano, a noção retributiva da pena, como quer o relator do Projeto de Código Penal Brasileiro⁶²⁵, bem

⁶²³ HASSEMER, Winfried. El principio de proporcionalidade como límite de las intervenciones jurídico-penales. In HIRCH, Andrew von; SEELMANN, Kurt; WOHLERS, Wolfgang. *Límites al derecho penal. Principios operativos en la fundamentación del castigo*. Barcelona: Atelier, 2012. p. 194

⁶²⁴ HASSEMER, Winfried. El principio de proporcionalidade como límite de las intervenciones jurídico-penales. In HIRCH, Andrew von; SEELMANN, Kurt; WOHLERS, Wolfgang. *Límites al derecho penal. Principios operativos en la fundamentación del castigo*. Barcelona: Atelier, 2012. p. 194

⁶²⁵ Veja-se o texto constante do Relatório do Projeto de Código Penal que tramita no Senado Federal: “Para Durkheim, não importa o tempo histórico, o direito penal foi e é ainda hoje vingança social. A pena no direito penal moderno continua sendo uma resposta a uma necessidade de vingança: “a pena permaneceu, para nós, o que era para nossos pais: ainda é um ato de vingança, já que é uma expiação. O que vingamos, o que o criminoso expia, é o

como a busca por efeitos meramente simbólicos.

É nesse contexto que se torna viável um comentário mais detido a respeito do chamado direito penal simbólico.

Desde as últimas duas décadas do século 20, discute-se cada vez mais a situação paradoxal do aumento das tarefas do Estado em relação à (in)capacidade do direito em dirigir a conduta dos membros da sociedade. Percebe-se que a complexidade dos sistemas jurídico e político é acentuada de tal forma que se deve refletir sobre a capacidade de as normas jurídicas emanadas pelo Estado se apresentarem como instrumento seguro de controle social.⁶²⁶

Diante desse quadro, as normas podem se apresentar como *instrumentais* e *simbólicas*. Instrumentais são aquelas que produzem efeitos reais na sociedade, que se apresentam como meio adequado e suficiente para a tutela dos interesses sociais. São eficazes, pois funcionam a partir da existência de outros instrumentos políticos que permitem que a norma alcance sua finalidade. As leis são simbólicas quando o legislador se restringe a formular uma pretensão de produzir normas, sem tomar nenhuma providência

ultraje à moral”, escreveu em seu célebre *Da divisão do trabalho social* (Martins Fontes, 2008, p. 60). A pena continua sendo uma reação passional, apesar de, hoje, de intensidade graduada em relação aos séculos passados.

A característica comum a todos os crimes está no fato de consistirem em atos universalmente reprovados pelos membros de cada sociedade. O ato criminoso viola sentimentos comuns à grande média dos indivíduos da mesma sociedade. Pelo menos é do que deve tratar o direito penal.

Isso posto, o Congresso Nacional, caixa de ressonância da sociedade, só pode receber o texto do Projeto de Código como o início de um debate. Os juristas deram sua louvável visão técnica – e, mesmo ela, foi longe de ser consensual. É possível perceber uma tensão no texto. Ao Congresso Nacional cabe, agora, filtrar os anseios sociais. Para além da tecnicidade e das comparações com outros ordenamentos jurídicos, não podemos perder de vista que este deve ser um Código para o Brasil, para a sociedade brasileira. Enfim, deve ser um Código que deve se ajustar à nossa realidade, às nossas peculiaridades. O Senado Federal inicia essa jornada.”

⁶²⁶ NEVES, Marcelo. *A constitucionalização simbólica*. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 29

no sentido de criar os pressupostos para a sua eficácia.⁶²⁷

A legislação simbólica destinada à confirmação de valores pode produzir coesão social, desde que haja uma identificação da sociedade com a norma produzida. Assim, entende-se que o valor deve ser anterior à norma. Pensemos nas normas que conformam o direito penal o direito penal econômico. Elas se caracterizam, como afirma Prittwitz, pelo fato de que a conduta que vem a ser incriminada não seja previamente considerada socialmente inadequada, mas ao contrário, criminaliza-se determinada conduta para que, a partir de então, seja considerada socialmente desvalorada.⁶²⁸

Outra finalidade da legislação simbólica é a de fortalecer a confiança dos cidadãos no Estado. Em várias situações, sob pressão do público, o legislador elabora diplomas legais para satisfazer as expectativas dos cidadãos, sem que haja qualquer preocupação com as condições políticas e sociais para a efetivação da norma. Kindermann denomina esse tipo de norma de “legislação álibi”.⁶²⁹

Em razão da generalizada insatisfação popular, como demonstra Albrecht, surgem as leis de emergência com uma conotação claramente populista.⁶³⁰ Por meio desse tipo de legislação, principalmente em período eleitoral, o legislador procura afastar-se de pressões políticas e/ou demonstrar o Estado como preocupado com as necessidades dos cidadãos. A partir da reação popular diante de determinadas situações ou da urgência de solução

⁶²⁷ NEVES, Marcelo. *A constitucionalização simbólica*. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 31

⁶²⁸ PRITTWITZ, Cornelius. *Sociedad del riesgo y derecho penal*. In NEUMAN, Ulfrid. *Crítica y justificación del derecho penal en el cambio del siglo. El análisis crítico de la Escuela de Frankfurt*. Cuenca: Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, 2003. p. 262

⁶²⁹ KINDERMANN, apud, NEVES, Marcelo. *A constitucionalização simbólica*. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 36

⁶³⁰ ALBRECHT, Peter-Alexis. *El derecho penal en la intervención de la política populista*. In VV.AA *La insostenible situación del derecho penal*. Granada: Comares, 2000.

para determinados problemas sociais, frequentemente exige-se do Estado uma reação imediata. Nesses casos não raramente o legislador recorre à legislação penal como demonstração da mais enérgica solução que o Estado apresenta aos cidadãos para resolver esse ou aquele problema.

A utilização da “legislação álibi” não se vincula concretamente a relações entre políticos e eleitores ou entre atividade parlamentar e pressões específicas dos cidadãos, mas sim “à exposição abstrata do Estado como instituição merecedora de confiança pública”. Assim, como afirma Marcelo Neves, “parece adequado afirmar que a legislação álibi destina-se a criar a imagem de um Estado que responde normativamente aos problemas reais da sociedade, embora as respectivas relações sociais não sejam realmente normatizadas de maneira consequente conforme o respectivo texto legal”.^{631 632}

A questão que pode ser discutida é a razão pela qual o Estado não busca soluções instrumentais (reais) para os problemas contemporâneos. A base dessa discussão está na análise da política de um Estado de bem-estar e o controle da lealdade da população por meio de legislações simbólicas.

Nesse contexto deve-se ponderar a ampliação da democracia pela participação de grupos sociais no exercício de pressões políticas que reclamam intervenção penal em setores que nunca antes foram objeto de tutela penal. Nesses movimentos não se percebe a orientação pela construção de um novo paradigma de ordem social, mas sim uma maior participação na ordem já estabelecida, o que caracteriza tais movimentos como manifestação de uma lógica conservadora.

⁶³¹ NEVES, Marcelo. *A constitucionalização simbólica*. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 39

⁶³² Destaca-se, aqui, que entendemos todo o direito penal como simbólico, com função instrumental invertida em relação aos seus objetivos declarados.

Com efeito, essa lógica conservadora atende aos anseios daqueles que ocupam lugares de decisões políticas. A garantia de prestações de direitos fundamentais (individuais ou sociais), típica de um estado de bem-estar, não assegura atitudes permanentes de gratidão e lealdade política. As reivindicações seriam alteradas constantemente em razão do nível de desenvolvimento social. A preocupação com um direito instrumental teria por conseqüência a possibilidade de organização da classe subalterna (pobreza e classe média), com a eterna renovação do questionamento de políticas públicas.⁶³³

De acordo com Hassemer, as proibições estatais têm como uma de suas funções evitar ou minimizar o comportamento proibido: por trás deste objetivo existem valores culturais e morais que simbolizam determinado estilo de vida, e que são colonizados pela proibição. Como diz Terradillos, se a instrumentalidade do direito penal está em sua aptidão para evitar determinados comportamentos, a função simbólica reside em sua aptidão para produzir certas representações individuais ou coletivas.⁶³⁴ Assim, o fato de as leis penais estarem vinculadas, de um ou outro modo, a efeitos simbólicos não representa objeto de reprovação, mas apenas uma constatação.⁶³⁵

Para evitar conclusões que decorrem de uma falta de determinação do conceito de direito penal simbólico, deve-se precisa-lo. Para o presente trabalho será utilizado o conceito fornecido por Hassemer: “<<Simbólico>>, em

⁶³³ NEVES, Marcelo. *A constitucionalização simbólica*. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 39

⁶³⁴ TERRADILLOS BASOCO, Juan María. Función simbólica y objeto de protección del derecho penal. In BUSTOS RAMÍRES, Juan (dir.). *Pena y Estado. Función simbólica de la pena*. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1995. p. 10

⁶³⁵ HASSEMER, Winfried. Derecho penal simbólico y protección de bienes jurídicos. In BUSTOS RAMÍRES, Juan (dir.). *Pena y Estado. Función simbólica de la pena*. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1995. p. 25

sentido crítico, é, por conseguinte, um Direito penal no qual as funções latentes predominam sobre as manifestas: do qual pode esperar-se que realize através da norma e sua aplicação outros objetivos que os descritos na norma”.⁶³⁶⁻⁶³⁷

Manifestas são as condições objetivas de realização da norma, que a própria norma alcança em sua formulação. Em síntese, a proteção do bem jurídico. As funções latentes são múltiplas, e se sobrepõem parcialmente umas às outras: desde a necessidade de um agir por parte do Estado, um apaziguamento da população, até a demonstração de um Estado forte.⁶³⁸

O direito penal simbólico é caracterizado pelo que Hassemer chama de *engano*, que nada mais é do que a predominância das funções latentes em relação às manifestas. Representa uma crise do direito penal orientado às consequências.⁶³⁹

Como fenômeno que representa uma crise da política criminal orientada às consequências, o direito penal simbólico está mais orientado à produção de efeitos políticos, dirigidos à satisfação da sociedade, que clama por uma

⁶³⁶ HASSEMER, Winfried. Derecho penal simbólico y protección de bienes jurídicos. In BUSTOS RAMÍRES, Juan (dir.). *Pena y Estado. Función simbólica de la pena*. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1995. p. 30

⁶³⁷ A não ser que se entenda que o direito penal econômico, de fato, com a aplicação de suas normas, protege os bens jurídicos nelas manifestados, de plano é possível afastar uma afirmação que tem sido repetida por alguns penalistas: a de que o direito penal econômico não se tem apresentado como simbólico, mas tem produzido efeitos reais. As experiências de profissionais do direito penal, principalmente de advogados, no sentido de que, principalmente por meio do processo penal, mediante acordos, e, secundariamente, por meio de penas, o Estado tem conseguido atingir bens de diversos acusados de crimes econômicos podem corresponder à realidade. No entanto, isso não significa que o direito penal tem produzido um efeito instrumental. O efeito instrumental, tecnicamente, seria a prevenção de condutas da natureza das proibidas pelo direito penal econômico. Parece que ninguém se atreveria a afirmar que esse efeito preventivo real tem ocorrido de fato.

⁶³⁸ HASSEMER, Winfried. Derecho penal simbólico y protección de bienes jurídicos. In BUSTOS RAMÍRES, Juan (dir.). *Pena y Estado. Función simbólica de la pena*. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1995.

⁶³⁹ HASSEMER, Winfried. Derecho penal simbólico y protección de bienes jurídicos. In BUSTOS RAMÍRES, Juan (dir.). *Pena y Estado. Función simbólica de la pena*. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1995. p. 30

atuação estatal, do que à proteção de bens jurídicos. E essa orientação de comunicação política produz uma hipertrofia do direito penal, com tipos penais dirigidos à proteção simbólica de bens jurídicos universais, com recurso aos tipos de perigo abstrato.⁶⁴⁰

O argumento de que a expansão do direito penal por meio da utilização de um direito penal meramente simbólico alivie a política estatal de ter que responder à população por meio de um direito penal preventivo, instrumental, não convence. O déficit de execução, que é estrutural do direito penal simbólico (e não um acidente em sua realização), não reduz as demandas populares por mais segurança, apenas as fortalece. Dessa forma, a utilização de um direito penal meramente simbólico reduz a confiança da população na administração pública, o que reproduz os problemas que o sistema político queria evitar.

Demonstrados os efeitos negativos do chamado direito penal simbólico, é de se destacar que, para efeito de controle de constitucionalidade de leis penais, via critério de proporcionalidade, o reconhecimento por parte de qualquer magistrado de que determinada norma apenas possui efeitos simbólicos, determina o reconhecimento da inconstitucionalidade do tipo penal, por não ser adequado à consecução do fim a que se propõe a norma, segundo sua função manifesta.

Dessa forma, para o exame de adequação, sempre é necessário que o intérprete saiba a finalidade manifesta da norma, para, em confronto com o

⁶⁴⁰ HASSEMER, Winfried. Derecho penal simbólico y protección de bienes jurídicos. In BUSTOS RAMÍRES, Juan (dir.). *Pena y Estado. Función simbólica de la pena*. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1995. p. 31 e ss. Além dos referidos exemplos, verifica-se o recurso a várias outras técnicas de tipificação que supõem superação das barreiras de imputação, como utilização de leis penais de conteúdo impreciso e acessoriedade administrativa.

exame da realidade, verificar se existem instrumentos para atingir seu fim.

Por isso, sugere-se que, para que ocorra um controle do direito penal produzido pelo parlamento, conste sempre no corpo da legislação não apenas seu objeto, mas, principalmente, o objetivo que persegue. Além disso, propõe-se a necessidade de exposição de motivos para cada tipo penal, com informações sobre as razões pelas quais se considera insuficiente a tutela extrapenal, bem como com a indicação dos recursos públicos destinados à execução da norma, e a previsão das consequências a serem obtidas com sua aplicação. Só assim será possível um efetivo exame de adequação das normas penais.

Como constata Donini, “se se requeresse a motivação não apenas sobre os objetivos, mas sobre a base epistemológica que justifica a decisão da sanção penal, seus fins (delito por delito) [...], obrigar-se-ia ao legislador a uma atividade, em definitivo, não necessariamente mais racional, mas sim mais verificável”.⁶⁴¹

Em síntese, a política criminal em um Estado Constitucional, por sua vinculação com os direitos fundamentais, tem que, necessariamente, observar o subcritério de adequação, elemento constitutivo do critério de proporcionalidade.

Assim, o subcritério de adequação, chamado por Baratta de princípio de idoneidade, somado a outros princípios de limitação funcional, reduz o espaço de criminalização. Segundo o autor, este princípio obriga o parlamento, na elaboração de uma lei penal, a realizar um estudo sério sobre os efeitos socialmente úteis que podem ser esperados da pena. Deve ser feito um

⁶⁴¹ DONINI, Massimo. *El derecho penal frente a los desafíos de la modernidad*. Lima: Ara Editores, 2010. p. 406

rigoroso *controle empírico* em que, fundado em análises dos efeitos de normas similares em outros ordenamentos, de normas parecidas do mesmo ordenamento e em métodos de prognose sociológica, reste provado ou altamente provável algum efeito útil da pena.⁶⁴²

Por fim, a análise do subcritério de necessidade. É perfeitamente possível elaborar uma lista de meios adequado para atingir o fim de proteção de determinado direito fundamental. No entanto, apenas um desses meios adequados será considerado necessário.

Necessário é o meio adequado a atingir a finalidade lícita com a menor intensidade na intervenção do direito fundamental do imputado. A comparação entre os diversos meios para atingir o objetivo é complexa, e tem por finalidade identificar equivalentes funcionais com menor limitação aos direitos fundamentais.⁶⁴³

Em uma nova forma de pensar as limitações ao direito penal, no exame da necessidade deve ser contemplada, também, a análise dos custos sociais da criminalização. A criminalização de uma pessoa atinge direitos fundamentais das famílias de réus e condenados, bem como outras pessoas interessadas que não estão vinculadas ao ato criminoso. Afirma Cirino dos Santos:

Os custos sociais específicos para a pessoa e a família do condenado – assim como para a sociedade, em geral – são absurdos: a) a criminalização secundária somente agrava o conflito social representado pelo crime – especialmente em casos de aborto, de tóxicos, de crimes patrimoniais e de toda criminalidade de bagatela [...]; b) os custos sociais da

⁶⁴² BARATTA, Alessandro. Principios del derecho penal mínimo. (Para una teoría de los derechos humanos como objeto y límite de la ley penal). In *Criminología y sistema penal*. Montevideo/Buenos Aires, B de F, 2004. p. 310

⁶⁴³ DIMOULIS, Dimitri. Direito penal constitucional. Finalidade, fundamentos, dimensões. In BOZZA, Fábio; ZÍLIO, Jacson. *Estudos críticos sobre o sistema penal. Homenagem ao Professor Doutor Juarez Cirino dos Santos por seu 70º aniversário*. Curitiba: LedZe Editora, 2012. p. 829

criminalização secundária são maiores para a família e pessoa de condenados de classes e categorias sociais inferiores – a clientela preferencial do sistema de justiça criminal, selecionada por estereótipos, preconceitos, idiosincrasias e outros mecanismos ideológicos dos agentes de controle social, ativados por indicadores sociais negativos de pobreza, marginalização do mercado de trabalho, moradia em favelas, etc.⁶⁴⁴

Concretamente, o critério de proporcionalidade, por seu subcritério necessidade, pode afastar ou reduzir os danos provocados pela seletividade estrutural do sistema de justiça criminal. Elementos compensatórios devem ser aplicados pelo juiz criminal na análise da culpabilidade, na determinação da pena base, no reconhecimento de atenuante inominada e, principalmente, na determinação de regime inicial de cumprimento de pena e/ou na substituição da pena privativa de liberdade por outras espécies que produzam menos efeitos negativos. Tudo isso sem precisar apresentar fundamento legal, visto que medidas que ampliam a esfera de liberdade do cidadão não estão limitadas pelo princípio da legalidade.

⁶⁴⁴ CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *Direito Penal: parte geral*. 5. ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012. p. 29

CONCLUSÃO

Do presente estudo é possível concluir o que segue:

1. A análise das características do sistema penal das sociedades contemporâneas permite reconhecer a existência de um direito penal em expansão.
2. Referida expansão compreende duas dimensões: uma consistente na ampliação do número de tipos penais, flexibilização nas barreiras de imputação, redução das garantias processuais penais, e mudança de alvo no projeto de criminalização: dos pobres à classe média alta e aos poderosos, e outra, a mais significativa, no drástico aumento da população carcerária, com intensificação na repressão penal dos mesmos de sempre.
3. A primeira dimensão da expansão penal apresenta como um de seus fundamentos o advento da chamada *sociedade de risco*, o que produziu a modernização do direito penal.
4. A segunda dimensão da expansão pode ser explicada pela adequação da política penal ao modelo econômico neoliberal, que possui a exclusão social como uma de suas características fundamentais.
5. Partindo do pressuposto de que a expansão penal, nas duas dimensões acima indicadas, é instrumento inadequado ao controle da criminalidade no Estado Democrático de Direito, propõe-se a utilização das categorias *bem jurídico* e *proibição de excesso* como limites à referida expansão.
6. Ainda que os Tribunais tenham rejeitado a teoria do bem jurídico, acredita-se na capacidade de rendimento da categoria para limitar o direito penal, desde que o conceito de bem jurídico seja entendido, não como objeto de proteção, mas sim como valor incorporado à norma penal, como objeto de preferência

do legislador, e de referência para as demais categorias do injusto.

7. Nesse sentido, fundamental a distinção entre norma e valor. A primeira pressupõe um dever de cumprimento, o valor, uma finalidade. Dessa forma, não se pode entender a proteção de bem jurídico como um dever dos destinatários das normas, porque, assim, o bem jurídico estaria sendo confundido com a própria norma, e o crime poderia, equivocadamente, ser definido como violação de dever, o que poderia legitimar a incriminação de condutas que sequer coloquem em risco um bem jurídico.

8. Por ser um valor, o bem jurídico deve ser entendido como condição de validade da norma e, ao mesmo tempo, como categoria jurídica que condiciona sua aplicação à demonstração de que tenha sido lesado ou posto em perigo.

9. A capacidade de rendimento da teoria do bem jurídico consiste na proibição de aplicar normas penais: a) sem referência a bem jurídico, b) que não apresentem lesão ou perigo ao bem jurídico, ou seja, tipos de perigo abstrato apenas podem ser aplicados se restar demonstrado perigo real ou lesão a bem jurídico, c) que incorporem à norma valores supraindividuais que não sejam passíveis de recondução a valores individuais; d) que se destinem à proteção de funções estatais que não possam ser identificadas como inerentes à proteção da dignidade humana.

11. Desde a concepção de bem jurídico desenvolvida no trabalho, apresentam-se algumas consequências para a interpretação do direito penal: a) os delitos contra o ambiente (nem todos, pois alguns tipos penais apenas apresentam como objeto de proteção a atividade/função da administração pública nesse setor) devem ser interpretados como crimes de perigo para a vida e a saúde das pessoas; b) no crime de tráfico de entorpecentes, como o bem jurídico que

é objeto de preferência real da norma é a saúde de cada indivíduo, e não a saúde pública, é possível afastar a tipicidade da conduta pelo consentimento do titular do bem jurídico (não porque o bem jurídico é de titularidade do indivíduo, razão pela qual ele poderia dispor, mas sim porque a norma não possuiria legitimidade por, no caso concreto, não estar protegendo um direito fundamental, visto que o usuário (não dependente químico) tem sua liberdade (direito fundamental ao qual devem convergir todas as normas do ordenamento jurídico) tutelada pela ordem jurídica como um todo.

12. Uma norma restritiva de direitos fundamentais apenas pode ser reconhecida como válida se for adequada, no sentido de ser apta a atingir o objetivo a que se propõe, e necessária, ou seja, para atingir o objetivo a que se propõe, não exista meio menos restritivo do direito fundamental que a norma atinge.

13. Reconhecida a existência de um bem jurídico incorporado ao tipo penal, deve-se passar ao controle de constitucionalidade das normas penais pelo critério da proporcionalidade. Somente serão consideradas proporcionais as normas que sejam adequadas e necessárias para atingir a proteção do direito fundamental que se busca tutelar pelo direito penal.

14. A análise do subcritério de adequação está subordinada um rigoroso *controle empírico* em que, fundada em análises dos efeitos de normas similares em outros ordenamentos, de normas parecidas do mesmo ordenamento e em métodos de prognose sociológica, reste provado ou altamente provável algum efeito útil da pena. Se a norma penal não for adequada a atingir o fim a que se propõe, deve ser considerada inconstitucional.

15. Reconhecida a falta de idoneidade de todo o direito penal para a tutela de

qualquer direito fundamental, qualquer juiz que atue em matéria criminal, em sede de controle difuso, ou o Supremo Tribunal Federal, por meio de controle concentrado de constitucionalidade, pode declarar a inconstitucionalidade de qualquer norma penal.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ADORNO, Theodor W.; HORKHEIMER, Max. *Dialética do esclarecimento: fragmentos filosóficos*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1985.

AGAMBEN, Giorgio. *Estado de exceção*. São Paulo: Boitempo, 2004.

AGAMBEN, Giorgio. *Homo Sacer: o poder soberano e a vida nua*. Tradução de Henrique Burigo. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2002.

AGAMBEN, Giorgio. *Surveing police*. In *Means without end notes on politics*. University of Minnesota, 2000.

ALBRECHT, Peter-Alexis. *Criminologia. Uma fundamentação para o direito penal*. Tradução de Juarez Cirino dos Santos e Helena Schiessl Cardoso. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

ALBRECHT, Peter-Alexis. *El derecho penal en la intervención de la política populista*. In VV.AA *La insostenible situación del derecho penal*. Granada: Comares, 2000.

ALCÁCER GUIRAO, Rafael. *Los fines del derecho penal. Liberalismo y comunitarismo en la justificación de la pena*. Buenos Aires: Ad-hoc, 2001.

ALCÁCER GUIRAO, Rafael. *Sobre el concepto de delito: lesión del bien juridical o lesión de deber?* Buenos Aires: Ad-hoc, 2003.

ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 2003.

AMELUNG, Knut. *O conceito de bem jurídico na teoria jurídico-penal da proteção de bens jurídicos*. In GRECO, Luís; TÓRTIMA, Fernanda Lara. *O bem jurídico como limitação ao poder de incriminar?* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

ANITUA, Gabriel Ignacio. *Histórias dos pensamentos criminológicos*. Tradução de Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, 2008.

ANIYAR DE CASTRO, Lola. *Criminología de los Derechos Humanos. Criminología axiológica como política criminal*. Buenos Aires: Del Puerto, 2010.

APONTE CARDONA, Alejandro. *Guerra y derecho penal del enemigo. Reflexión crítica sobre el eficientismo penal del enemigo*. 2. ed., Buenos Aires: Ad-hoc, 2008.

ARGUELLO, Katie. *Processo de criminalização e marginalidade social*. In BOZZA, Fábio; ZÍLIO, Jacson (org.) *Estudos críticos sobre o sistema penal. Homenagem ao Professor Doutor Juarez Cirino dos Santos por seu 70º aniversário*. Curitiba: LedZe, 2012.

ÁVILA, Humberto Bergmann. *A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade*. In *Revista de Direito Administrativo*, (215)151-179, Rio de Janeiro, Renovar, jan./mar. 1999.

BARATTA, Alessandro. Funciones instrumentales y simbólicas del derecho penal. In *Criminología y sistema penal*. Buenos Aires: B de F, 2004.

BARATTA, Alessandro. Principios del derecho penal mínimo. (Para una teoría de los derechos humanos como objeto y límite de la ley penal). In *Criminología y sistema penal*. Montevideo/Buenos Aires, B de F, 2004.

BARATTA, Alessandro. Seguridad. In *Criminología y sistema penal*. Buenos Aires: B de F, 2004.

BARRETO, Vicente de Paulo (coord.). *Dicionário de filosofia do direito*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BARROSO, Luís Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

BAUMAN, Zygmunt. *Globalização. As consequências humanas*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1999.

BAUMAN, Zygmunt. *O mal-estar da pós-modernidade*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1998.

BECK, Ulrich. A Reinvenção da Política: Rumo a uma Teoria da Modernização Reflexiva. In: BECK, U.; GIDDENS, A.; LASH, S. *Modernização Reflexiva*. São Paulo: Editora da Universidade Estadual Paulista, 1997.

BECK, Ulrich. *La sociedad del riesgo global*. Madrid: Siglo XXI de España Editores, 2002.

BECK, Ulrich. *Sociedade de risco. Rumo a uma outra modernidade*. São Paulo: Editora 34, 2010.

BELL, Daniel. *O Advento da Sociedade Pós-Industrial*. São Paulo. Cultrix. 1974.

BIANCHINI, Alice. *Pressupostos materiais mínimos da tutela penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

BIRNBAUM, Johann Michael Franz. *Sobre la necesidad de una lesion de derechos para el concepto de delito*. Montevideo-Buenos Aires: B de F, 2010.

BRANDARÍZ GARCIA, José Ángel. *Política criminal de la exclusión. El sistema penal en tiempo de declive del Estado Social y de crisis del Estado-Nación*. Granada: Comares, 2007.

BRONZE, Fernando José. *Lições de introdução ao direito*. Coimbra: Coimbra, 2002.

BURCHARD, Christoph. O princípio de proporcionalidade no “direito penal constitucional” ou o fim da teoria do bem jurídico tutelado na Alemanha. In AMBOS, Kai; BOHN, Maria Laura (orgs.) *Desenvolvimentos atuais das ciências criminais na Alemanha*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013.

BUSATO, Paulo César. *Fundamentos para um direito penal democrático*. São Paulo: Atlas, 2013.

BUSATO, Paulo César; HUAPAYA, Sandro Montes. *Introdução ao Direito Penal. Fundamentos para um sistema penal democrático*. 2. ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

BUSTOS RAMÍREZ, Juan. *Introducción al Derecho Penal*. Bogota: Temis, 1986.

BUSTOS RAMÍREZ, Juan. *Manual de Derecho Penal Español: Parte general*. Barcelona: Ariel Derecho, 1984.

CÂMARA, Luiz Antonio. *Medidas Cautelares Pessoais - Prisão e Liberdade Provisória*. 2. ed., Curitiba: Juruá, 2011.

CANOTILHO, Joaquim José Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed., Coimbra: Almedina, 2003.

CÁRCOVA, Carlos María. *A Opacidade do Direito*. São Paulo: LTr, 1998.

CARVALHO, Salo de. A Ferida Narcísica do Direito Penal (primeiras observações sobre as (dis)funções do controle penal na sociedade contemporânea). In In GAUER, Ruth Maria Chittó (org.). *A Qualidade do Tempo: Para Além das Aparências Históricas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *A criminologia da repressão*. Rio de Janeiro: Forense, 1979.

CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *Direito Penal: a nova parte geral*. Rio de Janeiro: Forense, 1985.

CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *Direito Penal: parte geral*. 5. ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.

CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *Novas hipóteses de criminalização*. Artigo consultado no sítio http://icpc.org.br/wp-content/uploads/2013/01/novas_hipoteses_criminalizacao.pdf,

CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *O direito penal do inimigo – ou o discurso do direito penal desigual*. Artigo encontrado em www.icpc.org.br/artigos

CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *Punir os inimigos: a nova lógica do sistema penal*. Apresentação ao livro de PAVARINI, Massimo. *Punir os inimigos: criminalidade, exclusão e insegurança*. Curitiba: ICPC, 2012.

COELHO, Luiz Fernando. *Direito e complexidade na sociedade contemporânea - Homenagem a Niklas Luhmann*. Revista *Ius Gentium* - Faculdade Internacional de Curitiba. Ano 3, n. 6, jul./dez. 2009.

COELHO, Luiz Fernando. *Teoria crítica do direito*. 4. ed., Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

COMANDUCCI, Paolo. Formas de (neo)constitucionalismo: un análisis metateórico. In: CARBONELL, Miguel (org.). *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Editorial Trotta, 2003.

CORCOY BIDASOLO, Mirentxu. Límites objetivos y subjetivos a la intervención penal en el control de riesgos. In CORCOY BIDASOLO, Mirentxu; MIR PUIG, Santiago (orgs.) *La política criminal en Europa*. Barcelona: Atelier, 2004.

D'AVILA, Fábio Roberto. *Ofensividade e crimes omissivos próprios: contributo à compreensão do crime como ofensa ao bem jurídico*. Coimbra: Coimbra Editora, 2005.

DAHM, Georg; SHAFSTFSTEIN, Friedrich. *Derecho penal liberal o derecho penal autoritário?* Buenos Aires: Ediar, 2011.

DE GIORGI, Alessandro. *A miséria governada através do sistema penal*. Tradução de Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, 2006.

DELEUZE, Gilles. Post-scriptum sobre as sociedades de controle. In *Conversações: 1972-1990*. Rio de Janeiro: Ed. 34, 1992. p. 219-226

DÍEZ RIPOLLÉZ, José Luís. *La política criminal en la encrucijada*. Montevideo-Buenos Aires: B deF, 2007.

DIMOULIS, Dimitri. Direito penal constitucional. Finalidade, fundamentos, dimensões. In BOZZA, Fábio; ZÍLIO, Jacson. *Estudos críticos sobre o sistema penal. Homenagem ao Professor Doutor Juarez Cirino dos Santos por seu 70º aniversário*. Curitiba: LedZe Editora, 2012.

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Teoria geral dos direitos fundamentais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

DONINI, Massimo. *El derecho penal frente a los desafíos de la modernidad*. Lima: Ara Editores, 2010.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

ENGISCH, Karl. *Introducción al pensamiento jurídico*. Madrid: Guadarrama, 1967.

ESER, Albin. Consideraciones finales. In ESER, Albin; HASSEMER, Winfried; BURKHARDT, Björn. *La ciencia del derecho penal ante el Nuevo milenio*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2004.

ESER, Albin. *Sobre la exaltación del bien jurídico a costa de la víctima*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia. Centro de Investigaciones de Derecho Penal y Filosofía del Derecho, 1998.

FEINBERG, Joel. *The moral limits of the criminal law*. vol 1: Harm to others. New York; Oxford: Oxford University Press, 1984.

FEINBERG, Joel. *Wrongful conception and the right not to be harm*. Harvard Journal of Law and Public Policy. vol. 8, 1985.

FELDENS, Luciano. *Direitos fundamentais e direito penal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

FEELEY, Malcolm e SIMON, Jonathan. *Actuarial Justice: the Emerging New Criminal Law*. In: NELKEN, David (Org.). *The Futures of Criminology*. Londres (Inglaterra): Sage, 1994.

FELLEY, Malcolm; SIMON, Jonathan. La nueva penología: notas acerca de las estrategias emergentes del sistema penal y sus implicaciones. Traducción de Máximo Sozzo. In: *Delito y Sociedad*, n. 6-7. Buenos Aires: Universidad de Buenos Aires, 1995.

FERNÁNDEZ, Gonzalo D. *Bien jurídico y sistema del deliito*. Montevideo/Buenos Aires: B de F, 2004.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. Tradução de Juarez Tavares e outros. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

FEUERBACH, Paul Hohann Anselm Ritter von. *Tratado de derecho penal*. Buenos Aires: Hammurabi, 2007.

FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *Direito Pena: Parte Geral*. Coimbra: Coimbra Editora, 2004.

FOUCAULT, Michel. *Em defesa da sociedade: curso no Collège de France (1975-1976)*. trad. Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

FOUCAULT, Michel. *La verdad y las formas jurídicas*. 4. ed., Barcelona: Gedisa, 2005.

FOUCAULT, Michel. *Segurança, território, população*. Tradução de Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir: história da violência nas prisões*. Tradução de Ligia M. Pondé Vassalo. Petrópolis: Vozes, 1983.

FRAENKEL, Ernst. *The dual state: a contribution to the theory of dictatorship*. Clark, New Jersey: The Lawbook Exchange Ltd., 2006 (1941).

FROMMEL, Monika. *Los orígenes ideológicos de la teoría de la acción de Welzel*. ADPCP, T.XLII, Fasc. II, Mayo-Agosto 1989, p. 624. <http://www.cienciaspenales.net>

GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio. Pautas y tendencias en la evolución de la dogmática penal alemana postwelzeliana. In *Estudios penales en recuerdo del professor Ruiz Antón*. Valencia: Tirant lo Blanc, 2003.

GIDDENS, Anthony. *As conseqüências da modernidade*. São Paulo: Editora UNESP, 1991.

GARLAND, David. *La cultura del control. Crimen y orden social en la sociedad contemporánea*. Traducción de Máximo Sozzo. Barcelona: Gedisa, 2005.

GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. Las exigencias dogmáticas fundamentales hasta ahora vigentes de una parte general son idóneas para satisfacer la actual situación de la criminalidad? In *Anuario de Derecho Penal y Ciencias penales*, 2002.

GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. *O princípio da proporcionalidade no direito penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

GÓMES MARTÍN, Víctor. Libertad, seguridad y sociedad del riesgo. In CORCOY BIDASOLO, Mirentxu; MIR PUIG, Santiago (orgs.) *La política criminal en Europa*. Barcelona: Atelier, 2004.

GONZÁLES, Carlos Suárez; RAMOS, Enrique Peñaranda. *Um novo sistema de direito penal: considerações sobre a teoria de Günther Jakobs*. Tradução de André Luis Callegari. Barueri: Manole, 2003.

GORNICKI NUNES, Leandro. *Culpabilidade e exculpação. O conflito de deveres como causa (supra)legal de exculpação no Brasil*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.

GRACIA MARTÍN, Luis. *Prolegômenos para a luta pela modernização do direito penal e para a crítica do discurso de resistência*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2005.

GRAMSCI, Antonio. *Cadernos do cárcere. Maquiavel. Notas sobre o Estado e a política*. v. 3, Tradução Luiz Sérgio Henriques, Marco Aurélio Nogueira e Carlos Nelson Coutinho. 3. ed., Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2007.

GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*. 5. ed., São Paulo: Malheiros, 2009.

GRECO, Luís; MARTINS, Antonio. *Direito Penal como crítica da pena. Estudos em homenagem a Juarez Tavares por seu 70º Aniversário em 2 de setembro de 2012*. São Paulo: Marcial Pons, 2012.

GRECO, Luís. O bem jurídico como limitação ao poder de incriminar? Algumas considerações introdutórias. In GRECO, Luís; TÓRTIMA, Fernanda Lara. *O bem jurídico como limitação ao poder de incriminar?* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

GRECO, Luís. *Modernização do direito penal, bens jurídicos coletivos e crimes de perigo abstrato*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

GRECO, Luís. *Sobre o chamado Direito penal do inimigo*. Revista da Faculdade de Direito de Campos. Ano VI, n. 7, 2005.

GUARAGNI, Fábio André. *Redução de riscos como função do Direito Penal*. In Boletim IBDPE, Ano I, n. I, novembro, 2009.

GUASTINI, Riccardo. La 'constitucionalización' del ordenamiento jurídico: el caso italiano. In: CARBONELL, Miguel (org.). *Neconstitucionalismo(s)*. Madrid: Editorial Trotta, 2003.

GÜNTHER, Klaus. De la vulneración de un derecho a la infracción de un deber: un cambio de paradigma en el derecho penal. In Varios Autores. *La insostenible situación del derecho penal*. Editorial Comares, 2000.

HABERMAS, Jürgen. *A ética da discussão e a questão da verdade*. Tradução Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre faticidade e validade*. v. 1, Tradução Flavio Beno Siebeneichler. 2. ed., Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

HABERMAS, Jürgen. *Facticidad y validez. Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*. Madrid: Trotta, 1998.

HABERMAS, Jürgen. *Verdade e justificação: ensaios filosóficos*. São Paulo: Loyola, 2009.

HARCOURT, Bernard E. *Against Prediction: profiling, policing and punishing in an Actuarial Age*. Chicago (Illinois): The University of Chicago Press, 2007.

HASSEMER, Winfried. *Crítica al derecho penal de hoy*. Buenos Aires: Ad-hoc, 1998.

HASSEMER, Winfried. Derecho penal simbólico y protección de bienes jurídicos. In BUSTOS RAMÍRES, Juan (dir.). *Pena y Estado. Función simbólica de la pena*. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1995.

HASSEMER, Winfried. El principio de proporcionalidade como límite de las intervenciones jurídico-penales. In HIRCH, Andrew von; SEELMANN, Kurt; WOHLERS, Wolfgang. *Límites al derecho penal. Principios operativos en la fundamentación del castigo*. Barcelona: Atelier, 2012.

HASSEMER, Winfried; MUÑOZ CONDE, Francisco. *Introducción a la criminología y al derecho penal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1989.

HASSEMER, Winfried. *Introdução aos fundamentos do direito penal*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2005.

HASSEMER, Winfried. Linhas gerais de uma teoria pessoal do bem jurídico. In GRECO, Luís; TÓRTIMA, Fernanda Lara. *O bem jurídico como limitação ao poder de incriminar?* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

HASSEMER, Winfried. *Persona, mundo y responsabilidad: bases para una teoría de la imputación en Derecho Penal*. Valencia: Tirant lo blanch, 1999.

HASSEMER, Winfried. Viejo y nuevo derecho penal. In *Persona, mundo y responsabilidad*. Santa Fe de Bogotá, Themis, 1999.

HAYEK, F.A. *O caminho da servidão*. Rio de Janeiro: Expressão e Cultura: Instituto Liberal, 1987.

HEFENDHEL, Roland. De largo aliento: el concepto de bien jurídico. In *La teoría del bien jurídico. Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?* Barcelona/Madrid: Marcial Pons, 2007.

HEFENDEHL, Roland. ¿Debe ocuparse el Derecho Penal de riesgos futuros? Bienes jurídicos colectivos y delitos de peligro abstracto. In *Revista electrónica de Ciencia Penal y Criminología*.

HEFENDEHL, Roland. O bem jurídico como pedra angular da norma penal. In GRECO, Luís; TÓRTIMA, Fernanda Lara (orgs.). *O Bem Jurídico como Limitação do Poder Estatal de Incriminar?* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

HEFENDEHL, Roland. *Teoria social do bem jurídico*. In *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, ano 18, n. 87, nov-dez, 2010.

HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. *Princípios de filosofia do direito*. Lisboa: Guimarães Editores, 1990.

HERZOG, Felix. *Algunos riesgos del derecho penal del riesgo*. In *Revista Penal*, n. 4, 1.999.

HIRCH, Andrew von; SEELMANN, Kurt; WOHLERS, Wolfgang. *Límites al*

derecho penal. Principios operativos en la fundamentación del castigo. Barcelona: Atelier, 2012.

HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán. *Bien jurídico y Estado Social y Democrático de Derecho (El objeto protegido por la norma penal).* Lima: IDEMSA, 2005.

HUSAK, Douglas. *Sobrecriminalización. Los límites del Derecho penal.* Madrid: Marcial Pons, 2013.

JAKOBS, Günther. Culpabilidad y prevención. In *Estudios de derecho penal.* Madrid, 1997.

JAKOBS, Günther. *Derecho Penal: Parte General.* Tradução Joaquim Cuello Contreras e Jose Luis Serrano Gonzales Murillo. 2. Ed., Madrid: Marcial Pons, 2007.

JAKOBS, *Derecho penal del ciudadano y Derecho penal del enemigo.* In JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. *Derecho penal del enemigo.* Madrid: Civitas, 2003.

JAKOBS, Gunther. *Sobre la teoría de la pena.* Traducción de Manuel Cancio Meliá. Centro de Investigaciones de Derecho Penal y Filosofía del Derecho de la Universidad Externado de Colombia, 2002.

JAKOBS, Günther. O que é protegido pelo direito penal: bens jurídicos ou a vigência da norma? In GRECO, Luís; TÓRTIMA, Fernanda Lara. *O bem jurídico como limitação ao poder de incriminar?* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

JAKOBS, Günther. *Sociedade, norma e pessoa: teoria de um direito penal funcional.* Barueri: Manole, 2003.

KANT, Immanuel. *Metafísica dos Costumes.* Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, (1907) 2004.

KARAM, Maria Lúcia. *De crimes, penas e fantasias.* 2. ed., Niterói: Luan Editora, 1993.

KARGL, Walter. Protección de bienes jurídicos mediante protección del derecho. In AA.VV., *La insostenible situación del derecho penal.* Granada: Comares, 2000.

KEHL, Maria Rita. *Sobre ética e psicanálise.* São Paulo: Companhia das Letras, 2002.

KUMAR, Krishan. *Da sociedade Pós-Industrial à Pós-Moderna.* Rio. Zahar. 1997.

LARRAURI, Elena. *La herencia de la criminología crítica*. 2. ed., Madrid: Siglo Vintiuno de España Editores, 1992.

LEBRUN, Jean-Pierre. *A perversão comum: viver juntos sem o outro*. Rio de Janeiro: Companhia de Freud, 2008.

LYOTARD, Jean-François. *A Condição Pós-Moderna*. 13. ed., Rio de Janeiro: José Olympio, 2011.

LOBO DA COSTA, Helena Regina. Considerações sobre o estado atual da teoria do bem jurídico à luz do *harm principle*. In GRECO, Luís; MARTINS, Antonio. *Direito Penal como crítica da pena. Estudos em homenagem a Juarez Tavares por seu 70º Aniversário em 2 de setembro de 2012*. São Paulo: Marcial Pons, 2012.

LOPES, Mauricio Antonio Ribeiro. Teoria constitucional do direito penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

MARAT, Jean Paul. *Plano de Legislação Criminal*. São Paulo: Quartier Latim, 2008 [1790].

MARRAFON, Marco Aurélio. *Hermenêutica e sistema constitucional: a decisão judicial entre o sentido da estrutura e a estrutura do sentido*. Florianópolis: Habitus, 2008.

MARRAFON, Marco Aurélio. *O caráter complexo da decisão em matéria constitucional: discursos sobre a verdade, radicalização hermenêutica e fundação ética na práxis jurisdicional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. Algunas reflexiones sobre la moderna teoría del *Big Crunch* en la selección de bienes jurídico-penales (especial referencia al ámbito económico). In DÍEZ REPOLLÉS, José Luis; ROMEO CASABONA, Carlos María (orgs.). *La ciência del derecho penal ante al nuevo siglo*. Madrid: Tecnos, 2002.

MARTINSON, Robert. *What Works? Questions and Answers about Prison Reform*. In Public Interest, n. 35, 1974.

MARQUES NETO, Agostinho Ramalho. Neoliberalismo e gozo. In Escola Lacaniana de Vitória. *A lei em tempos sombrios*. Rio de Janeiro: Companhia de Freud, 2009.

MARX, Karl. *Para a Crítica da Economia Política. (Prefácio)* In. <http://www.marxists.org/portugues/marx/1859/01/prefacio.htm>.

MELOSSI, Dario; PAVARINI, Massimo. *Cárcere e fábrica: as origens do sistema penitenciário – séculos XVI-XIX*. Rio de Janeiro: Revan, 2006.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo. Gonet. *Curso de direito constitucional*. 2. ed., São Paulo: Saraiva, 2008.

MENDOZA BUERGO, Blanca de. *El derecho penal em la sociedade del riesgo*. Madrid: Civitas, 2001.

MEZGER, Edmund, *Derecho penal. Libro de estudio. Parte general*, Buenos Aires: Editorial Bibliográfica Argentina, 1958.

MIR PUIG, Santiago. *Introducción a las bases del derecho penal*. Barcelona: Ariel Derecho, 1994.

MIR PUIG, Santiago. *Introducción a las bases del derecho penal*. Barcelona: PPU, 1976.

MOCCIA, Sergio. De la tutela de bienes a la tutela de funciones: entre ilusiones postmodernas y reflujos iliberales. In SILVA SÁNCHEZ, Jesús María (org). *Política criminal y nuevo derecho penal. Libro homenaje a Claus Roxin*. Barcelona: Bosch, 1997.

MORAES, Maurício Zanoide de. *Presunção de inocência no processo penal brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

MÜLLER-TUCKFELD, Jens Christian. Ensayo para la abolición del Derecho penal del medio ambiente. In: *La insostenible situación del Derecho Penal*. Granada: Comares, 2000.

MUÑOZ CONDE, Francisco. *De nuevo sobre el "Derecho penal del inimigo"*. 2. ed., Buenos Aires: Hammurabi, 2008.

NAUCKE, Wolfgang. *O Alcance do Direito Penal Retributivo em Kant*. In GRECO, Luís; TÓRTIMA, Fernanda Lara (orgs.). *O Bem Jurídico como Limitação do Poder Estatal de Incriminar?* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

NEUMANN, Ulfrid. Bem jurídico, Constituição e os limites do direito penal. In GRECO, Luís; MARTINS, Antonio. *Direito Penal como crítica da pena. Estudos em homenagem a Juarez Tavares por seu 70º Aniversário em 2 de setembro de 2012*. São Paulo: Marcial Pons, 2012.

NEUMANN, Ulfrid. El principio de proporcionalidade como principio limitador de la pena. In HIRCH, Andrew von; SEELMANN, Kurt; WOHLERS, Wolfgang. *Límites al derecho penal. Principios operativos en la fundamentación del castigo*. Barcelona: Atelier, 2012.

NEUMANN, Ulfrid. O principio da proporcionalidade como principio limitador da pena. In *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. n. 71, março-abril, 2008.

NEVES, Marcelo. *A constitucionalização simbólica*. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

NIÑO, Luis Fernando. *El bien juridico como referencia garantista*. Buenos Aires: Del Puerto, 2008.

OST, François. *O tempo do direito*. Bauru: EDUSC, 2005.

PASCHOAL, Janaína Conceição. *Constituição, criminalização e direito penal mínimo*. São Paulo: RT, 2003.

PAVARINI, Massimo. *Control y dominación: teorías criminológicas burguesas y projeto hegemónico*. Buenos Aires: Siglo XXI, 2002.

PAVARINI, Massimo. Do front italiano: A metáfora da guerra e a democracia da segurança. In BOZZA, Fábio; ZÍLIO, Jacson (org.) *Estudos críticos sobre o sistema penal. Homenagem ao Professor Doutor Juarez Cirino dos Santos por seu 70º aniversário*. Curitiba: LedZe, 2012.

PAVARINI, Massimo. *Punir os inimigos: criminalidade, exclusão e insegurança*. Curitiba: ICPC, 2012.

PAVARINI, Massimo. *Un arte abyecto. Ensayo sobre el gobierno de la penalidade*. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2006.

PORTILLA CONTRERAS, Guilherme. La influencia de las ciencias sociales en el Derecho Penal: la defensa del modelo ideológico neoliberal en las teorías funcionalistas y en el discurso ético de Habermas sobre selección de los intereses penales. In NEUMANN, Ulfrid, et alli. *Crítica y justificación d el derecho penal en el cambio de siglo. El análisis crítico de la Escuela de Frankfurt*. Cuenca: Ediciones de la Universidad Castilla-La Mancha, 2003.

PRADO, Luiz Regis. *Bem jurídico-penal e Constituição*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

PRITTWITZ, Cornelius. Sociedad del riesgo y derecho penal. In NEUMAN, Ulfrid. *Crítica y justificación del derecho penal en el cambio del siglo. El análisis crítico de la Escuela de Frankfurt*. Cuenca: Ediciones de la Universidad de Castila-La Mancha, 2003.

PRITTWITZ, Cornelius. Sociedad del riesgo y Derecho penal. In *El penalista liberal. Controversias nacionales e internacionales en Derecho penal, procesal penal y Criminología*. Buenos Aires: Hammurabi, 2002.

REPOLÊS, Maria Fernanda Salcedo. *Habermas e a desobediência civil*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003.

RODRIGUES, Anabela Miranda. *A determinação da medida da pena privativa de liberdade*. Coimbra: Coimbra Editora, 1995.

ROXIN, Claus. *Derecho Penal. Parte General. Fundamentos. La Estructura de la Teoría del Delito*. Traducción de Diego-M. Luzón Peña; Miguel Díaz y Garcia Conlledo; y Javier de Vicente Remesal, Madrid: Civitas, 2003.

ROXIN, Claus. La Ciencia del Derecho penal ante las tareas del futuro. In *La ciência del derecho penal ante el nuevo milênio*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2004.

ROXIN, Claus. Sobre o recente debate em torno do bem jurídico. In GRECO, Luís; TÓRTIMA, Fernanda Lara. *O bem jurídico como limitação ao poder de incriminar?* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

ROXIN, Claus. *Strafrecht Allgemeiner Teil*, t. I, 4. ed., München, Beck, 2006.

RUDOLPHI, H.J. *Los diferentes aspectos del concepto de bien jurídico*. In Nuevo Pensamiento Penal Revista de Derecho y Ciencias Penales. Trad. Enrique Bacigalupo. Buenos Aires, ano 4, p.329-347, 1975.

RUSCHE, Georg; KIRCHHEIMER, Otto. *Punição e estrutura social*. 2. ed., Rio de Janeiro: Revan, 2004.

SANTOS, Boaventura de Souza. *A crítica da razão indolente. Contra o desperdício da experiência*. São Paulo: Cortês, 2005.

SANTOS, Boaventura de Souza. *Um discurso sobre as ciências*. Campinas: Editora Cortês, 1999.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Direitos fundamentais e proporcionalidade: notas a respeito dos limites e possibilidades da aplicação das categorias da proibição de excesso e de insuficiência em matéria criminal*. In GAUER, Ruth (Org). *Criminologia e sistema jurídico-penais contemporâneos*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2008.

SCHEERER, Sebastian. Além do direito penal do inimigo – ou: o que vem após o estado de direito? In BOZZA, Fábio; ZÍLIO, Jacson (org.) *Estudos críticos sobre o sistema penal. Homenagem ao Professor Doutor Juarez Cirino dos Santos por seu 70º aniversário*. Curitiba: LedZe, 2012.

SCHÜNEMANN, Bernd. *Consideraciones críticas sobre la situación espiritual de la ciencia jurídico-penal alemana*. Bogotá: Centro de Investigaciones de derecho penal y filosofía del derecho – Universidad Externado de Colômbia, 1998.

SCHÜNEMANN, Bernd. Del Derecho penal de la classe baja al Derecho penal de la classe alta. Un cambio de paradigma como exigencia moral? In *Temas actuales y permanentes del derecho penal después del milênio*. Madrid: Tecnos, 2002.

SCHÜNEMANN, Bernd. O Direito Penal é a *ultima ratio* da proteção de bens jurídicos! – sobre os limites invioláveis do direito penal em um Estado de Direito Liberal. In *Estudos de direito penal, direito processual penal e filosofia do direito*. São Paulo: Marcial Pons, 2013.

SCHÜNEMANN, Bernd. O princípio da proteção de bens jurídicos como ponto de fuga dos limites constitucionais e da interpretação dos tipos. In *Estudos de direito penal, direito processual penal e filosofia do direito*. São Paulo: Marcial Pons, 2013.

SCHÜNEMANN, Bernd. La relación entre ontologismo y normativismo en la dogmática jurídico-penal. In *Modernas tendencias en la ciencia del derecho penal y en la criminología*. Madrid: Universidad Nacional de Educación a Distancia, 2001.

SCHÜNEMANN, Bernd. Sobre la dogmática y la política criminal del derecho penal del ambiente. In *Temas actuales y permanentes del derecho penal después del milênio*. Madrid: Tecnos, 2002.

SCHÜNEMANN, Bernd. Sobre la dogmática y la política criminal del Derecho penal del médio ambiente. In SCHÜNEMANN, Bernd. *Temas actuales y permanentes del derecho penal después del milênio*. Madrid: Tecnos, 2002.

SGUBBI, Filippo. *El delito como riesgo social. Investigación sobre las opciones en la asignación de la ilegalidad penal*. Buenos Aires: Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, s/f.

SILVA DIAS, Augusto. *Delicta in Se e Delicta Mere Prohibita. Uma análise das discontinuidades do ilícito penal à luz da reconstrução de uma distinção clássica*. Coimbra: Coimbra Editora, 2008.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *La expansión del derecho penal: aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*. 2. ed. (reimpresão), Montevideo-Buenos Aires: Editorial B de F, 2006.

SOTO NAVARRO, Susana. *La protección penal de los bienes jurídicos colectivos en la sociedad moderna*. Granada: Comares, 2003.

STERNBERG-LIEBEN, Detlev. Bien jurídico, proporcionalidade y libertad del legislador penal. In HEFENDHEL, Roland. De largo aliento: el concepto de bien jurídico. In *La teoría del bien jurídico. Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?* Barcelona/Madrid: Marcial Pons, 2007.

STRATENWERTH, Günther. *Derecho penal. Parte general I. El hecho punible*. Madrid: Thomson/Civitas, 2005.

STRATENWERTH, Günther. La criminalización em los delitos contra bienes jurídicos colectivos. In HEFENDEHL, Roland. *et all* (Ed.) *La teoría del bien jurídico: ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?* Madrid : Marcial Pons, 2007.

STRATENWERTH, Günther. Sobre la legitación de los “delitos de conducta”. In HIRCH, Andrew von; SEELMANN, Kurt; WOHLERS, Wolfgang. *Límites al derecho penal. Principios operativos en la fundamentación del castigo*. Barcelona: Atelier, 2012.

STRECK, Lenio Luiz. *Bem jurídico e Constituição: da Proibição do Excesso (Überrmassverbot) à Proibição de Proteção Deficiente (Unterrmassverbot)*. In <http://leniostreck.com.br>

TAVARES, Juarez. La creciente legislación penal y los discursos de emergencia. In *Temas actuales de derecho penal*. Buenos Aires: Ad-hoc, 1998.

TAVARES, Juarez. *Os objetos simbólicos da proibição: o que se desvenda a partir da presunção de evidência*. In www.juareztavares.com

TAVARES, Juarez. *Teoria do injusto penal*. 3. ed., Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

TAYLOR, Ian; WALTON, Paul; YOUNG, Jock. *La nueva criminología. Contribución a una teoría social de la conducta desviada*. Buenos Aires: Amorrortu editores, 2001.

TERRADILLOS BASOCO, Juan María. *Empresa y derecho penal*. Buenos Aires: Ad-hoc, 2001.

TERRADILLOS BASOCO, Juan María. Función simbólica y objeto de protección del derecho penal. In BUSTOS RAMÍRES, Juan (dir.). *Pena y Estado. Función simbólica de la pena*. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1995.

TERRADILLOS BASOCO, Juan María. Globalización, administrativización y expansión del derecho penal económico. In TERRADILLOS BASOCO, Juan María; ACALE SÁNCHEZ, María (orgs.) *Temas de derecho penal económico*. Madrid: Trotta, 2004.

TERRADILLOS BASOCO, Juan María. La satisfacción de necesidades como criterio de determinación del objeto de tutela jurídico-penal. *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid*, n. 63, 1981.

TIEDEMANN, Klaus. *Manual de derecho penal económico. Parte general y especial*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2010.

VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. *Fundamentos del sistema penal. Acción significativa y derechos constitucionales*. 2. ed., Valencia: Tirant lo Blanch, 2011.

VON HIRSCH, Andrew. *Censurar y castigar*. Madrid: Trotta, 1998.

VON LISZT, Franz. *La idea de fin en Derecho Penal (1882)*. Valparaíso (Chile): Edeval, 1984.

VON LISZT, Franz. *Tratado de Direito Penal alemão*. vol. 1, Tradução de José Higyno Duarte Pereira. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial: Superior Tribunal de Justiça, 2006.

- WACQUANT, Loïc. *Punir os pobres*. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2003.
- WELZEL, Hans. *Derecho Penal Alemán*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2011.
- WELZEL, Hans. *Estudios de derecho penal*. Buenos Aires: B de F, 2002.
- WELZEL, Hans. *O novo sistema jurídico-penal. Uma introdução á teoria da ação finalista*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.
- WELZEL, Hans. *Verdad y limites del derecho natural*. In *Estudios de filosofía del derecho y derecho penal*. Buenos Aires: B de F, 2006.
- WILSON, James Q. *Thinking about crime*. New York: Basic Books, 1975.
- YOUNG, Jock. Criminologia da classe trabalhadora. In TAYLOR, Ian; WALTON, Paul; YOUNG, Jock. *Criminologia Crítica*. Tradução de Juarez Cirino dos Santos e Sérgio Tancredo. Rio de Janeiro: Graal, 1980.
- ZAFFARONI, Eugenio Raul; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Direito Penal Brasileiro – I*, Rio de Janeiro: Revan, 2003.
- ZAFFARONI, Eugenio Raul; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Manual de Derecho Penal: Parte General*. 2. Ed., Buenos Aires: Ediar, 2008.
- ZAFFARONI, Eugenio Raul. *O inimigo no direito penal*. Tradução de Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, 2007.
- ZAGREBELSKI, Gustavo. *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*. Madrid: Editorial Trotta, 2011.
- ZAGREBELSKI, Gustavo. *História y Constitución*. Madrid: Editorial Trotta, 2005.