

UNIVERSIDADE DE PASSO FUNDO

Francisco Pellin Junior

DIREITO PENAL NA SOCIEDADE DE RISCO: POLÍTICA
CRIMINAL E TUTELA DE BENS JURÍDICOS

Passo Fundo

2014

Francisco Pellin Junior

DIREITO PENAL NA SOCIEDADE DE RISCO: POLÍTICA
CRIMINAL E TUTELA DE BENS JURÍDICOS

Monografia apresentada ao curso de Direito, da
Universidade de Passo Fundo, como requisito
parcial para a obtenção do grau de Bacharel em
Direito, sob orientação do Ms. Daniel da Silveira
Menegaz.

Passo Fundo

2014

A Fernando Pellin, *in memoriam*.

Como é dificultoso, querido irmão, viver na saudade da separação!

Mas Deus, que fez a alma imortal, fará o reencontro para a eternidade.

RESUMO

O presente trabalho abordou a crise teórica pela qual o direito penal atravessa em virtude das atuais tendências de sua adaptação às demandas da sociedade global do risco. Diante do potencial destrutivo dos novos riscos, efeitos colaterais indesejados da modernidade, a sociedade passa a reivindicar a proteção do Direito Penal que, em resposta, expande-se para áreas que lhe são desconhecidas. Na medida em que o instrumental penal clássico mostra-se incompatível com as demandas político-criminais da sociedade do risco, passa-se a promover sua modernização. Neste contexto, isso significa redução de garantias individuais e flexibilização de regras de imputação penal, visando conferir eficiência ao direito penal no enfrentamento da criminalidade moderna. Surgem, então, contradições teóricas de difícil superação. O presente trabalho traçou um panorama da referida crise, analisando-a em seus pormenores e avaliando as possibilidades político-criminais para o direito penal do risco. Para isso, se serviu do método dialético e de vasta pesquisa bibliográfica para apresentar diferentes perspectivas sobre a temática, perseguindo um ponto de equilíbrio entre as posições que se contrapõe ante ao problema. Apesar dos inegáveis méritos, as hipóteses ventiladas inicialmente não constituem solução definitiva e inequívoca para o impasse. Adiantando as conclusões, há que se reconhecer a impossibilidade, ao menos por hora, de se definir com precisão a medida de modernização que o direito penal admite sem que se comprometa sua legitimidade. No entanto, é certo que qualquer modelo que venha a ser implementado no futuro deve estar em consonância com a Constituição e com os direitos fundamentais, sob pena de por em risco o próprio Estado de direito.

Palavras-Chave: Crise teórica. Expansão Penal. Garantias Penais. Política criminal. Sociedade do Risco.

ABSTRACT

The present paper addresses the theoretical crisis for which the criminal law crosses under the current trends of their adaptation to the demands of global risk society. Before the destructive potential of new risks, unwanted side effects of modernity, the society shall claim the protection of the criminal law which, in response, expands to areas that are unknown. To the extent that the instrumental classic criminal shows up incompatible with criminal-political demands of the society of risk, is to promote its modernization. In this context, that means a reduction of individual guarantees and a relaxation of rules of imputation, targeting criminal check efficiency by criminal law in the confrontation of modern crime. Arise, then, theoretical contradictions difficult overcoming. The present work traces a panorama of that crisis, analyzing it into its details and evaluating the possibilities for criminal-political risk criminal law. For this, if it's the dialectical method and wide bibliographical research to present different perspectives on the subject, pursuing a balance between the positions that contrasts against the problem. Despite the undeniable merits, the odds are not definitive solution initially vented and unambiguous for the impasse. Bringing forward the conclusions, we must recognize that it is impossible, at least for the time being, to define with precision the extent of modernization that the criminal law admits without compromising its legitimacy. However, it is certain that any model that will be implemented in the future should be in line with the Constitution and with fundamental rights, otherwise jeopardize the rule of law itself.

Keywords: Criminal Expansion. Criminal policy. Penal Guarantees. Risk society. Theoretical crisis.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	6
1 ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO, SOCIEDADE DE RISCO E A CIÊNCIA CONJUNTA DO DIREITO PENAL	9
1.1 O Estado Democrático de Direito e os Direitos Fundamentais.....	9
1.2 A Sociedade de Risco: a modernização reflexiva	16
1.3 Política Criminal: conceito e a ciência conjunta do direito penal.....	27
2 ABOLICIONISMO PENAL, DIREITO PENAL MÁXIMO E MÍNIMO	32
2.1 Abolicionismo Penal	32
2.2 Direito Penal Máximo	40
2.3 Direito Penal Mínimo.....	47
3 A POLÍTICA CRIMINAL E O DIREITO PENAL NA SOCIEDADE DE RISCO	58
3.1 A Teoria do Bem Jurídico-Penal e a Constituição Federal: distinção entre Direito Penal Clássico e Direito Penal Moderno	58
3.2 As Implicações da Sociedade do Risco na Dogmática Jurídico-Penal	69
3.3 Possibilidades Político-Criminais para o Direito Penal do Risco: o direito de intervenção de Hassemer, o direito penal de duas velocidades de Silva Sánchez e o Garantismo de Ferrajoli.....	80
CONCLUSÃO	98
REFERÊNCIAS	102

INTRODUÇÃO

Os últimos séculos foram marcados por expressivos avanços tecnológicos e científicos nas mais diversas áreas do conhecimento, que trouxeram consigo inegáveis benefícios à vida dos indivíduos. Na medida em que as ameaças naturais foram sendo identificadas e controladas, o homem passou a ter uma existência mais segura. No entanto, as vitórias da modernidade resultaram em efeitos colaterais imprevistos. A constatação de que à reboque do progresso vieram novos e potencialmente destrutivos riscos implica em profundas transformações nas estruturas sociais mundo à fora. A sensação de insegurança diante da incontornabilidade dos riscos da modernidade ganha contornos globais em um mundo aproximado pela globalização. Amedrontada, a sociedade mundial do risco clama pela segurança de outrora, inconscientemente sacrificada em nome do progresso. Num complexo cenário, permeado pela ocorrência interligada de processos econômicos, políticos e sociais, o direito penal é chamado a regular os novos interesses na busca do reequilíbrio entre desenvolvimento e segurança.

No entanto, o instrumental teórico de que o direito penal dispõe não se mostra adequado ao tratamento das novas áreas, o que lhe coloca diante do impasse entre “modernizar-se” para atender às novas demandas ou manter-se em seus contornos e atribuições clássicos. Em sua tradição o direito penal foi concebido como *ultima ratio*, reagindo diante da ofensa ou concreta ameaça a bens jurídicos individuais e devendo respeito a princípios de garantia do cidadão contra o arbítrio estatal. Em função destas características, não responde adequadamente aos interesses modernos, que se manifestam em bens jurídicos universais distantes das esferas individuais e que, por sua importância, exigem atuação preventiva diante dos novos riscos. Assim, passa-se a flexibilizar as clássicas garantias penais, que agora são vistas como empecilhos ao eficiente enfrentamento das ameaças modernas. Ao passo em que o direito penal se expande e se modifica para adequar-se à nova realidade que lhe é imposta, suas bases teóricas entram em contradição, colocando-o diante de uma verdadeira crise. Este é o cerne da problemática que o presente trabalho se propõe a enfrentar.

Na medida em que a política criminal considerada mais adequada a dar respostas aos anseios sociais por segurança diante dos novos riscos mostra-se incompatível com as premissas penais clássicas, quais as possibilidades para o futuro do direito penal? Deve ele manter seus contornos e atribuições tradicionais e abdicar do tratamento eficiente dos novos interesses ou deve assumir os contornos modernos que ditos interesses lhe exigem, abrindo

mão de certas garantias que o impedem de desempenhar adequadamente o papel que lhe foi atribuído pela sociedade mundial do risco?

Dentre as hipóteses para o problema destacam-se, inicialmente, três propostas distintas: o Direito de Intervenção de Hassemer, o Direito Penal de duas velocidades de Silva Sánchez e o Garantismo Penal de Ferrajoli. Ditas teorias serão analisadas à luz dos preceitos inerentes ao Estado democrático de direito e das reivindicações da sociedade do risco.

A temática mostra-se de suma importância na atualidade vez que as possibilidades elencadas representam diferentes rumos para as ciências penais, com distintas implicações tanto no campo teórico quanto na esfera de liberdade dos indivíduos - direito fundamental consagrado constitucionalmente. Mesmo partindo das três hipóteses recém-mencionadas, não se descarta a possibilidade de que outra surja no correr dos trabalhos. Assim, sem a pretensão de esgotar o tema, o presente trabalho tem por objetivo primórdio reunir informações suficientes para responder aos inquietantes questionamentos formulados, admitindo que a complexidade do problema possa inviabilizar uma solução definitiva. Se assim for, espera-se contribuir – ainda que humildemente – com o necessário debate, lançando luz sobre a questão.

Com este objetivo, inicialmente será traçado um panorama do Estado democrático de direito e sua estreita relação com os direitos fundamentais. Para isso, serão trazidos à pauta conceitos e outros elementos teóricos que possibilitem a compreensão sobre a interdependência existente entre Estado, democracia e direitos fundamentais. Feito isso, passarão a serem consideradas as contribuições teóricas da sociologia, notadamente quanto ao surgimento de novos riscos globais e os reflexos que produzem nas estruturas tradicionais da sociedade, agora denominada de “sociedade mundial do risco”, conceito este que será analisado em seus pormenores. Após, será conceituada a ciência conjunta do direito penal, modelo formado pela dogmática jurídico-penal, criminologia e política criminal. Demonstrar-se-á, neste ponto, a relação que as referidas ciências mantêm entre si.

Dando sequência, serão apresentadas as três principais vertentes político-criminais debatidas mundialmente na atualidade, que se apresentam como alternativas para o direito penal da sociedade de risco, quais sejam o abolicionismo penal, o direito penal máximo e o minimalismo penal. Tais movimentos político-criminais serão analisados a partir de sua contextualização histórica e das bases teóricas que lhes dão sustentação. Cumprida tal tarefa, serão apresentados os diagnósticos que cada teoria emite sobre o direito penal, elencando suas críticas e propostas de atuação.

Ao fim, será feita a conexão entre o direito penal e a sociedade do risco, partindo da abordagem da teoria do bem jurídico em suas “idas e vindas” no correr da história. Após, serão apontadas as principais distinções entre Direito Penal clássico e moderno no que toca ao seu conteúdo e forma de atuação, avaliando suas tendências de expansão diante das novas demandas. Da análise das implicações da sociedade do risco na dogmática penal pretende-se traçar um perfil das atuais tendências político-criminais, trazendo ao debate as novas modalidades delitivas que caracterizam a modernidade no intuito de avaliar sua legitimidade ante a crise teórica do direito penal clássico. Por derradeiro, serão tratadas em seus pormenores as três teorias aventadas como hipóteses para a problemática enfrentada.

1 ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO, SOCIEDADE DE RISCO E A CIÊNCIA CONJUNTA DO DIREITO PENAL

O presente capítulo tem por objetivo contextualizar, com base em conceitos de Estado Democrático de Direito e de direitos fundamentais, o estágio jurídico-político em que a sociedade brasileira se encontra. Cumprido tal desígnio, serão agregadas considerações sobre a modernidade reflexiva, estágio atingido pela sociedade mundial a partir da autoconfrontação da humanidade com os riscos decorrentes dos avanços tecnológicos. Por fim, será abordada a política criminal em seus contornos contemporâneos, tratando de suas relações com as demais disciplinas integrantes da ciência conjunta do Direito Penal.

1.1 O Estado Democrático de Direito e os Direitos Fundamentais

Depois de mais de 20 anos de governo militar no Brasil, ditos “de chumbo”¹ em função da forte repressão social, da censura e das incontáveis violações de direitos humanos perpetradas pelo regime ditatorial, teve início a redemocratização brasileira com a promulgação da atual Carta Política.

À sombra de um passado que lhe era recente o constituinte de 1988 insculpiu no texto da Lei Maior vasta gama de direitos e garantias, individuais e sociais, bem como mecanismos jurídicos limitadores do arbítrio estatal. Devolvido ao povo o poder de determinar os rumos políticos do país², instituiu-se o Estado Democrático de Direito pátrio, vigente até os dias atuais.

Em suas reflexões sobre o Estado Democrático de Direito Jorge Reis Novais analisa, individualmente, seus caracteres. Para ele, é Estado de Direito aquele “vinculado e limitado juridicamente em ordem à protecção, garantia e realização efectiva dos direitos fundamentais, que surgem como indisponíveis perante os detentores do poder e o próprio Estado”³. Um ambiente democrático, por sua vez, seria pressuposto dos fins e valores essenciais do Estado de Direito e dependeria da

¹ SAGGIORATO, Alexandre. *Anos de Chumbo: rock e repressão durante o AI-5*. Passo Fundo: Universidade de Passo Fundo, 2012, p. 27. A expressão “anos de chumbo” tornou-se sinônimo do período ditatorial no Brasil, iniciado em 1º de abril de 1964 e tendo seu fim, ao menos formalmente, no dia 15 de março de 1985.

² Buscando a essência do Princípio Democrático, Canotilho a reconhece na formulação de Abraham Lincoln: “governo do povo, pelo povo e para o povo”. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. Coimbra: Edições Almedina, 2003, p. 287.

³ NOVAIS, Jorge Reis. *Contributo para uma teoria do Estado de Direito: do Estado de Direito liberal ao Estado social e democrático de Direito*. Coimbra: Gráfica de Coimbra, 1987, p. 17.

existência efectiva das regras da democracia política, desde a livre eleição de uma assembleia representativa de todos os cidadãos e a legitimação democrática de todos os órgãos de poder ao reconhecimento do pluralismo partidário, direito de oposição e princípio da alternância democrática, bem como dos direitos de participação política (nomeadamente o sufrágio universal e o direito de associação) sem quaisquer discriminações de sexo, raça, idade, convicção ideológica ou religiosa e condição económica, social ou cultural.⁴

Sahid Maluf, ao buscar o conceito de Estado, acaba por imbrica-lo ao direito. Para o autor, “o Estado é uma organização destinada a manter, pela aplicação do Direito, as condições universais de ordem social. E o Direito é o conjunto das condições existenciais da sociedade, que ao Estado cumpre assegurar.”⁵

A democracia, na ótica do autor, apresenta dois sentidos distintos: formal e substancial. Para ele, em sentido formal, o termo refere-se a um sistema de organização política no qual cabe à maioria do povo a direcção geral dos interesses coletivos, segundo convenções e normas jurídicas que assegurem a participação efetiva dos cidadãos na formação do governo. Em sentido substancial, complementa afirmando que democracia é um ambiente, uma ordem constitucional, que se baseia no reconhecimento e na garantia dos direitos fundamentais da pessoa humana.⁶

Canotilho, por sua vez, aborda o Estado Democrático de Direito sob o prisma das liberdades individuais. Segundo o eminente constitucionalista português,

Estado de direito e democracia correspondem a dois modos de ver a liberdade. No Estado de direito concebe-se a liberdade como *liberdade negativa*, ou seja, uma “liberdade de defesa” ou de “distanciação” perante o Estado. É uma *liberdade liberal* que “curva” o poder. Ao Estado democrático estaria inerente a *liberdade positiva*, isto é, a liberdade assente no exercício democrático do poder. É a *liberdade democrática* que legitima o poder.⁷

Ao debruçar-se sobre as diferentes constituições do Brasil republicano Paulo Bonavides⁸ aponta, em certas épocas, profundo influxo do constitucionalismo alemão do

⁴ NOVAIS, Jorge Reis. *Contributo para uma teoria do Estado de Direito: do Estado de Direito liberal ao Estado social e democrático de Direito*. Coimbra: Gráfica de Coimbra, 1987, p. 221-222.

⁵ MALUF, Sahid. *Teoria Geral do Estado*. Atual. prof. Miguel Alfredo Malufe Neto. 29. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 1.

⁶ MALUF, Sahid. *Teoria Geral do Estado*. Atual. prof. Miguel Alfredo Malufe Neto. 29. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 291.

⁷ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. Coimbra: Edições Almedina, 2003, p. 99. “Grifo do autor”.

⁸ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 26. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2011, p. 366-368.

século XX, notadamente das Constituições de Weimar (1919) e Bonn (1949). A influência germânica fica evidente na Carta Política de 1988, resultando no relevo dado ao aspecto social em matéria de direitos fundamentais e o conseqüente abandono do modelo liberal de outrora.

Mostra-se precisa a análise de Jorge Reis Novais quanto a este novo componente que se incorporou, em alguns países, ao modelo de Estado Democrático de Direito no século XX, a exemplo do adotado pelo constituinte brasileiro de 1988: o elemento “social”. Para o autor

É na plena assunção deste novo princípio de socialidade e na forma como ele vai impregnar todas as dimensões da sua actividade – e não na mera consagração constitucional de medidas de assistência ou no acentuar da sua intervenção económica – que o Estado se revela como <<Estado social>>.⁹

Um exame atento dos conceitos desenvolvidos pelos autores recém-mencionados conclui pela existência de fatores comuns em termos de conteúdo, independente dos diferentes prismas das abordagens. A limitação do Estado pela lei e a efetiva expressão da vontade popular com a escolha periódica de seus dirigentes são a essência do Estado Democrático de Direito, que deve ter por princípio e fim maiores a proteção, o reconhecimento e a concretização dos direitos fundamentais.

Diante dos elementos formais do Estado Democrático de Direito, tão bem esculpidos na Carta Política de 1988, surgem questionamentos válidos quanto aos efeitos práticos das previsões constitucionais sobre a realidade social brasileira.

Nessa esteira, Friedrich Müller indaga em que grau a vontade do povo estaria expressa na atuação dos representantes por ele eleitos. Partindo da previsão constitucional de que todo o poder estatal emana do povo¹⁰, o autor aponta a parcela da população detentora de direitos eleitorais como apenas um de seus componentes, mas que acaba por decidir o futuro da totalidade da nação¹¹. Na mesma direção vão os apontamentos de Sahid Maluf:

É verdade reconhecida desde os velhos tempos que na democracia não governa a totalidade do povo, mas, sim, o “maior número”. E nem sempre é a *maioria* quem governa. O corpo eleitoral é formado pelos *cidadãos*, por aqueles que, reunindo as

⁹ Constatada a incapacidade do modelo estatal liberal de responder aos estímulos sociais, fazia-se necessária uma radical mudança na concepção da sociedade, não mais vista como um dado, mas como um objeto suscetível e carente de uma estruturação, de responsabilidade do Estado, com vista à realização da justiça social. Essa mudança de paradigma constitui-se no que o autor chama de princípio da socialidade. NOVAIS, Jorge Reis. *Contributo para uma teoria do Estado de Direito: do Estado de Direito liberal ao Estado social e democrático de Direito*. Coimbra: Gráfica de Coimbra, 1987, p. 193. “Grifo do autor”.

¹⁰ BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado, 1988, artigo 1º, parágrafo único.

¹¹ MÜLLER, Friedrich. *Quem é o povo? A questão fundamental da democracia*. 3. ed. rev. e ampl. São Paulo: Max Limonad, 2003, p. 48-49.

qualidades exigidas pela lei, exercem os chamados *direitos políticos*, ou *direitos de cidadania*. Convencionalmente, simbolicamente, é que se tira das manifestações eleitorais a vontade total ou geral.[...] Assim, preliminarmente, tenha-se em vista que *governo da maioria* tem um conceito legal, não real.¹²

Percorrendo a obra de Hans Kelsen, Venerio compila sugestões do jurista praguense no sentido de promover-se uma reforma na democracia representativa buscando, precipuamente, ampliar a participação popular no processo democrático para além do momento eleitoral. Os mecanismos aptos a possibilitar tal ampliação seriam o referendo e a iniciativa legislativa popular, utilizados mais frequentemente e de forma simplificada. Noutra flanco, propõe a abreviação das legislaturas, o fortalecimento dos partidos políticos, a adoção de sistema de controle efetivo dos representantes eleitos, a ser realizado pela sociedade, e a revogação do instituto da imunidade parlamentar, cuja existência não se justificaria na atualidade.¹³

Caracterizado o Estado Democrático de Direito, imprescindível que se examine com maior acuidade os direitos fundamentais, cujo reconhecimento e proteção constituem a própria essência e razão de ser do Estado moderno¹⁴. A partir da busca pela conceituação desta importante categoria de direitos, serão contextualizadas suas diferentes dimensões¹⁵ e abordados aspectos relevantes do tema.

Diante da inexistência de uma classe homogênea de direitos fundamentais, a formulação de um conceito amplo, que abarque lhes a todos, torna-se tarefa difícil. Assim, é através da identificação de características essenciais trazidas pela doutrina que será perseguida a delimitação conceitual dos direitos fundamentais.

Inicialmente, cabe aqui diferenciar duas expressões comumente utilizadas como sinônimos no cotidiano: direitos fundamentais e direitos humanos. Para Ingo Wolfgang Sarlet, o fator determinante na diferenciação entre os termos situa-se no âmbito de sua positivação. Enquanto os direitos humanos têm sua previsão no âmbito internacional – em declarações, tratados e convenções, por exemplo – e demonstram caráter supranacional, os direitos

¹² MALUF, Sahid. *Teoria Geral do Estado*. Atual. prof. Miguel Alfredo Malufe Neto. 29. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 290. “Grifo do autor”.

¹³ VENERIO, Carlos Magno Spricigo. *A concepção de democracia de Hans Kelsen: relativismo ético, positivismo jurídico e reforma política*. Criciúma: UNESC, 2010, p. 126-127-128.

¹⁴ AWAD, Fahd Medeiros. *Crise dos direitos fundamentais sociais em decorrência do neoliberalismo*. Passo Fundo: Universidade de Passo Fundo, 2005, p. 15.

¹⁵ “O vocábulo “dimensão” substituí, com vantagem lógica e qualitativa, o termo “geração”, caso este último venha induzir apenas sucessão cronológica e, portanto, suposta caducidade dos direitos das gerações antecedentes, o que não é verdade”. BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 26. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2011, p. 571-572.

fundamentais seriam aqueles direitos humanos positivados em nível interno no ordenamento jurídico de determinado Estado.¹⁶ Da mesma forma entende Canotilho, acrescentando que é a norma constitucional o local onde os direitos fundamentais devem estar dispostos.¹⁷

Desta distinção terminológica, Pérez Luño atribui conteúdo ao conceito de direitos fundamentais. Para o autor,

con la noción de los derechos fundamentales se tiende a aludir a aquellos derechos garantizados por el ordenamiento jurídico positivo, en la mayor parte de los casos en su normativa constitucional, y que suelen gozar de una tutela reforzada.[...] Los derechos fundamentales poseen un sentido más preciso y estricto, ya que tan sólo describen el conjunto de derechos y libertades jurídica e institucionalmente reconocidos y garantizados por el Derecho positivo. Se trata siempre, por tanto, de derechos delimitados espacial y temporalmente, cuya denominación responde a su carácter básico o fundamentador del sistema jurídico político del Estado de Derecho.¹⁸

Da íntima relação entre o modo de organização e exercício das funções estatais e o papel dos direitos fundamentais, estes emergem como a principal garantia com que contam os cidadãos de um Estado de Direito de que os sistemas jurídico e político, em seu conjunto, se orientarão pelo respeito e promoção da pessoa humana.¹⁹

Carl Schmitt, por sua vez, assevera que ao Estado não cabe outorgar direitos fundamentais, visto que eles lhe são anteriores e superiores. No entanto, incumbe lhe o reconhecimento e proteção destes direitos.²⁰ Assim, na concepção do autor, os direitos fundamentais são

esencialmente, derechos del *hombre individual* libre, y, por cierto, derechos que él tiene frente al Estado.[...] Todos los derechos fundamentales auténticos son derechos fundamentales *absolutos*, esto es, no se garantizan <<con arreglo a las leyes>>; su contenido no resulta de la ley, sino que la injerencia legal aparece como excepción, y, por cierto, como excepción limitada en principio y mensurable, regulada en términos generales.²¹

¹⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 11. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 29.

¹⁷ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. Coimbra: Edições Almedina, 2003, p. 377.

¹⁸ PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. *Los derechos fundamentales*. 11. ed. Madrid: Editorial Tecnos, 2013, p. 42-43.

¹⁹ PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. *Los derechos fundamentales*. 11. ed. Madrid: Editorial Tecnos, 2013, p. 16.

²⁰ SCHMITT, Carl. *Teoría de la Constitución*. Madrid: Alianza Editorial, S.A., 2011, p. 224.

²¹ SCHMITT, Carl. *Teoría de la Constitución*. Madrid: Alianza Editorial, S.A., 2011, p. 224-226. “Grifo do autor”.

Para Sarlet, os direitos fundamentais são aqueles direitos naturais e inalienáveis da pessoa humana que são incorporados ao sistema de direito positivo de determinado Estado como elementos essenciais, adquirindo hierarquia jurídica e caráter vinculante em relação a todos os poderes constituídos no âmbito de um Estado constitucional.²²

À luz do texto constitucional pátrio, Sarlet constata que a expressão “direitos fundamentais”, ao menos quanto à semântica, refere-se ao gênero do qual seriam espécies ou categorias os direitos e deveres individuais e coletivos, os direitos sociais, a nacionalidade, os direitos políticos e o regramento dos partidos políticos.²³

A dúplice perspectiva é de onde Gilmar Ferreira Mendes parte para estruturar o conceito de direitos fundamentais. Para o autor,

Os direitos fundamentais são, a um só tempo, direitos subjetivos e elementos fundamentais de ordem constitucional objetiva. Enquanto direitos subjetivos, os direitos fundamentais outorgam aos titulares a possibilidade de impor os seus interesses em face dos órgãos obrigados. Na sua dimensão como elemento fundamental da ordem constitucional objetiva, os direitos fundamentais – tanto aqueles que não asseguram, primariamente, um direito subjetivo quanto aqueles outros, concebidos como garantias individuais – formam a base do ordenamento jurídico de um Estado de Direito democrático.²⁴

Sem deixar de reconhecer manifestações de direitos fundamentais em momentos antecedentes, Paulo Bonavides caracteriza a Declaração dos Direitos do Homem de 1789 como verdadeiro referencial histórico. Segundo o autor, as declarações antecedentes de ingleses e americanos, em que pese sua maior concretude, perderam em abrangência, vez que se dirigiram a uma camada social ou sociedade específica, enquanto a Declaração francesa de 1789 tinha por destinatário o gênero humano.²⁵

No que tange ao gradativo reconhecimento dos direitos fundamentais, Ingo Wolfgang Sarlet identifica o viés ‘negativo’ de sua primeira dimensão, determinando a abstenção do Estado de intervir na esfera individual. Nesta dimensão, assumem relevo os direitos à vida, à liberdade, à propriedade e à igualdade perante a lei²⁶.

²² SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 11. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 32.

²³ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 11. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 28.

²⁴ MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional*. 3. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 2.

²⁵ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 26. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2011, p. 562.

²⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 11. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 46-47.

A segunda dimensão dos direitos fundamentais, na ótica do mesmo autor, apresenta um viés positivo, outorgando aos indivíduos o direito a prestações sociais estatais, como assistência social, saúde, educação e trabalho. Também compõem a segunda dimensão as chamadas ‘liberdades sociais’, dentre as quais estão a liberdade de sindicalização, o direito de greve e os diversos direitos fundamentais dos trabalhadores, tais como o direito a férias, repouso semanal remunerado, limitação da jornada de trabalho, a garantia de um salário mínimo, dentre outros²⁷.

A nota distintiva da terceira dimensão de direitos fundamentais situa-se em sua titularidade coletiva, muitas vezes indefinida e indeterminável. O caráter universal ou, no mínimo transindividual dos direitos consagrados nesta dimensão revela uma nova direção das reivindicações fundamentais, motivada pelos impactos da sociedade industrial e técnica do final do século XX sobre as liberdades individuais. Dentre os direitos fundamentais consensualmente mencionados nesta fase estão o direito à paz, à autodeterminação dos povos, ao meio ambiente e à qualidade de vida.²⁸

Analisando o conteúdo das três dimensões mencionadas, Paulo Bonavides aponta sua coincidência – inclusive quanto à sequência de seu reconhecimento – com o lema da Revolução Francesa: liberdade, igualdade, fraternidade. Em arremate, o autor defende a existência de uma quarta dimensão de direitos fundamentais, introduzida pela globalização política e que corresponderia à derradeira fase de institucionalização do Estado social. A esta dimensão estariam relacionados os direitos à democracia, à informação e ao pluralismo.²⁹

No que concerne à sua aplicabilidade, os direitos fundamentais ganharam caráter principiológico com a teoria de Robert Alexy. Os princípios, como “mandados de otimização”, estariam inseridos na deontologia e, assim como as regras, seriam normas, já que determinam o que deve ser. A nota distintiva entre regras e princípios, na visão do autor, situa-se na possibilidade (ou não) do cumprimento daquelas, enquanto estes ordenam que algo seja realizado, dentro da máxima possibilidade fático-jurídica. Dessa forma, a colisão entre

²⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 11. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 47-48.

²⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 11. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 48-49-50.

²⁹ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 26. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2011, p. 562-571.

direitos fundamentais deve ser considerada uma colisão entre os próprios princípios, solucionada por meio da ponderação.³⁰

1.2 A Sociedade de Risco: a modernização reflexiva

O mundo contemporâneo vivencia um momento sem precedentes no processo de transformação de suas estruturas. Os avanços tecnológicos e científicos que marcaram os últimos séculos produziram – e ainda produzem - reflexos no cotidiano das sociedades, provocando substanciais alterações nas relações dos indivíduos entre si, bem como entre eles e o Estado. Fruto de um processo em constante construção, a modernidade exige uma análise mais atenta dos fenômenos sociais, culturais, políticos e econômicos que lhe orbitam, bem como dos seus antecedentes históricos e perspectivas futuras.

Foi o declínio do feudalismo, sistema baseado na produção agrária, que abriu caminho para a ascensão do modelo industrial de produção, destinada ao abastecimento de mercados nacionais e internacionais. Instalava-se um novo modo de vida e de organização social na Europa do século XVII, desvencilhado das formas tradicionais precedentes. Do seio da primeira modernidade surgia a chamada sociedade industrial, carregada pelos princípios capitalistas emergentes.³¹

O industrialismo caracterizou-se pelo uso de fontes inanimadas de energia material na produção de bens, associado ao papel determinante da maquinaria neste processo. Pressupondo a organização da produção no sentido de coordenar a atividade humana, as máquinas e as aplicações e produções de matérias-primas e bens, o modelo social industrial afetou não apenas o local de trabalho, mas os transportes, as comunicações e a vida doméstica.³²

Quanto às repercussões da modernidade nas sociedades em que se assentou, é precisa a análise de Anthony Giddens, para quem

O desenvolvimento das instituições sociais modernas e sua difusão em escala mundial criaram oportunidades bem maiores para os seres humanos gozarem de uma existência segura e gratificante que qualquer tipo de sistema pré-moderno. Mas a

³⁰ ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Traducción y estudio introductorio de Carlos Bernal Pulido. 2. ed. Madrid: Sociedad Anónima de Fotocomposición, 2007, p. 64-67-68-70-71-119.

³¹ GIDDENS, Anthony. *As consequências da modernidade*. Tradução de Raul Fiker. São Paulo: UNESP, 1991, p. 11-14-20.

³² GIDDENS, Anthony. *As consequências da modernidade*. Tradução de Raul Fiker. São Paulo: UNESP, 1991, p. 61-62.

modernidade tem também um lado sombrio, que se tornou muito aparente no século atual.³³

Dependente dos recursos naturais, a civilização industrial constrói a ideia de oposição entre sociedade e natureza, com o duplo propósito de controlá-la e ignorá-la. As demandas de consumo e de mercado passam a justificar a utilização dos recursos naturais em uma escala nunca antes vista, convertendo a natureza em verdadeira lei do modo de vida da sociedade industrial.³⁴

O trabalho ganha contornos industriais, com consequências degradantes àqueles submetidos à disciplina de um labor maçante e repetitivo. A ascensão do totalitarismo, representado pelas ideologias nazista, fascista e stalinista, associada ao desenvolvimento do poderio militar, fazem do século XX o “século da guerra”, marcado por conflitos militares atroztes que resultaram na perda de vidas em número substancialmente maior que em qualquer dos séculos precedentes.³⁵

Estruturada sobre padrões coletivos de vida, progresso, controlabilidade e exploração da natureza, a sociedade industrial da primeira modernidade vê suas bases corroídas pela ocorrência interligada de processos como a globalização, a individualização, a revolução de gênero, o desemprego e, principalmente, pelo surgimento de riscos globais, que têm em comum a característica de serem consequências imprevisíveis da vitória da modernidade³⁶.

São precisos os apontamentos de Anthony Giddens ao ocupar-se da análise dos riscos que permeiam a sociedade moderna. Reconhecendo a existência de aspecto positivo no risco, o autor caracteriza-o como a “dinâmica mobilizadora de uma sociedade propensa à mudança, que deseja determinar seu próprio futuro em vez de confiá-lo à religião, à tradição ou aos caprichos da natureza.”³⁷

Tratando do aspecto negativo, o autor distingue dois tipos de riscos: o “externo” e o “fabricado”. Enquanto aquele se refere a fenômenos naturais, este decorre do impacto da crescente intervenção humana sobre o mundo. A sociedade moderna apresenta como característica a transição do predomínio do risco externo para o risco fabricado, cujos níveis a

³³ A expressão “século atual” refere-se ao da publicação da obra, qual seja o século XX. GIDDENS, Anthony. *As consequências da modernidade*. Tradução de Raul Fiker. São Paulo: UNESP, 1991, p. 16.

³⁴ BECK, Ulrich. *Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade*. Tradução de Sebastião Nascimento. 2.ed. São Paulo: Ed. 34, 2010, p. 9.

³⁵ GIDDENS, Anthony. *As consequências da modernidade*. Tradução de Raul Fiker. São Paulo: UNESP, 1991, p. 17-18-19.

³⁶ MACHADO, Marta Rodriguez de Assis. *Sociedade do risco e Direito Penal: uma avaliação de novas tendências político-criminais*. São Paulo: IBCCRIM, 2005, p. 20.

³⁷ GIDDENS, Anthony. *Mundo em descontrol*. Tradução de Maria Luiza X. de A. Borges. 7. ed. Rio de Janeiro: Record, 2010, p. 34.

que está exposta a humanidade ainda desconhece e, em alguns casos, poderá não conhecer antes que seja tarde demais.³⁸

É da análise deste panorama que Ulrich Beck constrói sua teoria sobre o surgimento da sociedade de risco. Para o autor,

A transição do período industrial para o período de risco da modernidade ocorre de forma indesejada, despercebida e compulsiva no despertar do dinamismo autônomo da modernização, seguindo o padrão dos efeitos colaterais latentes. Pode-se virtualmente dizer que as constelações da sociedade de risco são produzidas porque as certezas da sociedade industrial (o consenso para o progresso ou a abstração dos efeitos e dos riscos ecológicos) dominam o pensamento e ação das pessoas e das instituições na sociedade industrial. A sociedade de risco não é uma opção que se pode escolher ou rejeitar no decorrer de disputas políticas. Ela surge na continuidade dos processos de modernização autônoma, que são cegos e surdos a seus próprios efeitos e ameaças. De maneira cumulativa e latente, estes últimos produzem ameaças que questionam e finalmente destroem as bases da sociedade industrial.³⁹

Certamente os riscos do desenvolvimento industrial são tão antigos quanto ele mesmo. Porém, o século XX foi particularmente repleto de eventos catastróficos relacionados às inovações tecno-científicas: duas guerras mundiais, Auschwitz e Nagasaki, de cunho bélico. Harrisburg, Bhopal, Chernobil⁴⁰, as chamadas “vacas loucas” ou BSE, a contaminação dos produtos de aves belgas, o buraco na camada de ozônio, a explosão e afundamento da plataforma brasileira P36⁴¹, dentre incontáveis exemplos, de cunho industrial.

É a partir da ocorrência reiterada destes desastres, reflexos da modernidade, em um mundo em constante aceleração e aproximado pelo processo globalizante, que nasce e começa a se desenvolver uma terrível consciência na humanidade: a tecno-ciência, que tudo lhe deu, pode ser o mais temível de seus inimigos.⁴²

Mesmo decidindo e agindo de acordo com as premissas do velho modelo de organização, as instituições da sociedade industrial veem as ameaças que criaram e legitimaram dominar os debates e conflitos políticos, tanto públicos como privados. Alguns

³⁸ GIDDENS, Anthony. *Mundo em descontrolado*. Tradução de Maria Luiza X. de A. Borges. 7. ed. Rio de Janeiro: Record, 2010, p. 37-38.

³⁹ BECK, Ulrich. *A reinvenção da política: rumo a uma teoria da modernização reflexiva*. In: BECK, Ulrich; GIDDENS, Anthony; LASH, Scott. *Modernização reflexiva: política, tradição e estética na ordem social moderna*. Tradução de Magda Lopes. Revisão Técnica de Cibele Saliba Rizek. 2.ed. São Paulo: Unesp, 2012. Tradução de Magda Lopes. Revisão técnica de Cibele Saliba Rizek. 2. ed. São Paulo: Unesp, 2012, p. 18.

⁴⁰ BECK, Ulrich. *Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade*. Tradução de Sebastião Nascimento. 2.ed. São Paulo: Ed. 34, 2010, p. 7-26.

⁴¹ FERNANDES, Paulo Silva. *Globalização, “sociedade de risco” e o futuro do direito penal*. Coimbra: Livraria Almedina, 2001, p. 47.

⁴² FERNANDES, Paulo Silva. *Globalização, “sociedade de risco” e o futuro do direito penal*. Coimbra: Livraria Almedina, 2001, p. 43.

aspectos da sociedade industrial tornam-se social e politicamente problemáticos. Da autoconfrontação com os efeitos da sociedade de risco que não podem ser tratados e assimilados no sistema das antigas estruturas sociais industriais exsurge uma nova era: a da modernização reflexiva.⁴³

O adjetivo “reflexivo”, ao contrário do que possa sugerir, não implica reflexão, mas, antes de tudo, autoconfrontação da sociedade com os riscos advindos do processo de modernização.⁴⁴ Distinguindo o que entende serem fases distintas da modernidade, Ulrich Beck assevera que

Se, no fundo, a modernização simples (ou ortodoxa) significa primeiro a desincorporação e, segundo, a reincorporação das formas sociais tradicionais pelas formas sociais industriais, então a modernização reflexiva significa primeiro a desincorporação e, segundo, a reincorporação das formas sociais industriais por outra modernidade. Assim, em virtude do seu inerente dinamismo, a sociedade moderna está acabando com suas formações de classe, camadas sociais, ocupação, papéis dos sexos, família nuclear, agricultura, setores empresariais e, é claro, também com os pré-requisitos e as formas contínuas do progresso técnico-econômico. Este novo estágio, em que o progresso pode se transformar em autodestruição, em que um tipo de modernização destrói outro e o modifica, é o que eu chamo de etapa da modernização reflexiva.⁴⁵

Assim, na concepção de Beck, a modernização reflexiva significa a possibilidade de uma (auto) destruição criativa para a era da sociedade industrial, na qual o sujeito dessa destruição não é a revolução, nem tampouco a crise, mas a vitória da modernização ocidental. Não somente a pobreza crescente, mas também a riqueza crescente, o intenso crescimento econômico, a rápida tecnificação e maior segurança no emprego impulsionam a sociedade industrial para uma nova era.⁴⁶

⁴³ BECK, Ulrich. *A reinvenção da política: rumo a uma teoria da modernização reflexiva*. In: BECK, Ulrich; GIDDENS, Anthony; LASH, Scott. *Modernização reflexiva: política, tradição e estética na ordem social moderna*. Tradução de Magda Lopes. Revisão Técnica de Cibele Saliba Rizek. 2.ed. São Paulo: Unesp, 2012, p. 17-18.

⁴⁴ BECK, Ulrich. *A reinvenção da política: rumo a uma teoria da modernização reflexiva*. In: BECK, Ulrich; GIDDENS, Anthony; LASH, Scott. *Modernização reflexiva: política, tradição e estética na ordem social moderna*. Tradução de Magda Lopes. Revisão Técnica de Cibele Saliba Rizek. 2.ed. São Paulo: Unesp, 2012, p. 18.

⁴⁵ BECK, Ulrich. *A reinvenção da política: rumo a uma teoria da modernização reflexiva*. In: BECK, Ulrich; GIDDENS, Anthony; LASH, Scott. *Modernização reflexiva: política, tradição e estética na ordem social moderna*. Tradução de Magda Lopes. Revisão Técnica de Cibele Saliba Rizek. 2.ed. São Paulo: Unesp, 2012, p. 13.

⁴⁶ BECK, Ulrich. *A reinvenção da política: rumo a uma teoria da modernização reflexiva*. In: BECK, Ulrich; GIDDENS, Anthony; LASH, Scott. *Modernização reflexiva: política, tradição e estética na ordem social moderna*. Tradução de Magda Lopes. Revisão Técnica de Cibele Saliba Rizek. 2.ed. São Paulo: Unesp, 2012, p. 12-14-15. “Grifo do autor”.

Esta nova fase da modernidade é denominada por Zygmunt Bauman de “modernidade fluída”, decorrente do “derretimento dos sólidos” moldes pré-modernos na busca de uma nova e melhor ordem social. Na visão do autor, o que acontece de fato é a substituição dos velhos moldes por outros, novos, porém insatisfatórios. As velhas instituições subsistem, como zumbis, inaptas a desempenhar as funções para as quais foram criadas. Ao alcançar a tão desejada liberdade, os indivíduos acabam deslocados, e reacomodar-se á papel exclusivo de cada um.⁴⁷

O antigo cenário social, onde os conflitos básicos referiam-se à distribuição de bens (renda, empregos, seguro social) dá lugar a uma nova realidade, na qual os malefícios constituem o objeto de distribuição. Estes malefícios podem ser decodificados como conflitos de responsabilidade distributiva. Eles irrompem sobre o modo como os riscos que acompanham a produção dos bens (megatecnologia nuclear e química, pesquisa genética, a ameaça ao ambiente, supermilitarização e miséria crescente fora da sociedade industrial ocidental) podem ser distribuídos, evitados, controlados e legitimados.⁴⁸

A questão distributiva mostra-se contraditória quando as investigações científicas sobre os novos riscos são consideradas diante da reflexividade, que constantemente examina e reforma o conhecimento à luz de informações renovadas. O próprio conhecimento adquire sentido distinto do antigo, em que “conhecer” significava estar certo. Diferentes estudos dão diferentes respostas ao mesmo problema, fazendo proliferar as incertezas.⁴⁹

Analisando a origem do novo conflito, Silva Sánchez cunha a expressão “risco de procedência humana como fenômeno social estrutural” já que, a seu ver, boa parte das ameaças a que os cidadãos estão expostos provém de decisões que outros concidadãos adotam no manejo dos avanços técnicos e sua aplicação na indústria, na biologia, na genética, na energia nuclear, na informática, nas comunicações etc. Nesse competitivo processo, a sociedade tecnológica acaba por deslocar para a marginalidade não poucos indivíduos que,

⁴⁷ BAUMAN, Zygmunt. *Modernidade líquida*. Tradução de Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2001, p. 12-13-15-30-31.

⁴⁸ BECK, Ulrich. *A reinvenção da política: rumo a uma teoria da modernização reflexiva*. BECK, Ulrich; GIDDENS, Anthony; LASH, Scott. *Modernização reflexiva: política, tradição e estética na ordem social moderna*. Tradução de Magda Lopes. Revisão Técnica de Cibele Saliba Rizek. 2.ed. São Paulo: Unesp, 2012, p. 19.

⁴⁹ GIDDENS, Anthony. *As consequências da modernidade*. Tradução de Raul Fiker. São Paulo: UNESP, 1991, p. 45-46.

segundo o autor, imediatamente são percebidos pelos demais como fonte de riscos pessoais e patrimoniais.⁵⁰

A produção de riscos na modernidade, segundo Beck, acompanha a curva do bumerangue. Assim, os efeitos colaterais do progresso ameaçam seus próprios centros causais de produção e, cedo ou tarde, a unidade entre culpado e vítima é alcançada.⁵¹

Dentro desse novo contexto, é inegável a influência do processo de globalização nos novos contornos da sociedade de risco. As fronteiras físicas e simbólicas do globo foram esmaecendo e continentes inteiros ficaram cada vez mais próximos. Os meios de comunicação e de transporte cada vez mais rápidos entretcem as malhas de um espaço igual, mas que passa a ser percorrido em tempo menor, por vezes em tempo real.⁵² A globalização, na concepção de Jesús-Maria Silva Sánchez, consiste em

um fenômeno em princípio econômico, que se define pela eliminação de restrições às transações comerciais e ampliação dos mercados. Questão distinta é que, a partir dessa consideração, se possa ter em conta, junto a globalização da economia, outro importante fenômeno, qual seja o da globalização das comunicações, como consequência das inovações técnicas.⁵³

Na mesma trilha, Anthony Giddens define a globalização como a intensificação das relações sociais em escala mundial, que ligam localidades distantes de tal maneira que acontecimentos locais são modelados por eventos ocorrendo a muitas milhas de distância, e vice-versa.⁵⁴ Os efeitos do fenômeno globalizante na vida dos indivíduos também são avaliados pelo autor, para quem

Poucas pessoas, em qualquer lugar do mundo, podem continuar sem consciência do fato de que suas atividades locais são influenciadas, e às vezes até determinadas, por acontecimentos ou organismos distantes. [...] Hoje em dia, as ações cotidianas de um indivíduo produzem consequências globais. Minha decisão de comprar uma determinada peça de roupa, por exemplo, ou um tipo específico de alimento, tem múltiplas implicações globais. Não somente afeta a sobrevivência de alguém que vive do outro lado do mundo, mas pode contribuir para um processo de deterioração ecológica que em si tem consequências potenciais para toda a humanidade. Esta

⁵⁰ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. *A expansão do direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais*. Tradução de Luiz Otavio de Oliveira Rocha. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 29. “Grifo do autor”.

⁵¹ BECK, Ulrich. *Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade*. Tradução de Sebastião Nascimento. 2.ed. São Paulo: Ed. 34, 2010, p. 45.

⁵² FERNANDES, Paulo Silva. *Globalização, “sociedade de risco” e o futuro do direito penal*. Coimbra: Livraria Almedina, 2001, p. 38.

⁵³ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. *A expansão do direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais*. Tradução de Luiz Otavio de Oliveira Rocha. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 79.

⁵⁴ GIDDENS, Anthony. *As consequências da modernidade*. Tradução de Raul Fiker. São Paulo: UNESP, 1991, p. 69.

extraordinária – e acelerada – relação entre as decisões do dia a dia e os resultados globais, juntamente com seu reverso, a influência das ordens globais sobre a vida individual, compõem o principal tema da nova agenda.⁵⁵

Silva Sánchez vai em direção semelhante ao afirmar o impacto da globalização econômica e a integração supranacional no corpo social. Para o autor, a aproximação dos agentes internacionais em questões econômicas e comerciais tem influência nas novas dinâmicas das sociedades modernas.⁵⁶

Além dos reflexos econômicos e ecológicos decorrentes da globalização Giddens identifica, na aproximação de diferentes culturas e povos, um importante impulso modificador. A interligação de costumes e valores sociais, antes geograficamente separados, está diretamente relacionada com o surgimento de novos debates sobre o papel dos sexos nas sociedades modernas e os sistemas familiares tradicionais. Dessa forma, as alterações nas estruturas sociais tradicionais decorrem, em grande parte, do processo globalizante, que exsurge como verdadeira revolução na vida cotidiana dos indivíduos e repercute no mundo todo, em suas mais diversas esferas.⁵⁷

Situa-se na globalização dos transportes e dos meios de comunicação o fator que Zygmunt Bauman elege como determinante na transição entre o que chama de modernidade pesada e modernidade leve, diferentes denominações para as fases da modernidade conceituadas por Beck. Da era das máquinas pesadas, da conquista territorial realizada em tempo uniforme e inflexível, a modernidade evolui para sua versão atual, onde o espaço é percorrido em tempo nenhum, à velocidade da luz.⁵⁸

A instantaneidade dos novos tempos alavanca novos processos no seio da sociedade global, provocando substanciais alterações no convívio humano. A “dieta do emagrecimento” seguida pelo capital dominante resulta em insegurança ao corpo social, agora incerto de seu amanhã. Trava-se uma verdadeira luta pela sobrevivência e, nesse contexto, a escolha racional passa a ser buscar a gratificação evitando as consequências dos atos praticados. No mundo marcado pela vulnerabilidade e precariedade, a dispensabilidade dos indivíduos alastra-se

⁵⁵ GIDDENS, Anthony. *A vida em uma sociedade pós-tradicional*. In: BECK, Ulrich; GIDDENS, Anthony; LASH, Scott. *Modernização reflexiva: política, tradição e estética na ordem social moderna*. Tradução de Magda Lopes. Revisão Técnica de Cibele Saliba Rizek. 2.ed. São Paulo: Unesp, 2012, p. 91-92.

⁵⁶ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. *A expansão do direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais*. Tradução de Luiz Otavio de Oliveira Rocha. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 75.

⁵⁷ GIDDENS, Anthony. *Mundo em descontrol*. Tradução de Maria Luiza X. de A. Borges. 7. ed. Rio de Janeiro: Record, 2010, p. 22-23.

⁵⁸ BAUMAN, Zygmunt. *Modernidade líquida*. Tradução de Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2001, p. 132-134-136.

pelas instituições modernas, convergindo para o enfraquecimento e decomposição dos laços humanos.⁵⁹

Em um movimento cíclico, as novas estruturas sociais da era moderna influenciam-se mutuamente. A relação entre homem e mulher ganha novos contornos e a desigualdade entre os sexos vem à pauta. São precisos os apontamentos de Beck ao avaliar a nova realidade. Para o autor,

homens e mulheres se confrontam no dia a dia do casamento e da família (ou do que restou de ambos). [...] Quem no entanto associa as relações entre os sexos apenas àquilo que elas parecem ser (algo associado com os temas sexualidade, ternura, casamento, paternidade etc.), deixa de considerar que elas, ao mesmo em que são isto tudo, são também tudo o mais: profissão, desigualdade, política, economia. [...] Quem fala de família, tem de falar também de trabalho e dinheiro, quem fala de casamento, tem de falar também de educação, profissão e mobilidade, e especialmente de repartição desigual, mesmo que entrementes os pré-requisitos educacionais se tenham nivelado (consideravelmente).⁶⁰

Os papéis historicamente conferidos aos gêneros masculino e feminino são questionados a partir da progressiva dissolução das famílias, não mais restritas aos modelos tradicionais.⁶¹ À mulher não mais se relega os afazeres domésticos. Ao homem, não mais cabe o exclusivo papel de provedor do lar.⁶² Rompendo com o modelo estamental da sociedade industrial⁶³, surgem novas perspectivas ao sexo feminino, bem apontadas por Beck. Segundo o autor,

Em tudo isto – libertação demográfica, desqualificação do trabalho doméstico, contracepção, divórcio, participação no âmbito educacional e profissional – exprime-se cada vez mais o grau de libertação das mulheres das prescrições decorrentes de seu destino estamental moderno, feminino, algo que já não poderá ser reinstaurado. Desse modo, contudo, evidencia-se a espiral da individualização: mercado de trabalho, educação, mobilidade, planejamento da carreira, tudo acontece dupla ou triplamente ao mesmo tempo numa mesma família.⁶⁴

⁵⁹ BAUMAN, Zygmunt. *Modernidade líquida*. Tradução de Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2001, p. 143-147-187.

⁶⁰ BECK, Ulrich. *Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade*. Tradução de Sebastião Nascimento. 2.ed. São Paulo: Ed. 34, 2010, p. 149.

⁶¹ BECK, Ulrich. *A reinvenção da política: rumo a uma teoria da modernização reflexiva*. In: BECK, Ulrich; GIDDENS, Anthony; LASH, Scott. *Modernização reflexiva: política, tradição e estética na ordem social moderna*. Tradução de Magda Lopes. Revisão Técnica de Cibele Saliba Rizek. 2.ed. São Paulo: Unesp, 2012, p. 32-33.

⁶² BECK, Ulrich; GIDDENS, Anthony; LASH, Scott. *Modernização reflexiva: política, tradição e estética na ordem social moderna*. Tradução de Magda Lopes. Revisão Técnica de Cibele Saliba Rizek. 2.ed. São Paulo: Unesp, 2012, pág. 289.

⁶³ BECK, Ulrich. *Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade*. Tradução de Sebastião Nascimento. 2.ed. São Paulo: Ed. 34, 2010, p. 163.

⁶⁴ BECK, Ulrich. *Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade*. Tradução de Sebastião Nascimento. 2.ed. São Paulo: Ed. 34, 2010, p. 169.

Em busca de emancipação, a mulher vai ao mercado de trabalho almejando vida própria, desvincilhada das atribuições tradicionais. As expectativas femininas de igualdade, no entanto, deparam-se com a realidade desigual. Nem o sucesso profissional liberta a mulher da pena de “trabalhos domésticos perpétuos”. Os níveis de acesso à educação alcançados pelo sexo feminino não se repetem no acesso ao trabalho e, quando empregadas, as trabalhadoras recebem remuneração inferior às do sexo oposto para o desempenho das mesmas funções. Diante da constatação de que nenhuma qualificação profissional oferece proteção em face do desemprego, também a mulher está desprotegida.⁶⁵

Ao desemprego, já socialmente estruturado, soma-se a precarização e flexibilização das formas de emprego, bem como da jornada laboral.⁶⁶ As transformações gradualmente ocorridas no trabalho, verdadeiro “eixo de conduta” na era industrial, ecoam no corpo social. A vitaliciedade típica do trabalho da era industrial dá lugar à temporariedade da nova modernidade. “Um pequeno número de “profissionais da automação” assume o lugar de um grande número de trabalhadores pouco qualificados ou mesmo desqualificados.”⁶⁷ Na era da automação e dos recorrentes cortes nos quadros funcionais, generalizam-se as incertezas ocupacionais da sociedade.⁶⁸

A zona cinzenta da desocupação, do subemprego e do desemprego permanente cresce, junto com a proliferação do trabalho informal ou clandestino, refletindo na renda das famílias e na previdência social. A esperança dos setores político e econômico repousa num possível reaquecimento da economia para que novas vagas no mercado de trabalho surjam e acomodem a expressiva parcela da população ociosa. Contraditoriamente, ocorre a massificação e individualização do destino: vastos contingentes de desempregados compartilham uma condição econômica comum entre si, porém a sentem como fracasso pessoal.⁶⁹

O surgimento de tendências individualizatórias, característica da sociedade de risco identificada por Beck, estaria vinculado a circunstâncias sociais, econômicas, jurídicas e

⁶⁵ BECK, Ulrich. *Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade*. Tradução de Sebastião Nascimento. 2.ed. São Paulo: Ed. 34, 2010, p. 135-150-153-159-162-164. “Grifo do autor”.

⁶⁶ BAUMAN, Zygmunt. *Modernidade líquida*. Tradução de Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2001, p. 170-171-185.

⁶⁷ BECK, Ulrich. *Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade*. Tradução de Sebastião Nascimento. 2.ed. São Paulo: Ed. 34, 2010, p. 135-203-209-214. “Grifo do autor”.

⁶⁸ BAUMAN, Zygmunt. *Modernidade líquida*. Tradução de Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2001, p. 185.

⁶⁹ BECK, Ulrich. *Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade*. Tradução de Sebastião Nascimento. 2.ed. São Paulo: Ed. 34, 2010, p. 133-137-205.

políticas que dizem respeito à sociedade como um todo. Como produto fundamentalmente relacionado às gerações mais jovens, a individualização apresenta uma nova ética, centrada no princípio dos “deveres para consigo mesmo”, com predomínio do prefixo “auto”. As novas demandas pessoais referem-se à autodescoberta, autoafirmação, auto realização, autolibertação, dentre outras, de conotação individualista.⁷⁰

O fenômeno individualizatório é bem delineado por Bauman, que condensa seus caracteres afirmando que

Resumidamente, a “individualização” consiste em transformar a “identidade” humana de um “dado” em uma “tarefa” e encarregar os atores da responsabilidade de realizar essa tarefa e das consequências (assim como dos efeitos colaterais) de sua realização. Em outras palavras, consiste no estabelecimento de uma autonomia de *jure* (independentemente de a autonomia de *facto* também ter sido estabelecida).⁷¹

Na modernidade reflexiva, o indivíduo é ator, planejador, produtor, prestigiador e diretor de cena de sua própria biografia, identidade, redes sociais, compromissos e convicções, sob uma aparente liberdade decisória. Os novos modos de vida, centrados no ego, encarregam o próprio indivíduo da tarefa de escrever sua história.⁷²

A família unitária torna-se uma exceção em meio a novas formas de convivência⁷³. Empiricamente constata-se um afrouxamento na relação entre família e biografia individual. O crescimento do convívio pré, pós e extramatrimonial, bem como do divórcio, apontam para um pluralismo biográfico das formas de vida, em constante transformação. A alternância entre família, não família e solidão, sob a égide da individualização, converte-se na norma que rege as relações de coabitação e conflito entre homens e mulheres.⁷⁴

⁷⁰ BECK, Ulrich. *Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade*. Tradução de Sebastião Nascimento. 2.ed. São Paulo: Ed. 34, 2010, p. 123-124-145. “Grifo do autor”.

⁷¹ BAUMAN, Zygmunt. *Modernidade líquida*. Tradução de Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2001, p. 40.

⁷² BECK, Ulrich. *A reinvenção da política: rumo a uma teoria da modernização reflexiva*. In: BECK, Ulrich; GIDDENS, Anthony; LASH, Scott. *Modernização reflexiva: política, tradição e estética na ordem social moderna*. Tradução de Magda Lopes. Revisão Técnica de Cibele Saliba Rizek. 2.ed. São Paulo: Unesp, 2012, p. 31-34.

⁷³ BECK, Ulrich; GIDDENS, Anthony; LASH, Scott. *Modernização reflexiva: política, tradição e estética na ordem social moderna*. Tradução de Magda Lopes. Revisão Técnica de Cibele Saliba Rizek. 2.ed. São Paulo: Unesp, 2012, p. 35.

⁷⁴ BECK, Ulrich. *Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade*. Tradução de Sebastião Nascimento. 2.ed. São Paulo: Ed. 34, 2010, 2010, p. 174.

O sucesso profissional está condicionado aos certificados escolares e de capacitação e aqueles que não os detêm estão socialmente à beira de um abismo material.⁷⁵ As consequências da individualização no corpo social são bem avaliadas por Beck. Para o autor,

A dinâmica individualizatória que liberta as pessoas das culturas de classe tampouco se detém diante dos portões da família. [...] o processo individualizatório acarreta consequências em grande medida opostas nas relações entre os sexos: de um lado, na busca por uma “vida própria”, homens e mulheres são libertados das tradicionais formas e atribuições de papéis. De outro, as pessoas são levadas pela diluição das relações sociais à comunhão a buscar a felicidade com outra pessoa. A necessidade de compartilhar a intimidade, conforme prescrito pelo ideal do casamento e da união, não constitui uma necessidade originária. [...] é certo que o indivíduo se desonera de estruturas de sustento e vínculos tradicionais, mas recebe em troca as pressões do mercado de trabalho, de uma subsistência baseada no consumo e das padronizações e controles contidos em ambos.⁷⁶

Libertos e inseguros, os indivíduos são reintegrados e controlados pela sociedade de risco através de mercados de consumo em massa, exigências do mercado de trabalho, meios de comunicação e por determinações institucionais. A liberdade perseguida acaba por restringir-se a “módulos pré-fabricados de possibilidades combinatórias de natureza biográfica”.⁷⁷

A democracia liberal enfrenta dificuldades em diversos países, a exemplo do Brasil. A corrupção assola o cenário político e os eleitores tornam-se descontentes e desconfiados de seus representantes eleitos. “As lutas da política partidária parecem a muitos um jogo, que apenas ocasionalmente afeta, de uma maneira efetiva, os problemas da vida real.”⁷⁸

O parlamento perde sua importância como centro de formação da vontade racional representando, no mais das vezes, interesses partidários ou da própria burocracia estatal. As decisões do parlamento e do executivo tendem a ser tecnocratizadas e entram em cena grupos corporativamente organizados de influência e de poder.⁷⁹

Na avaliação de Bauman, desaparece a política com P maiúsculo, atividade encarregada de traduzir problemas privados em questões públicas, e vice-versa. Para o autor,

⁷⁵ BECK, Ulrich. *Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade*. Tradução de Sebastião Nascimento. 2.ed. São Paulo: Ed. 34, 2010, p. 197.

⁷⁶ BECK, Ulrich. *Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade*. Tradução de Sebastião Nascimento. 2.ed. São Paulo: Ed. 34, 2010, p. 162-194.

⁷⁷ BECK, Ulrich. *Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade*. Tradução de Sebastião Nascimento. 2.ed. São Paulo: Ed. 34, 2010, p. 190-195-199.

⁷⁸ BECK, Ulrich; GIDDENS, Anthony; LASH, Scott. *Modernização reflexiva: política, tradição e estética na ordem social moderna*. Tradução de Magda Lopes. Revisão Técnica de Cibele Saliba Rizek. 2.ed. São Paulo: Unesp, 2012, p. 284.

⁷⁹ BECK, Ulrich. *Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade*. Tradução de Sebastião Nascimento. 2.ed. São Paulo: Ed. 34, 2010, p. 281-282.

a política democrática, com seus prós e contras, foi pelo ralo, dando sinais para que o interesse público na boa sociedade, na justiça pública ou na responsabilidade coletiva pelo bem-estar individual a siga no caminho do esquecimento.⁸⁰

Resta esboçado o quadro social da modernidade reflexiva, onde as velhas instituições ainda tentam proteger as velhas formas, que vigem apenas para uma parcela decrescente da população. É nesse contexto que “se aprofundam as contradições entre duas normalidades, uma definida institucionalmente e outra socialmente válida, e o edifício da sociedade industrial ameaça desmoronar em escombros jurídico-normativos”.⁸¹

Forçoso é reconhecer que o atual cenário social mundial encontra-se numa fase de instabilidade, resultante da ocorrência interligada de diversos fenômenos modernos. A despeito das diferentes denominações que esta fase recebe dos pensadores que sobre ela se debruçam, encontra-se na volatilidade e insegurança do corpo social o denominador comum das diferentes teses. E é nesse cenário instável, mutável ao click do mouse, que o direito penal é chamado a intervir, buscando apaziguar a sensação generalizada de insegurança.

1.3 Política Criminal: conceito e a ciência conjunta do direito penal

A ciência conjunta do direito penal, modelo tripartido concebido por von Liszt, estruturou-se sobre três ciências autônomas: a dogmática jurídico-penal, a política criminal e a criminologia. Diante da posição de domínio que ocupa hodiernamente dentro da ciência conjunta⁸², a política criminal é o ponto de partida donde, percorrendo conceitos e matérias pertinentes, pretende-se aqui chegar num delineamento preciso da ciência global do direito penal e das relações de suas disciplinas entre si.

No conceito de Franz von Liszt, a política criminal constitui-se numa ciência crítica e finalística incumbida de fornecer os critérios para apreciação do valor do direito que vigora e de revelar o direito que deve vigorar.⁸³ Bottini, por sua vez, caracteriza-a como “o desenvolvimento de marcos teóricos e estratégias vinculadas a estes marcos para enfrentar o

⁸⁰ BAUMAN, Zygmunt. *Modernidade líquida*. Tradução de Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2001, p. 83.

⁸¹ BECK, Ulrich. *Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade*. Tradução de Sebastião Nascimento. 2.ed. São Paulo: Ed. 34, 2010, p. 198.

⁸² DIAS, Jorge de Figueiredo. *Questões fundamentais do direito penal revisitadas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 24-41.

⁸³ LISZT, Franz von. *Tratado de direito penal alemão*. Prefácio de Edson Carvalho Vidigal. Tradução José Hygino Duarte Pereira. Ed. fac-sim. – Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial: Superior Tribunal de Justiça, 2006, p. 3-105.

problema da criminalidade dentro de um modelo de direito penal adequado às expectativas sociais vigentes.”⁸⁴

Shecaira, em sentido semelhante, define política criminal como a disciplina que oferece aos poderes públicos as opções científicas concretas mais adequadas para o controle do crime.⁸⁵ Contudo, para o autor, a política criminal não é uma ciência tal como o direito penal e a criminologia, considerando que ela não possui método próprio e o fato de estar disseminada pelos diversos poderes da União, bem como pelas diversas esferas de atuação do próprio Estado.⁸⁶

Para Salo de Carvalho, política criminal consiste na produção de convicção a partir dos julgamentos objetivos das ciências criminais. Sob esse enfoque cabe a ela, a partir dos diagnósticos realizados pela dogmática penal e pela criminologia, produzir discurso de inserção no âmbito da política.⁸⁷

Na acepção de Dotti a política criminal é o “conjunto sistemático de princípios e regras através dos quais o Estado promove a luta de prevenção e repressão das infrações penais”, constituindo verdadeira sabedoria legislativa estatal na luta contra o crime.⁸⁸ São preciosos os ensinamentos de Nucci ao conceituar a política criminal. Para o autor,

Variando o conceito de ciência, para uns, a apenas uma técnica ou um método de observação e análise crítica do Direito Penal para outros, parece-nos que política criminal é um modo de raciocinar e estudar o Direito Penal, fazendo-o de modo crítico, voltado ao direito posto, expondo seus defeitos, sugerindo reformas e aperfeiçoamentos, bem como com vistas à criação de novos institutos jurídicos que possam satisfazer as finalidades primordiais de controle social desse ramo do ordenamento.⁸⁹

Dos diversos conceitos expostos já se pode depreender as múltiplas implicações da política criminal no Direito Penal. No entanto, o status proeminente de que ela desfruta atualmente guarda poucas semelhanças com as atribuições que lhe cabiam antes da concepção da ciência conjunta do direito penal. Ao lado da criminologia e de outras ciências sociais e

⁸⁴ BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *O paradoxo do risco e a política criminal contemporânea*. In: MENDES, Gilmar Ferreira; BOTTINI, Pierpaolo Cruz; PACELLI, Eugênio (Coord.). *Direito Penal Contemporâneo*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 109.

⁸⁵ SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Criminologia*. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 319.

⁸⁶ SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Criminologia*. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 45.

⁸⁷ CARVALHO, Salo de. *Antimanual de criminologia*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 69.

⁸⁸ DOTTI, René Ariel. *Curso de direito penal: parte geral*. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 74.

⁸⁹ NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de direito penal: parte geral: parte especial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 42.

humanas, figurava como ciência meramente auxiliar da dogmática jurídico-penal, então considerada como a única apta à aplicação do direito penal.⁹⁰

Foi no final do século XIX, numa época em que os níveis de criminalidade aumentavam por todo lado, que se reconheceu a impossibilidade de enfrentamento do crime através de uma ciência puramente jurídica. O sucesso nessa tarefa só seria possível pela conjugação de conhecimentos provenientes de outras ciências. Assim, emergiram a política criminal e a criminologia. Esta, incumbida de fornecer o conhecimento empírico da criminalidade, de seus níveis e de suas causas. Aquela, voltada para a definição de estratégias de controle social do crime.⁹¹

Ao tentar englobar este conjunto de disciplinas numa unidade coerente e harmoniosa von Liszt criou o designativo, que viria a se tornar célebre, de “ciência global (total, universal, integral ou conjunta) do direito penal.”⁹² Analisando o modelo de von Liszt, Shecaira constata que

Direito penal, criminologia e política criminal constituem os três pilares sobre os quais se assentam as chamadas “ciências criminais”, formando um modelo integrado de ciência conjunta. O direito penal examina os aspectos que subjazem aos temas jurídico-penais, em sua visão dogmática. A política criminal, enquanto disciplina que oferece aos poderes públicos as opções científicas concretas mais adequadas para o controle do crime, é a ponte eficaz entre o direito penal – enquanto ciência axiológica, dedutiva, e que utiliza o método jurídico-dogmático – e a criminologia.⁹³

Mesmo com o relevo e relativa autonomia adquiridos no seio da ciência global do direito penal, a função da política criminal ainda estava restrita ao nível de *iure constituendo*, revelando o caminho de possíveis reformas penais. Nesse contexto, o direito penal constituiu a barreira intransponível da política criminal.⁹⁴

Com o surgimento do Estado Social no período que se seguiu, flexibilizaram-se exigências de legalidade formal em favor do desenvolvimento do sistema social. Nessa época, criminologia e política criminal se autonomizaram completamente do direito penal e de sua

⁹⁰ DIAS, Jorge de Figueiredo. *Questões fundamentais do direito penal revisitadas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 22-23.

⁹¹ DIAS, Jorge de Figueiredo. *Questões fundamentais do direito penal revisitadas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 23.

⁹² DIAS, Jorge de Figueiredo; ANDRADE, Manuel da Costa. *Criminologia: O homem delinquente e a sociedade criminógena*. Coimbra: Coimbra, 1997, p. 93.

⁹³ SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Criminologia*. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 319.

⁹⁴ DIAS, Jorge de Figueiredo. *Questões fundamentais do direito penal revisitadas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 27-28. “Grifo do autor”.

dogmática, verdadeiramente virando-lhe as costas. Não obstante a independência conquistada, permaneceram em segundo plano no seio da ciência conjunta.⁹⁵

O Estado de Direito material contemporâneo vem substituir as velhas concepções formal e social de Estado. O cunho democrático e social do novo paradigma estatal, submetido a rígido esquema de legalidade e preocupado antes de tudo com a consistência efetiva dos direitos, das liberdades e das garantias da pessoa, viria a provocar verdadeiras transformações no papel das ciências criminais.⁹⁶

No que se refere à questão metodológica da dogmática jurídico-penal, passa-se a questionar até onde o “pensamento do problema” se pode introduzir no – ou mesmo se sobrepor ao – “pensamento do sistema”. A solução do caso concreto deverá ser simultaneamente justa e adequada ao sistema jurídico-penal, pressupondo a “penetração axiológica” do problema jurídico-penal por meio de valorações político-criminais co-naturais ao sistema rejeitando-se, assim, o puro dedutivismo conceitualista. Num Estado voltado para a concretização de direitos e liberdades pessoais, também a dogmática jurídico-penal deve buscar a concreta justiça material no seio do sistema dirigido político-criminalmente.⁹⁷

Os valores sobre os quais se assenta o Estado de Direito material impõem à dogmática jurídico-penal que determine e cunhe seu aparelho conceitual a partir de proposições político-criminais e da função que por estas lhe é conferida no sistema. Tais conceitos devem se apresentar funcionalmente determinados pelas finalidades eleitas pela política criminal, formando verdadeira unidade funcional entre ela e a dogmática jurídico-penal. A política criminal, em último termo, torna-se competente para definir os limites da punibilidade, surgindo como uma ciência transpositiva, transdogmática e trans-sistemática em face de qualquer direito penal positivo.⁹⁸

Apesar de ocupar posição extra-sistemática em relação ao direito penal, a política criminal é intra-sistemática relativamente à concepção de Estado. Tal constatação obriga que as proposições político-criminais sejam coerentes com os valores e interesses da sociedade,

⁹⁵ DIAS, Jorge de Figueiredo. *Questões fundamentais do direito penal revisitadas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 30.

⁹⁶ DIAS, Jorge de Figueiredo; ANDRADE, Manuel da Costa. *Criminologia: O homem delinquente e a sociedade criminógena*. Coimbra: Coimbra, 1997, p. 95.

⁹⁷ DIAS, Jorge de Figueiredo. *Questões fundamentais do direito penal revisitadas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 34-35.

⁹⁸ DIAS, Jorge de Figueiredo. *Questões fundamentais do direito penal revisitadas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 41-42.

positivados constitucionalmente.⁹⁹ Salo de Carvalho, contudo, alerta para a pouca coerência entre a política criminal e as pautas elaboradas pelas disciplinas científicas, face ao filtro que o processo político impõe a tais pautas.¹⁰⁰

Na esteira da evolução das demais componentes da ciência conjunta do direito penal, também a criminologia teve suas feições alteradas. De ciência puramente explicativa passou a ser crítica, deixando-se penetrar por valorações jurídico-criminais.¹⁰¹ Além de desempenhar seu tradicional papel etiológico-explicativo, a criminologia passa a buscar a compreensão do fenômeno criminal em sua integralidade. Seu objeto, para além do crime, passa a ser o fenômeno jurídico-criminal, abrangendo a totalidade do sistema de aplicação da justiça penal.¹⁰²

Em arremate, cabe registrar as considerações de Jorge de Figueiredo Dias, para quem “política criminal, dogmática jurídico-penal e criminologia são assim, do ponto de vista científico, três âmbitos autônomos, ligados porém, em vista do integral processo da realização do direito penal, em uma unidade teleológico-funcional.”¹⁰³

⁹⁹ DIAS, Jorge de Figueiredo. *Questões fundamentais do direito penal revisitadas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 43.

¹⁰⁰ CARVALHO, Salo de. *Antimanual de criminologia*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 52.

¹⁰¹ DIAS, Jorge de Figueiredo; ANDRADE, Manuel da Costa. *Criminologia: O homem delinquente e a sociedade criminógena*. Coimbra: Coimbra, 1997, p. 95.

¹⁰² CARVALHO, Salo de. *Antimanual de criminologia*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 71-72.

¹⁰³ DIAS, Jorge de Figueiredo. *Questões fundamentais do direito penal revisitadas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 49.

2 ABOLICIONISMO PENAL, DIREITO PENAL MÁXIMO E MÍNIMO

A crise pela qual o direito penal e suas agências atravessam na atualidade faz surgir diferentes tendências político-criminais, cada uma intitulando-se a solução para o problema. Diante dos novos riscos, efeitos colaterais indesejados da modernização, as propostas para a ciência penal oscilam entre três principais vertentes: a abolicionista, a minimalista e a maximalista. As características, os fundamentos e as perspectivas destes movimentos serão objeto de estudo neste capítulo, ao final do qual se espera contar com informações suficientes para eleger, dentre eles, aquele mais apto a constituir a linha mestra de um direito penal racional.

2.1 Abolicionismo Penal

O abolicionismo penal consiste numa corrente de pensamento deslegitimadora do sistema penal tal como ele atua na realidade social contemporânea, propondo sua supressão radical e a solução dos conflitos por instâncias ou mecanismos informais.¹ A demanda abolicionista funda-se em argumentos variados, tais como a ilegitimidade, ineficiência, inidoneidade moral ou desvantagem do aparato punitivo estatal em relação a meios pedagógicos, reparatórios e informais de controle social.²

Ademais, como recorda Zaffaroni, a quase totalidade dos autores abolicionistas propõe uma reconstrução de vínculos solidários de simpatia horizontais ou comunitários, que permitam a solução de conflitos sem a necessidade de apelar para o modelo punitivo formalizado abstratamente.³

As próximas linhas apresentam um breve esboço das bases teóricas sobre as quais o abolicionismo penal se ergue, elencando as críticas que dirige ao direito penal e alternativas que propõe para a resolução de conflitos de natureza criminal.

¹ ZAFFARONI, Eugenio Raul. *Em busca das penas perdidas: a perda da legitimidade do sistema penal*. Tradução de Vania Romano Pedrosa e Amir Lopes da Conceição. Rio de Janeiro: Revan, 1991, p. 89.

² FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. Prefácio da 1. ed. italiana por Norberto Bobbio. 4. ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 231.

³ ZAFFARONI, Eugenio Raul. *Em busca das penas perdidas: a perda da legitimidade do sistema penal*. Tradução de Vania Romano Pedrosa e Amir Lopes da Conceição. Rio de Janeiro: Revan, 1991, p. 104.

Sem desconsiderar os apontamentos de Ferrajoli, que identifica manifestações do pensamento abolicionista já no século XVIII⁴, o presente trabalho ocupará-se do abolicionismo contemporâneo, que encontra seus fundamentos em diferentes movimentos ocorridos nas décadas de 1960 e 1970, dentre os quais há que se ressaltar o chamado labeling approach e a criminologia crítica.

O labeling approach (enfoque do etiquetamento), sob influência do interacionismo simbólico e da etnometodologia,⁵ sustenta a tese central de que a criminalidade não é característica de uma determinada conduta, mas o resultado de um processo de atribuição, de uma estigmatização. Nessa óptica, a criminalidade é uma etiqueta aplicada pelas instâncias formais de controle social.⁶ Ao paradigma etiológico, próprio da criminologia tradicional, o labeling opõe o paradigma do controle. As investigações deslocam-se do desviante e seu meio para aqueles que o definem como desviante. Da busca por explicações para a criminalidade passa-se à busca por explicações para a criminalização.⁷

É sobre as bases teóricas do labeling approach que ocorre a transição da criminologia liberal à criminologia crítica, teoria econômico-política do desvio e da criminalização. Sob nítido influxo marxista, a criminologia crítica opõe o enfoque macrosociológico ao biopsicológico. Dessa forma, a análise teórica do autor e a busca pelas causas do desvio criminal passam ao segundo plano, dando lugar a perquirições sobre as condições objetivas, estruturais e funcionais que estão na origem do fenômeno do desvio, bem como sobre os mecanismos através dos quais são criadas e aplicadas as definições de desvio e de criminalidade e realizados os processos de criminalização.⁸

A partir de suas investigações, a criminologia crítica entende que a criminalidade acaba por ser distribuída desigualmente conforme a hierarquia dos interesses fixados no sistema socioeconômico e conforme a desigualdade social entre os indivíduos. Tanto na criminalização primária (produção das normas penais) como na criminalização secundária (aplicação das normas) e na execução das penas e medidas de segurança, o sistema penal

⁴ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. Prefácio da 1. ed. italiana por Norberto Bobbio. 4. ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 232.

⁵ BARATTA, Alessandro. *Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal: introdução à sociologia do direito penal*. Tradução de Juarez Cirino dos Santos. 6. ed. Rio de Janeiro: Revan: Instituto Carioca de Criminologia, 2013, p. 87.

⁶ HASSEMER, Winfried. *Introdução aos fundamentos do direito penal*. Tradução de Pablo Rodrigo Alflen da Silva. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2005, p. 101.

⁷ HASSEMER, Winfried. *Introdução aos fundamentos do direito penal*. Tradução de Pablo Rodrigo Alflen da Silva. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2005, p. 104.

⁸ BARATTA, Alessandro. *Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal: introdução à sociologia do direito penal*. Tradução de Juarez Cirino dos Santos. 6. ed. Rio de Janeiro: Revan: Instituto Carioca de Criminologia, 2013, p. 159-160.

concretiza a desigualdade substancial dos indivíduos através de uma seletividade estigmatizante, reproduzindo a realidade social e mantendo a escala vertical da sociedade capitalista.⁹ Segundo Baratta,

Na perspectiva da criminologia crítica a criminalidade não é mais uma qualidade ontológica de determinados comportamentos e de determinados indivíduos, mas se revela, principalmente, como um *status* atribuído a determinados indivíduos, mediante uma dupla seleção: em primeiro lugar, a seleção dos bens protegidos penalmente, e dos comportamentos ofensivos destes bens, descritos nos tipos penais; em segundo lugar, a seleção dos indivíduos estigmatizados entre todos os indivíduos que realizam infrações a normas penalmente sancionadas.¹⁰

O movimento abolicionista, no entanto, apresenta bases teóricas heterogêneas, não sendo possível atrelá-lo a uma única ideologia.¹¹ É nesse sentido que Zaffaroni assinala a orientação marxista de Mathiesen, a fenomenológica de Hulsman, a estruturalista de Foucault e a fenomenológico-historicista de Christie.¹² De qualquer forma, as diferentes tendências convergem quanto à “negação de qualquer justificação ou legitimidade externa à intervenção punitiva do Estado sobre a desviação(sic).”¹³

Sob influência das novas teorias, as atenções voltam-se para as estruturas do sistema penal, desde o processo de criminalização até a execução das penas. Dentro deste contexto, os abolicionistas dirigem críticas diversas ao direito penal, cujas principais passam à pauta do presente trabalho.

A crise pela qual a pena – de prisão, em especial - atravessa avulta a lista de argumentos abolicionistas em favor da extinção do sistema penal. A análise da problemática sob o enfoque de qualquer das teorias da pena mostra que a ressocialização é um fim distante

⁹ BARATTA, Alessandro. *Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal: introdução à sociologia do direito penal*. Tradução de Juarez Cirino dos Santos. 6. ed. Rio de Janeiro: Revan: Instituto Carioca de Criminologia, 2013, p. 160-161-166.

¹⁰ BARATTA, Alessandro. *Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal: introdução à sociologia do direito penal*. Tradução de Juarez Cirino dos Santos. 6. ed. Rio de Janeiro: Revan: Instituto Carioca de Criminologia, 2013, p. 161.

¹¹ QUEIROZ, Paulo. *Funções do direito penal*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 89.

¹² ZAFFARONI, Eugenio Raul. *Em busca das penas perdidas: a perda da legitimidade do sistema penal*. Tradução de Vania Romano Pedrosa e Amir Lopes da Conceição. Rio de Janeiro: Revan, 1991, p. 98.

¹³ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. Prefácio da 1. ed. italiana por Norberto Bobbio. 4. ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 232.

de ser alcançado,¹⁴ tal como as pretensões de controle da criminalidade e de defesa social por meio da pena, desmentidas por pesquisas empíricas.¹⁵

Bitencourt analisa o cárcere sob diversos aspectos, apontando os efeitos que produz nos indivíduos segregados. A superpopulação carcerária evidencia a infraestrutura prisional deficitária, questão que ganha contornos alarmantes em função das condições subumanas a que os presos são submetidos. Ao problema estrutural somam-se os efeitos psicológicos negativos decorrentes da prisão, que se materializam através de distúrbios psicológicos nos detentos e elevados índices de reincidência.¹⁶

Assim, os abolicionistas sustentam a inidoneidade funcional da norma penal, alegando a incapacidade do sistema penal de prevenir a prática de novos delitos. O direito penal não seria apto a dissuadir o indivíduo da vontade de delinquir, visto que o delito deriva de causas diversas – psicológicas, sociais, culturais – não neutralizáveis pelo mero temor da pena.¹⁷ Neste sentido, são pertinentes os apontamentos de Baratta, para quem

O cárcere representa, em suma, a ponta do iceberg que é o sistema penal burguês, o momento culminante de um processo de seleção que começa ainda antes da intervenção do sistema penal, com a discriminação social e escolar, com a intervenção dos institutos de controle do desvio de menores, da assistência social etc. O cárcere representa, geralmente, a consolidação definitiva de uma carreira criminosa.¹⁸

A seletividade arbitrária do sistema penal também é objeto de crítica pelo pensamento abolicionista. Tal como a corrupção institucionalizada, a concentração de poder, a reprodução da violência, a verticalização social e a destruição das relações comunitárias, a seletividade é uma característica estrutural do exercício de poder de todos os sistemas penais.¹⁹ O sistema penal é injusto, produtor e reproduzidor das desigualdades sociais,²⁰ revelando a contradição fundamental entre igualdade formal dos sujeitos de direito e desigualdade substancial dos

¹⁴ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Falência da pena de prisão: causas e alternativas*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 121-141.

¹⁵ ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *A ilusão de segurança jurídica: do controle da violência à violência do controle penal*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 291.

¹⁶ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Falência da pena de prisão: causas e alternativas*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 156-157-161.

¹⁷ QUEIROZ, Paulo. *Funções do direito penal*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 89-90.

¹⁸ BARATTA, Alessandro. *Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal: introdução à sociologia do direito penal*. Tradução de Juarez Cirino dos Santos. 6. ed. Rio de Janeiro: Revan: Instituto Carioca de Criminologia, 2013, p. 167.

¹⁹ ZAFFARONI, Eugenio Raul. *Em busca das penas perdidas: a perda da legitimidade do sistema penal*. Tradução de Vania Romano Pedrosa e Amir Lopes da Conceição. Rio de Janeiro: Revan, 1991, p. 15.

²⁰ QUEIROZ, Paulo. *Funções do direito penal*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, pág. 91.

indivíduos, o que se traduz em maiores chances daqueles pertencentes a classes subalternas de serem definidos e controlados como desviantes.²¹

Zaffaroni demonstra inconsistências nos fundamentos de legitimação do sistema penal. A falta de legitimidade decorre, na visão do autor, da irracionalidade do discurso jurídico penal que, apesar de estar minimamente fundamentado sob o ponto de vista antropológico, carece de projeção social efetiva, dada a impossibilidade de realização de suas planificações.²² Seguindo nesta direção, Queiroz elenca mais uma crítica abolicionista ao sistema penal:

Argumenta-se que o direito penal criminaliza uma infinidade de condutas, sobrecarregando os órgãos incumbidos da repressão criminal, a despeito de tais agências disporem de uma capacidade operativa muito inferior à magnitude da demanda. O sistema penal está, assim, estruturado para que, de fato, não funcione. [...] A violação ao princípio da legalidade penal e a sistemática violação aos direitos humanos seriam, por isso, corolário lógico dessa disparidade entre a programação discursiva e a realidade operativa do sistema, por meio de execuções sem processo, atos de tortura, pela duração extraordinária dos processos penais, pelas prisões provisórias, que acabam por se converter em definitivas etc.²³

Dessa forma, na visão do autor, do discurso jurídico-penal irracional, portanto ilegítimo, decorreriam a prática de ilegalidades processuais penais e ofensas aos direitos humanos.

Segundo Hulsman, as estimativas referentes às cifras negras da criminalidade, quais sejam aqueles delitos que não chegam ao conhecimento da justiça criminal, também advogam em favor da abolição do sistema penal. O autor considera que

[...] a principal razão pela qual estatisticamente o grau de intervenções penais é tão baixo é que a maior parte das vítimas não denuncia os eventos para a polícia, mas os encaminha de outro modo. A criminalização é um serviço cujos “clientes potenciais” (as vítimas) não querem comprar. O que eles normalmente querem é proteção e reparação. Estes são produtos que a justiça criminal não vende, da mesma forma que a normatividade da criminalização não é “normal” para as vítimas.²⁴

²¹ BARATTA, Alessandro. *Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal: introdução à sociologia do direito penal*. Tradução de Juarez Cirino dos Santos. 6. ed. Rio de Janeiro: Revan: Instituto Carioca de Criminologia, 2013, p. 164-165.

²² ZAFFARONI, Eugenio Raul. *Em busca das penas perdidas: a perda da legitimidade do sistema penal*. Tradução de Vania Romano Pedrosa e Amir Lopes da Conceição. Rio de Janeiro: Revan, 1991, p. 16-17-18.

²³ QUEIROZ, Paulo. *Funções do direito penal*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 93-94.

²⁴ HULSMAN, Louk. *Práticas punitivas: um pensamento diferente: uma entrevista com o abolicionista penal*. Revista Brasileira de Ciências Criminais, vol. 14, p. 13, Abr/1996. Doutrinas Essenciais de Direito Penal, vol. 4, p. 601, Out/2010 DTR\1996\531, p. 2-4.

Diante da elevada cifra escura, Hulsman conclui que, em regra, o fato criminoso sequer chega ao conhecimento da polícia que, só excepcionalmente, figura como instância de regulação social. Assim, o sistema penal seria prescindível, seja porque, na prática, os conflitos são resolvidos em instâncias alternativas já existentes, seja pela atividade reativa da justiça criminal, inapta para fornecer proteção e reparação adequadas à sociedade.²⁵

Na visão abolicionista, o direito penal é insensível aos interesses de um de seus atores: a vítima. “O sistema penal, enfim, coisifica, a um tempo, o drama de que se ocupa, o delito, e os seus protagonistas: ofensor e ofendido. Dá-se ao fenômeno criminal, sob todos os ângulos, uma resposta insatisfatória e irracional.”²⁶ Os crimes, tal como “caixas”, recebem a realidade recortada e simplificada para adequá-la a seu formato e a vítima não desempenha nenhum papel na escolha da caixa mais adequada, o que fica a cargo das instâncias estatais de controle. O foco do abolicionismo penal, segundo Hulsman, não está no autor do delito, mas na pessoa para quem a situação é problemática, ou seja, a vítima.²⁷

O próprio crime, na perspectiva abolicionista, seria carecedor de consistência material, já que é a lei penal que, criando certas figuras ou erigindo-as à categoria de criminosas, cria o delito.²⁸ O crime não existe na natureza, mas é uma realidade construída socialmente através de processos de definição e de interação, cujos mecanismos se entrelaçam a pressupostos políticos e interesses dominantes.²⁹ Segundo Zaffaroni, o uso de expressões como “assim diz a lei” e “a faz porque o legislador o quer” está relacionado a esta problemática, implicando em verdadeira confissão do fracasso de qualquer tentativa legitimadora do exercício de poder do sistema penal.³⁰

Além disso, o sistema penal intervém sobre pessoas, e não sobre situações. Uma vez que gira em torno da ideia de culpabilidade individual, despreza por completo o ambiente ou o sistema social no qual está inserido. Evidencia-se o fato de que o direito penal atua sobre os

²⁵ HULSMAN, Louk. *Práticas punitivas: um pensamento diferente: uma entrevista com o abolicionista penal*. Revista Brasileira de Ciências Criminais, vol. 14, p. 13, Abr/1996. Doutrinas Essenciais de Direito Penal, vol. 4, p. 601, Out/2010 DTR\1996\531, p. 4-8.

²⁶ QUEIROZ, Paulo. *Funções do direito penal*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 96.

²⁷ HULSMAN, Louk. *Práticas punitivas: um pensamento diferente: uma entrevista com o abolicionista penal*. Revista Brasileira de Ciências Criminais, vol. 14, p. 13, Abr/1996. Doutrinas Essenciais de Direito Penal, vol. 4, p. 601, Out/2010 DTR\1996\531, p. 5.

²⁸ QUEIROZ, Paulo. *Funções do direito penal*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 96-98.

²⁹ BARATTA, Alessandro. *Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal: introdução à sociologia do direito penal*. Tradução de Juarez Cirino dos Santos. 6. ed. Rio de Janeiro: Revan: Instituto Carioca de Criminologia, 2013, p. 108-109.

³⁰ ZAFFARONI, Eugenio Raul. *Em busca das penas perdidas: a perda da legitimidade do sistema penal*. Tradução de Vania Romano Pedrosa e Amir Lopes da Conceição. Rio de Janeiro: Revan, 1991, p. 17.

efeitos da violência e não sobre suas causas, constituindo-se numa resposta sintomatológica para o problema da criminalidade.³¹

Sob a óptica de Hulsman, “a crítica mais fundamental à justiça criminal é que ela tende a oferecer uma construção inválida (não-realista) do que aconteceu e, conseqüentemente, também a dar uma resposta não-realista e não-efetiva.”³²

As críticas elencadas, apesar de não representarem a totalidade daquelas dirigidas ao direito penal, mostram os contornos do pensamento abolicionista. A justiça criminal, na perspectiva abolicionista, em vez de oferecer resposta aos conflitos sociais, constitui-se numa de suas fontes.³³

Assim, as propostas para o atual modelo de justiça criminal partem da superação da cultura punitiva e da organização ideológica do sistema penal³⁴, com mudanças de atitude e comportamento diante da linguagem e imagens construídas e perpetuadas pelo direito penal, que se autodenomina “natural e necessário” no Estado democrático de direito. Lançando luz sobre este debate, o abolicionismo prega o respeito à diversidade e a produção de uma solidariedade ativa, com respeito aos interesses concretos das pessoas, associados à construção válida da realidade.³⁵ Segundo Hulsman, na linguagem abolicionista, o foco está

nas situações ao invés dos comportamentos; na natureza problemática ao invés da natureza criminal ilegal; na pessoa/instância para quem a situação é problemática, a vítima, ao invés do infrator [...]; na questão sobre o quê pode ser feito a respeito e por quem sob a perspectiva do futuro (menos problemas ou menos problemático) e do passado (reordenado) ao invés da gravidade e da alocação da culpa no infrator.³⁶

Em arremate, é da essência do abolicionismo penal a proposta de abandono do modelo punitivo de controle social, com a adoção de modelos compensatórios, educacionais,

³¹ QUEIROZ, Paulo. *Funções do direito penal*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 98-100.

³² HULSMAN, Louk. *Práticas punitivas: um pensamento diferente: uma entrevista com o abolicionista penal*. Revista Brasileira de Ciências Criminais, vol. 14, p. 13, Abr/1996. Doutrinas Essenciais de Direito Penal, vol. 4, p. 601, Out/2010 DTR\1996\531, p. 4.

³³ HULSMAN, Louk. *Práticas punitivas: um pensamento diferente: uma entrevista com o abolicionista penal*. Revista Brasileira de Ciências Criminais, vol. 14, p. 13, Abr/1996. Doutrinas Essenciais de Direito Penal, vol. 4, p. 601, Out/2010 DTR\1996\531, p. 7.

³⁴ ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *Minimalismos, abolicionismos (sic) e eficientismo: a crise do sistema penal entre a deslegitimação e a expansão*. Revista Sequência, v. 27, n° 52 – Florianópolis: UFSC, Jul/2006, p. 172.

³⁵ HULSMAN, Louk. *Práticas punitivas: um pensamento diferente: uma entrevista com o abolicionista penal*. Revista Brasileira de Ciências Criminais, vol. 14, p. 13, Abr/1996. Doutrinas Essenciais de Direito Penal, vol. 4, p. 601, Out/2010 DTR\1996\531, p. 1-3.

³⁶ HULSMAN, Louk. *Práticas punitivas: um pensamento diferente: uma entrevista com o abolicionista penal*. Revista Brasileira de Ciências Criminais, vol. 14, p. 13, Abr/1996. Doutrinas Essenciais de Direito Penal, vol. 4, p. 601, Out/2010 DTR\1996\531, p. 3.

terapêuticos ou conciliatórios, deslocando o tratamento de situações problemáticas para instâncias informais de mediação de conflitos, bem como para outros ramos do direito, a exemplo do direito civil e do administrativo.³⁷

Em que pese a validade de seus argumentos, o abolicionismo penal é alvo de críticas diversas. Ferrajoli, ao analisar o movimento abolicionista contemporâneo, considera-o utopista e regressivo, vícios dos quais resultaria a esterilidade de seus projetos.³⁸

O direito penal, na visão do autor, constitui-se numa técnica de controle que, paradoxalmente, por meio das penas aplicadas aos transgressores, garante a liberdade de todos já que, materialmente, todos são livres para escolher entre respeitar ou não as normas penais. Assim, a supressão do direito penal poderia resultar na adoção de modelos de controle disciplinares infinitamente mais repressivos que o atual, com impacto negativo na liberdade de todos, infratores ou não, além de possíveis respostas informais ao delito.³⁹

Em direção semelhante segue Hassemer, aconselhando cautela diante da imagem otimista do homem construída pelos abolicionistas. Segundo o autor, o sistema jurídico-penal está enraizado na sociedade de tal forma que as propostas de abolição do direito penal tornam-se perigosamente ingênuas. Os valores morais necessários à concretização do projeto abolicionista não são compartilhados pela totalidade dos indivíduos o que, em último termo, resultaria na reinstituição da lei do mais forte.⁴⁰

Considerando que as críticas abolicionistas são dirigidas ao sistema social – e não somente ao subsistema penal - Queiroz entende serem incoerentes as propostas de supressão tão somente do direito penal. Segundo o autor, o direito civil, administrativo, tributário, por exemplo, são tão seletivos, violadores de garantias constitucionais e podem ser tão violentos quanto o direito penal, nem por isso existe qualquer teoria propondo abolir-lhes.⁴¹

Na visão de Roxin, as ideias abolicionistas denotam uma “aspiração social-romântica” tão acentuada que não podem ser seguidas. Para que fosse possível abdicar do Direito Penal seria necessário, na visão do autor, que “se pudesse criar uma sociedade que eliminasse as

³⁷ HULSMAN, Louk. *Práticas punitivas: um pensamento diferente: uma entrevista com o abolicionista penal*. Revista Brasileira de Ciências Criminais, vol. 14, p. 13, Abr/1996. Doutrinas Essenciais de Direito Penal, vol. 4, p. 601, Out/2010 DTR\1996\531, p. 4.

³⁸ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. Prefácio da 1. ed. italiana por Norberto Bobbio. 4. ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 233-234.

³⁹ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. Prefácio da 1. ed. italiana por Norberto Bobbio. 4. ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 315.

⁴⁰ HASSEMER, Winfried. *Introdução aos fundamentos do direito penal*. Tradução de Pablo Rodrigo Alflen da Silva. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2005, p. 430-431.

⁴¹ QUEIROZ, Paulo. *Funções do direito penal*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 107-108.

causas do crime, reduzindo, portanto, drasticamente aquilo que hoje chamamos de delinquência.”⁴²

2.2 Direito Penal Máximo

Posição radicalmente oposta ao abolicionismo ocupam as tendências de maximização do direito penal no enfrentamento da criminalidade. A “expansão” do aparato punitivo estatal está relacionada com tendências diversas no sentido de criação de novas figuras delitivas e agravamento das já existentes, a “reinterpretação” das garantias penais e processuais penais de forma a restringi-las, flexibilização das regras de imputação, criação de novos “bens jurídico-penais”⁴³, dentre outras. Da teoria à prática, o movimento expansionista penal está inserido num peculiar contexto social, econômico e político, a partir do qual será aqui abordado.

A sociedade do risco, conceito já tratado em seus pormenores no primeiro capítulo do presente trabalho, “introduz transformações notáveis no cenário social não somente no que se refere à gênese econômico-social dos riscos e às suas dimensões, mas também no relacionamento da sociedade com as ameaças e os problemas por ela produzidos.”⁴⁴

A intensificação da produção de novos riscos e o incremento da percepção pública sobre eles dão fim à sua fase de latência. Os perigos provenientes do processo de industrialização e modernização, antes legitimados e normatizados pela ciência e pelo próprio direito, passam bruscamente da aprovação à exigência por responsabilização criminal. Reconheceu-se, tardiamente, que as ações geradoras de riscos eram aquelas que sempre estiveram em harmonia com o direito.⁴⁵

O fenômeno da globalização projeta a nível mundial uma vasta gama de ameaças: o risco atômico e químico, a diminuição da camada de ozônio e o aquecimento global, a destruição dos ecossistemas, a manipulação genética, a produção maciça de produtos defeituosos, a criminalidade organizada dos “senhores do crime”, individuais e coletivos – que dominam em escala planetária o tráfico de armas e drogas, de órgãos e dos próprios seres

⁴² ROXIN, Claus. *Tem futuro o Direito Penal?* Revista dos Tribunais, vol. 790, p. 459, Ago/2001. Doutrinas Essenciais de Direito Penal, vol. 1, p. 569, Out/2010 DTR\2001\367, p. 2.

⁴³ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. *A expansão do direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais*. Tradução de Luiz Otavio de Oliveira Rocha. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 21.

⁴⁴ MACHADO, Marta Rodriguez de Assis. *Sociedade do risco e Direito Penal: uma avaliação de novas tendências político-criminais*. São Paulo: IBCCRIM, 2005, p. 74.

⁴⁵ MACHADO, Marta Rodriguez de Assis. *Sociedade do risco e Direito Penal: uma avaliação de novas tendências político-criminais*. São Paulo: IBCCRIM, 2005, p. 75-77.

humanos -, o terrorismo regional e internacional, o genocídio, os crimes contra a paz e a humanidade.⁴⁶ Não bastassem tais efeitos,

a globalização da economia tem trazido consigo em todo o mundo, inclusive nos países de maior nível econômico, um aumento de uma população sub-proletária (sic), com grande número de desempregados, escassa qualificação profissional, imigração ilegal, etc., que logicamente está ligada à delinquência, ou pelo menos a um certo tipo de delinquência de sobrevivência.⁴⁷

A perda do sentimento de segurança humana (trabalho certo e seguro, relação familiar estável, estado de bem-estar que assegure assistência em momentos de fragilidade etc.)⁴⁸ somada aos novos riscos produzem uma sensação geral de insegurança, que se intensifica com a falta de critérios para distinguir o bom do mal ante a abundância informativa. Esboça-se, assim, um retrato da “sociedade do medo”, que passa a buscar no Direito Penal a solução para suas angústias.⁴⁹ Nesse sentido, são valiosos os apontamentos de Machado, para quem

É determinante para a insegurança que marca a segunda modernidade o fato de que o padrão de decisão e os mecanismos de proteção e controle ainda estão organizados no nível do Estado-nação e da atuação racional individual, enquanto os efeitos dessas decisões seguem padrões globais. [...] Diante desse diagnóstico de extrema gravidade dos novos riscos, de sentimento generalizado de insegurança e de busca por soluções de controle, identifica-se que a atuação do aparato penal é socialmente reclamada, provavelmente por representar o mais grave meio de sanção a condutas indesejadas.⁵⁰

Esse sentimento de insegurança acaba por se materializar em alguns mecanismos de exacerbção da punição, tais como o “Direito Penal do Inimigo” e os movimentos “Lei e Ordem” e “Tolerância Zero”. Em que pese tais movimentos apresentarem facetas distintas, eles se interpenetram, constituindo tendência comum na pós-modernidade globalizada.⁵¹

O direito penal do inimigo, na concepção de Jakobs, é destinado àqueles indivíduos que não prestam uma segurança cognitiva suficiente de seu comportamento pessoal,

⁴⁶ DIAS, Jorge de Figueiredo. *O problema do Direito Penal no dealbar do terceiro milênio*. Revista Brasileira de Ciências Criminais, vol. 99/2012, p. 35, Nov/2012 DTR\2012\451014, p. 3.

⁴⁷ MUÑOZ CONDE, Francisco. *As reformas da parte especial do Direito Penal espanhol em 2003: da “tolerância zero” ao “direito penal do inimigo” I*. Ciências Penais, vol. 4, p. 53, Jan/2006 DTR\2006\23, p. 8.

⁴⁸ SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Tolerância Zero*. Revista Brasileira de Ciências Criminais, vol. 77, p. 261, Mar/2009 DTR\2009\188, p. 4.

⁴⁹ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. *A expansão do direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais*. Tradução de Luiz Otavio de Oliveira Rocha. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 33-41.

⁵⁰ MACHADO, Marta Rodriguez de Assis. *Sociedade do risco e Direito Penal: uma avaliação de novas tendências político-criminais*. São Paulo: IBCCRIM, 2005, p. 83-87.

⁵¹ SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Tolerância Zero*. Revista Brasileira de Ciências Criminais, vol. 77, p. 261, Mar/2009 DTR\2009\188, p. 4.

reincidindo persistentemente em condutas contrárias ao Direito, notadamente em práticas delitivas relacionadas à criminalidade econômica, ao terrorismo, ao crime organizado, aos delitos sexuais e, em geral, aos crimes graves. Segundo a teoria do autor, coexistiriam dois direitos penais: do inimigo e do cidadão. O direito penal do cidadão caberia aos delinquentes eventuais e teria por fim manter a vigência da norma. O direito penal do inimigo buscaria a eliminação de um perigo.⁵²

O indivíduo que se porta como inimigo infringe o contrato que mantém com o Estado e não pode auferir seus benefícios. O Estado, dessa feita, não deverá trata-lo como pessoa, sob pena de vulnerar a segurança de seus cidadãos. Isto porque, em função da forma de atuação destes “inimigos”, verifica-se um avanço da punibilidade para o âmbito da preparação, o que dirige a pena à segurança frente a fatos futuros, não à sanção de fatos já praticados. Um Direito penal assim concebido apresentaria dois polos em suas regulações. No que toca ao cidadão, aguarda até que sua conduta se exteriorize para reagir, buscando confirmar a estrutura normativa da sociedade. O inimigo, por sua vez, é interceptado já no estado prévio, combatido por sua periculosidade.⁵³

São precisos os apontamentos de Queiroz ao sintetizar os caracteres do direito penal do inimigo. Segundo o autor, o modelo de Jakobs não considera o inimigo como pessoa, estabelecendo com ele uma relação de coação, de guerra contra os perigos que representa. Punindo a periculosidade do indivíduo, acaba por constituir-se num direito penal do autor, essencialmente preventivo, antecipando a tutela penal para punir atos preparatórios, caracterizando-se num direito antigarantista.⁵⁴

No que se refere à antecipação da proteção penal Silva Sánchez recorda que, apesar da mudança de perspectiva do fato passado a um porvir, o direito penal do inimigo não prevê a redução da pena relativa a tal antecipação. Ademais, as garantias processuais tradicionais são solapadas, dando lugar à verdadeira legislação de combate.⁵⁵

⁵² JAKOBS, Günther; CANCIO MELIÁ, Manuel. *Direito Penal do Inimigo: noções e críticas*. org. e trad. André Luís Callegari, Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2005, p. 29-30-35.

⁵³ JAKOBS, Günther; CANCIO MELIÁ, Manuel. *Direito Penal do Inimigo: noções e críticas*. org. e trad. André Luís Callegari, Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2005, p. 25-29-35-36-37-42.

⁵⁴ QUEIROZ, Paulo. *Funções do direito penal*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 45-46.

⁵⁵ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. *A expansão do direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais*. Tradução de Luiz Otavio de Oliveira Rocha. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 149.

Em função do exacerbado punitivismo que propõe, a teoria de Jakobs recebe críticas generalizadas. Sob o enfoque constitucional, Canotilho questiona-lhe a legitimidade, alertando que

O Estado de direito democrático-constitucional volta a albergar o estado de exceção como estado de necessidade sem as restrições do “direito de necessidade”. O direito penal abre-se a novos tipos de ilícito e acolhe conceitos de eficácia que põem em dúvida a sua radical autolimitação de direito de *ultima ratio* em instrumento de polícia e de cruzada contra os “inimigos”. Um direito penal de permanência com as mutações naturais da sua historicidade evolui para um direito penal de emergência.⁵⁶

Das formulações teóricas de Jakobs depreende-se que o direito não mais serve ao homem, mas ao sistema.⁵⁷ Zaffaroni se pronuncia nesse sentido, constatando que

ao mesmo que o discurso jurídico penal tributário da sociologia sistêmica afasta-se do homem, reduzido a um “subsistema”, perdem-se todos os limites às garantias consideradas tradicionalmente como “liberais”, tais como o bem jurídico, os requerimentos objetivos, etc., abrindo-se a possibilidade de se imporem penas a ações meramente imorais que não lesam nenhum bem jurídico alheio, de se outorgarem a relevância e a primazia a dados subjetivos de ânimo e de se defender um critério de pena de caráter meramente utilitário ou instrumental para o “sistema”.⁵⁸

Considerando verdadeira a constatação de que o sistema é priorizado em detrimento do homem, a intervenção penal seria sempre legítima, independente de seu conteúdo ou justiça, bastando que fosse apta à estabilização da norma.⁵⁹ Dessa feita, reduzindo o homem a mero elemento funcionalmente subordinado ao sistema social geral, a teoria de Jakobs se aproxima de modelos de direito penal máximo e ilimitado, programaticamente indiferentes à tutela da pessoa humana.⁶⁰

Muñoz Conde coaduna com esse pensamento argumentando que “qualquer tese que favoreça ou legitime um exercício ilimitado do poder punitivo do Estado [...] termina por abrir as portas ao Estado autoritário e totalitário”. Na história recente, são exemplos claros de sua

⁵⁶ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Justiça Constitucional e Justiça Penal*. Revista Brasileira de Ciências Criminais, vol. 58, p. 329, Jan/2006. Doutrinas Essenciais de Direito Constitucional, vol. 4, p. 785, Mai/2011 DTR\2011\1771, p. 2-3.

⁵⁷ QUEIROZ, Paulo. *Funções do direito penal*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 49.

⁵⁸ ZAFFARONI, Eugenio Raul. *Em busca das penas perdidas: a perda da legitimidade do sistema penal*. Tradução de Vania Romano Pedrosa e Amir Lopes da Conceição. Rio de Janeiro: Revan, 1991, p. 87.

⁵⁹ QUEIROZ, Paulo. *Funções do direito penal*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 50.

⁶⁰ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. Prefácio da 1. ed. italiana por Norberto Bobbio. 4. ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 255-256-257

afirmação o nacional-socialismo na Alemanha, o fascismo na Itália, a ditadura de Franco na Espanha e as ditaduras comunistas nos países do leste europeu.⁶¹

Na visão de Cancio Meliá, o direito penal do inimigo “só pode ser concebido como instrumento para identificar, precisamente, o não-Direito penal presente nas legislações positivas”⁶², cujos exemplos são abundantes.

Nos Estados Unidos, o “Act Patriotic” permite ao FBI, sem controle judicial, prender cidadãos, solicitar de empresas dados sobre a intimidade de seus empregados e clientes dentre tantas outras violações de direitos fundamentais autorizadas na guerra contra o terrorismo pós 11 de setembro. A Lei Antiterrorista inglesa de 2001, que permitia a detenção governamental sem limite temporário de estrangeiros suspeitos de terrorismo é outro exemplo de tendências legislativas ao direito do inimigo.⁶³

A legislação brasileira também mostra pontos de contato com a teoria de Jakobs, cujos caracteres podem ser visualizados na Lei do Crime Organizado, que possibilita intensa restrição de direitos fundamentais do integrante de quadrilha ou bando, mesmo quando a prática criminosa que lhe é imputada não demonstre gravidade.⁶⁴ Ademais, os crimes de perigo abstrato ofendem o princípio da lesividade e também podem ser citados como propensões tupiniquins ao direito penal do inimigo.⁶⁵

A intensificação da intervenção penal também constitui o cerne do movimento “tolerância zero”, expressão que denota o endurecimento da postura das autoridades diante do crime.⁶⁶ Buscando delinear tal tendência, Anita conclui que

Con el nombre de "Tolerancia cero" se suelen englobar diferentes tácticas vinculadas a la represión penal o securitaria, que emergen en los últimos años y, en gran medida, con un marcado sesgo reaccionario, contrario tanto al espíritu de las propuestas críticas o alternativas como al de las políticas penales propias del período

⁶¹MUÑOZ CONDE, Francisco. *As origens ideológicas do direito penal do inimigo*. Revista Brasileira de Ciências Criminas, vol. 83, p. 93, Mar/2010. Doutrinas Essenciais de Direito Penal, vol. 2, p. 207, Out/2010 DTR\2010\119, p. 3.

⁶²JAKOBS, Günther; CANCIO MELIÁ, Manuel. *Direito Penal do Inimigo: noções e críticas*. org. e trad. André Luís Callegari, Nereu José Giacomoli. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2005, p. 66.

⁶³MUÑOZ CONDE, Francisco. *As reformas da parte especial do Direito Penal espanhol em 2003: da “tolerância zero” ao “direito penal do inimigo” I*. Ciências Penais, vol. 4, p. 53, Jan/2006 DTR\2006\23, p. 10-11.

⁶⁴BECK, Francis Rafael. *Perspectivas de controle ao crime organizado e crítica à flexibilização das garantias*. São Paulo: IBCCRIM, 2004, p. 100.

⁶⁵BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *O paradoxo do risco e a política criminal contemporânea*. In: MENDES, Gilmar Ferreira; BOTTINI, Pierpaolo Cruz; PACELLI, Eugênio (Coord.). *Direito Penal Contemporâneo*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 115.

⁶⁶SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Tolerância Zero*. Revista Brasileira de Ciências Criminas, vol. 77, p. 261, Mar/2009 DTR\2009\188, p. 1.

de la segunda posguerra mundial y enmarcadas dentro de los diversos proyectos de "Estado de bienestar".⁶⁷

Dentre as diferentes manifestações de total intolerância estatal à criminalidade há que se destacar aquelas provenientes da cultura punitivista dos Estados Unidos, a exemplo da máxima “three strikes, you are out” californiana, que denota a postura governamental ante a reincidência, bem como o tratamento penitenciário daquele país, comumente relacionado à expressão “lock them up, throw the key away”, que dispensa maiores explicações.⁶⁸

A política criminal adotada em Nova Iorque no ano de 1993 pelo então prefeito Rudolph Giuliani também se insere nas tendências maximalistas penais. Com o slogan da tolerância zero à criminalidade, tal política ganhou notoriedade e sua suposta eficiência conferiu-lhe credibilidade a ponto de ser exportada para diversos países.⁶⁹

O programa nova-iorquino estruturou-se sobre a teoria das “janelas quebradas”, concebida por James Q. Wilson e George L. Kelling em 1982. Segundo a metáfora que explica e dá nome à tese, se uma janela em um prédio é quebrada e deixada sem reparo, todas as outras janelas logo estarão quebradas.⁷⁰ Transpondo tal metáfora para a realidade do enfrentamento ao crime, tem-se o postulado de que “a repressão imediata e severa das menores infrações e desentendimentos em via pública abarca o desencadeamento de grandes atentados criminais, (r)estabelecendo um clima sadio de ordem”.⁷¹

Sob o cajado de seus chefes-policiais Willian Bratton e Willian Safir, Giuliani colocou em prática sua política de tolerância zero reprimindo todo tipo de desordem social⁷², mesmo que sequer configurassem crimes. Assim, lavadores de para-brisas foram perseguidos, grafiteiros foram presos, mendigos e sem-teto foram reprimidos, revistas pessoais tornaram-se

⁶⁷ ANITUA, Gabriel-ignacio. *Tolerancia cero: una genealogia de la criminología de la intolerancia*. Revista Brasileira de Ciências Criminais, vol. 76, p. 210, Jan/2009. Doutrinas Essenciais de Direito Penal, vol. 1, p. 787, Out/2010 DTR\2009\6, p. 1.

⁶⁸ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. *Nuevas tendencias político-criminales y actividad jurisprudencial del Tribunal Supremo Espanol*. Revista Brasileira de Ciências Criminais, vol. 15, p. 39, Jul/1996. Doutrinas Essenciais de Direito Penal, vol. 6, p. 803, Out/2010 DTR\1996\258, p. 4.

⁶⁹ SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Tolerância Zero*. Revista Brasileira de Ciências Criminais, vol. 77, p. 261, Mar/2009 DTR\2009\188, p. 2.

⁷⁰ WILSON, James Q; KELLING, George L. *Broken windows: The police and neighborhood safety*. The Atlantic Monthly, vol. 249, n. 3, Março 1982, p. 2-3.

⁷¹ WACQUANT, Loïc. *Sobre a “janela quebrada” e alguns outros contos sobre segurança vindos da América*. Revista Brasileira de Ciências Criminais, vol. 46, p. 228, Jan/2004. Doutrinas Essenciais de Direitos Humanos, vol. 1, p. 1311, Ago/2011 DTR\2004\15, p. 6.

⁷² WACQUANT, Loïc. *Sobre a “janela quebrada” e alguns outros contos sobre segurança vindos da América*. Revista Brasileira de Ciências Criminais, vol. 46, p. 228, Jan/2004. Doutrinas Essenciais de Direitos Humanos, vol. 1, p. 1311, Ago/2011 DTR\2004\15, p. 4.

comuns na busca por possíveis criminosos.⁷³ À toda transgressão, por mais banal que fosse, caberia a prisão. Em verdade, a política nova-iorquina acabou por se constituir numa agressiva limpeza de classes, “visando bairros e populações antecipadamente suspeitas.”⁷⁴

Os números do suposto sucesso da política de Giuliani foram acompanhados de efeitos colaterais. Em um ano de programa, enquanto os delitos baixaram na ordem de 30 por cento, o número de detenções triplicou, as queixas de abuso policial duplicaram e as mortes causadas pela intervenção da polícia aumentaram em torno de 35 por cento.⁷⁵

Ademais, a redução dos índices de criminalidade sequer poderia ser creditada à política de tolerância zero. Segundo Wacquant, a baixa da violência criminal em Nova Iorque foi declarada três anos antes da eleição de Giuliani e estaria relacionada a uma conjunção de fatores, tais como o crescimento econômico experimentado na época, o esvaziamento do mercado do crack, dentre outros fatores demográficos e culturais.⁷⁶

O endurecimento no tratamento do crime também constitui a ideia central do movimento Lei e Ordem, com o discurso de que o remédio milagroso para o problema da criminalidade é a intensificação da repressão por meio de leis penais mais rigorosas. A atuação da *mass media* e de muitos políticos, que apresentam o delito de forma dramatizada, como uma ocorrência terrível e geradora de insegurança, busca relacionar a acentuada criminalidade ao tratamento benigno dispensado pela lei aos criminosos. Assim, a violência só poderia ser controlada, na visão dos defensores do movimento, através de leis mais severas, que imponham penas privativas de liberdade mais longas visando intimidar e neutralizar os delinquentes.⁷⁷

Cumpra aqui registrar as constatações de Cancio Meliá, para quem o discurso da Lei e Ordem, antes monopolizado pela direita política, foi descoberto como importante meio de angariar votos pelas demais correntes ideológico-partidárias. Isso resulta, na visão do autor,

⁷³ SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Tolerância Zero*. Revista Brasileira de Ciências Criminais, vol. 77, p. 261, Mar/2009 DTR\2009\188, p. 3.

⁷⁴ WACQUANT, Loïc. *Sobre a “janela quebrada” e alguns outros contos sobre segurança vindos da América*. Revista Brasileira de Ciências Criminais, vol. 46, p. 228, Jan/2004. Doutrinas Essenciais de Direitos Humanos, vol. 1, p. 1311, Ago/2011 DTR\2004\15, p. 5.

⁷⁵ ANITUA, Gabriel-ignacio. *Tolerancia cero: una genealogia de la criminología de la intolerancia*. Revista Brasileira de Ciências Criminais, vol. 76, p. 210, Jan/2009. Doutrinas Essenciais de Direito Penal, vol. 1, p. 787, Out/2010 DTR\2009\6, p. 8.

⁷⁶ WACQUANT, Loïc. *Sobre a “janela quebrada” e alguns outros contos sobre segurança vindos da América*. Revista Brasileira de Ciências Criminais, vol. 46, p. 228, Jan/2004. Doutrinas Essenciais de Direitos Humanos, vol. 1, p. 1311, Ago/2011 DTR\2004\15, p. 4-5.

⁷⁷ SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Tolerância Zero*. Revista Brasileira de Ciências Criminais, vol. 77, p. 261, Mar/2009 DTR\2009\188, p. 5.

na generalização do descaso parlamentar com a busca de verdadeiras soluções para a violência criminal.⁷⁸

Na mesma direção segue Shecaira, aconselhando cautela diante de políticas de segurança pública dirigidas exclusivamente à repressão, cujos alvos tradicionais são os grupos sociais menos privilegiados. Em vésperas de eleição, inflamam-se e alinham-se os discursos, sempre no sentido de punir mais. No entanto, políticas radicais e intransigentes não devem ser admitidas já que, além de intensificarem as diferenças sociais, são incompatíveis com o Estado democrático de direito.⁷⁹ Ao que parece, enquanto a expansão do direito penal for defendida nos palanques de campanhas eleitorais e utilizada em substituição de políticas públicas voltadas para a origem da violência, e não para seus sintomas, a criminalidade continuará a fazer parte do cotidiano da sociedade.

2.3 Direito Penal Mínimo

O direito penal mínimo, também denominado minimalismo penal, constitui-se numa corrente político-criminal deslegitimadora e relegitimadora do sistema penal contemporâneo, propugnando sua severa contração ao ponto de manterem-se reduzidas possibilidades de intervenção das instâncias criminais, consideradas um “mal menor necessário”.⁸⁰

Na concepção de Ferrajoli, o direito penal mínimo constitui-se num modelo identificado com o Estado de direito, no qual o Poder Público e especialmente o poder penal estão rigidamente limitados e vinculados à lei no plano substancial (ou dos conteúdos penalmente relevantes) e submetidos a um plano processual (ou das formas processualmente vinculantes).⁸¹

Em linhas gerais, o minimalismo comunga dos pressupostos e críticas abolicionistas ao sistema penal, o qual considera um subsistema seletivo, criminógeno (sic), reprodutor das desigualdades materiais e ineficaz quanto às funções que lhe são assinaladas. Não obstante,

⁷⁸ JAKOBS, Günther; CANCIO MELIÁ, Manuel. *Direito Penal do Inimigo: noções e críticas*. org. e trad. André Luís Callegari, Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2005, p. 62.

⁷⁹ SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Tolerância Zero*. Revista Brasileira de Ciências Criminais, vol. 77, p. 261, Mar/2009 DTR\2009\188, p. 6-7-8.

⁸⁰ ZAFFARONI, Eugenio Raul. *Em busca das penas perdidas: a perda da legitimidade do sistema penal*. Tradução de Vania Romano Pedrosa e Amir Lopes da Conceição. Rio de Janeiro: Revan, 1991, p. 89.

⁸¹ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. Prefácio da 1. ed. italiana por Norberto Bobbio. 4. ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 101.

considera impossível a supressão deste sistema enquanto não se operem mudanças estruturais no corpo social.⁸²

Tal como o movimento abolicionista, o minimalismo penal tem suas origens relacionadas às teorias criminológicas e sociológicas das décadas de 60 e 70 do século passado.⁸³ Diante da vasta base teórica que lhe fundamenta, é natural o fato do minimalismo apresentar diferentes tendências, tanto constituindo-se num “fim” em si mesmo quanto num “meio” para o abolicionismo penal. Os diferentes minimalismos⁸⁴ serão aqui abordados sob uma perspectiva dialética, característica da relação que mantêm entre si bem como com o movimento abolicionista.

Importa ressaltar que, tal como as bases teóricas minimalistas, também as propostas do movimento para a contração do direito penal são variadas. Dentre elas, as principais seriam a descriminalização de condutas para as quais a intervenção do sistema penal não se mostre adequada, a despenalização, a diversificação, a adoção do princípio da oportunidade e de penas alternativas à prisão.⁸⁵

O minimalismo penal encontra em Zaffaroni um de seus principais defensores. De suas análises dos sistemas penais latino-americanos resultam duras e variadas críticas. Para o autor, a criminologia da reação social desempenhou papel determinante na América Latina, desvelando a falsidade dos discursos jurídico-penais aqui sustentados e rechaçando a ilusão do alegado caráter conjuntural da crise do sistema penal, que seria superada num futuro incerto. Diante da letalidade e violência dos sistemas penais latino-americanos, cuja atuação caracteriza verdadeiro “genocídio em andamento”, mas, supostamente, são preferíveis à eclosão incontida de delitos e vinganças privadas,⁸⁶ Zaffaroni conclui que:

⁸² QUEIROZ, Paulo. *Funções do direito penal*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 101.

⁸³ QUEIROZ, Paulo. *Funções do direito penal*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 86.

⁸⁴ ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *Minimalismos, abolicionismos (sic) e eficientismo: a crise do sistema penal entre a deslegitimação e a expansão*. Revista Sequência, v. 27, n° 52 – Florianópolis: UFSC, Jul/2006, p. 167-168.

⁸⁵ QUEIROZ, Paulo. *Funções do direito penal*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 102.

⁸⁶ ZAFFARONI, Eugenio Raul. *Em busca das penas perdidas: a perda da legitimidade do sistema penal*. Tradução de Vania Romano Pedrosa e Amir Lopes da Conceição. Rio de Janeiro: Revan, 1991, p. 35-123. Ferrajoli considera o direito penal como a proteção do fraco contra o mais forte: “do fraco ofendido ou ameaçado com o delito, como do fraco ofendido ou ameaçado pela vingança; contra o mais forte, que no delito é o réu e na vingança é o ofendido ou os sujeitos públicos ou privados que lhe são solidários.” FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. Prefácio da 1. ed. italiana por Norberto Bobbio. 4. ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 311.

a) admite-se implicitamente que já não se pode afirmar que o monopólio da violência pertença ao Estado, sendo mais adequado afirmar que *seus órgãos pretendem o monopólio do delito*; b) admite-se expressamente que *a legalidade é uma ficção*; c) o sistema penal converte-se em uma espécie de “guerra suja” do momento da política, na qual *o fim justifica os meios*; d) em razão da seletividade letal do sistema penal e da conseqüente (sic) impunidade das pessoas que não lhe são vulneráveis, deve admitir-se que seu exercício de poder dirige-se à contenção de grupos bem determinados e não à “repressão do delito”.⁸⁷

O controle social, na visão de Zaffaroni, realizado através do poder militarizador e verticalizador-disciplinar do sistema penal, só eventualmente se manifesta na detenção, processo e condenação de indivíduos, selecionados com base em um perfil estereotipado e impingidos como inimigos em uma suposta guerra permanente. A própria programação legal, muito superior à capacidade operativa dos órgãos incumbidos de sua concretização, concede enormes poderes às agências executivas, permitindo sua atuação arbitrariamente seletiva, do que o autor infere que “a própria lei renuncia à legalidade”.⁸⁸

A atividade dos órgãos legislativos também produz impacto nas estruturas do sistema penal visto que, inflacionando as tipificações, não fazem mais do que aumentar o arbítrio seletivo das agências executivas do sistema e seus pretextos para o exercício de um maior poder controlador.”⁸⁹

Em seus esforços na busca por soluções para a violenta atuação dos sistemas penais latino-americanos Zaffaroni elabora o “realismo marginal”, teoria sincrética que, tendo os direitos humanos como fio condutor, pretende oferecer propostas ante a deslegitimação do direito penal nas regiões periféricas do globo, quiçá nas nações centrais. Para tanto, sustenta a reconstrução da dogmática jurídico-penal de acordo com as diretrizes de um direito penal garantidor e ético.⁹⁰

Ao passo que o realismo marginal busca soluções concretas para a situação dos sistemas penais latino-americanos, renuncia – ao menos temporariamente – a qualquer modelo ideal, diante da premência de uma práxis redutora da violência e que conceda à vida humana a devida prioridade. Assim, Zaffaroni propõe a adoção de um direito penal mínimo

⁸⁷ ZAFFARONI, Eugenio Raul. *Em busca das penas perdidas: a perda da legitimidade do sistema penal*. Tradução de Vania Romano Pedrosa e Amir Lopes da Conceição. Rio de Janeiro: Revan, 1991, p. 40.

⁸⁸ ZAFFARONI, Eugenio Raul. *Em busca das penas perdidas: a perda da legitimidade do sistema penal*. Tradução de Vania Romano Pedrosa e Amir Lopes da Conceição. Rio de Janeiro: Revan, 1991, p. 22-24-26-200-226.

⁸⁹ ZAFFARONI, Eugenio Raul. *Em busca das penas perdidas: a perda da legitimidade do sistema penal*. Tradução de Vania Romano Pedrosa e Amir Lopes da Conceição. Rio de Janeiro: Revan, 1991, p. 27.

⁹⁰ ZAFFARONI, Eugenio Raul. *Em busca das penas perdidas: a perda da legitimidade do sistema penal*. Tradução de Vania Romano Pedrosa e Amir Lopes da Conceição. Rio de Janeiro: Revan, 1991, p. 6-16.

como transição para o abolicionismo penal, por mais inalcançável que este possa parecer na atualidade.⁹¹

As táticas que sugere ante a deslegitimação do direito penal partem da introdução de um discurso diferente, não violento, nas fábricas reprodutoras da ideologia do sistema penal, dentre elas as universidades. De forma semelhante, propugna a neutralização da propaganda violenta do sistema penal, alterando o conteúdo das mensagens difundidas pelos meios de comunicação de massa. Soma-se a estas estratégias o controle técnico das notícias, buscando evitar que sua difusão se dê de forma a reproduzir ou instigar comportamentos sociais nocivos. Tais notícias, impregnadas de sensacionalismo e avalizadas por pseudo-especialistas, longe do alegado caráter informativo, pretendem somente a elevação de índices de audiência.⁹²

A agência judicial ganha papel de destaque na teoria do realismo marginal, cabendo a ela – dentre tantas outras – a função precípua de empregar todos os esforços no intuito de reduzir o número e a intensidade das violações aos direitos humanos⁹³. As garantias penais, sob a óptica do realismo marginal, constituem-se no

compromisso das agências judiciais penais para exercer seu poder de modo a decidir cada caso conforma a regra de “mínima violação/máxima realização” dos princípios que servem para limitar a irracionalidade (violência) do exercício de poder do sistema penal, configurando, deste modo, um “padrão” – provisório, por ser progressivo e “aberto”, ou “inacabado” – de máxima irracionalidade (violência) tolerada (porque a agência judicial carece de poder para impor um menor).⁹⁴

Os princípios limitadores da violência, baseados nos direitos humanos, são classificados por Zaffaroni e distribuídos em três categorias distintas. Na primeira delas estão elencados os “princípios para a limitação da violência por carência de elementaríssimos requisitos formais”, quais sejam os princípios da reserva legal, da máxima taxatividade, da irretroatividade, da máxima subordinação à lei penal substantiva e o princípio da representação popular.⁹⁵

⁹¹ ZAFFARONI, Eugenio Raul. *Em busca das penas perdidas: a perda da legitimidade do sistema penal*. Tradução de Vania Romano Pedrosa e Amir Lopes da Conceição. Rio de Janeiro: Revan, 1991, p. 106-162.

⁹² ZAFFARONI, Eugenio Raul. *Em busca das penas perdidas: a perda da legitimidade do sistema penal*. Tradução de Vania Romano Pedrosa e Amir Lopes da Conceição. Rio de Janeiro: Revan, 1991, p. 175-176.

⁹³ ZAFFARONI, Eugenio Raul. *Em busca das penas perdidas: a perda da legitimidade do sistema penal*. Tradução de Vania Romano Pedrosa e Amir Lopes da Conceição. Rio de Janeiro: Revan, 1991, p. 235.

⁹⁴ ZAFFARONI, Eugenio Raul. *Em busca das penas perdidas: a perda da legitimidade do sistema penal*. Tradução de Vania Romano Pedrosa e Amir Lopes da Conceição. Rio de Janeiro: Revan, 1991, p. 235-236.

⁹⁵ ZAFFARONI, Eugenio Raul. *Em busca das penas perdidas: a perda da legitimidade do sistema penal*. Tradução de Vania Romano Pedrosa e Amir Lopes da Conceição. Rio de Janeiro: Revan, 1991, p. 238-239-240.

Na segunda categoria estão os “princípios para a limitação da violência por exclusão de pressupostos de disfuncionalidade grosseira para os direitos humanos”. Dentre eles, Zaffaroni coloca os princípios da limitação máxima da resposta contingente, da lesividade, da mínima proporcionalidade, do respeito mínimo à humanidade, da idoneidade relativa, limitador da lesividade à vítima e o princípio de transcendência mínima da intervenção punitiva.⁹⁶

Por fim, na terceira categoria estão elencados os denominados “princípios para a limitação da violência por isenção de qualquer pretensão de responsabilidade pessoal por sua notória irracionalidade”. Estes princípios estariam conectados às bases da teoria do delito, tidas pelo autor “como um conjunto de limites que a agência judicial deve comprovar não violados a fim de que possa dar vez às consequências penais”.⁹⁷ De forma particular e inteligente, Zaffaroni critica diversos conceitos jurídico-penais, reconstruindo-os sob a óptica do realismo marginal.

O próprio conceito jurídico de delito – ação típica, antijurídica e culpável – não passaria de mera síntese de requisitos necessários ao prosseguimento do processo de criminalização já em curso. Assim, tal como o atestado de óbito e a condição de representante da família, enquanto requisitos exigidos pela autoridade administrativa para o sepultamento em um cemitério, não são suficientes para constituir um conceito de morto, também não bastam os requisitos atrelados ao conceito jurídico de delito para conceitua-lo como tal. Desta forma, o delito sequer existe.⁹⁸

Na perspectiva do realismo marginal, as decisões da agência judicial devem ser pautadas na exigência de requisitos objetivos para uma resposta afirmativa à continuidade do poder criminalizante já iniciado, conjunto mínimo que se materializa na tipicidade e antijuridicidade, ou seja, no injusto. O princípio da legalidade teria por fundamento a necessidade de limitar a violência seletiva do poder penal, não podendo a agência judicial considerar qualquer outro dado limitador ou regulador que não a conduta ou ação do criminalizado.⁹⁹

⁹⁶ ZAFFARONI, Eugenio Raul. *Em busca das penas perdidas: a perda da legitimidade do sistema penal*. Tradução de Vania Romano Pedrosa e Amir Lopes da Conceição. Rio de Janeiro: Revan, 1991, p. 239 a 242.

⁹⁷ ZAFFARONI, Eugenio Raul. *Em busca das penas perdidas: a perda da legitimidade do sistema penal*. Tradução de Vania Romano Pedrosa e Amir Lopes da Conceição. Rio de Janeiro: Revan, 1991, p. 238-243.

⁹⁸ ZAFFARONI, Eugenio Raul. *Em busca das penas perdidas: a perda da legitimidade do sistema penal*. Tradução de Vania Romano Pedrosa e Amir Lopes da Conceição. Rio de Janeiro: Revan, 1991, p. 247.

⁹⁹ ZAFFARONI, Eugenio Raul. *Em busca das penas perdidas: a perda da legitimidade do sistema penal*. Tradução de Vania Romano Pedrosa e Amir Lopes da Conceição. Rio de Janeiro: Revan, 1991, p. 249-250.

Zaffaroni considera necessária a conjugação dos elementos objetivos e subjetivos do injusto, vez que tanto o desvalor do resultado quanto o desvalor do ato são necessários para uma resposta judicial adequada às pretensões de um direito penal menos seletivo e violento. A intervenção do direito penal estaria condicionada ao fato da ação humana causar lesão ou perigo a bens jurídicos, rechaçando a teoria da “nocividade social”.¹⁰⁰

O conceito de culpabilidade normativa, no sentido de reprovabilidade, entrou em crise com a deslegitimação do sistema penal, visto que seu caráter ético é subtraído pela seletividade e pela reprodução de violência pelo sistema penal. No entanto, garantias limitadoras do direito penal relacionadas à culpabilidade, a exemplo da inexigibilidade de conduto diversa, devem ser mantidas, acrescidos de mais um parâmetro de máxima tolerância: “a culpabilidade pela vulnerabilidade”.¹⁰¹

A vulnerabilidade, segundo Zaffaroni, refere-se ao risco do indivíduo ser selecionado pelas agências do sistema penal. A situação de vulnerabilidade em que o indivíduo venha a se colocar apresenta diferentes níveis e é produzida por diversos fatores, que são divididos pelo autor em dois grandes grupos: posição ou estado de vulnerabilidade e o esforço pessoal para a vulnerabilidade. Enquanto o primeiro grupo refere-se a condições sociais, tais como o estereótipo, classe, grupo ou estrato a que o indivíduo pertença, o segundo está relacionado com o comportamento particular deste indivíduo.¹⁰²

Os fatores relacionados à posição ou estado de vulnerabilidade não podem ser cobrados pela agência judicial, já que não decorrem de decisão autônoma do indivíduo no sentido de realizar o injusto. Em regra, da posição ou estado de maior vulnerabilidade terá origem um baixo nível de culpabilidade pela vulnerabilidade, visto que o esforço pessoal para a vulnerabilidade por parte da pessoa não é muito elevado.¹⁰³

Assim, a culpabilidade pela vulnerabilidade operaria sempre como limite máximo da violência aceita, sempre para baixo do – ou pelo menos coincidindo com o - limite que

¹⁰⁰ ZAFFARONI, Eugenio Raul. *Em busca das penas perdidas: a perda da legitimidade do sistema penal*. Tradução de Vania Romano Pedrosa e Amir Lopes da Conceição. Rio de Janeiro: Revan, 1991, p. 252-253-254-255.

¹⁰¹ ZAFFARONI, Eugenio Raul. *Em busca das penas perdidas: a perda da legitimidade do sistema penal*. Tradução de Vania Romano Pedrosa e Amir Lopes da Conceição. Rio de Janeiro: Revan, 1991, p. 259-263-268.

¹⁰² ZAFFARONI, Eugenio Raul. *Em busca das penas perdidas: a perda da legitimidade do sistema penal*. Tradução de Vania Romano Pedrosa e Amir Lopes da Conceição. Rio de Janeiro: Revan, 1991, p. 270.

¹⁰³ ZAFFARONI, Eugenio Raul. *Em busca das penas perdidas: a perda da legitimidade do sistema penal*. Tradução de Vania Romano Pedrosa e Amir Lopes da Conceição. Rio de Janeiro: Revan, 1991, p. 270-273.

surgiria da mera culpabilidade pelo injusto, por se tratar de um conceito maior, abrangente e redutor desta.”¹⁰⁴ Sintetizando sua tese, Zaffaroni afirma que

a necessidade (limite ao seu exercício decisório de poder) obriga a agência judicial a estabelecer o máximo de intensidade que pode tolerar no exercício de sua responsabilidade criminalizante segundo uma ordem prioritária que atenda ao nível de culpabilidade para a vulnerabilidade de cada pessoa selecionada pelo poder das demais agências do sistema penal, o que confere eticidade à sua decisão sem que implique aceitar-lhe a violência reprodutora que não tem poder para eliminar.¹⁰⁵

Assim, Zaffaroni ratifica o papel de destaque que concede à agência judicial em seu realismo marginal reconhecendo, no entanto, a impossibilidade – ao menos imediata – de supressão da seletividade das agências criminais, visto que esta impregnada nos diferentes níveis de criminalização. Cabe a ela estabelecer os limites máximos da irracionalidade tolerável na seleção criminalizante do sistema penal¹⁰⁶.

O minimalismo de Baratta está delineado em sua proposta de “política criminal alternativa”, modelo teórico que, estruturado sobre as contribuições da criminologia crítica e da teoria materialista do desvio, visa à máxima contração do direito penal até sua total superação.¹⁰⁷

Na concepção do autor o sistema penal, acompanhando o desenvolvimento da sociedade capitalista, vem se caracterizando como uma ferramenta cada vez mais capilar e totalizadora de controle do desvio, administrado por uma autoridade superior e distante das classes sociais sobre as quais o aparato punitivo exerce sua ação. O direito penal constitui-se num “instrumento precípua de produção e reprodução de relações de desigualdade, de conservação da escala social vertical e das relações de subordinação e de exploração do homem pelo homem”. Assim, “entre todos os instrumentos de política criminal o direito penal é, em última análise, o mais inadequado.”¹⁰⁸

¹⁰⁴ ZAFFARONI, Eugenio Raul. *Em busca das penas perdidas: a perda da legitimidade do sistema penal*. Tradução de Vania Romano Pedrosa e Amir Lopes da Conceição. Rio de Janeiro: Revan, 1991, p. 276.

¹⁰⁵ ZAFFARONI, Eugenio Raul. *Em busca das penas perdidas: a perda da legitimidade do sistema penal*. Tradução de Vania Romano Pedrosa e Amir Lopes da Conceição. Rio de Janeiro: Revan, 1991, p. 277.

¹⁰⁶ ZAFFARONI, Eugenio Raul. *Em busca das penas perdidas: a perda da legitimidade do sistema penal*. Tradução de Vania Romano Pedrosa e Amir Lopes da Conceição. Rio de Janeiro: Revan, 1991, p. 233.

¹⁰⁷ BARATTA, Alessandro. *Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal: introdução à sociologia do direito penal*. Tradução de Juarez Cirino dos Santos. 6. ed. Rio de Janeiro: Revan: Instituto Carioca de Criminologia, 2013, p. 205-208.

¹⁰⁸ BARATTA, Alessandro. *Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal: introdução à sociologia do direito penal*. Tradução de Juarez Cirino dos Santos. 6. ed. Rio de Janeiro: Revan: Instituto Carioca de Criminologia, 2013, p. 201-205-206-207.

Nesse contexto, Baratta formula quatro indicações estratégicas voltadas para a construção de uma política criminal em favor das classes subalternas. Tendo por pano de fundo as contradições estruturais que derivam das relações de produção e distribuição da sociedade capitalista, o autor distingue política criminal e política penal. Enquanto esta se refere ao exercício do poder punitivo estatal em resposta à criminalidade, a política criminal teria um sentido mais amplo, devendo ser entendida como política de transformação social e institucional.¹⁰⁹ Assim, como primeira estratégia Baratta sustenta a necessidade de se adotar uma política criminal alternativa que, a seu ver

não pode ser uma política de “substitutivos penais”, que permaneçam limitados a uma perspectiva vagamente reformista e humanitária, mas uma política de grandes reformas sociais e institucionais para o desenvolvimento da igualdade, da democracia, de formas de vida comunitária e civil alternativas e mais humanas, e do contrapoder proletário, em vista da transformação radical e da superação das relações sociais de produção capitalistas.¹¹⁰

Zaffaroni recorda que a associação de propostas político-criminais com modelos de sociedades costuma gerar a sensação de que sua realização está condicionada a prévias mudanças na própria sociedade. No entanto, tal como Baratta, sustenta a possibilidade e a necessidade de se superar tais limitações estruturais.¹¹¹

A segunda tática sugerida por Baratta apresenta duas direções opostas ante a desigualdade do direito penal. No tocante às matérias de natureza essencial à vida dos indivíduos e da comunidade, tais como a saúde, a segurança no trabalho e o meio ambiente – a título exemplificativo, o autor propõe a ampliação da tutela penal. Em sentido inverso, defende uma radical despenalização de inumeráveis condutas que transbordam o ordenamento jurídico-penal, a exemplo dos crimes de injúria, aborto e delitos contra a moralidade pública.¹¹²

Mais do que contração do direito penal, a despenalização significa também a substituição de sanções penais, de inegável caráter estigmatizante, por sanções de natureza

¹⁰⁹ BARATTA, Alessandro. *Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal: introdução à sociologia do direito penal*. Tradução de Juarez Cirino dos Santos. 6. ed. Rio de Janeiro: Revan: Instituto Carioca de Criminologia, 2013, p. 200-201.

¹¹⁰ BARATTA, Alessandro. *Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal: introdução à sociologia do direito penal*. Tradução de Juarez Cirino dos Santos. 6. ed. Rio de Janeiro: Revan: Instituto Carioca de Criminologia, 2013, p. 201.

¹¹¹ ZAFFARONI, Eugenio Raul. *Em busca das penas perdidas: a perda da legitimidade do sistema penal*. Tradução de Vania Romano Pedrosa e Amir Lopes da Conceição. Rio de Janeiro: Revan, 1991, p. 94.

¹¹² BARATTA, Alessandro. *Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal: introdução à sociologia do direito penal*. Tradução de Juarez Cirino dos Santos. 6. ed. Rio de Janeiro: Revan: Instituto Carioca de Criminologia, 2013, p. 202.

administrativa ou civil. Baratta sustenta ainda uma profunda reforma do processo, da organização judiciária e da polícia, visando democratizar estes setores do aparato punitivo estatal e contrastar a seletividade que lhes impregna.¹¹³

A abolição do cárcere constitui-se na terceira indicação estratégica elencada por Baratta, para quem não restam dúvidas quanto ao fracasso desta instituição. O caminho em direção a este objetivo é constituído de múltiplas possibilidades, que vão desde a ampliação do sistema de medidas alternativas, das formas de suspensão condicional da pena e de liberdade condicional, passando pela introdução de formas de execução da pena detentiva em regime de semiliberdade até a extensão do regime de permissões para os trabalhos desenvolvidos nas prisões. A colaboração da sociedade, na opinião do autor, mostra-se determinante na redução dos efeitos estigmatizantes do cárcere sobre os indivíduos.¹¹⁴

Por fim, mas não menos importante, Baratta sustenta a necessidade do desenvolvimento de uma consciência alternativa no campo do desvio e da criminalidade, considerando o papel da opinião pública e de processos ideológicos e psicológicos na legitimação do direito penal vigente. Para tanto, propõe que se realize um trabalho de crítica à ideologia das classes dominantes, revertendo as relações de hegemonia cultural e construindo uma base ideológica adequada para a política alternativa, sem a qual estará fadada à impraticabilidade.¹¹⁵

Em que pese seu modelo minimalista constituir-se num meio para o abolicionismo, Baratta adverte que a “contração ou “superação” do direito penal deve ser contração e superação da pena, antes de ser superação do direito que regula o seu exercício”, considerando de grande risco para a sociedade a perda das garantias legais e constitucionais já conquistadas em âmbito penal. Além disso, salienta que a superação do direito penal não significa recusar formas alternativas de controle social do desvio.¹¹⁶ Analisando a relação entre desigualdades e a exigência de repressão, o autor assevera que

¹¹³ BARATTA, Alessandro. *Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal: introdução à sociologia do direito penal*. Tradução de Juarez Cirino dos Santos. 6. ed. Rio de Janeiro: Revan: Instituto Carioca de Criminologia, 2013, p. 202-203.

¹¹⁴ BARATTA, Alessandro. *Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal: introdução à sociologia do direito penal*. Tradução de Juarez Cirino dos Santos. 6. ed. Rio de Janeiro: Revan: Instituto Carioca de Criminologia, 2013, p. 203.

¹¹⁵ BARATTA, Alessandro. *Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal: introdução à sociologia do direito penal*. Tradução de Juarez Cirino dos Santos. 6. ed. Rio de Janeiro: Revan: Instituto Carioca de Criminologia, 2013, p. 204-205.

¹¹⁶ BARATTA, Alessandro. *Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal: introdução à sociologia do direito penal*. Tradução de Juarez Cirino dos Santos. 6. ed. Rio de Janeiro: Revan: Instituto Carioca de Criminologia, 2013, p. 206.

Quanto mais uma sociedade é desigual, tanto mais ela tem necessidade um sistema de controle social do desvio de tipo repressivo [...] Nós sabemos que substituir o direito penal por qualquer coisa melhor somente poderá acontecer quando substituirmos a nossa sociedade por uma sociedade melhor, mas não podemos perder de vista que uma política criminal alternativa e a luta ideológica e cultural que a acompanha devem desenvolver-se com vistas à transição para uma sociedade que não tenha a necessidade do direito penal burguês [...].¹¹⁷

Enquanto Baratta e Zaffaroni defendem o minimalismo como um “meio” para a transição entre o atual modelo penal e o abolicionismo, Ferrajoli considera-o um “fim” em si mesmo.¹¹⁸ O direito penal mínimo, na concepção do autor, legitima-se pelo fato das proibições penais protegerem os ofendidos contra os delitos, enquanto o julgamento e a imposição de pena protegem os réus contra a vingança e outras reações mais severas. As duas finalidades preventivas que desempenha legitimam a necessidade política do direito penal enquanto instrumento de tutela dos direitos fundamentais¹¹⁹ e convertem-no num aparato punitivo do qual nem mesmo a mais democratizada e igualitária sociedade poderia prescindir.¹²⁰

O direito penal mínimo, sob a ótica de Ferrajoli, caracteriza-se como um modelo condicionado e limitado ao extremo e corresponde a um ideal de racionalidade e de certeza e ao grau máximo de tutela das liberdades dos cidadãos frente ao arbítrio punitivo estatal.¹²¹

Segundo este modelo, não se admite qualquer imposição de pena sem que se produzam a comissão de um delito, sua previsão legal como delito, a necessidade de sua proibição e punição, seus efeitos lesivos para terceiros, o caráter externo ou material da ação criminosa, a imputabilidade e a culpabilidade do seu autor e, além disso, sua prova empírica produzida por uma acusação perante um juiz imparcial, em um processo público e contraditório em face da defesa e mediante procedimentos legalmente preestabelecidos.¹²²

De tudo que foi exposto, resta evidente a diversidade de propostas, estratégias e fins almejados pelos defensores do direito penal mínimo. Convergem, no entanto, quanto à

¹¹⁷ BARATTA, Alessandro. *Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal: introdução à sociologia do direito penal*. Tradução de Juarez Cirino dos Santos. 6. ed. Rio de Janeiro: Revan: Instituto Carioca de Criminologia, 2013, p. 207.

¹¹⁸ ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *Minimalismos, abolicionismos (sic) e eficientismo: a crise do sistema penal entre a deslegitimação e a expansão*. Revista Sequência, v. 27, n° 52 – Florianópolis: UFSC, Jul/2006, p. 175-176.

¹¹⁹ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. Prefácio da 1. ed. italiana por Norberto Bobbio. 4. ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 311-312.

¹²⁰ ZAFFARONI, Eugenio Raul. *Em busca das penas perdidas: a perda da legitimidade do sistema penal*. Tradução de Vania Romano Pedrosa e Amir Lopes da Conceição. Rio de Janeiro: Revan, 1991, p. 95.

¹²¹ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. Prefácio da 1. ed. italiana por Norberto Bobbio. 4. ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 102.

¹²² FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. Prefácio da 1. ed. italiana por Norberto Bobbio. 4. ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 101.

necessidade premente da contração da intervenção punitiva estatal que deve, sob a perspectiva minimalista, pautar-se no respeito à dignidade humana, na intervenção mínima, na fragmentariedade e subsidiariedade do direito penal. Sobre tais premissas, pretende-se um amplo movimento de descriminalização, o que não significa a total supressão do aparato punitivo estatal, que deve permanecer minimamente atuante.

3 A POLÍTICA CRIMINAL E O DIREITO PENAL NA SOCIEDADE DE RISCO

O presente capítulo se ocupará, inicialmente, da teoria do bem jurídico em seus pormenores. A partir da análise da evolução histórica do bem jurídico, pretende-se identificar as funções que o conceito desempenha atualmente ante a atividade punitiva do Estado bem como determinar sua fundamentação teórica. Após, serão apontadas as principais distinções entre Direito Penal clássico e moderno no que toca ao seu conteúdo e forma de atuação. Da análise das implicações da sociedade do risco na dogmática penal pretende-se traçar um perfil das atuais tendências político-criminais, trazendo ao debate as novas modalidades delitivas que caracterizam a modernidade no intuito de avaliar sua legitimidade. Por derradeiro, serão analisadas de forma mais detida as propostas de Hassemer, Silva Sánchez e Ferrajoli para o direito penal da sociedade do risco.

3.1 A Teoria do Bem Jurídico-Penal e a Constituição Federal: distinção entre Direito Penal Clássico e Direito Penal Moderno

Constituindo verdadeira barreira à atividade punitiva do Estado, a teoria do bem jurídico-penal desempenha funções de garantia tanto no plano político-criminal quanto no plano dogmático, limitando o legislador no momento da criminalização primária e o poder judiciário, no momento da interpretação e aplicação da lei penal.¹ Assim, prelecionando que somente é merecedora de pena a conduta que lesiona ou coloca em risco interesses reais de outros homens, precisamente “bens jurídicos”,² atua “na conformação da base de legitimação da intervenção penal”³, estabelecendo-lhe suas fronteiras.

Antecipando as conclusões da presente análise, é possível definir bem jurídico-penal como sendo “a expressão de um interesse, da pessoa ou da comunidade, na manutenção ou integridade de um certo estado, objeto ou bem em si mesmo socialmente relevante e por isso juridicamente reconhecido como valioso[...], cuja lesão se revela digna de pena.” Mesmo

¹ GOMES, Luiz Flávio. *Norma e bem jurídico no direito penal: normas penais primárias e secundárias, normas valorativas e imperativas, introdução ao princípio da ofensividade, lineamentos da teoria constitucional do fato punível, teoria do bem jurídico-penal, o bem jurídico protegido nas falsidades documentais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 69-70.

² HASSEMER, Winfried. *Introdução aos fundamentos do direito penal*. Tradução de Pablo Rodrigo Alflen da Silva. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2005, p. 56.

³ LUZ, Yuri Correa da. *Entre bens jurídicos e deveres normativos: um estudo sobre os fundamentos do direito penal contemporâneo*. 1.ed. São Paulo: IBCCRIM, 2013, p. 29.

havendo relativo consenso sobre este núcleo essencial, um conceito definitivo ainda não parece possível – e talvez jamais o venha a ser.⁴

Ante as controvérsias que envolvem a teoria do bem jurídico faz-se necessário analisar, ainda que brevemente, sua evolução histórica, apontando os avanços e retrocessos experimentados no seu processo de construção. Cumprida tal tarefa pretende-se, aqui, precisar os horizontes da teoria do bem jurídico-penal, apurando seu real potencial prático diante dos novos contornos da sociedade contemporânea.

A Declaração dos Direitos do Homem de 1789 consagrou os ideais iluministas de humanização e racionalização das punições estatais, em evidente ruptura com a arbitrariedade e crueldade do modelo anterior, perpetrado pela igreja católica sob o título de “santa inquisição” desde meados do século XIII d.C..⁵ Nesta esteira, “a tendência da época (secularismo/humanização) era favorecer ou garantir os bens individuais diante do arbítrio judicial e da gravidade das penas.”⁶

Nesta direção vão as formulações de Beccaria ao distinguir justiça divina, justiça natural e justiça política - dos homens. Segundo o autor, a confusão entre elas torna impossível o raciocínio sobre as matérias públicas. Caberia, assim, à igreja ocupar-se dos pecados, ao passo que ao Estado incumbiria a delimitação “do justo e do injusto político, ou seja, do que é útil ou danoso para a sociedade”. A intervenção punitiva estatal deveria restringir-se às situações de absoluta necessidade, apenando de forma proporcional os delitos cometidos.⁷

Em época contemporânea àquela em que o Iluminismo ganhava força Paul Johann Anselm von Feuerbach propõe uma das primeiras atribuições de conteúdo ao conceito de crime. Yuri Correa da Luz constata os caracteres contratualistas presentes no pensamento de Feuerbach, para quem o Estado seria fruto de um contrato e estaria imbuído precipuamente de

⁴ DIAS, Jorge de Figueiredo. *Questões fundamentais do direito penal revisitadas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 62-63.

⁵ NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de direito penal: parte geral: parte especial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 47-48.

⁶ PRADO, Luiz Regis. *Bem jurídico-penal e Constituição*. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2009, p. 24.

⁷ BECCARIA, Cesare Bonesana, Marchesi di. *Dos delitos e das penas*. Tradução de J. Cretella Jr. e Agnes Cretella. 4. ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 25-32-42.

viabilizar a convivência entre os direitos subjetivos de liberdade dos indivíduos⁸, entendendo o delito como a conduta que transgride um direito alheio⁹.

Nos anos que se seguiram a teoria de Feuerbach encontrou em Johann Michael Birnbaum seu maior opositor. Mesmo concordando com a necessidade de um conteúdo material para o conceito de delito, Birnbaum questionava o elevado grau de abstração da teoria adversária. Além disso, entendia-a inadequada para explicar importantes tipos penais considerados legítimos na época, a exemplo dos crimes religiosos e contra os costumes, irreduzíveis à esfera particular em função de seu caráter coletivo.¹⁰

Num cenário de eminente transição, caracterizado por “transformações econômicas e políticas (uma nova concepção de Estado)”¹¹ é que Birnbaum formula a ideia de que o direito penal protege “bens”, em crítica à teoria do crime como lesão à direito, de Feuerbach.¹²

Analisando um conhecido artigo publicado pelo eminente jurista em 1834, Luiz Flávio Gomes assevera que:

[...]Birnbaum não falou diretamente em “bem jurídico” (Rechtsgut), mas indiscutivelmente foi o primeiro autor a introduzir no Direito penal a ideia de “bem” (um bem material) como objeto de tutela, em contraposição com a doutrina do Iluminismo, que via na danosidade (sic) social e na violação de direitos subjetivos (Rechtsverletzung) os fundamentos da punição estatal.[...] No homicídio, portanto, o que resulta lesionado não é o direito subjetivo à vida (posição iluminista), senão a própria vida (segundo Birnbaum), que conta com “realidade existencial”.¹³

Apesar da importante contribuição para a concepção do modelo de delito como ofensa a um bem¹⁴ Birnbaum, ao suprir o déficit explicativo do conceito do delito como lesão de direitos subjetivos (Feuerbach), deparou-se com a dificuldade de restringir o poder punitivo

⁸ LUZ, Yuri Correa da. *Entre bens jurídicos e deveres normativos: um estudo sobre os fundamentos do direito penal contemporâneo*. 1.ed. São Paulo: IBCCRIM, 2013, p. 39-40.

⁹ PRADO, Luiz Regis. *Bem jurídico-penal e Constituição*. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2009, p. 25.

¹⁰ LUZ, Yuri Correa da. *Entre bens jurídicos e deveres normativos: um estudo sobre os fundamentos do direito penal contemporâneo*. 1.ed. São Paulo: IBCCRIM, 2013, p. 41-43.

¹¹ PRADO, Luiz Regis. *Bem jurídico-penal e Constituição*. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2009, p. 27.

¹² GRECO, Luís. *Breves Reflexões sobre os Princípios da Proteção de Bens Jurídicos e da Subsidiariedade no Direito Penal*. In: SCHMIDT, Andrei Zenkner. *Novos Rumos do Direito Penal Contemporâneo: Livro em Homenagem ao Prof. Dr. Cezar Roberto Bitencourt*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006, p. 402.

¹³ GOMES, Luiz Flávio. *Norma e bem jurídico no direito penal: normas penais primárias e secundárias, normas valorativas e imperativas, introdução ao princípio da ofensividade, lineamentos da teoria constitucional do fato punível, teoria do bem jurídico-penal, o bem jurídico protegido nas falsidades documentais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 75.

¹⁴ GOMES, Luiz Flávio. *Norma e bem jurídico no direito penal: normas penais primárias e secundárias, normas valorativas e imperativas, introdução ao princípio da ofensividade, lineamentos da teoria constitucional do fato punível, teoria do bem jurídico-penal, o bem jurídico protegido nas falsidades documentais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 76.

por meio da noção de lesão a bens, uma vez que parece abrir caminho para que o Estado, unilateralmente, defina o que deve ser considerado um “bem”.¹⁵

Neste sentido, não é unânime a doutrina ao buscar o caráter da teoria de Birnbaum, oscilando entre afirmar seu cunho liberal iluminista (Sina e Marx) e a ruptura com a configuração garantista limitadora do *ius puniendi* (Amelung e Mir Puig) sem, contudo, desprezar a possível síntese das teses.¹⁶

Posteriormente, Karl Binding, sob influência do pensamento positivista ascendente, transforma o “bem” em bem jurídico, conceituando-o como tudo aquilo que o legislador entender sê-lo. Sendo aceito tal raciocínio, o bem jurídico seria reduzido a uma criação legislativa, nada mais do que aquilo que a norma protege, algo implícito já, logicamente, em qualquer norma vigente, confundindo-se com a própria *ratio legis*. Assim, a importância do conceito estaria restrita à perquirição da finalidade da norma penal.¹⁷

Em direção metodológica distinta no que toca ao conteúdo do conceito em estudo surge o positivismo naturalista de Franz Von Liszt. Em um retorno à Birnbaum sem, contudo, perder de vista as contribuições de Binding, o eminente jurista estatuiu que bens jurídicos são

os interesses que o direito protege. Bem jurídico é, pois, o interesse juridicamente protegido. Todos os bens jurídicos são interesses humanos, ou do indivíduo ou da colectividade (sic). É a vida, e não o direito, que produz o interesse; mas só a protecção jurídica converte o interesse em bem jurídico. [...] Os interesses porém surgem das relações dos indivíduos entre si, e dos indivíduos para com o Estado e a sociedade ou vice-versa. [...] A vontade geral, que paira acima da vontade individual, toma a si esta missão, e a desempenha estabelecendo a ordem jurídica, isto é, discriminando os interesses legítimos e autorizados dos que não o são. [...] Assim, ordenando e proibindo (sic), prescrevendo uma determinada acção (sic) ou inacção (sic) sob certas condições, as normas vêm a ser o anteparo dos bens jurídicos. A protecção (sic), que a ordem jurídica dispensa aos interesses, é protecção (sic) segundo normas (Normenschutz). O bem jurídico e a norma são, pois, as duas idéias (sic) fundamentaes (sic) do direito.¹⁸

¹⁵ LUZ, Yuri Correa da. *Entre bens jurídicos e deveres normativos: um estudo sobre os fundamentos do direito penal contemporâneo*. 1.ed. São Paulo: IBCCRIM, 2013, p. 45-46.

¹⁶ GOMES, Luiz Flávio. *Norma e bem jurídico no direito penal: normas penais primárias e secundárias, normas valorativas e imperativas, introdução ao princípio da ofensividade, lineamentos da teoria constitucional do fato punível, teoria do bem jurídico-penal, o bem jurídico protegido nas falsidades documentais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 75.

¹⁷ GRECO, Luís. *Breves Reflexões sobre os Princípios da Protecção de Bens Jurídicos e da Subsidiariedade no Direito Penal*. In: SCHMIDT, Andrei Zenkner. *Novos Rumos do Direito Penal Contemporâneo: Livro em Homenagem ao Prof. Dr. Cezar Roberto Bitencourt*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006, p. 404.

¹⁸ LISZT, Franz von. *Tratado de direito penal alemão*. Prefácio de Edson Carvalho Vidigal. Tradução José Hygino Duarte Pereira. Ed. fac-sim. – Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial: Superior Tribunal de Justiça, 2006, p. 93-94-95-96.

Em precisa análise, Luiz Flávio Gomes aponta importante diferenciação entre a tese de Binding e aquela formulada por Von Liszt, que sustentava não existir liberdade absoluta ao legislador na definição dos bens jurídicos, uma vez que o interesse vital que o Direito transforma em bem jurídico está presente nas relações sociais.¹⁹ A norma, portanto, não criaria o bem jurídico, restringindo-se ao papel de encontra-lo numa realidade social preexistente, cujo conteúdo axiológico não dependeria do juízo do legislador.²⁰

Para além da atribuição de conteúdo ao conceito de delito, é mérito de Von Liszt a ciência conjunta ou global do direito penal, modelo tripartido já estudado em seus pormenores no primeiro capítulo do presente trabalho.²¹

Luiz Flávio Gomes observa o fato de que na evolução teórica acerca do conteúdo material do delito o conceito de bem jurídico foi, não raras vezes, frontalmente atacado. Em sua análise, entende que as teorias que se lhe opuseram prosperaram em momentos autoritários da história, a exemplo da primeira metade do século XX, resultando na perda da capacidade limitadora do *ius puniendi* e esvaziamento conceitual do bem jurídico.²²

As atrocidades praticadas pelo nazismo reforçaram, no período pós-2ª Guerra Mundial, a necessidade de limitação do *ius puniendi*, estimulando a construção de conceitos que possibilitassem avaliar o uso do Direito Penal. Nesse cenário, destacaram-se as contribuições de Welzel para a teoria do delito, refutando a ideia de um conceito de bem jurídico destinado à mera interpretação dos tipos penais.²³

Segundo teoria da ação finalista de Welzel, a antijuridicidade compõe-se de uma dupla valoração. “A lesão do bem jurídico (o desvalor do resultado) só tem relevância para o Direito Penal dentro de uma ação pessoalmente antijurídica (dentro do desvalor da ação).”²⁴ Assim, ao passo que o injusto penal que representa o desvalor da ação consiste em um dano à

¹⁹ GOMES, Luiz Flávio. *Norma e bem jurídico no direito penal: normas penais primárias e secundárias, normas valorativas e imperativas, introdução ao princípio da ofensividade, lineamentos da teoria constitucional do fato punível, teoria do bem jurídico-penal, o bem jurídico protegido nas falsidades documentais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 78.

²⁰ PRADO, Luiz Regis. *Bem jurídico-penal e Constituição*. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2009, p. 30.

²¹ DIAS, Jorge de Figueiredo. *Questões fundamentais do direito penal revisitadas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 24-25.

²² GOMES, Luiz Flávio. *Norma e bem jurídico no direito penal: normas penais primárias e secundárias, normas valorativas e imperativas, introdução ao princípio da ofensividade, lineamentos da teoria constitucional do fato punível, teoria do bem jurídico-penal, o bem jurídico protegido nas falsidades documentais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 78-79.

²³ LUZ, Yuri Correa da. *Entre bens jurídicos e deveres normativos: um estudo sobre os fundamentos do direito penal contemporâneo*. 1.ed. São Paulo: IBCCRIM, 2013, p. 52.

²⁴ WELZEL, Hans. *O novo sistema jurídico-penal: uma introdução à doutrina da ação finalista*. Tradução, prefácio e notas de Luiz Regis Prado. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 82.

vigência da norma, o que representa o desvalor do resultado consiste em um dano a um bem jurídico.²⁵ Na concepção de Welzel,

Dado que o ordenamento jurídico quer criar, com suas normas e preceitos permissivos, uma ordem valorosa da vida social, a realização antijurídica do tipo é uma conduta que menospreza essa ordem valorosa. Por isso se diz, frequentemente, que a antijuridicidade é um “juízo de desvalor” da conduta típica.[...] O sujeito desse juízo de desvalor não é um indivíduo (nem sequer o juiz), mas o ordenamento jurídico, como tal.²⁶

Sob a perspectiva dos valores ético-sociais da ação, a intervenção penal deveria contribuir para assegurar os interesses individuais e coletivos fundamentais, através do valor-ação. O bem jurídico, na concepção de Welzel, é aquele “bem vital da comunidade ou do indivíduo, que por sua significação social é protegido juridicamente.”²⁷

O Direito Penal estaria incumbido de proteger, de forma imediata, os valores fundamentais da comunidade e, por via reflexa, bens jurídicos. Recusar tal posição seria admitir a ineficiência da lei penal já que, para a proteção de bens jurídicos, o Direito Penal geralmente chega tarde demais. Em que pesem as contribuições de Welzel, sua teoria não parece ser capaz de limitar o rol de objetos passíveis de atenção penal, já que seu conceito mostra-se vago e amplo.²⁸

Desde sua gênese, a teoria do bem jurídico enfrentou a dificuldade de encerrar em um conceito objetivo o seu conteúdo. Os esforços empreendidos com este fim demonstraram sê-lo inatingível. Assim, foi abandonada a tentativa de identificar objetivamente os bens jurídicos merecedores de proteção pelo Direito Penal e passou-se a buscar a legitimação negativa das normas incriminadoras, ou seja, determinar quais os bens que não podem ser protegidos via crime.²⁹

Nesse sentido, Yuri Correa da Luz sustenta que foi Claus Roxin quem procurou, com maior rigor, determinar negativamente o conteúdo do conceito de delito, excluindo da

²⁵ LUZ, Yuri Correa da. *Entre bens jurídicos e deveres normativos: um estudo sobre os fundamentos do direito penal contemporâneo*. 1.ed. São Paulo: IBCCRIM, 2013, p. 54.

²⁶ WELZEL, Hans. *O novo sistema jurídico-penal: uma introdução à doutrina da ação finalista*. Tradução, prefácio e notas de Luiz Regis Prado. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 56.

²⁷ PRADO, Luiz Regis. *Bem jurídico-penal e Constituição*. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2009, p. 37-38.

²⁸ LUZ, Yuri Correa da. *Entre bens jurídicos e deveres normativos: um estudo sobre os fundamentos do direito penal contemporâneo*. 1.ed. São Paulo: IBCCRIM, 2013, p. 57.

²⁹ LUZ, Yuri Correa da. *Entre bens jurídicos e deveres normativos: um estudo sobre os fundamentos do direito penal contemporâneo*. 1.ed. São Paulo: IBCCRIM, 2013, p. 60.

noção de bem jurídico todos aqueles interesses de proteção que a ele não pertenciam.³⁰ Segundo Roxin, o Direito Penal deve fundar-se no dever de respeito do Estado para com a autonomia e direitos fundamentais de seus cidadãos. Dessa forma, desempenha a tarefa de proteção subsidiária de bens jurídicos, os quais o autor conceitua como os “dados imprescindíveis para a livre e pacífica convivência dos seres humanos sob a garantia de todos os direitos assegurados pela Constituição.”³¹

Roxin buscou limitar o *ius puniendi* aos exatos contornos da função social do Direito Penal, vislumbrando um modelo minimizador da intervenção estatal via crime, considerada pelo autor a *ultima ratio*, derradeira opção no combate a determinados comportamentos indesejados.³²

Nessa esteira segue Luiz Regis Prado ao afirmar que “Roxin parte da ideia de Constituição, mais especificamente, da noção moderna de Estado Democrático e Social de Direito. No campo penal, significa que seu objetivo só pode ser o de garantir ao indivíduo uma vida de paz em sociedade.”³³

Como bem recorda Luz, Roxin é considerado adepto da denominada teoria individualista do bem jurídico, que preleciona não haver bens jurídicos que não façam referência ao livre desenvolvimento do indivíduo. Dessa forma, os bens coletivos somente poderiam ser objeto de tutela penal quando reconduzíveis à esfera individual.³⁴

A complexidade do problema se aprofunda diante da exigência, pelas modernas sociedades, de proteção penal de bens coletivos. Ciente deste impasse, Roxin abdica da determinação positiva daquilo entende ser bem jurídico, limitando-se a apontar aqueles interesses que não poderiam ser considerados como tal.³⁵ Analisando a obra do autor, Luz reconhece seis casos nos quais não haveria legitimidade na invocação do bem jurídico:

[...] seriam claramente ilegítimas criminalizações que atentassem contra os direitos humanos e fundamentais [...] a simples delimitação da “finalidade da lei” não

³⁰ LUZ, Yuri Correa da. *Entre bens jurídicos e deveres normativos: um estudo sobre os fundamentos do direito penal contemporâneo*. 1.ed. São Paulo: IBCCRIM, 2013, p. 61.

³¹ ROXIN, Claus. *Reflexões sobre a construção sistemática do direito penal*. Revista Brasileira de Ciências Criminas, vol. 82, p. 24, Jan/2010. Doutrinas Essenciais de Direito Penal, vol. 2, p. 121, Out/2010 DTR\2010\6, p. 6.

³² LUZ, Yuri Correa da. *Entre bens jurídicos e deveres normativos: um estudo sobre os fundamentos do direito penal contemporâneo*. 1.ed. São Paulo: IBCCRIM, 2013, p. 61.

³³ PRADO, Luiz Regis. *Bem jurídico-penal e Constituição*. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2009, p. 53.

³⁴ LUZ, Yuri Correa da. *Entre bens jurídicos e deveres normativos: um estudo sobre os fundamentos do direito penal contemporâneo*. 1.ed. São Paulo: IBCCRIM, 2013, p. 62-63.

³⁵ LUZ, Yuri Correa da. *Entre bens jurídicos e deveres normativos: um estudo sobre os fundamentos do direito penal contemporâneo*. 1.ed. São Paulo: IBCCRIM, 2013, p. 63.

constituiria qualquer bem jurídico [...] a mera violação de preceitos morais não seria capaz de justificar uma proibição penal [...] a proteção de meros sentimentos apenas poderia ser considerada proteção de bens jurídicos se o que estivesse em jogo fosse o sentimento de insegurança [...] nem a autolesão consciente nem a autocolocação em risco poderiam ser fundamento de uma incriminação [...] as “leis simbólicas” não serviriam à proteção de bens jurídicos.³⁶

Nos precisos apontamentos de Prado, as teorias constitucionais do bem jurídico entendem que seu conceito “deve ser inferido na Constituição, operando-se uma espécie de normatização (sic) de diretivas político-criminais.” Roxin pode ser incluído dentre os que defendem tal posição, considerando a dupla função do Direito Penal de proteção a bens jurídicos constitutivos da sociedade e de garantia de prestações públicas necessárias à dignidade dos indivíduos, ambas em consonância com os fundamentos constitucionais do Estado Democrático e Social de Direito.³⁷

Abordando de forma crítica a fundamentação constitucional do bem jurídico, Greco elenca importantes questões. De seu ponto de vista, o conteúdo da Constituição, notadamente aberto e impreciso, poderia colocar em dúvida a capacidade de limitação da teoria do bem jurídico. Ademais, o autor questiona a eventual dispensabilidade do conceito de bem jurídico, que seria substituível pelo próprio conjunto de valores constitucionais, que passariam a objeto de proteção pelo Direito Penal.³⁸

Mesmo suscitando tais questões, Greco posiciona-se favorável ao bem jurídico alicerçado constitucionalmente, entendendo também necessário o seu conceito, que deve ser necessariamente mais restrito que o conjunto de valores constitucionais. Assim, o autor conceitua bem jurídico como “dados fundamentais para a realização pessoal dos indivíduos ou para a subsistência do sistema social, nos limites de uma ordem constitucional.”³⁹ Na mesma direção vão as considerações de Dias, para quem

um bem jurídico político-criminalmente vinculante existe ali – e só ali – onde se encontre *refletido* num valor jurídico-constitucionalmente reconhecido em nome do

³⁶ LUZ, Yuri Correa da. *Entre bens jurídicos e deveres normativos: um estudo sobre os fundamentos do direito penal contemporâneo*. 1.ed. São Paulo: IBCCRIM, 2013, p. 63-65.

³⁷ PRADO, Luiz Regis. *Bem jurídico-penal e Constituição*. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2009, p. 52-53.

³⁸ GRECO, Luís. “Princípio da ofensividade” e crimes de perigo abstrato: Uma introdução ao debate sobre o bem jurídico e as estruturas do delito. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, vol. 49, p. 89, Jul/2004. *Doutrinas Essenciais de Direito Penal*, vol. 1, p. 355, Out/2010 DTR \2004\892, p. 3-4.

³⁹ GRECO, Luís. “Princípio da ofensividade” e crimes de perigo abstrato: Uma introdução ao debate sobre o bem jurídico e as estruturas do delito. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, vol. 49, p. 89, Jul/2004. *Doutrinas Essenciais de Direito Penal*, vol. 1, p. 355, Out/2010 DTR \2004\892, p. 3-4.

sistema social total e que, deste modo, se pode afirmar que “preexiste” ao ordenamento jurídico-penal.⁴⁰

Dessa forma, o pensamento jurídico moderno reconhece a existência de um núcleo gravitacional do Direito Penal, formado pelos princípios fundamentais da dignidade humana, da personalidade e individualização da pena, da humanidade, da insignificância, da culpabilidade, da legalidade, da intervenção mínima e da fragmentariedade. Em sua maioria albergados na Constituição, seja implícita ou explicitamente, tais princípios constituem as vigas mestras do ordenamento penal e devem ser considerados pelo legislador ordinário ao pretender criminalizar qualquer conduta.⁴¹

Como afirma Gomes, “não é reduzido o grupo de doutrinadores que afirmar que a Constituição é o “referencial” *mais idôneo* para que a teoria do bem jurídico venha a cumprir uma função crítica e limitadora do *ius puniendi*.”⁴² Na doutrina brasileira, a fundamentação constitucional do bem jurídico-penal também é predominante.⁴³

No entanto, o caráter limitador originalmente idealizado para o bem jurídico vem sendo desvirtuado nas últimas décadas, tudo em razão de um número cada vez maior de interesses da sociedade contemporânea que requerem a tutela penal. Na medida em que o Direito Penal se adapta às exigências da chamada sociedade de risco, faz com que a teoria do bem jurídico perca seu potencial descritivo e crítico e converta-se em verdadeiro estímulo à criminalização.⁴⁴ Isso se deve, fundamentalmente, à incorporação de bens jurídicos supra individuais, imateriais e imprecisos ao espectro de proteção jurídico-penal.⁴⁵

Tal aspecto da alegada crise da teoria do bem jurídico será retomado no item seguinte do presente trabalho. Por hora, caberá aqui ressaltá-lo como um dos principais pontos de distinção entre o Direito Penal Clássico e o Moderno.

⁴⁰ DIAS, Jorge de Figueiredo. *Questões fundamentais do direito penal revisitadas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 67. “Grifo do autor”.

⁴¹ PRADO, Luiz Regis. *Bem jurídico-penal e Constituição*. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2009, p. 54-55.

⁴² GOMES, Luiz Flávio. *Norma e bem jurídico no direito penal: normas penais primárias e secundárias, normas valorativas e imperativas, introdução ao princípio da ofensividade, lineamentos da teoria constitucional do fato punível, teoria do bem jurídico-penal, o bem jurídico protegido nas falsidades documentais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 86.

⁴³ GRECO, Luís. “Princípio da ofensividade” e crimes de perigo abstrato: Uma introdução ao debate sobre o bem jurídico e as estruturas do delito. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, vol. 49, p. 89, Jul/2004. *Doutrinas Essenciais de Direito Penal*, vol. 1, p. 355, Out/2010 DTR \2004\892, p. 3.

⁴⁴ LUZ, Yuri Correa da. *Entre bens jurídicos e deveres normativos: um estudo sobre os fundamentos do direito penal contemporâneo*. 1.ed. São Paulo: IBCCRIM, 2013, p. 80-81.

⁴⁵ MACHADO, Marta Rodriguez de Assis. *Sociedade do risco e Direito Penal: uma avaliação de novas tendências político-criminais*. São Paulo: IBCCRIM, 2005, p. 106.

O direito penal clássico, sob inspiração filosófica iluminista, foi concebido em meados do século XVIII e desenvolveu um conjunto de ideias limitadoras do *ius puniendi* estatal, concedendo proeminência a alguns valores essenciais para o ser humano, tais como dignidade humana, liberdade e justiça. Cumpria-lhe, basicamente, a dupla finalidade de proteção de bens jurídicos (na época, direitos subjetivos) e de garantia para a liberdade do cidadão perante a intervenção do Estado.⁴⁶ No paradigma clássico, “é o indivíduo e sua proteção que figuram no cerne do Direito Penal, e não a proteção de sistemas, instituições ou expectativas.”⁴⁷

Assinalando a gênese do modelo clássico, Hassemer atrela-a a “morte” do Direito natural e o decorrente entendimento de que o ordenamento jurídico não poderia ser deduzido de princípios jurídicos superiores, mas sim, deveria ser concebido a partir dos cidadãos. Aqueles que vivem em sociedade renunciam a uma parte de sua liberdade natural e, com isso, exigem uma garantia de liberdade para todos: era o contrato social.⁴⁸

Sob a égide dos princípios penais clássicos a intervenção do Direito Penal, principalmente quando interferisse na esfera de liberdade do indivíduo, somente seria cabível de forma equilibrada e proporcional, naquelas situações excepcionais em que outros meios não se mostrassem mais adequados ao seu tratamento. Assim, nos estritos limites conferidos pela lei, a intervenção estatal deveria ser a mínima necessária à tutela das liberdades asseguradas pelo contrato social e dos bens jurídicos sob ataque ou expostos a riscos concretos. Tais bens, no modelo penal tradicional, tem por característica marcante a clareza de sua definição, o que permite a identificação precisa do autor do delito, do ato criminoso e da vítima.⁴⁹

Em contraponto, o moderno Direito Penal consolida e acentua uma série de transformações e agressões aos princípios clássicos da justiça penal.⁵⁰ Os princípios da estrita legalidade, proporcionalidade, causalidade, subsidiariedade, intervenção mínima, fragmentariedade, lesividade e outros tantos, destinados à contenção da intervenção punitiva estatal, são apontados como empecilhos à adequação do Direito Penal às demandas da sociedade de risco. Dessa forma, passam a ser confrontados, reinterpretados, flexibilizados e

⁴⁶ GOMES, Luiz Flávio. *Direito Penal Tradicional versus “moderno e atual” Direito Penal*. Revista Brasileira de Ciências Criminais, vol. 42, p. 236, Jan/2003 DTR\2003\12, p. 1.

⁴⁷ OLIVEIRA, Ana Carolina Carlos de. *Hassemer e o direito penal brasileiro: direito de intervenção, sanção penal e administrativa*. 1.ed. São Paulo: IBCCRIM, 2013, p. 35.

⁴⁸ HASSEMER, Winfried. *Características e Crises do Moderno Direito Penal*. Revista de Estudos Criminais, Porto Alegre, Ano 2, n. 8, 2003, p. 56.

⁴⁹ GOMES, Luiz Flávio. *Direito Penal Tradicional versus “moderno e atual” Direito Penal*. Revista Brasileira de Ciências Criminais, vol. 42, p. 236, Jan/2003 DTR\2003\12, p. 2.

⁵⁰ GOMES, Luiz Flávio. *Direito Penal Tradicional versus “moderno e atual” Direito Penal*. Revista Brasileira de Ciências Criminais, vol. 42, p. 236, Jan/2003 DTR\2003\12, p. 2.

adaptados às novas necessidades.⁵¹ Analisando a nova realidade jurídico-penal, Gomes conclui que

[...] na medida em que os conflitos sociais mais agudos, mais prementes, não encontram acomodação nem na ética social (cada vez mais divergente, mesclada, difusa) nem nos outros ramos jurídicos (Direito Constitucional, Civil, Administrativo etc.) e tampouco numa atuação mais eficiente da Administração Pública que, pelo contrário, revela-se cada vez mais inadequada, antiquada e inidônea para fazer frente às modernas exigências da sociedade, a consequência natural tem sido a de conduzir o conflito para o âmbito penal, sem a mínima preocupação com sua natureza de *ultima ratio* (instrumento de controle social subsidiário e fragmentário).⁵²

Ao passo que o Direito Penal tem seu campo de atuação constantemente ampliado, desvia-se de sua função primordial de cunho subsidiário e tende a se mostrar ineficiente diante de suas novas e anômalas atribuições. Hiperinflacionado, o Direito Penal assiste à exacerbação de seu papel simbólico, com o risco de perda das suas funções reais já que, sobrecarregado, não consegue desempenhá-las adequadamente.⁵³

Na visão de Machado, os principais pontos de conflito entre os princípios e regras clássicas e o “direito penal do risco” situam-se nas pretensões preventivas do novo modelo, marcado pela extensão da proteção penal a bens jurídicos supra individuais, antecipação da tutela penal a esferas anteriores ao dano, flexibilização das regras de causalidade, produção de normas penais em branco e tipos abertos e a responsabilização criminal das pessoas jurídicas.⁵⁴

Segundo Gomes, os contornos sociais contemporâneos estabelecem um grande paradoxo do moderno Direito Penal: quanto mais se desenvolvem premissas teóricas para uma racional política criminal, mais se impõem as exigências sociais de sua máxima intervenção.⁵⁵ “Instaura-se, portanto, uma dicotomia entre uma política criminal considerada

⁵¹ MACHADO, Marta Rodriguez de Assis. *Sociedade do risco e Direito Penal: uma avaliação de novas tendências político-criminais*. São Paulo: IBCCRIM, 2005, p. 155.

⁵² GOMES, Luiz Flávio. *Do processo de erosão do Direito Penal liberal clássico*. Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo, vol. 3, p. 31, Jan/1999 DTR\1999\82, p. 3.

⁵³ GOMES, Luiz Flávio. *Do processo de erosão do Direito Penal liberal clássico*. Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo, vol. 3, p. 31, Jan/1999 DTR\1999\82, p. 3-4.

⁵⁴ MACHADO, Marta Rodriguez de Assis. *Sociedade do risco e Direito Penal: uma avaliação de novas tendências político-criminais*. São Paulo: IBCCRIM, 2005, p. 157.

⁵⁵ GOMES, Luiz Flávio. *Do processo de erosão do Direito Penal liberal clássico*. Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo, vol. 3, p. 31, Jan/1999 DTR\1999\82, p. 3.

mais adequada para o tratamento dos novos riscos e o respeito aos princípios e garantias penais e processuais penais até hoje identificados com o Estado Democrático de Direito.”⁵⁶

A falta de um conjunto delimitador da produção legislativa somada às demandas artificiais e incorretas pela intervenção penal, não raras vezes voltadas para fins eleitoreiros, conduz a uma verdadeira “fuga” para o Direito Penal, agora substituto de políticas públicas promocionais e assistenciais.⁵⁷

O bem jurídico, concebido com o desígnio de limitar o *ius puniendi* estatal, converte-se de um critério negativo a um critério positivo de criminalização. O Direito Penal passa de *ultima à prima ratio*, quando não *sola*.⁵⁸ Diante da acentuada tendência iliberal e antigarantista do moderno Direito Penal, Gomes arremata que

[...] no presente a maior aspiração do penalista é que o futuro seja um retorno ao passado. Explica-se: no momento presente (princípio do terceiro milênio) a maior aspiração do penalista outra não pode ser senão a de que o futuro (vivência, criação e aplicação do Direito Penal) seja uma volta ao passado (aos princípios liberais e garantistas do Iluminismo, relidos e redimensionados constitucionalmente).⁵⁹

Entre as reivindicações da manutenção dos paradigmas clássicos do Direito Penal e as tendências à sua superação, vislumbram-se posições intermediárias com diferentes propostas ante a nova realidade social. Reconhecendo a validade dos argumentos aduzidos e o elevado gabarito dos defensores das diversas proposições, há que se analisar com mais afinco o mútuo impacto entre a sociedade do risco e a dogmática jurídico-penal. Com base nestas considerações, cotejadas com as diversas questões já abordadas no presente trabalho, buscar-se-á apontar os possíveis rumos da ciência penal.

3.2 As Implicações da Sociedade do Risco na Dogmática Jurídico-Penal

A Dogmática Penal reflete a autoimagem de uma ciência do “dever ser” que tem por pretensão instrumentalizar, de forma racional e garantidora, o Direito Penal positivo vigente em determinado tempo e espaço. Mediante a sistematização de conceitos elaborados a partir

⁵⁶ MACHADO, Marta Rodriguez de Assis. *Sociedade do risco e Direito Penal: uma avaliação de novas tendências político-criminais*. São Paulo: IBCCRIM, 2005, p. 156.

⁵⁷ GOMES, Luiz Flávio. *Do processo de erosão do Direito Penal liberal clássico*. Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo, vol. 3, p. 31, Jan/1999 DTR\1999\82, p. 4.

⁵⁸ HASSEMER, Winfried. *Características e Crises do Moderno Direito Penal*. Revista de Estudos Criminais, Porto Alegre, Ano 2, n. 8, 2003, p. 57-58.

⁵⁹ GOMES, Luiz Flávio. *Do processo de erosão do Direito Penal liberal clássico*. Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo, vol. 3, p. 31, Jan/1999 DTR\1999\82, p. 5.

da interpretação do material normativo-penal, explica-o em sua conexão interna e pauta a administração da justiça criminal na garantia dos direitos humanos individuais estabelecendo, assim, o compromisso com a gestação de decisões igualitárias, seguras e justas.⁶⁰

Os preceitos e conceitos dogmático-penais tradicionais, no entanto, vêm sendo profundamente influenciados pelas transformações econômicas e sociais contemporâneas, de notório dinamismo.⁶¹ Se o Direito influencia o modelo de organização econômica e a sociedade, também por eles é influenciado⁶² e, diante dos diversos riscos que pairam sobre a coletividade, passa a tomar novos rumos, que serão objeto de análise nas páginas seguintes.

Como bem observa Silva Sánchez, a sociedade tecnológica desloca para a marginalidade um sem número de indivíduos, que passam a ser percebidos pelos demais como fontes de riscos pessoais e patrimoniais. A delinquência assume novas feições ante às possibilidades abertas pela informática. A criminalidade organizada passa a operar em âmbito internacional, constituindo grave risco para os indivíduos e para o próprio Estado. Também a criminalidade econômica agora é transnacional.⁶³

A constante inovação técnica e científica na produção dos mais diversos itens de consumo constitui necessidade frente a um mercado exigente, sob pena de obsolescência. Em contraponto, a obscuridade dos riscos provenientes do processo produtivo, cujos níveis são parcial ou totalmente desconhecidos, intensifica a sensação social de insegurança e acirra o discurso pela restrição das atividades supostamente perigosas.⁶⁴

Atordoada pelas incertezas do novo cenário que se desvela com a modernidade, a sociedade se vê em uma situação paradoxal donde emanam reivindicações plúrimas na ânsia por segurança.⁶⁵

⁶⁰ ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *A ilusão de segurança jurídica: do controle da violência à violência do controle penal*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 117-123-125.

⁶¹ BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *O paradoxo do risco e a política criminal contemporânea*. In: MENDES, Gilmar Ferreira; BOTTINI, Pierpaolo Cruz; PACELLI, Eugênio (Coord.). *Direito Penal Contemporâneo*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 111.

⁶² GRAU, Eros Roberto. *O direito posto e o direito pressuposto*. 5. ed., rev. e ampl. São Paulo: Malheiros Editores LTDA, 2003, p. 57.

⁶³ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. *A expansão do direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais*. Tradução de Luiz Otavio de Oliveira Rocha. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 28-29-30-76.

⁶⁴ BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *O paradoxo do risco e a política criminal contemporânea*. In: MENDES, Gilmar Ferreira; BOTTINI, Pierpaolo Cruz; PACELLI, Eugênio (Coord.). *Direito Penal Contemporâneo*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 111-114.

⁶⁵ BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *O paradoxo do risco e a política criminal contemporânea*. In: MENDES, Gilmar Ferreira; BOTTINI, Pierpaolo Cruz; PACELLI, Eugênio (Coord.). *Direito Penal Contemporâneo*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 114.

Diante do surgimento de novos interesses (a exemplo do sistema financeiro e da ordem tributária) e de novas valorações de interesses preexistentes da sociedade, cuja deterioração ou escassez lhes concede prioridade de proteção (nesse sentido, o meio ambiente)⁶⁶, o Estado passa a incorporar na esfera de atuação do Direito Penal uma nova categoria de bens, transcendente à esfera individual tradicional. Em sua gênese, a criação artificial destes bens pelo Estado teve relação com certos setores socialmente relevantes e, em última análise, constituiu instrumento na consecução dos próprios fins estatais.⁶⁷ Nesta trilha segue Baratta ao recordar que

[...] no modelo do Estado liberal clássico, o "Estado de certeza do direito" e os substratos reais dos bens jurídicos são produzidos na sociedade civil e estão pré-constituídos nas relações das funções públicas. No "Estado da Prevenção" os bens jurídicos a serem protegidos são, cada vez mais, "bens" produzidos pelo Estado, no que se refere às infraestruturas, complexos organizativos e funções relacionadas à atividade do Estado e das instituições públicas.⁶⁸

A partir de novas e diversas criminalizações que se seguiram, é possível identificar uma inclinação à “proteção penal cada vez mais difusa, referida a grandes riscos para a sociedade como um todo.” Esta tendência constitui importante aspecto da adaptação do direito penal ao paradigma da sociedade do risco⁶⁹ uma vez que

Na medida em que a tradicional função minimalista de tutela de alguns bens previamente dados passa a dar lugar a uma função promocional, de garantia das gerações futuras (principalmente no tocante ao meio ambiente, à atividade econômica e à sanidade dos produtos distribuídos à população), a ideia de que o Direito Penal serviria apenas à repressão e à proteção de bens jurídicos de titularidade direta do indivíduo estaria perdendo sua base concreta.⁷⁰

⁶⁶ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. *A expansão do direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais*. Tradução de Luiz Otávio de Oliveira Rocha. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 27.

⁶⁷ MACHADO, Marta Rodriguez de Assis. *Sociedade do risco e Direito Penal: uma avaliação de novas tendências político-criminais*. São Paulo: IBCCRIM, 2005, p. 107-108-109.

⁶⁸ BARATTA, Alessandro. *Funções instrumentais e simbólicas do Direito Penal: Lineamentos de uma teoria do bem jurídico*. Revista Brasileira de Ciências Criminais, vol. 5, p. 5, Jan/1994. Doutrinas Essenciais de Direito Penal, vol. 2, p. 495, Out/2010 DTR\1994\603, p. 6. Neste sentido, HASSEMER constata que “No moderno Direito Penal, a proteção de bens jurídicos torna-se a proteção das instituições.” HASSEMER, Winfried. *Características e Crises do Moderno Direito Penal*. Revista de Estudos Criminais, Porto Alegre, Ano 2, n. 8, 2003, p. 60.

⁶⁹ LUZ, Yuri Correa da. *Entre bens jurídicos e deveres normativos: um estudo sobre os fundamentos do direito penal contemporâneo*. 1.ed. São Paulo: IBCCRIM, 2013, p. 81-82. Neste sentido, LUZ elenca exemplos tupiniquins de regulação penal de interesses difusos, tais como a Lei de Crimes Contra o Sistema Financeiro (7.492/1986), Lei de Crimes Contra a Ordem Tributária, Econômica e as Relações de Consumo (8.137/1990), a Lei de Crimes Contra o Meio Ambiente (9.605/1998), dentre outros.

⁷⁰ LUZ, Yuri Correa da. *Entre bens jurídicos e deveres normativos: um estudo sobre os fundamentos do direito penal contemporâneo*. 1.ed. São Paulo: IBCCRIM, 2013, p. 81-82.

Ao passo que o legislador formula novos bens universais, de modo muito vago e trivial, distancia-se das bases teóricas clássicas do bem jurídico, caracterizadas pela concretude de seu objeto, diretamente relacionado ao indivíduo.⁷¹ Na medida em que estes interesses - notadamente difusos e supra individuais – passam a ser tutelados pelo Direito Penal, resta caracterizado o processo denominado “desmaterialização do bem jurídico.”⁷²

Cada vez mais desvinculado de valores individuais clássicos – ao menos de forma imediata -, os novos contornos do bem jurídico dificultam a atuação do Direito Penal, vez que seu aparato tradicional é preparado para reagir “perante a lesão ou a palpável perigo, causados a concretas condições de vida de uma vítima bem determinada”. Surge daí uma série de consequências que, para além da teoria do bem jurídico, afeta questões determinantes da própria teoria do delito⁷³ e altera a “própria maneira pela qual as proibições penais vêm sendo formuladas em termos de categorias dogmáticas.”⁷⁴

Ante a inadequação dos critérios tradicionais de incriminação baseados na lesão ao bem protegido idealizou-se, em nível político-criminal, a proteção jurídico-penal de bens universais “por meio do estabelecimento de patamares de segurança, compostos por normas de conduta que, se observadas, seriam em tese idôneas para resguardá-los.” Desta forma, os tipos penais construídos não mais descrevem uma ação delituosa, mas tão somente uma moldura, a ser preenchida pelo Poder Executivo⁷⁵ mediante o estabelecimento de *standards* administrativos.⁷⁶

A este processo Hassemer denomina “acessoriedade administrativa”, vez que cabe ao Poder Executivo a fixação dos limites do proibido e do permitido, determinando o momento

⁷¹ HASSEMER, Winfried. *Características e Crises do Moderno Direito Penal*. Revista de Estudos Criminais, Porto Alegre, Ano 2, n. 8, 2003, p. 60.

⁷² MÜSSIG, Bernd. *Desmaterialización del bien jurídico y de la política criminal: Sobre las perspectivas y los fundamentos de una teoría del bien jurídico crítica hacia el sistema*. Revista de Derecho Penal y Criminología, 2.ª Época, n. 9, 2002, p. 169-208.

⁷³ MACHADO, Marta Rodriguez de Assis. *Sociedade do risco e Direito Penal: uma avaliação de novas tendências político-criminais*. São Paulo: IBCCRIM, 2005, p. 110-111-112.

⁷⁴ LUZ, Yuri Correa da. *Entre bens jurídicos e deveres normativos: um estudo sobre os fundamentos do direito penal contemporâneo*. 1.ed. São Paulo: IBCCRIM, 2013, p. 86.

⁷⁵ MACHADO, Marta Rodriguez de Assis. *Sociedade do risco e Direito Penal: uma avaliação de novas tendências político-criminais*. São Paulo: IBCCRIM, 2005, p. 112.

⁷⁶ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. *A expansão do direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais*. Tradução de Luiz Otavio de Oliveira Rocha. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 114.

em que começa o ato criminoso.⁷⁷ Nestes termos, materializa-se a “administrativização” do Direito Penal⁷⁸, cujas características podem ser sintetizadas na seguinte fórmula:

normas administrativas, de fácil maleabilidade e altamente adaptáveis (por poderem ser alteradas por atos do Poder Executivo), vêm tornando-se responsáveis pela delimitação dos standards de risco socialmente aceitos, ao passo que ao Direito Penal é atribuída uma função acessória neste processo, de garantir mediante pena os patamares administrativamente estabelecidos como socialmente aceitáveis.⁷⁹

Assim sendo, o ilícito penal passa a se manifestar como transgressão de um dever, sem necessariamente manter relação imediata com um bem material, mas tão somente uma relação hipotética entre a ação e a produção de um perigo ou dano ao bem jurídico. Configuram-se, assim, verdadeiras tipificações de mera conduta cujo objetivo desloca-se da conservação de objetos para a manutenção da vigência da norma.⁸⁰

Ao voltar sua atenção para a garantia da segurança do sistema, o Direito Penal passa a atuar em momento que precede a concretização do dano. O resultado – lesão ao bem jurídico – acaba reduzido ao eventual exaurimento de um risco incrementado por um comportamento desaprovado.⁸¹

Ao lado dos delitos de transgressão, as normas penais em branco também constituem instrumentos comuns na regulação das novas demandas sociais. Tais normas surgem sob o argumento de que a pouca maleabilidade da lei, decorrente de seu moroso processo de alteração, impediriam a adequada gestão dos riscos provenientes dos setores regulados. Assim, as normas penais em branco apresentam por característica determinante o fato de não descreverem exaustiva e precisamente o comportamento sancionado, fazendo-se necessária a remissão a outras normas para que seu sentido seja completado.⁸²

Nesse sentido, Bottini alerta para o processo consciente de “lacunização (sic) da norma penal” levado a cabo pelo legislador que, em última instância, acaba por delegar parte

⁷⁷ HASSEMER, Winfried. *Segurança pública no Estado de Direito*. In: HASSEMER, Winfried. *Três Temas de direito penal*. 1. ed. Porto Alegre, AMP/Escola Superior do Ministério Público, 1993, p. 88.

⁷⁸ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. *A expansão do direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais*. Tradução de Luiz Otavio de Oliveira Rocha. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 112.

⁷⁹ LUZ, Yuri Correa da. *Entre bens jurídicos e deveres normativos: um estudo sobre os fundamentos do direito penal contemporâneo*. 1.ed. São Paulo: IBCCRIM, 2013, p. 94.

⁸⁰ MACHADO, Marta Rodriguez de Assis. *Sociedade do risco e Direito Penal: uma avaliação de novas tendências político-criminais*. São Paulo: IBCCRIM, 2005, p. 113-114-115.

⁸¹ MACHADO, Marta Rodriguez de Assis. *Sociedade do risco e Direito Penal: uma avaliação de novas tendências político-criminais*. São Paulo: IBCCRIM, 2005, p. 116.

LUZ, Yuri Correa da. *Entre bens jurídicos e deveres normativos: um estudo sobre os fundamentos do direito penal contemporâneo*. 1.ed. São Paulo: IBCCRIM, 2013, p. 96.

do poder de legislar à administração pública, caracterizando verdadeiro “compartilhamento” da gestão dos riscos e da definição de seus limites de tolerância.⁸³

Tanto os delitos de transgressão como as normas penais em branco constituem produção legislativa que se distancia da proteção direta de bens para resguardar patamares de proteção definidos com base em standards de segurança.⁸⁴ A falta de definição das fronteiras entre risco permitido e risco proibido acabará por “politizar” a construção dogmática já que cada conceito é preenchido pelos mais diversos conteúdos, a depender da orientação político-ideológica de quem o faz. Dessa forma, o os elementos do delito acabam por perder seus referenciais de causalismo e de finalismo, que dão lugar a um conteúdo político e funcional, concretizando um cenário de verdadeira incerteza sistêmica.⁸⁵

O uso crescente das incriminações de perigo e, em maior medida, dos tipos de perigo abstrato, demonstra outra importante tendência do Direito Penal na sociedade do risco. Em razão do potencial catastrófico das novas ameaças⁸⁶ e da inadequação das tipificações de resultado ou de perigo concreto para o seu enfrentamento⁸⁷, o legislador penal se vê obrigado a recorrer a normas peculiares. Diante da dificuldade de conhecer e distinguir os comportamentos arriscados dos inócuos, bem como do desconhecimento da extensão de seus eventuais resultados lesivos, os crimes de perigo abstrato acabam por constituir uma alternativa cômoda.⁸⁸ Analisando suas características, Machado preleciona que as normas de perigo abstrato

[...] têm como objeto comportamentos que não se definem em função de uma determinada consequência. Castigam a simples realização de determinada conduta imaginadamente (sic) perigosa, sem a necessidade de configuração de um efetivo perigo ao bem jurídico. A periculosidade da conduta típica é determinada *ex ante*, por meio de uma generalização, de um juízo hipotético do legislador, fundado na idéia (sic) de mera probabilidade. O perigo atua como mero motivo, *ratio* de criação do delito, mas não chega a ser o resultado típico do mesmo. Assim, para a

⁸³ BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *O paradoxo do risco e a política criminal contemporânea*. In: MENDES, Gilmar Ferreira; BOTTINI, Pierpaolo Cruz; PACELLI, Eugênio (Coord.). *Direito Penal Contemporâneo*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 117.

⁸⁴ LUZ, Yuri Correa da. *Entre bens jurídicos e deveres normativos: um estudo sobre os fundamentos do direito penal contemporâneo*. 1.ed. São Paulo: IBCCRIM, 2013, p. 97.

⁸⁵ BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *O paradoxo do risco e a política criminal contemporânea*. In: MENDES, Gilmar Ferreira; BOTTINI, Pierpaolo Cruz; PACELLI, Eugênio (Coord.). *Direito Penal Contemporâneo*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 130-131.

⁸⁶ MACHADO, Marta Rodriguez de Assis. *Sociedade do risco e Direito Penal: uma avaliação de novas tendências político-criminais*. São Paulo: IBCCRIM, 2005, p. 129.

⁸⁷ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. *A expansão do direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais*. Tradução de Luiz Otavio de Oliveira Rocha. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 31.

⁸⁸ BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *O paradoxo do risco e a política criminal contemporânea*. In: MENDES, Gilmar Ferreira; BOTTINI, Pierpaolo Cruz; PACELLI, Eugênio (Coord.). *Direito Penal Contemporâneo*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 115.

consecução desse tipo de delito, não é necessário provar se o perigo foi ou não produzido, bastando apenas a demonstração de que foi executada a conduta que, de um ponto de vista geral e abstrato, foi reputada perigosa.⁸⁹

A proliferação dos crimes de perigo abstrato é notória nas legislações contemporâneas, principalmente nas criminalizações relacionadas ao meio ambiente e ao tráfico internacional de drogas.⁹⁰ Na visão de Hassemer, eles constituem “a forma delitiva da modernidade.”⁹¹

Com base nos atributos desta modalidade de crimes e na sua utilização cada vez mais frequente pelo legislador penal, infere-se que o Direito Penal experimenta uma mudança paradigmática que extrapola a questão monista-dualista⁹² do bem jurídico e a utilização do aparato penal como instrumento de solução de grandes conflitos sociais. Em vez da tradicional reação ao injusto, cada vez mais o Direito Penal tende a preveni-lo. “Não se trata mais de dar uma resposta apropriada ao passado, mas da dominação do futuro.”⁹³

Abordar a polêmica (in)constitucionalidade dos crimes de perigo abstrato ultrapassaria os objetivos do presente trabalho. O acirrado debate encontra valorosos defensores que defendem posições extremamente opostas⁹⁴. Porém, cabe aqui elencar, ainda que brevemente, alguns dos reflexos que esta modalidade delitiva provoca na práxis penal.

O recurso à forma delitiva dos crimes de perigo abstrato facilita a aplicação do Direito Penal, já que não é exigida qualquer prova de dano. A valoração da gravidade da conduta é feita pelo legislador no momento da criação da norma, o que resulta na facilitação da tarefa do juiz ao aplicá-la, à custa da limitação interpretativa que lhe é imposta. A longo prazo, se reduz a clareza e a percepção do injusto, que resume-se no resultado de uma pura avaliação

⁸⁹ MACHADO, Marta Rodriguez de Assis. *Sociedade do risco e Direito Penal: uma avaliação de novas tendências político-criminais*. São Paulo: IBCCRIM, 2005, p. 130.

⁹⁰ LUZ, Yuri Correa da. *Entre bens jurídicos e deveres normativos: um estudo sobre os fundamentos do direito penal contemporâneo*. 1.ed. São Paulo: IBCCRIM, 2013, p. 88.

⁹¹ HASSEMER, Winfried. *Características e Crises do Moderno Direito Penal*. Revista de Estudos Criminais, Porto Alegre, Ano 2, n. 8, 2003, p. 60.

⁹² GRECO, Luís. “Princípio da ofensividade” e crimes de perigo abstrato: Uma introdução ao debate sobre o bem jurídico e as estruturas do delito. Revista Brasileira de Ciências Criminais, vol. 49, p. 89, Jul/2004. Doutrinas Essenciais de Direito Penal, vol. 1, p. 355, Out/2010 DTR \2004\892, p. 5.

⁹³ HASSEMER, Winfried. *Características e Crises do Moderno Direito Penal*. Revista de Estudos Criminais, Porto Alegre, Ano 2, n. 8, 2003, p. 59-61.

⁹⁴ A título meramente exemplificativo manifesta-se pela constitucionalidade dos crimes de perigo abstrato DIAS, Jorge de Figueiredo – DIAS, Jorge de Figueiredo. *O Direito Penal entre a “sociedade industrial” e a “sociedade do risco”*. Revista Brasileira de Ciências Criminais, vol. 33, p. 39, Jan/2001. Doutrinas Essenciais de Direito Penal, vol. 2, p. 269, Out/2010 DTR\2001\8, p. 11; e pela inconstitucionalidade, GOMES, Luiz Flávio. *Norma e bem jurídico no direito penal: normas penais primárias e secundárias, normas valorativas e imperativas, introdução ao princípio da ofensividade, lineamentos da teoria constitucional do fato punível, teoria do bem jurídico-penal, o bem jurídico protegido nas falsidades documentais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 145.

técnica.⁹⁵ Ademais, “quanto menores forem as pré-condições para a sanção, tanto menores serão as possibilidades de defesa”.⁹⁶

Dentre as tendências contemporâneas também podem ser mencionado o aumento de crimes omissivos e culposos. A utilização destas modalidades delitivas contorna algumas dificuldades referentes à regulação dos novos riscos, tais como a de “determinar a lesão ou a efetiva periclitacão dos bens supra-individuais (sic) e a de identificar os processos causais entre uma ação e um resultado”. No que se refere à autoria e ao elemento subjetivo do injusto, a identificação de destinatários de deveres de vigilância facilita a atuação do Direito Penal.⁹⁷

Os crimes omissivos próprios são aqueles em que ocorre a simples transgressão de um comando normativo que estabelece o dever de agir, independente da relação entre a infração do dever e o resultado. No caso dos crimes omissivos impróprios vislumbra-se a presença de um responsável - perante o ordenamento jurídico - pela não produção do resultado, denominado “garante”. Nesse caso, aquele que ocupa a posição de garante e se omite, não interferindo no processo de produção do resultado negativo, incorre na omissão imprópria.⁹⁸

Pode-se perceber que os crimes omissivos estão em sintonia com a tendência contemporânea de expansão da normatização de deveres, instaurando uma mentalidade de vigilância generalizada. Diante das incertezas dos novos riscos, qualquer ação pode ser perigosa e todos devem estar preparados para evitar um dano ou perigo que suas ações possam gerar. “Aquele que, podendo e devendo agir para evitar um risco ou um dano, mantém-se inerte”, será responsabilizado criminalmente.⁹⁹

Na mesma linha, o aumento de tipificações culposas constitui uma possibilidade para contornar a dificuldade de identificação do “elemento subjetivo dolo nas ações lesivas aos bens jurídicos coletivos”, tarefa árdua diante dos múltiplos sujeitos e das complexas e obscuras causas a elas relacionadas. Assim, o estabelecimento de deveres positivos de

⁹⁵ HASSEMER, Winfried. *Características e Crises do Moderno Direito Penal*. Revista de Estudos Criminais, Porto Alegre, Ano 2, n. 8, 2003, p. 60-61.

⁹⁶ HASSEMER, Winfried. *Segurança pública no Estado de Direito*. In: HASSEMER, Winfried, *Três Temas de direito penal*. 1. ed. Porto Alegre, AMP/Escola Superior do Ministério Público, 1993, p. 90.

⁹⁷ MACHADO, Marta Rodriguez de Assis. *Sociedade do risco e Direito Penal: uma avaliação de novas tendências político-criminais*. São Paulo: IBCCRIM, 2005, p. 137.

⁹⁸ MACHADO, Marta Rodriguez de Assis. *Sociedade do risco e Direito Penal: uma avaliação de novas tendências político-criminais*. São Paulo: IBCCRIM, 2005, p. 138. Em que pese a aceitação geral dos termos “próprio” e “impróprio”, não são eles os mais adequados para diferenciar as espécies de omissão. Tendo em vista as particularidades dos sujeitos de ambas as figuras, mais correto seria denomina-las “omissão simples” e “omissão qualificada”, respectivamente. TAVARES, Juarez. *Alguns aspectos da estrutura dos crimes omissivos*. Revista Brasileira de Ciências Criminais, vol. 15, p. 125, Jul/1996. Doutrinas Essenciais de Direito Penal Econômico e da Empresa, vol. 1, p. 141, Jul/2011 DTR\1996\255, p. 15.

⁹⁹ MACHADO, Marta Rodriguez de Assis. *Sociedade do risco e Direito Penal: uma avaliação de novas tendências político-criminais*. São Paulo: IBCCRIM, 2005, p. 139.

cuidado na legislação extrapenal mostra-se um cômodo instrumento na regulação das mais diversas atividades de risco.¹⁰⁰

No tocante à produção legislativa penal do risco, Bottini constata que da combinação entre os crimes de perigo, de omissão e os culposos surgem figuras típicas inusitadas, tais como crimes omissivos de perigo abstrato, crimes omissivos culposos e crimes culposos de perigo abstrato.¹⁰¹

A tendência contemporânea de atuação cada vez mais preventiva do Direito Penal frente aos novos riscos, antecipando-lhes a tutela, recebeu de Lothar Kuhlen uma importante e controversa ferramenta. A tese dos “delitos cumulativos” formulada pelo autor centra-se na possibilidade de

sancionar penalmente uma conduta individual ainda quando esta não seja em si mesma lesiva do bem jurídico (nem o ponha por si só em perigo relevante), se se conta com a possibilidade certa de que dita conduta – não lesiva de per se – se realize também por outros sujeitos, de modo que o conjunto de comportamentos culminará certamente lesionando o correspondente bem jurídico.¹⁰²

A conduta, inofensiva se considerada individualmente, revestir-se-ia de potencial lesivo ao bem jurídico tanto quando praticada por um grande número de pessoas como quando praticada de forma reiterada pelo mesmo indivíduo. Assim, a proteção eficiente de alguns interesses da sociedade, notadamente relacionados ao meio ambiente e à ordem econômico-tributária, dependeria de sua regulação através dos delitos cumulativos, coibindo condutas mínimas que, em conjunto, mostram-se lesivas ao bem jurídico.¹⁰³

Parece claro que a lógica dos delitos cumulativos se choca com preceitos penais clássicos, confundindo as fronteiras entre o Direito Penal e o Direito Administrativo. Isso em função de ser o ilícito administrativo aquele que não exige a perturbação do bem jurídico para sua configuração, mas tão somente que, em termos estatísticos, a conduta represente um perigo para o modelo setorial de gestão.¹⁰⁴

¹⁰⁰ MACHADO, Marta Rodriguez de Assis. *Sociedade do risco e Direito Penal: uma avaliação de novas tendências político-criminais*. São Paulo: IBCCRIM, 2005, p. 140.

¹⁰¹ BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *O paradoxo do risco e a política criminal contemporânea*. In: MENDES, Gilmar Ferreira; BOTTINI, Pierpaolo Cruz; PACELLI, Eugênio (Coord.). *Direito Penal Contemporâneo*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 116.

¹⁰² SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. *A expansão do direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais*. Tradução de Luiz Otavio de Oliveira Rocha. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 121.

¹⁰³ MACHADO, Fábio Guedes de Paula. *Perspectivas político-criminais e dogmáticas do Direito (sic) Penal no contexto da sociedade de riscos*. Ciências Criminais, vol. 15, p. 357, Jul/2011 DTR \2011\5229, p. 8.

¹⁰⁴ MACHADO, Marta Rodriguez de Assis. *Sociedade do risco e Direito Penal: uma avaliação de novas tendências político-criminais*. São Paulo: IBCCRIM, 2005, p. 143-144.

Segundo o entendimento de alguns de seus críticos, a tese dos delitos cumulativos choca-se com princípios penais basilares. Ao punir o indivíduo baseando-se na mera hipótese de que sua conduta seja repetida massivamente por terceiros, restaria evidente a afronta ao princípio da auto responsabilidade. No que se refere à inocuidade da conduta, individualmente considerada, estar-se-ia criminalizando comportamentos de cunho bagatelar¹⁰⁵, em ofensa ao princípio da lesividade.¹⁰⁶ Mesmo reconhecendo certa razão à ideia da acumulação, Silva Sánchez adverte que

[...] em nenhum caso pode desconsiderar-se aqui a confrontação com o princípio da proporcionalidade. Assim, a magnitude do problema global não pode nunca justificar a imposição de uma pena grave a sujeitos individuais, quando as contribuições de cada um são, isoladamente, insignificantes.¹⁰⁷

Em que pesem as controvérsias que pairam sobre a teoria da acumulação, sua influência na política criminal em sede ambiental já pode ser percebida. Mesmo que não de modo declarado, alguns tipos penais relacionados à matéria parecem considerar a análise global do problema ambiental na determinação da culpabilidade das condutas que abarcam.¹⁰⁸

Outro importante aspecto da dogmática penal do risco centra-se na responsabilidade criminal da pessoa jurídica, cuja consagração no texto constitucional pátrio¹⁰⁹ trouxe para o âmbito nacional o polêmico tema, já há tempos debatido internacionalmente.¹¹⁰ Tal como é inegável o papel desempenhado pela empresa no desenvolvimento econômico e social na era pós-industrial, também a é sua crescente vinculação à criminalidade econômica, ao crime

¹⁰⁵ MACHADO, Fábio Guedes de Paula. *Perspectivas político-criminais e dogmáticas do Direito (sic) Penal no contexto da sociedade de riscos*. Ciências Criminais, vol. 15, p. 357, Jul/2011 DTR \2011\5229, p. 8.

¹⁰⁶ MACHADO, Marta Rodriguez de Assis. *Sociedade do risco e Direito Penal: uma avaliação de novas tendências político-criminais*. São Paulo: IBCCRIM, 2005, p. 144.

¹⁰⁷ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. *A expansão do direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais*. Tradução de Luiz Otavio de Oliveira Rocha. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 123-124.

¹⁰⁸ MACHADO, Marta Rodriguez de Assis. *Sociedade do risco e Direito Penal: uma avaliação de novas tendências político-criminais*. São Paulo: IBCCRIM, 2005, p. 144-145. Abonando sua observação, a autora cita o exemplo das “emissões de determinada empresa que são inquinadas de ilícitas por superar os níveis de concentração de substâncias tóxicas estabelecidos na norma administrativa vigente e que, se consideradas concretamente, não acarretariam perigo ou dano ao meio ambiente.”

¹⁰⁹ BRASIL, Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado, 1988, art. 173, § 5º e art. 225, § 3º.

¹¹⁰ Um panorama preciso da evolução histórica da ideia de responsabilização criminal dos entes coletivos é traçado por SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica por Dano Ambiental*. Revista de Estudos Criminais, Porto Alegre, Ano 2, n. 8, 2003, p. 150-154.

organizado, aos delitos ecológicos, aos delitos conexos às relações de consumo, dentre outros.¹¹¹

Mesmo aceita esta realidade, a responsabilização penal da pessoa jurídica não é isenta de críticas. Para Dotti, a imputabilidade penal da pessoa jurídica nada mais é que uma conveniência ao aparato punitivo estatal, cujas deficiências estruturais e insuficiência de recursos materiais e humanos são notórias. Assim, “mais fácil será debitar a causalidade do evento a um ente coletivo que proceder às diligências geralmente penosas para o estabelecimento das responsabilidades individuais”.¹¹² No que toca à dogmática penal, Machado recorda que

a partir do princípio *societas delinquere non potest*, tradicionalmente resguardou-se a idéia (sic) de que as pessoas jurídicas carecem de capacidade de ação e de culpabilidade. O conceito de culpabilidade, em direito penal, sempre teve por alicerce o vínculo entre o homem e o fato, ou seja, cristalizou-se como um juízo altamente individualizador (sic).¹¹³

Bitencourt considera que a conduta, seja comissiva ou omissiva, constitui-se na “pedra angular da Teoria do Crime” e “é produto exclusivo do homem”. Assim, “a capacidade de ação, de culpabilidade, exige a presença de uma vontade, entendida como faculdade psíquica da pessoa individual, que somente o ser humano pode ter”.¹¹⁴

Nesta linha, Machado afirma que “os principais obstáculos ao reconhecimento dos entes coletivos como centro autônomo de imputação jurídico-penal” são a “imputação propriamente dita” e a “ausência de um aparelho psíquico análogo ao do ser humano para suportar o juízo de desaprovação eticossocial (sic) da culpabilidade.”¹¹⁵

A personalidade da pena constitui outro ponto controverso da imputação penal da pessoa jurídica. Em função de expressa disposição constitucional, a sanção penal não pode ser aplicada ou executada contra quem não seja autor ou partícipe do delito. Porém, no caso do ente coletivo, mesmo que o delito seja praticado por apenas um de seus dirigentes, os demais

¹¹¹ MACHADO, Marta Rodriguez de Assis. *Sociedade do risco e Direito Penal: uma avaliação de novas tendências político-criminais*. São Paulo: IBCCRIM, 2005, p. 145-146.

¹¹² DOTTI, Renê Ariel. *A incapacidade criminal da pessoa jurídica: uma perspectiva do direito brasileiro*. Revista Brasileira de Ciências Criminais, vol. 11, p. 184, Jul/1995. Doutrinas Essenciais de Direito Penal Econômico e da Empresa, vol. 1, p. 1127, Jul/2011 DTR\1995\565, p. 3.

¹¹³ MACHADO, Marta Rodriguez de Assis. *Sociedade do risco e Direito Penal: uma avaliação de novas tendências político-criminais*. São Paulo: IBCCRIM, 2005, p. 148.

¹¹⁴ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Manual de Direito Penal: Parte geral*. Vol. 1. 6. ed. rev. e atual. pelas leis 9.099/95, 9.268/96, 9.271/96, 9.455/97 e 9.714/98, do livro Lições de direito penal. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 163.

¹¹⁵ MACHADO, Fábio Guedes de Paula. *Perspectivas político-criminais e dogmáticas do Direito (sic) Penal no contexto da sociedade de riscos*. Ciências Criminais, vol. 15, p. 357, Jul/2011 DTR \2011\5229, p. 9.

acabarão sofrendo implicações da condenação. Por outro lado, se a pessoa jurídica não tiver condições materiais ou morais de sobreviver em função da sanção imposta, este acontecimento inevitavelmente afetará pessoas físicas e jurídicas que vivem sob a sua dependência. Em ambos os casos, inocentes são afetados.¹¹⁶

As críticas à imputabilidade penal da pessoa jurídica não se restringem às recém-elencadas. Tratar de todas ultrapassaria as pretensões do presente trabalho¹¹⁷. Importante ressaltar que a responsabilização criminal dos entes coletivos está inserida em um contexto maior, no qual o Direito Penal clássico se vê cada vez mais transformado para se adequar à realidade dos novos riscos.

As adaptações do direito penal às novas metas político-criminais da sociedade do risco mostram-se incompatíveis com os princípios e garantias penais e processuais penais tradicionais, que passam a ser confrontados, reinterpretados, entendidos de forma flexível e adequados às novas necessidades.¹¹⁸

As opiniões divergem quanto à legitimidade de tais mudanças. Deve o direito penal transformar-se para responder adequadamente aos novos anseios sociais por segurança? Em caso de resposta positiva, em que medida devem se dar tais transformações? Tais questionamentos permeiam as discussões sobre o tema. A seguir serão avaliados três possíveis caminhos para o direito penal diante das novas demandas. A expectativa é de que, a partir dos resultados desta análise, possa-se aqui compartilhar de um destes entendimentos sem, contudo, desprezar outras possibilidades.

3.3 Possibilidades Político-Criminais para o Direito Penal do Risco: o direito de intervenção de Hassemer, o direito penal de duas velocidades de Silva Sánchez e o Garantismo de Ferrajoli

Como ficou demonstrado nas páginas anteriores, a sociedade contemporânea é marcada por profundas transformações em suas bases tradicionais. O surgimento de novos

¹¹⁶ DOTTI, Renê Ariel. *A incapacidade criminal da pessoa jurídica: uma perspectiva do direito brasileiro*. Revista Brasileira de Ciências Criminais, vol. 11, p. 184, Jul/1995. Doutrinas Essenciais de Direito Penal Econômico e da Empresa, vol. 1, p. 1127, Jul/2011 DTR\1995\565, p. 4.

¹¹⁷ Sobre o impacto da imputabilidade penal da pessoa jurídica nas premissas tradicionais do Direito Penal, tanto material quanto processual, ver DOTTI, Renê Ariel. *A incapacidade criminal da pessoa jurídica: uma perspectiva do direito brasileiro*. Revista Brasileira de Ciências Criminais, vol. 11, p. 184, Jul/1995. Doutrinas Essenciais de Direito Penal Econômico e da Empresa, vol. 1, p. 1127, Jul/2011 DTR\1995\565.

¹¹⁸ MACHADO, Marta Rodriguez de Assis. *Sociedade do risco e Direito Penal: uma avaliação de novas tendências político-criminais*. São Paulo: IBCCRIM, 2005, p. 155-156.

riscos, de caráter global e de amplo potencial destrutivo, impacta na sensação social de insegurança, demandando a atuação do direito penal em setores que até então lhe eram estranhos. Ao passo que a criminalidade moderna exige, para o seu enfrentamento, instrumentos dos quais o direito penal clássico não dispõe, se estabelece o impasse entre “moderniza-lo”, adequando-o às novas funções que lhe são conferidas, ou mantê-lo em seus contornos tradicionais, orientado pelas garantias e princípios clássicos.

As propostas ante a tal impasse são múltiplas e variam quanto ao teor. Entre a expansão irrestrita do direito penal e sua preservação como *ultima ratio* na proteção subsidiária de bens jurídicos fundamentais, vislumbra-se posições intermediárias.¹¹⁹ Pelo relevo que assumem na doutrina contemporânea, três são as teorias sobre as quais o presente trabalho se debruçará na sequência: o direito de intervenção de Hassemer, o direito penal de duas velocidades de Silva Sánchez e o garantismo de Ferrajoli. Através da análise destas teorias pretende-se traçar o um fiel esboço de cada uma delas, identificando suas bases e principais características.

Segundo o diagnóstico de Hassemer, os principais setores do moderno direito penal estão acompanhados de déficits de execução crônicos em razão da amplitude das funções que lhe são confiadas. Tais déficits, na concepção do autor, “são um indício de que o Direito Penal está inserido em determinados setores, armado com instrumentos e ampliado para funções que lhe são desconhecidas e que este desconhecimento é fundamental e não passageiro.” Mesmo com tal constatação, predomina o entendimento de que as deficiências do direito penal seriam superáveis através do aumento da quantidade e intensidade de seus instrumentos jurídico-penais. O uso insistente das mesmas soluções - “mais do mesmo” – acaba por resultar nos mesmos problemas.¹²⁰

Diante de um cenário no qual o direito penal mostra-se “incapaz de solucionar os modernos problemas da criminalidade”, Hassemer propõe a criação de um novo campo do direito¹²¹, buscando “frear a tendência de expansão do Direito Penal e flexibilização de regras processuais, de imputação e de parte geral.”¹²² “Localizado entre o Direito Penal e o Direito dos ilícitos administrativos, entre o Direito Civil e o Direito Público”, o Direito de

¹¹⁹ MACHADO, Marta Rodriguez de Assis. *Sociedade do risco e Direito Penal: uma avaliação de novas tendências político-criminais*. São Paulo: IBCCRIM, 2005, p. 132.

¹²⁰ HASSEMER, Winfried. *Características e Crises do Moderno Direito Penal*. Revista de Estudos Criminais, Porto Alegre, Ano 2, n. 8, 2003, p. 61-62.

¹²¹ HASSEMER, Winfried. *Perspectivas de uma moderna política criminal*. In: HASSEMER, Winfried. *Três Temas de direito penal*. 1. ed. Porto Alegre, AMP/Escola Superior do Ministério Público, 1993, p. 84.

¹²² OLIVEIRA, Ana Carolina Carlos de. *Hassemer e o direito penal brasileiro: direito de intervenção, sanção penal e administrativa*. 1.ed. São Paulo: IBCCRIM, 2013, p. 61.

Intervenção responderia de forma mais eficaz aos problemas especiais da sociedade moderna.¹²³

Cabe advertir que o direito de intervenção não é um direito penal mais brando, nem tampouco um mero direito administrativo. Mais que um aumento quantitativo no âmbito das sanções, representa uma resposta qualitativa à moderna criminalidade através da conjugação de diferentes ramos do direito, tais como o próprio direito penal, os ilícitos civis, o direito de polícia, o direito tributário e as contravenções penais.¹²⁴

Com o objetivo de tornar a investigação mais eficiente, o novo campo proposto por Hassemer seria submetido a regras e garantias processuais mais flexíveis.¹²⁵ Deveria ter “em conta as leis do mercado e as possibilidades de um sutil controle estatal, sem problemas de imputação, sem pressupostos de culpabilidade, sem um processo metuculoso” e, por isso mesmo, desprovido de penas privativas de liberdade. Dessa forma, seria promovido o equilíbrio entre garantias e consequências penais.¹²⁶

Os problemas advindos das sociedades pós-industriais que resultaram na modernização do direito penal e lhe infligem tantas dificuldades, tanto teóricas quanto práticas, seriam regulados de forma mais adequada pelo direito de intervenção. Sob diversos aspectos, Hassemer sustenta as vantagens de sua proposta no tratamento da nova criminalidade.¹²⁷ Como observa o autor,

A criminalidade moderna não é um caso de danos, é um caso de riscos. Normalmente nem se chega a produzir um dano, ou o dano ocorre quando é tarde demais. Assim, esse campo do direito precisa poder reagir ao perigo, ao risco, precisa ser sensível diante da mínima mudança que pode se desenvolver e transformar-se em grandes problemas. É um campo do direito que tem que se organizar preventivamente. Nosso Direito Penal sempre se orientou pela repressão, sempre se orientou pelo passado e, por bons motivos teima em continuar assim. Mas hoje necessitamos é da prevenção, porque a repressão vem tarde demais. [...] É importante que se aja no início, no nascedouro, por isso chamamos “Direito de Intervenção”.¹²⁸

¹²³ HASSEMER, Winfried. *Características e Crises do Moderno Direito Penal*. Revista de Estudos Criminais, Porto Alegre, Ano 2, n. 8, 2003, p. 65-66.

¹²⁴ OLIVEIRA, Ana Carolina Carlos de. *Hassemer e o direito penal brasileiro: direito de intervenção, sanção penal e administrativa*. 1.ed. São Paulo: IBCCRIM, 2013, p. 62.

¹²⁵ OLIVEIRA, Ana Carolina Carlos de. *Hassemer e o direito penal brasileiro: direito de intervenção, sanção penal e administrativa*. 1.ed. São Paulo: IBCCRIM, 2013, p. 62.

¹²⁶ HASSEMER, Winfried. *História das ideias penais na Alemanha do pós-guerra*. In: HASSEMER, Winfried. *Três Temas de direito penal*. 1. ed. Porto Alegre, AMP/Escola Superior do Ministério Público, 1993, p. 59.

¹²⁷ HASSEMER, Winfried. *Características e Crises do Moderno Direito Penal*. Revista de Estudos Criminais, Porto Alegre, Ano 2, n. 8, 2003, p. 65.

¹²⁸ HASSEMER, Winfried. *Perspectivas de uma moderna política criminal*. In: HASSEMER, Winfried. *Três Temas de direito penal*. 1. ed. Porto Alegre, AMP/Escola Superior do Ministério Público, 1993, p. 95-96.

Neste sentido, a não imposição de penas privativas de liberdade – principal característica da proposta de Hassemer – permitiria ao direito de intervenção atuar preventivamente, bem como possibilitaria a criação de obrigações de minimizar danos, nos casos em que não fosse possível revertê-los.¹²⁹ Diferentemente do direito penal clássico, concebido para reagir “perante a lesão ou a palpável perigo causados a concretas condições de vida de uma vítima bem determinada”, o direito de intervenção poderia adiantar-se, agindo em esferas anteriores ao dano sem afrontar princípios como o da lesividade, subsidiariedade, fragmentariedade e *ultima ratio*.¹³⁰

A implementação da proposta de Hassemer exige, primeiramente, a retirada de grande parcela da modernidade que atualmente permeia o direito penal, reduzindo-o a um direito penal nuclear (Kernstrafrecht).¹³¹ Segundo o autor,

[...] o Direito Penal deve voltar ao aspecto central, ao Direito Penal formal, a um campo no qual pode funcionar, que são os bens e direitos individuais, vida, liberdade, propriedade, integridade física, enfim, direitos que podem ser descritos com precisão, cuja lesão pode ser objeto de um processo penal normal. [...] o Direito Penal, no fim das contas, estará disponível para os delitos mais graves, mas não para esse novo campo da moderna criminalidade.¹³²

Os bens jurídicos universais também têm sua importância reconhecida por Hassemer. No entanto, para que sejam adequadamente tutelados pelo direito penal, o autor entende que eles devem ser formulados com a maior precisão possível e funcionalizados pelos bens jurídicos individuais.¹³³ Desta forma, o direito penal nuclear ao qual o autor se refere seria “formado apenas por delitos de lesão a clássicos bens jurídicos individuais ou a bens jurídicos supra-individuais (sic) estritamente vinculados à pessoa”, bem como por “delitos de perigo concreto graves e evidentes”. Os tipos penais relacionados a este núcleo estariam sujeitos a regras de imputação rígidas e aos princípios de garantia clássicos.¹³⁴

¹²⁹ OLIVEIRA, Ana Carolina Carlos de. *Hassemer e o direito penal brasileiro: direito de intervenção, sanção penal e administrativa*. 1.ed. São Paulo: IBCCRIM, 2013, p. 63.

¹³⁰ MACHADO, Marta Rodriguez de Assis. *Sociedade do risco e Direito Penal: uma avaliação de novas tendências político-criminais*. São Paulo: IBCCRIM, 2005, p. 110-162-163.

¹³¹ HASSEMER, Winfried. *Características e Crises do Moderno Direito Penal*. Revista de Estudos Criminais, Porto Alegre, Ano 2, n. 8, 2003, p. 65.

¹³² HASSEMER, Winfried. *Perspectivas de uma moderna política criminal*. In: HASSEMER, Winfried. *Três Temas de direito penal*. 1. ed. Porto Alegre, AMP/Escola Superior do Ministério Público, 1993, p. 95.

¹³³ HASSEMER, Winfried. *Características e Crises do Moderno Direito Penal*. Revista de Estudos Criminais, Porto Alegre, Ano 2, n. 8, 2003, p. 65.

¹³⁴ MACHADO, Marta Rodriguez de Assis. *Sociedade do risco e Direito Penal: uma avaliação de novas tendências político-criminais*. São Paulo: IBCCRIM, 2005, p. 197.

Ao “esvaziar o direito penal dos tipos abertos e das demandas por flexibilização do processo”, o direito de intervenção permitiria lhe atuar somente nos tipos penais tradicionais, no chamado núcleo duro, possibilitando a manutenção de “princípios constitucionais penais fundamentais, desenvolvidos ao longo dos tempos pela teoria do delito”.¹³⁵

Outro importante aspecto da proposta de Hassemer relaciona-se com “a dispensa de mecanismos de imputação pessoal de responsabilidade, admitindo-se responsabilidades coletivas.”¹³⁶ O fato do direito penal clássico estar totalmente voltado para o indivíduo inviabiliza a adoção de instrumentos eficientes contra as pessoas jurídicas. Na visão do autor, a problemática moderna situa-se nos entes coletivos, nas instituições, em grupos inteiros de organizações sociais.¹³⁷ O ilícito penal moderno resulta muito mais de processos entrelaçados e complexos de decisões, o que leva o princípio da responsabilidade individual ao anacronismo.¹³⁸ Segundo Oliveira,

Diante das dificuldades de imputação pessoal nos delitos característicos da criminalidade contemporânea (econômicos, meio ambiente etc.), onde as atividades desenvolvem-se com a colaboração de vários agentes, em decisões coletivas, tornando difícil isolar as condutas individuais, ressalta-se a tendência de transformação do Direito Penal em uma espécie de direito preventivo, o que não se coaduna com os princípios de lesividade e *ultima ratio*.¹³⁹

Ademais, o direito de intervenção seria composto por um complexo sistema de regras de prevenção técnica, fortalecendo métodos preventivos anteriores a atuação penal, a exemplo de apólices de seguro e pesquisas empíricas voltadas à definição das áreas de maior risco. Daí resultaria o abandono do modelo de prevenção normativa de riscos que caracteriza o direito penal contemporâneo. Ao lado deste aparato, Hassemer sustenta a necessidade de políticas públicas voltadas para os setores envolvidos nos delitos. Assim, o direito de intervenção “se ocuparia de uma contenção prematura de perigos, e prejuízos, através de um extenso domínio sobre situações de risco.”¹⁴⁰

¹³⁵ OLIVEIRA, Ana Carolina Carlos de. *Hassemer e o direito penal brasileiro: direito de intervenção, sanção penal e administrativa*. 1.ed. São Paulo: IBCCRIM, 2013, p. 63.

¹³⁶ OLIVEIRA, Ana Carolina Carlos de. *Hassemer e o direito penal brasileiro: direito de intervenção, sanção penal e administrativa*. 1.ed. São Paulo: IBCCRIM, 2013, p. 65.

¹³⁷ HASSEMER, Winfried. *Perspectivas de uma moderna política criminal*. In: HASSEMER, Winfried. *Três Temas de direito penal*. 1. ed. Porto Alegre, AMP/Escola Superior do Ministério Público, 1993, p. 95.

¹³⁸ HASSEMER, Winfried. *História das ideias penais na Alemanha do pós-guerra*. In: HASSEMER, Winfried. *Três Temas de direito penal*. 1. ed. Porto Alegre, AMP/Escola Superior do Ministério Público, 1993, p. 56.

¹³⁹ OLIVEIRA, Ana Carolina Carlos de. *Hassemer e o direito penal brasileiro: direito de intervenção, sanção penal e administrativa*. 1.ed. São Paulo: IBCCRIM, 2013, p. 65.

¹⁴⁰ OLIVEIRA, Ana Carolina Carlos de. *Hassemer e o direito penal brasileiro: direito de intervenção, sanção penal e administrativa*. 1.ed. São Paulo: IBCCRIM, 2013, p. 67-68-70.

Nestes termos, o novo direito interventor seria apto a combater os modernos focos de insegurança, especialmente no campo das drogas, dos delitos econômicos e ambientais.¹⁴¹

Importante ressaltar que a proposta de Hassemer de um direito de intervenção é constituída apenas por linhas gerais e encontra-se em fase de maturação. Nesse sentido, a pretensão do autor se aproxima muito mais do estímulo ao debate sobre a problemática penal do que de afirmar uma verdade definitiva.¹⁴² Se parece óbvio que o direito penal deve desenvolver-se em contato com sua realidade, definir quanto de sua tradição deverá abrir mão a fim de manter este contato mostra-se uma tarefa árdua. Apesar de esta definição constituir tarefa política, o autor entende que caberá às ciências penais definir “*topoi* mínimos, sem cuja observância uma decisão política não deveria ser legitimamente adotada.”¹⁴³

Diferente de Hassemer, que propõe a regulação da criminalidade específica da sociedade do risco através de um novo campo do direito, Silva Sánchez formula o seu “direito penal de duas velocidades”, remetendo essa nova seara de tutela a uma área diferenciada dentro do próprio direito penal.¹⁴⁴

A proposta de Sánchez acaba por demonstrar sua postura intermediária frente ao embate entre princípios penais clássicos e ampliação da proteção na sociedade de risco¹⁴⁵, posição esta que chegou a ser denominada “expansão moderada”¹⁴⁶.

Isso pelo fato do autor recusar, ao mesmo tempo, o retorno do direito penal a contornos clássicos e sua plena modernização. No que se refere à tendência de modernização, Sánchez adverte que ela é caracterizada pela expansão e pela flexibilização de princípios político-criminais e regras de imputação que atingem o direito penal como um todo, inclusive os delitos punidos com penas privativas de liberdade. Diante disso, o autor se opõe ao processo de “desnaturalização” do sistema de garantias penais da forma como vem ocorrendo¹⁴⁷

¹⁴¹ MACHADO, Marta Rodriguez de Assis. *Sociedade do risco e Direito Penal: uma avaliação de novas tendências político-criminais*. São Paulo: IBCCRIM, 2005, p. 197.

¹⁴² HASSEMER, Winfried. *Perspectivas de uma moderna política criminal*. In: HASSEMER, Winfried. *Três Temas de direito penal*. 1. ed. Porto Alegre, AMP/Escola Superior do Ministério Público, 1993, p. 95.

¹⁴³ HASSEMER, Winfried. *História das ideias penais na Alemanha do pós-guerra*. In: HASSEMER, Winfried. *Três Temas de direito penal*. 1. ed. Porto Alegre, AMP/Escola Superior do Ministério Público, 1993, p. 58.

¹⁴⁴ MACHADO, Marta Rodriguez de Assis. *Sociedade do risco e Direito Penal: uma avaliação de novas tendências político-criminais*. São Paulo: IBCCRIM, 2005, p. 197.

¹⁴⁵ MACHADO, Marta Rodriguez de Assis. *Sociedade do risco e Direito Penal: uma avaliação de novas tendências político-criminais*. São Paulo: IBCCRIM, 2005, p. 194.

¹⁴⁶ FRANCO, Alberto Silva. *Globalização e criminalidade dos poderosos*. In: PODVAL, Roberto (org.). *Temas de direito penal econômico*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 276.

¹⁴⁷ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. *A expansão do direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais*. Tradução de Luiz Otavio de Oliveira Rocha. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 143.

Por outro lado, o direito penal liberal sequer existiu nos moldes nos quais alguns autores pretendem reconstruí-lo. Sánchez entende que dito modelo liberal foi marcado por uma rigorosa proteção do Estado e pela presença de certos princípios de organização social. Além disso, a rigidez das garantias formais deste modelo não era mais que um contrapeso ao extraordinário rigor das sanções então impostas, tais como penas de morte e corporais.¹⁴⁸

A relação direta que Sánchez estabelece entre as garantias que determinado sistema de imputação incorpora e a gravidade das sanções que aplica constitui o ponto de partida na formulação do direito penal de duas velocidades. Desta relação o autor conclui que nem todo sistema sancionatório penal deverá prever as mesmas garantias, já que as consequências jurídicas (penas) são diversas.¹⁴⁹ Assim, entende que a problemática atual não está propriamente na expansão do direito penal, mas sim, na expansão do núcleo penal que prevê a pena privativa de liberdade.¹⁵⁰

A resposta à demanda por proteção contra a criminalidade moderna deve consistir na a ampliação do direito penal no sentido de proteger os novos interesses da sociedade. Dada a natureza de tais interesses, sua tutela através das bases penais clássicas seria praticamente impossível. Nestes casos, Sánchez considera possível a flexibilização de regras de imputação e de princípios de garantia, desde que não prevejam penas privativas de liberdade.¹⁵¹ Para o autor,

“o conflito entre um Direito Penal amplo e flexível (convertido em um indesejável *soft law*) e um Direito Penal mínimo e rígido – certamente impossível – deve achar assim uma solução no “ponto médio” da configuração dualista. Com efeito, não parece que a sociedade atual esteja disposta a admitir um Direito Penal orientado ao paradigma do “Direito Penal mínimo”. Mas isso não significa que a situação nos conduza a um modelo de Direito Penal máximo.”¹⁵²

Sob esta perspectiva, o direito penal de duas velocidades acaba por constituir um ponto de equilíbrio, vez que prevê uma divisão do direito penal em dois modelos dogmáticos

¹⁴⁸ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. *A expansão do direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais*. Tradução de Luiz Otavio de Oliveira Rocha. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 136-138.

¹⁴⁹ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. *A expansão do direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais*. Tradução de Luiz Otavio de Oliveira Rocha. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 137-138.

¹⁵⁰ MACHADO, Marta Rodriguez de Assis. *Sociedade do risco e Direito Penal: uma avaliação de novas tendências político-criminais*. São Paulo: IBCCRIM, 2005, p. 195.

¹⁵¹ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. *A expansão do direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais*. Tradução de Luiz Otavio de Oliveira Rocha. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 144.

¹⁵² SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. *A expansão do direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais*. Tradução de Luiz Otavio de Oliveira Rocha. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 145.

e político-criminais distintos.¹⁵³ A primeira velocidade corresponderia ao direito penal nuclear, incumbido da proteção dos tradicionais bens individuais. A segunda velocidade, por sua vez, constituiria o direito penal periférico e se encarregaria da proteção dos bens jurídicos coletivos diante dos novos riscos. O núcleo duro seria dotado com a pena privativa de liberdade e, por isso, submeter-se-ia às máximas garantias liberais e a rigorosas regras de imputação. A zona periférica imporá penas mais próximas às sanções administrativas, tais como privativas de direitos e multas, o que justificaria a flexibilização dos critérios de imputação e das garantias político-criminais.¹⁵⁴ Segundo Machado, através deste modelo

a função racionalizadora do Estado sobre a demanda social de punição dá lugar a uma resposta simultaneamente funcional e garantista. De um lado, assegura-se o modelo clássico de princípios para o núcleo dos delitos e, de outro, a propósito das novas demandas dirigidas ao direito penal, se aceita a flexibilização dos critérios de incriminação e dos princípios político-criminais, a fim de proporcionar uma tutela dita eficiente por meio de sanções alternativas.¹⁵⁵

Na visão de Sánchez, seu direito penal de duas velocidades mostra muitos pontos de contato com o direito de intervenção. No entanto, considera a graduação das regras de incriminação e das garantias materiais e processuais dentro do próprio direito penal mais vantajosa. Se comparado com o direito civil compensatório, o direito penal é dotado de força comunicativa superior em função de seu poder sancionatório e de sua força como mecanismo público de persecução de infrações. Diante do direito administrativo sancionador, aporta maior neutralidade política e imparcialidade jurisdicional.¹⁵⁶

Por derradeiro, uma “expansão razoável” do direito penal da pena de prisão, segundo Sánchez, teria espaço somente diante de condutas que de per si lesionam ou colocam em perigo real um bem, seja individual ou supra individual, desde que submetida à rigidez das garantias da primeira velocidade do modelo dual. Quanto à expansão já produzida, caracterizada pela repressão penal de condutas distantes da esfera de lesão ou periclitado de

¹⁵³ MACHADO, Marta Rodriguez de Assis. *Sociedade do risco e Direito Penal: uma avaliação de novas tendências político-criminais*. São Paulo: IBCCRIM, 2005, p. 196.

¹⁵⁴ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. *A expansão do direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais*. Tradução de Luiz Otavio de Oliveira Rocha. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 142-144-145.

¹⁵⁵ MACHADO, Marta Rodriguez de Assis. *Sociedade do risco e Direito Penal: uma avaliação de novas tendências político-criminais*. São Paulo: IBCCRIM, 2005, p. 196-197.

¹⁵⁶ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. *A expansão do direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais*. Tradução de Luiz Otavio de Oliveira Rocha. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 140-141-142.

bens e pela acentuada flexibilização dos princípios garantidores clássicos, a razoabilidade residiria na não aplicação de penas privativas de liberdade a tais delitos.¹⁵⁷

A teoria do garantismo penal de Ferrajoli é construída sobre a posição iluminista e liberal frente à grande antítese entre liberdade e poder, que domina toda a história humana. Nas relações entre indivíduos e entre grupos, sustenta que é boa e desejável a solução que alarga a esfera de liberdade e restringe a do poder, ou seja, “aquela pela qual o poder deve ser limitado de modo a permitir a cada um de gozar da máxima liberdade compatível com a igual liberdade de todos os outros.”¹⁵⁸

Como aduz Salo de Carvalho, “o garantismo penal é um esquema tipológico baseado no máximo grau de tutela dos direitos e na fiabilidade do juízo e da legislação”, limitando a potestade punitiva e garantindo os indivíduos contra qualquer violência arbitrária, seja estatal ou privada. Com estas finalidades, “propõe-se a estabelecer critérios de racionalidade e civilidade à intervenção penal, deslegitimando qualquer modelo de controle social maniqueísta que coloca a “defesa social” acima dos direitos e garantias individuais”, concedendo aos direitos fundamentais um status de intangibilidade.¹⁵⁹

Sob tais premissas, Ferrajoli¹⁶⁰ constrói seu modelo de sistema penal (SG), que denomina garantista, “cognitivo ou de legalidade estrita”, consubstanciado em dez axiomas ou princípios axiológicos fundamentais:

nulla poena sine crimine; nullum crimen sine lege; nulla lex (poenalis) sine necessitate; nulla necessitas sine iniuria; nulla iniuria sine actione; nulla actio sine culpa; nulla culpa sine iudicio; nullum iudicium sine accusatione; nulla accusatio sine probatione; e nulla probatio sine defensione.¹⁶¹

Estas máximas são denominadas por Ferrajoli – respectivamente – de princípio da retributividade, princípio da legalidade (em sentido lato ou estrito), princípio da necessidade,

¹⁵⁷ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. *A expansão do direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais*. Tradução de Luiz Otavio de Oliveira Rocha. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 147.

¹⁵⁸ BOBBIO, Norberto. *Prefácio*. In: FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. Prefácio da 1. ed. italiana por Norberto Bobbio. 4. ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 8.

¹⁵⁹ CARVALHO, Amilton Bueno de; CARVALHO, Salo de. *Aplicação da pena e garantismo*. 3. ed. ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 19-21.

¹⁶⁰ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. Prefácio da 1. ed. italiana por Norberto Bobbio. 4. ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 91.

¹⁶¹ CARVALHO, Amilton Bueno de; CARVALHO, Salo de. *Aplicação da pena e garantismo*. 3. ed. ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 26.

princípio da lesividade, princípio da materialidade, princípio da culpabilidade, princípio do acusatório, princípio do ônus da prova e princípio do contraditório.¹⁶²

Tais princípios, ordenados e conectados sistematicamente, definem o modelo garantista de direito ou de responsabilidade penal, um modelo-limite, jamais perfeitamente realizável. Os referidos axiomas prescrevem o “dever ser”, as condições que o sistema penal deve satisfazer para legitimamente punir. Não se trata, no entanto, de condições individualmente suficientes para justificar a atividade punitiva, mas sim, de condições *sine qua non*, verdadeiras garantias jurídicas tanto para a atribuição de responsabilidade penal quanto para a aplicação da pena. Exercem, assim, importante função condicionante ou vinculante, deslegitimando o exercício absoluto da potestade punitiva.¹⁶³

Do termo garantismo decorrem três possíveis acepções. A primeira delas designa um “modelo normativo de direito”, estruturado a partir do princípio da legalidade e caracterizado como um sistema de poder mínimo, verdadeira técnica de tutela voltada a maximizar a liberdade e minimizar a violência através de um elenco sistêmico de garantias dos cidadãos frente ao poder punitivo estatal. Assim, “é garantista todo sistema penal que se conforma normativamente com tal modelo e que o satisfaz efetivamente”.¹⁶⁴

Num segundo sentido, garantismo “designa uma teoria jurídica da “validade” e da “efetividade” como categorias distintas não só entre si mas, também, pela “existência” ou “vigor” das normas.” Constitui, assim, “uma teoria da divergência entre normatividade e realidade, entre direito válido e direito efetivo, um e outro vigentes.” Num terceiro significado, exprime uma filosofia política que impõe, ao Estado e ao direito, assumir o ponto de vista exclusivamente externo para determinar sua legitimação ou perda de legitimidade. “Externo”, neste contexto, refere-se tanto aos valores pré-jurídicos fundadores quanto aos interesses individuais e coletivos, “cuja satisfação representa a justificação ou a razão de ser das coisas “artificiais”, que são as instituições jurídicas e políticas.”¹⁶⁵

Tanto na dimensão normativa quanto no efetivo funcionamento dos sistemas penais vigentes, as proposições teóricas de Ferrajoli seriam aptas – a seu ver – a identificar o grau de (ir)racionalidade, (in)justiça e (in)validez dos modelos penais concretos. Desta forma, em vez

¹⁶² FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. Prefácio da 1. ed. italiana por Norberto Bobbio. 4. ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 91.

¹⁶³ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. Prefácio da 1. ed. italiana por Norberto Bobbio. 4. ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 90-91.

¹⁶⁴ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. Prefácio da 1. ed. italiana por Norberto Bobbio. 4. ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 785-786.

¹⁶⁵ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. Prefácio da 1. ed. italiana por Norberto Bobbio. 4. ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 786-787-788.

de se falar em sistemas “garantistas ou antigarantistas”, mais correto será avaliar o grau de garantismo neles presente, distinguindo ainda entre as previsões constitucionais abstratas e a efetiva prática punitiva.¹⁶⁶ Em síntese, Ferrajoli define o garantismo como

[...] a tutela daqueles valores ou direitos fundamentais, cuja satisfação, mesmo contra os interesses da maioria, constitui o objetivo justificante do direito penal, vale dizer, a imunidade dos cidadãos contra a arbitrariedade das proibições e das punições, a defesa dos fracos mediante regras do jogo iguais para todos, a dignidade da pessoa do imputado, e, consequentemente, a garantia da sua liberdade, inclusive por meio do respeito à sua verdade.¹⁶⁷

Da implementação integral dos preceitos garantistas decorreria um direito penal mínimo, condicionado e limitado ao máximo e que corresponderia, assim, “não apenas ao grau máximo de tutela das liberdades dos cidadãos frente ao arbítrio punitivo, mas também a um ideal de racionalidade e de certeza.”¹⁶⁸

A construção do modelo garantista parte do princípio da legalidade, “vinculado à estrutura hierarquizada e secularizada do ordenamento jurídico balizado pela Constituição”. Neste contexto, o princípio da legalidade pretende estabelecer uma previsibilidade mínima aos indivíduos no uso e gozo de seus direitos através da exigência de leis prévias e públicas, condicionando e limitando o poder na interferência ilegítima.¹⁶⁹

Sob o aspecto normativo, a doutrina garantista é contrária ao positivismo dogmático, afirmando que os atos dos poderes públicos – seja executivo, legislativo ou judiciário – não se presumem regulares, demandando, assim, um mecanismo eficaz de controle.¹⁷⁰ Quanto à validade das normas, Ferrajoli considera que as modernas Constituições preveem em seus textos, além dos procedimentos formais para produção legislativa, normas substanciais materializadas nos direitos fundamentais e em princípios tais como o da igualdade e da legalidade e que acabam por impor limites ao Poder legiferante.¹⁷¹

¹⁶⁶ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. Prefácio da 1. ed. italiana por Norberto Bobbio. 4. ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 95-786.

¹⁶⁷ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. Prefácio da 1. ed. italiana por Norberto Bobbio. 4. ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 312.

¹⁶⁸ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. Prefácio da 1. ed. italiana por Norberto Bobbio. 4. ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 102-103.

¹⁶⁹ CARVALHO, Amilton Bueno de; CARVALHO, Salo de. *Aplicação da pena e garantismo*. 3. ed. ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 21.

¹⁷⁰ CARVALHO, Amilton Bueno de; CARVALHO, Salo de. *Aplicação da pena e garantismo*. 3. ed. ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 21.

¹⁷¹ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. Prefácio da 1. ed. italiana por Norberto Bobbio. 4. ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 330.

Segundo o entendimento garantista, os valores ínsitos ao moderno Estado de direito atribuem conceitos assimétricos e independentes à “vigência” e à “validade”. Enquanto a vigência trata, essencialmente, dos requisitos formais dos atos normativos, a validade está relacionada com o significado e compatibilidade das normas com os valores materiais expostos nas Constituições democráticas.¹⁷²

Com base nesta concepção, uma norma inválida pode vigorar indefinidamente enquanto sua afronta à Constituição não for declarada. No entanto, na visão garantista, “o direito somente estará sujeito à lei quando ela for válida, ou seja, coerente com a Constituição.”¹⁷³

A regra de validade garantista, no entanto, entra em conflito com o caráter emergencial da atuação estatal na luta contra as novas formas de criminalidade que, em função de sua gravidade excepcional, supostamente justificariam a abdicção das regras penais e processuais penais do Estado de direito. Para Ferrajoli, não é admissível que se desrespeitem garantias e direitos fundamentais sob tal pretexto, abandonando-os ao sabor das conveniências e comodidades.¹⁷⁴

O direito penal, para Ferrajoli, consiste numa técnica de definição, individualização e repressão da desviação (sic) e cumpre um papel de pacificação através de sua dupla função preventiva negativa, qual seja “a prevenção geral dos delitos e a prevenção geral das penas arbitrárias ou desmedidas.”¹⁷⁵

Desta forma, tanto no delito como nas possíveis reações informais a ele dirigidas, a lei penal justificar-se-ia enquanto “lei do mais fraco”, protegendo eventuais ofendidos contra os delitos e os réus contra vinganças ou outras reações mais severas. Restaria, assim, demonstrada a necessidade política do direito penal “enquanto instrumento de tutela dos direitos fundamentais, os quais lhe definem, normativamente, os âmbitos e os limites, enquanto bens que não se justifica ofender nem com os delitos nem com as punições.”¹⁷⁶

Mesmo numa utópica e improvável sociedade perfeita do futuro na qual a criminalidade não existisse, Ferrajoli entende que o direito penal deveria remanescer

¹⁷² CARVALHO, Amilton Bueno de; CARVALHO, Salo de. *Aplicação da pena e garantismo*. 3. ed. ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p 22.

¹⁷³ BECK, Francis Rafael. *Perspectivas de controle ao crime organizado e crítica à flexibilização das garantias*. São Paulo: IBCCRIM, 2004, p. 145-146.

¹⁷⁴ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. Prefácio da 1. ed. italiana por Norberto Bobbio. 4. ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 766-767.

¹⁷⁵ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. Prefácio da 1. ed. italiana por Norberto Bobbio. 4. ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 195-310.

¹⁷⁶ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. Prefácio da 1. ed. italiana por Norberto Bobbio. 4. ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 311-312.

minimamente no tratamento de casos excepcionais. No entanto, considera possível a abolição da pena privativa de liberdade, “inutilmente aflitiva e até mesmo criminógena (sic).”¹⁷⁷

Na visão de Ferrajoli, o requisito de legitimidade da pena é o “benefício” auferido pelo condenado que, em razão da punição estatal, seria poupado de reações informais desproporcionais. Ademais, o próprio modelo de justificação do sistema penal que o autor elabora baseia-se num raciocínio aritmético: “um sistema penal somente se justifica se a soma das violências – delitos, vinganças e punições arbitrárias – que este é capaz de prevenir for superior àquela das violências constituídas pelos delitos não prevenidos e pelas penas a estes cominadas.” Neste sentido, “o monopólio estatal do poder punitivo é tanto mais justificado quanto mais baixos forem os custos do direito penal em relação aos custos da anarquia punitiva” que decorreria de sua inexistência.¹⁷⁸

Sob a baliza do princípio da secularização, o garantismo busca restringir a atuação do aparato penal estatal a casos excepcionais, nos quais se mostre útil a evitar danos concretos a bens jurídicos. Assim, propugna a limitação interventiva através de um modelo político-criminal de intervenção mínima.¹⁷⁹

Tendo por pressuposto o fim da “emergência” que permeia o direito penal, a teoria garantista defende que os delitos de mera desobediência, os que lesionem bens não essenciais e aqueles de perigo abstrato sejam regulados por outros ramos do direito. Assim, nos casos em que os prejuízos fossem reparáveis tais delitos ficariam a cargo da esfera do ilícito civil. Nos demais casos, incumbiriam ao direito administrativo. Ademais, considera descabida a utilização do direito penal no reforço à obediência de obrigações civis ou administrativas, desprovidas de lesividade ou referência a qualquer bem jurídico.¹⁸⁰

Convicto da necessidade de uma reforma legislativa, Ferrajoli defende o retorno do direito penal aos seus contornos ordinários através da recuperação de uma dimensão axiológica de seu conteúdo, à altura dos valores constitucionais.¹⁸¹ Na ótica do autor,

¹⁷⁷ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. Prefácio da 1. ed. italiana por Norberto Bobbio. 4. ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 319.

¹⁷⁸ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. Prefácio da 1. ed. italiana por Norberto Bobbio. 4. ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 313.

¹⁷⁹ CARVALHO, Amilton Bueno de; CARVALHO, Salo de. *Aplicação da pena e garantismo*. 3. ed. ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 13-14-28.

¹⁸⁰ BECK, Francis Rafael. *Perspectivas de controle ao crime organizado e crítica à flexibilização das garantias*. São Paulo: IBCCRIM, 2004, p. 147.

¹⁸¹ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. Prefácio da 1. ed. italiana por Norberto Bobbio. 4. ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 770-771.

Isto quer dizer recodificar, com base em um rigoroso critério de economia, os bens jurídicos que são meritórios de tutela penal; despenalizar todos os crimes menores, das contravenções aos crimes punidos com simples penas pecuniárias, os quais não justificam nem pena nem processo; [...] redefinir com o máximo rigor o campo de denotação empírica dos tipos penais delituosos, suprimindo todas as figuras penais elásticas e indeterminadas; expurgar do sistema todas as formas ocultas e disfarçadas de responsabilidade objetiva ou coletiva; rebaixar, enfim, as penas drasticamente, reduzindo-as de direito às medidas a que hoje estão reduzidas de fato, o que significa, como se disse, diminuí-las pela metade e estabelecer limite máximo para qualquer delito em não mais de dez anos.¹⁸²

Nestes termos, Ferrajoli considera ser relativamente fácil delinear um modelo garantista abstrato. A dificuldade encontra-se na modelação de “técnicas legislativas e judiciárias idôneas a assegurar efetividade aos princípios constitucionais e aos direitos fundamentais por eles consagrados.” Na visão do autor, é a luta pelos direitos travada conjuntamente pela sociedade que constitui o veículo da mudança, capaz de provocar evoluções na legislação, na jurisdição, no governo e na administração. Somente com o exercício coletivo da liberdade inerente à democracia é que será possível reivindicar a satisfação de direitos e garantias, como também impedir sua degeneração.¹⁸³

Diante da crise teórica pela qual o direito penal atravessa as três teorias analisadas se destacam pelos inegáveis méritos, constituindo esforços legítimos na busca pelo equilíbrio entre os anseios por uma política criminal protetiva contra os modernos riscos e a conservação das liberdades e garantias penais clássicas.¹⁸⁴ Contudo, a complexidade do problema posto exige que sua análise se faça de forma crítica, tendo em perspectiva a realidade da sociedade mundial do risco.

Por tudo o que foi exposto no presente trabalho, resta demonstrado o papel transformador que os novos riscos desempenham nas sociedades contemporâneas. A instantaneidade dos novos tempos decompõe os laços humanos e torna os indivíduos dispensáveis, acentuando suas incertezas.¹⁸⁵ A sociedade do risco (ou “sociedade do medo”), carece de referenciais confiáveis de distinção entre o que é bom e o que é mau frente à vasta

¹⁸² FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. Prefácio da 1. ed. italiana por Norberto Bobbio. 4. ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 771.

¹⁸³ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. Prefácio da 1. ed. italiana por Norberto Bobbio. 4. ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 865-871

¹⁸⁴ MACHADO, Marta Rodriguez de Assis. *Sociedade do risco e Direito Penal: uma avaliação de novas tendências político-criminais*. São Paulo: IBCCRIM, 2005, p. 204.

¹⁸⁵ BAUMAN, Zygmunt. *Modernidade líquida*. Tradução de Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2001, p. 143-147-187.

gama de informações que recebe. Neste contexto, é no direito penal que se passa a buscar a solução para a insegurança.¹⁸⁶

A intensificação da sensação de insegurança diante do risco – por vezes decorrente de percepções distorcidas da realidade - acaba por impactar em todos os níveis de organização social, com reflexos nas ciências penais. No plano legislativo, o direito penal se expande, seja pela criação de normas penais incriminadoras, seja pela relativização de garantias clássicas. Ao passo que o risco torna-se fator nuclear da construção dos institutos penais, a dogmática penal acaba afetada pela vagueza e imprecisão de seu objeto.¹⁸⁷

Percebe-se que, em seu movimento de adaptação aos riscos, o direito penal se vê diante de um dilema: de um lado, o arcabouço penal de que dispõe não consegue dar conta, satisfatoriamente, dos novos fenômenos do risco; de outro, as adaptações do direito penal às novas metas político-criminais contrapõem-se aos princípios garantistas tradicionais. “Instaura-se, portanto, uma dicotomia entre uma política criminal considerada mais adequada para o tratamento dos novos riscos e o respeito aos princípios e garantias penais e processuais penais até hoje identificados com o Estado Democrático de Direito.”¹⁸⁸ Diante desta controvérsia, mesmo as propostas político-criminais recém analisadas são alvo de críticas por parte da doutrina pena.

No que toca ao Direito de Intervenção, Figueiredo Dias confere importância ao caráter preventivo de sua atuação, tão necessário diante dos grandes riscos da modernidade. No entanto considera equivocada a pretensão de regular valiosos interesses da humanidade através de um “direito administrativo sancionatório reforçado.” Para o autor, a aceitação da proposta de Hassemer resultaria numa inadmissível inversão do princípio da *ultima ratio*, considerando que subtrairia da tutela penal condutas tão gravosas que ofendem, simultaneamente, a vida planetária, a dignidade humana e a solidariedade entre os indivíduos. Seria inadmissível a manutenção de um direito penal que não se ocupasse da sorte das gerações futuras ante aos riscos existenciais que sobre elas pesam.¹⁸⁹

¹⁸⁶ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. *A expansão do direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais*. Tradução de Luiz Otavio de Oliveira Rocha. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 33-41.

¹⁸⁷ BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *O paradoxo do risco e a política criminal contemporânea*. In: MENDES, Gilmar Ferreira; BOTTINI, Pierpaolo Cruz; PACELLI, Eugênio (Coord.). *Direito Penal Contemporâneo*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 114.

¹⁸⁸ MACHADO, Marta Rodriguez de Assis. *Sociedade do risco e Direito Penal: uma avaliação de novas tendências político-criminais*. São Paulo: IBCCRIM, 2005, p. 156.

¹⁸⁹ DIAS, Jorge de Figueiredo. *O Direito Penal entre a “sociedade industrial” e a “sociedade do risco”*. Revista Brasileira de Ciências Criminais, vol. 33, p. 39, Jan/2001. Doutrinas Essenciais de Direito Penal, vol. 2, p. 269, Out/2010 DTR\2001\8, p. 5-6.

As principais críticas direcionadas ao direito penal dual proposto por Silva Sánchez estão relacionadas com questões valorativas na definição da composição do núcleo e da periferia do modelo, propenso a reforçar a seletividade do sistema penal. Isso porque ao distinguir espécies de crimes acaba-se por distinguir também categorias de autores. Nos termos propostos, o direito penal de duas velocidades tenderia à discriminação, privando a liberdade do criminoso comum e premiando *os grandes* com penas leves, independente do grau de garantias de que cada um dispõe.¹⁹⁰

Além disso, parece impensável que o sistema penal dualístico seja capaz de manter apartados dois modelos tão distintos sem que, em algum momento, ocorram manobras de acoplamento entre eles.¹⁹¹ Agravando esta perspectiva, Figueiredo Dias afirma ser grande a possibilidade de que, em curto prazo, um modelo esmague o outro.¹⁹²

Apesar de se tratar de um modelo ideal, impossível de ser completamente implementado, o Garantismo Penal e suas pretensões de máxima racionalidade e limitação do poder punitivo estatal hão de ser louvados. Através dos dez axiomas de seu sistema garantista, Ferrajoli eleva os direitos fundamentais à intangibilidade, mostrando-se consonante com os princípios constitucionais.¹⁹³

Sob este prisma, no entanto, Zaffaroni considera o garantismo uma redundância visto que num Estado democrático de direito “não pode haver outro Direito Penal senão o de garantias”.¹⁹⁴ A aparente obviedade de tal redundância se desfaz pela constatação de Hassemer, para quem “a práxis penal desenvolve-se autonomamente, desvinculada das reflexões teóricas provenientes das ciências penais.” Para ele, o direito penal vem se utilizando - no combate à nova criminalidade - de um arsenal de métodos de investigação de questionável legitimidade, a despeito das garantias constitucionais.¹⁹⁵

Todas as contradições apontadas acabam por se intensificar quando consideradas em relação à crítica realidade do sistema penal brasileiro, tão debilitado por mazelas seculares que lhe afligem. Neste sentido, o diagnóstico traçado por Zaffaroni para os sistemas penais

¹⁹⁰ FRANCO, Alberto Silva. *Globalização e criminalidade dos poderosos*. In: PODVAL, Roberto (org.). *Temas de direito penal econômico*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 273-274.

¹⁹¹ FRANCO, Alberto Silva. *Globalização e criminalidade dos poderosos*. In: PODVAL, Roberto (org.). *Temas de direito penal econômico*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 274.

¹⁹² DIAS, Jorge de Figueiredo. *O Direito Penal entre a “sociedade industrial” e a “sociedade do risco”*. Revista Brasileira de Ciências Criminais, vol. 33, p. 39, Jan/2001. Doutrinas Essenciais de Direito Penal, vol. 2, p. 269, Out/2010 DTR\2001\8, p. 8.

¹⁹³ BECK, Francis Rafael. *Perspectivas de controle ao crime organizado e crítica à flexibilização das garantias*. São Paulo: IBCCRIM, 2004, p. 143-144.

¹⁹⁴ ZAFFARONI, Eugênio Raul. *O inimigo no Direito Penal*. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007, p. 173.

¹⁹⁵ HASSEMER, Winfried. *História das ideias penais na Alemanha do pós-guerra*. In: HASSEMER, Winfried. *Três Temas de direito penal*. 1. ed. Porto Alegre, AMP/Escola Superior do Ministério Público, 1993, p. 51.

latino-americanos reflete também a situação brasileira. Segundo ele, na guerra permanente que se trava contra a criminalidade tais sistemas penais restam caracterizados pela seletividade, reprodução da violência, corrupção institucionalizada, concentração de poder e pela renúncia à legalidade pela própria lei.¹⁹⁶ Ademais, a abissal disparidade entre o exercício de poder programado e a capacidade operativa dos órgãos executores das políticas criminais¹⁹⁷ leva ao questionamento sobre a real capacidade do direito penal de tutelar eficientemente as novas situações de risco, mesmo que fossem relativizadas as garantias penais tradicionais que dificultam sua atuação.¹⁹⁸

Diante da duvidosa aptidão do direito penal de fazer frente aos novos riscos¹⁹⁹, antes da redução indiscriminada de garantias individuais frente ao poder punitivo do Estado parece mais importante que as ciências penais se incumbam de um planejamento estratégico de controle social legítimo e eficiente.²⁰⁰ Neste sentido, há que se considerar a possibilidade da conjugação de pontos positivos das teorias aqui analisadas na construção de uma proposta concreta para o direito penal do risco.

A luta pelo Estado de Direito e pela concretização dos direitos humanos não foi e nunca será tarefa fácil em qualquer lugar ou época. Na atualidade, devem-se conceder relevo aos ideais de garantias e afastar as perigosas tendências penais propensas a confundir o direito penal com o direito penal do inimigo, sob pena de legitimar a barbárie em vestes de bom direito.²⁰¹

Um sistema penal que busque se aproximar da realidade social onde está inserido deve ser axiologicamente orientado pelos princípios fundamentais de garantia²⁰², cujo reconhecimento e proteção constituem a própria essência e razão de ser do Estado

¹⁹⁶ ZAFFARONI, Eugenio Raul. *Em busca das penas perdidas: a perda da legitimidade do sistema penal*. Tradução de Vania Romano Pedrosa e Amir Lopes da Conceição. Rio de Janeiro: Revan, 1991, p. 15-22.

¹⁹⁷ ZAFFARONI, Eugenio Raul. *Em busca das penas perdidas: a perda da legitimidade do sistema penal*. Tradução de Vania Romano Pedrosa e Amir Lopes da Conceição. Rio de Janeiro: Revan, 1991, p. 26.

¹⁹⁸ MACHADO, Marta Rodriguez de Assis. *Sociedade do risco e Direito Penal: uma avaliação de novas tendências político-criminais*. São Paulo: IBCCRIM, 2005, p. 206.

¹⁹⁹ HASSEMER, Winfried. *Perspectivas de uma moderna política criminal*. In: HASSEMER, Winfried. *Três Temas de direito penal*. 1. ed. Porto Alegre, AMP/Escola Superior do Ministério Público, 1993, p. 84.

²⁰⁰ MOCCIA, Sergio. *A involução pós-moderna do sistema penal*. Revista Brasileira de Ciências Criminais, vol. 100/2013, p. 41, Jan/2013 DTR\2013\409, p. 8.

²⁰¹ MUÑOZ CONDE, Francisco. *As origens ideológicas do direito penal do inimigo*. Revista Brasileira de Ciências Criminais, vol. 83, p. 93, Mar/2010. Doutrinas Essenciais de Direito Penal, vol. 2, p. 207, Out/2010 DTR\2010\119, p. 10-11.

²⁰² MOCCIA, Sergio. *A involução pós-moderna do sistema penal*. Revista Brasileira de Ciências Criminais, vol. 100/2013, p. 41, Jan/2013 DTR\2013\409, p. 3.

moderno²⁰³. Abandonar tais premissas em nome de um eficientismo (sic) penal mediante o sacrifício de garantias penais seculares acaba por permitir o arbítrio estatal, arriscando que se abram perigosas portas para o autoritarismo.²⁰⁴ A proteção do Direito e da liberdade não pode ser concebida por meio de violações de direitos e liberdades.²⁰⁵

²⁰³ AWAD, Fahd Medeiros. *Crise dos direitos fundamentais sociais em decorrência do neoliberalismo*. Passo Fundo: Universidade de Passo Fundo, 2005, p. 15.

²⁰⁴ MOCCIA, Sergio. *A involução pós-moderna do sistema penal*. Revista Brasileira de Ciências Criminais, vol. 100/2013, p. 41, Jan/2013 DTR\2013\409, p. 3-8.

²⁰⁵ PRITTWITZ, Cornelius. *O Direito Penal entre o Direito Penal do Risco e o Direito Penal do Inimigo: tendências atuais em direito penal e política criminal*. Revista Brasileira de Ciências Criminais, vol. 47, p. 31, Mar/2004. Doutrinas Essenciais de Direito Penal, vol. 2, p. 915, Out/2010 DTR\2004\158, p.7.

CONCLUSÃO

O presente trabalho teve por objetivo primórdio avaliar as possibilidades político-criminais para o direito penal diante da crise pela qual o paradigma clássico atravessa na sociedade mundial do risco. Na tentativa de alcançar tal desiderato foi avaliada uma vasta gama de informações, que permitiu delimitar o cerne da problemática na atual demanda por modernização do instrumental penal no intuito de adequá-lo à realidade dos novos riscos. Como se pôde demonstrar, sob o argumento da ineficiência do direito penal clássico no enfrentamento da criminalidade do risco, crescem as demandas por flexibilização de regras de imputação e por redução de garantias penais individuais, consideradas empecilhos ao desempenho das novas funções.

Tais constatações são fruto da avaliação sistemática de dados colhidos no correr deste breve estudo, cujo início foi dedicado à análise do Estado democrático de direito e dos direitos fundamentais, momento em que foi possível perceber a íntima relação que mantém entre si. Na sequência, foram tratadas questões atinentes à sociedade mundial do risco mediante o exame detalhado das contribuições da sociologia para a temática. A esta altura, restou demonstrada a complexidade da modernidade reflexiva e o potencial transformador dos novos riscos, sem desconsiderar o impacto que outros fenômenos modernos produzem nas conformações sociais, tais como a globalização e o desemprego. Acostou-se a estas constatações as considerações traçadas sobre a ciência conjunta do direito penal, formada pela dogmática jurídico-penal, criminologia e política criminal. Apesar do papel de destaque desta última e da autonomia das três ciências referidas, elas cumprem conjuntamente o papel de concretizar o direito penal.

Num segundo momento, o presente trabalho voltou-se para a análise dos três principais movimentos político-criminais contemporâneos, quais sejam o abolicionismo penal, o direito penal máximo e o minimalismo penal. Pôde-se perceber que o abolicionismo e o minimalismo compartilham diversas de suas características, seja pelas bases teóricas nas quais se fundam, seja pela semelhança de seus diagnósticos sobre a situação atual do sistema penal. Apesar da pertinência das críticas que o abolicionismo direciona ao direito penal, a doutrina pesquisada – à exceção da abolicionista – soa uníssonas quanto a sua impraticabilidade.

O que se pôde perceber quanto ao direito penal máximo, materializado em movimentos tais como Lei e Ordem, Tolerância zero e o Direito Penal do inimigo, é que

propostas de recrudescimento penal constituem tendências modernas, apesar das ferrenhas críticas elencadas sobre elas. Ademais, os traços destes movimentos já se fazem presentes nas legislações mundo a fora, inclusive na brasileira. Foi possível identificar, ainda, as características de diferentes minimalismos penais, que variam quanto a suas pretensões de contração ou superação do direito penal.

O último estágio do presente trabalho dedicou-se a examinar a teoria do bem jurídico penal de forma contextualizada, abordando aspectos da evolução histórica do conceito de bem jurídico, sua fundamentação constitucional e o papel limitador do *ius puniendi* para o qual foi concebido. Na sequência, foram apontadas as principais distinções entre o direito penal clássico e o moderno. Frente às implicações do paradigma do risco na dogmática penal, pôde-se perceber a proliferação de figuras delitivas inusitadas, criadas através de técnicas legislativas peculiares. Consequentemente, as contradições teóricas que se formam impõem dificuldades à dogmática penal. O longo caminho percorrido até aqui culmina com a verificação das hipóteses aventadas para a crise do direito penal clássico.

A despeito dos esforços empreendidos no intuito de encontrar um ponto de equilíbrio entre a adequação do direito penal ao paradigma do risco e o respeito às garantias e princípios penais clássicos, forçoso é ter que reconhecer a impossibilidade – ao menos no contexto deste limitado estudo – de alcançar tal objetivo. De tudo o que se pôde depreender dos dados trazidos à pauta, tais interesses parecem manter entre si uma relação de tamanha incompatibilidade que a implementação de um exige a supressão do outro.

Harmonizar tal antagonismo constitui tarefa homérica diante da realidade extremamente complexa de onde emana, visto que são múltiplos os fatores a serem considerados. Tamanhas são as dificuldades de uma solução definitiva para a controvérsia que, ao se debruçar sobre ela, diferentes e valorosos pensadores do direito penal apresentam propostas distintas entre si, sem que se chegue a um consenso e sem que sejam isentas de críticas. Não se pretende aqui negar os méritos das teorias analisadas. Não obstante, apesar de serem alternativas razoáveis para o direito penal do risco, não contemplam a problemática em sua integralidade.

Indubitavelmente, há que se debater sobre formas eficientes de proteção aos novos interesses da sociedade de risco. Tomando por exemplo o meio ambiente, pode-se afirmar que a existência humana depende de sua proteção. No entanto, isso não significa atribuir tal responsabilidade ao direito penal.

Neste sentido é válida a proposta de Hassemer de atribuir a tutela dos interesses da sociedade do risco ao seu Direito de Intervenção. Este novo campo do direito propiciaria certo equilíbrio entre a flexibilização de garantias individuais e o paradigma penal clássico, mediante o retorno do direito penal a suas funções tradicionais. Desta forma, o direito penal permaneceria submetido aos rígidos princípios garantidores individuais e preveria a aplicação da pena privativa de liberdade. O direito interventor, por sua vez, teria regras mais flexíveis e atuaria de forma preventiva diante dos novos riscos e, em contrapartida, não poderia aplicar a pena de prisão. Porém, da forma como é proposto, o Direito de Intervenção acabaria por retirar do direito penal a tutela de valiosos interesses da sociedade conflitando com o princípio da *ultima ratio*. Ademais, as proposições sobre o direito interventor resumem-se a linhas gerais traçadas por seu autor e carecem de maior delimitação e de indicações quanto à forma de criação de tal modelo, que certamente se defrontaria com dificuldades de toda ordem.

Semelhante caminho é percorrido por Silva Sánchez quanto elabora seu direito penal dual, concentrando a tutela dos interesses da sociedade do risco na segunda velocidade de seu modelo, mais flexível quanto às garantias e menos rigoroso quanto às penas. A criminalidade clássica ficaria a cargo da primeira velocidade, submetida aos princípios garantidores tradicionais e, em contrapeso, detentora da exclusividade na aplicação da pena privativa de liberdade. Em função das diferenças entre a criminalidade do risco e a clássica, o direito penal de duas velocidades tenderia a acentuar a seletividade do sistema penal, encarcerando o delinquente comum e aplicando penas restritivas de direitos aos grandes criminosos.

Há que se ponderar ainda quanto ao ponto em que a flexibilização das garantias penais clássicas deixa de ser (supostamente) necessária e passa a ser perigosa. Como ficou demonstrado no presente trabalho, a despeito das previsões constitucionais e legais, não raras vezes as práticas cotidianas no enfrentamento da criminalidade ferem direitos fundamentais dos cidadãos, inocentes e culpados. Diante deste fato, difícil não imaginar o que poderia ocorrer na ausência das referidas garantias.

Assim, a proposta de Ferrajoli de um modelo garantista, respeitador e submisso aos preceitos penais clássicos, mostra-se de extrema valia. Contudo, não constitui por si só uma solução diante dos riscos modernos que, como se demonstrou, não são regulados eficientemente pelo direito penal clássico.

Foi possível identificar a relação entre certas tendências de expansão do direito penal e discursos de natureza político-eleitoreira. Neste contexto, o recrudescimento penal é defendido como solução para a sensação generalizada de insegurança, mostrando-se de

grande utilidade no angariamento de eleitores em vésperas de pleitos. A política criminal, disseminada nos diferentes Poderes do Estado democrático, acaba por refletir – ao menos em parte – interesses político-partidários desprovidos de cientificidade, que restringem equivocadamente as causas da insegurança social aos índices de criminalidade, divulgados de forma sensacionalista pelas mídias de massa. De acordo com a sociologia, a modernidade acarretou a perda de referenciais de segurança, muito em função das aceleradas e radicais transformações pelas quais as sociedades mundo a fora passaram. Restabelecer tais referenciais não pode ser incumbência do direito penal, que deve manter seu papel subsidiário na defesa dos bens jurídicos mais caros à sociedade.

Por fim, qualquer proposta para o futuro do direito penal deve ter por premissa a Constituição em sua integralidade, principalmente em casos como o do Brasil em que a jovem democracia sequer conseguiu colocar em prática os programas estabelecidos pelo legislador constituinte. Parece – no mínimo – irracional atribuir ao direito penal a responsabilidade de erradicar mazelas seculares aqui instaladas já que, como se demonstrou no curso deste estudo, ele tende a acentuá-las.

Apesar de não ter sido possível apontar uma solução definitiva para a atual crise do direito penal, nutre-se aqui tanto a esperança de ter humildemente contribuído para o salutar e necessário debate quanto a certeza de que esta problemática retornará à pauta em estudos pessoais futuros. Numa tal oportunidade, haverá que se aprofundar em pontos mais específicos da crise penal contemporânea e, conjugando os acertos das mais diversas teorias aqui avaliadas, talvez seja possível a construção de uma proposta concreta.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Traducción y estudio introductorio de Carlos Bernal Pulido. 2. ed. Madrid: Sociedad Anónima de Fotocomposición, 2007.

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *A ilusão de segurança jurídica: do controle da violência à violência do controle penal*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

_____. *Minimalismos, abolucionismos (sic) e eficienticismo: a crise do sistema penal entre a deslegitimação e a expansão*. Revista Sequência, v. 27, n° 52 – Florianópolis: UFSC, Jul/2006. Disponível em:
<<https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/issue/view/1482/showToc>>. Acesso em: 20 Ago. 2014.

ANITUA, Gabriel-ignacio. *Tolerancia cero: una genealogia de la criminología de la intolerancia*. Revista Brasileira de Ciências Criminais, vol. 76, p. 210, Jan/2009. Doutrinas Essenciais de Direito Penal, vol. 1, p. 787, Out/2010 DTR\2009\6. Disponível em:
<<http://www.revistadotribunais.com.br>>. Acesso em: 02 Jun. 2014.

AWAD, Fahd Medeiros. *Crise dos direitos fundamentais sociais em decorrência do neoliberalismo*. Passo Fundo: Universidade de Passo Fundo, 2005.

BARATTA, Alessandro. *Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal: introdução à sociologia do direito penal*. Tradução de Juarez Cirino dos Santos. 6. ed. Rio de Janeiro: Revan: Instituto Carioca de Criminologia, 2013.

_____. *Funções instrumentais e simbólicas do Direito Penal: Lineamentos de uma teoria do bem jurídico*. Revista Brasileira de Ciências Criminais, vol. 5, p. 5, Jan/1994. Doutrinas Essenciais de Direito Penal, vol. 2, p. 495, Out/2010 DTR\1994\603. Disponível em:
<<http://www.revistadotribunais.com.br>>. Acesso em: 28 Ago. 2014.

BAUMAN, Zygmunt. *Modernidade líquida*. Tradução de Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2001.

BECCARIA, Cesare Bonesana, Marchesi di. *Dos delitos e das penas*. Tradução de J. Cretella Jr. e Agnes Cretella. 4. ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

BECK, Francis Rafael. *Perspectivas de controle ao crime organizado e crítica à flexibilização das garantias*. São Paulo: IBCCRIM, 2004.

BECK, Ulrich. *Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade*. Tradução de Sebastião Nascimento. 2.ed. São Paulo: Ed. 34, 2010.

_____; GIDDENS, Anthony; LASH, Scott. *Modernização reflexiva: política, tradição e estética na ordem social moderna*. Tradução de Magda Lopes. Revisão Técnica de Cibele Saliba Rizek. 2.ed. São Paulo: Unesp, 2012.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Falência da pena de prisão: causas e alternativas*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

_____. *Manual de Direito Penal: Parte geral*. Vol. 1. 6. ed. rev. e atual. pelas leis 9.099/95, 9.268/96, 9.271/96, 9.455/97 e 9.714/98, do livro Lições de direito penal. São Paulo: Saraiva, 2000.

BOBBIO, Norberto. *Prefácio*. In: FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. Prefácio da 1. ed. italiana por Norberto Bobbio. 4. ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 26. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2011.

BRASIL, Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado, 1988.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. Coimbra: Edições Almedina, 2003.

_____. *Justiça Constitucional e Justiça Penal*. Revista Brasileira de Ciências Criminais, vol. 58, p. 329, Jan/2006. Doutrinas Essenciais de Direito Constitucional, vol. 4, p. 785, Mai/2011 DTR\2011\1771. Disponível em: <<http://www.revistadostribunais.com.br>>. Acesso em: 11 Jun. 2014.

CARVALHO, Amilton Bueno de; CARVALHO, Salo de. *Aplicação da pena e garantismo*. 3. ed. ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

CARVALHO, Salo de. *Antimanual de criminologia*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

DIAS, Jorge de Figueiredo. *O Direito Penal entre a “sociedade industrial” e a “sociedade do risco”*. Revista Brasileira de Ciências Criminais, vol. 33, p. 39, Jan/2001. Doutrinas Essenciais de Direito Penal, vol. 2, p. 269, Out/2010 DTR\2001\8. Disponível em: <<http://www.revistadostribunais.com.br>>. Acesso em: 15 Set. 2014.

_____; ANDRADE, Manuel da Costa. *Criminologia: O homem delinquente e a sociedade criminógena*. Coimbra: Coimbra, 1997.

_____. *O problema do Direito Penal no dealbar do terceiro milênio*. Revista Brasileira de Ciências Criminais, vol. 99/2012, p. 35, Nov/2012 DTR\2012\451014. Disponível em: <<http://www.revistadostribunais.com.br>>. Acesso em: 15 Set. 2014.

_____. *Questões fundamentais do direito penal revisitadas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

DOTTI, Renê Ariel. *A incapacidade criminal da pessoa jurídica: uma perspectiva do direito brasileiro*. Revista Brasileira de Ciências Criminais, vol. 11, p. 184, Jul/1995. Doutrinas Essenciais de Direito Penal Econômico e da Empresa, vol. 1, p. 1127, Jul/2011 DTR\1995\565. Disponível em: <<http://www.revistadostribunais.com.br>>. Acesso em: 09 Set. 2014.

_____. *Curso de direito penal: parte geral*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

FÁVERO, Altair Alberto; GABOARDI, Ediovani Antônio, (coord.). *Apresentação de trabalhos científicos: normas e orientações práticas*. 5. ed. Passo Fundo: Universidade de Passo Fundo, 2014.

FERNANDES, Paulo Silva. *Globalização, “sociedade de risco” e o futuro do direito penal*. Coimbra: Livraria Almedina, 2001.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. Prefácio da 1. ed. italiana por Norberto Bobbio. 4. ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

FRANCO, Alberto Silva. *Globalização e criminalidade dos poderosos*. In: PODVAL, Roberto (org.). *Temas de direito penal econômico*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 235-277.

GIDDENS, Anthony. *As consequências da modernidade*. Tradução de Raul Fiker. São Paulo: UNESP, 1991.

_____. *Mundo em descontrolado*. Tradução de Maria Luiza X. de A. Borges. 7. ed. Rio de Janeiro: Record, 2010.

GOMES, Luiz Flávio. *Direito Penal Tradicional versus “moderno e atual” Direito Penal*. Revista Brasileira de Ciências Criminais, vol. 42, p. 236, Jan/2003 DTR\2003\12. Disponível em: <<http://www.revistadostribunais.com.br>>. Acesso em: 28 Ago. 2014.

_____. *Do processo de erosão do Direito Penal liberal clássico*. Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo, vol. 3, p. 31, Jan/1999 DTR\1999\82. Disponível em: <<http://www.revistadostribunais.com.br>>. Acesso em: 28 Ago. 2014.

_____. *Norma e bem jurídico no direito penal: normas penais primárias e secundárias, normas valorativas e imperativas, introdução ao princípio da ofensividade, lineamentos da teoria constitucional do fato punível, teoria do bem jurídico-penal, o bem jurídico protegido nas falsidades documentais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

GRAU, Eros Roberto. *O direito posto e o direito pressuposto*. 5. ed., rev. e ampl. São Paulo: Malheiros Editores LTDA, 2003.

GRECO, Luís. *Breves Reflexões sobre os Princípios da Proteção de Bens Jurídicos e da Subsidiariedade no Direito Penal*. In: SCHMIDT, Andrei Zenkner. *Novos Rumos do Direito Penal Contemporâneo: Livro em Homenagem ao Prof. Dr. Cezar Roberto Bitencourt*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006, p. 401/426.

_____. *“Princípio da ofensividade” e crimes de perigo abstrato: Uma introdução ao debate sobre o bem jurídico e as estruturas do delito*. Revista Brasileira de Ciências Criminais, vol. 49, p. 89, Jul/2004. Doutrinas Essenciais de Direito Penal, vol. 1, p. 355, Out/2010 DTR \2004\892. Disponível em: <<http://www.revistadostribunais.com.br>>. Acesso em: 29 Set. 2014.

HASSEMER, Winfried. *Características e Crises do Moderno Direito Penal*. Revista de Estudos Criminais, Porto Alegre, Ano 2, n. 8, 2003.

_____. *História das ideias penais na Alemanha do pós-guerra*. In: HASSEMER, Winfried. *Três Temas de direito penal*. 1. ed. Porto Alegre, AMP/Escola Superior do Ministério Público, 1993.

_____. *Introdução aos fundamentos do direito penal*. Tradução de Pablo Rodrigo Alflen da Silva. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2005.

_____. *Perspectivas de uma moderna política criminal*. In: HASSEMER, Winfried. *Três Temas de direito penal*. 1. ed. Porto Alegre, AMP/Escola Superior do Ministério Público, 1993.

_____. *Segurança pública no Estado de Direito*. In: HASSEMER, Winfried. *Três Temas de direito penal*. 1. ed. Porto Alegre, AMP/Escola Superior do Ministério Público, 1993.

HULSMAN, Louk. *Práticas punitivas: um pensamento diferente: uma entrevista com o abolicionista penal*. Revista Brasileira de Ciências Criminais, vol. 14, p. 13, Abr/1996. Doutrinas Essenciais de Direito Penal, vol. 4, p. 601, Out/2010 DTR\1996\531. Disponível em: <<http://www.revistadoatribunais.com.br>>. Acesso em: 13 Jun. 2014.

JAKOBS, Günther; CANCIO MELIÁ, Manuel. *Direito Penal do Inimigo: noções e críticas*. org. e trad. André Luís Callegari, Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2005.

LISZT, Franz von. *Tratado de direito penal alemão*. Prefácio de Edson Carvalho Vidigal. Tradução José Hygino Duarte Pereira. Ed. fac-sim. – Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial: Superior Tribunal de Justiça, 2006.

LUZ, Yuri Correa da. *Entre bens jurídicos e deveres normativos: um estudo sobre os fundamentos do direito penal contemporâneo*. 1.ed. São Paulo: IBCCRIM, 2013.

MACHADO, Fábio Guedes de Paula. *Perspectivas político-criminais e dogmáticas do Direito (sic) Penal no contexto da sociedade de riscos*. Ciências Criminais, vol. 15, p. 357, Jul/2011 DTR \2011\5229. Disponível em: <<http://www.revistadoatribunais.com.br>>. Acesso em: 02 Out. 2014.

MACHADO, Marta Rodriguez de Assis. *Sociedade do risco e Direito Penal: uma avaliação de novas tendências político-criminais*. São Paulo: IBCCRIM, 2005.

MALUF, Sahid. *Teoria Geral do Estado*. Atual. prof. Miguel Alfredo Malufe Neto. 29. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional*. 3. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2004.

_____; BOTTINI, Pierpaolo Cruz; PACELLI, Eugênio (Coord.). *Direito Penal Contemporâneo*. São Paulo: Saraiva, 2011.

MOCCIA, Sergio. *A involução pós-moderna do sistema penal*. Revista Brasileira de Ciências Criminais, vol. 100/2013, p. 41, Jan/2013 DTR\2013\409. Disponível em: <<http://www.revistadostribunais.com.br>>. Acesso em: 15 Out. 2014.

MÜLLER, Friedrich. *Quem é o povo? A questão fundamental da democracia*. 3. ed. rev. e ampl. São Paulo: Max Limonad, 2003.

MUÑOZ CONDE, Francisco. *As origens ideológicas do direito penal do inimigo*. Revista Brasileira de Ciências Criminais, vol. 83, p. 93, Mar/2010. Doutrinas Essenciais de Direito Penal, vol. 2, p. 207, Out/2010 DTR\2010\119. Disponível em: <<http://www.revistadostribunais.com.br>>. Acesso em: 13 Jul. 2014.

_____. *As reformas da parte especial do Direito Penal espanhol em 2003: da “tolerância zero” ao “direito penal do inimigo” I*. Ciências Penais, vol. 4, p. 53, Jan/2006 DTR\2006\23. Disponível em: <<http://www.revistadostribunais.com.br>>. Acesso em: 13 Jul. 2014.

MÜSSIG, Bernd. *Desmaterialización del bien jurídico y de la política criminal: Sobre las perspectivas y los fundamentos de una teoría del bien jurídico crítica hacia el sistema*. Revista de Derecho Penal y Criminología, 2.^a Época, n. 9, 2002. Disponível em: <http://espacio.uned.es/fez/eserv.php?pid=bibliuned:revistaDerechoPenalyCriminologia-2002-9-5070&dsID=Documento.pdf>. Acesso em: 17 set. 2014.

NOVAIS, Jorge Reis. *Contributo para uma teoria do Estado de Direito: do Estado de Direito liberal ao Estado social e democrático de Direito*. Coimbra: Gráfica de Coimbra, 1987.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de direito penal: parte geral: parte especial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

OLIVEIRA, Ana Carolina Carlos de. *Hassemer e o direito penal brasileiro: direito de intervenção, sanção penal e administrativa*. 1.ed. São Paulo: IBCCRIM, 2013.

PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. *Los derechos fundamentales*. 11. ed. Madrid: Editorial Tecnos, 2013.

PRADO, Luiz Regis. *Bem jurídico-penal e Constituição*. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2009.

PRITTWITZ, Cornelius. *O Direito Penal entre o Direito Penal do Risco e o Direito Penal do Inimigo: tendências atuais em direito penal e política criminal*. Revista Brasileira de Ciências Criminais, vol. 47, p. 31, Mar/2004. Doutrinas Essenciais de Direito Penal, vol. 2, p. 915, Out/2010 DTR\2004\158. Disponível em: <<http://www.revistadostribunais.com.br>>. Acesso em: 18 Jul. 2014.

QUEIROZ, Paulo. *Funções do direito penal*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

ROXIN, Claus. *Reflexões sobre a construção sistemática do direito penal*. Revista Brasileira de Ciências Criminais, vol. 82, p. 24, Jan/2010. Doutrinas Essenciais de Direito Penal, vol. 2, p. 121, Out/2010 DTR\2010\6. Disponível em: <<http://www.revistadostribunais.com.br>>. Acesso em: 17 Jun. 2014.

_____. *Tem futuro o Direito Penal?* Revista dos Tribunais, vol. 790, p. 459, Ago/2001. Doutrinas Essenciais de Direito Penal, vol. 1, p. 569, Out/2010 DTR\2001\367. Disponível em: <<http://www.revistadostribunais.com.br>>. Acesso em: 10 Jul. 2014.

SAGGIORATO, Alexandre. *Anos de Chumbo: rock e repressão durante o AI-5*. Passo Fundo: Universidade de Passo Fundo, 2012.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 11. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

SCHMITT, Carl. *Teoría de la Constitución*. Madrid: Alianza Editorial, S.A., 2011.

SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Criminologia*. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

_____. *Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica por Dano Ambiental*. Revista de Estudos Criminais, Porto Alegre, Ano 2, n. 8, 2003, p. 145-172.

_____. *Tolerância Zero*. Revista Brasileira de Ciências Criminais, vol. 77, p. 261, Mar/2009 DTR\2009\188. Disponível em: <<http://www.revistadostribunais.com.br>>. Acesso em: 08 Jul. 2014.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. *A expansão do direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais*. Tradução de Luiz Otavio de Oliveira Rocha. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

_____. *Nuevas tendencias político-criminales y actividad jurisprudencial del Tribunal Supremo Espanol*. Revista Brasileira de Ciências Criminais, vol. 15, p. 39, Jul/1996. Doutrinas Essenciais de Direito Penal, vol. 6, p. 803, Out/2010 DTR\1996\258. Disponível em: <<http://www.revistadostribunais.com.br>>. Acesso em: 24 Jul. 2014.

TAVARES, Juarez. *Alguns aspectos da estrutura dos crimes omissivos*. Revista Brasileira de Ciências Criminais, vol. 15, p. 125, Jul/1996. Doutrinas Essenciais de Direito Penal Econômico e da Empresa, vol. 1, p. 141, Jul/2011 DTR\1996\255. Disponível em: <<http://www.revistadostribunais.com.br>>. Acesso em: 29 Set. 2014.

VENERIO, Carlos Magno Spricigo. *A concepção de democracia de Hans Kelsen: relativismo ético, positivismo jurídico e reforma política*. Criciúma: UNESC, 2010.

WACQUANT, Loïc. *Sobre a “janela quebrada” e alguns outros contos sobre segurança vindos da América*. Revista Brasileira de Ciências Criminais, vol. 46, p. 228, Jan/2004. Doutrinas Essenciais de Direitos Humanos, vol. 1, p. 1311, Ago/2011 DTR\2004\15. Disponível em: <<http://www.revistadostribunais.com.br>>. Acesso em: 16 Jul. 2014.

WELZEL, Hans. *O novo sistema jurídico-penal: uma introdução à doutrina da ação finalista*. Tradução, prefácio e notas de Luiz Regis Prado. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

WILSON, James Q; KELLING, George L. *Broken windows: The police and neighborhood safety*. The Atlantic Monthly, vol. 249, n. 3, Março 1982. Disponível em: <<http://www.manhattan-institute.org>>. Acesso em: 03 Set. 2014.

ZAFFARONI, Eugenio Raul. *Em busca das penas perdidas: a perda da legitimidade do sistema penal*. Tradução de Vania Romano Pedrosa e Amir Lopes da Conceição. Rio de Janeiro: Revan, 1991.

_____. *O inimigo no Direito Penal*. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007.