

**UNIVERSIDADE DO VALE DO RIO DOS SINOS - UNISINOS  
UNIDADE ACADÊMICA DE PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO  
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO  
NÍVEL MESTRADO**

**MARCELO CASTELO BRANCO ISMAEL**

**POR UMA RACIONALIZAÇÃO DAS POLÍTICAS LEGISLATIVAS CRIMINAIS: O  
DILEMA ENTRE A EXPANSÃO DO DIREITO PENAL E A NECESSIDADE DE  
PROTEÇÃO DE NOVOS BENS JURÍDICOS**

**SÃO LEOPOLDO - RS**

**2014**

MARCELO CASTELO BRANCO ISMAEL

**POR UMA RACIONALIZAÇÃO DAS POLÍTICAS LEGISLATIVAS CRIMINAIS: O  
DILEMA ENTRE A EXPANSÃO DO DIREITO PENAL E A NECESSIDADE DE  
PROTEÇÃO DE NOVOS BENS JURÍDICOS**

Dissertação apresentada como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade do Vale do Rio dos Sinos - UNISINOS

Área de concentração: Hermenêutica, Constituição e Concretização de Direitos.

Orientador: Prof. Dr. André Luís Callegari

**SÃO LEOPOLDO - RS**

**2014**

183p

Ismael, Marcelo Castelo Branco

Por uma racionalização das políticas legislativas criminais: o dilema entre a expansão do direito penal e a necessidade de proteção de novos bens jurídicos / Marcelo Castelo Branco Ismael -- 2014.

109 f. ; 30cm.

Dissertação (Mestrado em Direito) -- Universidade do Vale do Rio dos Sinos. Programa de Pós-Graduação em Direito, São Leopoldo, RS, 2014.

Orientador: Prof. Dr. André Luís Callegari.

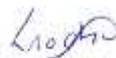
1. Direito penal. 2. Racionalidade. 3. Expansão - Direito penal. 4. Bens jurídicos I. Título. II. Callegari, André Luís.

CDU 343

UNIVERSIDADE DO VALE DO RIO DOS SINOS - UNISINOS  
UNIDADE ACADÊMICA DE PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO  
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO – PPGD  
NÍVEL MESTRADO

A dissertação intitulada: "**POR UMA RACIONALIZAÇÃO DAS POLÍTICAS LEGISLATIVAS CRIMINAIS: O DILEMA ENTRE A EXPANSÃO DO DIREITO PENAL E A NECESSIDADE DE PROTEÇÃO DE NOVOS BENS JURÍDICOS**", elaborada pelo mestrando **Marcelo Castelo Branco Ismael**, foi julgada adequada e aprovada por todos os membros da Banca Examinadora para a obtenção do título de MESTRE EM DIREITO.

São Leopoldo, 18 de dezembro de 2014.



Prof. Dr. **Leonel Severo Rocha**

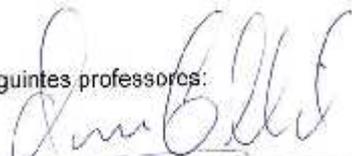
Coordenador do Programa de Pós-Graduação em Direito.

Apresentada à Banca integrada pelos seguintes professores:

Presidente: Dr. André Luis Callegari

Membro: Dr. André Zenkner Schmidt

Membro: Dr. Anderson Vichjneski Teixeira



Dedico este trabalho às mulheres da minha vida, minha mãe, Myrian, minha tia e madrinha, Maria da Guia, minha irmã, Julieta, e meu amor, Anne, porque sempre me incentivaram, compreenderam e me fazem ser um homem melhor a cada dia.

## **AGRADECIMENTOS**

Agradeço aos meus pais, José e Myrian, que me transmitiram os mais nobres valores, que dentre eles: a honestidade, a humildade, o respeito ao próximo e o valor dos estudos e do trabalho.

Agradeço a minha tia e madrinha, Maria da Guia, por sua força, amizade, carinho e amor.

Agradeço aos professores doutores do PPG da Unisinos, especialmente ao meu orientador, André Luís Callegari, por sua confiança e segurança na condução desta orientação. Ao professor doutor, Anderson Teixeira Vichinkeski, que junto com o professor André mostrou-nos o vasto mundo do Direito Penal durante o curso e, ao atencioso, paciente e sempre disposto a ajudar, professor doutor Wilson Engelman.

À minha irmã, Julieta, que muito me ajudou na revisão deste trabalho e claro à Anne, minha querida e amada companheira de todos os dias e horas, sempre estando ao meu lado.

## RESUMO

A presente pesquisa tem como objetivo analisar a necessidade e racionalidade da expansão do Direito Penal em face da tutela de novos bens jurídicos. Tal objetivo foi realizado através de um diálogo entre as ideias de Claus Roxin e Gunther Jakobs á respeito dos fundamentos e finalidades do Direito Penal. Segundo Roxin, o Direito Penal deve ser utilizado como forma de proteção dos bens jurídicos essenciais ao pleno desenvolvimento e existência de um Estado. Por outro lado, Gunther Jakobs defende que o Direito Penal tem como finalidade assegurar a vigência da norma. No primeiro capítulo, é abordada a expansão do Direito Penal, seu significado, motivos, efeitos e exemplos concretos, para tanto sendo tratado um estudo com relação à sociedade do risco, à disseminação do medo ante o risco e ao papel da sociedade como propulsora e vítima dessa expansão legiferante. No segundo capítulo existe uma averiguação sobre a racionalidade legislativa criminal deste movimento expansivo, principalmente na fase pré-legislativa em face da disfunção social geradora da expansão penal irrefletida. Para tanto se fez a apresentação de um conceito de racionalidade, sendo realizada ainda uma abordagem sobre as teorias que legitimam a pena e a demonstração de que o movimento expansivo penal vai de encontro aos princípios fundantes do Direito Penal. Princípios como o da intervenção mínima, o da subsidiariedade, princípios isto a partir da criação dos tipos simbólicos e ineficazes e após uma breve análise dos princípios que regem o Direito Penal. No terceiro capítulo há a apresentação do conceito de bens jurídicos como também dos novos bens jurídicos carentes de tutela penal. Ainda que também, uma discussão real á respeito da finalidade do Direito Penal em face da tutela de bens jurídicos, realizando um diálogo entre as teorias funcionalistas de Roxin e Jakobs, ao apresentar o ponto racional de cada uma. O método utilizado é o fenomenológico hermenêutico, e isto através de uma revisão bibliográfica, ao final sendo demonstrado que a função do Direito Penal vai além da proteção dos bens jurídicos ou da vigência da norma, na verdade o Direito Penal sendo considerado como um limite ao arbítrio e como delimitador de um Estado social democrático de Direito.

**Palavras-chave:** Racionalidade. Expansão do direito penal. Bens jurídicos.

## ABSTRACT

This research aims to examine the necessity and rationality of the expansion of criminal law in the face of new legal protection of property. This objective will be accomplished by means of a dialogue between the ideas of Claus Roxin and Gunther Jakobs about the fundamentals and purposes of criminal law. According to Roxin, criminal law should be used as a protection of essential interests legal to the full development and existence of a state. On the other hand, Gunther Jakobs argues that the criminal law is intended to ensure the validity of the standard. In the first chapter discussed the expansion of criminal law, its meaning, motives, purposes and concrete examples, for both will be treated based on the society's risk and the spread of fear towards risk and the role of society as a driver and victim of this expansion legislating. In the second chapter will be check the legislative rationality criminal of such expansive movement, especially in the pre-legislative's phase opposite generating social dysfunction thoughtless criminal expansion. A concept of rationality, that will be presented still being made an approach to theories that legitimize the penalty in order to be shown that the criminal expansive movement goes against the founding principles of criminal law, as the minimum intervention, subsidiarity, creating symbolic's and ineffective tupes, after a brief analysis of the principles governing the criminal law. In the third chapter will be presents the concept of good legal, the new poor legal interests of penal law. As also discussed the real purpose of criminal law in the face of the protection of legal interests, performing a dialogue between the functionalist theories by Roxin and Jakobs, presented on the rational point of each. The method used is the phenomenological's hermeneutic through at literature search, the end being shown that the function of criminal law goes beyond protecting legal interests or the validity of the standard, it is actually a limit to the discretion and delimitation of a welfare state democratic rights.

**Key-words:** Expansion. Criminal law. Rationality. Legal interests

## SUMÁRIO

<b>1 INTRODUÇÃO .....</b>	<b>8</b>
<b>2 A EXPANSÃO DO DIREITO PENAL.....</b>	<b>16</b>
2.1 A Expansão do Direito Penal, seu Significado, Origens e Razões Imediatas...	16
2.2 A Ampliação da Legislação Penal no Direito Comparado .....	30
2.3 O Reflexo desta Expansão no Direito Penal Brasileiro.....	36
<b>3 RACIONALIDADE LEGISLATIVA E POLÍTICA CRIMINAL: O DEBATE SOBRE OS FUNDAMENTOS DO DIREITO PENAL .....</b>	<b>39</b>
<b>3.1 A Dinâmica da Legislação Penal e um Conceito de Racionalidade.....</b>	<b>39</b>
3.1.1 A Fase Pré-Legislativa .....	39
3.1.2 A Fase Legislativa .....	44
3.1.3 A Fase Pós-Legislativa.....	46
3.1.4 Um Conceito de Racionalidade .....	47
<b>3.2 As Teorias que Legitimam a Intervenção Penal .....</b>	<b>49</b>
<b>3.3 A Contraposição entre a (In)utilidade do Direito Penal Expansivo e o Direito Penal Simbólico.....</b>	<b>58</b>
<b>3.4 Os Princípios Essenciais a Fundamentar o Direito Penal .....</b>	<b>66</b>
<b>4 A (IN) EFETIVIDADE DA EXPANSÃO DO DIREITO PENAL COMO INSTRUMENTO RACIONAL DE PROTEÇÃO DOS NOVOS BENS JURÍDICOS...71</b>	<b>71</b>
4.1 A Teoria dos Bens Jurídicos .....	71
4.2 A Noção de Novos Bens Jurídicos e da Necessidade de Proteção através da Tutela Penal .....	77
4.3 A Finalidade do Direito Penal em face da Tutela de Bens Jurídicos: um Diálogo entre Claus Roxin e Gunther Jakobs buscando um Critério de Racionalidade Legislativa num Estado Democrático de Direito.....	81
<b>5 CONSIDERAÇÕES FINAIS.....</b>	<b>97</b>
<b>REFERÊNCIAS.....</b>	<b>104</b>

## 1 INTRODUÇÃO

A presente pesquisa tem como objeto o estudo á respeito da necessidade e da racionalidade da expansão do Direito Penal em face da tutela de novos bens jurídicos. Para isso, pretende-se discutir com base nos princípios, nas finalidades e na necessidade do Direito em estudo o movimento expansionista da legislação penal, e isto se feito de forma irracional. Algo a ser realizado através do diálogo que há de ser considerado entre as ideias de Claus Roxin e Gunther Jakobs acerca dos fundamentos e das finalidades do Direito Penal.

A expansão do Direito Penal surge como resposta imediatista do Estado em meio a uma crise em proteger seus integrantes dos novos riscos sociais surgidos nas sociedades pós-industriais, na era da globalização que, segundo Sanchez<sup>1</sup>, representa a atual política criminal dominante. Essa realidade fundamenta-se no fato da humanidade viver hoje na sociedade do risco, definida por Beck<sup>2</sup>, sendo esta a atual realidade do mundo globalizado. A existência destes novos riscos dissemina um sentimento de insegurança permanente, criando, por conseguinte, uma sensação de medo em todo o corpo social, fato este que contribuirá, dentre outros fatores, fortemente para com essa expansão penal.

Fenômeno presente em toda a legislação penal comparada, a expansão do Direito Penal sendo um problema de importância ímpar, pois tal realidade resulta em uma inversão de valores que, conquistados pela humanidade ao longo de anos de luta desde as revoluções iluministas, estão sendo relativizados em face da intervenção penal irracional. Quanto mais dispositivos penais criminalizantes, mais o Estado interfere na esfera privada do indivíduo, proibindo-o de praticar condutas que, nem sempre, representam um dano ou perigo concreto a um interesse jurídico carente de proteção.

Essa expansão legiferante, na esfera penal, ocorre de forma irracional e irrefletida. Existe hoje um desvirtuamento do Direito Penal, que tem sido utilizado com outras finalidades. Segundo Roxin<sup>3</sup>, o Direito Penal deve ser utilizado como forma de proteção dos bens jurídicos essenciais ao pleno desenvolvimento e

---

<sup>1</sup> SANCHEZ, J. M. S. **A Expansão do direito penal**: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. (Coleção Direito e Ciências Afins. v. 6).

<sup>2</sup> BECK, U. **Sociedade de risco**: rumo a uma outra modernidade. São Paulo: Editora 34, 2010.

<sup>3</sup> ROXIN, C. **A proteção de bens jurídicos como função do direito penal**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

existência de um Estado. Por outro lado, Gunther Jakobs defende que o Direito Penal tem como finalidade assegurar a vigência da norma. A presente pesquisa tem por objetivo realizar uma releitura desta expansão do Direito Penal, fazendo um paralelo da finalidade do Direito Penal para Roxin e Jakobs. E isto com base em uma racionalidade legislativa onde seja possível observar os princípios fundantes do Direito Penal, discutindo estes, com o propósito de chegar à real finalidade, através de um critério de necessidade, racionalidade, legitimidade e adequação do Direito Penal dentro da realidade de um Estado Democrático de Direito.

Percebe-se, no crepúsculo do Século XX, em vários países, uma política de expansão do Direito Penal, onde, com a crise ou a não implementação do Estado do bem estar social<sup>4</sup> busca-se instituir um Estado Penal, no qual os princípios norteadores do Direito Penal são relegados à segundo plano, em face de uma nova finalidade que vem sendo forjada para o Direito Penal.

O Brasil, como não podia passar alheio a este movimento expansionista de intervenção estatal nas liberdades individuais através da legislação penal, também sofre uma forte influência do Direito Penal estrangeiro. E isto, principalmente, após a década de noventa, na medida em que vem seguindo este modelo de expansão do Direito Penal como instrumento inefetivo e irracional de proteção dos novos bens jurídicos. Esta mudança no tratamento dado ao fenômeno criminal tende a avançar inexoravelmente sobre os direitos e garantias fundamentais do cidadão, com o argumento imediatista e, sem comprovação científica e prática, de promover a segurança dos bens jurídicos essenciais à existência social.

Ante os argumentos expostos faz-se necessária uma racionalização da política legislativa penal para que a mesma se atenha a cumprir sua finalidade precípua de proteção dos bens jurídicos. Para tanto a pesquisa tem como objetivo

---

<sup>4</sup> Um Estado é social quando promove o princípio do seguro coletivo comunitariamente endossado contra o infortúnio individual e suas consequências. O Estado social tem sido a última personificação moderna da ideia de comunidade, isto é, uma reencarnação institucional dessa ideia em sua forma moderna de totalidade imaginada – tecida por consciência e aceitação recíproca, por compromisso, lealdade, solidariedade e confiança. Seria portanto aquele estado prestador, garante de direitos sociais, que no entanto, com a crise econômica interligada globalmente na era das sociedades pós indústrias, tem feito com que os Estados já não sancionam mais a apólice coletiva de seguros, deixando a tarefa de obter bem-estar e um futuro em segurança para as buscas individuais, conforme: BAUMAN, Z. **Vidas a crédito**: conversas com Citlali Rovirosa-Madrado. Rio de Janeiro: Zahar, 2010. p. 49-59. A questão da crise do estado do bem-estar social será retomada mais adiante.

geral discutir a expansão do Direito Penal à luz da racionalidade legislativa em face da proteção dos bens jurídicos como vetor fundante do Direito Penal.

Com base nos objetivos traçados como vetores desta pesquisa no primeiro capítulo, será analisado o Direito Penal dentro das ciências criminais, para isso há de se traçar um paralelo entre ele e a política criminal, avaliando o fenômeno da expansão do Direito Penal. Algo que se diga ao promover uma discussão sobre suas possíveis origens, razões, como também sobre demonstrações concretas na legislação comparada e brasileira. Será avaliado como a política criminal influi no Direito Penal, como a expansão legiferante atualmente é resultado de um desvirtuamento das finalidades do Direito Penal e que hoje, a pretexto de ser o instrumento imediato de defesa social, na verdade vem sendo utilizado como instrumento de controle social. Será abordada ainda, a questão da modernidade (ou pós-modernidade) em que vive a humanidade na atualidade, sendo esta responsável pelo surgimento de uma nova figura social, que é a sociedade de risco. Nesta sociedade, passa-se da lógica de distribuição de riquezas e vai-se analisar uma distribuição dos riscos onde estes, nem sempre reais, mas sempre sentidos, são disseminados em toda a sociedade, seja através da mídia ou dos avanços tecnológicos que fazem com que quase todos permaneçam conectados.

No primeiro capítulo é abordado ainda a questão da modernização do Direito Penal e o que diz respeito à sua expansão no Direito comparado e também na realidade nacional, vislumbrando suas possíveis causas e consequências imediatas.

Já no segundo capítulo se tem por escopo verificar a racionalidade legislativa criminal deste movimento expansivo. Com base na teoria de Ripollés<sup>5</sup> a respeito da racionalidade das leis penais, será feita uma abordagem sobre todas as fases deste. O autor ressalta a importância de uma fase anterior ao processo legislativo, à fase pré-legislativa, na elaboração das leis, pois nesta, onde em função da ocorrência de uma disfunção social, é que deverá ser verificada a real necessidade de intervenção penal naquela seara da sociedade, naquele momento em conflito. Ripollés divide essa fase pré-legislativa em cinco etapas sucessivas, que serão examinadas no presente capítulo.

Acredita-se na relevância do estudo de tal fase, pois esta fomentará o movimento expansivo penal. Algo demonstrando que mesmo antes da tramitação e aprovação de uma lei penal criminalizadora, em face do discurso de busca do controle

---

<sup>5</sup> DIEZ RIPOLLÉS, J. L. **A racionalidade das leis penais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

social, gerado em parte significativa pela difusão de notícias sobre o aumento da criminalidade, da violência e do medo, o Estado deveria agir para combatê-lo. Assim, quando há de considerar a intenção de alimentar o sentimento de insegurança na população que, por conseguinte, passa a exigir uma resposta estatal imediata e mais rigorosa. Esta resposta será dada através de leis penais mais severas, criação de novos tipos penais, bem como o recrudescimento das penas dos crimes já existentes. Este é o ponto mais característico e temerário desta fase pré-legislativa. Durante a fase legislativa será analisado que, em função do expansionismo penal, o Estado reduz a intervenção em matéria social e aumenta a intervenção através da legislação penal, transformando o direito penal na principal forma de combate aos problemas sociais, retirando seu caráter fragmentário e subsidiário. Após a fase legislativa, deve-se garantir uma adequada difusão dos resultados, não devendo estes novos dispositivos ficar restritos a círculos de confidencialidade, mesmo que tais resultados tragam ainda mais alarde à sociedade, que é a fase pós-legislativa. Na verdade em tal fase, o anseio social por uma resposta estatal será sentido.

Seguindo neste tema, é necessário abordar o que seria racionalidade, especificamente em relação a uma lei em matéria penal. Através da discussão em torno da racionalidade revela-se um sistema fundado na ética, em crenças, na cultura e na história que sustentam uma determinada coletividade, e a qual condiciona um processo legislativo. Há a discussão da figura dos políticos, auxiliados ou não por juristas na elaboração de dispositivos legais penais. Nesta será analisado o pensamento de Warat<sup>6</sup> para quem o mundo da vida é compreendido como uma fonte de condições para a ação comunicativa e, as estruturas simbólicas, dentre elas o Direito, estão por manter uma função interna com a razão comunicativa a fim de determinar a questão da racionalidade.

Passando pelas fases legiferantes serão apresentados os princípios e os fundamentos do Direito Penal, especificamente tratando das teorias que legitimam o Direito Penal. E isto abordando as teorias absolutas ou retributivas, relativas ou preventivas e as mistas ou ecléticas, analisando seus pontos positivos e negativos, e qual delas vem prevalecendo neste momento de expansão do Direito Penal e, qual seria a utilizada como legitimadora deste.

---

<sup>6</sup> WARAT, L. A. **Introdução geral ao direito**: interpretação da lei: temas para uma reformulação. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1994.

No terceiro capítulo é acentuado o tom crítico em função da expansão do Direito Penal como instrumento (ir) racional de proteção dos novos bens jurídicos e a possível inefetividade da expansão do Direito Penal como instrumento de proteção dos novos bens jurídicos. Para tal fim será abordada a noção de bem jurídico, desde o individual ao coletivo, aqueles que realmente necessitam de proteção penal e os novos bens jurídicos oriundos da sociedade do risco. Sendo ainda, discutida a real finalidade do Direito Penal em face da tutela de bens jurídicos, realizando um diálogo entre as teorias funcionalistas do Direito Penal desenvolvidas por Claus Roxin e Gunther Jakobs, passando pela teoria luhmaniana dos sistemas, buscando um critério de racionalidade legislativa num Estado Democrático de Direito.

Ao final, serão apresentadas as ponderações encontradas com base na pesquisa, perquirindo sobre a expansão do Direito Penal, sua necessidade e racionalidade em no que diz respeito ao surgimento de novos bens jurídicos com base nas teorias legitimadoras de Roxin e Jakobs.

O presente tema possui relevância jurídica e principalmente social em relação à irracionalidade com que o legislador tipifica condutas ou majora penas na legislação penal brasileira e também mundial na atualidade. A irracionalidade ante o fato daquele que deveria zelar pelos direitos e garantias dos cidadãos, não observa (nem segue) os princípios e fundamentos que legitimam a intervenção estatal na vida do indivíduo através do Direito Penal. E isto atualmente utilizando o Direito Penal muito mais como mecanismo de controle social devido à ausência de políticas públicas necessárias na criação dos conflitos advindos com a evolução social.

O poder legislativo, titular da competência para legislar em matéria penal segundo o texto constitucional, vem utilizando o Direito Penal de forma diversa àquela que deveria ser adotada. Hoje o Direito Penal ampliando-se cada vez mais deixou unicamente de tutelar os bens jurídicos essenciais à vida em sociedade para regular os interesses alheios a essa finalidade. A lei penal deve ser vista como uma garantia do cidadão diante a intervenção estatal, o Estado não podendo arvorar-se do Direito Penal como forma precípua de controle social. A lei penal, assim, tendo que coibir comportamentos nocivos ao pleno desenvolvimento social, e não qualquer conduta que não seja de interesse de um grupo ou classe que detenha maioria de representantes do poder legislativo, naquele momento histórico.

A pesquisa será realizada através do método fenomenológico-hermenêutico<sup>7</sup>. Conforme Heidegger<sup>8</sup>, a fenomenologia é um peculiar *como* da pesquisa. As objetualidades chegam a determinar-se tal como elas mesmas se dão. A investigação prende-se com a atualização do assunto, com isso propõe-se um caminho que a hermenêutica da faticidade procura seguir. Considerando-se que a forma de abordagem busca aproximar o pesquisador e os fatos a serem pesquisados. Em função disto, cabem algumas observações sobre a metodologia que sustenta o projeto e a pesquisa propriamente dita, ou seja, o método fenomenológico-hermenêutico. Através dele a pesquisa não será feita com base em uma análise externa, como se o sujeito e o objeto estivessem separados.

Na verdade, o sujeito/pesquisador está diretamente inserido no contexto do objeto de estudo, o qual interage com ele e sofre as consequências dos seus resultados. A pesquisa em torno da expansão do Direito Penal, da sua necessidade no que se refere ao surgimento de novos bens jurídicos, é o ponto fulcral desta dissertação, buscando-se verificar a racionalidade desse evento. E isto há de ser possível dizer que quando a partir da total inserção do pesquisador, assim como de toda a sociedade, dentro dessa realidade expansiva da legislação penal. Assim, não se trata de uma investigação alheia ao pesquisador, ele estando dentro da realidade onde a pesquisa será desenvolvida, seja na legislação pátria ou comparada. Daí uma atenção para necessidade desta e para o alcance do significado do fenômeno. Já essa constatação fenomênica receberá a atribuição de sentido, a partir do círculo hermenêutico, especialmente doravante às contribuições de Martin Heidegger<sup>9</sup> e Hans-Georg Gadamer<sup>10</sup>.

Contrariando o ordenamento constitucional brasileiro o legislador, na ânsia de dar uma resposta à sociedade no combate à criminalidade, edita leis

---

<sup>7</sup> A fenomenologia hermenêutica de Heidegger e a análise da historicidade da presença buscava uma renovação geral da questão do ser e não uma teoria das ciências do espírito ou uma superação das aporias do historicismo. Esses eram meros problemas atuais que permitiam demonstrar as consequências de sua renovação radical da questão do ser. Mas graças precisamente à radicalidade de seu questionamento pode sair do labirinto em que se haviam deixado apanhar Dilthey e Husserl com suas investigações sobre os conceitos fundamentais das ciências do espírito. Compreender não é ideal resignado da experiência de vida humana na idade avançada do espírito, como um em Dilthey; mas tampouco é, como em Husserl, um ideal metodológico último da filosofia frente à ingenuidade do ir vivendo. É, ao contrário, a forma originária de realização da presença, que é ser-no-mundo. Antes de toda diferenciação da compreensão nas diversas direções do interesse pragmático ou teórico, a compreensão é o modo de ser da presença, na medida em que é poder-ser e “possibilidade”. Em GADAMER, H-G. **Verdade e método I**. 10. ed. Petrópolis: Vozes, 2008. p. 346-347.

<sup>8</sup> HEIDEGGER, M. **Ontologia: hermenêutica e facticidade**. Petrópolis: Vozes, 2012. p. 82.

<sup>9</sup> HEIDEGGER, M. **Os problemas fundamentais da fenomenologia**. Petrópolis: Vozes, 2012.

<sup>10</sup> GADAMER, H-G. **Verdade e método I**. 10. ed. Petrópolis: Vozes, 2008.

criminalizando quaisquer condutas, desrespeitando os princípios constitucionais penais da proporcionalidade, intervenção mínima e subsidiariedade penal. Em decorrência desta prática está havendo hoje um movimento legiferante de supressão de garantias constitucionais em nome de um bem estar social hipotético. Ou seja, espera-se que com a criminalização de condutas e o recrudescimento das penas dos crimes já existentes o indivíduo adote outro comportamento que não a prática de crimes. É preciso racionalidade do legislador e principalmente da sociedade que cobra resultados no combate ao crime, mas não se incomoda em ver direitos e garantias serem suprimidos com o expansionismo punitivista penal em que vive o mundo e o Brasil. A criminalização de uma conduta ou o aumento da sanção de um crime já existente não é suficiente para evitar a prática desta conduta tipificada, fato este comprovado por vários pesquisadores desde Mittermaier<sup>11</sup> a Foucault<sup>12</sup>.

Tal estudo é essencial em um momento em que o Brasil discute no Congresso Nacional a elaboração de um novo Código Penal. Em um Estado Democrático de Direito, balizado por princípios que pregam a intervenção mínima, a proporcionalidade e a subsidiariedade do Direito Penal, deve-se pugnar pela racionalidade daqueles detentores do poder legiferante para que observem tais princípios e não obnubilem direitos e garantias fundamentais do cidadão. Ainda que, lembrando que tais direitos são cláusulas pétreas e que não podem ser suprimidas.

Essa pesquisa visa realizar uma crítica aos mecanismos utilizados para proteger um modelo efetivo de Estado Democrático de Direito. Modelo este que deve proteger os interesses dos cidadãos de forma ampla, difusa, sem desrespeitar seus direitos fundamentais, ao contrário do que é observado atualmente quando o Estado se utiliza da lei penal como meio simbólico e político de resposta imediatista a um problema social que deve ser analisado por outras áreas. Uma análise de forma mais abrangente e profunda, não só pelo Direito Penal, mas especialmente por outras esferas de atuação, e não somente legislação, preferencialmente políticas públicas de inserção social e não somente dispositivos que criminalizam, pune e segrega.

O tema em discussão na presente análise está inserido na linha de pesquisa Hermenêutica, Constituição e Concretização de Direitos na medida em que a referida linha de pesquisa objetiva discutir a expansão irracional do Direito Penal e

---

<sup>11</sup> MITTERMAIER, K. J. A. **A pena de morte**: os trabalhos das ciências, os progressos da legislação e os resultados da experiência. São Paulo: Livraria e Editora Universitária de Direito, 2004.

<sup>12</sup> FOUCAULT, M. **Vigiar e punir**: nascimento da prisão. 37. ed. Petrópolis: Vozes, 2009.

o desvirtuamento dos seus princípios e dos vetores basilares de legitimação. O Estado busca dar respostas à sociedade para o fenômeno criminal com a tipificação de condutas, majoração de penas. Desta forma, o legislador ao invés de proteger os direitos dos cidadãos buscando uma efetivação dos direitos fundamentais e sociais, está na verdade agindo na contramão desta função, pois o movimento expansivo irracional do Direito Penal vem legitimando cada vez mais a intervenção estatal na esfera privada.

## 2 A EXPANSÃO DO DIREITO PENAL

O processo de evolução das relações sociais tem implicado em viver numa sociedade onde os conflitos oriundos das relações humanas são cada vez comuns e complexos. Uma população que ultrapassa os seis bilhões de pessoas, numa época em que o acesso aos meios de comunicação se massificou, um conflito local ou regional em instantes pode passar a ser mundial. Essa propagação imediata de conflitos, surgidos com os novos riscos advindos com a globalização, são ao mesmo tempo causa e consequência de uma sociedade fluida em suas relações e ao mesmo tempo interligada em face da busca de solução aos novos riscos e necessidades sociais.

Não é uma crise social ou de um modelo econômico, mas sim o desenvolvimento de uma nova ordem mundial, baseada na industrialização, na expansão econômica e técnico científico que acarreta o surgimento de novos riscos a serem enfrentados. O incremento desses riscos advindos com a modernização, são características elementares da sociedade risco, que segundo Beck<sup>13</sup> está caracterizada por ameaças e fraquezas que levam a um futuro incerto. Essa incerteza tem como consequência imediata a disseminação do medo e da incerteza de um futuro carente de respostas e soluções imediatas. Em torno desta ênfase dada ao fenômeno do risco/perigo e incerteza diante desta nova ordem social surge um sentimento de emergência, onde o Direito Penal é elevado a forma imediata e eficaz de combate ao medo e a insegurança alardeados pelos cidadãos vítimas em potencial dos novos riscos e perigos da sociedade contemporânea.

### 2.1 A Expansão do Direito Penal, seu Significado, Origens e Razões Imediatas

Antes de tratar do fenômeno expansivo do Direito Penal, é auspicioso identificar seu significado, inicialmente transcrevendo as palavras de Carrara “O Direito é a liberdade. Bem entendida, a ciência penal é, pois, o código supremo da liberdade, que tem por escopo subtrair o homem à tirania dos demais, e ajudá-lo a subtrair-se à sua própria, bem como à de suas paixões”<sup>14</sup>. Segundo o mestre italiano o Direito, antes de qualquer associação à ideia de limitação ou coerção, ele traduz a ideia

---

<sup>13</sup> BECK, U. **Sociedade de risco**: rumo a uma outra modernidade. São Paulo: Editora34, 2010

<sup>14</sup> CARRARA, F. **Programa do curso de direito criminal**. São Paulo: Saraiva, 1956. p. 11.

de liberdade, liberdade esta do cidadão perante o Estado e seu semelhante. Um ponto salutar do pensamento de Carrara é a liberdade do homem ante sua própria emoção ou paixão que possa levar à tirania. O agir com base na paixão pode levar o homem a perder a razão, questão esta a ser abordada nesta pesquisa qual seja a criação de um Direito Penal que não sobserve-se seus princípios fundantes, sua base teórica que lhe legitima e justifica essa intervenção com vistas a garantir a liberdade. Não menos significativa é a breve noção de Litz para quem “todo direito existe por amor dos homens e tem por fim proteger interesses da vida humana. A proteção de interesses é a essência do direito, a ideia finalística a força que o produz”<sup>15</sup>. Em relação às ideias de Litz impende ressaltar que foi ele quem descreveu que o crime tornou-se objeto de uma multiplicidade de ciências e não só do Direito Penal.

Neste desiderato em chegar a uma definição da Ciência do Direito Penal é indispensável trazer a contribuição na formação e a relação do Direito Penal com a Filosofia, especificamente com a Filosofia do Direito, que ninguém melhor que Hassemer para explicar essa relação:

O que realmente é de se admirar é que essas relações não sejam ainda mais estreitas, pois boa parte do trabalho teórico no Direito penal foi produzida sem fundamentação ou enfoque filosófico. Mesmo assim, os ‘grandes’ temas do Direito Penal apontam diretamente para problemas centrais de uma Filosofia do Direito penal, a exemplo da teoria da valoração penal, da legitimidade do Direito penal e da pena.<sup>16</sup>

O jurista alemão faz uma crítica a Ciência do Direito Penal em face de que algumas questões de extrema relevância desta, que deveriam ser tratadas por filósofos, são tratadas, na sua teoria e na sua prática, por juristas. Ele prega que a filosofia, mais precisamente, a filosofia do Direito é que deveria responder a problemas cruciais do Direito Penal. No entanto, em relação a questões de política criminal Hassemer não acredita na mesma necessidade de embasamento e influência. As fundamentações filosóficas da legitimidade da expiação criminal e a racionalidade da legislação penal serão abordadas com maior propriedade e atenção em capítulo próprio.

Neste diapasão convem delimitar a atuação de cada esfera das ciências criminais e qual a noção de cada uma. Segundo Dias “o tempo presente é, por

---

<sup>15</sup> LIZST, F. V. **Tratado de direito penal alemão**. Rio de Janeiro: F. Briguiet & C., 1899. t. 1, p. 93.

<sup>16</sup> HASSEMER, W. **Direito penal: fundamentos, estrutura, política**. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 2008. p. 26.

excelência, o tempo da política criminal”<sup>17</sup>. O conhecimento e a delimitação da política criminal são imprescindíveis para o objetivo geral desta pesquisa, pois, quando se diz que o Direito é uma ciência social que acompanha o desenvolvimento da sociedade nem sempre da forma mais racional, sua mutação constante é um fato, devendo-se tais mudanças, principalmente, à política criminal, conforme leciona Bastista:

Do incessante processo de mudança social, dos resultados que apresentem novas ou antigas propostas do direito penal, das revelações empíricas propiciadas pelo desempenho das instituições que integram o sistema penal, dos avanços e descobertas da criminologia, surgem princípios e recomendações para a reforma ou transformação da legislação criminal e dos órgãos encarregados de sua aplicação. A esse conjunto de princípios e recomendações denomina-se política criminal.<sup>18</sup>

Em verdade a evolução, não necessariamente no sentido de aprimorar-se do Direito Penal, é fruto do avanço da política criminal. Sendo, portanto, esta quem delimita o atuar estatal em legislar, seja criminalizando ou descriminalizando alguma conduta.

Segundo Delmas-Marty,

Atribuída ao professor alemão Feuerbach (1803), a expressão ‘política criminal’ foi durante muito tempo sinônimo de teoria e prática do sistema penal, designando, segundo este autor, ‘o conjunto dos procedimentos repressivos pelos quais o Estado reage contra o crime’.<sup>19</sup>

Segundo o pensamento da autora francesa, a política criminal é autônoma tanto quanto ao Direito Penal quanto da Criminologia e da Sociologia Criminal, e não é possível resumir o problema de estudo e enfrentamento do crime somente ao Direito Penal, mas ao conjunto das ciências criminais. Nesta mesma senda:

Desde o momento, pois, em que V. Liszt cunhou a ideia de uma ciência conjunta ou global do direito penal até aos nossos dias, não se tornou pacífico o estatuto que dentro dela deveria caber cada uma das três ciências que a compõem, nem tão-pouco a sua hierarquia e o modo com elas devem relacionar-se entre si.<sup>20</sup>

---

<sup>17</sup> DIAS, J. de F. **Temas básicos da doutrina penal**. Coimbra: Coimbra Editora, 2001. p. 3-4.

<sup>18</sup> BATISTA, N. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**. 12. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Revan, 2011. p. 33.

<sup>19</sup> DELMAS-MARTY, M. **Os grandes sistemas de política criminal**. Barueri: Manole, 2004. p. 3.

<sup>20</sup> DIAS, op. cit., p. 8.

De acordo com Dias “foi mérito de Franz Von Litz ter criado, na base das especiais relações intercedentes entre estes vários pensamentos do crime, a enciclopédia das ciências criminais.”<sup>21</sup>

Mesmo com todo o destaque da política criminal, esta não pode se sobrepor à dogmática jurídico-penal. Tal sobreposição é que permite, inicialmente falando, a expansão, por vezes desnecessárias e sem fundamento do Direito Penal pois a política criminal deveria ser usada apenas como guia, como caminho da reforma penal e não como base fundante de tal reforma ou mesmo de criação da lei penal.

Segundo Sanchez “adotada, no plano político-criminal básico, a perspectiva garantista, nossa exposição passa a estar condicionada, de maneira quase obrigatória, ao cultivo da dogmática como disciplina penal fundamental.”<sup>22</sup> Logo quando da crítica ao movimento expansionista da legislação penal, essa crítica recai também sob o fato da política criminal, de enfrentamento ao fenômeno criminógeno hoje, ter subjugado a dogmática penal a um segundo plano. E isto diante da política criminal que, sem fundamento algum eleva a intervenção estatal na esfera do indivíduo contrariando os postulados definidos por Litz e retransmitidos por Roxin: “a lei, porém – e também o Código Penal –, não é instrumento de reforma social, mas somente meio de reestabelecimento e de ordenação das liberdades coexistentes.”<sup>23</sup>

A idéia de utilização das ciências penais como instrumento de controle social não é nova, Ferri já afirmava que “a lei penal provê a defesa social,”<sup>24</sup> Conde<sup>25</sup> e Hassemer<sup>26</sup> fazem uma análise crítica dessa prática como um reflexo da teoria da prevenção geral, ponto de análise mais detalhada do próximo capítulo.

Em sua obra – A Expansão do Direito Penal – Aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais –, Sanchez<sup>27</sup> afirma que “o Direito Penal é um instrumento qualificado de proteção de bens jurídicos especialmente importantes”. E descreve que o avanço social faz surgir novos bens jurídicos, que assim como

---

<sup>21</sup> DIAS, J. de F. **Questões fundamentais do direito penal revisitadas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 23.

<sup>22</sup> SÁNCHEZ, J-M. S. **Aproximação ao direito penal contemporâneo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. v. 7, Direito e Ciências Afins, p. 83.

<sup>23</sup> ROXIN, C. **Política criminal e sistema jurídico penal**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 13.

<sup>24</sup> FERRI, H. **Princípios de direito criminal**. São Paulo: Saraiva, 1931. p. 107.

<sup>25</sup> CONDE, F. M. **Direito penal e controle social**. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

<sup>26</sup> HASSEMER, W. **Introdução aos fundamentos do direito penal**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2005.

<sup>27</sup> SANCHEZ, J. M. S. **A expansão do direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 27. (Coleção Direito e Ciências Afins, v. 6).

aqueles bens jurídicos clássicos como a vida, o patrimônio, também carecem de tutela penal. Sanchez segue analisando que o surgimento de novos interesses, de novos bens jurídicos, fundamentam a expansão razoável do Direito Penal.

Seguindo nesta senda Roxin prega que "a ideia principal foi que o Direito Penal deve proteger somente bens jurídicos concretos, e não convicções políticas ou morais, doutrinas religiosas, concepções ideológicas do mundo ou simples sentimentos."

<sup>28</sup> No entanto, o que se percebe nas últimas décadas é uma expansão do Direito Penal de forma irrefletida e irracional.

Segundo Sanchez,

Desde a enorme difusão da obra de Ulrich Beck, é lugar comum caracterizar o modo social pós-industrial em que vivemos como 'sociedade do risco' ou sociedade de riscos. Com efeito, a sociedade atual aparece caracterizada, basicamente, por um âmbito econômico rapidamente variante e pelo aparecimento de avanços tecnológicos sem paralelo em toda a história da humanidade. <sup>29</sup>

Para Beck "a produção social de riqueza é acompanhada sistematicamente pela produção social de riscos" <sup>30</sup> e com o avanço social surgem novas riquezas, novos bens jurídicos, que merecem a tutela estatal, não necessariamente a tutela penal. Mas, o Estado ante a falta de políticas públicas e sociais que atendem para a salvaguarda de tais interesses convoca, de imediato, àquele que deveria ser seu soldado de reserva, o Direito Penal, utilizando-o para dirimir, ou até mesmo tentar evitar, conflitos e nem sempre merecedores desta tutela.

Seguindo o pensamento de Beck, a modernidade é a responsável pelo surgimento de uma nova figura social, que é a sociedade de risco. Os princípios de cálculo da sociedade industrial são encobertos e anulados e os perigos que a sociedade produz, ultrapassam os limites da segurabilidade. Passa-se da lógica de distribuição de riquezas para uma distribuição dos riscos<sup>31</sup>.

Para Machado, "Ulrich Beck distingue dois conceitos de modernização: a modernização simples, que ocorreu durante o período industrial, e a modernização reflexiva," <sup>32</sup> sendo esta última, segundo o próprio Beck ocorreria com "a

---

<sup>28</sup> ROXIN, C. **A proteção de bens jurídicos como função do direito penal**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 12.

<sup>29</sup> SANCHEZ, op. cit., p. 35.

<sup>30</sup> BECK, U. **Sociedade de risco**: rumo a uma outra modernidade. São Paulo: Editora 34, 2010. p. 23.

<sup>31</sup> Ibid., p. 24.

<sup>32</sup> MACHADO, M. R. A. **Sociedade do risco e direito penal**: uma avaliação de novas tendências político-criminais. São Paulo: IBCCRIM, 2005. p. 29.

possibilidade de uma (auto) destruição criativa para toda uma era: aquela da sociedade industrial.”<sup>33</sup> Esta reflexividade é verificada na indesejada e despercebida transição do modelo da sociedade industrial para a sociedade de risco, junto com a qual, vai nascer da percepção social dos riscos tecnológicos globais e de seu processo de surgimento até então despercebido. Ainda conforme Machado, a teoria da sociedade mundial do risco “é uma política sobre as mudanças estruturais da sociedade industrial e, ao mesmo tempo, sobre o conhecimento da modernidade, que faz com que a sociedade se torne crítica de seu próprio desenvolvimento.”<sup>34</sup> Esta nova ordem social pode ser percebida através dos fenômenos comuns a todos os Estados: a globalização econômica e a integração supranacional.

A globalização econômica vai quebrar barreiras antes de difícil acesso e criar problemas para a aplicação da lei penal que é o caso da extraterritorialidade da lei penal e o surgimento de novas formas de se cometer delitos clássicos, além do surgimento de novos interesses. A delimitação de autoria seria outro problema a se solucionar e dentre outros, esses são dois dos principais fatores que não legitimam, mas fomentam essa expansão da legislação penal.

Os riscos da contemporaneidade são os riscos da modernização, que são diferentes dos riscos da idade média, justamente pela globalidade de sua ameaça, e por ser produto da maquinaria do processo industrial.

Nesses novos riscos, existe um componente futuro, ou seja, relacionado com uma (im)previsão de uma destruição ou catástrofe que ainda não ocorreu, mas que se revela iminente e por vezes de difícil previsão de efeitos lesivos. As ameaças da modernidade tomam corpo, mostrando a necessidade de considerar a autolimitação do desenvolvimento que desencadeou essa sociedade. É a potencialização desses riscos da modernização que caracteriza a sociedade de risco.

Esta tendência de política criminal não só mundial como nacional, como já afirmado, não é mais novidade, a institucionalização da sensação de insegurança social gera um clamor na sociedade por uma resposta rápida e nem sempre racional do Estado ante o avanço da criminalidade. Para Beck<sup>35</sup>, o trinômio: Risco, medo e segurança são os vetores orientadores do processo de expansão do Direito Penal.

É preciso definir o que vem a ser o medo, para isso Bauman sintetiza:

---

<sup>33</sup> BECK, U.; GIDDENS, A.; LASH, S. **Modernização reflexiva**: política, tradição e estética na ordem social moderna. São Paulo: Editora da Universidade Estadual Paulista, 1995. p. 12.

<sup>34</sup> MACHADO, op. cit., p. 31.

<sup>35</sup> BECK, U. **Sociedade de risco**: rumo a uma outra modernidade. São Paulo: Editora 34, 2010.

O medo é mais assustador quando difuso, disperso, indistinto, desvinculado, desancorado, flutuante, sem endereço nem motivos claros; quando nos assombra sem que haja uma explicação visível, quando a ameaça que devemos temer pode ser vislumbrada em toda parte, mas em lugar algum se pode vê-la. Medo é o nome que damos a nossa incerteza: nossa ignorância da ameaça e do que deve ser feito – do que pode e do que não pode – para fazê-la parar ou enfrentá-la, se cessá-la estiver além do nosso alcance. [...] O medo é um sentimento conhecido de toda criatura viva.<sup>36</sup>

Para Bauman,<sup>37</sup> o conceito de risco delimitado por Beck é insuficiente para traduzir a verdadeira novidade introduzida na condição humana pela globalização. Para Beck os riscos desencadeiam danos sistematicamente definidos, por vezes irreversíveis, baseiam-se em interpretações causais, apresentando-se, portanto, tão somente no conhecimento que se tenha deles, podendo ser alterados, diminuídos ou amenatados. A questão é que com a distribuição e o incremento dos riscos surgem as situações de ameaça<sup>38</sup>. Hoje a modernização, visto que a ideia de risco só pode partir de uma regularidade essencial do mundo (só há risco se há uma situação ideal?), permite que os riscos sejam calculados. Ou seja, “precisa de uma sociedade rotinizada, monótona e repetitiva”, conforme Wermuth<sup>39</sup>.

As sequências, causais e de distribuição do risco, reaparecem com frequência e de modo suficientemente comum para que os custos e benefícios das ações pretendidas e suas chances de fracasso e sucesso sejam passíveis de tratamento estatístico e avaliados em relação aos precedentes. Então, Bauman propõe a substituição de sociedade de risco por sociedade da incerteza, os efeitos vão muito além do alcance do impacto rotinizante do controle e do conhecimento para planejá-lo.

Pode-se avaliar que quando se fala em Direito Penal o que se percebe é o aumento de leis penais incriminadoras, a tipificação de condutas que antes eram indiferente penal, que geram situações de perigo abstrato, a incriminação de comportamentos que seriam meros atos preparatórios, o incremento indiscriminado e desarrazoado das penas. Quanto à relativização de princípios penais, dentre eles já se pode destacar o da intervenção mínima e subsidiariedade, e com as normas penais de conteúdo vago, impreciso e ambíguo, dos tipos penais em branco, substituem

---

<sup>36</sup> BAUMAN, Z. **Medo Líquido**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2008. p. 8.

<sup>37</sup> BAUMAN, Z. **Confiança e medo na cidade**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2009.

<sup>38</sup> BECK, U. **Sociedade de risco**: rumo a uma outra modernidade. São Paulo: Editora 34, 2010. p. 27.

<sup>39</sup> WERMUTH, M. Â. D. **Medo e direito penal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 28.

procedimentos acusatórios por mecanismos inquisitivos, com a progressiva atenuação, e por vezes inversão<sup>40</sup> do princípio da presunção de inocência.

Em uma resposta simbólica ao clamor social por segurança, a política criminal tem sofrido também forte influência ante a necessidade de combater o avanço do fenômeno criminal. A população se sente mais segura com o endurecimento punitivo, ainda que isso só tenha a função de encobrir a incapacidade do Estado de enfrentar determinados problemas sociais geradores deste evento presente em toda a sociedade. É como se a solução estivesse no plano simbólico e não no real enfrentamento do problema. Conforme Young:

A falácia cosmética concebe a criminalidade como um problema superficial da sociedade, tópico, que pode ser tratado com aplicação do unguento apropriado, e não como uma doença crônica da sociedade como um todo. Esta atitude engendra uma criminologia cosmética, que vê a criminalidade como uma mancha passível de ser removida do corpo com o tratamento adequado, pois, sem ela, esse corpo é saudável e tem pouca necessidade de reconstrução. Esta criminologia se distância das instituições nucleares e profere soluções técnicas, segmentárias. Por isto, ela inverte a causalidade: a criminalidade causa problemas para a sociedade, em vez de a sociedade causa o problema da criminalidade. Embora esta crença possa manter-se facilmente quando o crime é um comportamento relativamente inusual, quanto mais comum ele se tornar, mais difícil será sustentá-la sem sugerir que a própria criminalidade seja usualmente trivial em sua natureza e impacto. A posição e tem seus adeptos, embora a grande maioria dos criminólogos acadêmicos, sejam conservadores ou liberais em suas disposições, não ache esta lógica satisfatória.<sup>41</sup>

Assim, hoje, o Estado responde às crises da sociedade contemporânea por meio do recrudescimento da legislação penal, aplicando-a de forma desvirtuada e sem atentar para os princípios norteadores do Direito. Então, como se não existissem outros mecanismos de controle social, válidos ou eficazes, o Estado tem legitimado esse avanço diante de mais condutas criminalizadas, com penas mais duras e com mais penas de prisão.

Outra característica dessa política criminal é a configuração de um Direito Penal preventivo, que antecipa a proteção penal através de delitos de perigo, na

---

<sup>40</sup> A atual redação da Resolução 432/13 do Contran que regulamentou, em 29.01.13, a Lei 12.760/12, de 21.12.12, prevê a possibilidade do agente de trânsito autuar em flagrante por dirigir veículo automotor sob influência de substância que comprometa sua capacidade, o condutor de veículo que, apresente sonolência, olhos vermelhos, vômito, soluços, desordem nas vestes, odor de álcool no hálito. Atualmente caso o condutor apresente-se em alguma destas situações poderá responder criminalmente, a não ser que faça exame de sangue ou sobre o bafômetro para provar que não está bêbado.

<sup>41</sup> YOUNG, J. **A sociedade excludente**: exclusão social, criminalidade e diferença na modernidade recente. Rio de Janeiro: Revan: Instituto Carioca de Criminologia, 2002. p. 191. (Pensamento Criminológico, v. 7).

maioria das vezes, perigo abstrato, e proteção penal a bens jurídicos universais que deveriam ser tutelados por outra área do Direito. Isso leva à flexibilização dos pressupostos clássicos de imputação objetiva e subjetivos.

No entanto, a constante pressão social ante a insegurança serve como justificativa para uma luta simbólica contra a criminalidade, suprimindo, por vezes, direitos e garantias do cidadão ao ponto de se admitir, em alguns casos, a perda do status de pessoa de alguns acusados.

A globalização e a conseqüente sociedade de risco contemporânea aumentam o sentimento de insegurança diante da imprevisibilidade e liquidez das relações sociais. É paradoxal o sentimento, no entanto, de estar se habitando um mundo cada vez mais seguro e controlado pela humanidade – inversamente proporcional ao avanço da ciência e da tecnologia.

Para Ripollés<sup>42</sup>, os novos riscos que afetam a coletividade, são artificiais, produzidos por atividades humanas, e são também conseqüências das novas tecnologias do mundo globalizado, sendo de difícil antecipação, exigindo o conhecimento e manejo de novas capacidades técnicas. São também de difíceis atribuições de responsabilidades para determinadas pessoas, em razão da não previsão de sua aparição e do entrecruzamento de diversas atividades que o geram, de modo que não se sabe em mão de quem estão eles, resultando na sua distribuição, não satisfazendo, assim, plenamente as exigências de imputação e de responsabilidade.

Com isso, tem-se difundido um sentimento de insegurança que parece não guardar correspondência com tais riscos, senão que potencializado da seguinte maneira: pela intensa cobertura midiática dos acontecimentos perigosos ou lesivos; pela dificuldade com que tropeça o cidadão para compreender a mudança tecnológica a ritmar sua vida cotidiana; e pela extensa percepção social de que a moderna sociedade tecnológica acarreta uma notável transformação das relações e valores sociais, e uma significativa redução da solidariedade coletiva.

Com base na teoria da sociedade do risco do sociólogo alemão e nos estudos de Hassemer<sup>43</sup> á respeito da modernização do Direito Penal, Martin, em sua obra – Prolegômenos para a luta pela modernização e expansão do direito penal e

---

<sup>42</sup> RIPOLLÉS, J. L. D. **La política criminal em la encrucijada**. República Argentina: Julio Cesar Faira - Editor, 2007. p.132-134.

<sup>43</sup> HASSEMER, W. **Introdução aos fundamentos do direito penal**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2005.

para a crítica do discurso de resistência – vem definir o que vem a ser o Direito Penal moderno:

O Direito penal moderno seria aquele próprio e característico da sociedade de riscos. O controle, a prevenção e a gestão de riscos gerais são vistos como tarefas que devem ser assumidas pelo Estado e este as assume efetivamente de modo relevante, e para a realização de tais objetivos o legislador recorre ao tipo penal de perigo abstrato como instrumento técnico adequado por excelência. Por isso o Direito penal moderno, ou uma parte considerável do mesmo, é denominado 'Direito penal do risco'.<sup>44</sup>

Segundo Martin, uma consequência do desenvolvimento do progresso científico e tecnológico, industrial e econômico, na sociedade moderna seria produzir o surgimento de uma pluralidade de novos riscos, nem sempre desejáveis. Ainda segundo Martin:

Características desses novos riscos são tanto suas grandes dimensões com a indeterminação do número de pessoas potencialmente ameaçadas. Essa realidade própria da dinâmica moderna, permitiria compreender esta mesma sociedade como uma 'sociedade de insegurança objetiva', dimensão objetiva que ao se combinar com a subjetiva da 'insegurança sentida' pelos cidadãos daria lugar, finalmente, a uma situação de 'sensação geral de insegurança' que levaria a sociedade a uma forte demanda de segurança por parte do Estado e a que este respondesse a tal exigência com o recurso ao Direito penal mediante a criminalização de comportamentos que se desenvolvem nas esferas de risco.<sup>45</sup>

O resultado dessas incertezas é que nunca se teve tanto medo e nunca o medo assumiu uma posição tão ubíqua. Antes, as populações dos rincões mais longínquos sentiam medo de animais selvagens, das catástrofes naturais, hoje o medo maior de qualquer ser humano é da violência, do crime, esteja ele onde estiver.

Ao lado do aumento do sentimento de insegurança e medo, tem-se o aumento da preocupação com as novas formas de criminalidade, notadamente em relação ao crime organizado, ao terrorismo. O medo é a percepção de cada cidadão de suas próprias probabilidades de ser vítima de um delito. A carga emotiva que prevalece e o medo do delito não se relaciona com as possibilidades reais de ser vítima, Sanchez<sup>46</sup> explicita bem isso ao dizer que "o medo dos riscos é claramente superior à própria existência objetiva dos mesmos".

---

<sup>44</sup> MARTÍN, L. G. **Prolegômenos para a luta pela modernização e expansão do direito penal e para a crítica do discurso de resistência**. Porto Alegre: Sergio Antonio Frabris, 2005. p. 48.

<sup>45</sup> Ibid., p. 49.

<sup>46</sup> SANCHEZ, J. M. S. **A expansão do direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 46. (Coleção Direito e Ciências Afins, v. 6).

Esse medo da criminalidade, mesmo que sua percepção subjetiva seja muito maior que a objetiva, traz consequências sociais, até mais graves que a própria delinquência. Individualmente, provoca alterações na conduta humana, destinadas a evitar a vitimização, o que afeta o estilo e a qualidade de vida dos cidadãos. Socialmente, resultam da redução da interação social, do abandono dos espaços públicos e do rompimento do controle social informal.

A ênfase dada aos riscos e perigos da criminalidade gera um alarmismo não justificado em matéria de segurança que então faz a população reclamar por uma maior presença e eficácia das instâncias de controle social (cultura da emergência). Então o direito penal e o sistema punitivo são os elementos utilizados para responder (in)eficazmente aos anseios por segurança, porque é contundente e tem uma capacidade socializadora, ao menos simbólica, mais eficazes que medidas de políticas sociais de integração e medidas de compensação de danos.

As demandas sociais em face dos novos riscos, do medo e da (sensação) insegurança, focam a atuação estatal na punição – e é razoável porque o aspecto cognitivo da sociedade está de lado e o aspecto normativo é o que orienta. O direito penal, então, deve(ria) dar a resposta.

O controle e a vigilância são construídos socialmente como obsessões da modernidade, e conforme disse Bauman, hoje a humanidade vive “uma modernidade tardia, possivelmente ‘pós-modernidade’ ou, de modo mais pitoresco, modernidade ‘líquida.’”<sup>47</sup> A insegurança, seja ela sentida, ficta ou real, é a marca fundamental dos tempos líquidos modernos.<sup>48</sup> Representa uma característica dessa modernidade a busca por segurança, pois a difusão deste sentimento hoje é mundial, ainda mais com a atual revolução das comunicações, que segundo Sanchez, “dá lugar a uma perplexidade derivada da falta – sentida e possivelmente real – de domínio do curso dos acontecimentos, que não pode traduzir-se senão em termos de insegurança.”<sup>49</sup>

Conforme bem resumiu Surette, “o mundo visto pela TV parece ser constituído de ‘cidadãos-cordeiros protegidos de ‘criminosos-lobos’ por uma polícia de cães pastores’.”<sup>50</sup> O que não é de conhecimento comum é quem são os criminosos-lobos? Aquela pessoa que está alheia ao processo legiferante e às

---

<sup>47</sup> BAUMAN, Z. **Vigilância líquida**. Rio de Janeiro: Zahar, 2013. p. 11.

<sup>48</sup> BAUMAN, Z. **Tempo líquidos**. Rio de Janeiro: Zahar, 2007.

<sup>49</sup> SANCHEZ, J. M. S. **A expansão do direito penal**: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 41. (Coleção Direito e Ciências Afins, v. 6).

<sup>50</sup> SURETE, R. apud BAUMAN, Z. **Tempo Líquidos**. Rio de Janeiro: Zahar, 2007. p. 19.

intervenções desmedidas estatais ao criminalizar, a cada dia mais, ações ou omissões que representam, por vezes, uma mera possibilidade de perigo não sabem que qualquer um hoje vir a deixar de ser um cordeiro e se tornar um lobo.

Nesta lógica, para Callegari, “a criminalidade, ou melhor, o medo de tornar-se vítima de um delito, transforma-se em mercadoria da indústria cultural, razão pela qual a imagem pública dessa mercadoria é traçada de forma espetacular e onipresente”.<sup>51</sup> Tratando desta temática, a influência da mídia na formação da opinião social, Bourdieu sintetiza:

O universo do jornalismo é um campo, mas que está sob a pressão do campo econômico por intermédio do índice de audiência. E esse campo muito heterônomo, muito fortemente sujeito às pressões comerciais, exerce, ele próprio, uma pressão sobre todos os outros campos, enquanto estrutura.<sup>52</sup>

É importante ressaltar que o sociólogo francês não está fazendo uma crítica ao jornalismo, à televisão ou à liberdade de imprensa. Sua crítica é voltada à manipulação da informação, do uso político desta e da busca sem medidas da audiência. Os meios de comunicação fazem parte do mercado econômico, o seu dever é informar, mas eles não estão alijados da economia globalizada que quer ver, ler ou ouvir aquilo que rende lucros, que vende. Segundo Bourdieu:

O objeto, aqui, não é ‘poder dos jornalistas’ – e menos ainda o jornalismo como ‘quarto poder’ –, mas a influência que os mecanismos de um campo jornalístico cada vez mais sujeito às exigências do mercado (dos leitores e anunciantes) exercem, em primeiro lugar sobre os jornalistas e, em seguida, e em parte através deles, sobre os diferentes campos de produção cultural, campo jurídico, campo literário, campo artístico, campo científico.<sup>53</sup>

Em face desta interferência (relação) sistêmica dos meios de comunicação, conforme Sanchez “é incontestável a correlação estabelecida entre a sensação social de insegurança diante do delito e a atuação dos meios de comunicação.”<sup>54</sup> A informação de um crime, mesmo que praticado distante daquele ouvinte ou leitor, desperta neste o sentimento de medo. Diante o exposto verifica-se que é no âmbito da política criminal que se encontra a abertura para que os influxos

<sup>51</sup> CALLEGARI, A. L.; WERMUTH, M. Â. D. **Sistema penal e política criminal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 43.

<sup>52</sup> BORDIEU, P. **Sobre a televisão**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1997. p. 77.

<sup>53</sup> Ibid., p. 101.

<sup>54</sup> SANCHEZ, J. M. S. **A expansão do direito penal**: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 47. (Coleção Direito e Ciências Afins, v. 6).

sociais ligados aos riscos sejam absorvidos e, na sequência, seja concebido um conjunto de respostas preventivas aptas a influenciar o sistema jurídico-penal.

A tendência da política criminal atualmente é no sentido de superar o modelo de garantias penais e processuais penais, adquiridas após anos de muito debate e esforço, e substituí-lo por outro de segurança do cidadão ou, ao menos que demonstre esta suposta segurança.<sup>55</sup>

Deve-se atentar para esta tendência, principalmente após a análise da tutela do direito à segurança e à liberdade que, como direitos fundamentais de primeira dimensão estão a cada dia mais em risco com a adoção desta política criminal irrefletida expansiva, pois o Estado, através das leis penais criminalizadoras pode intervir mais ainda nas liberdades individuais do cidadão. A técnica legislativa do Direito Penal não é mais aplicada somente baseando-se nos princípios clássicos e iluministas, conforme leciona Ripollés:

Preocupação com o delito ou com a delinquência encontra-se bastante vinculada ao que se costuma chamar de atitudes punitivas presentes em uma determinada sociedade, as quais expressam os pontos de vista dos membros dessa sociedade sobre os contornos e o grau de intervenção penal que consideram necessários.<sup>56</sup>

Com o que não se pode concordar é que como medida de controle ou combate ao crime permita-se que o Estado invada e venha a limitar direitos e garantias fundamentais do cidadão sem a devida necessidade. Não é racional adotar como política de combate ao crime, uma bandeira populista e meramente simbólica, desvinculando o Direito Penal de suas balizas fundantes a exemplo da intervenção mínima e da subsidiariedade. Segundo Callegari e Wermuth:

A pressão social provocada pela insegurança que ronda a sociedade tem servido como justificativa para gerar a legitimação necessária para que o Estado aumente sua 'potestade', ampliando seu espectro de controle penal no marco da 'luta contra a criminalidade', suprimindo direitos e garantias ao ponto de se admitir, em alguns casos, a perda do status de pessoa de alguns acusados.<sup>57</sup>

---

<sup>55</sup> CALLEGARI, A. L. A expansão do direito penal: uma aproximação à tipificação do crime organizado. In: STRECK, L. L.; MORAIS, J. L. B. (Org.). **Constituição, sistemas sociais e hermenêutica**: anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito da UNISINOS: Mestrado e Doutorado. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 24-45.

<sup>56</sup> DIEZ RIPOLLÉS, J. L. **A racionalidade das leis penais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 24.

<sup>57</sup> CALLEGARI, A. L.; WERMUTH, M. A.D. **Sistema penal e política criminal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 10.

Muito se lutou para a conquista das garantias e direitos de liberdade e não intervenção do Estado na esfera privada do cidadão, os chamados direitos fundamentais de liberdade de primeira dimensão, com características de uma atuação eminentemente negativa por parte do Estado, devendo este se abster de agir. Quando à sociedade, através do legislador ordinário, legitima a intervenção estatal, através do Direito Penal, com a criação de tipos penais abstratos, de normas penais em branco, está se legitimando a supressão dos direitos fundamentais de primeira dimensão.

A ênfase dada aos riscos da criminalidade gera um alarmismo não justificado em matéria de segurança, que faz então a população reclamar por uma maior presença e eficácia das instâncias de controle social (cultura da emergência). Então o Direito Penal e o sistema punitivo são os elementos privilegiados para responder (de forma simbólica) eficazmente aos anseios sociais por segurança, passando tal política criminal a tratar o Direito Penal como instrumento de controle social.

Não seria racional corroborar com uma política intervencionista e supressora de direitos fundamentais com base somente no anseio por segurança ante o medo dos novos riscos da sociedade atual.

Para Ripollés, uma política criminal que pretendesse dar resposta a essa sociedade de risco poderia atacar a partir de quatro linhas, sendo elas:

- a) Ampliação dos âmbitos sociais objeto de intervenções penais, incidindo sobre novas realidades sociais problemáticas ou preexistentes cuja vulnerabilidade tenha se potencializado: fabricação e distribuição de produtos, meio ambiente, âmbitos nuclear, informático e genético, a ordem sócio-econômica e o crime organizado, sobretudo no tocante ao tráfico de drogas.
- b) Transformação da lacuna da nova política criminal para perseguir a criminalidade dos poderosos que até então não entravam em contato com a justiça penal. Tal demanda surge através das organizações sociais voltadas à defesa dos consumidores, meio ambiente.
- c) A preeminência do direito penal em detrimento de outros instrumentos de controle social, como o direito civil e o direito administrativo, fazendo com que o direito criminal seja considerado mais eficaz na prevenção de condutas do que outras medidas de política econômica ou social.
- d) A necessidade de acomodar o direito penal e processual penal às especiais dificuldades que levanta a persecução desta nova criminalidade, implicando na flexibilização do sistema de imputação de responsabilidades e de garantias individuais vigentes.<sup>58</sup>

---

<sup>58</sup> RIPOLLÉS, J. L. D. **La política criminal em la encrucijada**. República Argentina: Julio Cesar Faira - Editor, 2007. p. 136-137.

O Direito Penal tem como fundamento a proteção de bens jurídicos<sup>59</sup>, e não se deve deixar influenciar por uma falaciosa função simbólica, como forma de controle social sem observância dos mínimos direitos previstos no texto constitucional.

Um grande exemplo deste avanço irracional pode ser descrito como a teoria do Direito Penal do Inimigo caracterizada por três elementos: “um amplo adiantamento da punibilidade, as penas previstas são desproporcionalmente altas e determinadas garantias processuais são relativizadas ou suprimidas”<sup>60</sup> Esta expansão do Direito Penal torna-se extremamente perigosa e atentatória aos princípios que regem um Estado Democrático de Direito, fugindo a todos os princípios que regem o Direito Penal. Dentre estas o maior exemplo, como já citado, que se destaca como possível resposta legitimadora a um Direito Penal máximo, expansivo e (ir)racional que vem a ser a teoria do Direito Penal do Inimigo. Uma teoria desenvolvida por Jakobs e Melia<sup>61</sup>, segundo a qual a função precípua do Direito Penal seria somente assegurar a vigência da norma, a pena servindo apenas para eliminação de um perigo.

Percebe-se que com base no trinômio “risco, medo e segurança”<sup>62</sup> vem-se forjando uma expansão do Direito Penal sem um critério científico e racional embasado nas ciências penais.

Mas o Direito Penal não deveria servir a salvaguardar os bens jurídicos mais relevantes como preconiza Claus Roxin? Esse debate, buscando uma racionalidade para a expansão legislativa penal é o objetivo maior desta pesquisa, que, pela densidade e importância voltará a ser analisada de forma mais atenta no último capítulo.

## 2.2 A Ampliação da Legislação Penal no Direito Comparado

A globalização econômica e as diversas formas de integração supranacional, fenômenos típicos das sociedades pós-industriais, conforme

---

<sup>59</sup> ROXIN, C. **A proteção de bens jurídicos como função do direito penal**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

<sup>60</sup> JAKOBS, G.; MELIA, M. C. **Direito penal do inimigo: noções e críticas**. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 90.

<sup>61</sup> Ibid., p. 45-55.

<sup>62</sup> CALLEGARI, A. L.; WERMUTH, M. A.D. **Sistema penal e política criminal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 13.

Sanchez<sup>63</sup>, são fatores que incrementam um Direito Penal da globalização, sendo este menos garantista e no qual se flexibilizarão as regras de imputação, assim como garantias processuais e político-criminais. Esse fenômeno expansionista, na realidade, chamado por alguns como sendo uma espécie de ‘evolução’ trata-se na verdade de uma regressão do Direito Penal.

Com o advento das revoluções iluministas foi então limitada a livre intervenção estatal na esfera privada, o homem passou a ter maiores garantias ante o arbítrio dos antigos estados absolutistas. Então o que antes estava designado ao livre arbítrio do detentor do poder político, a partir de então, passou a ser limitado. Tal limitação foi um marco na evolução social e no Direito, não só o Penal, mas todo ele.

Com o advento do princípio da legalidade houve significativa garantia de liberdade dos cidadãos, frente ao poder punitivo estatal. Conforme Bitencourt:

As ideias de igualdade e de liberdade, apanágios do iluminismo, deram ao Direito Penal um caráter formal menos cruel do que aquele que predominou durante o Estado Absolutista, impondo limites à intervenção estatal nas liberdades individuais.<sup>64</sup>

Este princípio basilar de todo o ordenamento jurídico penal tem suas origens nas Constituições dos Estados de Maryland e de Virgínia (1776), na Constituição Americana (1787) e na Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão (1789), da Revolução Francesa, quando foi erigido com termos mais precisos.<sup>65</sup> No entanto a matriz intelectual de tal princípio advém dos ideais liberais advindos com o iluminismo.

Opensamento de Beccaria sintetiza que “só as leis podem fixar as penas de cada delito e que o direito de fazer leis penais não pode residir senão na pessoa do legislador, que representa toda a sociedade unida por um contrato social”.<sup>66</sup> Conforme a máxima de Litz, seguida por Roxin “só pode ser punido sob os pressupostos e dentro dos limites legais”<sup>67</sup>, a tipificação (criminalização) de condutas e a aplicação de sanções penais passam a ser limitadas ao critério do legislador e não ao do soberano.

---

<sup>63</sup> SANCHEZ, J. M. S. **A expansão do direito penal**: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 97. (Coleção direito e ciências afins, v. 6).

<sup>64</sup> BITENCOURT, C. R. **Tratado de direito penal**: parte geral. 14. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 10.

<sup>65</sup> SILVA, I. L. P. e. **Princípios penais**. Salvador: Juspodivm, 2012. p. 13-15.

<sup>66</sup> BECCARIA, C. **Dos delitos e das penas**. 5. ed. São Paulo: Atena, 1956. p. 35.

<sup>67</sup> ROXIN, C. **Política criminal e sistema jurídico penal**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 3.

No mesmo sentido Hungria diz que “Antes de ser um critério jurídico-penal, o *nullum crimen, nulla poena sine lege* é um princípio (político-liberal), pois representa um anteparo da liberdade individual em face da expansiva autoridade do Estado”.<sup>68</sup>

Portanto, não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal, sendo atribuição de representantes do povo para legislar e intervir na vida deste através do Direito Penal criminalizando, por conseguinte proibindo condutas.

Como dizia Lizst<sup>69</sup>, o Código Penal é uma prerrogativa do delinquente frente ao poder de intervenção por parte do Estado, que o resguarda da onipotência estatal, ou seja, a lei penal é a magna carta do delinquente, sendo este qualquer cidadão. Ela vai servir na verdade como meio de proteção do cidadão e não como meio de criminalização e expiação aleatória e sem garantias. Conforme leciona Hassemer:

O princípio da legalidade remonta aos seus fundamentos, e pela observação das suas fontes pode-se compreender que deve ter um significado muito especial para o âmbito do Direito Penal. Ele é expressão da autoconsciência burguesa, que surgiu com o iluminismo, face ao domínio estatal, em sua luz aparece a lei penal não só como uma *Magna Charta Libertatum* do delinquente, como compreende a época mais recente, mas em primeiro lugar como *Magna Charta Libertatum* do cidadão.<sup>70</sup>

Hassemer ainda sobre essa temática diz que, “os limites da liberdade que o Direito Penal traça, não são só os limites em face da liberdade dos demais, mas também os limites em face da intervenção estatal”.<sup>71</sup> Essa regressão em matéria penal é um evento comum a muitos países democráticos e que dizem viver em um Estado de Direito, quando se sabe que aquele Estado que adentra de forma ilimitada na esfera privada do indivíduo não pode ser considerado um Estado Democrático de Direito.

Para Zaffaroni:

A globalização foi precedida por uma revolução tecnológica que é, antes de tudo, uma revolução comunicacional. Este formidável avanço permite que se espalhe pelo planeta um discurso único, de características autoritárias, antiliberais, que estimula o exercício do poder punitivo muito mais repressivo e discriminatório, agora em escala mundial.<sup>72</sup>

---

<sup>68</sup> HUNGRIA, N. **Comentários ao código penal**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1958. p. 14.

<sup>69</sup> LIZST, F.V. **A idéia do fim no direito penal**. São Paulo: Rideel, 2005. (Biblioteca Clássica).

<sup>70</sup> HASSEMER, W. **Introdução aos fundamentos do direito penal**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2005. p. 332.

<sup>71</sup> Ibid., p. 334.

<sup>72</sup> ZAFFARONI, E. R. **O inimigo no direito penal**. 3. ed. São Paulo: Livraria do Advogado, 2011. v. 14, Estado e Constituição, p. 53.

Essa revolução comunicacional possibilitou a globalização do debate da política criminal, discussão hoje que não reflete os ideais garantistas. Esse discurso punitivista atinge a sociedade através dos veículos de comunicação. Hoje a mídia é utilizada não só para difusão de informações, mas para construir uma realidade, um pensamento de acordo com os interesses daqueles que a conduzem.

A comunicação, segundo Luhmann, é a própria seletividade que se constrói na própria comunicação, ela é o operador central de todos os sistemas sociais, com base nela cada sistema observa a si mesmo assim como aos outros.<sup>73</sup> Os meios de comunicação aumentam a irritabilidade da sociedade, mas eles não elaboram por si tais fatos, reais ou fictos, a questão maior está na crise do Estado social e o surgimento do Estado penal, conforme leciona Wacquant:

A doutrina da 'tolerância zero', instrumento de legitimação da gestão policial e judiciária da pobreza que incomoda – a que se vê, a que causa incidentes e desordens no espaço público, alimentando, por conseguinte, uma difusa sensação de insegurança, ou simplesmente de incomodo tenaz e de inconveniência -, propagou-se através do globo a uma velocidade alucinante. E com ela a retórica militar da 'guerra' ao crime e da 'reconquista' do espaço público, que assimila os delinquentes (reais ou imaginários), sem-teto, mendigos e outros marginais a invasores estrangeiros – o que facilita o amálgama com a imigração.<sup>74</sup>

A nova ordem mundial, onde os Estados vem perdendo poder frente aos conglomerados econômicos, onde a (hiper)mobilidade dos capitais, leva as sociedades pós-industriais a passar por uma crise em seu modelo econômico, é o declínio do estado do bem estar ante o estado penal. Segundo Kerstenetzky, bem-estar social<sup>75</sup> seria “uma condição ou estado do bem-estar humano que existe quando as necessidades das pessoas são satisfeitas, os problemas são administrados e as oportunidades, para que as pessoas atinjam seus objetivos, são maximizadas.”<sup>76</sup>

Esta nova ordem seria uma transição do regime de pleno emprego para uma condição em que o desemprego representa um fato estrutural presente, a passagem de uma economia orientada para a produção para uma economia da

<sup>73</sup> LUHMANN, N. **A realidade dos meios de comunicação**. 2. ed. São Paulo: Paulus, 2011.

<sup>74</sup> WACQUANT, L. **As prisões da miséria**. 2. ed. Rio de Janeiro: Zahar, 2011. p. 38.

<sup>75</sup> Os estados de bem-estar social foram influenciados pelas teorias de John M. Keynes (1883-1946). Devido aos níveis crescentes de desemprego e ao baixo crescimento produtivo no período entre as duas guerras mundiais do século passado, Keynes propõe a substituição da política de autorregulação do mercado pela política do pleno emprego, atribuindo importância ao Estado no planejamento racional das atividades econômicas.

<sup>76</sup> KERSTENETZKY, C. L. **O Estado do bem-estar social na idade da razão**: a reinvenção do Estado social no mundo contemporâneo. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012. p. 21.

informação, a passagem da centralidade da classe operária para a constituição de uma força de trabalho global, o capital agora não é mais apenas transnacional, móvel, mas global conforme leciona Giorgi.<sup>77</sup> Analisando a crise desse antigo modelo estatal, Giorgi vai analisar que o pós-fordismo<sup>78</sup>, por ser um regime de excessos, como sendo uma fase cíclica da economia, vai influenciar diretamente nos mecanismos de controle social. Conforme Giorgi:

A passagem do fordismo ao pós-fordismo se entrecruza, assim, com o progressivo esgotamento de uma soberania estatal definida com complexo de estratégias de normalização disciplinar de classe operária e com a emergência de um domínio imperial construído com base no controle biopolítico da multidão.<sup>79</sup>

O controle biopolítico da população é descrito por Foucault como sendo “uma regulação das populações, por um biopoder que age sobre a espécie humana, sobre o corpo como espécie, com o objetivo de assegurar sua existência. Tem o objetivo de gerir a vida do corpo social”.<sup>80</sup> Mas e o que seria o poder? Para Bourdieu “o que faz o poder das palavras e das palavras de ordem, poder de manter a ordem ou a de subverter, é a crença na legitimidade das palavras e daquele que as pronuncia, crença cuja produção não é da competência das palavras.”<sup>81</sup> Já Foucault descreve que:

O poder não é um objeto natural, uma coisa; é uma prática social e, como tal, constituída historicamente. Essa razão, no entanto, não é suficiente, pois a realidade, deixa sempre aberta a possibilidade de se procurar reduzir a multiplicidade e a dispersão das práticas de poder através de uma teoria global que subordine a variedade e a descontinuidade a um conceito universal.<sup>82</sup>

A ação de controle sobre o corpo na verdade vai mais além, ela recai sobre a alma, o sentimento do ser que se quer controlar. O biopoder aplica-se globalmente à população, à vida e aos vivos, seus dispositivos velam principalmente pela ‘segurança do conjunto em relação aos seus perigos internos’ ou seja, eles

<sup>77</sup> GIORGI, A. de. **A miséria governada através do sistema penal**. Rio de Janeiro: Revan, 2006. p. 64-65. (Coleção Pensamento Criminológico, v. 12).

<sup>78</sup> Pós-fordismo é uma expressão comum na literatura econômica, assim como sociológico e político, indica um processo de transição ‘daquilo que não é mais’ para ‘aquilo que ainda não é’, refere-se a uma fase de transição econômica caracterizada pela crise do modelo fordista que seria aquela da produção em massa em que as grandes fábricas tendem a desaparecer do horizonte da metrópole pós-moderna.

<sup>79</sup> Ibid., p. 81.

<sup>80</sup> FOUCAULT, M. **Microfísica do poder**. 28. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2014. p. 29.

<sup>81</sup> BORDIEU, P. **O poder simbólico**. 16. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2012. p. 15.

<sup>82</sup> FOUCAULT, op. cit., p. 12.

atuam no interior da população. Regular e administrar o ser humano como membro de uma espécie biologicamente constituída caracteriza as funções dos dispositivos de segurança por parte de biopoder.<sup>83</sup> Logo esses dispositivos reavaliam a função soberana clássica do Estado.

No entanto essa função está em crise, com a mudança econômica no mundo globalizado, os demais problemas já analisados não permitindo mais que os Estados controlem seus cidadãos, suas vidas, seus problemas e conseqüentemente gerando uma crise no controle social. Toda sociedade apresenta uma estrutura de poder, com grupos que dominam e grupos que são dominados, de acordo com essa relação se controla socialmente a conduta dos homens. Esse controle incidirá não somente sobre os grupos marginalizados, mas sobre todos os grupos.<sup>84</sup> O âmbito de atuação para exercer o poder e especificamente o controle social se materializa de várias formas, mas o objeto do presente estudo é a sua realização através do Direito Penal influenciado por uma política criminal de intervenção máxima. Essa realidade é um reflexo das manifestações dos atuais sistemas de controle social mundo a fora, que representam uma mudança também nos valores e necessidades sociais em reprimir a criminalidade:

Na verdade, a passagem de uma criminalidade de sangue para uma criminalidade de fraude faz parte de todo um mecanismo complexo, onde figuram o desenvolvimento da produção, o aumento das riquezas, uma valorização jurídica e moral maior das relações de propriedade, métodos de vigilância mais rigorosos, um policiamento mais estreito da população, técnicas mais bem ajustadas de descoberta, de captura, de informação: o deslocamento das práticas ilegais é correlato de um extensão e de um afinamento das práticas punitivas.<sup>85</sup>

O que Foucault chama de afinamento das práticas punitivas na realidade é seu alargamento desmedido e sem critérios racionais, desrespeitando os princípios fundantes do Direito Penal que regem um Estado Democrático de Direito.

---

<sup>83</sup> CANDIOTTO, C. Cuidado da vida e dispositivos de segurança: a atualidade da biopolítica. In: CASTELO BRANCO, G.; VEIGA-NETO, A. (Org.). **Foucault: filosofia & política**. Belo Horizonte - MG: Autêntica, 2011. p. 84-85.

<sup>84</sup> ZAFFARONI, E. R.; PIERANGELI, J. H. **Manual de direito penal brasileiro**: parte geral. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. v. 1.

<sup>85</sup> FOUCAULT, M. **Vigiar e punir**: nascimento da prisão. 37. ed. Petrópolis: Vozes, 2009. p. 75.

### 2.3 O Reflexo desta Expansão no Direito Penal Brasileiro

Muitos criticam a legislação penal brasileira, uns afirmam que a mesma é ultrapassada, do século passado, da década de quarenta, que estaria precisando ser atualizada, aprimorada. Em tempos de novos riscos, da difusão do medo e da sensação de insegurança é temerária qualquer alteração legislativa em matéria penal. Existe em curso uma discussão em face da elaboração de um novo Código Penal<sup>86</sup> que está cheio de exemplos de criminalizações desnecessárias, aumento de sanções e criação de mecanismos que dificultam o desencarceramento.

O que deveria ser uma atualização no sentido de evoluir, na verdade vai trazer um retrocesso ao sistema penal brasileiro. As liberdades individuais mais uma vez serão cerceadas com base no discurso falacioso da segurança, do combate à criminalidade. Infelizmente, o Brasil não passou alheio pelo fenômeno do etiquetamento<sup>87</sup> do Direito Penal. Wacquant apresenta uma breve análise sobre a realidade brasileira:

Assim, a partir de 1989, a morte violenta é a principal causa de mortalidade no país, com o índice de homicídios no Rio de Janeiro, em São Paulo e Recife atingindo 40 para cada 100.000 habitantes, ao passo que o índice nacional supera 20 para cada 100.000 (ou seja, duas vezes o índice norteamericano do início dos anos 1990 e 20 vezes o nível dos países da Europa ocidental). A difusão das armas de fogo e o desenvolvimento fulminante de uma economia estruturada da droga ligada ao tráfico internacional, que mistura o crime organizado e a polícia, acabaram por propagar o crime e o medo do crime por toda parte no espaço público. Na ausência de qualquer rede de proteção social, é certo que a juventude dos bairros populares esmagados pelo peso do desemprego e do subemprego crônicos continuará a buscar no “capitalismo de pilhagem” da rua (como diria Max Weber) os meios de sobreviver e realizar os valores do código de honra masculino, já que consegue escapar da miséria no cotidiano. O crescimento espetacular da repressão policial nesses últimos anos permaneceu sem efeito, pois a repressão não tem influência alguma sobre os motores dessa criminalidade que visa criar uma economia pela predação ali onde a economia oficial não existe ou não existe mais.<sup>88</sup>

---

<sup>86</sup> O Projeto de Lei do Senado (PLS) 236/2012, que reforma o Código Penal Brasileiro, aprovou nesta terça-feira (17) o relatório final elaborado pelo senador Pedro Taques (PDT-MT). A proposta, que teve por base anteprojeto proposto por uma comissão de juristas, sugere penas maiores para crimes contra a vida, aumenta o rol de crimes hediondos e torna mais rigoroso o modelo de progressão de penas, impondo ao condenado por crime mais grave tempo maior sob regime fechado nos presídios, como mostra: BRASIL. Senado Federal. **Projeto de lei do senado nº 236, de 2012 - (Novo Código Penal)**. Brasília, DF: Senado Federal, 2013.

<sup>87</sup> A criminalidade não é característica de uma conduta, mas o resultado de um processo de atribuição, de uma estigmatização, a criminalidade é uma etiqueta, conforme HASSEMER, W. **Introdução aos fundamentos do direito penal**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2005. p. 101.

<sup>88</sup> WACQUANT, L. **As prisões da miséria**. 2. ed. Rio de Janeiro: Zahar, 2011. p. 10-11.

Na linha de pensamento do *Law and Order*, surgiu a Lei dos Crimes Hediondos (Lei 8.072/90) que é, sem dúvida, uma demonstração político-criminal desproporcional e radical,<sup>89</sup> sendo também um exemplo do etiquetamento da lei penal, taxando de hedionda uma conduta sem ao menos utilizar-se de um critério de razoabilidade. Portanto, aqueles crimes assim considerados são aqueles mais recorrentes, praticados mediante violência a pessoa, que a mídia noticia com frequência e conseqüentemente, que a população acredita ser vítima em potencial de tais condutas. Torná-los hediondos, segundo o senso comum, seria necessário para debelá-los, ledo engano.

Essa (re)evolução desta legislação na realidade tem sido, nas últimas décadas, um recrudescimento sem medida ou qualquer critério racional como já afirmado, não havendo motivos racionais que ao menos o justifique, nem que o legitime.

Após a redemocratização nacional, logo no início da década de noventa, o que se percebeu na legislação em matéria penal foi uma verdadeira enxurrada de leis, a exemplo de: da lei dos crimes hediondos; dos crimes contra a ordem tributária e econômica; dos crimes contra as relações de consumo; dos crimes contra o consumidor (inseridos no Código de Defesa do Consumidor); do crime de tortura, e vários outros tipos penais. Estes últimos tendo sido criados logo no início da década de noventa como uma forma de adequar ao Código Penal Brasileiro, que é da década de quarenta, e à Constituição Federal brasileira recém-promulgada em 1988.

Atualmente o Congresso Nacional está discutindo um projeto de lei para a criação de um novo Código Penal, no projeto de lei inicial já constavam mais de quinhentos artigos, comparando com o Código em vigor que possui apenas trezentos e sessenta. Pode-se perceber que o possível novo Código Penal será o mais puro exemplo de expansão do Direito Penal no Estado Brasileiro. Mas e o princípio da intervenção mínima, a *ultima ratio*, a subsidiariedade? O legislador pátrio pouco tem observado tais princípios legitimadores do Direito Penal e atendendo a uma sede expansionista da sociedade brasileira, influenciada pelo apelo midiático, e de uma vampirização da legislação penal, nas palavras de Ripollés<sup>90</sup>. Mas que vem a ser essa vampirização? A sociedade tem sede de

---

<sup>89</sup> CALLEGARI, A. L.; WERMUTH, M. A. D. **Sistema penal e política criminal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 92.

<sup>90</sup> RIPOLLÉS, J. L. D. **La política criminal em la encrucijada**. República Argentina: Julio Cesar Faira - Editor, 2007.

sangue, o Código Penal, ao invés de ser o Código do delinquente (cidadão) tem se transmutado em Código da vítima como bem afirmou Lizst<sup>91</sup>.

O Direito penal, em seu formato de um estado de Direito liberal, é um instrumento flagrantemente inadequado para apoiar objetivos políticos, controlar situações problemáticas ou prover à ampla prevenção de situações perigosas. Ao contrário, seu instrumental é pesado, anacrônico e desigualmente fraturado em suas possibilidades de produzir efeitos.<sup>92</sup> Segundo Hassemer, sua estrutura pesada não lhe permite contribuir para o estabelecimento de objetivos e meios de solução de problemas que permitam versatilidade, abertura para o futuro e flexibilidade condizente de perturbações inesperadas. Seu emprego só é permitido depois que o ilícito já se consumou (“direito penal do fato”), na verdade, tarde demais para uma prevenção efetiva.

---

<sup>91</sup> LIZST, F. V. **Tratado de direito penal alemão**. Rio de Janeiro: F. Briguiet & C., 1899. t. 1.

<sup>92</sup> HASSEMER, W. **Direito penal**: fundamentos, estrutura, política. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 2008. p. 227-228.

### 3 RACIONALIDADE LEGISLATIVA E POLÍTICA CRIMINAL: O DEBATE SOBRE OS FUNDAMENTOS DO DIREITO PENAL

Neste capítulo será avaliado um possível conceito de racionalidade legislativa dentro dos critérios norteadores de uma política criminal social, democrática, abalizada em critérios fundantes do Direito Penal. Mas para isso antes é preciso uma análise das fases de um processo legislativo, para a diante procurar definir um conceito de racionalidade segundo as teorias que buscam dar alguma legitimidade ao Direito Penal, justificar a sua necessidade e finalidade.

Para isso será abordado a contradição entre a expansão da legislação penal e sua aplicabilidade ou eficiência meramente simbólica, utilizando-se para tal fim os princípios essenciais que fundamentam o Direito Penal.

#### 3.1 A Dinâmica da Legislação Penal e um Conceito de Racionalidade

Atualmente um projeto de lei em matéria penal possui um rito célere a depender dos interesses de ocasião. Um novo crime para tutelar algo que poderia ser regido por qualquer outro ramo do Direito, ou até mesmo algo que não carece de regulação legislativa, mas apenas instrução ou diálogo pode ser rapidamente discutido, votado, aprovado e sancionado, a depender do interesse estatal em dar uma resposta imediatista e ineficiente a um problema social.

##### 3.1.1 A Fase Pré-Legislativa

O processo legislativo que define a formação e o nascimento, no caso, de uma lei penal e que é definida na Constituição Federal de 1988, segundo o próprio texto constitucional apenas a União tem competência material para legislar em matéria penal.<sup>93</sup>

---

<sup>93</sup> Constituição da República Federativa do Brasil

[...]

Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre:

I - direito civil, comercial, penal, processual, eleitoral, agrário, marítimo, aeronáutico, espacial e do trabalho. BRASIL. (Constituição, 1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Texto Atualizado. Brasília, DF: Presidência da República, 2015.

Segundo Ripollés<sup>94</sup>, é preciso analisar a importância de uma fase anterior ao processo legislativo: a fase pré-legislativa, na elaboração das leis. Acredita-se na relevância do estudo de tal fase nesse momento, pois ela se adequa à situação brasileira de expansionismo de leis na seara penal.

A primeira etapa seria um processo espontâneo, no qual se faz creditar na existência de uma “disfunção social”<sup>95</sup>, seja esse real ou aparente e na necessidade de intervenção penal. Os possíveis responsáveis por esse pensamento seriam forças políticas, sociais ou econômicas, institucionalizadas ou não, e os meios de comunicação. Tida a disfunção social como existente, a primeira fase termina, iniciando-se outro processo espontâneo (segunda fase) no qual se vislumbra a possibilidade de modificação do sistema jurídico-penal para sua adequação à nova realidade. Nessa fase há o mal-estar social, o risco de ser vítima, o medo de ser vítima, a preocupação com os níveis de delinquência e a modificação da conduta para evitar ser vítima<sup>96</sup>.

Já na terceira etapa, a preocupação com os níveis de delinquência se vincula ao que se chama de atividades punitivas, que constituem um parâmetro das opiniões político-criminais de uma sociedade. E que também se configura como um juízo de valor, apoiado em componentes cognitivos e emocionais, que tem origem, principalmente, pelo contato com os meios sensacionalistas que pregam o recrudescimento do Direito Penal.

Na penúltima etapa, há um condicionamento parcial do comportamento, o mal-estar começa a se efetivar, o desajuste social tem maior visibilidade, criando assim um autêntico problema social. Isso ocorre através dos meios de comunicação social que apontam o problema e reiteram casos similares, gerando, assim, uma sensação de que existe uma onda de criminalidade. E, a partir disso, é dado lugar à formação de uma opinião pública/publicada, que deve ser entendida como o pensamento daqueles que determinam o conteúdo dos meios de comunicação, e não a opinião da sociedade como um todo. Todavia, ainda não há capacidade de transcender a fase pré-legislativa.

Na última etapa deverá ocorrer uma transformação da opinião pública em uma proposta de resolução do problema social apontada. Para isso, busca-se a

---

<sup>94</sup> DIEZ RIPOLLÉS, J. L. **A racionalidade das leis penais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 20.

<sup>95</sup> Ibid.

<sup>96</sup> Ibid.

respeitabilidade social, por meio da análise das possibilidades para a resolução do problema, culminando com propostas que possivelmente irão ultrapassar a fase pré-legislativa, modificando a esfera jurídico-penal<sup>97</sup>.

No entanto, antes mesmo do Congresso Nacional iniciar a discutir, deliberar e votar um projeto de lei em matéria penal existe todo um movimento, uma mobilização social, conforme explicitado, que Ripollés chama de grupos de pressão especializados, que se apropriam do problema até então radicado na opinião pública<sup>98</sup>. Grupos que podem ser formados de diversas formas: grupos da sociedade civil, feministas, ecologistas, consumidores, socioeconômicos, associações de classes e, por vezes, até grupos pacifistas.

Todavia, nem sempre os interesses ideológicos têm finalidade altruísta, por muitas vezes esses grupos são manobrados e utilizados, por seus representantes ou mesmo pela mídia, para defender interesses que fogem ao seu fim primordial ou que sejam contrários aos interesses e necessidades da coletividade como um todo. Ao citar o caso de grupos pacifistas, este é o maior exemplo como a questão foge totalmente a sua finalidade, como clamar pelo fim da violência, da criminalidade se muitos representantes ou integrantes destes grupos clamam por leis penais mais severas, por penas mais longas, por pena de morte!? Eles acreditam, muitos têm certeza, que legitimando a violência estatal através do Direito Penal irão debelar a violência existente no meio social. Infelizmente isso ocorre em face de toda uma crise de disfunção social, segundo Ripollés:

O processo sociológico desencadeado por uma decisão legislativa penal tem início com o êxito de um agente social em tornar crível a existência de uma disfunção social, e que necessita, portanto, de algum tipo de intervenção penal. Por disfunção social deve-se entender, em linhas gerais, a falta de relação entre determinada situação social ou econômica e a resposta ou falta de resposta que a ela dá o subsistema jurídico, nesse caso o Direito Penal. <sup>99</sup>

Essa disfunção social precisa ser sentida, ela precisa ser conhecida pela sociedade. Isso se dará principalmente através dos meios de comunicação que irão disseminar aqueles dados ligados à violência e à criminalidade fazendo nascer um permanente sentimento de ser vítima em potencial. O medo disseminado em face da ocorrência de novos crimes faz nascer um sentimento de clamor por atitudes

---

<sup>97</sup> DIEZ RIPOLLÉS, J. L. **A racionalidade das leis penais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

<sup>98</sup> Ibid.

<sup>99</sup> Ibid, p. 21.

punitivas, como se o castigo, a pena pela prática de um crime fizesse com que se restaurasse aquela situação anterior.

Esta fase caracteriza-se por ser muito volátil, um fato hoje noticiado que causa perplexidade no corpo social e faz com que este pugne por uma resposta estatal em coibir tal prática, podendo ser de repente substituída por outro fato, outra notícia que aumente mais ainda a sensação de mal-estar social. Conforme Ripollés:

O mal-estar social existente precisa concretizar-se através de um processo comunicativo de intercâmbio de opiniões e impressões, processo que, por um lado, reforçará a visibilidade social do desajuste social e do mal-estar que este cria, e por outro, outorgará a essa disfunção social a substantividade e autonomia necessárias para que seja considerado um autêntico problema social. [...] A opinião pública, assim considerada, é um estado de opinião, isto é, uma interpretação consolidada de certa realidade social e um acordo básico sobre a necessidade e o modo de influir sobre a mesma. O que não costuma ser é um programa de ação, legislativa ou de outro tipo, devido ao fato de que ainda se move em excessivo nível de generalidade.<sup>100</sup>

Esse mal estar, com o surgimento de um estado de opinião onde aquela sociedade composta majoritariamente de classes passivas: pensionistas, desempregados, consumidores, aposentados, como Sanchez<sup>101</sup> denomina, sujeitos do bem-estar, irão cobrar do Estado a solução deste mal-estar social em face do avanço da criminalidade.

Com as grandes transformações que ocorreram nas sociedades ocidentais, e a reestruturação do capitalismo com a crise do estado do bem-estar social, novas formas de controle social passaram a ser formuladas. Formas estas que dentre elas justamente o Direito Penal que tem sido utilizado como primeira solução para muitos dos conflitos sociais que surgem em decorrência desta disfunção gerada pelos riscos oriundos desta nova realidade.

Esse discurso busca o controle social com a difusão de notícias sobre o aumento da criminalidade que alimentam a (o sentimento) insegurança na população e que, por sua vez, passa a exigir uma resposta estatal imediata. Uma exigência que seja possível dizer por meio de leis mais severas, da criação de novos

---

<sup>100</sup> DIEZ RIPOLLÉS, J. L. **A racionalidade das leis penais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 28-31.

<sup>101</sup> SANCHEZ, J. M. S. **A expansão do direito penal**: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 64. (Coleção direito e ciências afins, v. 6).

tipos penais, bem como do recrudescimento das penas aos crimes já existentes, sendo o ponto mais característico e temerário desta fase pré-legislativa.

Segundo Ripollés, nessa fase, o que é um estado de opinião deve se transformar em um programa de ação, desconsiderando as generalidades do senso comum, dirigindo-se a oferecer propostas de resolução do problema social suscitado.<sup>102</sup> No entanto, a realidade é bem diferente, ante o avanço da violência praticada por menores de idade, gerando uma disfunção na sociedade, e as propostas apresentadas são: redução da maioria penal; majoração das medidas socioeducativas aplicadas a adolescentes; pena de morte e outros absurdos.

Um parlamentar que apresenta um projeto de lei visando à redução da maioria penal desconhece o próprio texto constitucional que proíbe tal discussão legislativa. Mas existem inúmeros projetos de lei e de emenda à Constituição visando à redução da maioria penal que seriam eles passíveis de votação? Certamente. Mas por que não são postos em votação então? Porque basta ter o mínimo de discernimento para compreender que um direito fundamental,<sup>103</sup> previsto no texto constitucional, não é passível de supressão, mesmo que por emenda à Constituição, é cláusula pétrea. E mesmo se não fosse não seria o encarceramento de adolescentes que iria debelar os atos de violência, considerados atos infracionais, praticados por aqueles.

Esses projetos, essas discussões estão sempre em voga em face dos grupos de pressão, formados e fomentados principalmente pela mídia. A opinião pública (ou opinião publicada) é fruto de uma tarefa especializada, e que é realizada pelo que se poderia considerar um grupo de pressão, a mídia.<sup>104</sup> A criação de uma situação de mal-estar social deflagrada ou incrementada pelo discurso da punição, do exercício do poder punitivo estatal sem medidas deflagra a fase seguinte que seria a fase legislativa, onde vai-se criar dispositivos penais através de decisões legislativas voltadas ao interesse da plateia. Essa prática cria dispositivos imprecisos, criminaliza situações de perigo abstrato que não apresentam realmente perigo, ou, sequer dano efetivo a algum bem jurídico carente de proteção penal. O legislador deixa-se levar pela emoção e despreza a razão, a sua função deixa de ser a que deveria cumprir a de

---

<sup>102</sup> DIEZ RIPOLLÉS, J. L. **A racionalidade das leis penais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 32.

<sup>103</sup> A menoridade penal prevista no texto constitucional é considerada por boa parte da doutrina como uma cláusula pétrea.

<sup>104</sup> *Ibid.*, p. 36.

legislador e passa a ser a de apaziguador de conflitos sociais através de dispositivos que desprezam qualquer técnica ou teoria na elaboração daquela legislação.

O cerne da questão é, antes de adentrar nas fases da legislação penal, discutir uma possível teoria da legislação e sua relação com a dogmática jurídica e as demais ciências jurídicas, conforme leciona Atienza:

A dogmática jurídica pode ser considerada o núcleo da expressão Ciência do Direito, que é mais ampla, englobando, também, a Sociologia do Direito, a Filosofia do Direito, a História do Direito, etc. E o mesmo acontece com a 'Ciência da Legislação', cujo estudo admite variadas perspectivas, distinguindo-se, de certa forma da Dogmática Jurídica, já que esta parte das leis, normas legais, como uma realidade já dada abordando os problemas relacionados com a interpretação e aplicação das normas jurídicas.<sup>105</sup>

Mas é necessário ressaltar que se a mídia hoje forma um grupo de pressão forte sobre a grande massa com o intuito de fazê-la clamar por leis mais severas, isso se explica em parte pelo fato dos grandes grupos de comunicação estar inseridos no mercado econômico globalizado. Conforme Sanchez<sup>106</sup> a natureza econômica dos fenômenos da globalização e da integração, o Direito Penal é, obviamente, um produto político e, em particular, um produto dos Estados nacionais do século XX.

### 3.1.2 A Fase Legislativa

Aqui ocorrerá a positivação daquela problemática, a iniciativa legislativa, sua deliberação, aprovação e sanção, pronto, está em vigor a solução de todos aqueles problemas clamados na fase pré-legislativa. Mas infelizmente o tempo mostrará que todo aquele procedimento foi em vão, o discurso da criminalização, do encarceramento sacia inicialmente a intranquilidade social, mas não resolve a questão da criminalidade.

Nesta fase incluem-se desde o momento em que o parlamentar dá início à discussão, dentro da sua casa legislativa, daquele projeto, até o momento que o aprova. Aqui sim a teoria da legislação, as reais necessidades de tipificação, as finalidades racionais da lei penal deveriam ser consideradas. No entanto, aquele projeto geralmente já é recebido permeado com o discurso tendencioso e ideológico

---

<sup>105</sup> ATIENZA, M. **Contribución a una teoría de la legislación**. Madrid: Civitas, 1997. p. 16-17.

<sup>106</sup> SANCHEZ, J. M. S. **A expansão do direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 104. (Coleção direito e ciências afins, v. 6).

da fase anterior. A proposição de emendas ao projeto deve obedecer ao interesse para o qual ele fora apresentado, reprimir a violência, majorar penas, aumentar a segregação. Algum ponto contra tais fins é um ponto fora da linha, de encontro ao discurso, geralmente desprezado e não atendido<sup>107</sup>.

A sociedade atualmente vive sob o signo da insegurança, a violência amplamente propagada, somada ao aumento da pobreza e à concentração de riqueza provocando um resultado devastador sobre os ânimos sociais, tais anseios ressoam nas casas legislativas, sejam os representantes do povo, os deputados, ou os representantes dos estados, os senadores. Essa ressonância é ouvida justamente nesta fase, no momento de dar uma resposta à sociedade, aos eleitores, de justificar a função que exercem. Mas que função? Cerceando cada vez mais, a cada dia que passa as liberdades individuais dos cidadãos sob o discurso de combate à criminalidade? Essa é a realidade da maioria dos projetos e dispositivos legais aprovados em matéria penal.

Em face das condições da realidade social, o Estado reduz a intervenção em matéria social e endurece a legislação penal, transformando o direito penal na principal forma de combate aos problemas sociais, retirando seu caráter de aplicabilidade somente em *ultima ratio*. Existe uma substituição do estado do bem-estar social pelo estado policial e penitenciário.<sup>108</sup> Essa realidade vai de encontro aos preceitos basilares do Direito Penal, conforme Callegari:

O fenômeno expansivo experimentado pelo Direito Penal contemporâneo, em especial no que diz respeito à realidade brasileira, demonstra que o legislador em matéria penal ainda custa a assimilar que as normas penais devem estar construídas sob forte base de garantias, o que significa que os preceitos incriminadores devem respeitar os direitos e garantias fundamentais preconizados pela Carta Política. Assim, os fundamentos na construção das leis penais devem ser racionais, o que significa que a lei penal deve seguir os princípios e garantias e ser efetiva e não meramente simbólica.<sup>109</sup>

Essa expansão, como efeito imediato dos anseios sociais, em verdade vai usurpar as liberdades sociais conquistadas ao longo da evolução humana. Um Estado democrático de Direito é baseado num compromisso firmado numa Carta maior de onde nascem todos os demais dispositivos legais, os quais devem observar aquela como fonte de legitimidade e de limitação a intervenção estatal. A simbologia

---

<sup>107</sup> DIEZ RIPOLLÉS, J. L. **A racionalidade das leis penais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

<sup>108</sup> WACQUANT, L. **As prisões da miséria**. 2. ed. Rio de Janeiro: Zahar, 2011. p. 9.

<sup>109</sup> CALLEGARI, A. L.; WERMUTH, M. A.D. **Sistema penal e política criminal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 119.

dada a uma lei penal atualmente é de apaziguar, resolver os problemas sociais, sem buscar uma efetividade para a qual uma lei penal deve realmente nascer.

### 3.1.3 A Fase Pós-Legislativa

Por conseguinte, existe um conjunto de atividades, de análises e avaliações dos diversos efeitos da decisão legal após sua entrada em vigor, e perdura até o momento em que se questiona se ela é socialmente necessária, suficiente, se é realmente adequada para aquela disfunção social, qual seja a criminalidade<sup>110</sup>.

Nesta fase existem três etapas distintas, a da ativação, da avaliação e das consequências<sup>111</sup>, a serem analisadas a seguir.

A etapa de ativação é de fundamental importância, segundo Ripollés ela diz respeito ao fato de que certos agentes sociais suficientemente influentes se mostrem interessados em conhecer as consequências da intervenção legislativa correspondente.<sup>112</sup> Seriam estes os grupos de pressão que pugnam pela elaboração de novos dispositivos penais como a mídia, os pacifistas ou grupos de pressão de vítimas, por exemplo, que atuarão impulsionados pela busca ou reafirmação do seu equilíbrio emocional.

A avaliação é feita através de meios pessoais, materiais e metodológicos. A análise com base nos meios pessoais deveria ser realizada por profissionais do Direito capacitados em analisar os aspectos racionais de necessidade, suficiência, obediência aos princípios penais e ao texto constitucional. Estes profissionais existem, mas raros são aqueles que se propõem a discutir essa temática de forma adequada, avaliando não somente com os olhos da dogmática penal, mas sim com a interdisciplinaridade que a demanda necessita. As carências metodológicas são relevantes, antes de tudo, falta o que poderia chamar-se de substrato experimental não programado sobre o qual poderiam edificar-se as avaliações concretas.<sup>113</sup> Faltam pesquisas quantitativas e qualitativas á respeito da real utilidade daquele novel dispositivo em vigor, e da sua aplicabilidade prática em combater aquele fato que a fez nascer. Dentro da realidade nacional pode-se dizer que existem dados isolados em

---

<sup>110</sup> DIEZ RIPOLLÉS, J. L. **A racionalidade das leis penais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 62.

<sup>111</sup> Ibid., p. 63-70.

<sup>112</sup> Ibid., p. 63.

<sup>113</sup> Ibid., p. 68.

relação a estados ou cidades, no entanto, o Brasil carece de um programa nacional de pesquisa e avaliação em face das decisões legislativas concretas em matéria penal.

A última etapa, a transmissão dos resultados, vai além do índice de confiabilidade ou validade das constatações em relação ao dispositivo legal em análise. Deve-se garantir uma adequada difusão dos resultados, não devendo estes ficar restritos a círculos de confidencialidade, mesmo que tais resultados tragam ainda mais alarde à sociedade.<sup>114</sup> Esse alarde geralmente existe com a ocorrência criminosa e a sanção de forma branda, proporcional ou até mesmo a não punição do autor do fato. Mas a condenação de inocentes, a imputação de crimes de perigo abstrato a pessoas que não chegaram a criar situação alguma concreta de perigo ou a limitação, cada vez mais acentuada, das liberdades individuais ante a criminalização a cada dia mais acentuada, não gera alarde algum.

A percepção desta avaliação talvez venha a ocorrer tarde demais, quando aquele cidadão, que se identifica geralmente com o processo de vitimização, se encontrar autuado por algo que não representa uma conduta realmente atentatória à sociedade, irá repensar na racionalidade e necessidade daquele dispositivo. Aí será tarde, a sociedade que clama por uma intervenção penal desmedida como forma de controle social já estará cerceada pelo estado penal, onde existirá um sistema penal máximo e uma cidadania mínima.<sup>115</sup>

### 3.1.4 Um Conceito de Racionalidade

É preciso fixar um norte sobre o que vem a ser então a racionalidade de uma lei penal, qual seria o critério ou balizas para determinar se um dispositivo legal seria racional ou não. Segundo o pensamento de Ripollés<sup>116</sup>, fundado em Atienza<sup>117</sup>, a racionalidade ética é que marca o âmbito de delimitação das demais esferas da racionalidade.<sup>118</sup> A racionalidade ética pertence ao critério democrático, isto é, uma vez asseguradas em princípios estruturais, nas referências éticas, permitirá legitimar

---

<sup>114</sup> DIEZ RIPOLLÉS, J. L. **A racionalidade das leis penais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 70.

<sup>115</sup> ANDRADE, V. R. P de. **Sistema penal máximo x cidadania mínima: códigos da violência na era da globalização**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

<sup>116</sup> DIEZ RIPOLLÉS, op. cit.

<sup>117</sup> ATIENZA, M. **Contribución a una teoría de la legislación**. Madrid: Civitas, 1997.

<sup>118</sup> HOMMERDING, A. N.; LYRA, J. F. D. da C. **Racionalidade das leis penais e legislação penal simbólica**. Rio de Janeiro: LMJ Mundo Jurídico, 2014. p. 47-49.

decisões legislativas concretas, mesmo em face das controvertidas racionalidades subsequentes e na inter-relação entre elas.

Através da discussão em torno da racionalidade ética se revela um sistema de crenças, cultura e história que sustentam uma determinada coletividade, e a qual condiciona um processo legislativo. Há a discussão da figura dos políticos, auxiliados ou não por juristas na elaboração de dispositivos legais penais. Não é possível excluir do Direito o seu caráter político, segundo o pensamento de Warat:

O Direito cumpre a sua função de condição de sentido, se funciona como um mecanismo simbólico, negando-se simultaneamente, seu caráter legalista e cientificista, na medida em que, afastando-se dos pressupostos que predominam em sua doxa instituída como ciência, passa a fazer uma opção para a produção política das significações, para um processo de autonomia, entendido com vínculo criativo com o outro.<sup>119</sup>

Em face desta mistura de crenças, cultura e história, há necessidade de se delimitar um valor ético e moral. Os valores morais têm validade universal, para qualquer um, enquanto um valor ético é válido dentro de determinada coletividade a partir da auto compreensão compartilhada por seus integrantes. À respeito da ética, relacionada com o Direito Penal, leciona Ingenieros:

A ética (função normativa da adaptação individual ao meio), e o direito penal (organização defensiva do meio contra a inadaptação do indivíduo) se transformam continuamente, de acordo com as modificações incessantes da mentalidade social, refletida em todas as instituições.<sup>120</sup>

Traçando um paralelo entre os pensamentos de Warat e Ingenieros chega-se a um ponto em comum que o mundo da vida é compreendido como uma fonte de condições para a ação comunicativa e, as estruturas simbólicas, que entre elas, o Direito, que mantêm uma função interna com a razão comunicativa.

Neste mesmo sentido, Zaffaroni e Pierangeli, aduzem que:

Todo pensamento penal, que ostente ou oculte uma base filosófica idealista, acaba sendo alienante, pois encobre o verdadeiro ser do homem, Somente a alienação nos pode conduzir a um pensamento que crê que conhecer implica criar, que conhecer o mundo implica 'pôr' o mundo. O conhecimento não pode criar o ente, mas apenas torna-lo compreensível (HEIDEGGER). O caminho do conhecimento não pode seguir uma direção arbitrária, não pode ser disposto pelo homem de qualquer maneira; o mundo não pode esgotar-se numa mera transcendência subjetiva, mas todo questionamento

<sup>119</sup> WARAT, L. A. **Introdução geral ao direito**: interpretação da lei: temas para uma reformulação. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1994. p. 29.

<sup>120</sup> INGENIEROS, J. **Criminologia**. São Paulo: Monteiro Lobato & Co., 1924. p. 14.

é uma busca, e toda busca tem sua direção, que é indicada por aquilo que se busca (HEIDEGGER).<sup>121</sup>

Através de uma interseção entre Heidegger, aqui citado por Zaffaroni e Pierangeli, e o pensamento de Warat, chega-se a um ponto em comum. Tal ponto em comum no que cabe relacionar ao fato de que o Direito possui uma função de condição de sentido, que funciona como um mecanismo simbólico, negando-se simultaneamente, seu caráter legalista e cientificista, que o conhecimento não cria aquele ser sob o qual se conhece.

Portanto, os agentes políticos, nessa interação comunicativa, fundada nas crenças, na historicidade e na ética daquela coletividade que eles representam, vão racionalizar esta convivência através do direito positivo.

Restringindo a discussão em torno do critério de racionalidade às leis penais, objeto da presente pesquisa, a regulação pelo direito penal positivo, segundo Ripollés, deve observar como contornos básicos de uma intervenção penal legítima e racional, os princípios de proteção, princípios de responsabilidade e princípios de sanção,<sup>122</sup> princípios estes a serem analisados em tópico próprio.

Dentro desse processo comunicativo, entre os representantes da sociedade que possuem competência constitucional para legislar em matéria penal, a questão da racionalidade dessa espécie legislativa é tema controverso sob a ótica de quem faz a análise. O ponto adotado nessa pesquisa é a ótica social, ou seja, da sociedade, não sendo considerados os discursos utilitaristas para declarar racional um dispositivo penal como mero instrumento de controle social.<sup>123</sup> É preciso romper esse paradigma que o Direito Penal foi criado para servir precipuamente como instrumento de controle social, essa discussão sendo retomada ao final do presente trabalho.

### 3.2 As Teorias que Legitimam a Intervenção Penal

Para Radbruch:

A teoria do direito penal distingue, tradicionalmente, duas espécies de problemas: os relativos ao direito de punir e os relativos ao fim da pena. O problema do fundamento do direito de punir formulou-se, pela primeira vez, numa época em que não existia ainda, em face do indivíduo, um Estado

---

<sup>121</sup> ZAFFARONI, E. R.; PIERANGELI, J. H. **Manual de direito penal brasileiro**. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. v. 1, parte geral, p. 321.

<sup>122</sup> DIEZ RIPOLLÉS, J. L. **A racionalidade das leis penais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 92.

<sup>123</sup> CONDE, F. M. **Direito penal e controle social**. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

fundado numa vontade coletiva, na vida do qual aquele tomasse uma parte ativa. Foi durante essa situação que se sentiu a necessidade de justificar, em nome dos fins do Estado, as penas impostas aos diversos delitos.<sup>124</sup>

A questão da justificativa dos fins da pena criminal é tão velha quanto à própria história do direito penal, e no decurso dessa longa história, tem-se discutido, vivamente e sem soluções de continuidade, pela filosofia (tanto pela filosofia geral, como pela filosofia do direito), pela doutrina do Estado e pela ciência (global) do direito penal.<sup>125</sup> Tal discussão é necessária ante o surgimento de um paradoxo, como o Estado, criado, dentre outras finalidades, para proteger o cidadão, terá legitimidade para praticar um ato de violência contra ele? Segundo Bitencourt, “pena e Estado são conceitos intimamente relacionados entre si.”<sup>126</sup> O desenvolvimento do Estado está intimamente ligado ao da pena. No entanto, quem bem explicou essa contradição foi Lyra, nessa passagem citando clássicos do movimento iluminista:

Beccaria confessou ascendência em Rosseau e de Montesquieu, sendo que, baseado no primeiro, colocou esta tese fundamental: diante do delito, há duas partes: o soberano, que afirma a violação do contrato social, e o acusado, que a nega. É preciso que, entre os dois, exista um terceiro, para decidir a controvérsia. Esse terceiro é o magistrado, cujas sentenças não devem sofrer apelação, e cuja tarefa é simplesmente resolver se há ou não delito.<sup>127</sup>

A posição do autor é clara em defender a independência, a autonomia e a imparcialidade do julgamento. No entanto a questão é que Lyra sintetizou o possível paradoxo ante a possibilidade do Estado (não é uma mera possibilidade, mas um dever) de julgar aquele que venha a cometer um crime, sendo este, parte do seu corpo social que ele, o Estado, deve proteger. A finalidade da sanção aplicada ainda é tema de tormentosa discussão.

Conforme Dias:

A razão de um tal interesse e da sua persistência ao longo dos tempos está em que, à sombra do problema dos fins das penas, é no fundo toda a teoria do direito penal que se discute e, com particular incidência, as questões fulcrais da legitimação, fundamentação, justificação e função da intervenção penal estatal. Por isso se pode dizer, sem exagero, que a questão dos fins das penas constitui, no fundo, a questão do destino do direito penal e, na plena acepção do termo, do seu paradigma. E por isso também qualquer

<sup>124</sup> RADBRUCH, G. **Filosofia do direito**. 4. ed. Coimbra: Sucessora, 1961. v. 2: Temas Filosóficos, jurídicos e sociais, p. 83. (Coleção Studivm).

<sup>125</sup> DIAS, J. de F. **Temas básicos da doutrina penal**. Coimbra: Coimbra Editora, 2001. p. 65-66.

<sup>126</sup> BITENCOURT, C. R. **Tratado de direito penal: parte geral**. 14. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo - SP: Saraiva, 2009. p. 83.

<sup>127</sup> LYRA, R. **Comentários ao código penal**. 2. ed. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1955. v. 2, p. 20-21.

análise dos fundamentos do direito penal não pode ainda hoje furtar-se à tentativa de fazer o ponto da querela sobre as finalidades da pena criminal e de divisar os caminhos do futuro próximo.<sup>128</sup>

A pena, como bem definiu Bruno, é “um desses fatos sociais de validade universal, no tempo e no espaço, do qual nenhum povo prescinde e, como observa Maurach, se quiser prescindir se dissolve.”<sup>129</sup>

Existem três teorias que fundamentam a pena: as teorias absolutas ou da retribuição, as teorias relativas ou preventivas da pena e as teorias mistas ou ecléticas. Segundo ainda Bruno, o debate em torno da finalidade da pena é “tema evidentemente de ordem extrajurídico, que não integra a ciência do Direito Penal entendida como dogmática do Direito vigente. A atividade dirigida a investigá-la na sua essência e fundamentos pertence à filosofia”.<sup>130</sup>

Daqui por diante será analisado então a ideia central de cada teoria que legitima a pena.

Para as teorias absolutas, a pena é um instrumento de retribuição. A sua essência reside na retribuição, expiação, reparação ou compensação do mal do crime, e nessa essência se esgota.<sup>131</sup> Não tem finalidade prática, pois não se preocupa com a readaptação. Segundo a teoria em análise, a sanção deve ser proporcional à gravidade do fato. Para Queiroz:

As teorias absolutas, assim chamadas em contraposição às teorias relativas, ou finalista da pena, recebem tal denominação por verem, embora sob perspectivas distintas e sob uma também distinta argumentação, a pena com um fim em si mesmo, pena que, quer como realização da justiça, quer como expiação de um mal, quer por razões de outra índole, se justifica pura e simplesmente pela verificação de um fato criminoso, cuja punição se impõe categoricamente; independentemente, pois, de considerações finais.<sup>132</sup>

Enfim, semelhante questionamento, sobre os efeitos práticos da pena, ou por necessitar de maior importância, ou não repercutir diretamente sobre o fundamento da pena passa, deliberadamente, ao largo do interesse e da investigação de autores que, como Kant e Hegel, seus principais expoentes, que conforme Queiroz, assim, justifica o direito de punir:

---

<sup>128</sup> DIAS, J. de F. **Temas básicos da doutrina penal**. Coimbra: Coimbra Editora, 2001. p. 66.

<sup>129</sup> BRUNO, A. **Direito penal**: parte geral. 3. ed. São Paulo: Forense, 1967. t. 3: Pena e medida de segurança, p. 27.

<sup>130</sup> Ibid., p. 29.

<sup>131</sup> DIAS, op. cit., p. 67.

<sup>132</sup> QUEIROZ, P. de S. **Funções do direito penal**: legitimação versus deslegitimação do sistema penal. Belo Horizonte: Del Rey, 2001. p. 17.

Para Kant, a pena atende a uma necessidade absoluta de justiça, que deriva de um “imperativo categórico”, isto é de um imperativo moral incondicional, independentemente de considerações finais ou utilitárias. A pena basta a si mesma, como realização da justiça, pois “as penas são, em um mundo regido por princípios morais (por Deus), categoricamente necessárias.”<sup>133</sup>

### Segundo o próprio Kant:

O homem não é uma coisa, não é, por conseguinte, objeto para ser tratado unicamente como meio, senão que, pelo contrário, deve ser considerado sempre, em todos os seus atos, como fim em si. Portanto, não posso dispor do homem em minha pessoa, de maneira absoluta, quer para mutilar, quer para o danificar ou matar.<sup>134</sup>

Repudia-se, portanto, a instrumentalização do homem, em favor de razões de utilidade social. Kant, ao conceber a pena como “imperativo categórico”, com um fim em si mesmo, que nenhum propósito persegue, rejeita, assim, toda pretensão de emprestar à pena, fins utilitários ou de conveniência política, ou que se justifique a partir daí, ou que tome em conta razões dessa índole. Kant diz ainda que:

O que se deve acrescentar é que se a sociedade civil chega a dissolver-se por consentimento de todos os seus membros, como se, por exemplo, um povo que habitasse uma ilha se decidisse a abandoná-la e se dispersar, o último assassino preso deveria ser morto antes da dissolução a fim de que cada um sofresse a pena de seu crime e para que o crime de homicídio não recaísse sobre o povo que descuidasse da imposição dessa punição; porque então poderia ser considerada como cúmplice de tal violação pública da justiça.<sup>135</sup>

Em Hegel, a pena atende não a um mandato absoluto de justiça, como em Kant, mas, antes a uma exigência da razão, que se explica e se justifica a partir de um processo dialético inerente à ideia e ao conceito mesmo de direito. Vale dizer: o delito é uma violência contra o direito, a pena uma violência que anula aquela primeira violência; é assim, a negação da negação do direito representado pelo delito. Segundo Hegel, a negação da negação é a sua afirmação:

O princípio conceitual de que toda violência se destrói a si mesma possui a verdadeira expressão no fato de uma violência anular-se com outra violência. Por conseguinte, torna-se jurídica, de maneira não apenas relativa, mediante tais e tais condições, mas necessária, como segunda violência que suprime a primeira. [...] A primeira coação, exercida como violência pelo ser livre que viola a existência da liberdade no seu sentido concreto, que viola o

<sup>133</sup> QUEIROZ, P. de S. **Funções do direito penal**: legitimação versus deslegitimação do sistema penal. Belo Horizonte: Del Rey, 2001. p. 19-20.

<sup>134</sup> KANT, E. **Fundamentação da metafísica dos costumes**. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1964. p. 92.

<sup>135</sup> KANT, E. **Doutrina do direito**. São Paulo: Ícone, 1993. p.178-179.

direito como tal, constitui o crime – juízo negativo infinito em seu pleno significado. Nele são negados não apenas o aspecto particular da absorção da coisa na minha vontade, mas também o que há de universal e infinito no predicado do que me pertence – a capacidade jurídica –, e isso sem que haja mediação da minha opinião. É o domínio do direito penal.<sup>136</sup>

A pena é, pois, a restauração positiva do direito. A pena, em Hegel, é uma necessidade lógica.<sup>137</sup> Segundo Garcia, fazendo uma análise á respeito do pensamento de Hegel: “O direito é manifestação da vontade racional; a pena é a reafirmação da vontade racional sobre a vontade irracional; servindo a pena para restaurar uma ideia, precisamente para restaurar a razão do direito, anulando a razão do delito”.<sup>138</sup>

Na verdade, essa teoria justifica a imposição de uma sanção penal apenas como instrumento de vingança do Estado contra o criminoso, com a intenção finalística única de castigá-lo, sendo que após tal castigo haveria de ser restaurada a ordem jurídica. Tal teoria seria semelhante à Lei do Talião (olho por olho, dente por dente). Segundo Hassemer:

Para a teoria da retribuição do ato não existe uma ruptura entre as tarefas do Direito Penal e as da pena, senão uma transferência casual: a pena deve restabelecer o Direito abalado (gebrochene), negar a negação do Direito, anular ‘vontade especial’, satisfazer a justiça. Com isso ela mesma deve ser justa, e ela deve levar em conta a dignidade do homem, e não torna-lo objeto da coação estatal ou da assistência estatal.<sup>139</sup>

A teoria da prevenção ou retribuição divide-se em prevenção geral e prevenção especial, sendo estas subdivisões ainda classificadas em: prevenção geral positiva e prevenção geral negativa; prevenção especial positiva e prevenção especial negativa.

Segundo Queiroz, a prevenção geral, especificamente a prevenção geral-positiva, concebe a pena como instrumento de fortalecimento dos valores ético-sociais veiculados pela norma, ou seja, consiste em demonstrar e reafirmar a existência, a validade, a eficiência e a aplicabilidade do Direito Penal<sup>140</sup>. Almeja-se mostrar a vigência da lei penal. Segundo Prado “a doutrina moderna, de linha

<sup>136</sup> HEGEL, G. W. F. **Princípios da filosofia do direito**. 2. ed. São Paulo: Ícone, 1997. p. 101-102.

<sup>137</sup> QUEIROZ, P. de S. **Funções do direito penal: legitimação versus deslegitimação do sistema penal**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001. p. 21.

<sup>138</sup> GARCIA, B. **Instituições de direito penal**. 4. ed. São Paulo: Max Limonad. 1977. p. 73.

<sup>139</sup> HASSEMER, W. **Introdução aos fundamentos do direito penal**. Porto Alegre - RS: Sergio Antonio Fabris, 2005. p. 422.

<sup>140</sup> QUEIROZ, op. cit., 2001.

funcionalista, defende a chamada teoria da prevenção geral positiva ou integradora”<sup>141</sup> Segundo essa corrente, a pena seria um instrumento destinado à estabilização normativa, justificando-se pela produção de efeitos positivos consubstanciados no fortalecimento geral da confiança normativa. É seguidor desse pensamento, Queiroz.<sup>142</sup> Conforme Lynett:

Depois da obra de Hans Welzel não se construiu um novo sistema de Direito Penal. Esta tarefa se iniciou com o mais importante de seus discípulos, Gunther Jakobs, que, no ano de 1983, no prólogo À primeira edição de seu tratado de parte penal, assinala as linhas de uma obra que rompe definitivamente com a tradição finalista. Contrário a ela, Jakobs menciona que a elaboração das categorias dogmáticas não pode fazer-se com base numa fundamentação ontológica do direito. O injusto e a culpabilidade não se inferem de estruturas lógico-objetivas, preexistentes, que vinculem a liberdade de configuração do legislador.[...]Sobre a base de que a estrutura social e a função da pena são os instrumentos a partir dos quais se dará conteúdo às categorias centrais da teoria do delito, Jakobs constrói um novo sistema de direito penal.<sup>143</sup>

Para Welzel, a missão do direito penal é a proteção dos valores elementares de consciência, de caráter ético-social, e só por inclusão a proteção de bens jurídicos particulares. Já a teoria da pena em Jakobs, enquadra-se dentro da chamada prevenção geral positiva, pois, segundo Lynett, os fundamentos de sua teoria estão vinculados à filosofia do direito de Hegel e à teoria dos sistemas de Luhmann. A finalidade da pena para Jakobs é manter a vigência da norma como modelo de contrato social.<sup>144</sup>

Segundo Luhmann:

O direito não se origina da pena do legislador. A decisão do legislador (e o mesmo é válido, como hoje se reconhece, para a decisão do juiz) se confronta com uma multiplicidade de projeções normativas já existentes, entre as quais ele opta com um grau maior ou menor de liberdade. Se não fosse assim, ela não seria uma decisão jurídica. Sua função, portanto, não reside na criação de direito, mas na seleção e na dignificação simbólica de norma enquanto direito vinculativo.<sup>145</sup>

<sup>141</sup> PRADO, L. R. **Curso de direito penal brasileiro: parte geral**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 516.

<sup>142</sup> QUEIROZ, P. de S. **Funções do direito penal: legitimação versus deslegitimação do sistema penal**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

<sup>143</sup> CALLEGARI, A. L. et al. **Direito penal e funcionalismo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 11-12.

<sup>144</sup> Ibid., p. 12.

<sup>145</sup> LUHMANN, N. **Sociologia do direito I**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983. p. 8.

O direito, na concepção de Luhmann, é uma estrutura através da qual se facilita a orientação social, e a norma, uma generalização de expectativas.<sup>146</sup>

Para a teoria da prevenção geral negativa, o que se pretende é simplesmente desencorajar a generalidade das pessoas da prática de delitos. Para essa teoria fala-se de prevenção especial, porque se persegue, por meio da pena, a neutralização do delinquente, inibindo-o da prática de futuros delitos. O principal idealizador da formulação da teoria da prevenção geral, em sua versão negativa, foi Paul Johann Anselm Ritter Von Feuerbach. A doutrina ainda hoje conhecida pelo nome de doutrina da coação psicológica, segundo a qual, a finalidade precípua da pena seria a de criar no espírito dos potenciais criminosos um contra motivo suficientemente forte para afasta-los da prática do crime<sup>147</sup>.

Conforme leciona Queiroz:

Para Feuerbach, todos os crimes têm por causa ou motivação psicológica a sensualidade, na medida em que a concupiscência do homem é o que o impulsiona, por prazer, a cometer a ação. A esse impulso, pois, da sensualidade, opõem-se uma contra-impulso – *spinta criminosa e contra-spinta penale*, segundo a expressão de Romagnosi (impulso criminoso e contra impulso penal) –, que é a certeza da aplicação da pena. Função, pois, da pena, é a prevenção geral dos delitos, por meio de uma ‘coação psicológica’ exercitada sobre a comunidade jurídica, a intimidar ou contra motivar a generalidade das pessoas às quais a norma dirige. Feuerbach distingue dois momentos na aplicação da pena: o da cominação da pena e o da sua efetiva aplicação. No primeiro caso, o objetivo da norma é ‘a intimidação de todos como possíveis protagonistas de lesões jurídicas’; no segundo, fim da pena é dar fundamento efetivo à cominação legal, dado que sem a aplicação da cominação, tal seria ineficaz.<sup>148</sup>

Atualmente, muitos ordenamentos jurídicos penais vem rechaçando esta fundamentação teórica, pois, em um Estado Democrático de Direito, positivar uma sanção com o intuito de infligir o medo naqueles possíveis infratores à norma penal, não ofereceria limites ao poder punitivo desse estado.

A teoria da prevenção especial, ao contrário da prevenção geral, dirige-se exclusivamente ao delinquente em particular, e divide-se ainda em especial negativa e especial positiva. Para a corrente especial negativa o importante é intimidar o

---

<sup>146</sup> CALLEGARI, A. L. et al. **Direito penal e funcionalismo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 13.

<sup>147</sup> DIAS, J. de F. **Questões fundamentais do direito penal revisitadas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 99.

<sup>148</sup> QUEIROZ, P. de S. **Funções do direito penal: legitimação versus deslegitimação do sistema penal**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001. p. 36-37.

condenado para que ele não torne a ofender a lei penal, ou seja, busca evitar a reincidência. Um dos grandes defensores dessa corrente é Liszt, para quem:

A pena pode ter por fim converter o delinquente em um membro útil à sociedade (adaptação artificial). Podemos designar como intimidação ou como emenda o efeito que a pena visa, conforme se tratar, em primeiro lugar, de avigorar as representações enfraquecidas que refreiam os maus instintos ou de modificar o caráter do delinquente. A pena pode ter por fim tirar perpétua ou temporariamente ao delinquente que se tornou inútil à sociedade a possibilidade material de perpetrar novos crimes, segrega-lo da sociedade (seleção artificial). Costuma-se dizer que neste caso o delinquente é reduzido ao estado de inocuidade.<sup>149</sup>

Para Bitencourt, a necessidade da pena, de acordo com Liszt, mede-se com critérios preventivos especiais, segundo os quais a aplicação da pena obedece a uma ideia de ressocialização e reeducação do delinquente, à intimidação daqueles que não necessitem ressocializar-se e também para neutralizar os incorrigíveis. Suas ideias podem ser resumidas em três palavras, a saber: intimidação, correção e inocuidade.<sup>150</sup> Segundo Roxin, o projeto alternativo<sup>151</sup> não só segue a concepção de Liszt ao substituir a pena retributiva pela pena orientada para os fins, como também ao subordinar, entre os restantes fins das penas, a prevenção geral à prevenção especial.<sup>152</sup> A teoria de Liszt não faz uma distinção específica entre prevenção especial negativa e positiva, suas ideias supracitadas, fundem os ideais de ambas as divisões desta corrente.

Já prevenção especial positiva propriamente dita, preocupa-se com a ressocialização do condenado especificamente, para que no futuro ele possa, com o cumprimento da pena, retornar ao convívio social preparado para respeitar as regras impostas pelo Direito. Hassemer, em sua obra - *Direito Penal Libertário* -, exprime os ideais desta corrente. Para ele, a ressocialização na execução da pena não é apenas uma ajuda, é primeiramente uma obrigação. Para os envolvidos, o caráter obrigatório da ressocialização na execução da pena deve até mesmo estar em primeiro plano. Uma execução da pena que atenta para a ressocialização intervém, essencialmente, nos condenados de uma maneira muito mais intensa do que uma

---

<sup>149</sup> LIZST, F. V. **Tratado de direito penal alemão**. Rio de Janeiro: F. Briguiet & C., 1899. t. 1, p. 100.

<sup>150</sup> BITENCOURT, C. R. **Tratado de direito penal**: parte geral. 14. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 96.

<sup>151</sup> Projeto alternativo ao Código Penal Alemão de 1966.

<sup>152</sup> ROXIN, C. **Problemas fundamentais de direito penal**. 3. ed. Lisboa: Vega, 2004. p. 55-56.

execução da pena que não investe em tratamento.<sup>153</sup> Logo, a sanção penal deve buscar a ressocialização e não a dessocialização.

Para as teorias mistas ou ecléticas, também denominadas de unitárias, a pena deve simultaneamente castigar o condenado pelo mal praticado e evitar a prática de novos crimes, tanto em relação ao criminoso (aspecto especial) como em relação à sociedade (aspecto geral). Nessa teoria haverá uma junção dos pontos mais razoáveis das teorias anteriores onde a pena assume um tríplice aspecto: retribuição, prevenção geral e prevenção especial. Segundo Bittencourt “as teorias unificadoras aceitam a retribuição e o princípio da culpabilidade como critérios limitadores da intervenção da pena como sanção jurídico-penal.”<sup>154</sup>

Em contrapartida, uma teoria unificadora dialética, pretende evitar os exageros unilaterais e dirigir os diversos fins da pena para vias socialmente construtivas, conseguindo o equilíbrio de todos os princípios, mediante restrições recíprocas. Elas partem do pressuposto de que as funções retributivas e preventivas não são inconciliáveis, logo a pena pode(deve) ter a função de retribuir e prevenir. Conforme precisa lição de Roxin:

Pode denominar-se esta concepção de dialética, enquanto acentua o caráter antitético dos diversos pontos de vista e procura reuni-los numa síntese. Tal procedimento não constitui um esquema construtivo, sendo antes previamente fixado pela natureza das coisas. Com efeito, a realidade social exige que a comunidade seja protegida de agressões do indivíduo, mas também que o indivíduo o seja de uma excessiva pressão por parte da sociedade. E o próprio delinquente constitui, por um lado, uma pessoa débil e urgentemente carenciada de um a tratamento terapêutico-social e, por outro lado, há que encará-lo de acordo com a concepção de homem livre e responsável, na medida em que um ordenamento jurídico que possua uma noção demasiado pequena do homem, acaba por dar origem à tutela e a falta de liberdade. Esta dupla polaridade entre indivíduo e coletividade, e também entre o fenômeno empírico e a ideia de homem, constitui o ponto de tensão de qualquer problemática social, que em cada caso também se representa na sua totalidade por uma fragmentação como aquela que o direito penal contém. Uma teoria da pena que não pretenda manter-se na abstração ou em propostas isoladas, mas que tenha como objetivo corresponder à realidade tem de reconhecer estas antíteses inerentes a toda a existência social para, de acordo com o princípio dialético, poder superá-las numa fase superior; ou seja, tem de criar uma ordem que demonstre que, na realidade, um direito penal só pode fortalecer a consciência jurídica da generalidade no sentido da prevenção geral se ao mesmo tempo preservar a individualidade de quem a ele está sujeito; que o que a sociedade faz pelo delinquente também é afinal o mais proveitoso para ela; e que só se pode ajudar o criminoso a superar a sua inidoneidade social de uma forma igualmente frutífera para ele e para a

---

<sup>153</sup> HASSEMER, W. **Direito penal libertário**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. p. 102-103. (Coleção Del Rey Internacional, v. 6).

<sup>154</sup> BITENCOURT, C. R. **Tratado de direito penal**: parte geral. 14. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 99.

comunidade se, a par da consideração da sua debilidade e da sua necessidade de tratamento, não se perder de vista a imagem da personalidade responsável para a qual ele aponta. Precisar em todos os pormenores esta concepção, que aqui apenas foi esboçada quanto aos seus objetivos e alguns pontos fundamentais, e leva-las à prática, eis a tarefa que em grande arte temos que enfrentar.<sup>155</sup>

A legislação penal brasileira, no Código Penal, em seu art. 59, adotou a aludida teoria quando positiva que a pena será estabelecida pelo juiz “conforme seja necessário e suficiente para a reprovação e prevenção do crime.”<sup>156</sup> No mesmo sentido, a Lei de Execução Penal - Lei 7.210 de 1984 - que regulamenta o cumprimento e execução das penas no Brasil, estabelece em seu art.10, caput: “A assistência ao preso e ao internado é dever do Estado, objetivando prevenir o crime e orientar o retorno à convivência em sociedade.”<sup>157</sup>

Tais previsões estão em consonância com o texto constitucional, pois, no instante em que este veda pena de caráter perpétuo, não faria sentido uma pena aplicada somente com a finalidade de castigar, devendo buscar principalmente a ressocialização. Visto que chegará o dia em que a pena se encerrará e aquele condenado voltará ao convívio em sociedade. A Convenção Americana de Direitos Humanos, de 1969, conhecida como Pacto de San José da Costa Rica, incorporada ao direito pátrio pelo Decreto 678 de 1992, estatui em seu art. 5º, item 6, “as penas privativas de liberdade devem ter por finalidade essencial a reforma e readaptação social dos condenados”.<sup>158</sup>

### **3.3 A Contraposição entre a (In)utilidade do Direito Penal Expansivo e o Direito Penal Simbólico**

Em contraposição às funções instrumentais e legitimadoras do direito penal, prevenção geral, prevenção especial e unidade das modalidades de prevenção, está a chamada função simbólica ou retórica da lei penal. Essa função ocorre quando através de um dispositivo penal, não se buscando a resolução de um determinado

<sup>155</sup> ROXIN, C. Problemas fundamentais de direito penal. 3. ed. Lisboa: Vega, 2004. p. 45.

<sup>156</sup> Art. 59º. Texto Atualizado. BRASIL. **Lei nº 7.210 de 11 de julho de 1984**. Lei de execução penal. Brasília, DF: Presidência da República, 2014.

<sup>157</sup> Art. 10º. Ibid.

<sup>158</sup> Pacto de San José da Costa Rica, art.5º, item 6. **CONVENÇÃO** americana sobre direitos humanos: adotada a 22 de novembro de 1969 pela Conferência Inter-americana especializada em Direitos Humanos em São José da Costa Rica. [S.I.], 1969. Disponível em: <<http://www.gddc.pt/direitos-humanos/textos-internacionais-dh/tidhregionais/conv-americana.html>>. Acesso em: 01 jan. 2014.

conflito de interesses propriamente, mas produzindo na opinião pública uma impressão tranquilizadora de um legislador comprometido e atento àqueles problemas sociais.

Não seria adequado abordar tão relevante tema sem antes delimitar o que vem a ser a expressão: “simbólico.” Na doutrina brasileira, quem bem estudou o tema e chegou a uma delimitação conceitual foi Marcelo Neves, segundo inicialmente:

Em primeiro lugar, deve-se observar que a confusão do simbólico com o semiótico, que se encontra nas concepções de Cassirer, Lévi-Strauss e Lacan, é incompatível com o uso da expressão ‘legislação simbólica’, uma vez que toda produção humana de sentido – portanto, também a legislação – seria simbólica. Estaríamos, então, no caso de uma tautologia.<sup>159</sup>

É preciso ainda avaliar a distinção entre o Direito e rituais políticos simbólicos. Vale ressaltar que em face dessa política, seus atos apenas simbolizam para os espectadores, e conseqüentemente, destinatários daquelas decisões políticas, tanto um sentimento de pacificação quanto de ameaça. Enquanto que a política simbólica, nesse caso legislação penal simbólica, serve mesmo é para criar uma sensação de harmonia e paz social.

Logo, tal política de legislação simbólica proporciona uma redução de tensões, acalmando o grande público que será regulamentado por tais decisões simbólicas. Um exemplo deste processo são as discussões no Congresso Nacional onde grupos representativos de categorias segmentadas por filosofia, religião ou doutrina irão tentar impor seu discurso aos demais, com base unicamente em seus interesses ou valores, sem perscrutar a necessária regulação daquele discurso ante o interesse geral. Essa é apenas uma espécie de manifestação dessa legislação simbólica que também se sobressai na forma de uma legislação álibi. Conforme denomina Neves:

A legislação simbólica é caracterizada por ser normativamente ineficaz, significando isso que a relação hipotético-abstrata ‘se então’ da ‘norma primária’ e da ‘norma secundária’ (programa condicional) não se concretiza regularmente. Não é suficiente a não-realização do vínculo instrumental ‘meio-fim’ que resulta abstratamente do texto legal (programa finalístico) para que venha a discutir-se sobre a função hipertroficamente simbólica de uma lei.<sup>160</sup>

Segundo Neves, uma legislação simbólica caracteriza-se pela falta de eficácia normativa e vigência social, pois sua utilidade será somente para assegurar

---

<sup>159</sup> NEVES, M. **A constitucionalização simbólica**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2007. p. 21.

<sup>160</sup> Ibid., p. 51.

a promessa de cumprimento de expectativas normativas, e não para ter eficácia normativa real. Buscando confirmar valores sociais, gerando assim três efeitos relevantes<sup>161</sup>.

Primeiramente, trata-se de atos que servem para convencer as pessoas e os grupos da consistência (e necessidade) do comportamento e norma valorados positivamente, confortando-os e tranquilizando-os de que os respectivos sentimentos e interesses estão incorporados no direito e por ele garantidos. À exemplo a legislação penal simbólica, aprova-se uma lei aumentando as penas nos crimes de trânsito, criminaliza-se determinado comportamento socialmente reprovável. Com essas ações, a sociedade vai sentir-se mais protegida porque o Estado fez algo, a fim de, debelar aquelas condutas indesejadas.

Em segundo lugar, a afirmação pública de uma norma moral pelo legislador conduz as principais instituições da sociedade a servirem-lhe de sustentação, mesmo que faltem ao respectivo texto legal o poder normativo-jurídico e a eficácia que lhe seriam específicas. Aquela conduta ora criminalizada para atender a grupos de pressão que clamam por maior proteção na atual sociedade, onde novos riscos surgem a cada dia<sup>162</sup>.

Em terceiro, a legislação simbólica serve para confirmar valores sociais, que distinguindo, com relevância institucional, quais as culturas tem legitimação e dominação pública, das que são consideradas desviantes, sendo, portanto, geradora de profundos conflitos entre os respectivos grupos.<sup>163</sup> Nessa situação vai-se de encontro ao preconizado por Hassemer, “o Direito penal, em seu formato de um estado de Direito liberal, é um instrumento flagrantemente inadequado para apoiar objetivos políticos, controlar situações problemáticas ou prover à ampla prevenção de situações perigosas”.<sup>164</sup>

Na doutrina penal comparada, existem algumas definições que corroboram a noção já apresentada e a complementam, nesse ponto sob o aspecto específico do Direito Penal, conforme leciona Sanchez:

---

<sup>161</sup> NEVES, M. **A constitucionalização simbólica**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2007. p. 53-54.

<sup>162</sup> SANCHEZ, J. M. S. **Aproximação ao direito penal contemporâneo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. (Coleção direito e ciências afins. v. 7).

<sup>163</sup> NEVES, op. cit., p. 54.

<sup>164</sup> HASSEMER, W. **Direito penal: fundamentos, estrutura, política**. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 2008. p. 227.

O desempenho de 'funções simbólicas' não é algo específico de leis penais, mas comum a todas as leis, ao menos nos tempos modernos. De fatos, costuma-se apontar que as leis podem ter, por um lado, uma 'função instrumental', isto é, influir mediante mandatos e proibições eficazes e mediante a aplicação real de suas consequências jurídicas no caso de infração sobre o comportamento de seus destinatários, a fim de obter o efeito desejado, modificar a realidade. Mas, além desta função de transformação da situação de partida, ou, o que é pior, em lugar dela, as leis podem desempenhar, por outro lado, uma função meramente simbólica, que ocorre não na realidade exterior (porque não se aplicam), mas na mente dos políticos e dos eleitores. Nos primeiros, produziria a satisfação de haver feito alguma coisa; nos segundos, a impressão de ter o problema sob controle. <sup>165</sup>

Segundo Sanchez, a lei penal simbólica reproduz uma mera expectativa de comportamento, positiva-se aquela aspiração social, seja ela um valor moral ou realmente um problema significativo. No entanto, tal dispositivo busca na verdade, passar uma sensação aos destinatários daquela lei (o povo) que algo já foi feito. Sendo que, em muitas situações destas, o problema deveria ser resolvido de outra forma, não com a intervenção do Direito Penal. Todavia, as expectativas sociais na sociedade do risco atual geralmente são (falsamente) dirimidas através de leis penais. Ainda neste mesmo sentido, para Hassemer:

O conceito de Direito penal simbólico não deveria fundamentar-se em inspiração de cunho volitivo, tais como 'vontade' ou 'intenção' do legislador. [...] Nas leis resultantes de compromissos entre os partidos políticos e nas disposições legais com apelos morais distintos (como na disciplina do aborto), 'o' legislador é uma figura que só existe institucionalmente, mas não intencionalmente. Portanto, a fixação do conceito deve fundar-se em dados objetivos: em vez de 'esperança', 'palusibilidade'; em vez de efeitos pretendidos para a lei, a presença de condições objetivas e a propabilidade de um efeito. Em síntese: não estudar objetivos e sim funções. <sup>166</sup>

Ainda nessa análise, utilizando-se da doutrina de Hassemer, Jakobs e Meliá aduzem que:

Particular relevância diz respeito, em primeiro lugar, àqueles fenômenos de neocriminalização a respeito dos quais se afirma, criticamente, que tão só cumprem efeitos simbólicos. Com tem assinalado Hassemer, desde o princípio desta discussão, quem relaciona o ordenamento penal com elementos simbólicos pode criar a suspeita de que não considera a dureza muito real e nada simbólica das vivências de quem se vê submetido à persecução penal, detido, processado, acusado, condenado, encarcerado.

<sup>165</sup> SANCHEZ, J. M. S. **Aproximação ao direito penal contemporâneo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 458-459. (Coleção direito e ciências afins. v. 7).

<sup>166</sup> HASSEMER, W. **Direito penal: fundamentos, estrutura, política**. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 2008. p. 218-219.

Isto é, aqui surge, imediatamente, a ideia de que se inflige um dano concreto com a pena, para obter efeitos um pouco mais que simbólicos.<sup>167</sup>

Com a expansão da legislação penal na atualidade, vem a ser o Direito Penal Simbólico, outra contradição às finalidades legitimadoras de um Direito Penal Democrático e legítimo. Crítica a esse movimento expansionista deve ser feita, em face da criação de leis penais simbólicas:

É inquestionável que a resposta demagógica de políticos do mundo todo à onda de criminalidade por meio de edição de legislações irracionais retrata o caráter meramente simbólico que vem se atribuindo ao Direito Penal. Tal característica não é, logicamente, exclusiva do modelo preconizado por Jakobs.<sup>168</sup>

Trazendo esse contraponto entre as finalidades do Direito Penal. Finalidades como a de assegurar, de proteger e de tutelar os bens jurídicos ou legitimar a punição sem limites, tipificar condutas buscando impor o medo, o terror no seio da sociedade para que seus integrantes não venham a cometer nenhum delito é que vem sendo verificado com o expansionismo da legislação penal, não só na realidade brasileira. E isto se diga que como também, no direito comparado a sua função meramente simbólica. Tal aspecto da legislação penal irracional e inflada não contribui em nada para um Estado que possui uma democracia tardia. O Brasil passou um bom tempo sob um regime de exceção, de segregação de liberdades individuais e ao ficar sob a égide de uma Constituição cidadã, uma carta com vários compromissos sociais vem a passar por esse expansionismo legal irrefletido. Conforme Queiroz:

O Estado não pode intervir quão violentamente na vida dos cidadãos a pretexto de infundir um sentimento de segurança jurídica, pois a intervenção penal, por encerrar as mais contundentes e lesivas manifestações sobre liberdade das pessoas, não pode ter lugar senão em situações de absoluta necessidade e adequação.<sup>169</sup>

O resultado da cultura emergencial é a introdução de um Direito Penal Simbólico com fundamento na infusão do medo na população. A fisionomia simbólica das normas penais de emergência transforma o Direito Penal em alicerce para as

---

<sup>167</sup> JAKOBS, G.; MELIA, M. C. **Direito penal do inimigo**: noções e críticas. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 77-78.

<sup>168</sup> MORAES, A. R. A. de. **Direito penal do inimigo**: a terceira velocidade do direito penal. Curitiba: Juruá, 2011. p. 252.

<sup>169</sup> QUEIROZ, P. de S. **Funções do direito penal**: legitimação versus deslegitimação do sistema penal. Belo Horizonte: Del Rey, 2001. p. 55.

correntes extremistas de política criminal, que pressionam o Congresso Nacional a elaborar leis penais cada vez mais severas, escritas e aprovadas às pressas.

A defesa ou legitimação desse avanço do direito Penal, de forma irracional, aos poucos faz com que os cidadãos desse Estado, no caso o Brasil, voltem a viver não em uma real democracia, mas sim em uma democracia simbólica. Como também em um Estado de Direito regido pelo Direito Penal máximo e de liberdades mínimas. Tratando dessa temática da inflação legislativa na esfera penal sem observância dos princípios constitucionais obrigatórios, como assevera Calegari e Wermuth:

Nesse aspecto, a inflação legislativa vivenciada nas últimas décadas em decorrência do processo expansivo do Direito Penal contribui não para aumentar a segurança jurídica da população, mas sim para aumentar o poder discricionário dos órgãos executivos do sistema penal.<sup>170</sup>

Essa crítica, realmente corrobora a problemática a ser discutida nesta pesquisa. O mesmo doutrinador prega que a efetividade da lei penal veda o seu uso meramente simbólico, “assim, os fundamentos na construção das leis penais devem ser racionais, o que significa que a lei penal deve seguir os princípios e garantias e ser efetiva e não meramente simbólica.”<sup>171</sup>

A racionalidade legislativa deve pugnar por um Direito Penal libertário, como defendeu Hassemer<sup>172</sup>, primando sempre pelos princípios do Direito Penal mínimo, da proporcionalidade das penas, da real necessidade da criminalização de condutas, do direito penal como última ratio, medidas indispensáveis à existência de um Estado Democrático de Direito.

Dentro dessa análise simbólica, conforme Hassemer:

Aparece o chamado *labeling approach* (enforque do etiquetamento), que adota o seu nome a partir da sua tese central: a criminalidade não é característica de uma determinada conduta, mas o resultado de um processo de atribuição, de uma estigmatização; a criminalidade é uma etiqueta, a qual é aplicada pela polícia, pelo ministério público e pelo tribunal penal, pelas instâncias formais de controle social. Alguns representantes menos radicais desta teoria reconhecem que os mecanismos do labeling existem não só no âmbito dos controles sociais formais, como também dos informais: os processos de ‘interação simbólica’ em que as famílias definem prematuramente a ovelha negra entre os irmãos, ou os professores e os alunos o estranho da classe, e assim estigmatizam com os sinais do fracasso social aqueles que mais

<sup>170</sup> CALLEGARI, A. L.; WERMUTH, M. A.D. **Sistema penal e política criminal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 35.

<sup>171</sup> Ibid., p. 119.

<sup>172</sup> HASSEMER, W. **Direito penal libertário**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. (Coleção Del Rey Internacional, v. 6).

tarde serão percebidos e aprofundados por outras estâncias de controle social e assumirão esta marca como parte de suas biografias, como papel impingido e arrastado.<sup>173</sup>

Logo se percebe que esse etiquetamento, promovido pelo *labelling approach* é mais um exemplo do caráter defeituoso que a doutrina e principalmente o legislador tem dado ao tratamento e combate à criminalidade. Ainda sobre este ponto, Andrade aduz que:

Ao afirmar que a criminalidade não tem natureza ontológica, mas social e definitorial e acentuar o papel constitutivo do controle social na sua construção seletiva, o *labelling* desloca o interesse cognoscitivo e a investigação das 'causas' do crime e, pois, da pessoa do autor e seu meio e mesmo do fato-crime, para a reação social da conduta desviada, em especial para o sistema penal.<sup>174</sup>

Em um Estado Democrático, fundado no princípio da igualdade, este não deveria punir ou prever sanções de forma seletiva, em relação á determinados grupos e outros não, devendo sancionar penalmente independente de qualquer estigma, classe, grupo a que aquela pessoa pertença. O Estado também tem, ao mesmo tempo, o dever de respeitar os direitos fundamentais (que limitam as pretensões acusatórias e executórias). Esses deveres fundamentais, frutos do monopólio jurisdicional, encontram nos princípios da separação dos poderes e do sistema acusatório, a divisão de tarefas entre os órgãos responsáveis pela eficácia e legitimidade das garantias penais fundamentais. Em vez de falarmos de *jus puniendi* e *jus executiones* do Estado, devemos ter em mente o *jus libertate* dos cidadãos, que só poderá ser limitado quando constitucionalmente previsto.

É inegável que o Direito Penal assumiu a exclusiva posição de instrumento de prevenção, recebendo uma função meramente simbólica que conduz à dogmática penal típica do 'Direito Penal do Inimigo'<sup>175</sup>. Tal dogmática carrega consigo uma excessiva antecipação da tutela penal.

O Direito Penal simbólico retrata a era do risco, com o retorno do punitivismo e a negação dos preceitos do Direito Penal clássico, que segundo Silva:

<sup>173</sup> HASSEMER, W. **Introdução aos fundamentos do direito penal**. Porto Alegre - RS: Sergio Antonio Fabris, 2005. p. 101-102.

<sup>174</sup> ANDRADE, V. R. P. de. **Sistema penal máximo x cidadania mínima: códigos da violência na era da globalização**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2003. p. 42.

<sup>175</sup> MORAES, A. R. A. de. **Direito penal do inimigo: a terceira velocidade do direito penal**. Curitiba: Juruá, 2011. p. 254.

Caracteriza-se, aliás, pelo fato de que o comportamento que vai ser tipificado não se considera previamente como socialmente inadequado, ao contrário, criminaliza-se para que seja considerado como socialmente desvalorado, ou seja, de acordo com o Direito Penal clássico, as condutas não eram criminalizadas porque se apresentavam como socialmente inadequadas, enquanto, ao contrário, no Direito Penal do risco proibem-se condutas para que com isso elas se tornem socialmente inadequadas.<sup>176</sup>

Portanto, 'simbólico', em sua compreensão crítica, segundo Hassemer,<sup>177</sup> consiste no atributo que uma norma penal apresenta, segundo o qual as funções latentes da norma suplantam suas funções manifestas. E isto, de modo a gerar a expectativa de que o emprego e o efeito da norma concretizarão uma situação diversa da anunciada pela própria norma. Sendo tais funções manifestas aquelas concretizações da norma que sua própria formulação enuncia, a saber, a disciplina de todos os casos concretos futuros por ela definidos, ou em outros termos, a proteção dos bens jurídicos tutelados pela norma.

Analisando a questão da eficiência de uma norma penal, Sanchez aduz que os problemas de conciliação do princípio eficiência (analisando o custo/benefício) com as garantias do Direito Penal apresentam-se em duplo nível. Por um lado é preciso determinar-se, e em que medida, que a eficácia tem capacidade de abrigar em seu seio tais garantias.<sup>178</sup> Um ponto a ser considerado para fundamentar o combate a esse comportamento diz respeito à resistência garantista ante as modificações que pretende essa moderna política criminal. Quando se tem necessidade de realizar renúncias aceitando níveis intermediários de intervenções penais ou extrapenais em face de propostas modernizadoras permutam garantias por eficácia. Entende-se que, na prática, as intervenções penais se concentram nos casos de bagatela, resultando em violação aos princípios da fragmentariedade e proporcionalidade, dentre outros. Dessa forma, a escassa idoneidade do Direito Penal para afrontar essas novas necessidades da sociedade de risco pode levar à desnaturalização do direito penal garantista, caindo nas redes do Direito Penal simbólico.

Para Sanchez, essa eficiência buscada na espécie de legislação, de cunho meramente simbólico, não produz nenhum benefício para a sociedade:

---

<sup>176</sup> SILVA, P. R A da. **Leis penais em branco e o direito penal do risco**: aspectos críticos e fundamentais. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p. 87.

<sup>177</sup> HASSEMER, W. **Direito penal**: fundamentos, estrutura, política. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 2008. p. 221.

<sup>178</sup> SANCHEZ, J. M. S. **Eficiência e direito penal**. Barueri: Manole, 2004. p. 55. (Coleção Estudos de Direito Penal, v. 11).

Essa eficiência do chamado 'Direito Penal moderno', segundo meu juízo, é apenas aparente, incidindo unicamente no âmbito psicológico-social dos sentimentos de insegurança. Em outras palavras, convertendo-se num mecanismo puramente simbólico e abandonado o terreno do instrumental. Assim, se é certo que um Direito eficiente seguramente será sempre funcional, não está tão claro que um Direito funcional precise ser realmente, e não apenas de forma aparente, eficiente. Está claro que, se um Direito Penal de prevenção geral positiva converte-se em Direito meramente simbólico, de pura aparência de eficiência, então a médio ou longo prazo tampouco terá cumprido sua função preventiva.<sup>179</sup>

Logo, o Direito Penal simbólico se traduz em uma forma ineficiente, inútil para o que se propõe. Essa legislação simbólica é característica desse movimento expansivo, principalmente através da preeminência do direito Penal em detrimento de outros instrumentos de controle e regulação social. Instrumentos estes como o Direito Civil e o Direito Administrativo, fazendo com que o Direito Criminal seja considerado mais eficaz na resolução de conflitos sociais do que outras medidas de política econômica ou social.

### 3.4 Os Princípios Essenciais a Fundamentar o Direito Penal

Deve ser levado em consideração que a mudança de paradigma do Direito Penal pode estar relacionada na verdade ao surgimento de uma nova espécie de indivíduo. Conforme Bauman “todas as sociedades produzem estranhos. Mas cada espécie de sociedade produz sua própria espécie de estranhos e os produz de sua própria maneira”<sup>180</sup> Para o autor, os seres humanos que transgridem os limites dentro da sociedade se convertem em estranhos, que precisam ser aniquilados, inocuidados. A forma mais fácil de alijar aquele ser estranho é através do Direito Penal. Hoje tal prática é, ou deveria ser, limitada pelos princípios que regem o Direito Penal. Para Bitencourt, pode-se chamar de princípios reguladores do controle penal “princípios constitucionais fundamentais de garantia do cidadão, ou simplesmente de Princípios Fundamentais de Direito Penal de um Estado Social e Democrático de Direito,”<sup>181</sup> sendo tais princípios garantias do cidadão frente o poder punitivo estatal. Conforme Queiroz “os princípios penais representam limitações importantes ao

---

<sup>179</sup> SANCHEZ, J. M. S. **Eficiência e direito penal**. Barueri: Manole, 2004. p. 54. (Coleção Estudos de Direito Penal, v. 11).

<sup>180</sup> BAUMAN, Z. **O mal-estar da pós-modernidade**. Rio de Janeiro - RJ: Zahar, 1998. p. 27.

<sup>181</sup> BITENCOURT, C. R. **Tratado de direito penal**: parte geral. 14. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 10.

poder de punir, razão pela qual constituem autênticas garantia (políticas) individuais oponíveis ao próprio exercício do poder punitivo estatal.”<sup>182</sup>

O Estado de Direito está associado ao princípio da legalidade, efetiva limitação ao poder punitivo estatal; já o Estado social está associado à necessidade social da intervenção penal, logo, o mesmo só pode intervir penalmente quanto for estritamente necessário; e o Estado Democrático é identificado com o princípio da culpabilidade, impeditivo da responsabilidade penal objetiva ou sem culpa.<sup>183</sup>

Na precisa lição de Beccaria: “Para não ser um ato de violência contra o cidadão, a pena deve ser essencialmente pública, pronta, necessária, a menor das penas aplicáveis nas circunstâncias dadas, proporcionada ao delito e determinada pela lei”.<sup>184</sup>

Essa passagem exprime aqueles princípios basilares que serão abordados de forma mais detalhada nesta pesquisa, os princípios da proporcionalidade da lei penal e da intervenção mínima.

O princípio da intervenção mínima, também denominado de princípio da última ratio, restringe a atuação legiferante incriminadora estatal, orientado a sua incidência, para aquelas situações quando for meio necessário para a proteção de determinados bens jurídicos.<sup>185</sup> A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, em seu art. 8º, prevê esse preceito ao afirmar que a lei somente deve prever as penas estritamente necessárias.<sup>186</sup> O princípio da intervenção mínima foi também produzido por ocasião do grande movimento político de ascensão da burguesia, reagindo contra o sistema penal do absolutismo, que manejava um poder punitivo minuciosamente abrangente e ilimitado.<sup>187</sup>

Desse princípio desdobram-se outros dois imprescindíveis ao Direito Penal, o da fragmentariedade e o da subsidiariedade. Sendo o princípio da fragmentariedade caracterizado pelo limite necessário a um totalitarismo de tutela penal, de modo pernicioso para a liberdade; e sobre o princípio da subsidiariedade, em meio a uma característica da lei penal que deve ser subsidiária, ou seja, só deve atuar na defesa

---

<sup>182</sup> QUEIROZ, P. de S. **Curso de direito penal**: parte geral. 8. ed. Salvador: Juspodivm, 2012. p. 72.

<sup>183</sup> BUSATO, P. C. **Direito penal**: parte geral. São Paulo: Atlas, 2013. p. 23.

<sup>184</sup> BECCARIA, C. **Dos delitos e das penas**. 5. ed. São Paulo: Atena, 1956. p. 203.

<sup>185</sup> BITENCOURT, C. R. **Tratado de direito penal**: parte geral. 14. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 13.

<sup>186</sup> SILVA, I. L. P. **Princípios penais**. Salvador: Juspodivm, 2012. p. 193.

<sup>187</sup> BATISTA, N. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**. 12. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Revan, 2011. p. 82.

dos bens jurídicos imprescindíveis à coexistência pacífica dos homens e que não podem ser eficazmente protegidos de forma menos gravosa.<sup>188</sup> Conforme Roxin:

O direito penal é de natureza subsidiária. Ou seja: somente se podem punir as lesões de bens jurídicos e as contravenções contra fins de assistência social, se tal for indispensável para uma vida em comum ordenada. Onde bastem os meios do direito civil ou do direito público, o direito penal deve retirar-se.<sup>189</sup>

Portanto, segundo a intervenção mínima, orienta e limita o poder incriminador do Estado, preconizando que a criminalização de uma conduta só se legitima se construir meio necessário para a proteção de determinado bem jurídico carente de tutela penal. Caso haja outras formas de proteção, outros meios de controle social revelar-se-ão suficientes para a tutela desse bem, a sua criminalização sendo inadequada e não recomendável.

De acordo com o princípio da proporcionalidade, o castigo deve variar conforme a gravidade do crime cometido, ou seja, o princípio requer um juízo de ponderação entre a carga de privação ou restrição de direito que a pena comporta e o fim perseguido com tal incriminação.<sup>190</sup> A sanção deve ser proporcional à ofensa ao interesse jurídico penalmente tutelado.

Em face da expansão legiferante na esfera penal, muitos interesses têm-se elevado, nem sempre de forma necessária, a categoria de bens jurídicos carentes de proteção penal. Os incrementos da intervenção penal derivam de novas realidades e conflitos sociais que põem em relevo os interesses coletivos. A sociedade está cada vez mais “consciente” dos riscos, o que explica a desproporcionalidade de muitos tipos criados ao alvedrio do legislador para atender ao clamor da sociedade. Tal situação tem gerado excessos legiferantes típicos desse movimento de expansão do Direito Penal, criando leis e sanções desproporcionais. Neste sentido de acordo com Ripollés:

Em um nível inferior de compreensão, também não se pode deixar de mencionar certo número de posturas doutrinárias que, cada vez com mais frequência, utilizam o princípio da proporcionalidade ou proibição do excesso como vetor capaz de arrastar a maior parte das referências valorativas pertinentes para uma teoria da criminalização, isto é, para a identificação dos conteúdos de tutela do Direito Penal. Essas correntes doutrinárias costumam apoiar-se em um conceito amplo de proporcionalidade, composto por três elementos diferenciados – idoneidade, necessidade e proporcionalidade em

---

<sup>188</sup> PRADO, L. R. **Curso de direito penal brasileiro**: parte geral. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 140-141.

<sup>189</sup> ROXIN, C. **Problemas fundamentais de direito penal**. 3. ed. Lisboa: Vega, 2004. p. 28.

<sup>190</sup> QUEIROZ, P. de S. **Curso de direito penal**: parte geral. 8. ed. Salvador: Juspodivm, 2012. p. 82.

sentido restrito – e que toma por base, ou inclui de forma relevante dentro de si, o princípio da exclusiva proteção aos bens jurídicos.<sup>191</sup>

No mesmo sentido segundo Liszt:

A pena necessária é a única pena justa. A pena é meio para um fim. Porém a ideia de fim requer a adaptação do meio ao fim e um máximo de economia no seu emprego. Tal exigência rege, sobretudo, a respeito da pena, pois ela é arma de duplo fio: proteção dos bens jurídicos por meio da lesão de bens jurídicos.<sup>192</sup>

Conforme Mittermaier, em sua clássica análise sobre a pena de morte, os princípios que devem dirigir o legislador em termos de matéria penal são:

1º A existência do Estado é necessária para o desenvolvimento da humanidade. As teorias imaginárias sobre o estado de natureza ou sobre o contrato social devem ser excluídas do direito penal.

2º A ação do Estado abraça as relações da vida civil; ele deve a sua proteção aos homens que vivem juntos sob sua lei; ele deve tomar cuidado em cumprir ou imitar a justiça divina, ou restabelecer, mediante a pena, a ordem neste mundo.

3º O governo tem o direito de usar todos os meios que servem para fundar e proteger o direito.

4º Daí nasce para o Estado o direito de instituir e de aplicar penas, conforme a ideia do direito escrito na consciência universal; o homem que golpeou o direito merece uma pena em relação com a gravidade do seu erro, e esta pena deve, sempre, servir para corrigir o culpado, para prevenir outros crimes, e para proteger a segurança pública.

5º O sistema penal não é um meio destinado a proteger o direito, e o Estado não deve servir dele depois de ter esgotado os outros meios dos quais dispõe.

6º As penalidades que o Estado pode usar não devem suprimir ou limitar senão que os direitos que vem deles ou que são objeto de sua proteção legal; mas o direito do Estado não chega a infligir penas que aniquilam no homem o desenvolvimento de seu ser. A vida é um presente de Deus e a Condição do desenvolvimento moral do homem. Sua duração está fixada pela Providencia: todas as penas que usurpam a vontade divina, tirando a existência ao homem, é ilegítima. A pena de morte não se tornou legítima a favor da teoria contrária ao cristianismo, e fundado sobre a ideia da cólera divina que deve ser apaziguada.<sup>193</sup>

Diante da exposição, percebe-se que a efetiva modernização do Direito Penal é uma necessidade essencial do ponto de vista da própria exigência de proteção de bens jurídicos, mas, sobretudo, que a mesma é exigível e irrenunciável, e isto do ponto de vista tanto ético como político.<sup>194</sup> No entanto, atualmente, a modernização penal tem sido implementada através do incremento de sanções, o aumento na

<sup>191</sup> DIEZ RIPOLLÉS, J. L. **A racionalidade das leis penais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 135.

<sup>192</sup> LISZT, F. V. **A ideia do fim no direito penal**. São Paulo: Rideel, 2005. p. 52. (Biblioteca Clássica).

<sup>193</sup> MITTERMAIER, K. J. A. **A pena de morte: os trabalhos das ciências, os progressos da legislação e os resultados da experiência**. São Paulo: Livraria e Editora Universitária de Direito, 2004. p. 85.

<sup>194</sup> MARTÍN, L. G. **Prolegômenos para a luta pela modernização e expansão do direito penal e para a crítica do discurso de resistência**. Porto Alegre: Sergio Antonio Frabris, 2005. p. 131.

criação de novos crimes, a supressão de garantias e alardeamento do punitivismo. Essa modernização vai de encontro àqueles princípios já elencados e discutidos, portanto a mesma não se adequa a um Estado de liberdades, mas a um Estado de limitações excessivas e irracionais, embasado em uma teoria legitimante retributiva já ultrapassada.

## 4 A (IN)EFETIVIDADE DA EXPANSÃO DO DIREITO PENAL COMO INSTRUMENTO RACIONAL DE PROTEÇÃO DOS NOVOS BENS JURÍDICOS

Neste capítulo esta pesquisa entra no seu objetivo maior. A expansão do Direito Penal, a criação de novos tipos, o incremento de sanções, a crescente intervenção estatal na esfera da vida privada de cada um seria um instrumento racional e eficiente para proteção dos novos bens jurídicos?

A resposta a esta pergunta está descrita ao longo do presente tópico onde inicialmente se insere a teoria dos bens jurídicos, para adiante delimitar quais são os novos bens jurídicos e quais deles realmente necessitam de tutela penal. Para isso é realizado um paralelo da real finalidade do Direito Penal em face da Tutela de Bens Jurídicos, traçando um Diálogo entre Roxin e Jakobs buscando um Critério de Racionalidade Legislativa num Estado Democrático.

### 4.1 A Teoria dos Bens Jurídicos

Foi com a obra de Johann Michael Birnbaum, de 1834<sup>195</sup>, como uma teoria que buscava uma limitação ao conceito de delito, em contraposição a concepção de Feuerbach, para quem o crime correspondia a uma vulneração de direitos subjetivos. Birnbaum concordava com a necessidade de um conteúdo material para o conceito de delito, e neste introduziu a noção de bem.<sup>196</sup> Segundo essa teoria, toda norma jurídico-penal subjaz juízos de valor positivo sobre bens vitais imprescindíveis para a satisfação das necessidades humanas e para a convivência em sociedade. Com isso, iniciou-se o processo de racionalização da teoria do bem jurídico, que acabou por se tornar a matriz definidora e legitimadora do Direito Penal.<sup>197</sup>

Conforme Schuneman, “nas palavras de Stratenwerth - “até hoje não se conseguiu sequer algo próximo à clareza no que se refere ao conceito de bem jurídico”<sup>198</sup>. Ainda existe muita discussão em torno daqueles bens que realmente são bens jurídicos e daqueles que realmente demandam proteção jurídica,

---

<sup>195</sup> BIRNBAUM, J. M. *Über das Erfordernis einer Rechtsverletzung zum Begriffe des Verbrechens*. Archiv des Kriminalrechts. Neue Folge, 1834.

<sup>196</sup> LUZ, Y. C. da. **Entre bens jurídicos e deveres normativos**: um estudo sobre os fundamentos do direito penal contemporâneo. São Paulo: IBCCRIM, 2013. p. 41.

<sup>197</sup> MACHADO, M. R. de A. **Sociedade do risco e direito penal**: uma avaliação de novas tendências político-criminais. São Paulo: IBCCRIM, 2005. p. 103-104.

<sup>198</sup> SCHÜNEMANN, B. **Estudos de direito penal, direito processual penal e filosofia do direito**. Coordenação de Luís Greco. São Paulo: Marcial Pons, 2013. p. 42.

principalmente na esfera penal. No entanto nesta pesquisa, o bem jurídico em discussão será o bem jurídico em uma perspectiva político-criminal.

Os bens jurídicos, inicialmente, têm como fundamento valores culturais que se baseiam em necessidades individuais. Estas se convertem em valores culturais quando são socialmente dominantes. E os valores culturais transformam-se em bens jurídicos quando a confiança em sua existência surge necessitada de proteção jurídica.<sup>199</sup> A missão do Direito Penal vem a ser a tutela de bens jurídicos mediante à proteção dos valores ético-sociais da ação mais elementares.<sup>200</sup> Conforme Liszt, “chamamos bem jurídicos os interesses que o direito protege. Bem jurídico é, pois, o interesse juridicamente protegido.”<sup>201</sup>

Segundo Bruno, os bens jurídicos “são valores de vida individual ou coletiva, valores da cultura.”<sup>202</sup>. Já Toledo diz que bens jurídicos são “valores ético-sociais que o direito seleciona, com o objetivo de assegurar a paz social, e coloca sob sua proteção para que não sejam expostos a perigo de ataque ou a lesões efetivas”<sup>203</sup>. Para Fragoso:

O bem jurídico não é apenas um esquema conceitual visando proporcionar uma solução técnica de nossa questão: é o bem humano ou da vida social que se procura preservar, cuja natureza e qualidade dependem, sem dúvida, do sentido que a norma tem ou que a ela é atribuído, constituindo, em qualquer caso, uma realidade contemplada pelo direito. Bem jurídico é um bem protegido pelo direito: é, portanto, um valor da vida humana que o direito reconhece, e cuja preservação é disposta a norma.<sup>204</sup>

Zaffaroni considera que bem jurídico penalmente tutelado “é a relação de disponibilidade de uma pessoa com um objeto, protegida pelo Estado, que revela seu interesse mediante normas que proíbem determinadas condutas que as afetam”<sup>205</sup>, aquelas que são expressadas com a tipificação dessas condutas atentatórias a referidos bens.

Segundo Prado, o bem jurídico:

<sup>199</sup> PRADO, L. R. **Bem jurídico-penal e constitucional**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 44.

<sup>200</sup> HASSEMER, W.; CONDE, F. M. **Introducción a la criminología y al derecho penal**. Valencia: Tirant lo Blanch, 1989, p. 102.

<sup>201</sup> LIZST, F. V. **Tratado de direito penal alemão**. Rio de Janeiro: F. Briguiet & C., 1899. t. 1, p. 93.

<sup>202</sup> BRUNO, A. **Direito penal**. Rio de Janeiro: Forense, 1967. p. 31.

<sup>203</sup> TOLEDO, F. de A. **Princípios básicos de direito penal**. São Paulo: Saraiva, 1986. p.16.

<sup>204</sup> FRAGOSO, H. C. **Lições de direito penal**: parte geral. Rio de Janeiro: Forense, 1985. p. 277-278.

<sup>205</sup> ZAFFARONI, E. R.; PIERANGELI, J. H. **Manual de direito penal brasileiro**: parte geral. 8. ed. v. 1. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 399.

Vem a ser um ente (dado ou valor social) material ou imaterial haurido do contexto social, de titularidade individual ou meta individual reputado como essencial para a coexistência e o desenvolvimento do homem em sociedade e, por isso, jurídico-penalmente protegido.<sup>206</sup>

A análise do bem jurídico há que se iniciar pela permeabilidade legislativa quanto à escolha daqueles bens que, de fato, representam essa gênese valorativa<sup>207</sup> extraída de uma determinada sociedade e em certo momento histórico. Deve-se detalhar esse processo seletivo, inclusive imputando-lhe certa racionalidade, que é justamente aquilo que confere legitimidade ao processo de escolha e, dessa forma, à própria intervenção penal subsequente.<sup>208</sup>

Segundo Silva, o princípio da exclusiva proteção de bens jurídicos limita o *jus puniendi* estatal, ao destacar a necessidade de um Direito Penal exclusivamente protetor de bens jurídicos, excluindo quaisquer incriminações de condutas que não atinjam os valores fundamentais para a existência social e o seu equilibrado desenvolvimento.<sup>209</sup> Só há delito se houver lesão ou perigo de lesão ao bem jurídico penalmente tutelado. Conforme Hassemer:

Os crimes de perigo abstrato parecem prometer esse alívio, e, por isso, em todos os campos da Política criminal aqui abordados, eles como que suplantaram inteiramente os clássicos crimes de resultado. Em primeiro lugar, eles encobrem a eficácia fática do Direito penal para a proteção de bens jurídicos, na medida em que rompem a necessária relação entre conduta incriminada e bem jurídico ofendido.<sup>210</sup>

O predomínio dos delitos de perigo ou de lesão ideal, a um bem jurídico em detrimento dos que exigem resultado material lesivo é uma característica da expansão penal nas sociedades do risco, ou seja, os delitos de perigo concreto cedem lugar aos de perigo abstrato e se consolidam os delitos de acumulação<sup>211</sup> e de obstaculização de funções de controle próprios do direito administrativo sancionador.

<sup>206</sup> PRADO, L. R. **Bem Jurídico-penal e constitucional**. 6ª ed. São Paulo - SP: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p. 52.

<sup>207</sup> Valor é um produto do homem, configurado a partir de um discurso racional intersubjetivo baseado nas necessidades humanas. É uma projeção da consciência do homem para o mundo exterior, representa um modo de preferência consciente que parte de determinadas condições sociais e históricas e que, portanto, tem um fundamento empírico e não metafísico, em PEREZ LUÑO, Antonio E. **Derechos humanos. Estado de derecho e Constitución**. [S.l.]: Tecnos, 2010. p. 182.

<sup>208</sup> AZEVEDO, A. M. L.; FACCHINI NETO, O. **O bem jurídico-penal: duas visões sobre a legitimação do Direito Penal a partir da teoria do bem jurídico**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 28-29.

<sup>209</sup> SILVA, I. L. P. e. **Princípios penais**. Salvador: Juspodivm, 2012. p. 239.

<sup>210</sup> HASSEMER, W. **Direito penal: fundamentos, estrutura, política**. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 2008. p. 228.

<sup>211</sup> Os delitos de acumulação são aqueles que, enquanto condutas individuais, não causam, por si sós, lesão ou perigo a bens jurídicos, mas que, considerados em conjunto – ou seja, à medida que

Abre-se caminho para a fundamentação da punição com base no princípio da precaução, alternativa mais frouxa que a exigência da periculosidade do comportamento.<sup>212</sup>

Para Roxin, bem jurídico teria:

Um conceito de bem jurídico semelhante não pode ser limitado, de nenhum modo, a bens jurídicos individuais; ele abrange também bens jurídicos da generalidade. Entretanto, estes somente são legítimos quando servem definitivamente ao cidadão do Estado em particular.<sup>213</sup>

O conceito de bem jurídico que Roxin defende é também um conceito de bem jurídico crítico com a legislação, na medida em que pretende mostrar ao legislador as fronteiras de uma punição legítima. Ele critica aquele conceito de bem jurídico que visa apenas o fim das normas, devendo-se buscar a essência daquele bem, interesse como indispensável para a vida em sociedade, o que não somente interesses individuais, mas também os supraindividuais e coletivos. Para Sanchez:

Os aspectos comentados até aqui sofrem um espetacular impulso devido a dois fenômenos que se mostram como típicos das sociedades pós-industriais: a globalização econômica e a integração supranacional. Com efeito, as peculiaridades exigências de reação jurídico-penal à delinquência própria de um outro campo parecem capazes de acentuar substancialmente as tendências que, como já foi dito, se acham patentes nos ordenamentos jurídicos nacionais, no sentido de uma demolição do edifício conceitual da teoria do delito, assim com o do constituído pelas garantias formais e materiais do Direito Penal e do Direito Processual Penal.<sup>214</sup>

Com a globalização e a conseqüente integração das economias nacionais, aqueles problemas que antes eram locais, passaram a afetar além daquelas fronteiras. Tais transformações foram decisivas para a caracterização da sociedade contemporânea como uma 'sociedade de risco'.<sup>215</sup> É possível dizer que, das novas formas de perceber riscos, surgiram demandas por novos modelos para regulá-los. Novos objetos carentes de regulação surgem com a globalização, nas sociedades

---

a acumulação de tais atos concretos podem realmente produzir consequências lesivas, entende que se deve sustentar não somente sua tipicidade formal, senão a própria material pois conduzem a uma situação de lesão ao bem jurídico tutelado. Segundo SANCHEZ, J. M. S. **A Expansão do direito penal**: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 156-158. (Coleção Direito e Ciências Afins. v. 6).

<sup>212</sup> RIPOLLÉS, J. L. D. **La política criminal em la encrucijada**. República Argentina: Julio Cesar Fara, 2007. p. 136.

<sup>213</sup> ROXIN, C. **A proteção de bens jurídicos como função do direito penal**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p.19.

<sup>214</sup> SANCHEZ, op. cit., p. 97.

<sup>215</sup> LUZ, Y. C. da. **Entre bens jurídicos e deveres normativos**: um estudo sobre os fundamentos do direito penal contemporâneo. São Paulo: IBCCRIM, 2013. p. 78.

pós-industriais, por exemplo, aqueles vinculados às questões ambientais, à estruturação e ao bom funcionamento da economia, ao combate à criminalidade organizada, ao tráfico internacional de drogas.

Essas questões, dentre outras, passaram a despertar um interesse maior estatal em regulamentá-las. Para tal regulação, como característica do movimento de expansão do Direito Penal, não será considerada problema civil ou administrativo. Em sua maioria estes novos interesses supraindividuais serão regulados e considerados objeto precípua do Direito Penal.

A doutrina comparada e nacional tem buscado desenvolver a questão relacionada com uma delimitação dos bens jurídicos supraindividuais que, necessitem de proteção penal. Segundo Streck:

Após 20 anos da promulgação da Constituição, podemos dizer que pouco foi feito para superar a crise que atravessa o Direito Penal, o Processo Penal e, conseqüentemente, a teoria do bem jurídico. Isso quer dizer que continuamos atrelados a um paradigma de bem jurídico penal de cariz liberal-individualista, historicamente preparado para a resolução de conflitos individuais. Acontece que em pleno século XXI, continuamos despreparados para o enfrentamento de conflitos penais de caráter supra-individual (ou coletivos), que são os predominantes nesta quadra da história.<sup>216</sup>

Em face da integralização dos problemas sociais entre os estados globalizados, a acepção de bem jurídico vem sofrendo uma crise profunda que acaba por questionar sua função mais significativa, que é a de legitimar e delimitar a intervenção penal. Em razão, principalmente, da incorporação de bens jurídicos supra individuais, imateriais e imprecisos ao espectro de proteção jurídico penal.<sup>217</sup>

Essa adaptação do Direito Penal à sociedade do risco se demonstra por uma política criminal voltada à prevenção em favor de bens de conteúdo amplo e abstrato, em lugar de bens concretos e individuais. Segundo Luz:

Do ponto de vista teórico, essa expansão foi processada sob a fórmula de 'surgimento de novos bens jurídicos', surgimento este que se explicaria por duas principais razões: por um lado, pela conformação e generalização de novas realidades, que anteriormente não existiam e que passaram, pouco a pouco, a ser fundamentais para a existência em sociedade (pense-se, por exemplo, na proteção do sistema financeiro e da ordem tributária); por outro lado, pela deterioração de realidades antes tidas como abundantes, e que

---

<sup>216</sup> STRECK, M. L. S. **Direito penal**: a face oculta da proteção dos direitos fundamentais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 40.

<sup>217</sup> MACHADO, M. R. de A. **Sociedade do risco e direito penal**: uma avaliação de novas tendências político-criminais. São Paulo: IBCCRIM, 2005. p. 106.

agora se mostravam como escassas (pense-se, nesse sentido, na proteção do meio ambiente).<sup>218</sup>

Essa questão, para Dias<sup>219</sup>, não pode ser nem contornada, nem escamoteada. Tal indagação terá que ser respondida afirmativamente se considerar, para que o bem jurídico cumpra a função de critério legitimador e de padrão necessário de incriminação, que por força lhe tem de ser assinalada dentro do paradigma penal atual. Algo que torna indispensável guardar seu caráter extremamente antropocêntrico, que dele só permite falar quando estão em causa interesses tanto reais como tangíveis e, ainda que assim, também atuais no que diz respeito ao indivíduo e à sociedade.

Não constitui nenhuma novidade para a dogmática jurídico-penal, e passando da dogmática ao direito legislado, é seguro que a maioria dos códigos penais deveria assumir sua construção com base no ideal de bem jurídico individual e também social. Mas verdade também que, sobretudo nos últimos tempos, cada vez mais a dogmática se centra (e se limita) sobre bens jurídicos individuais e cada vez menos sobre aqueles coletivos, e isto, portanto, quando se parte de uma reconsideração profundada dos chamados bens coletivos.

Caso queira se conferir ao Direito Penal uma função de tutela perante aos mega-riscos ameaçadores da subsistência da humanidade, ainda aí é preciso assentar em que o problema jurídico-penal é, modestamente, um problema de ordenação social. Um problema que concretamente relacionado ao de saber de como é possível promover ou conservar os bens públicos relativos aos fundamentos naturais da vida - face, nomeadamente, à natureza trágica da relação entre o agente racional em seu próprio proveito e os bens coletivos.<sup>220</sup>

A análise das discussões teóricas acerca das novas tendências do risco no Direito Penal permite identificar como cerne do problema a contradição entre adaptação do Direito Penal à sociedade do risco e a ameaça aos princípios clássicos conforme já analisado. Há bem da verdade, ainda que existam algumas posições intermediárias, bem como diferentes, construções e argumentações, é possível vislumbrar duas tendências de pensamento principais.

---

<sup>218</sup> LUZ, Y. C. da. **Entre bens jurídicos e deveres normativos**: um estudo sobre os fundamentos do direito penal contemporâneo. São Paulo: IBCCRIM, 2013. p. 80-81.

<sup>219</sup> DIAS, J. de F. **Temas Básicos da doutrina penal**. Coimbra: Coimbra Editora, 2001. p. 173-174.

<sup>220</sup> *Ibid.*, p. 176.

De um lado, sob o ponto de vista da teoria do bem jurídico estritamente individualista, sustenta-se que o Direito Penal deve dedicar-se, tão somente, à proteção subsidiária e repressiva dos bens jurídicos essenciais ao desenvolvimento do indivíduo. E isto se diga que mediante os instrumentos tradicionais de imputação de responsabilidade e segundo os princípios e regras clássicas de garantia. Devendo, portanto, afastar-se da expansão descontrolada rumo à proteção de bens jurídicos universais.

Na posição oposta, postula-se a flexibilização dos instrumentos dogmáticos e das regras de atribuição de responsabilidades, a fim de que o direito penal angarie condições para atuar na proteção aos bens jurídicos supra individuais e no controle dos novos fenômenos do risco,<sup>221</sup> como a criação de tipos de mera conduta ou perigo abstrato, onde se proíbe e se pune um comportamento, sem que qualquer bem jurídico seja lesionado ou mesmo exposto a um real perigo.<sup>222</sup>

Quanto aos bens jurídicos coletivos, o problema surgido com a criminalização de condutas capazes de afetá-los é mais complexo, pois bens jurídicos coletivos possuem um potencial de expansão da punibilidade muito superior ao dos crimes de perigo abstrato. Uma vez que, não tem como se delimitar quantas são as vítimas efetivas, qual a intensidade do dano efetivamente causado, logo, pode-se legitimar proibições que vão incidir sob uma gama de pessoas bem maior que aquelas possíveis autoras de crimes de perigo abstrato. A criação de tipos abstratos, como também daqueles que afetam bens jurídicos coletivos<sup>223</sup> são, na verdade, uma manifestação clara de antecipação da tutela penal, exemplo claro de expansão do Direito Penal.

#### **4.2 A Noção de Novos Bens Jurídicos e da Necessidade de Proteção através da Tutela Penal**

Com a necessidade de se oferecer um tratamento penal às ameaças criadas pelos novos riscos tecnológicos, logo se percebe que tais riscos transcendem a lesão a um bem individual, ligado a uma vítima definida. Assim, os riscos tecnológicos

---

<sup>221</sup> MACHADO, M. R. de A. **Sociedade do risco e direito penal**: uma avaliação de novas tendências político-criminais. São Paulo: IBCCRIM, 2005. p. 179.

<sup>222</sup> GRECO, L. **Modernização do direito penal, bens jurídicos coletivos e crimes de perigo abstrato**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 3.

<sup>223</sup> Ibid., p. 4.

e seus efeitos macrossociais direcionam a sociedade a se preocupar em proteger interesse supra individuais, universais ou coletivos.<sup>224</sup>

Para Ripollés:

A modernização do direito penal que está tendo lugar em consequência da acomodação das novas sociedades pós-industriais ao modelo de Estado social de Direito, frente ao estado de Direito neoliberal e reforçando a tutela penal de interesses coletivos vão criar condições para o livre desenvolvimento pessoal dos cidadãos. Os incrementos da intervenção penal derivam de novas realidades e conflitos sociais que põem em relevo os interesses coletivos (a sociedade está cada vez mais consciente dos riscos, o que explica o surgimento de movimentos sociais que demandam atuações enérgicas para preveni-los). Esses interesses são afetados, sobretudo por atividades socioeconômicas e empresariais ligadas, quase sempre, à obtenção de lucro à margem da lei.<sup>225</sup>

Entretanto, na perspectiva da teoria do bem jurídico, as consequências desse pensamento referem-se a uma significativa mudança na compreensão do conceito de bem jurídico. O surgimento de novos bens jurídicos carentes de tutela estatal, e que, por conseguinte, consistente no seu distanciamento da objetividade natural, bem como do eixo individual, para focar a intervenção penal na proteção de bens jurídicos universais ou coletivos, de perfis cada vez mais vagos e abstratos – levou a um distanciamento das premissas clássicas que dão o caráter concreto e antropocêntrico do bem a ser protegido. Trata-se do denominado processo de desmaterialização do bem jurídico.<sup>226</sup> Conforme Jakobs:

O sistema economia impõe-se, em caso de embate, com preponderância sobre todos os demais; colocar em risco a posição da economia é considerado um sacrilégio, algo comparável a provocar a ira dos deuses, e o poder econômico substitui o poder dos Estados: o que sucumbe não apenas é considerado incapaz em certos aspectos, mas marginalizado de forma geral.<sup>227</sup>

Jakobs trata de um fenômeno típico da era da globalização, da suplantação dos Estados Nacionais pelos grandes grupos econômicos privados, ou mesmo a imposição de Estados com desenvolvimento econômico superior sobre os demais, os chamados estados centrais.

<sup>224</sup> MACHADO, M. R. de A. **Sociedade do risco e direito penal**: uma avaliação de novas tendências político-criminais. São Paulo: IBCCRIM, 2005. p. 102-103.

<sup>225</sup> RIPOLLÉS, J. L. D. **La política criminal em la encrucijada**. República Argentina: Julio Cesar Faira, 2007. p. 141.

<sup>226</sup> MACHADO, op. cit., p. 107.

<sup>227</sup> JAKOBS, G. **Ciência do direito e ciência do direito penal**: estudos de direito penal. Barueri: Manole, 2003. p. 47-48.

Os interesses de uma economia globalizada, assim como outros bens jurídicos que antes não havia interesse em tutelá-los, como o meio ambiente, são 'novos<sup>228</sup> bens que, lesionados efetivamente ou expostos a uma situação de perigo iminente, põe em risco um número indeterminado de pessoas. São danos ou perigos que vão além das fronteiras, superam países, povos, culturas, são aqueles bens jurídicos desmaterializados.

Ainda neste sentido prossegue Machado:

Além disso, os bens de conteúdo amplo e titularidade difusa demandam, para a sua proteção, a operacionalização da tutela de maneira distinta do paradigma tradicional, justamente porque a sua plasticidade torna extremamente difícil a delimitação da causalidade e do dano. Exige-se, portanto, um distanciamento da realização efetiva da agressão, em favor da criminalização formal de condutas supostamente lesivas ou perigosas.<sup>229</sup>

Com isso, a legislação, através do Direito Penal, irá tentar proteger tais bens jurídicos coletivos, difusos, desmaterializados em face dos novos riscos advindos de uma nova concepção destes bens. Ressaltando que muitos deles já existiam, mas o interesse jurídico em tutelá-los penalmente surgiu somente com o advento da globalização e os novos riscos disseminados nas sociedades pós-industriais. Um exemplo clássico é a utilização de energia nuclear, tal matriz energética sendo algo típico das sociedades pós-industriais. Antes não existindo tal atividade, logo não havia necessidade de regulação de atividades nucleares. Os crimes econômicos que ultrapassam fronteiras, que põem em risco toda uma comunidade de um país, ou várias, a depender de sua magnitude. Essa impossibilidade de se delimitar as possíveis vítimas, sejam elas pessoas físicas ou jurídicas, é uma característica de condutas que atentam contra interesses coletivos, que afetam novos bens jurídicos, não necessariamente criados, mas que

---

<sup>228</sup> A regulação da economia não é algo novo, no entanto no contexto da sociedade do risco onde uma crise econômica de um país pode desencadear uma crise mundial faz com que os estados busquem, através de instrumentos legais de regulação, inclusive o direito penal, tutelar tal atividade. O meio ambiente é um bem jurídico relativamente novo. O homem demorou a perceber que ele vinha sofrendo bastante com sua intervenção e interação dentro dele, já que a visão antropocêntrica hoje não prevalece mais, o meio ambiente não existe a serviço do homem, este é parte integrante daquele e deve protegê-lo, preservá-lo. Pois caso o meio ambiente incorra em perigo, a existência de toda a humanidade estará em perigo.

<sup>229</sup> MACHADO, M. R. de A. **Sociedade do risco e direito penal**: uma avaliação de novas tendências político-criminais. São Paulo: IBCCRIM, 2005. p. 107.

sobressaíram após o advento da sociedade do risco. Sendo tais bens aqueles bens desmaterializados ou espiritualizados, conforme as palavras de Machado.<sup>230</sup>

De acordo com Sanchez:

A globalização econômica - como salto qualitativo da internacionalização - é, como antes se indicava, uma das características de definição dos modelos sociais pós-industriais. Nessa medida se trata, obviamente, de um fenômeno em princípio econômico, que se define pela eliminação de restrições às transações comerciais e ampliação dos mercados.<sup>231</sup>

O caráter expansivo do chamado “Direito Penal do Risco” vem acolhendo tais demandas e interesses, nem sempre novos, na esfera penal, antecipando a possível tutela penal. Tal fato se demonstra com as tipificações abertas e amplas mediante condutas que afetam bens coletivos, através do uso de tipos de perigo abstrato, mera conduta. Tanto na legislação pátria quanto na estrangeira, o “Direito Penal do Risco” vem permitindo a adoção de uma política criminal pautada pela preocupação incessante de criminalizar e prevenir a criminalidade organizada, a corrupção, o tráfico ilícito de entorpecentes<sup>232</sup>, a criminalidade econômica, o terrorismo e os crimes contra a humanidade, ou seja, aqueles delitos que afetam não só uma vítima ou vítimas determinadas, mas toda a coletividade. Conforme Moraes:

As novas demandas do Estado de Bem-Estar Social (direitos dos trabalhadores e das mulheres, proteção do meio ambiente, interesses das minorias, combate ao racismo e delitos do colarinho branco) seriam, irremediavelmente, novas demandas alçadas ao Direito Penal.<sup>233</sup>

Essas novas demandas representam um novo olhar sobre os bens comuns, que “são os bens fundamentais aos quais são majoritariamente voltadas, embora em medida totalmente inadequada, a atenção da doutrina jurídica e a reflexão teórico-política.”<sup>234</sup> Logo, nas áreas influenciadas pelo surgimento dos novos riscos, que atentem contra os bens comuns, renuncia-se ao modelo estruturado em torno da punição de ações que se dirigem ao ataque de um bem,

---

<sup>230</sup> MACHADO, M. R. de A. **Sociedade do risco e direito penal**: uma avaliação de novas tendências político-criminais. São Paulo: IBCCRIM, 2005. p. 112.

<sup>231</sup> SANCHEZ, J. M. S. **A expansão do direito penal**: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 102. (Coleção Direito e Ciências Afins. v. 6).

<sup>232</sup> MORAES, A. R. A. de. **Direito penal do inimigo**: a terceira velocidade do direito penal. Curitiba: Juruá, 2011. p. 49-50.

<sup>233</sup> Ibid., p. 86.

<sup>234</sup> FERRAJOLI, L. **Por uma teoria dos direitos e dos bens fundamentais**. São Paulo: Livraria do Advogado, 2011. v. 11: Estado e Constituição, p. 66.

para voltar o aparato penal à incriminação de feitos que não passam de mera transgressão, nem sempre resultando em perigo ou dano concreto.<sup>235</sup>

Na precisa lição de Greco:

Vimos na exposição que alguns autores (especialmente Tiedemann) descobrem um bem jurídico coletivo toda vez que isso se mostre necessário para legitimar uma antecipação da proibição, e que outros (principalmente Hefendehl, Schunemann, Roxin) se esforçam no sentido de desmascarar bens jurídicos ditos aparentes. Não há dúvida que não é função da ciência do direito penal legitimar todas as decisões do legislador por meio da invenção de novos termos.<sup>236</sup>

Seguindo o pensamento de Greco, não será com o surgimento de novos interesses, sejam eles individuais ou coletivos, ou mesmo os chamados bens sociais de Ferrajoli,<sup>237</sup> que tornará necessário que a promoção e a proteção de tais bens sejam feitas através do Direito Penal.

#### **4.3 A Finalidade do Direito Penal em face da Tutela de Bens Jurídicos: um Diálogo entre Claus Roxin e Gunther Jakobs buscando um Critério de Racionalidade Legislativa num Estado Democrático de Direito.**

A busca por uma finalidade do Direito Penal fez com que os elementos componentes do conceito de crime deixem de ser autossuficientes e passem a ser funcionalizados, nega-se a base ontológica da ação, causalidade dentre outros pontos lógico-objetivos do sistema de imputação.<sup>238</sup>

O funcionalismo caracteriza-se por teorias que constroem o Direito Penal a partir da função que lhe é conferida, sendo essa discussão o ponto fulcral desta pesquisa. Para Hassemer e Conde é preciso analisar as funções e missões do Direito Penal, sendo a missão deste os seus propósitos desejados, e sua função as consequências, desejadas ou não.<sup>239</sup> Para o funcionalismo, a dogmática penal deve ser direcionada à finalidade precípua do Direito Penal. Segundo Busato:

<sup>235</sup> MACHADO, M. R. de A. **Sociedade do risco e direito penal: uma avaliação de novas tendências político-criminais**. São Paulo: IBCCRIM, 2005. p. 107.

<sup>236</sup> GRECO, L. **Modernização do direito penal, bens jurídicos coletivos e crimes de perigo abstrato**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 52.

<sup>237</sup> FERRAJOLI, op. cit., p. 66.

<sup>238</sup> BUSATO, P. C. **Direito penal: parte geral**. São Paulo: Atlas, 2013. p. 237-239.

<sup>239</sup> HASSEMER, W.; CONDE, F. M. **Introducción a la criminología y al derecho penal**. Valencia: Tirant lo Blanch, 1989. p. 99.

A origem de todo o funcionalismo se encontra na obra *Kriminalpolitik und Strafrechtssystem*, de Claus Roxin, considerada pedra fundamental dessa nova maneira de interpretar a teoria do delito e de compor as bases do sistema de imputação.<sup>240</sup>

Neste sentido para Prado, “define-se o sistema penal com base em critérios teleológicos ou finalísticos decorrentes de decisões político-criminais. Em outras palavras, assinala-se a dogmática uma função político-criminal.”<sup>241</sup> Já no prefácio do autor à tradução brasileira de seu manifesto paradigmático, Roxin diz que:

Nesta oportunidade, tentei, em oposição aos esforços naturalistas-causalistas, bem como aos finalistas – teorias que partiam de fundamentos ônticos – sugerir uma concepção normativa, que orientasse o sistema jurídico penal em pontos de vista valorativos político-criminais. [...] Hoje penso que a teoria da imputação objetiva, por mim (re)fundada quase que simultaneamente à publicação do presente escrito, e que vem encontrando vários adeptos tanto na Alemanha quanto fora dela, desempenhe, ao lado do princípio *nullum-crimen*, um papel central na estrutura preventivo-geral do tipo, tendo em vista que este dirige tábuas de proibição à totalidade dos cidadãos.<sup>242</sup>

Roxin parte de uma concepção do Direito Penal, identificado com a proteção subsidiária de bens jurídicos e em relação à pena, que deve ter um aspecto preventivo geral e especial,<sup>243</sup> logo se percebe que para Roxin o Direito Penal deverá ser um instrumento de *ultima ratio*, com base na tutela de bens jurídicos fundamentais ao desenvolvimento social do indivíduo. Conforme Luz:

Para Roxin, a função do Direito Penal seria a proteção subsidiária de bens jurídicos. Dada essa função, bem jurídico seria ‘todo objeto legitimamente protegido sob tais condições’. Mais especificamente, seria ‘toda realidade ou fim necessário a uma vida social livre e segura, que garanta os direitos humanos dos indivíduos, ou ao funcionamento do sistema estatal erigido para tal objetivo’.<sup>244</sup>

Ainda neste sentido o próprio Roxin, “o bem jurídico recebe uma dupla proteção: através do direito penal e ante o direito penal, cuja utilização exacerbada provoca precisamente as situações que pretende combater”.<sup>245</sup> A definição, e principalmente, utilização da baliza ‘bem jurídico’ para determinar a necessidade de

<sup>240</sup> BUSATO, P. C. **Direito penal**: parte geral. São Paulo: Atlas, 2013. p. 240.

<sup>241</sup> PRADO, L. R. **Curso de direito penal brasileiro**: parte geral. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 106.

<sup>242</sup> ROXIN, C. **Política criminal e sistema jurídico penal**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. Prefácio.

<sup>243</sup> ROXIN, C. **Derecho penal, parte general**: fundamentos. la estructura de la teoria del delito. 2. ed. Madrid: Civitas, 1997. p. 103.

<sup>244</sup> LUZ, Y. C. da. **Entre bens jurídicos e deveres normativos**: um estudo sobre os fundamentos do direito penal contemporâneo. São Paulo: IBCCRIM, 2013. p. 62.

<sup>245</sup> ROXIN, C. **Problemas fundamentais de direito penal**. 3. ed. Lisboa: Vega, 2004. p. 28.

tutela penal, é um mecanismo de freio ante à intervenção punitiva estatal, em criminalizar somente ataques a tais bens.

No entanto, ante o surgimento de novos bens de caráter individual e coletivo, da disseminação do medo em face dos novos riscos, ainda não mensurados, está havendo uma crise da delimitação do bem jurídico que necessita de proteção penal. Tal fato é facilmente perceptível em face do expansionismo de tipos penais vinculados à proteção de riscos difusos e interesses abstratos<sup>246</sup>. Corroborando sua posição:

Consistindo a missão do Direito penal na proteção de bens jurídicos, então o injusto penal deve manifestar-se como o menoscabo de um bem jurídico, isto é, como lesão ou colocação em perigo de um bem jurídico.[...] A ponderação entre os direitos estatais de ingerência e os direitos civis da liberdade, que na fase da legislação se logra com o auxílio do princípio do bem jurídico, se torna válida uma vez mais, agora numa segunda fase, na da dogmática, mediante a exigência do risco não permitido.<sup>247</sup>

Na verdade, essa inserção de elementos políticos-criminais, a inserção dogmática-penal, ponto nodular da sistemática teleológica, á exemplo do conceito de bem jurídico, é mais um método de construção do sistema do que uma nova teoria do delito.<sup>248</sup> No seu manifesto funcionalista Roxin prega que:

De todo o exposto, fica claro que o caminho correto só pode ser deixar as decisões valorativas político-criminais introduzirem-se no sistema do direito penal, de tal forma que a fundamentação legal, a clareza, a previsibilidade, as interações harmônicas e as consequências detalhadas deste sistema não fiquem a dever nada à versão formal-positivista de proveniência lisztiana. Submissão ao direito e adequação a fins político-criminais não podem contradizer-se, mas devem ser unidas numa síntese, da mesma forma que o Estado de Direito e Estado Social não são opostos inconciliáveis, mas compõem uma unidade dialética: uma ordem jurídica sem justiça social não é um Estado de Direito material, e tampouco pode utilizar-se da denominação Estado Social um Estado planejador e providencialista que não acolhe as garantias de liberdade do Estado de Direito.<sup>249</sup>

Como referido inicialmente, existe certa prevalência na doutrina em admitir como missão essencial do Direito penal a proteção de bens jurídicos.<sup>250</sup> O problema é que em face desta política criminal de tutela do bem jurídico vai gerar certa

<sup>246</sup> LUZ, Y. C. da. **Entre bens jurídicos e deveres normativos**: um estudo sobre os fundamentos do direito penal contemporâneo. São Paulo: IBCCRIM, 2013. p. 108.

<sup>247</sup> ROXIN, C. **A proteção de bens jurídicos como função do direito penal**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 39-40.

<sup>248</sup> PRADO, L. R. **Curso de direito penal brasileiro**: parte geral. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 106.

<sup>249</sup> ROXIN, C. **Política criminal e sistema jurídico penal**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 20.

<sup>250</sup> BUSATO, P. C. **Direito penal**: parte geral. São Paulo: Atlas, 2013. p. 14-15.

oposição a tal concepção em face de sua falta de clareza, já que o próprio conceito de bem jurídico é algo demasiado fluido, e foi mudando no decorrer da história do Direito. O conceito de proteção de bens jurídicos em direito penal aparece já nos primeiros textos de teoria do delito de mais de dois séculos atrás.<sup>251</sup>

Porém, hoje em dia, a concepção de bem jurídico então defendida já não tem cabimento. Enquanto o Direito penal d'antanho se ocupava da proteção da vida, do patrimônio, da honra e pouco mais, o Moderno Direito penal tem como tarefa ocupar-se da proteção de bens jurídicos que não só não encontram correspondência com um objeto material corpóreo, como às vezes são de complexa identificação, tais como o ambiente, as relações jurídicas de consumo, o mercado de capitais ou a economia popular.<sup>252</sup>

Em consonância com Roxin, Greco aduz que “no que se refere a bens jurídicos coletivos, deve o legislador agir de modo especialmente comedido, pois eles são excessivamente abertos para considerações de caráter ideológico e tendem a esvaziar o princípio da última ratio.”<sup>253</sup> Percebe-se então que a teoria de Roxin, que defende que “o risco criado deve, ademais, ser juridicamente desaprovado, o que estará excluído especialmente nas hipóteses de riscos permitidos.”<sup>254</sup>

Os riscos advindos com a globalização, comuns a sociedade do risco que impulsionam a expansão penal em face da necessidade de tutela desses novos riscos não atende aos princípios que orientam o Direito Penal. Não há como comprovar que as condutas criminalizadas nessa expansão irracional criem efetivamente um risco proibido ou aumentem um risco não permitido. Na sociedade do risco é comum à ocorrência da “auto colocação em perigo responsáveis e heterocolocações em perigo consentidas”<sup>255</sup>, perigo que por vezes nem é concreto ou real, mas apenas abstrato. Em contraponto ao movimento expansionista penal Roxin define que:

Esta rápida marcha pela história de nossa metodologia jurídico-penal mostrou-nos que as três exigências principais, com as quais se pode

---

<sup>251</sup> LUZ, Y. C. da. **Entre bens jurídicos e deveres normativos**: um estudo sobre os fundamentos do direito penal contemporâneo. São Paulo: IBCCRIM, 2013. p. 46.

<sup>252</sup> MACHADO, M. R. de A. **Sociedade do risco e direito penal**: uma avaliação de novas tendências político-criminais. São Paulo: IBCCRIM, 2005. p. 118-136.

<sup>253</sup> GRECO, L. **Modernização do direito penal, bens jurídicos coletivos e crimes de perigo abstrato**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 16.

<sup>254</sup> ROXIN, C. **Novos estudos de direito penal**. São Paulo: Marcial Pons, 2014. p. 26.

<sup>255</sup> ROXIN, C. **Novos estudos de direito penal**. São Paulo: Marcial Pons, 2014. p. 26.

construir um sistema frutífero – ordem e clareza conceitual, proximidade à realidade e orientação por fins político-criminais.<sup>256</sup>

O Direito Penal que se chama de “Direito Penal Moderno” é severamente criticado, por afastar-se cada vez mais do modelo ideal.<sup>257</sup> Neste ponto Hassemer é enfático em criticar a constante criação de novos bens jurídicos coletivos vagos, sem referência individual, e em razão deste caráter indeterminado e turvo, tais bens jurídicos se mostram especialmente inidôneos a serem protegidos pelo Direito Penal formalizado.<sup>258</sup>

Definir alguns destes bens coletivos como segurança nacional, meio ambiente equilibrado, economia popular, segurança virtual, saúde pública, são bens genéricos e extremamente abstratos. Bens estes que, podem criar aberrações legislativas que venham incriminar pessoas que nem sequer tenham atentado contra tais interesses, mesmo porque nem o legislador, nem o próprio agente tenha condição de delimitá-lo. Dentre as principais características do Direito Penal na era da globalização, Gomes e Bianchini<sup>259</sup> apresentam as seguintes:

- a deliberada política de criminalização;
- as frequentes e parciais alterações pelo legislador das leis penais com incremento de sanções
- a proteção funcional dos bens jurídicos coletivos, com preferência para os bens difusos, forjados muitas vezes de forma vaga e imprecisa;
- a ampla criação e difusão dos crimes de perigo abstrato, com uma relativização do conceito de bem jurídico-penal;
- o menosprezo ao princípio da ofensividade ou lesividade, intervenção mínima, subsidiariedade e proporcionalidade;
- o uso do Direito Penal como mecanismo de controle social em contradição a sua natureza subsidiária;
- a transformação funcionalista de clássicas diferenciações dogmáticas (autoria, dolo, imprudência, etc.) fundadas na imputação objetiva e subjetiva do delito, inclusive porque a imputação individual acaba constituindo obstáculo para a eficácia da nova política criminal de prevenção.

Todas essas características desse Direito Penal da expansão não podem forjar-se na teoria de Roxin<sup>260</sup>, na funcionalidade do Direito Penal no sentido de se proteger bens jurídicos, de se proibir a criação ou incremento de riscos proibidos. O

---

<sup>256</sup> ROXIN, C. **Política criminal e sistema jurídico penal**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 28.

<sup>257</sup> GRECO, L. **Modernização do direito penal, bens jurídicos coletivos e crimes de perigo abstrato**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p.16.

<sup>258</sup> HASSEMER, W. **Direito penal: fundamentos, estrutura, política**. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 2008. p. 220.

<sup>259</sup> GOMES, L. F.; BIANCHINI, A. O direito penal na era da globalização. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p.25-33. (As Ciências Criminais no Século XXI. v. 10).

<sup>260</sup> ROXIN, C. **A proteção de bens jurídicos como função do direito penal**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p.19-25.

Direito Penal moderno criticado por Hassemer<sup>261</sup> é resultado de um completo desvirtuamento do direito penal, de uma interpretação errônea da essência de sua finalidade. Atualmente o Direito Penal é a *prima ratio* em buscar um controle social<sup>262</sup>. Ele na verdade deveria ser uma forma de transformação social dos conflitos desviantes, pois mesmo fazendo parte dos instrumentos de controle social, não deveria ser seu instrumento mais importante.

O dever de buscar o controle social<sup>263</sup> por parte do Estado não é algo que se possa invocar sem limites. Nenhum Estado Democrático encontra-se autorizado a utilizar o Direito Penal como instrumento precípua de controle social. Essa legitimação nasce da correspondência entre as aspirações sociais, portanto a legitimidade do aparato de controle normativo é medida pela aceitação racional de tais pretensões.<sup>264</sup>

A delimitação dessa racionalidade é o que determina um Estado como social e democrático de Direito. O Estado ao legislar em matéria penal, exercendo seu poder punitivo, não o faz de forma absoluta, o discurso punitivo deve limitar-se aos princípios penais, à função da legislação penal.

A disfunção social oriunda das questões advindas com a sociedade do risco, o discurso punitivista alardeando que o Direito Penal é a solução imediata e mais eficaz da maioria dos conflitos sociais da modernidade, fomenta a expansão do Direito Penal, seja ela fundada na proteção de bens jurídicos ou apenas outra matriz ideológica. Em verdade esse movimento expansionista, desencadeado por inúmeros fatores já relatados não satisfaz às reais necessidades de um Estado Democrático de Direito. Segundo Silva:

---

<sup>261</sup> HASSEMER, W. **Direito penal libertário**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. p.140-146. (Coleção Del Rey Internacional, v. 6).

<sup>262</sup> HASSEMER, W. **Introdução aos fundamentos do direito penal**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2005. p. 413.

<sup>263</sup> É uma condição fundamental irrenunciável da vida em sociedade. Por ele cada grupo, cada sociedade assegura as normas, as expectativas de conduta, sem as quais eles não poderiam continuar existindo como grupo ou sociedade. O controle social assegura os limites da liberdade humana na vida cotidiana e nas rotinas. Ele é um instrumento de desenvolvimento cultural e de socialização dos membros dos grupos e sociedades. As normas que são estabelecidas pelo controle social, dão ao grupo ou à sociedade a sua face e a sua auto-compreensão. Não há alternativas para o controle social. No entanto para a utilização do Direito Penal como instrumento principal do controle social há, e esta é a criativa feita por Hassemer. Em HASSEMER, W. **Introdução aos fundamentos do direito penal**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2005. p. 414-415.

<sup>264</sup> BUSATO, P. C. **Direito penal**: parte geral. São Paulo: Atlas, 2013. p. 22.

Se analisar os fins aos quais o Direito Penal do risco pretende servir sociologicamente segundo a ideia de risco, a saber; por um lado, a minimização do risco e, por outro, a produção de segurança, circunscrevendo-se na linguagem jurídico-penal, trata-se da ideia de prevenção, de proteção dos bens jurídicos através de uma orientação pelo risco e de estabilização da norma.<sup>265</sup>

Passa-se então da discussão em torno dos bens jurídicos para um direcionamento do risco em face da estabilidade normativa.

É exatamente esse o quadro da moderna dogmática penal: a transição do Direito Penal da 'sociedade industrial' para o Direito Penal da 'sociedade do risco' constitui o principal objetivo das modernas teorias funcionalistas, ainda tidas como pré-paradigmáticas.<sup>266</sup>

As respostas a tais dilemas de certa forma foram buscadas pela Teoria dos Sistemas de Niklas Luhmann, e a pretensão luhmanniana foi utilizada por Günther Jakobs para justificar sua metodologia funcionalista e a finalidade preventivo-integradora da sanção penal: o Direito somente pode desempenhar a função garantidora de expectativas normativas.<sup>267</sup> Segundo Luhmann:

O comportamento social em um mundo altamente complexo e contingente exige a realização de reduções que possibilitem expectativas comportamentais recíprocas e que são orientadas a partir das expectativas sobre tais expectativas. Na dimensão temporal essas estruturas de expectativas podem ser estabilizadas contra frustrações através da normatização.<sup>268</sup>

O direito, na visão de Luhmann, é uma estrutura através da qual se facilita a orientação social, e a norma, uma generalização de expectativas<sup>269</sup>.

Após vinte anos das primeiras críticas de Roxin ao modelo finalista, partindo da mesma premissa funcionalista, no entanto com fundamentos diferentes, Jakobs propôs um modelo de imputação ao redor da ideia central de estabilização da norma. Segundo ele, o Direito tem como função principal a busca do reconhecimento da necessidade de estabilização da normativa.<sup>270</sup>

<sup>265</sup> SILVA, P. R. A. da. **Leis penais em branco e o direito penal do risco: aspectos críticos e fundamentais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p. 95-96.

<sup>266</sup> MORAES, A. R. A. de. **Direito penal do inimigo: a terceira velocidade do direito penal**. Curitiba: Juruá, 2011. p. 89.

<sup>267</sup> *Ibid.*, p. 87-88.

<sup>268</sup> LUHMANN, N. **Sociologia do direito I**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983. p. 109.

<sup>269</sup> CALLEGARI, A. L. et al. **Direito penal e funcionalismo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p.13.

<sup>270</sup> BUSATO, P. C. **Direito penal: parte geral**. São Paulo: Atlas, 2013. p. 242.

Surge então o funcionalismo sistêmico, que na realidade são originadas no âmbito das ciências naturais, mais precisamente nos trabalhos de Maturana e Varela.<sup>271</sup> Segundo esses autores, estudando a biologia molecular como sistemas autopoieticos,<sup>272</sup> passaram depois ao campo das ciências sociais, sendo os sistemas sociais como sistemas auto-referenciais de comunicação, através da obra de Luhmann<sup>273</sup>. O Direito então é um subsistema social autopoietico de comunicação, ou seja, um sistema comunicativo normativamente fechado. O alicerce de Jakobs é considera-lo um sistema social normativo. O Direito, como regulador social, delimita o âmbito das expectativas normativas da conduta humana.<sup>274</sup> Para Luhmann:

Além disso formam-se, tanto na esfera das expectativas cognitivas quanto na das normativas, estratégias de minimizações de riscos. No âmbito das expectativas cognitivas persiste a possibilidade de que desapontamentos não sejam assimilados. Com relação às expectativas normativas existem possibilidades de assimilação. A minimização do risco, portanto, é obtida através de um momento estranho ao estilo da expectativa, através da introdução encoberta da possibilidade do comportamento oposto.<sup>275</sup>

A sociedade moderna, para Jakobs, é uma sociedade de massas, multifacetada, o que no contexto atual significa que se tem de administrar comportamentos de massa distintos, mas também uniformes dos cidadãos que a compõem.<sup>276</sup> Segundo Jakobs, a sociedade é a construção de um contexto de comunicação que em todo caso poderia estar configurado de modo diverso de como está configurado no caso concreto (de outro modo, não se trataria de uma construção). Visto que se trata da configuração, e não da constatação de um estado, a identidade da sociedade se determina por meio das regras de configuração, vale dizer, por meio de normas, e não por determinados estados ou bens (ainda que,

---

<sup>271</sup> MATURANA, H.; VARELA, F. **De máquinas e seres vivos**. 3. ed. Porto Alegre: Artes Médicas, 1997.

<sup>272</sup> Os sistemas autopoieticos são auto-organizados, autopoieses quer dizer autoprodução, atividade própria. Constitue uma forma particular de autoprodução, pela qual se mantém a unidade e totalidade do organismo celular, logo a autopoiese é a operação de auto-reprodução de um sistema, mediante a qual o sistema cria sua própria estrutura e os elementos que a compõem. Neste sentido em: ROCHA, L. S.; SCHWARTZ, G.; CLAM, J. **Introdução à teoria do sistema autopoietico do direito**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

<sup>273</sup> PRADO, L. R. **Curso de direito penal brasileiro**: parte geral. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 108.

<sup>274</sup> *Ibid.*, p. 109.

<sup>275</sup> LUHMANN, N. **Sociologia do direito I**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983. p. 62-63.

<sup>276</sup> JAKOBS, G. **Ciência do direito e ciência do direito penal**: estudos de direito penal. Barueri: Manole, 2003. p. 44.

certamente, pode ser que em determinados âmbitos se deduza de modo correto a partir do reflexo da norma, isto é, por exemplo, a partir de bens, a própria norma).<sup>277</sup>

Introduzindo a problemática da expansão do Direito Penal, este pode ser caracterizado pela imagem do agente de que ele parte. O Direito Penal pode definir o agente como cidadão, isto é, como alguém que dispõe de uma esfera interna e privada livre do direito penal, na qual o direito só pode adentrar se o comportamento do autor representar já externamente uma perturbação; ou parte o Direito Penal da imagem do autor como um inimigo. Isto é, como fonte de perigo para bens jurídicos a ser protegidos, caso em que o autor não disporá de qualquer esfera privada, podendo ser responsabilizado mesmo por seus mais íntimos pensamentos.

Conforme já analisado, contrariamente a uma difundida opinião massificada pelos grupos de pressão e os meios de comunicação, o princípio da proteção de bens jurídicos não é tido em alta conta, nem visto como um instituto liberal, mas sim responsabilizado por antecipações da tutela penal.<sup>278</sup>

Seja como for, o certo é que Jakobs sustenta que o Direito Penal que conhecemos se dirige ao cidadão, isto é, a aqueles indivíduos á respeito dos quais existe uma expectativa de comportamento pessoal determinado por direitos e deveres vigentes na sociedade e com uma atitude de fidelidade ao ordenamento jurídico. A pena, no caso desses cidadãos infringirem a expectativa normativa, tem a função de reafirmar a vigência da norma infringida, confirmando assim, a identidade social; os efeitos preventivos ou motivadores de futuros comportamentos lhe são alheios, ou, ao menos, secundários.

No entanto, para que alguém seja tratado como cidadão, é preciso que confirme, através de seu comportamento habitual, que se aplica às expectativas normativas anteriormente ditas, é dizer, que ofereça garantias de que procede normalmente assim. Se esse é o caso, a realização ocasional de um delito por sua parte não lhe priva da sua condição de cidadão, e a pena que se aplica desempenhará a função acima mencionada.<sup>279</sup>

Jakobs é quem modernamente representa uma tendência a defender uma ideia de que a missão da pena estatal - e, por consequência, do Direito Penal - é

---

<sup>277</sup> JAKOBS, G. **Sociedade, norma e pessoa**. Barueri: Manole, 2003. p. 10-11. (Coleção Estudos de direito penal, v. 6).

<sup>278</sup> GRECO, L. **Modernização do direito penal, bens jurídicos coletivos e crimes de perigo abstrato**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 25.

<sup>279</sup> RIPOLLÉS, J. L. D. **La política criminal em la encrucijada**. República Argentina: Julio Cesar Fara, 2007.

prevenção geral positiva, confirmando o recolhimento normativo. Isso significa, basicamente, defender que tanto o instrumento (pena) quanto a organização jurídica (direito penal) têm por função buscar a estabilidade do reconhecimento social a respeito da validade da norma, que é violada pelo ato criminoso. Jakobs parte do reconhecimento da não fidelidade ao direito demonstrada por cada autor de delito, para concluir que o Direito Penal serve para confirmar o reconhecimento normativo e preservar a confiança geral da população na vigência da norma atacada pelo autor do delito como prática criminosa.<sup>280</sup>

Desde uma perspectiva sistêmica, diz Jakobs que “não pode se considerar missão da pena evitar lesões de bens jurídicos. Sua missão é, na verdade, reafirmar a vigência da norma devendo equiparar-se, a tal efeito, vigência e reconhecimento”<sup>281</sup>.

Quando algum componente daquela interação social se comporta de forma diversa ao esperado, o homem pode seguir confiando nessa expectativa apesar de seu descumprimento porque o sistema social tem um mecanismo para que se mantenha como modelo da orientação social: a sanção.<sup>282</sup> A proposta funcionalista sistêmica inverte a ordem lógica, definindo o delito e suas categorias a partir dos fins da pena, com função eminentemente preventiva geral positiva,<sup>283</sup> logo a pena é uma reação diante da infração normativa, através da qual é reafirmada a sua vigência como ordem jurídica. Conforme Jakobs: “A 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 à custa do infrator, frente ao questionamento da norma.”<sup>284</sup>

Com esta concepção, tem-se o Direito Penal como instrumento de proteção do sistema ao qual ele está atrelado, ou seja, visa promover a estabilidade social, buscando para isso a estabilização da norma, que é seu elemento estrutural.<sup>285</sup> A aplicação das sanções penais visa portanto precipuamente forjar um sentimento de confiança da população no sentido que caso a norma seja desafiada, o desviante será punido.

---

<sup>280</sup> BUSATO, P. C. **Direito penal**: parte geral. São Paulo: Atlas, 2013. p. 14-15.

<sup>281</sup> JAKOBS, G. **Derecho penal - parte general**: fundamentos e teoría de la imputación. 2. ed. Madrid: Marcial Pons, 1992. p. 13-14.

<sup>282</sup> CALLEGARI, A. L. et al. **Direito penal e funcionalismo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 33. p.14.

<sup>283</sup> PRADO, L. R. **Curso de direito penal brasileiro**: parte geral. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 109.

<sup>284</sup> JAKOBS, op. cit., p. 14.

<sup>285</sup> BUSATO, P. C. **Direito penal**: parte geral. São Paulo: Atlas, 2013. p. 244.

Em relação á questão da proteção jurídico-penal de bens jurídicos, Jakobs apresenta uma crítica a tal posição em face de diversos motivos:

O direito penal já não garante a existência dos bens jurídicos em si, mas sim, que as pessoas não ataquem esses bens e, de maneira correspondente, unicamente dessa forma, tratar-se-á de bens jurídicos como meros bens que poderão perecer. Isso nos leva a uma concepção mais coerente: a morte por senilidade é a perda de um bem, mas a punhalada de um assassino é uma lesão a um bem jurídico; [...] Portanto o direito penal não serve para a proteção genérica de bens que são considerados como jurídicos, serve sim, para a proteção de bens contra certos ataques, e só no que se refere a essa proteção de bens, aparecerão na ótica do direito, e, portanto, serão considerados, bens jurídicos. Partindo dessa perspectiva, chega-se a uma concepção coerente do ordenamento jurídico: o direito não é um muro construído para proteger os bens, é, sim, a estrutura que garante a relação entre as pessoas.<sup>286</sup>

De acordo com Greco<sup>287</sup>, pergunta ainda Jakobs se é possível legitimar criminalizações postulando uma lesão a bens jurídicos antecipados ou adjacentes, isto é, a um bem jurídico coletivo. Jakobs refere-se especialmente aos crimes de proteção à paz pública. A delimitação conceitual desta espécie de bem, assim como os novos interesses advindos na sociedade globalizada, já foi abordado, ressaltando a insegurança jurídica que a ausência legal de delimitação pode gerar. Mas segundo o autor, em relação a esses bens seria preciso criminalizar os atos contrários a eles, uma vez que, a ação proibida agride condições de vigência de outras normas, as chamadas normas principais.

Em outras palavras, para Jakobs<sup>288</sup>, embora o comportamento delitivo não possa ser antecipado de modo discricionário ao prejuízo de um bem jurídico, talvez resulte possível antecipar a própria lesão de um bem jurídico. Nesse ponto não está se pensando em rebaixar o ataque ao bem jurídico da lesão posta em perigo, mas sim em um fracionamento do bem jurídico. Pode-se fragmentar o injusto correspondente ao estado de lesão em diversos injustos parciais e, renunciando à completa reunião de todos os injustos parciais, definir o injusto do fato por alguns fragmentos de injustos produzidos precocemente, ou, também, por somente um deles.

Então, para Jakobs a tutela de tais bens, na verdade, ao buscar assegurar a vigência daquelas normas principais, o seu efeito preventivo geral positivo estará

---

<sup>286</sup> CALLEGARI, A. L. et al. **Direito penal e funcionalismo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 33.

<sup>287</sup> GRECO, L. **Modernização do direito penal, bens jurídicos coletivos e crimes de perigo abstrato**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 26.

<sup>288</sup> JAKOBS, G. **Fundamentos do direito penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 132.

assegurado. Por considerar o Direito Penal como parte da sociedade, Jakobs enuncia que:

Apenas sobre a base de uma compreensão comunicativa do fato entendido como afirmação que contradiz a norma e da pena entendida como resposta que confirma a norma se pode encontrar uma relação iniludível entre ambas e, nesse sentido, uma relação racional, e tudo isso sob condições das quais aqui teremos que falar. A prestação que realiza o Direito Penal consiste em contradizer por sua vez a contradição das normas determinantes da identidade da sociedade. O Direito Penal confirma, portanto, a identidade social. O delito não é tomado como princípio de uma evolução nem tampouco como evento que deva solucionar-se de modo cognitivo, mas como falha de comunicação, sendo imputada essa falha ao autor como culpa sua.<sup>289</sup>

Uma norma é considerada eficaz quando assegura expectativas. Para isso, é necessário que a norma seja reconhecida *ex ante* como estável, por aquilo potencialmente afetado. A vigência da norma não é, portanto, somente uma relação entre a norma e autores potenciais, os únicos que normalmente são designados como destinatários da norma, como também uma relação entre a norma e os potencialmente afetados.<sup>290</sup>

Conforme leciona Prado<sup>291</sup>, a teoria funcionalista sistêmica de Jakobs está em perfeita sintonia com a doutrina luhmanniana, pois nela o sujeito passa a ser representado pelo sistema e não pelo indivíduo, sendo que o Direito Penal não tem finalidade protetiva de bens jurídicos, mas visa tão somente à tutela da função que cumpre determinada norma, segundo as necessidades sociais e os fins da pena.

Buscando a finalidade do Direito Penal em face da tutela de bens jurídicos, fazendo um paralelo Roxin e Jakobs, procurando um critério de racionalidade legislativa num Estado Democrático de Direito, antes de tentar chegar a uma resposta adequada, é interessante entrelaçar alguns aspectos dos pensamentos dos dois autores. Conforme Busato,<sup>292</sup> são inúmeras as diferenças entre os sistemas de Roxin e de Jakobs, dentre elas as principais são:

- a) Roxin se refere ao fato que Jakobs limita a missão do seu sistema de imputação à pretensão de estabilização normativa, que consiste tão

---

<sup>289</sup> JAKOBS, G. **Sociedade, norma e pessoa**. Barueri: Manole, 2003. p. 3-4. (Coleção Estudos de Direito Penal. v. 6).

<sup>290</sup> JAKOBS, G. **Fundamentos do direito penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 133.

<sup>291</sup> PRADO, L. R. **Curso de direito penal brasileiro**: parte geral. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 110.

<sup>292</sup> BUSATO, P. C. **Direito penal**: parte geral. São Paulo: Atlas, 2013. p. 246-247.

- somente a ideia de justificação da pena através da prevenção geral. Já Roxin entende que essa missão é a prevenção de bens jurídicos, que inclui os direitos fundamentais do acusado e, por isso, resulta em termos de teoria da pena, na prevenção geral positiva e também na prevenção especial;
- b) Roxin aponta uma diferença quanto ao método consistente na admissão, de sua parte, da limitação negativa da determinação normativa com base empírica, fator negado por Jakobs, que adota um plano metodológico normativo absoluto;
- c) A mais relevante das distinções, que merece maior atenção, é que a ideia de funcionalismo de Roxin prevê a pretensão de converter os princípios orientadores de um Estado Social e Democrático de Direito em categorias dogmáticas e soluções de problemas jurídicos. Enquanto que para os pressupostos sistemático-teóricos de Jakobs não existe nenhum conteúdo nem orientação político-criminal.

Essa falta de orientação político-criminal enseja um caráter artificial e abstrato dessa construção teórica, pois sendo alheia à natureza do ser humano, indiferente aos valores, em que a punição surdina-se somente ao social, às expectativas que a sociedade tem ou espera de alguém, ou então às necessidades do sistema<sup>293</sup>, é por mais perigosa. Essa admissibilidade de intervenção penal em face de satisfazer necessidades sociais, do sistema, implica em total falta de legitimidade da concepção funcionalista sistêmica. Neste sentido critica Roxin:

A especial originalidade metodologia de sua concepção de sistema consiste em estruturar a dogmática jurídico-penal com base nos conceitos e categorias da teoria dos sistemas sociais. No que toca ao conteúdo, a mais controvertida peculiaridade de sua teoria do crime está em deixar Jakobs a culpabilidade ser completamente absorvida pelo conceito de prevenção geral, em consonância com sua teoria dos fins da pena. [...] Para Jakobs, a culpabilidade não é algo objetivamente dado, mas simplesmente adscrito ao autor sem qualquer consideração às suas capacidades concretas, na medida daquilo que seja necessário para o exercício de fidelidade ao direito.<sup>294</sup>

---

<sup>293</sup> PRADO, L. R. **Curso de direito penal brasileiro**: parte geral. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 111.

<sup>294</sup> ROXIN. C. **Funcionalismo e imputação objetiva no direito penal**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 209.

O fim de assegurar a simples vigência normativa, base do funcionalismo sistêmico, é algo temerário em tempos de expansão legislativa penal no mundo globalizado. A ausência de um embasamento dogmático político-criminal no pensamento de Jakobs pode fundamentar simplesmente o surgimento de mais normas penais para assegurar as que já existem, conforme disse o próprio Jakobs “nos delitos com um injusto meramente parcial não são infringidas as normas principais.”<sup>295</sup> Em um Estado Democrático de Direito, a função do Direito Penal deve ser subsidiária, não a de assegurar a vigência do texto normativo. Ele deve buscar assegurar os valores estatuídos no texto maior daquele Estado, não simplesmente buscar reafirmar o próprio Direito.

É necessário estudar o pensamento de Roxin em face da necessidade de se delimitar o conceito de bem jurídico, quais são aqueles que realmente demandam uma proteção da esfera penal. A desmaterialização<sup>296</sup> dos bens jurídicos não pode levar a uma desmaterialização do Direito Penal, a humanidade vive hoje, segundo Bauman,<sup>297</sup> em tempos líquidos, tempo onde:

As organizações sociais (estruturas que limitam as escolhas individuais, instituições que asseguram a repetição de rotinas, padrões de comportamento aceitável) não podem mais manter sua forma por muito tempo (nem se espera que o façam), pois se decompõem e se dissolvem mais rápido que o tempo que leva para moldá-las e, uma vez organizadas, para que se estabeleçam.

Com o movimento expansionista penal é preciso muito cuidado para que o Direito Penal não venha também a se tornar um Direito Penal líquido, é preciso ressaltar o pensamento de Liszt<sup>298</sup> e Carrara<sup>299</sup> que o Direito Penal deve ser utilizado como instrumento de garantia das liberdades do cidadão, não como instrumento de controle social meramente punitivo, segregador.

Hassemer faz uma crítica a atual política criminal expressa numa legislação que tem se demonstrado ineficiente para se resolver os atuais conflitos, e diz que “ou se renova o equipamento ou se desiste da esperança de incorporar o Direito Penal na orquestra das soluções dos problemas sociais,” a necessidade de renovação, conforme Hassemer, se demonstra em face de que:

---

<sup>295</sup> JAKOBS, G. **Fundamentos do direito penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 133.

<sup>296</sup> MACHADO, M. R. de A. **Sociedade do risco e direito penal: uma avaliação de novas tendências político-criminais**. São Paulo: IBCCRIM, 2005.

<sup>297</sup> BAUMAN, Z. **Tempos líquidos**. Rio de Janeiro: Zahar, 2007. p. 7.

<sup>298</sup> LIZST, F. V. **Tratado de direito penal alemão**. Rio de Janeiro: F. Briguiet & C., 1899. t. 1.

<sup>299</sup> CARRARA, F. **Programa do curso de direito criminal**. São Paulo: Saraiva, 1956.

- Os bens jurídicos individuais em concreto, vistos como núcleo do Direito Penal assim 'modernizado', são simplesmente ridículos (a conversa agora é sobre vastos bens jurídicos universais, sobre 'funções', sobre 'grandes perturbações aos sistemas', conjuntos de múltiplos riscos);
- Os crimes de dano sobreviveram como tipo central da imputação penal (para nossa sensação constante de ameaça, parece mais razoável punir já o mero perigo abstrato);
- Os vetustos princípios da retribuição e da ênfase no fato punível tornam a vida moderna mais perigosa (hoje não podemos esperar que a criança caia no poço, é preciso deste antes prevenir);
- Princípio da responsabilidade individual torna-se anacrônico (o ilícito penal moderno resulta muito mais de processos entrelaçados e complexos de decisões);
- É preciso repensar o princípio *in dubio pro reo* (um Direito penal que pretenda apresentar-se adulto diante do mundo moderno, precisa ser capaz de agir com rapidez precisamente nas situações mais obscuras).<sup>300</sup>

A expansão penal irracional leva a uma intervenção desmedida e, por vezes, desnecessária do Estado em face dos indivíduos. A legitimação desta em razão da proteção normativa é temerária em face da possibilidade de se criar a cada dia novas normas para se proteger as já existentes. Seria a criminalização de ações que possivelmente resultem em perigo a uma norma, perigo geralmente abstrato.

Já a legitimação penal em face da proteção de bens jurídicos agrega um conteúdo substância à dogmática penal, mas deve ser usada com cautela. É preciso cuidado na seleção dos bens jurídicos a serem abrangidos pela tutela penal, e para isso é que devem ser sempre observados os princípios que fundamentam o Direito Penal e lhe conferem legitimidade, sem observância à intervenção mínima, subsidiariedade, entre outros já citados, não há racionalidade naquela intervenção penal.

Conforme Morin e Viveret:

As crises agravam as incertezas, favorecem os questionamentos; podem estimular a busca de novas soluções e também provocar reações patológicas, como a escolha de um bode expiatório. São, portanto, amplamente ambivalentes.<sup>301</sup>

A ausência de políticas públicas, voltadas a combater as disfunções sociais advindas com a modernidade, não podem ser substituídas por medidas de políticas penais como se estas fossem, a primeira via, de resolução de tais conflitos. Em face do direito penal moderno, retornando aos ensinamentos de Hassemmer:

<sup>300</sup> HASSEMER, W.; CONDE, F. M. **Três temas de direito penal**. Porto Alegre: Publicações Fundação Escola Superior do Ministério Público do Rio Grande do Sul, 1993. p. 56.

<sup>301</sup> MORIN, E.; VIVERET, P. **Como viver em tempo de crise?** Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2013. p. 9.

A proteção do bem jurídico torna-se, no direito penal moderno, de um conceito negativo para um conceito positivo da incriminação. O que foi formulado classicamente com crítica ao legislador, o qual não poderia se reportar à proteção de um bem jurídico, torna-se, a partir de agora, em um apelo a ele, legislador, para que este imponha uma pena a determinados tipos de comportamento. Com isso, o princípio da proteção do bem jurídico se modifica totalmente.<sup>302</sup>

É preciso estar atento à escolha dos bens jurídicos carentes de tutela penal, todavia, nem todos, assim, serão. Para isto, o legislador deve basear-se nos princípios basilares do Direito Penal tradicional e, ter cuidado com a modernização penal, pois esta não deve ser uma desculpa para a usurpação dos direitos e garantias do cidadão, existentes em um Estado Democrático.

---

<sup>302</sup> HASSEMER, W. **Direito penal libertário**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. p. 194. (Coleção Del Rey Internacional, v. 6).

## 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ante todo o exposto, ao passar pela sociologia e filosofia do direito, chegando às considerações finais, é preciso olhar para a expansão do Direito Penal como uma resposta imediatista e irracional do legislador em face da distorção comunicacional existente entre os sistemas econômico e social.

Conforme a concepção de Luhmann, o direito é uma estrutura através da qual se facilita a orientação social e a norma, uma generalização de expectativas. Em meio a uma crise institucional, ao proteger seus integrantes dos novos riscos sociais surgidos com a globalização, o Estado vem utilizando-se do Direito, especificamente do Direito Penal, para tentar atender às expectativas de uma sociedade tomada pelo medo. Hoje o medo da violência, que oriunda da criminalidade, é a mola propulsora de uma sede por dispositivos proibitivos e criminalizantes a todas as condutas capazes ou potencialmente capazes de atentar contra o senso comum de vitimização.

A legislação penal expansiva busca suplantar essa crise social, mas possui efeitos puramente simbólicos. São leis álibis, de gestores reféns de uma sociedade que elege aqueles que melhor apregoarem o combate ao medo fruto da criminalidade. Presente em boa parte da legislação penal comparada e no Brasil, a expansão do Direito Penal é uma realidade. A atual política criminal, formalizada através do Direito Penal, é a política eivada de dispositivos simbólicos, como se a criminalização fosse suficiente para cessar com condutas contrárias aos interesses sociais. Como definir e, qual a fundamentação para delimitar, uma conduta como crime, sendo adotada a teoria da proteção dos bens jurídicos, mas como definir quais bens jurídicos.

Esta crise é oriunda de ausência de uma política de Estado, ou melhor, de uma crise de Estado. Aquela Estado do bem estar, o Estado prestacional, não tem sido suficiente em suas ações em promover/prestar a segurança social, a sociedade acostumando-se a esperar que todas suas necessidades sejam supridas pela mão prestadora estatal. Em face dessa política criminal expansiva dos tipos, os princípios norteadores do Direito Penal não são observados e seguidos na elaboração destes. O Brasil desde a promulgação da atual Constituição tem seguido essa política. Comportamento legislativo contraditório em face do texto constitucional, a criação de

uma legislação penal ampla vai de encontro aos princípios penais inseridos na Constituição de 1988.

Os direitos e garantias fundamentais do cidadão, conquistados ao longo dos anos, vêm sendo paulatinamente relativizados e postos de lado em face da busca pela segurança.

Sendo o Brasil, um Estado Democrático de Direito, fundado dentre outros, no princípio da igualdade, a expansão penal tem sido baseada em um processo seletivo de etiquetamento penal. Aquelas condutas que possam gerar riscos áqueles que fazem parte daquela sociedade economicamente globalizada, devem ser punidas, o Direito Penal vindo a ser deturpado por uma política criminal de punir aqueles que, por não estarem ainda integrados, inseridos, naquela sociedade de consumo, possam vir a merecerem maior atenção e controle para não atentar contra a mesma.

O atual estágio de conflitos sociais, de falta de compreensão e comunicação entre sociedade e Estado tem elevado ainda mais o fenômeno expansivo a uma irracionalidade manifesta. Tal fato se deve a que o Estado, fora idealizado para proteger o cidadão, os ideais democráticos devem ser utilizados para coibir práticas despóticas e sectárias. O Estado onde a expansão penal prevalece não observa a nenhum destes caracteres e fins estatais. Aquele que deveria ter o dever de zelar, proteger, respeitar os direitos fundamentais (que limitam as pretensões acusatórias, executórias, etc.), utiliza-se da legislação penal para controlar uma sociedade permeada de novos conflitos, interesses e bens a serem administrados. Mas essa administração deveria ser feita precipuamente pelo Direito Penal? Não! O Direito Penal, em um Estado que respeita os ideais iluministas, a finalidade protetiva do indivíduo, trata tal o Direito como soldado de reserva, fazendo uso dele somente quando realmente necessário.

Os avanços obtidos com a modernidade, ou pós-modernidade, em que vive a humanidade na atualidade, trouxeram inúmeros novos conflitos e interesses a serem protegidos ou prestados pelo Estado. A questão é que com o advento dos grandes conglomerados econômicos, o avanço econômico na forma de volatilidade de capitais, enfraqueceu a figura do Estado como gestor, administrador e prestador de todas as necessidades sociais. As políticas econômicas liberais, caracterizadas pela não intervenção, somente fiscalização, fez com que a figura do Estado do bem-estar, assim o fosse por seu sucesso e capacidade de se integrar àquela nova realidade e aqueles países centrais. O movimento expansionista penal não é uma

característica dos estados periféricos, não, ela existe também em países centrais a exemplo da citada política do *law and order* norte americano, que, inclusive influenciou muitos países no mundo a fora. Hoje o mundo enfrenta uma grave crise em face da distribuição de riquezas e isso vai levar a uma distribuição dos riscos. Onde estes, nem sempre reais, mas sempre sentidos, são disseminados em toda a sociedade, seja através dos meios de comunicação que fazem hoje a humanidade está cada vez mais (nem sempre bem) informada desses novos riscos.

Segundo Ripollés,<sup>303</sup> é importante atentar para uma fase anterior ao processo legislativo em si, que seria a fase pré-legislativa, pois será nesta fase em que a sociedade vai sentir uma ressonância de seus conflitos, carências, distinções, provocando disfunções sociais que irão provocar e cobrança por uma ação do Estado em resolver tais conflitos ou carências. A falta de políticas públicas, em diversas áreas, tem sido suprida pela política criminal do controle, a lei penal criminalizadora, tem sido usada como primeiro e mais efetivo mecanismo de controle social.

Essa prática tem sido adotada não só no Brasil, mas em todo o mundo, causada, principalmente, pela difusão de notícias sobre o aumento da criminalidade, da violência e do medo. Estes irão alimentar o sentimento de insegurança na população e que, por sua vez, passa exigir uma resposta estatal imediata e mais rigorosa. Esta resposta será dada através de leis penais mais severas, criação de novos tipos penais, bem como o recrudescimento das penas aos crimes já existentes. Essa prática chega a criar um paradoxo: como diminuir a prática de crimes se a fórmula mais usual é a criação de novos crimes? A cada dia, o legislador criminaliza mais condutas que antes eram um indiferente penal e recrudescer penas e medidas encarceradoras! Com essa política criminal voltada para o punitivismo, a segregação torna-se difícil diminuir a prática de crimes.

Quando o Estado, ao invés de investir em políticas sociais de inserção, em resolução de conflitos, parte de forma imediata para o aumento da legislação penal com o intuito de segregar e punir aqueles dissonantes do sistema. Transformar o direito penal na principal forma de combate aos problemas sociais, retirando seu caráter subsidiário não resolve tais problemas. Se fosse possível

---

<sup>303</sup> DIEZ RIPOLLÉS, J. L. **A racionalidade das leis penais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

resolver, seria muito simples, prende, julga, penaliza e pronto, mas não tal equação não vem surtindo o efeito que a sociedade espera pela sua prática.

A racionalidade de uma lei em matéria penal deve ser aferida em face da sua finalidade precípua. Aquele estado onde a lei penal nasce em face da sede de sangue, de retribuição do mal com o mal da pena, retornando a fundamentos kantianos do absolutismo da punição em face do mal causado não possui uma legislação racional. Tais dispositivos gerados de uma disseminação do medo, da sensação de insegurança, deslegitima a intervenção penal pois esta não pode ser utilizada como medida primordial de controle social. O Direito Penal é uma forma de controle social, no entanto, subsidiária e fundada não somente no critério da retribuição, ou da prevenção geral que difunde o medo em face da pena. Conforme já descrito, tal fundamentação não corresponde com os princípios que legitima o atuar estatal na função criminalizadora. A racionalidade deve ser constatada com base na necessidade, na ética social, na cultura, na história que fundam uma determinada sociedade.

A humanidade compreende o mundo como uma fonte de condições para a ação comunicativa e, as estruturas simbólicas, entre elas o Direito, mantêm uma função interna com a razão comunicativa para se determinar a questão da racionalidade. A lei penal que deveria ser a exceção, passa a ser a regra, em um Estado onde a intervenção penal seja a medida mais adotada na dissolução de conflitos sociais.

Os dispositivos penais advindos dessa onda expansionista possuem um caráter predominantemente simbólico, pois consistem em leis penais, que não possuem atingem o fim para o qual foram criadas. Possuem uma natureza de atender a expectativas de combate ao medo, à falta de segurança que na prática, concretizarão uma situação diversa da anunciada pela própria norma.

A questão hoje não está na criminalidade em si, mas na criminalização. O atual sistema criminal vive uma ebulição de novos tipos, de supressão de garantias, onde busca-se criminalizar cada vez mais para assegurar uma possível proteção maior. Uma política punitivista não pode garantir proteção, pois ela mesma irá suprimir o indivíduo contra a intervenção estatal. Segundo o *labeling approach*, o crime e o criminoso são realidades sociais construídas por mecanismos de interação social, em face da definição legal de condutas como crime pelo poder legislativo, constituídos em sujeitos criminosos pelo poder judiciário, logo o Estado cria o crime

e produz o criminoso, percebe-se que este é um problema fenomenológico, concernente aos efeitos que a aplicação de uma definição de criminosos teria sobre o comportamento do indivíduo.<sup>304</sup>

Por fim, tem-se que ser considerado que o fim do Direito Penal seria, como o fim de todo direito, decidir conflito de interesses. A quem interessa criminalizar excessivamente? Àquelas pessoas que, partindo do senso comum, acreditam que jamais viriam a cometer uma conduta criminalizada. Mas se cada dia se criminaliza mais e mais chegará a um determinado momento onde a maioria dos conflitos serão solucionados pelo direito penal. A lei penal, antes vista como uma garantia do cidadão ante a intervenção estatal, é vista na sociedade atual como uma forma de proteção, primeira e mais necessária. O Estado tem-se utilizado da lei penal como forma de controle social, não de proteção de bens jurídicos. Conforme Lizst<sup>305</sup> “todo direito existe por amor dos homens e tem por fim proteger interesses da vida humana. A proteção de interesses é a essência do direito, a ideia finalística que o produz.”

Para tal fim foram apresentadas algumas noções sobre o que vem a ser ‘bem jurídico’, no entanto, o enfoque dado ao instituto foi predominantemente sob o aspecto político criminal. Com a passagem do bem individual ao coletivo, em face das novas relações sociais, advindas com o período moderno e pós-moderno, surgiram novos interesses carentes de regulação, interesses supraindividuais, que vão além da esfera do ‘eu’, e passam para a esfera do ‘nosso’. Definir quando alguém pode dispor de algo que não pertence só a ele é algo complexo, que demanda cuidado, principalmente se a proteção a este interesse é dada pela legislação penal.

Considerar que a finalidade do Direito Penal seja assegurar o cumprimento das normas penais é renunciar a ideais democráticos insculpidos no texto constitucional brasileiro. A lei penal deve existir não para assegurar o cumprimento dela mesma, ou de outras leis penais, mas em razão de um valor maior, uma necessidade inicialmente, premência em face de se tutelar interesses descritos no texto da carta magna de um Estado como essenciais a vida em

---

<sup>304</sup> BARATTA, A. **Criminologia crítica e crítica do direito penal**: introdução à sociologia do direito penal. 6. ed. Rio de Janeiro: Revan: Instituto Carioca de Criminologia, 2011. p.109-110.

<sup>305</sup> LIZST, F. V. **Tratado de direito penal alemão**. Rio de Janeiro: F. Briguiet & C., 1899. t. 1, p. 93.

sociedade. Esses novos interesses devem representar valores, que segundo a dogmática penal seriam considerados bens jurídicos.

A questão em considerar, como necessário, que haja um alargamento dos dispositivos criminalizadores em face do surgimento de novos interesses, novos bens jurídicos, não seria racional nem eficiente, considerando o significado de eficiência sob o prisma do fim para o qual surgiram os nóveis dispositivos criminalizadores. Sendo portanto leis irracionais aquelas nascidas em face de atender necessidades psicológicas da coletividade, em ver punidas, através de cominações abstratas, sem um conteúdo normativo preciso, através da previsão legal de sanção a todos aqueles que possivelmente criem uma situação de risco ainda não administrado ou assimilado por aquela sociedade.

Outro ponto a destacar esta irracionalidade seria a necessidade de se punir visando retribuir o mal causado, tal comportamento desnatura a função estatal punitiva e a resume a uma mera vingança. Criar tipos com sanções severas, com intenção de incultir o medo aos possíveis infringentes daquele dispositivo não surte o efeito de tutelar nem de assegurar sua vigência normativa, nem mesmo assegura a preservação dos bens jurídicos. Conforme as atualíssimas lições de Beccaria<sup>306</sup>, não é a gravidade da sanção, mas a certeza de sua aplicabilidade que podem dissuadir alguém de agir contrariando uma lei penal. As sanções penais devem buscar precipuamente o fim ressocializador, a saber que aquela pessoa deve ser punida pelo seu ato, mas que deverá ser tratada de forma se tornar apto ao convívio social.

Conforme os ensinamentos de Foucault, o que o Estado faz através da legislação penal, é regular e administrar o ser humano como membro de uma espécie biologicamente constituída, caracteriza as funções dos dispositivos de segurança por parte de biopoder, sendo o poder um instrumento de repressão, questões ligadas ao nascimento, a mortalidade, ao nível e duração da vida humana, estão ligadas por um poder que se exerce no âmbito da espécie, da população, com o objetivo de gerir a vida do corpo social.<sup>307</sup>

Num Estado Democrático de Direito, balizado por princípios que pregam a intervenção mínima, a proporcionalidade e subsidiariedade do Direito Penal deve-se pugnar pela racionalidade daqueles detentores do poder legiferante para que observem tais princípios e não suprimam direitos e garantias fundamentais do

---

<sup>306</sup> BECCARIA, C. **Dos delitos e das penas**. 5. ed. São Paulo: Atena, 1956.

<sup>307</sup> FOUCAULT, M. **Microfísico do poder**. 28. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2014.

cidadão, passando de um Estado de cidadania mínima ao sistema penal máximo, conforme Andrade.<sup>308</sup>

Discutir a proteção dos bens essenciais à vida em sociedade não deve ser objeto imediato exclusivo do Direito Penal. O resultado dessa redução da forma de tratar a questão, conforme Hassemer<sup>309</sup>, é uma caricatura da real situação, resultando em uma Política criminal reduzida a política de segurança, o aspecto da segurança da liberdade é argumentativamente negligenciado, não existe uma proposta real de segurança pública, só mecanismos simbólicos, oriundos de uma expansão sem conteúdo racional da legislação penal, onde atendendo-se ao clamor social por mais segurança, o Estado vai invertendo princípios, e tornando o Direito Penal como mecanismo único e exclusivo de controle, como condição de possibilidade da administração da vida em sociedade.

O Direito e a política, conforme Oliveira<sup>310</sup> “são filhos de uma mãe que pariu gêmeos: a Filosofia”. Tratar de questões envolvendo a Política Criminal, o Direito, aqui especificamente o Penal, devem ser problemas discutidos pela Filosofia e também pela Sociologia. Reduzir o âmbito de análise da expansão do Direito Penal, como medida de proteção a novos bens jurídicos somente ao Direito em si, é fazer uma pergunta a uma área que não vai ser capaz de dar a resposta mais adequada, ou racional. Uma racionalização legislativa deve ser buscada com base nos preceitos filosóficos e sociológicos e não meramente jurídicos, considerando aqueles preceitos como delimitadores dos bens jurídicos necessários a uma vida digna em um Estado Democrático de Direito.

---

<sup>308</sup> ANDRADE, V. R. P. de. **Sistema penal máximo x cidadania mínima**: códigos da violência na era da globalização. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

<sup>309</sup> HASSEMER, W. **Direito penal**: fundamentos, estrutura, política. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 2008. p. 264.

<sup>310</sup> OLIVEIRA, R. T. A política e o direito para além das meras relações de poder. **Revista Eletrônica Consultor Jurídico**, São Paulo, dez. 2014.

## REFERÊNCIAS

- ANDRADE, V. R. P de. **Sistema penal máximo x cidadania mínima**: códigos da violência na era da globalização. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.
- ATIENZA, M. **Contribución a uma teoria de la legislación**. Madrid: Civitas, 1997.
- AZEVEDO, A. M. L.; FACCINI NETO, O. **O bem jurídico-penal**: duas visões sobre a legitimação do direito penal a partir da teoria do bem jurídico. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.
- BARATTA, A. **Criminologia crítica e crítica do direito penal**: introdução à sociologia do direito penal. 6. ed. Rio de Janeiro: Revan: Instituto Carioca de Criminologia, 2011.
- BATISTA, N. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**. 12. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Revan, 2011.
- BAUMAN, Z. **Medo líquido**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2008.
- \_\_\_\_\_. **Tempos líquidos**. Rio de Janeiro: Zahar, 2007.
- \_\_\_\_\_. **Vidas a crédito**: conversas com Citlali Rovirosa-Madrado. Rio de Janeiro: Zahar, 2010.
- \_\_\_\_\_. **Vigilância líquida**. Rio de Janeiro: Zahar, 2013.
- \_\_\_\_\_. **Confiança e medo na cidade**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2009.
- \_\_\_\_\_. **O mal-estar da pós-modernidade**. Rio de Janeiro: Zahar, 1998.
- BECCARIA, C. **Dos delitos e das penas**. 5. ed. São Paulo: Atena, 1956.
- BECK, U. **Sociedade de risco**: rumo a uma outra modernidade. São Paulo: Editora 34, 2010.
- BECK, U.; GIDDENS, A.; LASH, S. **Modernização reflexiva**: política, tradição e estética na ordem social moderna. São Paulo: Editora da Universidade Estadual Paulista, 1995.
- BIRNBAUM, J. M. *Über das Erfordernis einer Rechtsverletzung zum Begriffe des Verbrechens*. Archiv des Kriminalrechts. Neue Folge, 1834.
- BITENCOURT, C. R. **Tratado de direito penal**: parte geral. 14. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2009.
- BORDIEU, P. **O poder simbólico**. 16. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2012.
- \_\_\_\_\_. **Sobre a televisão**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1997.
- BRASIL. (Constituição, 1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Texto Atualizado. Brasília, DF: Presidência da República, 2015.

\_\_\_\_\_. **Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940.** Código Penal. Texto Atualizado. Brasília - DF: Presidência da República, 2014.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 7.210 de 11 de Julho de 1984.** Lei de Execução Penal. Texto Atualizado. Brasília - DF: Presidência da República, 2014.

\_\_\_\_\_. Senado Federal. **Projeto de lei do Senado nº 236, de 2012 - (Novo Código Penal).** Brasília, DF: Senado Federal, 2013.

BRUNO, A. **Direito penal.** Rio de Janeiro: Forense, 1967.

\_\_\_\_\_. **Direito penal:** parte geral: pena e medida de segurança. 3. ed. São Paulo: Forense, 1967. t. 3.

BUSATO, P. C. **Direito penal:** parte geral. São Paulo: Atlas, 2013.

CALLEGARI, A. L. et al. **Direito penal e funcionalismo.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

CALLEGARI, A. L.; WERMUTH, M. Â. D. **Sistema penal e política criminal.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

CANDIOTTO, C. Cuidado da vida e dispositivos de segurança: a atualidade da biopolítica. In: CASTELO BRANCO, G.; VEIGA-NETO, A. (Org.). **Foucault: filosofia & política.** Belo Horizonte - MG: Autêntica, 2011.

CARRARA, F. **Programa do curso de direito criminal.** São Paulo: Saraiva, 1956.

CONDE, F. M. **Direito penal e controle social.** Rio de Janeiro: Forense, 2005.

DELMAS-MARTY, M. **Os grandes sistemas de política criminal.** Barueri: Manole, 2004.

DIAS, J. de F. **Questões fundamentais do direito penal revisitadas.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

DIAS, J. de F. **Temas básicos da doutrina penal.** Coimbra: Coimbra Editora, 2001.

FERRAJOLI, L. **Por uma teoria dos direitos e dos bens fundamentais.** São Paulo: Livraria do Advogado, 2011. (Estado e Constituição. v. 11).

FERRI, H. **Princípios de direito criminal.** São Paulo: Saraiva, 1931.

FOUCAULT, M. **Microfísica do poder.** 28. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2014.

\_\_\_\_\_. **Vigiar e punir:** nascimento da prisão. 37. ed. Petrópolis: Vozes, 2009.

FRAGOSO, H. C. **Lições de direito penal:** parte geral. Rio de Janeiro: Forense, 1985.

GADAMER, H-G. **Verdade e método I.** 10. ed. Petrópolis: Vozes, 2008.

GARCIA, B. **Instituições de direito penal.** 4. ed. São Paulo: Max Limonad, 1977.

GIORGI, A. de. **A miséria governada através do sistema penal**. Rio de Janeiro: Revan, 2006. (Coleção Pensamento Criminológico. v. 12).

GOMES, L. F.; BIANCHINI, A. **O direito penal na era da globalização**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. (As Ciências Criminais no Século XXI. v. 10).

GRECO, L. **Modernização do direito penal, bens jurídicos coletivos e crimes de perigo abstrato**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

HASSEMER, W. **Direito penal: fundamentos, estrutura, política**. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 2008.

\_\_\_\_\_. **Introdução aos fundamentos do direito penal**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2005.

\_\_\_\_\_. **Direito penal libertário**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. (Coleção Del Rey Internacional, v. 6).

HASSEMER, W.; CONDE, F. M. **Introducción a la criminología y al derecho penal**. Valencia: Tirant lo Blanch, 1989.

\_\_\_\_\_. **Três temas de direito penal**. Porto Alegre: Publicações Fundação Escola Superior do Ministério Público do Rio Grande do Sul, 1993.

HEGEL, G. W. F. **Princípios da filosofia do direito**. 2. ed. São Paulo: Ícone, 1997.

HEIDEGGER, M. **Ontologia: hermenêutica e facticidade**. Petrópolis: Vozes, 2012.

\_\_\_\_\_. **Os problemas fundamentais da fenomenologia**. Petrópolis: Vozes, 2012.

HOMMERDING, A. N.; LYRA, J. F. D. da C. **Racionalidade das leis penais e legislação penal simbólica**. Rio de Janeiro: LMJ Mundo Jurídico, 2014.

HUNGRIA, N. **Comentários ao código penal**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1958.

INGENIEROS, J. **Criminologia**. São Paulo: Monteiro Lobato & Co., 1924.

JAKOBS, G. **Derecho penal - parte general. Fundamentos e teoria de la imputación**. 2ª ed. Madrid: Marcial Pons, 1992.

JAKOBS, G. **Sociedade, norma e pessoa**. Barueri: Manole, 2003. (Coleção Estudos de direito penal. v. 6).

\_\_\_\_\_. **Ciência do direito e ciência do direito penal: estudos de direito. Penal**. Barueri: Manole, 2003.

\_\_\_\_\_. **Fundamentos do direito penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

JAKOBS, G.; MELIA, M. C. **Direito penal do inimigo: noções e críticas**. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

KANT, E. **Fundamentação da metafísica dos costumes**. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1964.

\_\_\_\_\_. **Doutrina do direito**. São Paulo: Ícone, 1993.

KERSTENETZKY, C. L. **O Estado do bem-estar social na idade da razão: a reinvenção do Estado social no mundo contemporâneo**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.

LIZST, F. V. **Tratado de direito penal alemão**. Rio de Janeiro: F. Briguiet & C., 1899. t. 1.

\_\_\_\_\_. **A idéia do fim no direito penal**. São Paulo: Rideel, 2005. (Biblioteca Clássica).

LUHMANN, N. **A realidade dos meios de comunicação**. 2. ed. São Paulo: Paulus, 2011.

LUHMANN, N. **Sociologia do direito I**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983.

LUÑO, A. E. P. **Derechos humanos, estado de derecho y constitución**. Madrid: Tecnos, 1995.

LUZ, Y. C. da. **Entre bens jurídicos e deveres normativos: um estudo sobre os fundamentos do direito penal contemporâneo**. São Paulo: IBCCRIM, 2013.

LYRA, R. **Comentários ao código penal**. 2. ed. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1955. v. 2.

MACHADO, M. R. de A. **Sociedade do risco e direito penal: uma avaliação de novas tendências político-criminais**. São Paulo: IBCCRIM, 2005.

MARTÍN, L. G. **Prolegômenos para a luta pela modernização e expansão do Direito Penal e para a crítica do discurso de resistência**. Porto Alegre: Sergio Antonio Frabris, 2005.

MATURANA, H.; VARELA, F. **De máquinas e seres vivos**. 3. ed. Porto Alegre: Artes Médicas, 1997.

MITTERMAIER, K. J. A. **A pena de morte: os trabalhos das ciências, os progressos da legislação e os resultados da experiência**. São Paulo: Livraria e Editora Universitária de Direito, 2004.

MORAES, A. R. A. de. **Direito penal do inimigo: a terceira velocidade do direito penal**. Curitiba: Juruá, 2011.

MORIN, E.; VIVERET, P. **Como viver em tempo de crise?** Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2013.

NEVES, M. **A constitucionalização simbólica**. São Paulo: WMF Martins fontes, 2007.

OLIVEIRA, R. T. A política e o Direito para além das meras relações de poder. **Revista Eletrônica Consultor Jurídico**, São Paulo, dez. 2014.

PRADO, L. R. **Bem jurídico-penal e constitucional**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

\_\_\_\_\_. **Curso de direito penal brasileiro: parte geral**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

QUEIROZ, P. de S. **Curso de direito penal: parte geral**. 8. ed. Salvador: Juspodivm, 2012.

\_\_\_\_\_. **Funções do direito penal: legitimação versus deslegitimação do sistema penal**. Belo Horizonte - MG: Del Rey, 2001.

RADBRUCH, G. **Filosofia do direito**. 4. ed. Coimbra: Editora Sucessora, 1961. (Coleção Stvdivm: Temas Filosóficos, jurídicos e sociais. v. 2).

RIPOLLÉS, J. L. D. **La política criminal em la encrucijada**. República Argentina: Julio Cesar Faira - Editor, 2007.

RIPOLLÉS, J. L. D. **A Racionalidade das leis penais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

ROCHA, L. S.; SCHWARTZ, G.; CLAM, J. **Introdução à teoria do sistema autopoietico do direito**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

ROXIN, C. **A proteção de bens jurídicos como função do direito penal**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

\_\_\_\_\_. **Derecho penal, parte general: fundamentos. La estructura de la teoria del delito**. 2. ed. Madrid: Civitas, 1997.

\_\_\_\_\_. **Funcionalismo e imputação objetiva no direito penal**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

\_\_\_\_\_. **Novos estudos de direito penal**. 1. ed. São Paulo: Marcial Pons, 2014.

\_\_\_\_\_. **Política criminal e sistema jurídico penal**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

\_\_\_\_\_. **Problemas fundamentais de direito penal**. 3. ed. Lisboa: Vega, 2004.

SANCHEZ, J. M. S. **A expansão do direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais** 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. (Coleção Direito e Ciências Afins. v. 6).

\_\_\_\_\_. **Aproximação ao direito penal contemporâneo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. (Coleção Direito e Ciências Afins. v. 7).

\_\_\_\_\_. **Eficiência e direito penal**. Barueri: Manole, 2004. (Coleção Estudos de Direito Penal, v. 11).

SCHÜNEMANN, B. **Estudos de direito penal, direito processual penal e filosofia do direito**. São Paulo: Marcial Pons, 2013.

SILVA, I. L. P. e. **Princípios penais**. Salvador: Juspodivm, 2012.

SILVA, P. R. A. da. **Leis penais em branco e o direito penal do risco**: aspectos críticos e fundamentais. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

STRECK, L. L.; MORAIS, J. L. B. (Org.). **Constituição, sistemas sociais e hermenêutica**: anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito da UNISINOS: Mestrado e Doutorado. Porto Alegre - RS: Livraria do Advogado, 2008. p. 24045.

STRECK, M. L. S. **Direito penal**: a face oculta da proteção dos direitos fundamentais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

TOLEDO, F. de A. **Princípios básicos de direito penal**. São Paulo: Saraiva, 1986.

WACQUANT, L. **As prisões da miséria**. 2. ed. Rio de Janeiro: Zahar, 2011.

WARAT, L. A. **Introdução geral ao direito**: interpretação da lei: temas para uma reformulação. Porto Alegre - RS: Sergio Antonio Fabris Editor, 1994.

WERMUTH, M. Â. D. **Medo e direito penal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011.

YOUNG, J. **A sociedade excludente**: exclusão social, criminalidade e diferença na modernidade recente. Rio de Janeiro: Revan: Instituto Carioca de Criminologia, 2002. (Pensamento Criminológico. v. 7).

ZAFFARONI, E. R. **O inimigo no direito penal**. 3. ed. São Paulo: Livraria do Advogado, 2011. (Estado e Constituição. v. 14).

ZAFFARONI, E. R.; PIERANGELI, J. H. **Manual de direito penal brasileiro**: parte geral. 8. ed. v. 1. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.