



**UNIVERSIDADE FEDERAL DE ALAGOAS - UFAL
FACULDADE DE DIREITO DE ALAGOAS - FDA
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO - PPGD
MESTRADO EM DIREITO**

ALICE QUINTELA LOPES OLIVEIRA

**A LEGITIMIDADE DO DIREITO PENAL DO RISCO:
UMA PROPOSTA SOB AS PERSPECTIVAS DO FUNCIONALISMO
TELEOLÓGICO**

Maceió, Alagoas

2009

ALICE QUINTELA LOPES OLIVEIRA

A LEGITIMIDADE DO DIREITO PENAL DO RISCO:
UMA PROPOSTA SOB AS PERSPECTIVAS DO FUNCIONALISMO
TELEOLÓGICO

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito de Alagoas – UFAL, como requisito parcial à obtenção do grau de Mestre.

Orientador: Professor Doutor Alberto Jorge Correia de Barros Lima

Maceió, Alagoas

2009

Catálogo na fonte
Universidade Federal de Alagoas
Biblioteca Central
Divisão de Tratamento Técnico
Bibliotecária Responsável: Helena Cristina Pimentel do Vale

- O481 Oliveira, Alice Quintela Lopes.
A legitimidade do direito penal do risco : uma proposta sob as perspectivas do funcionalismo teleológico / Alice Quintela Lopes Oliveira, 2009.
151 f.
- Orientador: Alberto Jorge Correia de Barros Lima.
Dissertação (mestrado em Direito) – Universidade Federal de Alagoas.
Faculdade de Direito de Alagoas. Programa de Pós-Graduação em Direito. Maceió, 2009.
- Bibliografia: f. 149-151.
1. Direito penal. 2. Risco (Direito). 3. Legitimidade. 3. Expansão penal.
4. Funcionalismo teleológico. I. Título.

CDU: 343.2



UNIVERSIDADE FEDERAL DE ALAGOAS - UFAL
FACULDADE DE DIREITO DE ALAGOAS - FDA
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO - PPGD
MESTRADO EM DIREITO

ALICE QUINTELA LOPES OLIVEIRA

**A LEGITIMIDADE DO DIREITO PENAL DO RISCO: UMA PROPOSTA SOB
AS PERSPECTIVAS DO FUNCIONALISMO TELEOLÓGICO**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito de Alagoas – UFAL, como requisito parcial à obtenção do grau de Mestre.

Orientador: Professor Doutor Alberto Jorge Correia de Barros Lima

A Banca Examinadora, composta pelos professores abaixo, sob a presidência do primeiro, submeteu a candidata à defesa, em nível de Mestrado, e a julgou nos seguintes termos:

Prof. Dr. George Sarmiento Lins Júnior

Julgamento: Aprovada Assinatura: _____

Prof. Dr. George Sarmiento Lins Júnior
Coordenador do Mestrado
Faculdade de Direito de Alagoas-FDA/UFAL

Profa. Dra. Maria da Graça Marques Gurgel

Julgamento: Aprovada Assinatura: _____

21 Prof. Dr. Fabio Roberto D'Avila

Julgamento: Aprovada Assinatura: _____

Prof. Dr. George Sarmiento Lins Júnior
Coordenador do Mestrado
Faculdade de Direito de Alagoas-FDA/UFAL

Coordenador do Curso: ^

Prof. Dr. George Sarmiento Lins Júnior

Prof. Dr. George Sarmiento Lins Júnior
Coordenador do Mestrado
Faculdade de Direito de Alagoas-FDA/UFAL

Maceió, 25 de setembro de 2009.

AGRADECIMENTOS

A minha mãe, Ana, pelo incansável incentivo a tudo que faço;

A meu pai, Alfredo, por sua inestimável contribuição à feitura desta dissertação;

A minha família, pela compreensão nos momentos de ausência;

Ao Professor Alberto Jorge, pela constante solicitude;

A todos os professores que compõem o Mestrado em Direito da UFAL;

A todos os colegas e amigos do Mestrado em Direito da UFAL;

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	08
------------------------	-----------

PRIMEIRA PARTE

1 A EVOLUÇÃO DA INTERVENÇÃO PENAL: DA “NEUTRALIDADE” AO GIRO VALORATIVO NA ORIENTAÇÃO DO DIREITO PENAL.....	12
1.1 POSITIVISMO NATURALISTA E MÉTODO EMPÍRICO: fortalecimento da criminologia.....	14
1.2 POSITIVISMO JURÍDICO: direito penal fechadíssimo.....	16
1.3 NEOKANTISMO: “início” da abertura valorativa do direito penal.....	18
1.4 A FENOMENOLOGIA DO DIREITO E O ONTOLOGISMO FINALISTA	20
1.5 A TEORIA DOS SISTEMAS E O FUNCIONALISMO NORMATIVISTA DE JAKOBS.....	22
1.6 FUNCIONALISMO TELEOLÓGICO E ABERTURA DO DIREITO PENAL A VALORES POLÍTICO-CRIMINAIS.....	25
2 A CRISE DO CONCEITO TRADICIONAL DE BEM JURÍDICO-PENAL.....	27
2.1 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO CONCEITO DE BEM JURÍDICO-PENAL.....	27
2.2 BEM JURÍDICO-PENAL: teorias de cunho sociológico.....	30
2.3 BEM JURÍDICO-PENAL: teorias constitucionalistas.....	32
2.3.1 Teoria constitucionalista restrita.....	32
2.3.2 Teoria constitucionalista ampla e funcionalismo teleológico.....	33
2.4 AS FUNÇÕES EXERCIDAS PELO BEM JURÍDICO-PENAL NUM ESTADO CONSTITUCIONAL E DEMOCRÁTICO DE DIREITO.....	35
2.5 SURGIMENTO DE NOVOS BENS JURÍDICOS.....	36
2.5.1 Bens supraindividuais.....	36
2.5.1.1 Bens individuais homogêneos.....	39
2.5.1.2 Bens coletivos.....	40
2.5.1.3 Bens difusos.....	41
2.6 CRISE DA NOÇÃO DE BEM JURÍDICO COMO PADRÃO DE LEGITIMIDADE.....	42

3 A ORDEM ECONÔMICA LATO SENSU COMO BEM JURÍDICO-PENAL.....	45
3.1 EVOLUÇÃO POLÍTICO-IDEOLÓGICA DO ESTADO.....	45
3.1.1 Estado Liberal de Direito.....	45
3.1.2 Estado Social de Direito.....	47
3.1.3 Estado Democrático de Direito.....	48
3.2 ORDEM ECONÔMICA.....	50
3.2.1 Excurso esclarecedor acerca da ordem econômica e do surgimento do direito penal econômico.....	50
3.2.2 Tentativas de conceituação do direito penal econômico e do delito econômico: perspectivas dogmática e criminológica.....	55
3.2.2.1 Direito penal econômico sob uma perspectiva dogmática.....	55
3.2.2.2 Crime econômico: o contributo de Edwin Sutherland os estudos da criminologia.....	57
3.2.3 O bem jurídico-penal objeto de tutela pelo direito penal econômico.....	59

SEGUNDA PARTE

4 A SOCIEDADE DO RISCO.....	60
4.1 ENTRE A SOCIEDADE INDUSTRIAL E A SOCIEDADE DO RISCO.....	60
4.2 IDEIA DO RISCO.....	65
4.2.1 Risco na sociedade contemporânea.....	67
4.2.2 Discurso do risco.....	72
4.2.3 Risco <i>versus</i> Perigo.....	73
4.3 DA INSTITUCIONALIZAÇÃO DA INSEGURANÇA.....	75
4.4 MECANISMOS DE GERENCIAMENTO DOS RISCOS.....	78
4.5 TEORIAS SOBRE A SOCIEDADE DE RISCO.....	80
4.5.1 Modernidade no pensamento de Anthony Giddens.....	80
4.5.1.1 Processo de descontinuidade.....	82
4.5.2 Sociedade de risco e teoria dos sistemas sociais: a concepção luhmanniana.....	84
5 O DIREITO PENAL NA BERLINDA: EM BUSCA DE UMA NOVA DOGMÁTICA.....	87
5.1 PRINCÍPIO DA PRECAUÇÃO E SUA RELAÇÃO COM O DIREITO PENAL.....	89

5.2 MODELOS DE TIPIFICAÇÃO: antecipação da tutela penal por meio dos delitos de perigo abstrato e delitos de acumulação.....	92
5.3 ADMINISTRATIVIZAÇÃO DO DIREITO PENAL E DELITOS DE TRANSGRESSÃO.....	98
5.4 RESPONSABILIDADE PENAL DA PESSOA JURÍDICA.....	102
5.4.1 A responsabilidade penal das pessoas jurídicas e o aforismo <i>societas delinquere non potest</i> : Aspectos dogmáticos.....	103
5.4.2 A responsabilidade penal das pessoas jurídicas e as tendências legislativa e jurisprudencial no Brasil e no mundo.....	105

TERCEIRA PARTE

6 DISCURSOS POLÍTICO-CRIMINAIS DE (DES)LEGITIMIAÇÃO DO DIREITO PENAL: alternativas ao combate dos riscos.....	110
6.1 EXPANSIONISMO PENAL.....	111
6.1.1 Direito Penal do Inimigo.....	112
6.2 DO ABOLICIONISMO AO MINIMALISMO GARANTISTA: Resgate dos postulados clássicos do Direito Penal.....	114
6.2.1 Abolicionismo Penal.....	116
6.2.2 Direito Penal de duas velocidades.....	117
6.2.3 Garantismo Jurídico.....	120
6.2.3.1 Modelo de direito: o Estado de Direito garantista.....	120
6.2.3.2 Teoria do Direito: (i)legitimidade interna.....	121
6.2.3.3 Filosofia política: (i)legitimidade externa.....	123
6.2.4 Direito de intervenção.....	125
7 O DIREITO PENAL COMO UM SISTEMA ABERTO: uma abordagem funcionalista.....	128
7.1 VALORES JURÍDICO-PENAIIS NA CONSTITUIÇÃO: a Carta Política como pauta valorativa.....	132
7.1.1 A missão do direito penal no Estado Democrático de Direito brasileiro: exclusiva proteção de bens jurídicos e a intervenção penal mínima.....	134
7.1.1.1 Princípio da exclusiva proteção de bem jurídico: um estudo da dignidade penal.....	135

7.1.1.2 O caráter fragmentário do direito penal e o princípio da ofensividade.....	137
7.1.1.3 Princípio da subsidiariedade e a necessidade da tutela penal: o direito penal como <i>ultima ratio</i>	138
7.2 O DIREITO PENAL BRASILEIRO A SERVIÇO DE UMA POLITICA CRIMINAL CONSTITUCIONAL E GARANTISTA.....	140
CONCLUSÃO	146
REFERÊNCIAS	149

INTRODUÇÃO

O edifício jurídico é obra inacabada, cujo esforço de construção deve ser permanente. A cada instante, no turbilhão de transformações sociais e de crescente radicalização ideológica, novos valores emergem, produzindo rápidas modificações culturais que acabam gerando uma explosão de litigiosidade a clamar por tutela jurídica.

Neste início de século, assiste-se à ocorrência de mutações de enormes proporções, abalando estruturalmente o planeta. Verdadeiras revoluções encontram-se em curso mudando radicalmente padrões, provocando rupturas epistemológicas e paradigmáticas na maior parte do conhecimento humano.

A sociedade pós-moderna rege-se por uma ordem socioeconômica globalizada, impulsionada por avanços tecnológicos sem paralelo em toda a sua história. As revoluções tecnológica e comunicacional, típicas da “sociedade de risco”¹, revelam que esse processo globalizacional apresenta-se de forma inevitável e impostergável, propiciando mudanças de ordem ideológica, científica, técnica e, sobretudo, econômica, além de trazer em seu bojo uma complexidade social dantes inimaginável.

Por um lado, o extraordinário desenvolvimento da ciência e da técnica produziu um notável incremento do bem-estar do ser humano. De outro ângulo, contudo, convém não ignorar as suas consequências negativas, relacionadas com a produção de riscos globais imprevistos e, muitas vezes, irreversíveis.

Esse novo modelo globalizador, caracterizado pelo intercâmbio de relações e de pessoas, proporcionou o incremento da criminalidade transnacional, que atua sem fronteiras limitadoras, com a conseqüente violação de novos bens jurídicos, tais como o meio ambiente, os consumidores, a ordem econômica nacional etc.

Ademais, a sociedade, alarmada com o novo quadro criminológico, passou a postular, veementemente, por uma atuação assaz austera do direito penal e do sistema criminal como um todo. Assim, o legislador, atento à pressão pública, e imbuído de propósitos não muito nobres, e por que não dizer mesquinhos e oportunistas, lança mão de instrumentos jurídicos por vezes teratológicos, simulando tutelar a sociedade por meio da proteção desmedida e exacerbada a bens jurídicos supraindividuais, de normas penais em branco, tipos excessivamente abertos e, notadamente, tipos de perigo abstrato, em especial afronta ao princípio da lesividade ou ofensividade.

¹ BECK, Ulrich. **La sociedad del riesgo**: hacia una nueva modernidad. Trad. Jorge Navarro; Daniel Jiménez; María Rosa Borrás. Madri: Paidós, 1998.

O problema central deste trabalho reside exatamente neste ponto: na análise da (des)legitimidade de um direito penal, máxime o direito penal econômico (visto hoje como direito penal do risco), excessivamente expandido, confrontando o paradigma clássico até então sedimentado e quase “inquestionado” durante séculos. Buscando solucionar esta problemática, a dissertação se divide em sete capítulos divididos em três partes.

A Primeira Parte, composta pelos três primeiros capítulos, revela um viés pouco político-criminal e muito mais dogmático, já que no Capítulo Primeiro, intitulado “A evolução da intervenção penal: da ‘neutralidade’ ao giro valorativo na orientação do direito penal”, pretende-se elaborar uma evolução topológica acerca das Escolas Penais e das correntes do pensamento criminal, abordando-se o positivismo naturalista, positivismo jurídico, neokantismo, finalismo, para, enfim, chegar-se ao funcionalismo, sistêmico e teleológico. Tudo para demonstrar a necessidade de abertura do sistema penal para valores advindos da política criminal.

O Capítulo Segundo, denominado “A crise do conceito tradicional de bem jurídico-penal”, segue essa toada quando desenvolve toda a concepção histórica de bem jurídico até se chegar às concepções constitucionalistas, debruçando-se, inclusive, sobre a legitimidade dos bens jurídicos supraindividuais. O Capítulo Terceiro “A ordem econômica *lato sensu* como bem jurídico-penal” segue a análise do bem jurídico, tendo como pano de fundo a ordem econômica *lato sensu*, comportando a ordem econômica *stricto sensu*, a ordem tributária, a ordem financeira, a proteção dos consumidores, o meio ambiente etc. Ou seja, todos, ou a maioria, daqueles bens jurídicos que se tornaram objeto de proteção, ou tiveram sua proteção aumentada, como o advento da “sociedade do risco”.

A Segunda Parte pretende analisar o paradigma da configuração social traçado por Beck, para então compreender em que contexto emerge o movimento expansionista penal, que tenciona atribuir à dogmática penal um papel relevante no atendimento das demandas sociais de proteção em face dos novos riscos. Constatados e bem delimitados os contornos deste direito penal do risco, no Capítulo Quinto, analisar-se-ão suas consequências e as vertentes político-criminais que tencionam refutá-lo ou abraçá-lo, já na Terceira Parte, que compõe os capítulos finais.

Erguendo a bandeira do combate à criminalidade, alguns juristas², legitimando e aplaudindo a atitude do legislador penal, propõem a expansão da intervenção estatal sancionatória, de modo a utilizá-la como forma de evitação do maior número possível de

² Por todos, SCHÜNEMANN, Bernd. O direito penal é a *ultima ratio* da proteção de bens jurídicos! **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. São Paulo: RT, nº 53, mar./abr. de 2005.

resultados indesejáveis, revelando um movimento a favor do expansionismo penal. Não se trata, simplesmente, do aumento quantitativo da reação punitiva ou da simples definição de novos comportamentos penalmente relevantes, mas do desenvolvimento de uma nova racionalidade de imputação, a partir da concepção de figuras dogmáticas diferenciadas, flexíveis e direcionadas muito mais à prevenção em face dos riscos do que à tradicional manifestação repressiva.

Por outro lado, a defesa dessa expansão do direito penal mantém uma vigorosa tensão com a concepção programática do modelo penal forjado no Estado Liberal – chamando de direito penal clássico ou direito penal mínimo – que engloba proposta pautada pela vocação estritamente minimalista (ou seria minimalíssima?) e garantista da intervenção penal, limitada a bens jurídicos individuais em situações de lesão direta, nos limites dos axiomas da subsidiariedade, *ultima ratio*, dentre outros.

Importa, pois, verificar como este confronto entre maximalistas *versus* minimalistas vem se desenrolando na prática. E mais, como o modelo de direito penal mínimo, já sedimentado, dotado de um arsenal de meios limitadores de sua atuação, vem respondendo às atuais e crescentes demandas preventivas. Para tais fins, elaborou-se o Capítulo Sexto.

Por fim, constatando a inadequação e insuficiência do direito penal tradicional (minimalíssimo) diante da complexidade desses novos fenômenos nocivos, despontam verdadeiramente necessárias modificações nas premissas e no método de atuação do direito penal. Assim, no Capítulo Sétimo propõe-se a hipótese primária, central, desta dissertação, contextualizando a pesquisa em seu marco teórico referente ao funcionalismo teleológico. Neste momento, será estudada a verdadeira missão do direito penal num Estado democrático e social de Direito, bem como a importância dos valores da política criminal na formação deste Estado e na concepção do bem jurídico.

Definidos o problema central e a hipótese primária, mostra-se fundamental complementar o marco teórico da presente investigação com uma análise crítica e interdisciplinar de demais vertentes político-criminais elencadas como possíveis respostas ao problema da ineficácia do direito penal tradicional. A apreciação de tais correntes apresenta-se como hipóteses secundárias desta monografia.

Vale acrescentar ainda que a linha de pesquisa conferida a este trabalho contempla uma análise crítica e interdisciplinar do tema problematizado e de seus desdobramentos. O enfoque jurídico deve adequar-se aos postulados do Estado democrático e social de Direito e às perspectivas de uma política criminal garantista centrada no reconhecimento de que o

direito penal deve ser a *ultima ratio*, atuando apenas quando as demais instâncias de controle social do delito mostrarem-se insuficientes.

Por fim, calha mencionar que a proposta deste estudo não consiste no apontamento de soluções definitivas às questões postas, mas tão-somente desenvolver um questionamento, que sintetiza não apenas uma crítica ao processo expansionista do direito penal, mas, principalmente, motiva para o estudo do tema, suscitando, no leitor, reflexões acerca da real eficácia do direito penal no que concerne ao combate dos novos riscos advindos da sociedade pós-industrial.

CAPÍTULO PRIMEIRO

A EVOLUÇÃO DA INTERVENÇÃO PENAL: DA “NEUTRALIDADE” AO GIRO VALORATIVO NA ORIENTAÇÃO DO DIREITO PENAL

“O tempo presente é, por excelência, o tempo da política criminal”.³ Com esta frase Figueiredo Dias inicia suas elucubrações acerca do sistema penal na contemporaneidade. Tendo como pano de fundo as teorizações de Franz Von Liszt e de Claus Roxin, o professor de Coimbra discorre sobre a cientificidade do direito penal, restaurando a ideia de Liszt sobre a ciência conjunta ou total do direito penal e adaptando-as às ideias de Roxin, expostas em sua obra “Política criminal e sistema jurídico-penal”.⁴

O conhecimento científico e, conseqüentemente, a dogmática penal, vem sofrendo profundas modificações com o decurso do tempo. O paradigma da modernidade – racionalismo cartesiano – através do método gnosiológico pressupunha objetividade, produção científica “pura”, contemplativa dos fenômenos, distanciada da realidade, sem se atentar para a necessidade de fundir o observador-cientista com o homem comum. Vale dizer, o viés harmonicista e cartesiano do conhecimento moderno – denominado pelos filósofos da Escola de Frankfurt de Teoria Tradicional⁵ – pela qual o cientista, que vê a realidade social, e o cidadão, que atua sobre ela, consistem em duas pessoas distintas, em nada se aproxima da concepção científica da contemporaneidade.

O saber crítico, no século XX, relativizou esse modelo científico. A noção de certeza científica foi suplantada pelos conceitos de previsibilidade e estabilidade. Nas antípodas da Teoria Tradicional (modelo científico moderno-cartesiano), rompe-se com a relação de exterioridade com a práxis social, a qual separa de forma estanque o valor e a ciência, o saber e o agir, impondo ao estudo um caráter pragmático.⁶

Fundem-se num só corpo as figuras daquele que pensa e daquele que age. Pensamento e ação conduzem a novas formas de comportamentos sociais e se voltam para a reprodução da realidade. De fato, ao sustentar que o observador, como tal, nada pode modificar no acontecimento estudado, o conhecimento moderno e a Teoria Tradicional conduzem ao acomodamento, à passividade, dando cabo da função primordial do pensamento que se traduz

³ DIAS, Jorge de Figueiredo. **Questões fundamentais de direito penal revisitadas**. São Paulo: RT, 1999, p. 21.

⁴ ROXIN, Claus. **Política criminal e Sistema Jurídico-penal**. Trad. Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

⁵ O termo Teoria Tradicional foi cunhada por Max Horkheimer no ensaio “Teoria Tradicional e Teoria Crítica”, de 1937, em oposição à sua Teoria Crítica.

⁶ MONDAINI, Marco. Jürgen Habermas e a teoria crítica. Disponível em www.historia.uff.br/nec. Acesso em 20 de novembro de 2006, p. 01.

pela constante possibilidade de transformação histórico-social.⁷ Neste sentido, as lições de Horkheimer: “[...] o conformismo do pensamento, a insistência em que isto constitua uma atividade fixa, um reino à parte dentro da totalidade social, faz com que o pensamento abandone sua própria essência.”⁸

No percurso da modernidade, a razão e o conhecimento se desviaram do seu objetivo emancipatório original e transmutaram-se para uma razão instrumental⁹. A razão e o conhecimento assumem caráter instrumental quando o sujeito cognoscente toma a decisão de que conhecer é dominar e controlar a natureza. O racionalismo instrumental ostenta um viés utilitarista, no qual os meios estão justificados na busca de determinados fins.¹⁰

A preocupação com as vicissitudes da razão técnico-instrumental se alastra em direção à Escola de Coimbra. Aduz Jorge de Figueiredo Dias citando Anselmo Borges:

[...] na formação da razão técnico-instrumental concorreram, por paradoxal que possa parecer, o idealismo e o naturalismo, tanto num como no outro cabendo papel decisivo à concepção da objetividade científica como *Gegenstand* e à do sujeito como mera consciência universal, intemporal e impessoal. Daqui uma razão instrumental de domínio, profundamente imperialista, que concebe o saber como poder segundo a expressão famosa de Bacon e vê no homem, inebriado por aquilo que Horkheimer chamou a ‘doença da razão’, o dominador absoluto do mundo e da natureza; e que haveria de encontrar na racionalidade do *homo oeconomicus* e no espírito do capitalismo a sua versão sócio-econômica acabada, assente no dogma do progresso material ilimitado da humanidade.¹¹

Neste ponto, e considerando que não se pode cindir o cientista do cidadão, pode-se perceber que as ciências não são completamente neutras, desprovidas de valores e de concepções subjetivas. Ademais quando se cuida de ciências humanas, notadamente no que se refere à ciência conjunta ou total do direito penal, encontra-se subjacente ao cientista do direito a concepção do homem como figura central e a correspondente ordem de valores

⁷ MONDAINI, Marco. Jürgen Habermas e a teoria crítica. Disponível em www.historia.uff.br/nec. Acesso em 20 de novembro de 2006, p. 01.

⁸ HORKHEIMER, Max. Teoria Tradicional e Teoria Crítica. **Os pensadores/Escola de Frankfurt**. São Paulo: Abril Cultural, 1980, p. 117.

⁹ A expressão razão instrumental foi empregada pelos membros da Escola de Frankfurt como crítica à instrumentalização do conhecimento na modernidade. Para mais informações ver HORKHEIMER, Max. Teoria Tradicional e Teoria Crítica. **Os pensadores/Escola de Frankfurt**. São Paulo: Abril cultural, 1980 e também RABAÇA, Silvio Roberto. **Variantes críticas: a dialética do esclarecimento e o legado da Escola de Frankfurt**. São Paulo: Annablume, 2004.

¹⁰ “Tendo cedido em sua autonomia, a [razão](#) tornou-se um instrumento. No aspecto formalista da razão subjetiva, sublinhada pelo [positivismo](#), enfatiza-se a sua não-referência a um conteúdo objetivo; em seu aspecto instrumental, sublinhado pelo [pragmatismo](#), enfatiza-se a sua submissão a conteúdos heterônomos. A razão tornou-se algo inteiramente aproveitado no processo social. Seu valor operacional, seu papel de domínio dos homens e da natureza tornou-se o único critério para avaliá-la.” HORKHEIMER, Max. **Eclipse da Razão**. São Paulo: Centauro, 2002, p. 29.

¹¹ DIAS, Jorge de Figueiredo. O direito penal entre a “sociedade industrial” e a “sociedade do risco”. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. São Paulo: RT, nº 33, janeiro-março de 2001, p. 38-65.

individuais e sociais, sob o marco de um Estado Constitucional e Social de Direito, pautado na dignidade da pessoa humana.

Assim, não se concebe a existência de um direito penal desprovido de valores.¹² Nesse aspecto, assume especial relevo a crítica à razão instrumental e ao modelo cartesiano no âmbito penal, ou seja, as ciências criminais devem enfatizar a dimensão mais humanística, sem obliterar as concepções subjetivas do criador, do intérprete e do aplicador do direito.

Nos tópicos que se seguem, abordar-se-á o processo “evolutivo” que subsidiou a ciência criminal. Trata-se de uma divisão topológica, já que cronologicamente muitas delas coincidiram e alguns de seus postulados subsistem até os dias atuais.

1.1 POSITIVISMO NATURALISTA¹³ E MÉTODO EMPÍRICO: fortalecimento da criminologia

Durante o século XIX, com o surgimento das ideias de Darwin acerca da evolução das espécies¹⁴, consolidou-se, na comunidade científica, o interesse pelo método empírico, experimental e causal-explicativo¹⁵. Vale dizer, o conhecimento científico cingia-se a tudo aquilo que pudesse ser apreendido pelos sentidos e reconstruído em laboratórios.

Ao mesmo tempo em que a teoria darwiniana acarretava inquietação, o direito era questionado quanto a sua cientificidade e, por conseguinte, perdia relevo face à criminologia. As ideias da Escola Positiva colocavam em cheque a credibilidade de um ramo do saber cujo conceito de verdade derivava de um objeto composto por normas jurídicas, mutáveis ao sabor dos governantes.¹⁶

A Escola Positiva¹⁷ surgiu como reação à Escola Clássica¹⁸ e deu origem ao denominado positivismo naturalista ou criminológico. Propiciou uma mudança radical no enfoque do delito, uma vez que os clássicos lutaram contra o castigo, contra a irracionalidade

¹² Como se verá adiante, a melhor percepção desse giro na leitura da política criminal é ofertada por Claus Roxin, na obra **Política criminal e Sistema jurídico-penal**. Trad. Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

¹³ O positivismo criminológico jamais se confunde com o positivismo jurídico, estudado a seguir.

¹⁴ DARWIN, Charles. **A origem das espécies**. Trad. Auly de Soares. Brasília: UNB, 1981.

¹⁵ Mencione-se, igualmente, a influência exercida pelo pensamento de Comte e Spencer.

¹⁶ “Três palavras inovadoras do legislador e bibliotecas inteiras se convertem em papel inútil.” KIRCHMANN, Julius Hermann Von. **La jurisprudencia no es ciencia**. Trad. Antonio Truyol y serra. Madri: Instituto de estudios políticos, 1949, p. 29.

¹⁷ Ressalte-se que há diferentes vertentes dentro da própria Escola Positiva, como a antropológica de Lombroso, a sociológica de Ferri e a jurídica de Garófalo.

¹⁸ A Escola Clássica, trazendo o método dedutivo e abstrato, acreditava no livre-arbítrio, por isso fundamentava a pena retributivamente, vale dizer, punia-se o mal do crime com o mal da pena. Defendia, ainda, a equipotencialidade do homem delinquente, afirmando que este não seria diferente do homem “normal”, apenas teria feito escolhas erradas. Para maiores detalhes: MOLINA, Antonio García-Pablos de. **Criminologia**. Trad. Luiz Flávio Gomes. 3. ed. São Paulo: RT, 2000.

do sistema penal do antigo regime; enquanto a Escola Positiva tinha como missão lutar contra o delito por meio de um conhecimento científico de suas causas, com finalidade de proteger a ordem social, aliás, a nova ordem social da nascente burguesia industrial.¹⁹

O fator aglutinante do pensamento criminológico foi o método empírico-indutivo ou indutivo-experimental, sustentado em contraponto à análise filosófico-metafísica própria da Escola Clássica. O delito era concebido como fato real, histórico, natural, cuja nocividade derivava das exigências da vida social. Interessava à criminologia, neste momento, o estudo da etiologia do crime, isto é, a identificação de suas causas, mormente as biopsicológicas ou sociológicas, ganhando notoriedade a figura do “criminoso nato” de Lombroso.

O positivismo criminológico é determinista, qualifica de ficção a liberdade humana e fundamenta a pena na ideia de responsabilidade social, afastando qualquer pretensão retribucionista ou de prevenção geral, o objetivo consistia unicamente na segregação do criminoso do meio social a fim de defender a sociedade. Nesse sentido, realçava-se a ideia da substituição dogmática penal por um saber empírico e interdisciplinar, uma vez que um programa político-criminal de combate ao delito não podia prescindir de um conjunto de conhecimentos oriundos da psicologia jurídica, sociologia criminal, dentre outros, a que Ferri denominava teoria dos substitutivos penais.²⁰

Para a Escola Positiva, a conduta criminosa, por se revelar como um fato social, refletia diretamente na sociedade e em função desta deveria ser combatida. *Pari passu*, Garófalo cunhou o conceito natural de delito, independentemente de sua expressa previsão legal, segundo o qual crime seria a lesão daquela parte do sentido moral que consiste nos sentimentos altruístas fundamentais: a piedade e a probidade. Ademais, a lesão deve ser na medida média em que são possuídos por uma comunidade e que é indispensável para a adaptação do indivíduo à sociedade.²¹

Do ponto de vista histórico, o positivismo criminológico foi importante para a consolidação e legitimação da ordem burguesa que se formou. Por outro lado, o fundamento da intervenção penal – periculosidade do agente (deterministicamente voltado para o delito)–, e a função da pena – defesa social e prevenção especial negativa (segregação do animal delinquent)– revela-se de todo incompatível com o modelo de direito penal funcional-

¹⁹ Não se esqueça que a Escola Clássica também almejava a proteger a ordem social, todavia seus métodos e fundamentos eram sobremaneira diferentes daqueles utilizados pela Escola Positiva.

²⁰ FERRI, Enrico. **Princípios de direito criminal**. Trad. Paolo Capitanio. 2. ed. Campinas: Bookseller, 1999, p. 123.

²¹ GARÓFALO, Rafael. **Criminologia**. Trad. Júlio Matos. São Paulo: Teixeira & Irmãos, 1983, p. 05.

garantista defendido neste trabalho. De mais a mais, o excesso na defesa social acarreta a desumanização do delinqüente e a instrumentalização do ser humano.

1.2 POSITIVISMO JURÍDICO²²: direito penal fechadíssimo

O positivismo criminológico nasceu como forma de reação aos excessos formalistas da Escola Clássica, que deduzia seu sistema racional de princípios apriorísticos ideais, afastados do mundo real, físico. Todavia, esse mesmo positivismo incorreu em outros excessos, sobretudo quando tentou reduzir o direito penal a um capítulo da Sociologia Criminal, explicando o delito através do método próprio das ciências naturais. Vê-se, então, que ambas as Escolas não tinham como objeto o direito positivo (leia-se o direito vigente, contemplado nos instrumentos normativos), mas apenas aspectos parciais do fenômeno delitivo.²³

Nesta ordem de ideias, surgiu um movimento, contrário aos demais, amparado na noção de direito como sinônimo de lei, partindo da premissa de que apenas o direito positivado poderia ser objeto da ciência jurídica. Representava uma visão formal-normativista, segundo a qual o direito era visto como uma ciência legalista, atrelada aos textos legais.

A dogmática positivista, escorada na pura exegese lógico-literal das leis, exposição da legalidade vigente, vedava qualquer atividade criadora por parte do aplicador do direito, proibindo-lhe a realização de interpretação teleológica ou finalística na busca pelo espírito da norma. Produto do Estado Liberal embasado na segurança jurídica e no princípio da legalidade, o positivismo restringia ao legislador a titularidade da fonte original do direito. Com receio dos excessos da Escola Jusracionalista, atribuiu ao intérprete e aplicador do direito a função meramente explicativa e expositiva dos conteúdos jurídicos, sem qualquer liberdade criadora.²⁴

No domínio penal, o movimento assumiu características peculiares na Itália, com Arturo Rocco e a Escola Técnico-Jurídica, e na Alemanha, com Binding. Rocco, criticando o positivismo naturalista, ensinava que o direito positivo era o único e verdadeiro objeto da

²² No âmbito da teoria geral do direito, o positivismo jurídico ganhou notoriedade em meados do século XX, principalmente através de Hans Kelsen, Herbert Hart e Alf Ross que concebiam o estudo do direito desprovido de toda e qualquer perspectiva fundada em juízo de valor, ou seja, de forma neutra, alheia aos critérios de justiça material.

²³ O objeto da Escola Clássica residia no direito natural, ao passo que o da Escola Positiva centrava-se no crime como fato social e no criminoso.

²⁴ SCHMIDT, Andrei Zenkner. **O método do direito penal sob uma perspectiva interdisciplinar**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 29.

ciência jurídica, analisado através do método técnico-jurídico. Retirava do direito penal toda carga de investigação filosófica, metafísica, política ou social, limitando-o aos ditames legais.²⁵

O método técnico-jurídico contemplava três etapas: a exegética, a dogmática e a crítica. A fase exegética restringia-se ao aspecto gramatical; a dogmática era responsável pela exposição dos princípios fundamentais do direito positivo, oferecendo critérios para integração e criação do direito pela sistematização dos princípios. Por fim, a terceira ordem de pesquisa e investigação aponta para uma concepção crítica, estudando o direito como ele deveria ser, buscando sua construção e apresentando propostas de reforma.²⁶

Karl Binding, por sua vez, advogando o que se tornou o ponto máximo do positivismo normativista, recusava legitimidade a qualquer juízo valorativo ou referência à realidade metajurídica na tarefa dogmática. Sua concepção sobre a pena, influenciado por Hegel e Kant, resumia-se em juízo de retribuição, expiação do mal, como forma de conservação do senhorio do direito sobre os culpáveis, segundo a medida de sua culpabilidade.²⁷

Deve-se a essa doutrina a formulação do conceito clássico de delito, que não se confunde com a Escola Clássica, conferindo tratamento exageradamente formal e causalista ao comportamento delitivo, de forma que a conduta seria mero movimento corporal que produz modificação no mundo exterior.

Segundo o modelo clássico do fato punível, a ação consiste num movimento corporal causador de um resultado no mundo exterior; a tipicidade revela-se como a descrição objetiva do acontecimento; ilicitude, por sua vez, a contrariedade de um fato ao ordenamento jurídico e, por fim, a culpabilidade traz um conceito psicológico, subjetivo, por meio do dolo.²⁸

Ainda nesse contexto, Liszt propôs a criação de uma ciência conjunta ou total do direito penal, que compreenderia três ciências autônomas, quais sejam, a ciência estrita do direito penal – dogmática jurídico-penal –, concebida ao sabor do tempo como conjunto de princípios que subjazem ao ordenamento jurídico e devem ser explicitados dogmática e sistematicamente; a criminologia, como ciência das causas do crime e da criminalidade; e a

²⁵ SCHMIDT, Andrei Zenkner. **O método do direito penal sob uma perspectiva interdisciplinar**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 29.

²⁶ As concepções metodológicas de Arturo Rocco encontram-se no seu discurso de Sassari *Il problema e il metodo della scienza del diritto penale* pronunciado em 15 de janeiro de 1910.

²⁷ apud ANDRADE, Manuel da Costa. **Consentimento e acordo em direito penal**. Coimbra: Coimbra Editora, 1990, p. 33.

²⁸ Em virtude de não se tratar de um trabalho dogmático, mas político-criminal, não se analisará, na presente dissertação, acerca das categorias do delito. Para mais detalhes ver SANTOS, Juarez Cirino dos. **A moderna teoria do fato punível**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2000, p. 6.

política criminal, como conjunto sistemático de princípios fundados na investigação científica das causas do crime e dos efeitos da pena, segundo os quais o Estado deve levar a cabo a luta contra o crime por meio da pena e das instituições com ela relacionadas.²⁹

Binding, positivista extremado, refutou a formulação de Liszt sob o argumento de se promover abandono do direito penal, conduzindo os estudos da dogmática por áreas desconhecidas ou porosas, como a política social, apartada de segurança jurídica. Entrementes, mostra-se sem razão a crítica de Binding, uma vez que, a despeito de todo o destaque que Liszt concedia à política criminal, a dogmática continuava a ocupar o lugar de primazia na hierarquia das ciências.³⁰

Em resposta às críticas de desjuridicização da ciência penal, Liszt aludia que a política criminal deveria se limitar a revelar os caminhos da reforma penal, a atuar de *iure constituendo*, oferecendo opiniões científicas concretas ao combate à criminalidade, sem, contudo, atuar diretamente na interpretação, sistematização e aplicação das normas penais, ou seja, de *iure constituto*. Como dizia Liszt, o direito penal consiste na barreira infranqueável da política criminal.

A maior crítica dirigida ao positivismo jurídico resume-se ao seu formalismo. Ainda que tenham tencionado evitar isso – com a fase crítica idealizada por Rocco – os positivistas caíram num formalismo acrítico abominável. A preocupação sempre foi com a beleza do “castelo jurídico”, com a lógica do sistema, nunca voltado à solução do caso concreto.

A ciência penal do século XX, sobretudo no Brasil, esqueceu por completo do momento crítico, reflexivo, reproduzindo os ditames legais de maneira totalmente despreocupada com a realidade, com o caso concreto. Importavam mais os conceitos abstratos e a lógica do sistema que a solução da lide e a pacificação social. Tal modelo mostra-se de todo incompatível com a visão defendida neste trabalho, uma vez que se distancia dos valores da política criminal que trazem o intérprete para a realidade social, para o caso concreto, na tentativa de realizar a verdadeira justiça.

1.3 NEOKANTISMO: “início” da abertura valorativa do direito penal

O neokantismo é uma corrente filosófica desenvolvida principalmente na Alemanha, a partir de meados do Séc. XIX, que preconizava o retorno aos postulados de Immanuel Kant,

²⁹ VON LISZT, Franz. **Tratado de direito penal**. São Paulo: Russell, 2003.

³⁰ SCHMIDT, Andrei Zenkner. **O método do direito penal sob uma perspectiva interdisciplinar**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 32.

opondo-se ao idealismo objetivo de Hegel, então dominante. As principais vertentes foram a Escola de Baden ou Sul-Occidental, que enfatizava a lógica e a ciência e a Escola de Marburgo.³¹

Enquanto o positivismo normativista atribuía prioridade ao “ser” do direito, vale dizer, ao direito positivo, os neokantistas voltam-se ao “dever ser”, ou àquilo que o direito deveria ser, mediante a introdução de considerações axiológicas aos postulados normativos. Identificavam nas ciências culturais ou ciências do espírito uma forte referência valorativa em detrimento das ciências naturais, que se encontravam desprovidas de toda e qualquer referência a valores. A realidade empírica ou o mundo fático e suas leis físicas apresentavam-se neutras, desprovidas de valores; apenas o homem, ao aplicar as categorias apriorísticas de seu pensamento, atribui às coisas um juízo de valor ou desvalor.

Enquanto teoria do direito, o neokantismo percebeu a necessidade da convivência harmônica entre o “ser” e o “dever ser” do direito, isto é, entre o aquilo que o direito era (normas positivadas) e aquilo que ele deveria ser (valorativo). Enquanto teoria do direito penal, superou a ideia de crime como fenômeno puramente físico, causador de um resultado naturalístico, preponderante no movimento positivista. O delito individualizava-se axiologicamente por meio das categorias jurídicas da tipicidade, antijuridicidade e culpabilidade.³²

A clássica separação entre aspecto objetivo – tipicidade e antijuridicidade – e subjetivo – culpabilidade – cedeu espaço a uma visão complexa do crime, na qual todos os seus elementos – tipicidade, ilicitude e culpabilidade – podem ser concebidos não só em sua estrutura objetiva, mas igualmente sob a ótica normativa e subjetiva, o que se chama modelo neoclássico de delito.

O modelo delitivo trazido pelo neokantismo, fundado na observação, descrição e valoração, é produto da desintegração do modelo clássico do fato punível e, simultaneamente, sua reorganização teleológica, conforme fins e valores do direito penal. A ação deixa de ser naturalista para assumir significado valorativo, redefinida como comportamento humano voluntário; a tipicidade perde a natureza descritiva e livre de valor para admitir elementos

³¹ A Escola de Marburgo teve escassa repercussão na ciência penal; ao passo que a Escola Sul-Occidental, tendo como representantes Radbruch, Mezger, Sauer e Lask, muito contribuiu para o estudo da dogmática criminal. A grande diferença entre uma vertente e outra é que a primeira, com Stammler, procurou expor as estruturas formais do conhecimento científico, ao passo que a segunda tentou dotar de conteúdo valorativo referidas estruturas formais. Cf. ANITUA, Gabriel Ignacio. **Histórias dos pensamentos criminológicos**. Trad. Sergio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, 2008.

³² SCHMIDT, Andrei Zenkner. **O método do direito penal sob uma perspectiva interdisciplinar**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 42.

normativos (como documento, motivo torpe etc) e subjetivos (a intenção de assenhoramento, no furto); a ilicitude troca o significado formal da mera contrariedade ao ordenamento pelo significado material de danosidade social, admitindo graduação do injusto conforme a gravidade do interesse lesionado; a culpabilidade psicológica assume, também, significado normativo, com a reprovação do autor pela formação de vontade contrária ao dever.³³

A despeito de seu subjetivismo epistemológico e relativismo valorativo, o neokantismo não logrou reestruturar de forma eficaz as categorias delitivas. A estrutura do delito, a não ser pela agregação de conteúdo valorativo, manteve-se como alhures formulada pelo positivismo. Por isso Welzel a denominou teoria complementar do positivismo.³⁴

Acrescente-se, ademais, que a supremacia dada aos valores não se mostrou suficiente para obstar a aplicação de uma determinada norma incriminadora quando esta violar valores superiores. O direito positivo prevaleceria ainda que em confronto a valores fundamentais.

1.4 A FENOMENOLOGIA DO DIREITO E O ONTOLOGISMO FINALISTA

A fenomenologia, nascida no Séc. XIX, a partir das análises de Brentano sobre a intencionalidade da consciência humana³⁵, trata de descrever, compreender e interpretar os fenômenos que se apresentam à percepção, isto é, as coisas em si mesmas e não o que se diz sobre elas. Busca a consciência do sujeito através da expressão das suas experiências internas.

Para a fenomenologia um objeto ou um fenômeno é, exatamente, como o sujeito cognoscente o percebe. Portanto, tudo – todos os fenômenos – deve ser estudado tal como se apresenta para o sujeito, sem qualquer interferência de regras de observação, abstraindo-se a realidade e, conseqüentemente, perdendo-se parte dela. Um objeto, uma sensação, uma recordação, enfim, tudo deve ser estudado tal como é para o espectador.³⁶

Nesta linha, propõe, ou se pressupõe, a separação entre sujeito e objeto – opondo-se ao paradigma científico moderno. Husserl, Heidegger, Merleau-Ponty e Sartre foram alguns dos principais filósofos fenomenologistas do Séc. XX.

Marcado por uma atitude epistemológica objetiva, o movimento fenomenológico construiu uma nova teoria do conhecimento baseada na prioridade do objeto, assim como no caráter permanente e essencial dos valores. Os valores, nas antípodas do neokantismo,

³³ SANTOS, Juarez Cirino dos. **A moderna teoria do fato punível**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2000, p. 6-7.

³⁴ WELZEL, Hans. **Direito Penal**. São Paulo: Romana, 2004.

³⁵ ABBAGNANO, Nicola. **História da filosofia**. Vol. XIV. 4. ed. Lisboa: Presença, 1993, p. 45.

³⁶ Idem, *Ibidem*, p. 92.

residem nas coisas, na essência delas e não nas categorias do entendimento do sujeito. Conhecer não é transformar a realidade, mas conhecê-la como ela é.³⁷

Grande contributo a este movimento foi dado pelo ontologismo finalista³⁸ de Welzel que, na tentativa de fixar um objetivismo metodológico, em detrimento do subjetivismo epistemológico e relativismo valorativo dos neokantistas, afirmava que os valores residiam nas coisas em si, e não no sujeito cognoscente. Os conceitos científicos não são construções diferentes de um material idêntico, valorativamente neutro, mas reproduções de fragmentos parcelares de um ser ôntico complexo, que é, em si mesmo, imanentemente, portador de valores diferenciados, e não receptor passivo dos valores e estruturas produzidos pela ciência.³⁹

Analisando a estrutura do delito, Welzel constatava que a ação humana possuía uma formação ôntica pré-concebida e, desta forma, deveria o legislador captar as características desse dado natural para, a partir disso, construir o tipo penal. Alterava sobranceiramente a estrutura do delito, conferida pelos causalistas, quando alocava o dolo no primeiro requisito do crime, o fato típico, como seu elemento subjetivo, restando para culpabilidade elementos normativos.

Com efeito, o modelo finalista do delito acabou por modificar todas as áreas do conceito de crime, com base no seguinte: a ação é o conceito central do fato punível. A psicologia demonstra a estrutura final da ação humana e a lei não pode desconhecer estruturas ontológicas independentes do direito. Assim sendo, a ação humana passa a ser vista como exercício de uma atividade final, ou seja, na proposição de uma finalidade, na escolha dos meios de ação necessários e na realização da ação no mundo real.⁴⁰

O finalismo de Welzel, entretanto, a despeito de seu direcionamento para o objetivismo ontologicista, não conseguiu uma efetiva superação do positivismo legalista. Nem Welzel, nem seus seguidores, conseguiram transformar o direito penal formalista do século XX em instrumento de justiça.⁴¹

Apesar de partir de conceitos ou realidade pré-jurídicas, como ação final, capacidade de autodeterminação do ser humano conforme seus fins, o finalismo não logrou efetiva aproximação com a realidade concreta, ficando ancorado no método lógico-objetivo de

³⁷ ABBAGNANO, Nicola. **História da filosofia**. Vol. XIV. 4. ed. Lisboa: Presença, 1993, p. 92.

³⁸ Existem algumas premissas existenciais básicas, que vinculam legislador e aplicador e por eles não podem ser ignoradas.

³⁹ Assim, cf. LAREENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. Trad. José Lamego. 3. ed. Lisboa: Calouste Gulbekian, 1997, p. 152.

⁴⁰ SANTOS, Juarez Cirino dos. **A moderna teoria do fato punível**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2000, p. 7.

⁴¹ É bem verdade que a direção formal-legalista das formulações de Welzel e dos finalistas se deve, em grande parte, à proposta de combater os arbítrios da Escola de Kiel e o direito penal do *fuhrer*.

dedução de soluções jurídicas de dados do ser, o que impossibilitava a abertura de espaço para a introdução de diretrizes político-criminais na dogmática.

A adoção de uma dogmática voltada unicamente ao pensamento abstrato, restrito a categorias ônticas, despreza as peculiaridades do caso concreto, tão caras na perspectiva do presente trabalho, conduzindo a draconianas soluções com vistas a uma equivocada concepção de segurança jurídica. Por isso, no século XX, surgiram novas teorias sedimentadas no funcionalismo, ou seja, dotando o direito penal de diversas funções.

1.5 A TEORIA DOS SISTEMAS E O FUNCIONALISMO NORMATIVISTA DE JAKOBS⁴²

O funcionalismo sistêmico ou normativista parte do conceito de autopoiese, criado por Maturana e Varela, para justificar a relação biológica autônoma, porém dependente, travada entre o indivíduo e o meio em que vive.

Os seres vivos são concebidos como sistemas autopoieticos, produzindo continuamente a si próprios; entretanto, impescindem do contato com o meio ambiente para seu desenvolvimento estrutural, ou seja, enquanto seres vivos. O meio social configura um sistema autopoietico fechado, cuja mudança varia de acordo com os contatos recíprocos com o entorno. Trata-se do acoplamento estrutural, ou seja, o meio produz mudanças na estrutura dos sistemas que, por sua vez, agem sobre ele, alterando-o, numa relação circular.⁴³

A autopoiese assume especial relevância ao abordar o ser humano, bem como qualquer outro sistema vivo, sob a perspectiva de manutenção de sua identidade organizacional. Enquanto a estrutura do ser humano e da sociedade pode mudar a partir dos contatos recíprocos com outros seres humanos ou outros sistemas sociais, a identidade organizacional mostra-se estável e conservadora.⁴⁴

⁴² As teorias funcionalistas não se esgotam nas visões de Jakobs, Roxin e Hassemer. Sobre outras teorias funcionalistas, ver TAVARES, Juarez. **Teoria do injusto penal**. Belo Horizonte: Del Rey, 2000, p. 73-75. Argumente-se, igualmente, que Hassemer elabora crítica substancial à utilização da expressão “função”. Segundo ele, os problemas da teoria dos sistemas como teoria das funções ou funcional residem justamente na conceituação do termo “função”. Os cientistas sociais aplicam o termo em contraposição ao de fim ou objetivo. Para os juristas, por outro lado, a ideia de “função” é frequentemente relacionada ao de fim, como conseqüências pretendidas de alguma coisa. HASSEMER, Winfried. **Introdução aos fundamentos do direito penal**. Trad. Pablo Rodrigo Alfen da Silva. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2005, p. 148.

⁴³ MATURANA ROMESIN, Humberto; VARELA, Francisco. **De máquinas e seres vivos: autopoiese, organização do vivo**. Porto Alegre: Artes Médicas, 1997 e ainda MATURANA, Humberto. **A ontologia da realidade**. Trad. Cristina Magro, Miriam Graciano e Nelson Vaz. Belo Horizonte: UFMG, 1999.

⁴⁴ Cf. MARIOTTI, Humberto. **Autopoiese, cultura e sociedade**. Disponível em www.lcc.ufmg.br/autopoiese. Acesso em 05 de fevereiro de 2009.

Tal matriz teórica foi desenvolvida por Niklas Luhmann para a formulação de sua teoria dos sistemas sociais. Buscando explicar o funcionamento da sociedade, Luhmann parte da superação do “preconceito” humanista, da objetivação social e da culturalização teórica segundo os limites territoriais do objeto.⁴⁵

As sociedades contemporâneas compõem-se de subsistemas⁴⁶ autopoieticos, ou seja, autoreferentes e operacionalmente fechados. Para conservar sua identidade organizacional, um determinado subsistema deve ser capaz de suportar as diferenças travadas em seus contatos com outros subsistemas. Insta mencionar que tais contatos ocorrem através da comunicação e não por intermédio dos seres vivos, dado que, segundo Luhmann, o indivíduo, enquanto pessoa, não compõe estruturalmente a sociedade, apenas enquanto meio psíquico de produção comunicacional poderá compô-la.

Nas palavras de Luhmann:

O sistema social, enquanto sistema estruturado de ações relacionadas entre si através de sentidos, não inclui, mas exclui o homem concreto. O Homem vive como um organismo comandado por um sistema psíquico (personalidade). As possibilidades estruturalmente permitidas para esse sistema psíquico-orgânico não são idênticas às da sociedade enquanto sistema social. Formulando de outra maneira: a relação de sentido que une as ações no sistema da sociedade é diferente também da relação de sentido, mas organicamente fundamentada, das ações reais e possíveis do Homem.⁴⁷

A relação travada entre o sistema social e seu entorno representa, justamente, o objeto de estudo da sociologia luhmanniana. O sistema social, a fim de adquirir certo nível de estabilidade, deve reduzir a complexidade do entorno através de uma diferenciação funcional que possibilita o estabelecimento de respostas destinadas ao cumprimento de determinadas funções, ou seja, o sistema ordena a contingência e as possibilidades do entorno em conjuntos de problemas funcionalmente equivalentes. Com vistas a executar suas funções, os sistemas desenvolveram gradativamente códigos mediante os quais reconhecem e conferem sentido às operações que lhes são próprias, relacionadas àquelas correspondentes a outros âmbitos de operação sistêmica.

⁴⁵ Cf. LUHMANN, Niklas. **Sistemas Sociales: lineamientos para una teoría general**. Trad. Silvia Pappe e Brunhilde Erker. Barcelona: Anthropos/Universidad Iberoamericana/CEJA, 1998.

⁴⁶ Os sistemas sociais diferenciados dentro de um sistema social são designados como “subsistemas” ou “sistemas parciais”. O sistema social consiste no mais amplo sistema – sistema social global ou sociedade, compondo-se por subsistemas, como o direito, a religião, a cultura que, por sua vez, também possuem subsistemas, como o direito penal, a religião protestante, a cultura moderna e assim sucessivamente.

⁴⁷ LUHAMANN, Niklas. **Sociologia do direito**. Vol I. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983, p. 169. Sobre a síntese do pensamento de Luhmann, ver IZUZQUIZA, Ignácio. **La sociedad sin Hombres: Niklas Luhmann o La teoría como escándalo**. Barcelona: Anthropos, 1990.

Quanto mais evoluída e complexa for uma sociedade, maior será seu grau de diferenciação funcional. Reduzindo a complexidade de seu entorno, o sistema acaba por aumentar a complexidade de sua própria estrutura. Cria-se de um fenômeno cíclico: quanto mais se aumenta a complexidade de um sistema, mais hábil se torna a reduzir a complexidade do entorno, e nisso, ocorre a evolução do sistema. A sociedade contemporânea é o mais complexo sistema social de que se tem notícia, por isso é a que maior capacidade ostenta de resolver problemas.

Cada subsistema observa os demais subsistemas como seu entorno, e o faz a partir de seus próprios códigos binários e seus programas, abrindo-se e se fechando cognitivamente para os demais, de modo a tornar-se permeável ao entorno, garantindo assim o aumento de sua complexidade.

Nesse modelo, o direito seria um subsistema componente do sistema social⁴⁸, necessariamente fechado, autoreferente e, por meio do acoplamento estrutural, capaz de preservar uma determinada identidade social. Pouco importa se o direito é ou não justo, pois numa sociedade com alto grau de complexidade, apresenta-se decisivo que o direito funcione, na medida em que reduza as complexidades e mantenha sua própria identidade cultural.

Aplicando a teoria dos sistemas à dogmática penal, Jakobs esgrime que a sociedade é um sistema de interações, denominadas de expectativas. Cada integrante de um grupo social tem a expectativa de que os outros integrantes irão se comportar de acordo com determinadas regras de conduta. Descumprida esta expectativa, ocorre uma frustração, que impede o desenvolvimento normal do grupo.⁴⁹

Jakobs trabalha com um conceito de direito penal não como instrumento de tutela de bens jurídicos, mas como meio de proteção de normas penais. A danosidade social do delito exterioriza uma infidelidade do autor ao ordenamento, colocando em dúvida a vigência da norma (caráter disfuncional do delito). A pena, nessa hipótese, cumpre a missão de confirmar a vigência da expectativa da norma defraudada pelo autor. Apenas indiretamente o bem jurídico é protegido.⁵⁰

⁴⁸ O direito, segundo Luhmann, só pode ser visto como fenômeno social. LUHMANN, Niklas. **Sistemas Sociais: lineamientos para una teoría general**. Trad. Silvia Pappe e Brunhilde Erker. Barcelona: Anthropos/Universidad Iberoamericana/CEJA, 1998.

⁴⁹ JAKOBS, Günther. **Sociedade, norma e pessoa**. Trad. Maurício Antônio Ribeiro Lopes. Barueri: Manole, 2003, p. 45.

⁵⁰ A violação de uma norma (o delito) é considerada socialmente disfuncional, já não porque lese ou coloque em perigo determinados bens jurídicos, senão porque questiona a confiança institucional no sistema. O delito é, antes de tudo, a expressão simbólica de uma falta de fidelidade ao Direito, uma ameaça para a integridade e estabilidade sociais, particularmente nociva quando a infração aparece de modo manifesto, visível. JAKOBS, Günther. **Sociedade, norma e pessoa**. Trad. Maurício Antônio Ribeiro Lopes. Barueri: Manole, 2003, p. 25. Neste sentido, cf. GRECO, Luis. Introdução à dogmática funcionalista do delito. **Revista Brasileira de Ciências**

Nas palavras de Jakobs:

A prestação que realiza o Direito Penal consiste em contradizer por sua vez a contradição das normas determinantes da sociedade. O Direito Penal confirma, portanto, a identidade social. [...] Nessa concepção, a pena não é tão-somente um meio para manter a identidade social, mas já constitui essa própria manutenção.⁵¹

Como pensamento lógico, de cariz sociológico, o funcionalismo sistêmico apresenta-se irreprochável. Entrementes, sua abordagem peca justamente por não se vincular a uma preocupação com a legitimidade da intervenção penal e sua direção aos fins do direito penal.

Deveras, por implicar verdadeira substituição do conceito de bem jurídico pelo de funcionalidade do sistema social, a abordagem sistêmica acaba por afastar-se do último ponto de que dispõe o direito penal para uma crítica do direito positivo.⁵²

1.6 FUNCIONALISMO TELEOLÓGICO E ABERTURA DO DIREITO PENAL A VALORES POLÍTICO-CRIMINAIS

A preocupação em pautar o direito penal sob concepções valorativas, culminou, em 1970, na Alemanha, com a publicação do trabalho “Política criminal e Sistema Jurídico-penal” de Claus Roxin. Tão sucinto quanto fecundo, este trabalho marca o início de uma nova era na dogmática jurídico-penal moderna: a era do funcionalismo teleológico. Propondo um novo sistema, fundado sobre uma diferente concepção de direito e Estado, bem como da relação entre direito penal e política criminal, a proposta de Roxin rendeu e tem rendido bons frutos, a exemplo da teoria da imputação objetiva.

Renunciando ao alto grau de ontologismo proposto pelos finalistas, mas também impondo limites ao excessivo normativismo neokantiano, o funcionalismo teleológico

Criminais. São Paulo: RT, n° 32, outubro-dezembro de 2000, p. 138-161. Para Chaves de Camargo a proteção penal do bem jurídico acaba sendo um fim mediato do direito penal: “[...] o fim do direito penal no Estado democrático de direito é a revalidação dos valores vigentes em determinado grupo social, e, via de consequência, definidos esses valores eles se referirão a um bem jurídico” **Sistema de penas, dogmática jurídico-penal e política criminal.** São Paulo: Cultural paulista, 2002, p. 172.

⁵¹ JAKOBS, Güther. **Sociedade, norma e pessoa.** Trad. Maurício Antônio Ribeiro Lopes. Barueri: Manole, 2003, p. 4.

⁵² Bastante elucidativa a crítica de Luis Greco ao pensamento de Jakobs: “JAKOBS se mostra plenamente ciente de quanto seu sistema tem de chocante, e de fato há muito de criticável em sua teoria. Não tanto o normativismo, porque apesar da funcionalização total dos conceitos, o embasamento sociológico garante o contato com a realidade, mas especialmente por tratar-se de um sistema obcecado pela eficiência, um sistema que se preocupa sobremaneira com os fins, e acaba por esquecer se os meios de que se vale são verdadeiramente legítimos. Ainda assim, é inegável que os esforços de JAKOBS abriram novos horizontes para a resolução de inúmeros problemas, demonstrando a necessidade e a produtividade de permear antigas categorias sistemáticas com considerações sobre os fins da pena.” GRECO, Luis. Introdução à dogmática funcionalista do delito. **Revista Brasileira de Ciências Criminais.** São Paulo: RT, n° 32, outubro-dezembro de 2000, p. 138-161.

apregoa a conexão direta entre a dogmática penal e a política criminal, de modo a permitir à política criminal não somente reforçar sua posição de autonomia, mas assumir uma postura de domínio e até mesmo de transcendência face à própria dogmática.⁵³

Com Roxin, a política criminal deixa de exercer uma função auxiliar e passa a exercer uma função trans-sistemática, apta a definir a direção e os limites da punibilidade. Transformou-se em um padrão crítico tanto do direito constituído como do direito a constituir, dos seus limites e sua legitimação.

Se Von Liszt via o direito penal como a barreira infranqueável da política criminal, a Carta Magna do delinquente e baluarte do cidadão contra o Leviatã do Estado, Roxin o vê como instrumento de efetivação de políticas criminais.⁵⁴

As valorações político-criminais no Brasil extraem-se da ordem constitucional do Estado Democrático de Direito, como os postulados da legalidade, da exclusiva proteção de bens jurídicos, proporcionalidade, respeito à dignidade humana, entre outros.

A meta do funcionalismo reside, pois, na proteção de bens jurídicos, objetivo básico da intervenção penal do Estado como instrumento último de controle social. A ideia fundante é de que o direito penal deve ser orientado a satisfazer as necessidades de uma nova sociedade, consistindo, pois, em um sistema aberto a novas políticas criminais.

O aprofundamento acerca das ideias trazidas por Roxin serão apreciadas na Terceira Parte, Sétimo Capítulo, oportunidade em que serão analisados os fins, a missão e os valores do direito penal numa perspectiva funcionalista.

⁵³ Para mais detalhes ver DIAS, Jorge de Figueiredo. **Questões fundamentais de direito penal revisitadas**. São Paulo: RT, 1999, p. 35.

⁵⁴ Não se pode olvidar as críticas desenvolvidas por Hirsch, fiel discípulo do funcionalismo welzeniano, para quem as teses funcionalistas, lastreadas em necessidades de prevenção, pecam pelo excessivo normativismo, razão pela qual prega o retorno à abordagem dirigida tão-somente a sólidos dados da realidade ôntica, no lugar de aportes valorativos. HIRSCH, Hans Joachim. El desarrollo de la dogmática penal después de Welzel. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. São Paulo: RT, ano 11, n. 43, abril-junho de 2003, p. 11-30.

CAPÍTULO SEGUNDO

A CRISE DO CONCEITO TRADICIONAL DE BEM JURÍDICO-PENAL

2.1 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO CONCEITO DE BEM JURÍDICO-PENAL

A noção de bem jurídico é de sobranceira relevância para o fiel estudo da dogmática penal, já que esta não pode prescindir de uma base empírica, de um vínculo com a realidade, sob pena de apresentar-se sob uma postura puramente normativista, despida de cunho social.

Em eras remotas, relacionadas com as culturas distantes, o delito era contemplado sob uma dimensão estritamente teológica e privatística. A noção de crime, irremediavelmente ligada à ideia de pecado, de desobediência a um ente divino, acarretava a imposição de uma sanção, em forma de penitência. Elucidativas as lições de Von Liszt:

Na união social pré-histórica, que se funda na comunidade de sangue e ainda não distingue os mandamentos de Deus do estatuto dos homens, o crimen é um atentado contra a divindade e a pena a eliminação ou expulsão (Ausstossung) dos agressores à associação cultural, se bem que como sacrifício à divindade, num primeiro momento.⁵⁵

Com o advento do Iluminismo⁵⁶ no séc. XVIII, responsável pela criação de uma nova filosofia criminal, revelou-se uma singular e original feição do problema punitivo, desprendido de questões éticas e religiosas. O foco das ilações voltava-se à limitação do poder estatal, atribuindo ao *jus puniendi* razão de ser no contrato social violado e à pena como medida preventiva, num viés notadamente utilitarista.⁵⁷

Em momento ulterior, ganharam expressão as ideias privatistas de Feuerbach, as quais, ainda influenciadas pelas teorias contratualistas, advogavam ser o delito uma lesão a um

⁵⁵ VON LISZT, Franz. **Tratado de derecho penal**. 3. ed. Trad. Jimenez de Asúa. Madrid: Reus, 1986. As etapas da evolução da justiça punitiva podem ser assim resumidas: a) Crime como um atentado contra os deuses; pena como meio de aplacar a cólera divina; b) Crime como agressão violenta de uma tribo contra outra; pena como vingança de sangue de uma tribo contra outra; c) Crime como transgressão da ordem jurídica estabelecida pelo poder do Estado; pena como reação do Estado contra a vontade individual oposta à sua. Neste sentido ver JIMENEZ DE ASÚA, Luís. **Tratado de derecho penal**. Vol. I. Buenos Aires: Losada, 1964.

⁵⁶ O iluminismo elevou a posição do homem como sujeito de direitos, autonomamente considerado em relação ao Estado, pois o “homem é a medida de todas as coisas”, portador de direitos inatos, invioláveis e pré-jurídicos, que fundamentam o *jus puniendi*, uma vez que o Estado encontra-se legitimado a intervir precisamente para garantir o usufruto destes direitos, quando ameaçados de lesão ou violados. Expressiva a Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão: “O fim de toda associação política é a conservação de direitos naturais e imprescritíveis, constituindo estes na liberdade, segurança, propriedade e resistência à opressão; [...] O esquecimento e o desprezo dos direitos do homem são as únicas causas das desgraças públicas e da corrupção dos governos.”

⁵⁷ As ideias trazidas por Kant e Hegel minimizaram o postulado utilitarista, uma vez que as penas, além de úteis, deveriam respeitar a dignidade humana. FIGUEIREDO, Guilherme Gouveia de. **Crimes ambientais à luz do conceito de bem juridico-penal: (des)criminalização, redação típica e (in)ofensividade**. São Paulo: IBCCRIM, 2008, p. 43.

direito subjetivo, uma ação contrária ao direito de outrem.⁵⁸ Danosidade social, direito subjetivo e necessidade da pena revelaram-se, pois, como pressupostos do conceito iluminista de crime, na tentativa de afastar a punição das “[...] condutas moralmente reprováveis ou contrárias à religião, mas que não causassem dano diretamente a uma pessoa em concreto ou ao Estado.”⁵⁹

Carrara, membro da Escola Clássica, em não raras oportunidades proclamou o modelo delitivo como violação de um direito subjetivo: “[...] o delito é um ente jurídico porque sua essencialidade deve consistir necessariamente em uma violação de um direito; não se pode falar em delito senão nas ações que ofendem ou ameaçam os direitos; delito é um fato exterior lesivo de direito ou perigoso ao mesmo.”⁶⁰

No entanto, foi em Birnbaum que a noção de “bem”⁶¹ surgiu como objeto de tutela, inaugurando um momento positivista na doutrina penal.⁶² Argumentava o autor que os direitos, enquanto tais, não podiam ser lesionados nem postos em perigo de lesão concretamente. Exclusivamente o “bem”, em sua realidade existencial, podia sê-lo. No injusto de homicídio, por exemplo, o que resultaria violado não é o direito subjetivo à vida (posição de Feuerbach), senão a própria vida enquanto bem, que conta com realidade existencial.⁶³

Fortalecendo o movimento positivista-normológico, Binding definia bem jurídico como tudo aquilo que, aos olhos do legislador, teria valor como condição para uma vida saudável do

⁵⁸ “[...] quem excede os limites da liberdade jurídica comete uma lesão jurídica ou injúria. O que lesiona a liberdade garantida pelo contrato social e assegurada mediante leis penais comete um crime. Por conseguinte, crime é, no mais amplo sentido, uma injúria cometida em uma lei penal, ou uma ação contrária ao direito do outro, cominada (sancionada) em uma lei penal.” FEUERBACH, Anselm. **Tratado de derecho penal**. Trad. Eugenio Zaffaroni. Buenos Aires: Hammurabi, 1989. Neste sentido, cf. COSTA ANDRADE, Manuel da. **Consentimento e acordo em direito penal**. Coimbra: Coimbra Editora, 1990, p. 327.

⁵⁹ CUNHA, Maria da Conceição Ferreira da. **Constituição e crime: uma perspectiva de criminalização e descriminalização**. Porto: Universidade Católica Portuguesa Editora (Estudos e monografias), 1995, p. 32. Nesta ordem de ideias ver Beccaria: “As penas que vão além da necessidade de manter o depósito da salvação pública são injustas por sua natureza; e tanto mais justas serão quão mais sagrada e inviolável for a segurança e maior a liberdade que o soberano propiciar aos súditos.” BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. Trad. T. Guimarães. São Paulo: Hemos, 1983.

⁶⁰ CARRARA, Francesco. **Programma del corso di diritto criminale**. Parte generale. 7. ed. Lucca: Tipografia Di G. Ganovetti, 1989, p. 28. Apud GOMES, Luiz Flávio. **Direito penal**. Vol. I. São Paulo: RT, 2007, p. 410.

⁶¹ Em sentido amplo, bem representa tudo que tem valor para o ser humano. Na História da Filosofia, despontam duas correntes fundamentais acerca dos bens: a metafísica, cujo modelo principal é o platônico, e pela qual bem consiste na realidade perfeita ou suprema, e é desejado como tal, e a subjetiva, de base aristotélica, que conceitua bem como o inverso simétrico da primeira, ou seja, o bem não é desejado porque é perfeição e realidade, mas é perfeição e realidade porque desejado. Para mais detalhes: ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de Filosofia**. São Paulo: Mestre Jou, 1970, p. 102.

⁶² Com Birnbaum houve uma ruptura de paradigmas na doutrina penal. Do jusnaturalismo ou jusracionalismo, passou-se ao positivismo no campo penal, que se fortaleceu com as ideias de Binding. Argumente-se, no entanto, que há quem se contraponha à afirmação de que Birnbaum seria um positivista, alegando tratar-se de um reducionismo descabido, dada a realidade plurifacetada em que seu pensamento está circunscrito. Cf. FIGUEIREDO, Guilherme Gouveia de. **Crimes ambientais à luz do conceito de bem juridico-penal: (des)criminalização, redação típica e (in)ofensividade**. São Paulo: IBCCRIM, 2008, p. 43.

⁶³ GOMES, Luiz Flávio. **Norma e bem jurídico penal**. São Paulo: RT, 2002, p. 75.

cidadão, conferindo-lhe um caráter dogmático e função intrassistemática.⁶⁴ Buscar a legitimação do direito penal fora do direito positivo seria, segundo ele, um retrocesso a elementos pré-jurídicos que permearam o iluminismo.

Erigida no séc. XIX, dentro de um prisma liberal e com nítido objetivo de limitar o legislador penal, a doutrina do bem jurídico impôs-se como um dos pilares da teoria do delito, já que passa a ser decisiva para a tutela penal a existência de um bem radicado no mundo do ser, da realidade, constatado empiricamente.

Von Liszt, assumindo postura positivista-naturalista, edifica um conceito de bem jurídico material e crítico à atividade legiferante apartado de ideais metafísicos e transcendentais, fundando-se em circunstâncias sociais concretas da comunidade. Encontra sua origem em um interesse da vida extraído das relações sociais, constituindo, antes de tudo, uma realidade válida em si mesma, cujo conteúdo axiológico não depende do juízo do legislador.⁶⁵

Contrariamente a Binding, Liszt inicia sua formulação tendo como ponto de partida a realidade fática, não normativa, traduzida na compreensão de que não é a norma que cria o interesse e o bem jurídico a tutelar; esta apenas reconhece os interesses vitais de dada sociedade enquanto realidades pré-existentes, portanto, extra-normativas. Os bens, dados pela vida, transformam-se em jurídicos quando tutelados pelo ordenamento. Se, para Binding, o conceito de bem jurídico apresentava-se exclusivamente num viés jurídico, uma livre criação do legislador; para Liszt não existiria essa liberdade absoluta, haja vista que o interesse vital que o direito transforma em bem jurídico encontra-se presente nas relações sociais.

O neokantismo, por outro lado, apregoa que o direito inclui-se entre as ciências do espírito, cuja metodologia consiste, basicamente, em compreender e valorar os fatos antissociais. Por isto, identificam os bens jurídicos no mundo espiritual subjetivo dos valores culturais, abstratos, de cunho ético-social e não vinculado a interesses sociais, como propunha Liszt. Representam um valor ideal da ordem social juridicamente protegido, retirados da consciência comum de um grupo, de uma maioria ou, ainda, da totalidade de um povo.

Hans Welzel, por sua vez, considera o bem jurídico como necessidade vital da comunidade ou do indivíduo, que por sua significação valorativa e social é resguardada juridicamente. Nada obstante, para o referido autor, mais primordial que a proteção dos bens jurídicos é a missão do direito penal de assegurar a real vigência e observância de valores que

⁶⁴ apud COSTA ANDRADE, Manuel da. **Consentimento e acordo em direito penal**. Coimbra: Coimbra Editora, 1990, p. 68.

⁶⁵ PRADO, Luis Regis. **Bem jurídico-penal e Constituição**. São Paulo: RT, 1996, p. 27.

pairam sobre a consciência jurídica, a evidenciar, com isso, certa espiritualização do conceito de bem jurídico. O direito penal seria a tradução do espírito da população, concepção que o ampliaria a ponto de abranger noções como pecado, moral, virtude etc, motivo pelo qual foi copiosamente criticado.⁶⁶

Muñoz Conde, por seu turno, compreende bens jurídicos como pressupostos essenciais à autorrealização da personalidade humana. São os bens e valores mais consistentes da ordem de convivência social em condições de dignidade e, desta forma, merecem absoluta salvaguarda jurídica, realizada por intermédio do direito penal.⁶⁷

Zaffaroni, inovando a concepção de bem jurídico, argumenta:

[...] bem jurídico penalmente tutelado é a relação de disponibilidade de um indivíduo com um objeto protegida pelo Estado, que revela seu interesse mediante a tipificação penal de condutas que o ofendam. [...] Dito de uma forma mais simples: são os direitos que temos a dispor de certos objetos.⁶⁸

A conceituação de bem jurídico, como se pode inferir, sempre foi objeto de cizânia doutrinária, dando azo a várias teorias e posições a respeito do assunto. Hodiernamente, digladiam-se de forma mais eloquente as teorias de cunho sociológico e constitucionalistas, analisadas adiante.⁶⁹

2.2 BEM JURÍDICO-PENAL: teorias de cunho sociológico

Güther Jakobs apresenta como matriz a teoria da sociologia jurídica de Niklas Luhmann. Conforme exposto no capítulo primeiro, Jakobs identifica a sociedade como um sistema de interações, em que cada integrante espera que o outro se porte em consonância com determinadas regras. Descumprida esta expectativa, surge a frustração.

Para Jakobs, toda prática criminosa ocasiona uma disfunção no sistema social, uma vez que questiona a validade da norma. Assim, a pena serve para recuperar a validade da norma questionada, ou seja, exerce função preventiva geral positiva. Como se vê, portanto, Jakobs

⁶⁶ WELZEL, Hans. **Derecho penal alemán: parte general**. 3. ed. Trad. J. Bustos Ramírez y S. Y Pérez. Santiago: Editora Jurídica de Chile, 1987, p. 12.

⁶⁷ MUÑOZ CONDE, Francisco. **Introducción al Derecho Penal**. Barcelona: Bosch, 1975, p. 48.

⁶⁸ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro: parte geral**. São Paulo: RT, 1997, p. 464/465.

⁶⁹ Registre-se, ainda, a existência de teorias do conflito, segundo as quais o direito penal representa apenas e tão-somente os valores e interesses das classes dominantes. O delito, segundo esta teoria, mostrar-se-ia como um comportamento político, em que grupos minoritários tornam-se vítimas do controle das instâncias formais. Cf. COELHO, Yuri Carneiro. **Bem jurídico-penal**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003, p. 74.

não trabalha com o direito penal como forma de salvaguarda do bem jurídico, mas como forma de se recuperar a confiança na norma e no direito.⁷⁰

Hassemer, por sua vez, afasta a pura proteção do sistema social, sem considerar os indivíduos que o integram. Ao contrário, advoga que a seleção dos bens jurídicos deve fundar-se em uma hierarquia de valores, assim como nas concretas necessidades da sociedade.⁷¹ O legislador não se encontra livre na seleção de bens jurídicos, ao contrário, está discricionariamente vinculado a uma escala valorativa. Na Espanha, esta mesma teoria encontra força em Mir Puig, segundo o qual interessa ao direito penal a dimensão social do bem jurídico, uma vez que representa a verdadeira necessidade social, além de propiciar a participação dos indivíduos nos sistemas sociais.⁷²

Igualmente defensor do funcionalismo sistêmico, Amelung afasta-se da noção de bem jurídico, aproximando-se da ideia de danosidade social no campo penal. Aduz que o direito penal deve combater apenas as condutas socialmente danosas, as quais representam a maior forma de disfuncionalidade do sistema. O bem jurídico, em suas formulações, funcionaria como mero auxiliar da definição de danosidade social.

O sociologismo funcionalista, embora inserido no contexto de revigoração dos conceitos liberais, perdeu-se na construção sistêmico-social, recebendo críticas de toda sorte. Inicialmente, porque colocava o bem jurídico acriticamente no centro das investigações das teorias sistêmicas de Luhmann, Parsons e Durkheim, caracterizando o delito como mera disfuncionalidade do sistema. Esta orientação causou profunda crise no conceito de bem jurídico, em face de sua grande capacidade de adaptação a qualquer modelo econômico, político ou ideológico. O funcionalismo acrítico, portanto, deve ser rejeitado precisamente por aceitar a ordem jurídica dada sem adentrar em considerações valorativas de seu conteúdo.

Ante a insuficiência das propostas na conceituação de bem jurídico, as teorias constitucionalistas despontaram como nova proposta ao desenvolvimento da teoria do bem jurídico penal.

2.3 BEM JURÍDICO-PENAL: teorias constitucionalistas

⁷⁰ Para maiores informações consultar o Capítulo Primeiro.

⁷¹ HASSEMER, Winfried. **Introdução aos fundamentos do direito penal**. Trad. Pablo Rodrigo Alfen da Silva. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2005, p. 100. Para mais detalhes: GOMES, Luiz Flávio. **Norma e bem jurídico penal**. São Paulo: RT, 2002, p. 82.

⁷² MIR PUIG, Santiago. **El derecho penal en el estado social y democrático de derecho**. Barcelona: Ariel, 1994. Neste sentido: PRADO, Luis Regis. **Bem jurídico-penal e Constituição**. São Paulo: RT, 1996, p. 33.

Dadas as críticas direcionadas às teorias sociológicas do bem jurídico, formulou-se proposta no sentido de considerar a Constituição como ponto de partida para a análise dos bens jurídicos a cumprir função crítica e limitadora do *jus puniendi*. Que a Constituição autoriza a concepção do delito como defesa do bem jurídico parece fora de dúvida. Questionamentos emergem quanto ao âmbito de influência da Constituição.

De um modo geral, as teorias de viés constitucionalista prescrevem que os valores básicos constitucionalizados consistem em elementos axiológicos, proporcionadores de unidade, legitimidade e fundamento ao conjunto da ordem jurídica.⁷³ São valores que devem ser observados pelo legislador ordinário quando da criação de novos bens jurídicos. É dizer, a Constituição representa o único instrumento legítimo capaz de estreitar as linhas conceituais do bem jurídico, operando a necessária delimitação do poder punitivo em critérios fixos, eficientes e em concordância com os valores gerais.

A chamada Constituição material⁷⁴ conta com eficácia interpretativa vinculante, lançando seus tentáculos a todo o ordenamento jurídico. A construção e interpretação de todo componente normativo do sistema deve ser orientado pela exigência indiscutível de que os conteúdos das suas normas, incluindo as penas, ajustem-se aos ditames constitucionais, sob pena de perda da validade material. Em resumo, são esses valores substanciais, concretizados histórico-positivamente na norma fundamental de um Estado, a fonte última da qual irrompe a legitimidade essencial do poder jurídico-político do Estado.⁷⁵

A doutrina moderna opera uma divisão dentro das teorias constitucionalistas: teoria constitucionalista de caráter estrito ou rígida e teoria constitucionalista de caráter geral.

2.3.1 Teoria constitucionalista restrita

Os defensores da teoria constitucionalista restrita⁷⁶ defendem que o legislador penal encontra-se direta e estritamente vinculado às opções valorativas fundamentais previstas constitucionalmente, não podendo recorrer às sanções penais senão para amparar tais valores.

⁷³ MIR PUIG, Santiago. **El derecho penal en el estado social y democrático de derecho**. Barcelona: Ariel, 1994. Neste sentido: PRADO, Luis Regis. **Bem jurídico-penal e Constituição**. São Paulo: RT, 1996, p. 87.

⁷⁴ A Constituição se torna material quando trata de conteúdos substanciais, centrados na pessoa e em seus direitos fundamentais como base de toda realidade jurídico-política, focados no valor-síntese da dignidade humana.

⁷⁵ Para maiores informações: GOMES, Luiz Flávio. **Direito penal**. Vol. I. São Paulo: RT, 2007, p. 418.

⁷⁶ Preferida pela doutrina italiana e espanhola.

Logo, bens jurídicos são aqueles valores positivados expressamente na Constituição, obedecendo-se a uma rígida escala de valorização hierárquica.⁷⁷

Bricola, talvez o maior expoente desta corrente, ao definir o delito como fato previsto de forma taxativa na lei e idôneo para ofender um valor constitucionalmente significativo, sustenta a legitimidade da sanção penal somente diante da presença de uma violação de um bem dotado de significação constitucional. Assim, o ilícito penal caracteriza-se exclusivamente como uma intolerável lesão a um valor constitucionalmente expresso e relevante.⁷⁸

Somente o poder constituinte e seu produto normativo típico, a Constituição, podem condicionar a atividade de um poder constituído como o legislativo. Isto é, se se cuida de fixar um limite ao poder do Estado, que cria o ordenamento infraconstitucional, este não poderá ser exercido pelo próprio ordenamento, mas pela Constituição, sob pena de não haver, de fato, limitação ao poder estatal.

Todavia, a doutrina estrita não atende às reivindicações por um direito penal atual, *pari passu* com a realidade social, implicando sempre as conhecidamente lentas reformas constitucionais. Desconsidera o condicionamento histórico das Constituições, uma vez que determinado valor, hoje não reconhecido como constitucional, pode vir a sê-lo implicitamente em momento posterior e, assim, demandar tutela penal. Tal não será possível se se tem em mente a doutrina rígida, que só admite valores expressos no texto constitucional, o que implicaria constantes processos de mutação constitucional.⁷⁹

2.3.2 Teoria constitucionalista ampla e funcionalismo teleológico

A teoria constitucionalista de caráter geral⁸⁰, por outro lado, defendida neste trabalho, perfilha entendimento mais amplo, defendendo que a Constituição é o marco referencial para o legislador penal, que não poderá descuidar os preceitos constitucionais quando da

⁷⁷ PELARIN, Evandro. **Bem jurídico penal**: Um debate sobre descriminalização. São Paulo: IBCCRIM, 2002, p. 139-140.

⁷⁸ BRICOLA, Franco. Teoria generale del reato. **Scritti di diritto penale**. Doutrini generali. Milano:Giuffrè, 1997, p. 565. Apud GOMES, Luiz Flávio. **Direito penal**. Vol. I. São Paulo: RT, 2007, p. 419.

⁷⁹ Francisco Javier Alvarez Garcia, criticando a teoria restrita, reafirma que limitar a tutela penal a bens constitucionalmente reconhecidos não é oportuna para o ordenamento em seu conjunto, já que se há de ter em conta que as constituições envelhecem, não resultando estranho que surjam novas exigências de tutela que nem sequer eram previsíveis no momento da elaboração do texto fundamental. GARCIA, Francisco Javier Alvarez. Bien jurídico e constitucion. **Cuadernos de política criminal**. n. 43. Madri: 1991, p. 27-43.

⁸⁰ Adotada, em regra, pela dogmática alemã, mas aceita, na Itália, por Pagliaro e Fiandaca. Assim, ver PALAZZO, Francesco. **Valores constitucionais e direito penal**. Trad. Gérson Pereira dos Santos. Porto Alegre: Sergio Fabris editor, 1989, p. 85.

criminalização de determinadas condutas. Em outros termos, o bem jurídico a ser eleito pelo legislador não pode conflitar com o quadro de valores encontrados expressa e implicitamente na Constituição da República, que funcionará sempre como balizamento positivo e negativo de sua atuação.⁸¹

O conceito material de bem jurídico vincula-se aos valores superiores assumidos pelo Estado Constitucional e democrático de Direito, mas não segundo uma perspectiva de identificação absoluta, senão de mera referência axiológica ou analogia substancial. Se em um Estado de Direito material toda atividade do Estado, incluindo a jurídico-penal, tem que estar submetida à Constituição e fundar-se na legalidade democrática, então também a ordem legal dos bens jurídicos deve constituir, sobretudo, uma ordenação axiológica como aquela que preside a Constituição, verificando entre as duas uma mútua relação, que não é certamente de identidade, mas de correspondência.⁸² Isto posto, percebe-se que a Constituição não configura a única fonte de seleção de bens jurídicos, ainda que se apresente, necessariamente, como limite, expresso ou implícito, e ponto de referência.⁸³

Tal opção atende suficientemente à exigência de o direito se adaptar às transformações sociais, sem necessidade de se recorrer às custosas emendas constitucionais, evitando que se estabeleça um déficit na relação do direito penal com a realidade e sua mutabilidade, afinal, sob as lentes do funcionalismo, o direito penal deve responder, democraticamente, aos reclamos sociais, sem descurar seus princípios norteadores, a serem discutidos no Capítulo Sétimo.

As ideias do funcionalismo moderado ou teleológico, adotado neste trabalho, em muitos pontos assemelham-se à teoria constitucionalista geral. Neste sentido, Roxin formula uma visão delitiva vinculada à proteção subsidiária de bens jurídicos, estabelecendo como ponto de partida a limitação prévia do legislador pelos axiomas constitucionais. Portanto, qualquer conceituação de bem jurídico só pode derivar da Lei Maior. Nas palavras do autor:

[...] em cada situação histórica e social de um grupo humano os pressupostos imprescindíveis para uma existência em comum se concretizam numa série de condições valiosas como, por exemplo, a vida, a integridade física, a liberdade de actuação ou a propriedade, as quais todo mundo conhece; numa palavra os chamados bens jurídicos; e o direito penal

⁸¹ A aceitação de postulados implícitos na Carta Magna como limite ao *jus puniendi* consiste na grande diferenciação entre as teorias apresentadas. Para maiores detalhes: PELARIN, Evandro. **Bem jurídico penal: Um debate sobre descriminalização**. São Paulo: IBCCRIM, 2002, p. 30-31.

⁸² DIAS, Jorge de Figueiredo. Para uma dogmática do direito penal secundário. Um contributo para a reforma do direito penal económico e social português. In: PODVAL, Roberto. (Org.). **Temas de direito penal económico**. São Paulo: RT, 2000, p.11-63.

⁸³ Mister que se ressalte a existência de correntes ecléticas que tentam compatibilizar o pensamento funcionalista com as vertentes constitucionalistas. Neste posicionamento se encontram Rudolphi, Silva Sánchez, Joaquín Cuello Contreras, dentre outros.

tem que assegurar esses bens jurídicos, punindo a sua violação em determinadas condições.⁸⁴

Muitos juristas criticam a adoção da teoria constitucionalista ampla sob o argumento de que se estaria num espaço de livre incriminação, o que dotaria de poderes discricionários o legislador ordinário, impediria uma avaliação acerca de suas atividades e legitimaria a expansão exacerbada do direito penal.⁸⁵ No entanto, tais objeções não prosperam, dado que ignoram os princípios constitucionais limitadores do Poder a que estão submetidos os legisladores. Sob o olhar da estrita legalidade, subsidiariedade, fragmentariedade e ofensividade, para não nomear os demais, a atividade criminalizadora já se encontra bastante talhada; não será a possibilidade de se aumentar o rol de bens jurídicos que legitimará a expansão do direito penal.

2.4 AS FUNÇÕES EXERCIDAS PELO BEM JURÍDICO-PENAL NUM ESTADO CONSTITUCIONAL E DEMOCRÁTICO DE DIREITO

O bem jurídico penal, na esteira das teorias constitucionalistas, exerce primordialmente a função de instrumento limitador do *jus puniendi*. Assume, desta maneira, um papel garantista, ou seja, um poderoso mecanismo a serviço da proteção dos direitos e garantias fundamentais do cidadão. Representa, deste modo, restrição à tarefa do legislador e do aplicador do direito, pois, constituindo o delito uma ofensa grave a um bem jurídico relevante, o poder estatal apenas poderá castigar as condutas que efetivamente lesionem ou exponham a perigo de lesão esses bens jurídicos selecionados, assegurando ao cidadão a previsibilidade necessária para criar segurança jurídica diante da resposta estatal.

Uma vez concebido o delito como lesão ou perigo concreto de lesão a um bem jurídico, não resta dúvida que a teoria do bem jurídico passa a cumprir a função fundamentadora do injusto penal. Nesse diapasão, o bem jurídico se transforma em critério determinante do

⁸⁴ ROXIN, Claus. **Problemas fundamentais de Direito Penal**. Trad. Ana Paula dos Santos Luís Natscheradetz. 3. ed. Lisboa: Vega, 1998, p. 27-28.

⁸⁵ Por todos, Alice Bianchini: “O problema destas teorias resume-se na inexistência de um limite suficiente para o poder criminalizador, deixando em aberto a indispensável garantia de restrição da tutela penal a valores visivelmente fundamentais para a comunidade. [...] Também subsiste a dificuldade de se relacionar os bens constitucionais implícitos ou, na linguagem de Cunha, os *bens de relação de pressuposição necessária*, o que desemboca no alargamento da insegurança jurídica.” (grifos no original) BIANCHINI, Alice. **Pressupostos materiais mínimos da tutela penal**. São Paulo: RT, 2002, p. 46-47.

delito, já que seus elementos – tipicidade e ilicitude – dependem da vinculação ao bem jurídico para se legitimar.⁸⁶

O bem jurídico cumpre, ainda, a função sistemática, é dizer, atua como critério orientador das infrações penais. Os sistemas dos códigos penais orientam as infrações de acordo com o bem jurídico que almeja tutelar; neste passo, guardam capítulos destinados a tutela da vida, da integridade física, da liberdade sexual, da Administração Pública, entre outros. Estados autoritários, por exemplo, trazem, inicialmente, os crimes contra o Estado; Estados mais liberais iniciam com os delitos contra os direitos fundamentais.

Outras funções podem, igualmente, ser reservadas ao bem jurídico, como, por exemplo, a função teleológica ou interpretativa que tenciona alcançar a finalidade, a *ratio* da norma, afastando de sua incidência as condutas que não afetem concretamente o bem jurídico custodiado, respeitando o princípio da ofensividade. Assim, a posição de Mir Puig:

Se o delito de lesões corporais ataca o bem jurídico saúde ou integridade física da pessoa, enquanto serve de base às suas possibilidades de participação social, a intervenção cirúrgica curativa realizada com êxito não pode dar lugar ao tipo penal de lesões corporais, porque não ataca naquele sentido a saúde nem a integridade física, senão todo contrário. Falta por isso a antijuridicidade material da conduta.⁸⁷

Por seu turno, a função individualizadora da pena relaciona-se com a sua mensuração quando da lesão ao bem jurídico. Vale dizer, quando da fixação em abstrato e em concreto, o legislador e o aplicador do direito devem se pautar na lesão ao bem jurídico, vale dizer, observando o postulado da proporcionalidade. Argumente-se, por fim, a função processual, no sentido de definir a competência de alguns delitos.

2.5 SURGIMENTO DE NOVOS BENS JURÍDICOS

2.5.1 Bens supraindividuais

O fenômeno da globalização, típico da sociedade pós-industrial, propiciou mudanças de ordem ideológica, científica, tecnológica e, sobretudo, econômica, promovendo uma complexidade social dantes inimaginável. Uma de suas principais consequências, a integração supranacional, ou a tentativa de integração, possibilitou a comunicação global entre Estados soberanos e seus nacionais.

⁸⁶ Neste sentido se posicionam Muñoz Conde, Rudolphi, Regis Prado, Cabo del Rosal, entre outros.

⁸⁷ MIR PUIG, Santiago. **Derecho penal**: parte general. Barcelona: Bosh, PPU, 1985, P. 137.

Esta nova realidade, designada por Ulrich Beck de “sociedade de risco”⁸⁸, apresenta características bastante peculiares, posto que os riscos sociais por ela provocados são ocasionados por decisões humanas baseadas em uma lógica calculadora dos benefícios e oportunidades, isto é, são, em regra, praticados por pessoas portadoras de poder derivado de sua elevada posição social ou econômica, no exercício de suas ocupações.

Com a sucessão de riscos de escala global, novos bens dignos de tutela despontaram no cenário jurídico. Muitos deles já eram protegidos pelo ordenamento, a exemplo da ordem econômica e tributária, reclamando apenas um recrudescimento na sua forma de tutela. Outros, no entanto, eram desconhecidos pelo direito e requeriam regulamentação primária, como as relações decorrentes da informática.

Os interesses individuais sempre foram o alicerce de todo o arcabouço jurídico. Contudo, numa sociedade em que se mitigou o binômio público/privado em virtude do surgimento de interesses intermediários, o antigo monopólio do direito subjetivo individual cedeu espaço para novas relações jurídicas que envolvem milhares de pessoas, na mesma situação e com mesmo fundamento jurídico.⁸⁹

Esses novos bens jurídicos são chamados de bens supraindividuais, já que transcendem a esfera individual e privatista da pessoa humana, inaugurada pelo Iluminismo, e se vinculam, formalmente, a interesses de um grupo extenso de pessoas ou até mesmo de toda a coletividade.

Os interesses coletivos *lato sensu* referem-se a toda uma categoria de pessoas, unidas ora por uma situação de fato e ora por compartilharem a mesma situação jurídica. São direitos novos que, sem serem públicos, pertencem a todos.

Muito se discute na dogmática penal contemporânea se os bens supraindividuais consistiriam verdadeiros bens dignos de tutela penal ou se representariam a antecipação da proteção de bens individuais. Klaus Tiedemann, discorrendo sobre a autonomização do direito penal secundário⁹⁰, máxime do direito penal econômico, identifica os bens supraindividuais como autênticos bens jurídicos, com plena autonomia em relação aos bens individuais.⁹¹ Tal pensamento é seguido por Mir Puig⁹², na Espanha, e Figueiredo Dias⁹³, em Portugal.⁹⁴

⁸⁸ BECK, Ulrich. **La sociedad del riesgo**: hacia una nueva modernidad. Trad. Jorge Navarro; Daniel Jiménez; María Rosa Borrás. Barcelona: Paidós, 1998.

⁸⁹ É bem verdade que o direito privado ganhou particular relevância no fim do século passado quando se constitucionalizou. Contudo, a “cobertura” do edifício jurídico construído no século passado pertence aos bens supraindividuais.

⁹⁰ Direito penal secundário consiste na extensão do direito penal para além dos códigos nacionais, resultado do processo de globalização.

⁹¹ TIEDEMANN, Klaus. El concepto de delito económico y de derecho penal económico. **Revista de Derecho y Ciencias Penales**, Buenos Aires: Nuevo pensamiento penal, n. 5/8, janeiro-dezembro de 1975, p. 461/475. Neste

Jescheck reputa que os titulares de um bem jurídico podem ser a pessoa individual ou a coletividade e apresenta a seguinte classificação dos bens jurídicos:

Há bens jurídicos da pessoa individual (bens jurídicos individuais) (v.g. a vida, a liberdade e a propriedade), entre os que formam um subgrupo os bens jurídicos personalíssimos (v.g. a integridade corporal e a honra) e bens jurídicos da coletividade (bens jurídicos universais) (v.g. a proteção dos segredos de Estado, a segurança do tráfego viário e a autenticidade do dinheiro).⁹⁵

Nesse sentido se posicionam Muñoz Conde e García Arán, demonstrando a existência de bens jurídicos individuais que afetam diretamente as pessoas individualmente consideradas e os bens jurídicos coletivos, que atingem o sistema social.⁹⁶ Zaffaroni, embora entenda que não há diferença qualitativa entre bens supraindividuais e bens individuais, reconhece a existência de bens de sujeito múltiplo, de forma que um não pode dispor do bem individualmente sem afetar a disponibilidade de outro.⁹⁷

A doutrina brasileira, de um modo geral, vem conferindo legitimidade aos bens supraindividuais, como Miguel Reale Júnior⁹⁸, Ivete Senise Ferreira⁹⁹, René Ariel Dotti¹⁰⁰, entre outros.

D'outra banda, a corrente monista individual ou personalista apenas reconhece legitimidade àqueles bens de que o ser humano necessita para sua autorrealização, admitindo

viés se posicionam Kurt Lindemann, Eberhard Schmidt, entre outros. Silva Sánchez identifica as causas do surgimento dos novos bens jurídicos coletivos como “(i) a conformação de novas realidades que antes não existiam, (ii) a deterioração de realidades tradicionalmente abundantes e (iii) o incremento essencial de valor que experimentam, como consequência da evolução social e cultural, certas realidades que sempre estiveram presentes, como o patrimônio histórico ou artístico.” SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **A expansão do direito penal**. Trad. Luiz Otávio de Oliveira Rocha. São Paulo: RT, 2002, p. 27.

⁹² Segundo o autor catalão, não cabe distinguir a importância desta classe de interesses, já que no contexto do Estado Social não se pode negar a legitimidade do direito penal para responder a certas demandas de criminalização para a salvaguarda de novos valores coletivos ou sociais. MIR PUIG, Santiago. Bien jurídico y bien jurídico-penal como límites del Ius puniendi. **Estudios penales y criminológicos**. XIV. Santiago da Compostela: Universidad de Santiago de Compostela, 1991, p. 190-222.

⁹³ DIAS, Jorge de Figueiredo. **Os novos rumos da política criminal e o direito penal português do futuro**. Lisboa: ROA, 1983, p. 17.

⁹⁴ Apud FIGUEIREDO, Guilherme Gouveia de. **Crimes ambientais à luz do conceito de bem jurídico-penal: (des)criminalização, redação típica e (in)ofensividade**. São Paulo: IBCCRIM, 2008, p. 127.

⁹⁵ JESCHECK, Hans-Heinrich. **Tratado de derecho penal: parte general**. 4.ed. Tradução Livre. Granada: Editorial Comares, 1993, p. 234.

⁹⁶ MUÑOZ CONDE, Francisco; GARCÍA ARÁN, Mercedes. **Derecho penal: parte general**. 3.ed. Valência: Tirant lo blanch, 1998, p. 65

⁹⁷ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Tratado de derecho penal: parte general**. Buenos Aires: Ediar, 1981, Vol. 3, p. 242.

⁹⁸ REALE JÚNIOR, Miguel. **Novos rumos do sistema criminal**. Rio de Janeiro: Forense, 1983, p. 214.

⁹⁹ FERREIRA, Ivete Senise. **A tutela penal do patrimônio cultural**. São Paulo: RT, 1995, p. 133.

¹⁰⁰ DOTTI, René Ariel. A tutela penal dos interesses coletivos. In: GRINOVER, Ada Pellegrini (Coord.). **A tutela dos interesses difusos**. São Paulo: Max Limonad, 1984, p. 63-78.

a existência de interesses supraindividuais na medida em que forem indispensáveis para o indivíduo singular.¹⁰¹

Há, ainda, o monismo coletivista, iniciado por Karl Binding e seguido por autores como Amelung e Jakobs. Segundo essa corrente, os interesses tutelados pelas normas são sempre interesses do Estado e, portanto, supraindividuais.

Bujan Perez divide os bens supraindividuais em: a) bens públicos ou gerais (segurança pública, incolumidade pública etc.) ou b) institucionais (os que pertencem ao Estado ou órgãos ou entidades públicas ou à sociedade em seu conjunto: interesse da administração da justiça, segurança do Estado etc.) ou c) difusos (bens de grupo amplo e determinado ou determinável de pessoas: delitos contra a saúde pública, o meio ambiente, segurança do tráfego, dos consumidores etc.)¹⁰²

Ainda nesta categoria, os bens supraindividuais dividem-se entre aqueles vinculados a um grupo determinado de indivíduos e aqueles relacionados com um grupo indeterminado ou de difícil determinação. Esta divisão proporcionou a seguinte classificação: direitos individuais homogêneos, direitos coletivos *stricto sensu* e direitos difusos. Inobstante cuidar-se de uma classificação originada no campo privado, esta divisão mostra-se bastante útil para elucidar vários problemas no campo penal.

2.5.1.1 Bens individuais homogêneos

Os bens individuais homogêneos são direitos subjetivos essencialmente individuais, pertencentes a pessoas determinadas, cujos direitos, contudo, encontram-se uniformizados pela origem comum e, por opção legislativa, podem ser tutelados de forma coletiva.

A circunstância de se originarem de fato comum é o marco característico dos direitos individuais homogêneos, cujos integrantes podem ser facilmente identificados e os danos divididos, dado que se cuida de direitos essencialmente individuais.

Neste sentido, insta gizar que o Código de Defesa do Consumidor, em seu art. 81, parágrafo único, inciso III prescreve que os direitos individuais homogêneos são os direitos individuais que dispõem de origem comum e que por isso podem ser perseguidos judicialmente de forma coletiva.

¹⁰¹ Neste sentido, conferir Hassemer: “[...] um conceito pessoal de bem jurídico não rechaça a possibilidade de bens jurídicos gerais ou estatais, mas funcionaliza esses bens a partir da pessoa: somente se podem aceitar com a condição de que brindem a possibilidade de servir aos interesses do homem.” apud FIGUEIREDO, Guilherme Gouveia de. **Crimes ambientais à luz do conceito de bem jurídico-penal:** (des)criminalização, redação típica e (in)ofensividade. São Paulo: IBCCRIM, 2008, p.129.

¹⁰² BÚJAN-PÉREZ, Martínez. **Derecho penal económico:** parte general. Valencia: Tirant lo blanch, 1998, p. 93.

2.5.1.2 Bens coletivos

Bens coletivos em sentido estrito correspondem aos bens metaindividuais cujos integrantes são determinados ou determináveis, vinculados entre si em virtude de uma relação jurídica comum.

Distinguem-se dos bens individuais homogêneos uma vez que estes pressupõem uma mesma origem fática e podem ser divididos entre seus titulares, ao passo que o elo conector dos bens coletivos é a relação jurídica base que vincula seus indivíduos e a indivisibilidade do direito que reclamam, de sorte que a violação do interesse de um de seus membros provoca a lesão do interesse de todos.

Rodolfo de Camargo Mancuso seleciona alguns requisitos para que o direito seja considerado coletivo:

- a) um mínimo de organização, a fim de que os interesses ganhem a coesão e a identificação necessárias;
- b) a afetação desses interesses a grupos determinados (ou ao menos determináveis), que serão os seus portadores (*enti esponenziali*);
- c) um vínculo jurídico básico, comum a todos os participantes, conferindo-lhes situação jurídica diferenciada.¹⁰³

Os bens coletivos pressupõem uma relação jurídica base preexistente à lesão ou ameaça aos interesses do grupo, que poderá vincular os integrantes do próprio grupo entre si ou com a parte contrária. Esta relação preexistente, que não se confunde com a relação que nasce após a ocorrência do dano, possibilita a determinação de seus titulares, os quais perdem, *in casu*, sua individualidade e passam a ser vistos em conjunto, de forma coletiva e impessoal, ultrapassando a esfera individual e constituindo uma coletividade como todo, por exemplo, o sindicato representa a profissão e não apenas os sindicalizados considerados individualmente, uma associação de pais representa a família e não apenas o conjunto de pais filiados.¹⁰⁴

O Código de Defesa do Consumidor, em seu art. 81, parágrafo único, inciso II, determina que os interesses coletivos são aqueles interesses transindividuais de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si, ou com a parte contrária, por uma relação jurídica base.

¹⁰³ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Interesses difusos**. 4.ed. São Paulo: RT, 1997, p. 55.

¹⁰⁴ SMANIO, Gianpaolo Poggio. **Tutela penal dos interesses difusos**. São Paulo: Atlas, 2000, p. 22.

2.5.1.3 Bens difusos

O surgimento dos bens jurídicos difusos representa, de maneira mais evidente, a transformação da sociedade pela revolução industrial e tecnológica, já que a produção em série e o consumo de massas implicaram uma adaptação do eixo central do sistema jurídico, que deixou de ser baseado na tutela individual, subjetiva e passou a fundar-se na tutela de classes e categorias.

Os bens difusos são interesses ou direitos indivisíveis em sua essência, pois não podem ser quantificados individualmente, pertencem a um grupo de pessoas cujos membros não se pode identificar, já que entre eles inexistem vínculos jurídicos ou fáticos precisos, cuja relação reduz-se a meras situações conjunturais, frequentemente acidentais ou mutáveis.¹⁰⁵ Constituem, em outras palavras, direitos substancialmente indivisíveis, cujos interessados se prendem a dados de fato, mutáveis, acidentais, de forma que a satisfação do interesse de um deles importa na satisfação de todos e a lesão do interesse de um importa na lesão a todos os interessados, indistintamente.

A inexistência de uma relação jurídica nos direitos difusos acarreta a indeterminação de seus titulares, que são agregados ocasionalmente em virtude de situações contingenciais, como o consumo, a coexistência em um grupo ou a própria vida.

O objeto do bem difuso é um bem da vida igualmente difuso, a saber, pertencente a toda comunidade e não a uma pessoa ou grupo específicos, como uma praia, um rio, a moralidade administrativa, entre outros. Por isso, os bens difusos são indivisíveis, não comportando repartição entre pessoas ou grupos, pois toda a sociedade é titular do interesse difuso como um todo.

Outra nota característica dos interesses difusos é sua indisponibilidade, consectário lógico da indivisibilidade e da ausência de titular determinado com poderes para dispor do bem, além da intensa conflituosidade, herdada das mudanças sociais e das lesões disseminadas em massa.

O Código de Defesa do Consumidor, em seu art. 81, parágrafo único, inciso I, prescreve: “Interesses ou direitos difusos, assim entendidos, para efeitos deste Código, os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato.”

¹⁰⁵ MAZZILLI, Hugo Nigro. **A defesa dos interesses difusos em juízo**. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 7.

Nada obstante a definição de direito difuso encontrar-se na legislação infraconstitucional, a Carta de República de 1988 o reconhece e assegura por meio de um sistema de garantias.

A Carta Magna abona o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, considerando-o como um direito difuso, de titularidade indeterminada. O art. 225 da CR/88 assenta: “Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.”

A proteção ao consumidor, outrossim, ostenta *status* constitucional, sendo considerado um direito difuso, uma vez que os arts. 5º, XXXII e 170, V decretam que a defesa do consumidor consiste direito fundamental do cidadão e princípio da ordem econômica nacional.

Por seu turno, os direitos relacionados à família, à criança, ao idoso, aos portadores de deficiência também são taxados difusos e igualmente dispõem de proteção constitucional.

A Carta Magna estatui dois modelos de proteção aos direitos difusos e coletivos. Confere ao cidadão titularidade para propositura da ação popular, visando a anulação de ato lesivo ao patrimônio público, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural. Outorga, outrossim, ao Ministério Público, porém não exclusivamente, legitimidade ativa para a propositura da ação civil pública destinada a proteção do patrimônio público e social, meio ambiente e outros interesses difusos e coletivos.

2.6 CRISE DA NOÇÃO DE BEM JURÍDICO COMO PADRÃO DE LEGITIMIDADE

Cada vez mais, os instrumentos de controle do direito penal são empregados na proteção desmedida e irracional de bens jurídicos supraindividuais. A legislação penal que engendra combater a criminalidade econômica *lato sensu* protege bens fluidos, que não pertencem a um indivíduo isolado, mas à coletividade como um todo, sendo considerado, portanto, um bem jurídico difuso.

Não se pode descurar que a grande parcela desses bens jurídicos são considerados fundamentais para a sobrevivência do homem na Terra, como o meio ambiente, *v.g.* Donde, não pode o direito penal quedar-se cego e silente ante as graves violações a bens jurídicos difusos de grande relevância para a sociedade, sob pena do próprio perecimento até da própria espécie humana.

Deve-se evitar, no entanto, a utilização em demasia e irreflexiva de tipos penais abertos, delitos de perigo abstrato, de mera desobediência ou de infração de dever, sob o argumento de tratar-se de bens relevantes para a convivência social, posto que, deste modo, incide em manifesta violação de princípios básicos de política criminal constitucional norteadores da dogmática penal, como *ultima ratio*, subsidiariedade, fragmentariedade, intervenção mínima, taxatividade, dentre outros, corolários de um Estado Democrático e social de Direito.

Constata-se no mundo ocidental contemporâneo – e o nosso país não foge a essa situação – a utilização exacerbada do direito penal, como se fosse o único instrumento para solução dos problemas da sociedade de massa, resultando na funcionalização sistêmica do direito penal e inflação de leis que, nada obstante, mostram-se ineficazes para combater os problemas sociais gerados pela nova complexidade social.

Diante desta realidade, percebe-se que a função exercida pelos bens jurídicos na dogmática penal vem se transformando de forma quase imperceptível. De uma tendência crítica frente ao direito penal, como limite da atuação do legislador, passa-se a um contexto excessivamente criminalizante no qual se justifica e legitima o direito penal.¹⁰⁶

A crise do conceito de bem jurídico reside justamente neste ponto: um conceito que exurgiu indissociavelmente vinculado a um processo de descriminalização e de crítica ao direito penal opera agora como legitimador da neocriminalização.

Neste sentido segue Guilherme Yacobucci e Luiz Flávio Gomes:

Na prática o conceito de bem jurídico perdeu paulatinamente essa capacidade limitadora ou garantidora do direito penal, porquanto as normas penais assumem objetos difusos, interesses comunitários de amplo espectro e modos de organização e planejamento institucional. A política criminal não parece na prática sentir-se limitada pelas exigências ontológicas – objetivas e universais – da noção de bem jurídico, já formou nos últimos anos um catálogo extenso de delitos que se ordenam à proteção ou realização de objetivos pouco tangíveis e à repressão antecipada de condutas em que não se aprecia claramente a lesão e que termina por converter os tipos penais de perigo abstrato em um instrumento relativamente habitual.¹⁰⁷

Um moderno sistema jurídico-penal deve estruturar-se teleologicamente, perseguindo finalidades valorativas, formuladas por uma política criminal que respeite os postulados

¹⁰⁶ FIGUEIREDO, Guilherme Gouveia de. **Crimes ambientais à luz do conceito de bem jurídico-penal: (des)criminalização, redação típica e (in)ofensividade**. São Paulo: IBCCRIM, 2008, p. 177-179.

¹⁰⁷ YACOBUCCI, Guilherme; GOMES, Luiz Flávio. **As grandes transformações do direito penal tradicional**. São Paulo: RT, 2005, p. 73.

constitucionais, funcionando os bens jurídicos como limite à atuação estatal e nunca como justificativa de uma expansão desmedida.¹⁰⁸

Nos delitos que tutelam bens supraindividuais, o desvalor da ação assume noções preponderantes, entretanto, inegável que a ação deve ostentar um conteúdo mínimo de lesividade em relação ao bem jurídico. Do contrário, deve ser considerada atípica.

Cumpra, pois, no decorrer desta dissertação, apreciar os óbices encontrados pelo direito penal neste início de século e avaliar as propostas apresentadas a fim de solucionar os problemas da dogmática penal gerados pela sociedade de risco, com ênfase no funcionalismo teleológico, o que se fará nos próximos capítulos.

¹⁰⁸ Neste sentido, Guilherme Jacobucci e Luiz Flavio Gomes: “Desta forma, o conceito de bem jurídico alcançou um particular caráter legitimador não só como instrumento dogmático senão também como fonte de interpretação judicial e fundamento das decisões de política criminal, resultando este último caso uma verdadeira garantia diante de qualquer excesso legislativo.” YACOBUCCI, Guilherme; GOMES, Luiz Flávio. **As grandes transformações do direito penal tradicional**. São Paulo: RT, 2005, p. 73.

CAPÍTULO TERCEIRO

A ORDEM ECONÔMICA *LATO SENSU* COMO BEM JURÍDICO-PENAL¹⁰⁹

3.1 EVOLUÇÃO POLÍTICO-IDEOLÓGICA DO ESTADO

3.1.1 Estado Liberal de Direito

Revoluções modificadoras do curso da humanidade povoaram a História, especialmente a partir do séculos XVIII. A primeira delas¹¹⁰, inspirada na liberdade, encontra nascedouro na Revolução Francesa, resultado da oposição histórica travada pelos burgueses contra os domínios da monarquia absolutista, autoritária e neutralizadora das manifestações individuais, já que embaraçava a livre iniciativa material e espiritual do cidadão.

É bem verdade que o surgimento do modo de produção capitalista, durante o Estado Absolutista, implicou o domínio da burguesia na seara econômica, que, aliando-se ao monarca, igualmente interessado no enfraquecimento do feudalismo, tratou de fortalecer sua condição econômica privilegiada por meio de financiamentos concedidos ao Estado.¹¹¹

No entanto, a política econômica adotada pelo Estado monárquico Absolutista consistia no mercantilismo – dirigismo estatal voltado a assegurar a expansão comercial, com o fito de gerar superávits na balança comercial, proporcionando a acumulação de metais preciosos pelo Estado –, importando na excessiva intervenção estatal em questões de ordem econômica, o que obstava a ascensão da classe burguesa.

Ademais, a presença de um governo centralizador, representado por um personagem *legibus solutus*, dotado de poderes absolutos, e os privilégios concedidos à nobreza causavam inquietação na burguesia, que começava a ansiar por liberdade na realização de atos de comércio e para exercer o direito de propriedade, considerado por muitos direito natural, inerente à condição humana e dela inseparável.

A luta incessante pela liberdade do indivíduo, destarte, investiu no poder o chamado Terceiro Estado, lídimo representante da burguesia revolucionária europeia, corporificando o primeiro Estado jurídico, guardião das liberdades individuais e da submissão total às leis.

¹⁰⁹ O estudo do direito penal econômico se justifica na medida que o direito penal do risco, problema central deste trabalho, revela-se, na dogmática, através, sobretudo, da tutela da ordem econômica.

¹¹⁰ A Revolução Francesa, apesar de cronologicamente posterior à Revolução Americana, apresentava tal nível de universalidade e generalidade que autoriza considerá-la a primeira revolução burguesa com repercussões mundiais, por isso mencionada neste capítulo.

¹¹¹ FREITAS, Ricardo de Brito A. P. **Razão e sensibilidade**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001, p. 20.

A primeira faceta do Estado de Direito trazia em seu bojo o liberalismo como modelo econômico, propagando a limitação do poder do Estado à garantia da soberania e da inviolável majestade do indivíduo, o que implicava liberdade econômica absoluta concomitantemente com a implantação da separação dos poderes.

Enquanto o Estado de Direito se contrapõe ao Estado Absoluto, o Estado mínimo se contrapõe ao Estado máximo, em outras palavras, o Estado Liberal se afirma na luta contra o Estado Absoluto em defesa do Estado de Direito e contra o Estado máximo em defesa do Estado mínimo, conquanto nem sempre os dois movimentos de emancipação coincidam histórica e politicamente.¹¹²

A teoria da separação dos poderes, princípio de organização constitucional, idealizada por Montesquieu e Locke, filósofos do Liberalismo por excelência, participa da instituição do Estado Liberal de Direito, já que se mostra indispensável ao atingimento dos fins perseguidos pelos burgueses revolucionários. Depositando em pessoas distintas as funções soberanas de julgar, legislar e gerenciar, o Estado mostra-se mais equilibrado e apto a atingir a verdadeira democracia, posto que *le pouvoir arrête le pouvoir*.

Convém colacionar excerto das lições de Luigi Ferrajoli:

Na história do pensamento jurídico liberal, digamos, podemos distinguir duas fases: a fase iluminista e a revolucionária, na qual o liberalismo reivindicou, em oposição ao *Ancien Regime*, os fundamentos axiológicos externos de todo o Estado e o ônus na base da sua justificação; e a conservadora e estatal, que seguiu a queda do velho Estado absoluto e o reforço dos poderes burgueses, na qual a cultura liberal abandonou muito frequentemente o ponto de vista externo e se colocou na defesa da nova ordem contra o advento de novas forças revolucionárias.¹¹³

É neste cenário de liberdade (econômica e formal) quase ilimitada que exsurge o constitucionalismo clássico, fenômeno que envolveu a Europa do século XVIII ao início do século XX, convertendo a “Constituição de papel”, a que se reportava ironicamente Lassalle, a um mero instrumento jurídico, regulador apenas da organização política do Estado e dos direitos fundamentais de primeira geração ou primeira dimensão.

Os direitos fundamentais de primeira dimensão, essencialmente individuais, civis e políticos, identificam-se como direitos de liberdade, de dimensão negativa, de resistência ou oposição ao Estado, impondo-lhe uma abstenção, obstando quaisquer ingerências na esfera privada dos cidadãos, o que proporcionava pleno desenvolvimento econômico.

¹¹² BOBBIO, Norberto. **Liberalismo e democracia**. Trad. Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Brasiliense, 1988, p. 17-18.

¹¹³ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. Trad. Ana Paula Zomer, Fauzi Hasssan Choukr, Juarez Tavares, Luiz Flávio Gomes. São Paulo: RT, 2002, p. 713.

Todavia, não obstante o avanço alcançado no sentido da consecução das liberdades públicas, a sociedade tornou-se vítima de suas próprias estruturas e a pobreza e a marginalização tomaram conta do cenário europeu. O excesso de liberdade econômica, portanto, acabou por gerar graves desigualdades sociais.

Nesse passo, nova revolução eclodiu, desta feita, tendo como mola propulsora a ideia de igualdade material, com a criação do Estado Social de Direito.

3.1.2 Estado Social de Direito

No domínio econômico, o Estado Liberal expunha os fracos à sanha dos poderosos. Desde a sua primeira fase, a revolução industrial evidencia a desumana espoliação do trabalho humano, o doloroso emprego de métodos brutais de exploração econômica, a que nem a servidão medieval se poderia com justiça equiparar.¹¹⁴

A igualdade em que se arrima o Liberalismo é apenas formal, e encobre, na realidade, um mundo de desigualdades de fato, no qual o homem explora o próprio homem, cuja liberdade consiste, unicamente, em submeter-se a seu alvedrio. A igualdade de todas as pessoas diante da lei, na medida em que todos se achavam submetidos às mesmas regras gerais, abstratas e impessoais, dispensando a intervenção estatal, revelou-se uma garantia inócua, em razão da inexistência de controle sobre o conteúdo material da lei, levando à substituição do arbítrio real pelo do legislador.

O surgimento do conteúdo social do Estado parte, pois, da constatação de que a não intervenção estatal nas relações individuais acarreta graves distorções sociais e que a função fomentadora da liberdade e da propriedade privada merece revisão profunda.

Percebendo o crescimento dos movimentos sociais que requestavam um maior comprometimento do Estado com a justiça social, o capitalismo transmudou-se, conferindo aos cidadãos direitos de índole positiva – ações, concernentes a prestações sociais estatais, revelando uma transição das liberdades formais abstratas para as liberdades materiais concretas.¹¹⁵

O Estado incorpora, por conseguinte, um caráter positivo, em detrimento da mera abstenção própria do modelo liberal. Enquanto no Estado Liberal protege-se a sociedade do Estado, através da ideia de inibição, no Estado Social protege-se a sociedade por meio do

¹¹⁴ BONAVIDES, Paulo. **Do Estado Liberal ao Estado Social**. 5.ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1993, p. 45.

¹¹⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 5.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 56.

Estado, pela ideia de ação em forma de prestações sociais. O foco de atenção desloca-se, portanto, do indivíduo para o grupo social.

Nesse contexto ganham relevo os chamados direitos fundamentais de segunda dimensão (sociais, culturais e econômicos), principalmente durante o período do segundo pós-guerra mundial, quando adquiriram foros constitucionais. Revelam a mudança do Estado Liberal para o Estado Social, compatibilizando o capitalismo como forma de produção e a consecução do bem-estar social, elemento típico do chamado *welfare state*.

Desse período datam as primeiras noções de ordem econômica e social, quando as constituições passaram a discipliná-las de forma sistemática, despontando como marco inaugural a Constituição Mexicana de 1917.

Os direitos sociais nasceram atrelados à ideia de igualdade material e consistem em atuações positivas estatais no sentido de possibilitar uma melhor condição de vida aos menos abastados e que por décadas foram objeto de exploração por seus pares.

Os direitos econômicos, por outro lado, dispõem de uma dimensão institucional, voltados à realização de uma determinada política econômica. Consistem no pressuposto de existência dos direitos sociais, uma vez que, sem uma política econômica orientada para a intervenção e participação estatal na economia, não se comporão as premissas necessárias ao surgimento de um regime social-democrático de conteúdo tutelar e paternalista.

Malgrado a nova concepção de direitos humanos originada pelo Estado de Bem-Estar Social, instituída por meio de uma ótica distributiva de direitos, com o desiderato de lograr-se uma sociedade mais humana e justa, o Estado Social, de *per si*, máxime nos países periféricos, não foi capaz de concretizar as tão sonhadas igualdade e justiça social, em virtude principalmente do esgotamento dos recursos públicos, nem a autêntica participação do povo no processo político, o que deu ensejo ao desabrochar do chamado Estado Democrático de Direito na segunda metade do século XX.¹¹⁶

3.1.3 Estado Democrático de Direito

A configuração do Estado Democrático de Direito não se cinge à mera aposição das características do Estado Democrático ao Estado de Direito. Representa muito mais.

¹¹⁶ Em muitos países centrais o *welfare state* obteve sucesso, como em muitos países da Europa. Contudo, em países periféricos e emergentes, como a maioria dos países da América Latina, as demandas por gastos públicos com saúde, educação, lazer, assistência social etc acarretaram e acarretam uma quebra dos cofres públicos, já bastante comprometidos com altos índices de corrupção.

Pressupõe conceitos novos, agregando conteúdos dos Estados Liberal e Social às conquistas democráticas, o que permite identificá-lo como Estado transformador do *status quo*.

Seu conteúdo ultrapassa o aspecto material de concretização de uma vida digna por intermédio do Estado, tal qual perseguido pelo Estado Social, e passa a agir como fomentador da participação efetiva e operante do povo na perseguição desta dignidade.

No Estado Democrático de Direito a solidariedade é pensada à questão da igualdade, que assume caráter comunitário, de participação da sociedade na melhoria da qualidade de vida individual e coletiva dos cidadãos. Se nos regimes totalitários o Estado é tudo e, no Liberalismo, representa quase nada, na democracia o Estado e a sociedade se integram em uma mesma realidade, e existem em função da pessoa humana e da busca pelo bem comum.¹¹⁷

A democracia que o Estado Democrático de Direito realiza há de ser um processo de convivência numa sociedade livre, justa e solidária, em que o poder emana do povo e deve ser por ele exercido, direta ou indiretamente. Há de ser um processo de libertação das formas de opressão, que não depende do reconhecimento formal de certos direitos, mas de condições econômicas suscetíveis de favorecer o seu pleno exercício.

Despertam, nesta realidade, os direitos fundamentais de terceira dimensão, concernentes a direitos de fraternidade e de solidariedade, que trazem como nota distintiva o fato de se desvincularem do homem considerado individualmente, destinando-se à proteção de toda a sociedade, e caracterizando-se, conseqüentemente, como direitos de titularidade coletiva ou difusa.

Trata-se de direitos que exprimem novas necessidades do homem, geradas, precipuamente, pelo avanço tecnológico experimentado no século passado, tais como o direito à paz, à autodeterminação dos povos, ao desenvolvimento, ao meio ambiente livre, sadio e equilibrado, à conservação do patrimônio histórico, cultural e paisagístico, entre outros.

Não há que se olvidar, outrossim, que é da essência do Estado Democrático de Direito a sujeição à Constituição e à legalidade democrática, vale dizer, compromete-se o Estado a elaborar e cumprir leis que efetivamente realizem o princípio da igualdade material e da justiça social, perscrutando sempre as finalidades sociais das normas e cotejando-as com os princípios fundamentais.

Tal como a vertente do Estado de Direito não pode, hodiernamente, ser vista senão à luz do princípio democrático, também a vertente do Estado Democrático não pode ser entendida

¹¹⁷ SBARDELOTTO, Fábio Roque. **Direito Penal no Estado Democrático de Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 41.

senão na perspectiva do Estado de Direito. Assim como só existe um Estado de Direito Democrático, também só existe Estado Democrático de Direito, isto é, segundo regras jurídicas.¹¹⁸

A Constituição Federal de 1988, observando as prescrições alvitadas, estatui, em seu artigo 1º, que a República Federativa do Brasil constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: a soberania, a cidadania, a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e o pluralismo político. Tal declaração importa a subordinação ao princípio democrático, ao sistema de direitos fundamentais, ao postulado da igualdade material, da divisão dos poderes, da legalidade, da justiça social, da segurança jurídica etc.

Não ignorando os avanços alcançados com o Estados Social, a Constituição Brasileira, em sua Quarta Parte, Título Primeiro, art. 170 a 192, delibera sobre a Ordem Econômica em quatro partes: dos princípios da atividade econômica, sobre política urbana, sobre política agrícola e fundiária e, por último, sobre o sistema financeiro nacional.

Assentadas essas premissas, a seção seguinte abordará a ordem econômica, tal qual expressa na Carta Constitucional.

3.2 ORDEM ECONÔMICA

3.2.1 Excurso esclarecedor acerca da ordem econômica e do surgimento do direito penal econômico

O modelo socioeconômico hoje concebido tem suas origens no modelo liberal de exercício do poder, com bases remotas na própria Ilustração, qual o próprio direito penal. O desenvolvimento da economia seguiu o caminho de verdadeira autossugestão, *laisser-faire*, regulando-se segundo suas leis naturais.¹¹⁹

Com a queda do Liberalismo, mostrou-se premente a necessidade de o Estado intervir na ordem social e econômica, a fim de reparar as desigualdades geradas. A intervenção estatal acarretava a imposição de condicionamentos materiais à atividade econômica, dos quais derivavam os direitos econômicos, concretizadores da própria constituição econômica.

¹¹⁸ CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional**. 4.ed. Coimbra: Almedina, 1997, p. 231.

¹¹⁹ SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. **Direito penal econômico como direito penal do perigo**. São Paulo: RT, 2006, p. 20.

A constituição econômica vem a ser o conjunto de normas voltadas à ordenação da economia. Neste ponto, calha trazer à baila as lições de J.J. Gomes Canotilho e Vital Moreira:

Trata-se do conjunto de normas e de princípios constitucionais que caracterizam basicamente a organização econômica, determinam as principais regras de seu funcionamento, delimitam a esfera de ação dos diferentes sujeitos econômicos, prescrevem os grandes objetivos da política econômica. Enfim, constituem as bases fundamentais da ordem jurídico-política da economia.¹²⁰

A noção de constituição econômica representa uma mudança de paradigma na ordem constitucional, haja vista que a ideia primária de constituição compunha-se apenas das normas essenciais à organização estrutural do Estado e dos direitos individuais dos cidadãos. Com a constitucionalização da ordem econômica, iniciada pela Constituição Mexicana de 1917, altera-se todo o arcabouço estrutural estatal, dado que este passa a atuar positivamente, intervindo e gerindo a economia.

Não se imagine, entretanto, que pelo fato de intervir nas relações econômicas, o Estado assume feições socialistas. Na verdade, perpetua-se o modelo capitalista, uma vez que se apoia, inteiramente, na apropriação dos meios de produção por uma classe social, ao passo que a outra permanece como detentora da força de trabalho.¹²¹

A ordem econômica, de acordo com a literatura nacional, admite várias interpretações, denotando, pois, caráter polissêmico. Contemplada pelas ciências econômicas como um conceito de fato, a ordem econômica pode ser vista como o modo de ser empírico de determinada economia concreta, revelando-se um conceito encontrado no mundo do ser.

D'outra banda, sob a ótica jurídica, a ordem econômica situa-se no âmbito do dever-ser, desvelando-se como uma parcela da própria ordem jurídica.¹²² Nesse sentido pode a ordem econômica ser conceituada como conjunto de regras, princípios e postulados jurídicos que regulam o comportamento dos sujeitos econômicos, é dizer, intervém-se na economia, limitando a atuação dos seus sujeitos, com o fim de satisfazer as necessidades individuais e coletivas dos cidadãos.

Convém ainda mencionar a ordem econômica internacional prevista nas Resoluções 3.281 e 3.362 da Assembléia Geral da ONU, que instituem, respectivamente, a Carta de

¹²⁰ CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital. **Fundamentos da Constituição**. Coimbra: Almedina, ANO, p. 151.

¹²¹ BONAVIDES, Paulo. **Do Estado Liberal ao Estado Social**. 5.ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1993, p. 181.

¹²² GRAU, Eros Roberto. **Contribuição para a interpretação crítica da ordem econômica na Constituição de 1988**. São Paulo: USP, 1990, p.72.

Direitos e Deveres Econômicos dos Estados e a Carta de Desenvolvimento e Cooperação Econômica Internacional.¹²³

Para Roberto Santiago Gullo a economia e a ordem econômica não se confundem. A economia consiste num feito, num fenômeno social e cultural em sua expressão primária, ao passo que a ordem econômica representa a ordem necessária à realização desse feito, de maneira que se possam produzir os fins propostos.¹²⁴

Embora a expressão “ordem econômica” tenha sido incorporada às Constituições no início do século XX – o que levaria a crer que a ordem econômica, parcela da ordem jurídica, é produto da substituição da ordem jurídica liberal por outra intervencionista –, a verdade é que as Constituições escritas sempre contiveram normas que se podem ser designadas pela expressão “ordem econômica”.

As Constituições Liberais não necessitavam dispor explicitamente sobre normas que compusessem uma ordem econômica constitucional. Bastava estabelecer o direito à propriedade privada e à liberdade contratual para que se tivesse composta a normatividade da ordem econômica liberal.¹²⁵ A grande diferença se dá quando as precedentes ordens econômicas passam a instrumentar a implementação de políticas públicas.

Perquirindo historicamente a evolução da ordem econômica em face das Constituições Brasileiras anteriores, pode-se inferir que a tutela da economia teve como fito a proteção do patrimônio da população em geral, ameaçado pela ganância dos que pretendiam se locupletar com a exploração das atividades fundamentais da coletividade. Buscava-se, deste modo, a limitação do comportamento social, através da repressão ao abuso econômico, caracterizado pelo domínio de mercados, eliminação de concorrência e aumento arbitrário dos lucros.

Do período da colonização brasileira até o Império, por imperativos lógicos, não havia normas protetivas da economia nacional, posto que o maior explorador das riquezas do Brasil era seu colonizador, aquele que ditava as regras. Com o advento da República, em 1891, a onda liberal que permeava a Europa atingiu o Brasil, fazendo com que a “ausência” de normas que tutelassem a economia permanecesse no cenário nacional, viabilizando a implementação do modelo liberal econômico.¹²⁶

¹²³ GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 66.

¹²⁴ GULLO, Roberto Santiago. **Direito Penal Econômico**. 2.ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005, p. 05-06.

¹²⁵ GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 73.

¹²⁶ REALE, Miguel. Legislação penal antitruste: Direito Penal Econômico e sua acepção constitucional. Disponível em www.realeadvogados.com.br. Acesso em 24 de janeiro de 2006, p. 2.

A situação começou a se alterar após a Revolução de 1930, que consagrou o papel intervencionista do Estado, repercutindo na Carta de 1934, quando se adotou, pela primeira vez, a expressão economia popular, prevendo mecanismos jurídico-constitucionais de intervenção estatal na ordem econômica e financeira. A Constituição de 1937 foi além, prescrevendo que a violação à ordem econômica equipara-se a questões de Estado, cominando-lhe penas severas.

Com a democratização do Estado Brasileiro, em 1946, consolidou-se a tutela da economia popular, tipificando-se como crime a sua violação. Em 1967 houve o retorno do dirigismo estatal e expressões como “fim ao abuso econômico” retornaram à cena por intermédio de normas penais sobrepostas severas.

A redemocratização brasileira, por meio da Constituição da República de 1988, positivou princípios e regras atinentes à ordem econômica, demonstrando uma posição intermediária entre o liberalismo oitocentista e o dirigismo estatal.

Adotando uma posição neoliberal ou social-liberal, a Constituição de 88 estabeleceu como fundamento da República Federativa do Brasil a cidadania, a dignidade, a valorização do trabalho humano e a livre iniciativa, que deverão ser efetivados através da garantia de uma existência digna conforme os ditames da justiça social.

A liberdade de iniciativa, ao lado da proteção à propriedade privada, demonstra, indiscutivelmente, a adoção pelo Estado Brasileiro do sistema capitalista de produção, o qual, sem embargo, encontra balizamentos dentro do próprio âmbito constitucional. A liberdade de iniciativa não se manifesta, destarte, como princípio absoluto, devendo ser exercida em consonância com os demais princípios da Carta Constitucional, tais como proteção ao meio ambiente e ao consumidor, livre concorrência, soberania nacional, redução das desigualdades regionais, busca do pleno emprego, tratamento favorecido a empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e com sede no país, dentre outros.

Para Eros Roberto Grau¹²⁷, a Constituição de 1988, colaborando com a polissemia do epíteto “ordem econômica”, utiliza a expressão indiscriminadamente, ora como parcela da ordem jurídica, ora como realidade do mundo do ser, concluindo o autor pela inutilidade e perniciosidade dos conceitos atribuídos à ordem econômica, nada obstante ressaltar, ao fim do capítulo, que manterá o uso da expressão por não identificar uma conceituação melhor.¹²⁸

¹²⁷ GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 85.

¹²⁸ No artigo 170, *caput*, a Constituição de 88, a exemplo das Cartas de 34, 46 e 67/69, faz uso da expressão como conceito de fato. Por outra banda, no art. 171, §2º e 173, §4º, a Constituição trata ordem econômica como parcela da ordem jurídica.

Desponta incontestável, pois, que a Constituição da República procura regular as relações econômicas surgindo, doutrinariamente, o direito econômico, responsável por cuidar do estudo e interpretação das normas e medidas de política econômica que visem à implementação e manutenção da ideologia econômica dominante.

O direito econômico, em consonância com os postulados expostos na Carta Magna, intenta regular a vida econômica combatendo o abuso do poder econômico, a exploração dos mercados por seus sujeitos, dirigindo a produção e circulação de riquezas. A violação a suas normas dá origem ao ilícito econômico.¹²⁹

O direito econômico está contido na grande província do direito público. Sua característica mais marcante é a interdisciplinaridade, uma vez que há inúmeros instrumentos e áreas que se encontram a ele submetidos. Pode-se afirmar que o direito econômico é uma espécie de polo ao redor do qual circundam o direito administrativo, financeiro, tributário, ambiental etc.

É da tradição legislativa brasileira sancionar os ilícitos econômicos por intermédio do direito penal, cominando penas privativas de liberdade aos infratores. Essa íntima relação entre direito penal e direito econômico deu ensejo à construção do direito penal econômico¹³⁰, ramo jurídico pertencente ao direito penal, atuante na esfera econômica quando as sanções civis e administrativas se revelarem insuficientes à proteção do bem jurídico salvaguardado, atuando, portanto, de forma subsidiária.

Argumenta-se que a origem do direito penal econômico remonta à 1ª Guerra Mundial¹³¹, oportunidade em que se proliferaram normas administrativas de direção da vida econômica que recorriam às sanções penais como forma de garantir sua eficácia.¹³²

Existe um dissenso literário acerca da conceituação de direito penal econômico, haja vista que a historicidade, o dinamismo e o caráter instável deste direito condenam os autores

¹²⁹ SICA, Leonardo. Caráter simbólico da intervenção penal na ordem econômica. **Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo**. São Paulo: RT, n° 02, julho-dezembro de 1998, p. 18-32.

¹³⁰ É o termo que utilizaremos no presente trabalho. Expressão, de resto, substituível por direito penal da economia, adotada pelos alemães.

¹³¹ Há referências a normas penais que tutelavam o mercado no direito romano (*Lex Julia de annona*, p. ex.) e em alguns ordenamentos da Idade Média. Contudo, a criação do ramo direito penal econômico teve início com a 1ª Guerra. Seu nascimento deve-se mais à urgência duma mobilização para a guerra e para a reconstrução dos escombros que da serena reflexão dos juristas. Nesse sentido, cf. DIAS, Jorge de Figueiredo; COSTA ANDRADE, Manuel da. Problemática geral das infracções contra a economia nacional. In: PODVAL, Roberto. (Org.). **Temas de direito penal econômico**. São Paulo: RT, 2000, p 64-98.

¹³² Existem autores, como Sebastián Soler, que não reconhecem a autonomia do direito penal econômico em relação ao direito penal; ao passo que outros, como Eduardo Novoa Monreal, conferem-lhe total autonomia. CABRERA, Raul Peña. El bien jurídico em los delitos económicos. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. São Paulo: RT, n° 11, julho-setembro de 1995, p. 36-49.

ao desencontro. Direito penal econômico e, sobretudo, o conceito de crime econômico são diferentemente moldados na criminologia, na criminalística e na dogmática jurídico-penal.

3.2.2 Tentativas de conceituação do direito penal econômico e do delito econômico: perspectivas dogmática e criminológica

3.2.2.1 Direito penal econômico sob uma perspectiva dogmática¹³³

O direito penal econômico tem se exposto ao pesquisador como o conjunto heterogêneo de normas que reivindicam a pertinência desse âmbito do jurídico. Desde as primeiras tentativas em conceituá-lo, têm-se multiplicados os critérios e acentuada a amplitude das divergências.

Mesmo movimentando-se em searas dogmáticas, a conceituação do direito penal econômico obedece a critérios distintos. Baumann, por exemplo, toma como referência o direito econômico, aduzindo que se trata da regulamentação das atividades econômicas e dos preceitos que de algum modo se relacionam com a produção e distribuição dos bens econômicos.¹³⁴

Hans Heinrich Jescheck, por seu turno, conceitua o delito econômico como a conduta punível que se dirige contra o conjunto total da economia ou contra os ramos ou instituições importantes desse conjunto.¹³⁵ Roberto Santiago Ferreira Gullo, na esteira de Jescheck, entende que o delito econômico produz uma ruptura no equilíbrio que deve existir para o desenvolvimento normal das etapas do feito econômico; ou melhor, atenta contra a integridade das relações econômicas públicas ou privadas, ocasionando dano à ordem que rege a atividade econômica ou provoca uma situação da qual pode surgir este dano.¹³⁶

Para Klaus Tiedemann, ao direito penal econômico compete tutelar primordialmente o bem constituído pelo ordenamento jurídico estatal em seu conjunto e, por consequência, o curso normal da economia em sua organicidade, vale dizer, a economia nacional.¹³⁷ André Luis Callegari identifica o direito penal econômico como o conjunto de normas jurídico-

¹³³ O estudo cingir-se-á aos países ocidentais, não se mostrando pertinente ao presente trabalho elaborar um estudo sobre o direito penal econômico dos antigos países ditos socialistas, por exemplo.

¹³⁴ Apud DIAS, Jorge de Figueiredo; COSTA ANDRADE, Manuel da. *Problemática geral das infracções contra a economia nacional*. In: PODVAL, Roberto. (Org.). **Temas de direito penal econômico**. São Paulo: RT, 2000, p 64-98.

¹³⁵ Apud GULLO, Roberto Santiago Ferreira. **Direito Penal Econômico**. 2.ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005, p. 04.

¹³⁶ Idem, *Ibidem*, p. 04.

¹³⁷ TIEDEMANN, Klaus. **Lecciones de derecho penal económico**. Barcelona: PPU, 1993, p. 31.

penais que protegem a ordem socioeconômica, isto é, tutelam a regulamentação jurídica do intervencionismo estatal na economia.¹³⁸

O direito penal econômico¹³⁹ pode ser entendido como conjunto de normas que tem por objetivo sancionar, com as penas que lhe são próprias, as condutas que, no âmbito das relações econômicas, ofendam ou ponham em perigo bens ou interesses juridicamente relevantes.¹⁴⁰

Imperioso transcrever as palavras de Jorge de Figueiredo Dias e Manuel da Costa Andrade:

[...] de há muito é pacífico considerar o Direito Econômico como o direito da direção da economia, pelo Estado, como conjunto das normas através das quais se traduz juridicamente a *intervenção* do Estado na economia. [...] No recurso ao direito penal para tutela destes mesmos valores se traduziria o Direito Penal Econômico como defesa penal ‘da economia nacional no seu conjunto ou das instituições fundamentais’. Seriam assim delitos econômicos os ‘que danificam ou põem em perigo a ordem jurídica como um todo’¹⁴¹

O objetivo, portanto, do direito penal econômico se circunscreve à tutela das relações econômicas, sancionando com penas privativas de liberdade aquelas condutas atentatórias aos preceitos do direito econômico, quando as demais instâncias de controle formal do ilícito não se prestarem a tal desiderato.¹⁴²

¹³⁸ CALLEGARI, André Luis. **Direito Penal Econômico e lavagem de dinheiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 21.

¹³⁹ PIMENTEL, Manoel Pedro. **Direito Penal Econômico**. São Paulo: RT, 1973, p. 10.

¹⁴⁰ Neste sentido, Martínez Buján-Pérez, definindo direito penal econômico, afirma que, em sentido amplo, cuida-se do conjunto de normas jurídico-penais que protegem a ordem econômica, entendida esta como a regulação jurídica da produção, distribuição e consumo dos bens e serviços. Já em sentido estrito, limitar-se-ia a ser entendido como o conjunto de normas jurídico-penais que protegem a ordem econômica, tida esta como a regulação jurídica do intervencionismo estatal na economia. MARTÍNEZ BUJÁN-PÉREZ, Carlos. **Derecho penal económico**: parte general. Valência: Tirant lo blanch, 1998, p. 34.

¹⁴¹ DIAS, Jorge de Figueiredo; COSTA ANDRADE, Manuel. Problemática geral das infracções contra a economia nacional. In: PODVAL, Roberto. (Org.). **Temas de direito penal econômico**. São Paulo: RT, 2000, p. 64-98.

¹⁴² Argumente-se que Jiménez de Asúa não reconhece autonomia ao direito penal econômico, afirmando: *En los países de régimen autoritario, e incluso en aquellos de economía ‘dirigida’ o ‘encauzada’ por el Estado, há surgido la idea de reunir todos los preceptos penales a que esse objetivo se refieren, bajo el título derecho penal económico, formado – en el sentir de Siergert – en parte por principios especiales y en parte por disposiciones de derecho penal común*. JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. **Tratado de derecho penal**. Vol. I. Buenos Aires: Losada, 1964, p. 47.

3.2.2.2 Crime econômico: o contributo de Edwin Sutherland aos estudos da criminologia

Edwin Sutherland, pertencente à Escola de Chicago, contribuiu sobremaneira para os estudos das subculturas criminais, atribuindo ao comportamento criminoso o fenômeno da aprendizagem, adotando a teoria da associação diferencial.

Influenciado principalmente por Shaw e McKey, o autor desenvolveu a ideia de desorganização social como fator delitivo ou, como preferia, organização social diferenciada. Isto é, os indivíduos aprendem modelos e esquemas de comportamento diferentes em cada área cultural.

Desenvolvendo uma crítica radical às teorias gerais sobre o comportamento criminoso, que o atribuíam a fatores econômicos, psicopatológicos ou sociopatológicos, Sutherland utilizava o argumento de que as estatísticas em que essas teorias se baseavam eram oficiais e, por isso, ignoravam a criminalidade oculta demonstrada pela vultosa cifra negra que detectou em suas pesquisas.

Argumentava que os autores de crimes econômicos, ao contrário do que previam as teorias tradicionais, não são pobres, nem cresceram em *slums*, não provêm de famílias desunidas e não são débeis ou psicopatas.¹⁴³ Alude, por outro lado, que o crime, na verdade, é aprendido e, neste ponto, concentra suas atenções no delito econômico, afirmando:

A hipótese aqui sugerida em substituição das teorias convencionais, é que a delinquência de colarinho branco, propriamente como qualquer outra forma de delinquência sistemática, é aprendida; é aprendida em associação direta ou indireta com os que já praticaram um comportamento criminoso, e aqueles que aprendem este comportamento criminoso não têm contatos frequentes e estreitos com o comportamento conforme a lei.¹⁴⁴

Nas suas formulações, Sutherland parte do pressuposto que o comportamento delituoso se aprende do mesmo modo como igualmente se aprende toda e qualquer forma de conduta social lícita.¹⁴⁵ Tanto a motivação quanto a destreza ou capacidade para o delito seriam aprendidos de acordo com o contato com valores, atitudes e definições no curso normal de comunicação e interação entre os indivíduos.¹⁴⁶

¹⁴³ Cf. BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do direito penal**. Trad. Juarez Cirino dos Santos. Rio de Janeiro: Renavan, 1997, p. 72.

¹⁴⁴ SUTHERLAND, Edwin H. **White-collar crime: the uncut version**. Yale University Press, 1983, p. 11.

¹⁴⁵ Segundo Sutherland, a atividade delitiva não se vinculava, como muitos afirmavam, com a falha no processo de socialização. Pelo contrário, relacionava-se com o êxito de um processo de socialização diferente daquele imposto pela lei.

¹⁴⁶ MOLINA, Antonio García-Pablos de. **Criminologia**. Trad. Luiz Flávio Gomes. 3. ed. São Paul: RT, 2000, p. 308.

A sociedade pós-moderna organiza-se em grupos e subgrupos, cuja aglutinação acontece a partir de interesses e metas em comum. No seio de alguns desses grupos ocorrem modelos de condutas delitivas. Esses modelos, no processo normal de comunicação interior aos diversos grupos, seriam justificados e explicados criando-se uma aprendizagem do modelo criminal.¹⁴⁷

Um membro do grupo se converte em delinquente no momento em que, por seus contatos diferenciais, aprende mais modelos criminais do que padrões conforme o direito, vale dizer, quando suas concepções favoráveis ao cometimento do crime superam aquelas desfavoráveis. O ponto nodal da teoria repousa no fato de que, quando os valores dominantes do grupo são propícios à prática delitiva, o indivíduo, independente de sua classe social ou constituição biológica, violará a lei.

Nessa ordem de ideias, os crimes econômicos também são aprendidos. Integram a forma “socialmente admitida” de fazer negócios entre determinados grupos, herdando e transmitindo, de geração em geração, um código valorativo distinto do legal.¹⁴⁸

Definindo o crime econômico como *white collar crime*¹⁴⁹, Sutherland foca-se nas características do agente e não no fato por ele praticado.¹⁵⁰ O crime de colarinho branco consiste no delito perpetrado por um indivíduo de respeitabilidade e de elevado *status* no exercício de sua profissão.¹⁵¹

Os macrodeltos econômicos traduzem-se em abuso da posição dominante, emprego abusivo dos recursos de poder de que se dispõe, vinculados não apenas aos campos político e econômico, mas também profissional.¹⁵² Este poder reflete a possibilidade de fazer prevalecer

¹⁴⁷ PEREIRA, Flávia Goulart. Os crimes econômicos na sociedade de risco. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. São Paulo: RT, n° 51, novembro-dezembro de 2004, p. 105-131.

¹⁴⁸ Os delitos econômicos são particularmente úteis ao autor, dado que seus autores são absolutamente “normais”, integrados socialmente e com aptidão intelectual.

¹⁴⁹ *White-collar crime may be defined approximately as a crime committed by a person as respectability and high social status in the course on his occupation*. SUTHERLAND, Edwin H. **White-collar crime: the uncut version**. Yale University Press, 1983, p. 07.

¹⁵⁰ Poderíamos aplicar a Sutherland a mesma crítica que ele fazia às teorias tradicionais: nem todos os indivíduos submetidos ao contato de uma subcultura criminosa delinquem, e nem todos aqueles que delinquem estiveram em contato com uma subcultura criminosa. A esta crítica, o autor afirma que estas subculturas aparecem na vida social de maneira mais corriqueira do que se costuma pensar.

¹⁵¹ Sutherland entendia que o garantismo – definido por ele como aplicação do direito penal do iluminismo – no que se refere aos crimes de colarinho branco estaria em confronto com um sistema de direitos humanos, vez que, por um lado, penalizaria sistematicamente os delitos dos *lower class* e, por outro, garantiria a liberdade dos poderosos. ANITUA, Gabriel Ignácio. **Histórias dos pensamentos criminológicos**. Rio de Janeiro: Revan, 2008, p. 497.

¹⁵² Edelhertz, discordando de Sutherland, entende que, quando se cuida de delitos econômico, a ênfase deve ser dada ao comportamento do agente, seu *modus operandi*, conferindo importância secundária à classe social a que pertence. Apud OLIVEIRA, Willian Terra. Algumas questões em torno do novo direito penal econômico. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. São Paulo: RT, n. 11, julho-setembro de 1995, p. 231-239.

sua própria vontade em detrimento da resistência dos demais. Ocorre abuso quando este poder é utilizado para fins diversos dos previstos ou extrapolando-se o rol de possibilidade.¹⁵³

3.2.3 O bem jurídico-penal objeto de tutela pelo direito penal econômico

Quando se trabalha com o conceito de ordem econômica, centrando no bem jurídico tutelado pelo direito penal econômico, como manifestação mais evidente do direito penal do risco, deve-se ter em mente que se trata de um conceito amplo, abrangendo a ordem econômica *stricto sensu*, a ordem tributária, as relações de consumo, o meio ambiente etc.

Diferenciando o interesse difuso dos interesses setoriais, Buján-Pérez alude que a ordem econômica *lato sensu* apresenta-se como interesse social geral e a ordem econômica *stricto sensu*, como interesse difuso. Neste ponto, afirma o autor haver certa dificuldade em se violar diretamente, mediatamente, a ordem econômica, sem a existência de outro bem jurídico, atingido diretamente pela conduta delitiva.

Observe-se que há, ainda, aqueles que entendem ser a ordem econômica um bem jurídico intermediário, a exemplo de Tiedemann, para quem a ordem econômica não se inclui na categoria dos interesses jurídicos pertencentes ao Estado, tampouco identifica-se como os interesses de um sujeito econômico individual.¹⁵⁴

Cuida-se, a ordem econômica *lato sensu*, conforme já afirmado neste trabalho, de um bem jurídico-penal difuso, supra-individual¹⁵⁵, motivo pelo qual é assaz discutida sua legitimidade. De fato, a legitimidade da intervenção penal na área econômica dependerá da posição que se adote quanto ao bem jurídico, já estudado no Capítulo Segundo.

De mais a mais, quando se trata de ampliar o âmbito de aplicação do direito penal, vem em mente o seguinte questionamento: estaria o direito penal apto a proteger os bens que a pós-modernidade tem lhe alçado como demanda necessária? O direito penal moderno vem refletindo as demandas sociais? Tais questionamentos somente podem ser enfrentados com uma efetiva análise do contexto da sociedade pós-industrial, delineando-se as novas demandas penais e a forma como vem se alterando a dogmática penal.

¹⁵³ CERVINI, Raúl. Macrocriminalidad económica. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. São Paulo: RT, n. 11, julho-setembro de 1995, p. 50-79.

¹⁵⁴ CERVINI, Raúl. Macrocriminalidad económica. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. São Paulo: RT, n. 11, julho-setembro de 1995, p. 50-79.

¹⁵⁵ A essência do direito penal econômico consiste em tutelar bens jurídicos meta-individuais, o que não obsta a identificação, ainda que subsidiária ou supletiva, de bens jurídicos individuais. Neste sentido, cf. MARTÍNEZ BUJÁN-PÉREZ, Carlos. **Derecho penal económico: parte general**. Valência: Tirant lo blanch, 1998, p. 93.

CAPÍTULO QUARTO

A SOCIEDADE DO RISCO E SUAS RELAÇÕES COM O DIREITO PENAL

4.1 ENTRE A SOCIEDADE INDUSTRIAL E A SOCIEDADE DO RISCO

O final do século XX e o início do século XXI exibem, de maneira mais veemente, uma nova forma de poder hegemônico: a globalização. Considerada uma modalidade de poder sedutora por suas características, porém devastadora em suas consequências, a globalização, cognominada por Zaffaroni e Pierangeli de poder planetário¹⁵⁶, destaca-se em três momentos marcantes da história da humanidade: a revolução mercantil ou colonialismo, nos séculos XV e XVI, a revolução industrial e o neocolonialismo, nos séculos XVIII, XIX e XX e, por fim, a revolução tecnológica ou globalização em sentido estrito, no século XX.¹⁵⁷

A globalização *stricto sensu*, como novel modelo de poder, inaugura-se como fenômeno econômico de maximização dos mercados e minimização de barreiras. Preocupa-se, inicialmente, com a expansão do sistema de comunicações, oferecendo informações e notícias como os principais produtos de consumo de uma época. Como segundo passo, propõe a formalização do processo de integração supranacional, fundando fortes blocos econômicos, nos quais se discutem a livre circulação de mercadorias e a mitigação de direitos alfandegários e trabalhistas, dentre outras medidas liberais.

De fato, assiste-se, a cada dia, a uma evolução tecnológica antes inimaginável, ao desenvolvimento de novas formas de atuação social, econômica e cultural, o que leva à intensificação das relações sociais, unindo localidades distantes de tal modo que os acontecimentos locais são condicionados por eventos que acontecem a muitas milhas de distância e vice-versa. Boaventura de Souza Santos observa a globalização de maneira multifacetada, vale dizer, com dimensões políticas, sociais, econômicas, culturais e jurídicas, interligadas de modo complexo. Vejamos:

Globalização econômica seria considerado o movimento internacional de sedimentação do neoliberalismo (Consenso de Washington), pautado, em

¹⁵⁶ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro: parte geral**. São Paulo: RT, 1997. Segundo Zaffaroni, globalização consiste numa expressão ambígua, empregando-se para definir o fato do poder, bem como a ideologia que pretende legitimá-lo. Por isso, o autor prefere designar globalização como *hecho de poder en si mismo* e *fundamentalismo de mercado o pensamiento único* o discurso legitimante da globalização. ZAFFARONI, Eugenio Raúl. La globalización y las actuales orientaciones de la política criminal. In: PIERANGELI, José Henrique (Coor.). **Direito Criminal**. Belo Horizonte: Del Rey, 2000, p. 11-40.

¹⁵⁷ Há quem sustente que a globalização consiste na totalidade desse processo de planetarização do poder, uma vez que não seria possível existir sem as etapas anteriores. Contudo, no presente trabalho, o termo será reservado à sua etapa atual, sem prejuízo de reconhecer que, como fenômeno de poder, tem sua origem histórica.

síntese, por (a) restrições drásticas à regulação estatal da economia, (b) novos direitos de propriedade internacional para investidores financeiros e (c) subordinação dos Estados nacionais às agências multilaterais (Banco Mundial, FMI, OMC, etc). Globalização social, por sua vez, refere-se à formação de uma classe capitalista transnacional, representada pelas corporações multinacionais e suas elites empresariais, detentoras de uma situação econômica privilegiada e interesses comuns na manutenção do poder político e do controle social. Globalização política seria o nome próprio do fenômeno da transnacionalização do sistema mundial moderno. O conceito de Estado moderno vem gradativamente perdendo sua centralidade tradicional enquanto unidade privilegiada de iniciativa econômica, política e social. Em verdade, assistimos à substituição deste modelo por formas de soberania interestatais (União Européia, NAFTA, ALCA, MERCOSUL), acarretando com isso a compreensão da autonomia efetiva dos Estados periféricos e semi-periféricos com uma intensidade sem precedentes. Por fim, a Globalização cultural diria respeito à ocidentalização (ou americanização) dos valores, artefatos culturais e universos simbólicos (v.g. o individualismo, a democracia política, a racionalidade econômica, o utilitarismo, etc) proporcionados pela utilização dos meios eletrônicos de comunicação de massa (televisão, Internet, etc).¹⁵⁸

O processo de monetarização da sociedade ocorrido na época moderna alterou sobremaneira o panorama sócioeconômico então vigente. Como consequência, o homem descobriu a possibilidade de associar-se por meio de instituições que exigem apenas contribuição financeira, apontando unicamente para o lucro. O ápice de tal desenvolvimento pode ser visto com as sociedades anônimas, cuja atividade se mostra independente de um acionista particular, pois este não faz parte dela como indivíduo, mas como capital.

A partir disso, verifica-se um movimento significativo em torno do capital, fortalecendo as empresas multinacionais que, tomando para si funções que não eram originalmente suas, como saúde, educação e lazer, por vezes ostentam capital superior aos Estados.¹⁵⁹

¹⁵⁸ SANTOS, Boaventura de Souza. Os processos de globalização. In: _____. **A Globalização e as ciências sociais**. São Paulo: Cortez, 2002, p. 17-32. A este processo podem ser acrescidas a Globalização Informativa, caracterizada pela perda da soberania estatal no tocante à possibilidade de monopolização do conhecimento; a Globalização de Cooperação ou da Produção do Trabalho marcada pela possibilidade das empresas “exportarem” mão de obra, produzindo produtos e serviços em lugares distantes de onde serão utilizados pelos consumidores e Globalização Ecológica decorrente da conscientização da sociedade sobre a possibilidade de ocorrência de catástrofes de dimensões mundiais. Assim, BECK, Ulrich. **O que é globalização?** Trad. André Carone. São Paulo: Paz e Terra, 1999, p. 41-43.

¹⁵⁹ Beck identifica a globalização como um processo irreversível e, para isso, apresenta os seguintes indicativos: redução dos espaços geográficos e crescimento do comércio internacional, estimulando a conexão global dos mercados financeiros e aumentando o poder econômico das companhias transnacionais; a revolução dos meios tecnológicos de informação e comunicação; a reclamação universal por direitos humanos, estabelecendo o discurso democrático; inextrincável movimentação da indústria cultural global; aparecimento de atores supranacionais e transnacionais (companhias, organizações não-governamentais e uniões nacionais); pobreza mundial; destruição ambiental e seus efeitos globais; conflitos transculturais localizados. BECK, Ulrich. **O que é globalização?** Trad. André Carone. São Paulo: Paz e Terra, 1999, p. 31. Nesta ordem de ideias, Thomas Friedman procura as causas da pós-modernidade, encontrando dez marcos imprescindíveis a esse processo: a

Esse fenômeno marca o período pós-industrial, designado por Ulrich Beck de “sociedade de risco”¹⁶⁰, regida por um conceito de modernização reflexiva que, longe de significar uma violenta ruptura do processo de desenvolvimento industrial, significa a evolução da modernidade simples, irreflexiva e autodestrutiva, em direção à racionalidade que possibilite a compatibilização dos riscos às garantias individuais e coletivas.¹⁶¹ Dito de outra forma, a passagem da modernidade simples para a modernidade reflexiva não decorre de um processo eleitoral, nem da queda de determinado governo e, muito menos, de uma revolução. Em verdade, obedece aos efeitos colaterais do processo de industrialização. Não é a crise desse processo que provoca o nascimento de uma nova modernidade, mas sim seu triunfo. Nas palavras de Beck: “Primeiro, não é a crise, mas, repito, as vitórias do capitalismo que produzem a nova forma social. Segundo, isto significa que não é a luta de classes, mas a modernização normal e a modernização adicional que estão dissolvendo os contornos da sociedade industrial.”¹⁶²

O período industrial reflete os anseios de uma sociedade por inovadoras formas de tecnologia e pela evolução dos meios de produção, responsáveis pelo incremento da lucratividade. Contudo, a busca por tais objetivos não era produto de um raciocínio lógico de custos sócioambientais e benefícios pessoais, ao contrário, os riscos sequer eram mensurados ou demonstrados à sociedade.

A sociedade industrial ou modernidade simples, como era intitulada por Beck, Giddens e Lash¹⁶³ é caracterizada pela ignorância, pelo desconhecimento popular acerca da existência de riscos sócioambientais. Apesar de sérios, graves e de dimensões globais, originados pelo processo de desenvolvimento tecnológico impensado, irracional e imediatista, não constituíam objeto de preocupação pela coletividade.

queda do muro de Berlim; a entrada do Netscape na bolsa de valores; o advento de softwares de fluxo de trabalho; a disseminação e aceitação pelo mercado de softwares livres; a terceirização da mão de obra; o offshoring; a cadeia de fornecimento; a internacionalização dos serviços; o advento do Google e o casamento da palmtop com o celular. FRIEDMAN, Thomas. **O mundo é plano** – Breve história do século XXI. Trad. Cristina Serra, S. Duarte e Bruno Casotti. Rio de Janeiro: Objetiva, 2005, p. 61-186.

¹⁶⁰ BECK, Ulrich. **La sociedad del riesgo: hacia una nueva modernidad**. Trad. Jorge Navarro; Daniel Jiménez; María Rosa Borrás. Madri: Paidós, 1998. Argumente-se que a sociedade contemporânea recebe diversas designações, além de “sociedade de risco”, como “sociedade pós-moderna”, “sociedade pós-industrial”, “sociedade tecnológica”, “segunda modernidade”, “modernidade reflexiva” ou ainda “modernidade amadurecida”. Castells costuma denominá-la “sociedade de informação”, aduzindo que se vive, hoje, um novo sistema tecnológico, econômico e social. Uma economia na qual o incremento da produtividade não depende do aumento quantitativo dos fatores de produção, mas da aplicação de conhecimentos e informações destinadas à gestão, produção e distribuição dos produtos. CASTELLS, Manuel. **A sociedade em rede**. São Paulo: Paz e Terra, 2000.

¹⁶¹ BECK, Ulrich; GIDDENS, Anthony; LASH, Scott. **Modernização reflexiva: política, tradição e estética na ordem social moderna**. Trad. Magda Lopes. São Paulo: Editora da Universidade Estadual Paulista, 1997, p. 12.

¹⁶² Idem, *Ibidem*, p. 13.

¹⁶³ Idem, *ibidem*, p. 12.

O processo de reflexividade refere-se, portanto, à transição autônoma, involuntária e despercebida do modelo da sociedade industrial para o da sociedade de risco, resultado do desenvolvimento exacerbado da modernidade simples, geradora de efeitos e ameaças não assimilados pela racionalidade da época industrial.¹⁶⁴ Daí porque é fácil entender que apenas nesta fase de transição a constelação de problemas vem à tona e passa a ser percebida, despontando como novo objeto de preocupação pública, política e científica, ocasião em que a sociedade industrial, alarmada com os efeitos colaterais do processo produtivo, de caráter predatório e irracional, é compelida a rever seus princípios de segurança e cálculo da ponderação custo e benefício.

Tal processo não implica somente a ideia de reflexão, como o nome poderia ensejar. Vai além, designando, precipuamente, a noção de confrontação das bases do paradigma da modernidade com as consequências da modernização. Preocupa-se não apenas com o desenvolvimento e aplicação de tecnologias, mas também com a gestão política, científica e social dos riscos gerados. Lash identifica a autorreflexividade como condição para mais modernização; isto é, em determinado ponto histórico, mostra-se imprescindível a auto-crítica para que o sistema evolua para uma modernidade ainda “maior”.¹⁶⁵

Tal confronto não surgiu da necessidade de se opor ao modelo industrial, nem representou uma opção que se pôde escolher ou rejeitar no decorrer de disputas políticas. Derivou do superdesenvolvimento da modernidade industrial, que acabou gerando efeitos e ameaças que não puderam ser compreendidos e assimilados pelo sistema da sociedade industrial.

Dois processos de primeira grandeza podem ser facilmente identificados nesse contexto: o momento da liberação dos riscos da produção industrial, aflorados como efeitos colaterais indesejados e de dimensão global; e o momento de reconhecimento social desses riscos, tornando-se culturalmente percebidos, mediatizados e transpostos à agenda político-ambiental global, a que Beck designa *ecological enlightenment*¹⁶⁶. A teoria da sociedade de risco nasce, pois, com a percepção social dos riscos tecnológicos globais, refletindo a

¹⁶⁴ “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.” 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.** Trad. Magda Lopes. São Paulo: Editora da Universidade Estadual Paulista, 1997, p. 11-71.

¹⁶⁵ LASH, Scott. A reflexividade e seus duplos: estrutura, estética, comunidade. In: BECK, Ulrich; GIDDENS, Anthony; LASH, Scott. **Modernização reflexiva: política, tradição e estética na ordem social moderna.** Trad. Magda Lopes. São Paulo: Editora da Universidade Estadual Paulista, 1997, p.135-206.

¹⁶⁶ BECK, Ulrich. **Ecological enlightenment: essays on the politics of the risk society.** New York: Humanity Books, 1995.

mudança da estrutura da sociedade e, ao mesmo tempo, o conhecimento da modernidade e de suas consequências. Tal processo é, com frequência, chamado de “destruição criadora”, visto que desincorpora (destrói) as formas sociais industriais, para depois reincorporá-las (criá-las) numa outra forma de sociedade, a reflexiva.

Disso resulta o incremento da individualização como outra faceta da reflexividade. Individualização representa a desincorporação e reincorporação dos modos de vida da sociedade industrial por outros modos novos, em que os indivíduos podem produzir, representar e acomodar suas próprias biografias. Diferentemente da sociedade industrial, em que as maneiras coletivas de viver se encaixavam simetricamente, em que as classes sociais supunham a família nuclear que, por sua vez, supunha o casamento, presumindo os papéis dos sexos e a divisão do trabalho entre homens e mulheres; na modernidade reflexiva, as pessoas são “condenadas” a fazer sua própria história, a construir sua própria biografia.

Não se entende individualização como egoísmo, solidão ou afastamento; pelo contrário, a individualização pode implicar até o aumento da solidariedade. O diferencial reside na ideia de contraponto ao ideal de “comunidade” sustentado na sociedade industrial. É bem verdade que a modernização simples quebrou as antigas estruturas tradicionais – grupo familiar básico, igreja; contudo, novas estruturas representativas da ideia de comunidade ou coletividade despontaram, como sindicatos, classes sociais etc, revelando um processo de individualização parcial, que só se completou com a modernização reflexiva. A individualização da fase reflexiva liberta os indivíduos das estruturas coletivas e abstratas, tais como classes, nação, família nuclear, focando-se no indivíduo enquanto tal.

A individualização, acrescida da globalização, delinea os contornos da sociedade de risco, enquanto comunidade na qual os riscos produzidos referem-se a danos de larga envergadura lesiva, não delimitáveis, globais, sistemáticos e, com frequência, irreparáveis. Promovidos por decisões humanas, atinge a todos os cidadãos e podem ser capazes de exterminar a própria humanidade.¹⁶⁷

Vale recordar, contudo, que o conceito de risco antecede à própria “sociedade de risco”, estando presente desde os primórdios da história da humanidade. Ora, se agrupamentos sociais precedentes já conviviam em um ambiente marcado pelo perigo, é válido indagar-se por que apenas agora o risco se transformou em uma questão social de curial importância. Não teria a sociedade sido sempre “de risco”?

¹⁶⁷ BECK, Ulrich. **La sociedad del riesgo: hacia una nueva modernidad**. Trad. Jorge Navarro; Daniel Jiménez; María Rosa Borrás. Madri: Paidós, 1998, p. 28.

4.2 IDEIA DO RISCO¹⁶⁸

O fenômeno do risco, como facilmente se constata, sempre existiu em todas as civilizações humanas. Desde os primórdios da humanidade, o homem lutava por sua sobrevivência contra as forças da natureza, uma vez que desafiava o perigo nas atividades de caça e pesca, cabendo-lhe ainda o papel de garantidor da proteção da família, além de habitar regiões inóspitas desprovidas dos recursos que hoje possibilitam conforto, praticidade e segurança.

Da Antiguidade Clássica até a Idade Média, o homem conviveu com guerras infundáveis, o que denota a ideia de risco pessoal concreto. Durante o Estado Moderno, as grandes navegações e a expansão do comércio representaram sérios riscos individuais. Com o advento da revolução industrial, fator determinante da sociedade moderna, no final do século XVIII e início do século XIX, o risco assume a forma de acidente como produto da atividade humana, isto é, de um acontecimento exterior e imprevisto, um acaso, simultaneamente individual e repentino.

Nas palavras de Ulrich Beck:

[...] Sem dúvida, os riscos não são um invento da Idade Moderna. Quem, como Colombo, partiu para descobrir novos países e continentes aceitou 'riscos'. Mas se tratava de riscos pessoais, não das situações globais de ameaça que surgem para toda a humanidade como a fusão nuclear ou o armazenamento de sujeira atômica. A palavra 'risco' tinha no contexto dessa época a conotação de coragem e aventura, não a de possível autodestruição da vida na Terra. [...] Chama atenção que naquele tempo, a diferença de hoje, os perigos atacavam ao nariz ou aos olhos, é dizer, eram perceptíveis mediante os sentidos, enquanto que os riscos civilizatórios hoje

¹⁶⁸ A origem do termo risco não é precisa. Para Giddens, a expressão provém de uma palavra árabe, aproveitada pelos espanhóis quando das grandes navegações, que significava correr para o perigo ou ir contra uma rocha. GIDDENS, Anthony. **As consequências da modernidade**. 6. ed. São Paulo: UNESP, 1991, p. 38. Luhmann menciona que o termo risco pode ser contemplado em diversos documentos medievais, encontrando significativa aplicação nos campos do comércio em geral e do comércio marítimo em particular. Apud FERNANDES, Paulo Silva. O direito penal no amanhecer do século XXI: breves questões à luz do paradigma da sociedade de risco. **Sub Judice**: Justiça e sociedade. Coimbra: Coimbra Editora, n. 19, julho-dezembro de 2002, p. 111-127. Neste sentido, cf. BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **Crimes de perigo abstrato e princípio da precaução na sociedade de risco**. São Paulo: RT, 2007, p. 29. Rogério Maia Garcia divide os riscos em três fases: primeiramente, a Idade Moderna, com riscos ainda incipientes e controláveis; a segunda fase compreende o final do século XIX e a primeira metade do século XX, quando se tentou conter e domesticar os riscos, dando origem ao *Welfare State*; por fim, o terceiro estágio inicia-se com o fracasso do Estado de Bem-Estar Social, aparecendo novos riscos, graves e incontrolláveis, decorrentes do desmedido desenvolvimento da sociedade industrial. GARCIA, Rogério Maia. A sociedade do Risco e a (in)eficiência do Direito penal na era da Globalização. Disponível em <http://sisnet.aduaneiras.com.br/lex/doutrinas/arquivos/RISCO.pdf> Acesso em 20 de janeiro de 2009.

se subtraem à percepção e melhor residem na esfera das fórmulas químico-físicas.¹⁶⁹

Consequência natural dos novos riscos individuais e coletivos, ainda na primeira modernidade, emerge a necessidade de prevenção, entendendo-se esta como atitude coletiva, racional e voluntária no sentido de reduzir a probabilidade da ocorrência de dano ou, ao menos, atenuar a gravidade de um risco objetivável e mensurável. Nesta etapa, o risco desprende-se da categoria de golpes do destino, sem qualquer controle, e assume a figura de acontecimento estatístico objetivável pelo cálculo das probabilidades, com possibilidade de domínio e um certo poder de evitação.

Neste ponto, cumpre transcrever excerto das palavras de Jorge de Figueiredo Dias, lídimo representante da Escola de Coimbra:

Uma tal idéia anuncia o fim de uma sociedade industrial em que os riscos para existência, individual e comunitária, ou provinham de acontecimentos naturais (para a tutela dos quais o direito penal é absolutamente incompetente) ou derivam de ações humanas próximas e definidas, para contenção das quais era bastante a tutela dispensada a clássicos bens jurídicos como a vida, o corpo, a saúde, a propriedade, o patrimônio; para contenção das quais, numa palavra, era bastante o catálogo puramente individualista dos bens jurídicos penalmente tutelados e, assim, o paradigma de um direito penal liberal e antropocêntrico.¹⁷⁰

A fim de prevenir a ocorrência desses riscos e de incutir na população a sensação de segurança, adotou-se a racionalidade do cálculo da equação custo e benefício do seguro, instituído como meio de reparar eventuais prejuízos pelos danos causados. Tal mecanismo proporcionava a discussão social e política sobre as consequências dos riscos, que antes ficava restrita ao âmbito individual, particular, de forma a documentá-la estatisticamente. Facilitava, igualmente, o recebimento dos prêmios, que, em geral, eram garantidos independentemente de se perquirir o dolo e a culpa, exceto nos casos de culpa exclusiva da vítima. O objetivo primordial centralizava-se na tentativa de tornar previsível e dimensionável um fenômeno que era tido por incerto. É imperativo, nesta perspectiva, o emprego da análise da regularidade dos eventos, da estatística e da incessante generalização do princípio da monetarização, segundo o

¹⁶⁹ *Sin duda, los riesgos no son un invento de la Edad Moderna. Quien, como Cólón, partió para descubrir nuevos países y continentes aceptó 'riesgos'. Pero se trataba de riesgos personales, no de las situaciones globales de amenaza que surgen para toda la humanidad con la fisión nuclear o el almacenamiento de basura atómica. La palabra 'riesgo' tenía en el contexto de esa época la connotación de coraje y aventura, no la de la posible autodestrucción de la vida en la Tierra. (...) llama la atención que en aquel tiempo, a diferencia de hoy, los peligros atacaban a la nariz o a los ojos, es decir, eran perceptibles mediante los sentidos, mientras que los riesgos civilizatorios hoy se sustraen a la percepción y más bien residen en la esfera de las fórmulas químico-físicas.* Tradução livre. BECK, Ulrich. **La sociedad del riesgo:** hacia una nueva modernidad. Trad. Jorge Navarro; Daniel Jiménez; Maria Rosa Borrás. Madri: Paidós, 1998, p. 28.

¹⁷⁰ DIAS, Jorge de Figueiredo. O direito penal entre a “sociedade industrial” e a “sociedade do risco”. **Revista Brasileira de Ciências Criminais.** São Paulo: RT, n° 33, janeiro-março de 2001, p. 38-65.

qual é sempre possível indenizar um dano. O seguro, neste período, é visto como um instrumento hábil a compensar os efeitos de um sinistro, sendo, a cada dia, chamado a alargar seu campo de garantia, nada obstante sua questionável eficácia perante a magnitude das lesões produzidas na sociedade de risco.

A produção, as fontes de energia, o consumo de produtos não envolviam tecnologias complexas e não interferiam na construção das expectativas de vida em comum. Os riscos do passado caracterizavam-se pela pessoalidade, regionalidade, concretude e pela facilidade de medição e previsão. Logo, não é a existência de riscos que caracteriza a sociedade atual, mas a nova dimensão desses riscos.

Na esteira de Mary Douglas e Aaron Wildavsky, Beck reconhece que os riscos na segunda modernidade são social e culturalmente construídos, isto é, eles não se modificaram substancialmente nos últimos anos, apenas a percepção que temos deles é que foi modificada, o que revela um realismo reflexivo.¹⁷¹

Na sociedade de risco, portanto, o pacto de segurança é violado flagrante e sistematicamente, já que os riscos assumem dimensão e complexidade tais que não são passíveis de previsão ou cálculo, não podendo ser compensados ou assegurados. Isso significa que, nesse contexto, as ideias de previsibilidade e de monitoramento antecipado dos resultados falharam.

4.2.1 Risco na sociedade contemporânea

A terceira etapa da história do risco não se cinge a um período com termo final determinável, traduzindo um fenômeno que sequer chegou ao seu ápice. Concerne ao risco catastrófico, produzido pela própria civilização no processo de desenvolvimento da primeira modernidade; deixa de ser um dado periférico da organização social para se transmutar em conceito nuclear, relacionado à própria atividade humana.¹⁷²

¹⁷¹ *Bien que les risques soient incontestablement matériels et réels, et non simplement imaginés, Beck reconnaît avec Mary Douglas et Aaron Wildavsky qu'ils sont socialement et culturellement construits. Mais il refuse néanmoins d'accepter leur conclusion passiviste: pour lui, ce ne sont pas les risques eux-mêmes qui ont changé durant les dernières décennies, mais la perception que nous en avons. Adoptant la position du réalisme réflexif.* VANDENBERGHE, Frédéric. Introduction à la sociologie (cosmo) politique du risque d'Ulrich Beck. Revue du mauss 2001-1, n. 17. p. 26. Disponível em www.cairn.fr. Acesso em 12 de março de 2008.

¹⁷² A questão do risco refere-se, portanto, a fenômenos, fatos, opções, decisões que, após terem sido escolhidos como solução para problemas estruturais das sociedades industriais, apresentam-se como graves ameaças sociais em razão das consequências coletivas inesperadas engendradas por sua própria estrutura ou constituição. CAUBET, Christian Guy. O escopo do risco no mundo real e no mundo jurídico. In: VARELLA, Marcelo Dias (Org.). **Governo dos riscos**. Brasília: Rede Latino-americana- Europeia sobre Governos dos riscos, 2005, p. 49.

A produção social de riquezas veio acompanhada pela produção social de riscos, engendrados na condição de efeitos colaterais de produtos ou processos industriais, no desenrolar da modernização simples, cega e surda a suas próprias consequências. Tais riscos possuem suas causas e origens em decisões e comportamentos humanos produzidos durante a manipulação dos avanços tecnológicos, ligados à exploração e manejo de novas tecnologias (energia nuclear, engenharia genética e de alimentos, produtos químicos etc), sob uma perspectiva de aparente normalidade. Por serem efeitos secundários, acidentais do processo de produção, os riscos da pós-modernidade são indesejados, imprevistos, sistemáticos e irreversíveis¹⁷³, permanecendo invisíveis por muito tempo.¹⁷⁴

Assim, as instituições de prevenção e seguro da primeira modernidade viram-se confrontadas pela emergência de riscos que não podiam ser calculados ou previstos, bem como pela possibilidade de destruição em grandes proporções, o que seria definitivamente inassegurável. Equivale dizer, a sociedade de risco, além de ter abalado os pressupostos da infalibilidade do seguro, minguiaram sua possibilidade de atuação eficiente.

Beck elabora uma distinção entre os riscos da modernidade tardia, separando-os entre riscos decorrentes de processos cumulativos e riscos oriundos de acidentes. Aqueles relacionam-se a um processo tecnológico simples, massivamente empregado, relativamente conhecidos e de certa forma controláveis em suas condições de funcionamento. Os problemas que causam ao meio ambiente podem ser melhor averiguados ao longo dos anos, já que revelam uma forma de ação lesiva cumulativa. Por outro lado, os riscos-acidentes vinculam-se a tecnologias altamente desenvolvidas, baseados na avançada capacidade científica de dissolução e recombinação, tais como energia nuclear, química, biotecnologia etc.¹⁷⁵

¹⁷³ Quanto à inevitabilidade dos riscos, existem duas teorias que se digladiam no sentido de identificar o grau de inevitabilidade dos riscos. A primeira, que encontra maior ressonância na doutrina, alude que nem uma melhor organização, nem um melhor funcionamento das instituições, nem um melhor treinamento dos funcionários podem tornar o planeta imune a acidentes. Para esta corrente, os riscos provenientes de acidentes são completamente inevitáveis e jamais serão eliminados do funcionamento dos sistemas complexos. Assim, Charles Perrow: [...] *no matter how effective conventional safety devices are, there is a form of accident that is inevitable. [...] If interactive complexity and tight coupling – system characteristics – inevitably will produce an accident. The odd term normal accident is meant to signal that, given the system characteristics, multiple and unexpected interactions of failures are inevitable. This is an expression of an integral characteristic of the system, not a statement of frequency.* PERROW, Charles. **Normal accidents: living with high-risk technologies.** New York: Basic Books, 1984, p. 03-05. Por outro lado, há quem entenda ser possível a compensação desses riscos com o aperfeiçoamento estrutural e com novas técnicas de gerenciamento, atingindo-se níveis de extrema segurança operacional. Nesta linha, cf. SAGAN, Scott Douglas. **The limits of safety: organization, accidents and nuclear weapons.** New Jersey: Princeton University, 1993, p. 13.

¹⁷⁴ SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. **Direito penal econômico como direito penal do perigo.** São Paulo: RT, 2006, p. 39.

¹⁷⁵ BECK, Ulrich. **La sociedad del riesgo: hacia una nueva modernidad.** Trad. Jorge Navarro; Daniel Jiménez; María Rosa Borrás. Madri: Paidós, 1998, p. 55. O Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis – IBAMA – relata que os inúmeros registros de acidentes com produtos perigosos são provocados, na maioria dos casos, por falta de observação às normas de segurança, de construção e manutenção.

De um modo geral, ambas as formas de riscos caracterizam-se por sua indeterminação espacial e temporal, exibindo dimensões¹⁷⁶ e potencial destrutivos sobremaneira superiores aos riscos naturais. Tal situação adapta-se ao fenômeno mariposa, descrito por Lamo de Espinosa como eventos em que pequenas variações podem ser amplificadas por uma larga cadeia de conexões, até gerar efeitos catastróficos no ponto de destino.¹⁷⁷ Em Beck:

“Globalidade denomina o fato de que, daqui para frente, nada que venha a acontecer em nosso planeta será um fenômeno espacialmente delimitado, mas o inverso: que todas as descobertas, triunfos e catástrofes afetam a todo o planeta e que devemos redirecionar e reorganizar nossas vidas e nossas ações em torno do eixo ‘global-local’”¹⁷⁸

A ausência de referencial territorial ou temporal mostra-se responsável pela invisibilidade dos nexos de causalidade, o que, por sua vez, importa na dificuldade de determinar a responsabilidade pela causação do perigo ou dano. Afetando um número indeterminado de pessoas, tais riscos não podem ser regulados segundo as regras clássicas da causalidade e da culpa e, ademais, dificilmente podem ser reparados ou indenizados.

Diferentemente da época industrial, quando era possível construir um padrão de regularidade e normalidade dos riscos, permitindo estabelecer conexões entre os acontecimentos, na segunda modernidade, esses padrões de normalidade se apresentam fragmentados; não são confiáveis como vetores de previsibilidade e calculabilidade, dadas as contingências e indeterminações.

Outra peculiaridade dos riscos atuais, que decorre das anteriores, mas que deve ser destacada diante de seus efeitos sociais, é o efeito bumerangue. As atividades consideradas perigosas, durante a primeira modernidade, eram restritas geograficamente. O produtor dos riscos conhecia sua extensão e seus limites e, por isso, adotava medidas de prevenção e proteção, afastando-os dos locais frequentados pelas classes abastadas, o que contribuiu para

Dentre os casos brasileiros mais importantes destacam-se os seguintes acidentes: 1) Intoxicação por pentaclorofenato de sódio – Pó da China – no Rio de Janeiro. Os trabalhadores realizaram a transferência do produto sem as devidas precauções e três deles acabaram morrendo por haverem inalado o produto; 2) O descarrilamento de um trem que fazia o transporte de álcool e gasolina na Bahia causou um incêndio que gerou a morte de mais de cem pessoas; 3) Incêndio na cidade de Cubatão em virtude do vazamento de um duto de transporte de combustíveis da Petrobras que ocasionou a morte de mais de quinhentas pessoas; 4) Vazamento na instalação fixa subterrânea do shopping Center de Osasco que provocou uma explosão no prédio, matando quarenta pessoas e deixando centenas de feridos. IBAMA. **Geo Brasil 2002: Perspectivas do meio ambiente no Brasil**. Brasília: 2002. p. 160.

¹⁷⁶ A nova dimensão dos riscos passou a ocupar o centro das atenções a partir do início da década de 80 do século passado, quando da ocorrência de tragédias em grande escala como a morte e contaminação de milhares de pessoas em Bophal, na Índia, em 1984, por produtos químicos emitidos pela *Union Carbide*; a explosão da usina nuclear em Chernobyl, Ucrânia, em 1986; o acidente nuclear em Goiânia, nos idos de 90 etc.

¹⁷⁷ ESPINOSA, Emílio Lamo de. De bruceos con la posmodernidad. Ignorancia, poder y comunicación en la sociedad del riesgo. **Política exterior**. Vol XV. Madri: Padilla, n. 80, março-abril de 2001, p. 11-20.

¹⁷⁸ BECK, Ulrich. **O que é globalização?** Trad. André Carone. São Paulo: Paz e Terra, 1999, p. 31.

o distanciamento geográfico das classes sociais. Essa lógica dominou a atividade industrial por longos períodos; contudo, essa dicotomia entre agente causador e suportador do risco restou comprometida diante dos riscos da pós-modernidade, carentes de referenciais geográficos ou temporais. A atividade nuclear ou a utilização da engenharia genética para produção de alimentos, por exemplo, implicam perigos potenciais para todos os setores sociais, mesmo para aqueles beneficiados pelo risco.

A escassez de limites espaciais e temporais dos novos riscos, aliada a seu potencial ofensivo, “democratizou”, portanto, os efeitos do risco que passa, agora, a afetar todas as camadas sociais e todos os seus componentes, até mesmo aqueles que o produzem e que se beneficiam de sua produção. O agente causador se encontra, ao mesmo tempo, entre aqueles que assumem e sofrem as consequências dos riscos.¹⁷⁹

Nesse sentido, e para uma elucidação mais profícua, Beck¹⁸⁰ efetua outra distinção, desta feita entre os riscos globais propriamente ditos e aqueles oriundos da pobreza. Os primeiros relacionam-se com a destruição ecológica, condicionados pelo desenvolvimento tecnológico, como a destruição da camada de ozônio, o efeito estufa, os riscos advindos da manipulação genética, dentre outros. Os segundos exprimem a destruição ecológica local, vinculada ao subdesenvolvimento, derivada de um processo inconcluso de modernização. Traduzem a autodestruição dos pobres, com efeitos colaterais para os ricos. Manifestam-se *in loco* e podem ser percebidos diretamente, exibindo consequências globais apenas a longo prazo.

Se a destruição ambiental gerada pela riqueza distribui-se, desde logo, de modo equânime pelo globo, as destruições ambientais decorrentes da pobreza incidem inicialmente em uma única área e se internacionalizam a médio ou longo prazo sob a forma de efeitos secundários. Como exemplo dos riscos criados pela pobreza podem ser mencionados a utilização de tecnologias ultrapassadas, com produção de altos índices de poluentes, acidentes em usinas atômicas e químicas em países subdesenvolvidos, problemas relacionados a lixo e resíduo tóxicos, etc.

Registre-se, ainda, a existência de riscos provindos de armas de alto poder destrutivo, tais como armas químicas, biológicas, nucleares, que escaparam das antigas estruturas de

¹⁷⁹ Não se imagine, todavia, que a pretensa “democratização” dos riscos acarreta um equilíbrio no sistema. Pelo contrário, uma vez que distribui os riscos, mas concentra seus benefícios. Nesta ordem de ideias cf. BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **Crimes de perigo abstrato e princípio da precaução na sociedade de risco**. São Paulo: RT, 2007, p. 38-40.

¹⁸⁰ BECK, Ulrich. **O que é globalização?** Trad. André Carone. São Paulo: Paz e Terra, 1999, p. 45.

controle das superpotências e tornaram-se uma ameaça destrutiva presente, ocasionando perigo de conflito militar e de terrorismo fundamentalista.

Os riscos podem, ainda, decorrer de ações cumulativas,¹⁸¹ o que torna assaz complicado o estabelecimento de uma relação nítida de causalidade entre o estágio de degradação e os fatos individuais causadores da poluição. Estes traços põem em xeque os critérios científicos e legais de aferição da responsabilidade, que, tradicionalmente, estiveram arrimados na regra de causalidade e no princípio do poluidor-pagador.

Por seu turno, os riscos produzidos por acidentes catastróficos, envolvendo tecnologias de alto risco, encontram a mesma vicissitude, uma vez que as causas dos acidentes são encontradas na própria complexidade do sistema, não sendo possível delinear uma relação concreta entre uma falha humana e o evento danoso. As ações e decisões emanadas de uma sociedade são, em regra, produto de inúmeras decisões e procedimentos internos, contando com a participação de um sem-número de pessoas, fato que elide a possibilidade de aferição objetiva da culpabilidade de seus responsáveis.¹⁸²

O considerável aumento das interconexões causais, muitas vezes desconhecidas, ramificou as relações de responsabilidade, vez que, quanto mais complexa e perfeita for determinada organização, maior será a fungibilidade do indivíduo, facilmente substituível no mecanismo de produção. Por outro lado, esse mesmo indivíduo se vê como irresponsável por eventual resultado lesivo, dada a sua ínfima contribuição no processo produtivo.¹⁸³ Ademais, a conformação do sistema probatório e o modelo de alocação do ônus da prova não contribuem para a alteração desse quadro caótico, já que exige a demonstração do dano ou do perigo de dano e de seus causadores, especificando a atividade de cada um na atividade criminosa, por parte do autor da ação penal, o que dificulta sobremaneira a apuração da responsabilidade dos culpados.

Isso reflete de forma contundente no direito penal, já que provoca uma culpabilidade difusa por um fato individual, tornando extremamente tormentosa a tarefa de relacionar a

¹⁸¹ O tema relativo às ações cumulativas será examinado com mais vagar no Capítulo Quinto.

¹⁸² MACHADO, Marta Rodriguez de Assis. **Sociedade do risco e direito penal**. São Paulo: IBCCRIM, 2005, p. 69.

¹⁸³ *A la división del trabajo muy diferenciada le corresponde una complicidad general, y a esta una irresponsabilidad general. Cada cual es causa e efecto y por tanto no es causa. Las causas se diluyen en una mutabilidad general de actores y condiciones, reacciones y contrareacciones. Esto procura a la idea de sistema evidencia social y popularidad. Esto deja claro de manera ejemplar donde reside el significado biográfico de la idea de sistema: se puede hacer algo y seguir haciéndolo sin tener que responsabilizarse personalmente por ello. Se actúa, por decirlo así, en la ausencia de uno mismo. Se actúa físicamente sin actuar moral y políticamente. El outro generalizado (el sistema) actúa en uno y a través de uno: ésta es la moral civilizatoria de los esclavos, en la que social y personalmente se actúa como si uno se encontrara bajo un destino natural, bajo la "ley de gravedad" del sistema.* BECK, Ulrich. **La sociedad del riesgo**: hacia una nueva modernidad. Trad. Jorge Navarro; Daniel Jiménez; Maria Rosa Borrás. Madri: Paidós, 1998, p. 38-39.

produção de um dano à respectiva culpabilidade. Daí porque Beck afirma tratar-se de uma “irresponsabilidade organizada”¹⁸⁴.

4.2.2 Discurso do risco

O embate entre os riscos e seu gerenciamento tem reflexos nos discursos econômicos, científicos e políticos. Até meados do século passado, o esforço para aumentar a produtividade ignorava os riscos a ela inerentes. A análise dos riscos envolvidos, quando era feita, ficava em segundo plano. A lógica da produção de riquezas dominava a lógica da produção dos riscos.

Este panorama se inverte na segunda modernidade. O discurso dos riscos torna-se o foco das decisões econômicas, o que se revela bastante conflitivo, uma vez que, ao mesmo tempo em que se avalizam os riscos como condição do desenvolvimento, rechaçam-nos como contraproducentes. Ademais, há quem lucre com o próprio controle dos riscos, fazendo disso seu principal negócio, como as indústrias produtoras de filtros de contenção de poluição ou outros insumos necessários ao gerenciamento dos riscos.

O discurso científico, por sua vez, perde credibilidade ante a ausência de referentes claros de causalidade e, principalmente, diante da instrumentalização da ciência para defender determinada tese. Isto é, diversos segmentos políticos e econômicos contratam grupos de cientistas para desenvolverem uma pesquisa que culmine com a inocuidade ou tolerabilidade da atividade que se deseja implementar.

Destaque-se, de mais a mais, o discurso trazido pelos gestores atípicos da moral. Os argumentos dos tradicionais estamentos conservadores, que delineavam a moral média, vêm dando lugar ao raciocínio trazido pelas associações ecológicas, feministas, de consumidores, de vizinhos, pacifistas que, amparadas pela Constituição da República, encabeçam a tendência de uma progressiva ampliação do direito penal consubstanciada na busca constante pela proteção de seus interesses.¹⁸⁵

¹⁸⁴ BECK, Ulrich. **La sociedad del riesgo**: hacia una nueva modernidad. Trad. Jorge Navarro; Daniel Jiménez; María Rosa Borrás. Madri: Paidós, 1998, p. 52.

¹⁸⁵ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **A expansão do direito penal**. Trad. Luiz Otávio de Oliveira Rocha. São Paulo: RT, 2002, p. 63-64.

4.2.3 Risco *versus* Perigo

Constitui *topos* para as ciências não-jurídicas definir risco como a medida de um perigo. Via de regra, confunde-se risco e perigo.¹⁸⁶ O pensamento positivista clássico conceituava o perigo como uma construção subjetiva do ser humano. Partia do pressuposto de que o homem, impossibilitado de conhecer todos os sistemas e nexos causais dos fenômenos naturais, compreendia o mundo através de meras abstrações e generalidades, o que lhe proporcionava um conhecimento parcial da realidade. Por isso, o perigo representava a ausência deste conhecimento, sobre o qual poderiam ser formulados, apenas, juízos de probabilidade de risco, que, por si só, denotava a apreensão subjetiva do evento danoso, existente na mente do agente e desprovido de certeza científica.

O perigo é filho de nossa ignorância, dizia Halschner, citado por Pierpaolo Bottini.¹⁸⁷ Apenas conhecendo todas as conexões causais poderia o homem se despir da angústia que representa o perigo, uma vez que saberia de antemão qual conduta leva a tal resultado. Assim, nos moldes do positivismo clássico, os fatos naturais seriam apenas danosos ou inócuos, e o perigo seria substituído pela certeza dos eventos. Entrementes, com a constatação científica de que os eventos não seguem uma lógica causal estável,¹⁸⁸ a proposta subjetivista do perigo cai por terra, porquanto não há mais como sustentar a possibilidade de haver conhecimento e verdade absolutos em qualquer domínio científico. Logo, o perigo deixa o campo do subjetivismo e passa a ostentar uma realidade objetiva.¹⁸⁹

Objetivamente, o perigo representa a probabilidade fática da ocorrência da lesão ou do dano que se almeja evitar. Equivale dizer, é um dado natural, uma situação de fato com conteúdo real, externo ao ser humano e, por isso, pode ser medido e quantificado. Tal definição permite conceituar o risco como a qualidade de uma situação que antecede o perigo, seria a tomada de consciência de um perigo futuro. Nesta ordem de ideias, Pierpaolo Bottini

¹⁸⁶ Ressalte-se que, na doutrina penal, risco e perigo são, muitas vezes, utilizados como sinônimos, o que não implica a inutilidade da distinção para melhor caracterizar tais elementos e para melhor compreensão das principais conclusões deste estudo.

¹⁸⁷ BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **Crimes de perigo abstrato e princípio da precaução na sociedade de risco.** São Paulo: RT, 2007, p. 30.

¹⁸⁸ Sobre a queda do paradigma científico da modernidade – modelo cartesiano – ver Capítulo Primeiro.

¹⁸⁹ Cf. Faria Costa, para quem: “o perigo é uma noção que pertence, por direito próprio e por inteiro, ao real, se bem que a um real construído. [...] formulações lingüísticas do genero ‘A esteve em perigo’ não está a formular uma opinião subjetivística, está, conquanto, subjectivamente, a formular um juízo de realidade.” FARIA COSTA, José Francisco de. **O perigo em direito penal:** contributo para sua fundamentação e compreensão dogmáticas. Coimbra: Coimbra Editoras, 1992, p. 381. Neste sentido também se posicionam Nelson Hungria, Fiandaca, Angioni, dentre outros.

define o risco como o adjetivo que se coloca ao agir humano diante do perigo, ou da possibilidade de perigo. Não há risco sem possibilidade ou iminência de perigo.¹⁹⁰

Niklas Luhmann procurou distinguir rigorosamente risco e perigo, de forma a separar os desastres naturais dos acidentes tecnológicos. O termo risco vincula-se sempre a uma decisão humana racional, conquanto muitas vezes seja inconsequente, ao passo que perigo relaciona-se com a possibilidade de dano ocasionado por uma causa exterior ao homem, como a natureza, por exemplo, sobre a qual são passíveis tentativas de controle ou prevenção, dado que seus efeitos podem ser eliminados ou minimizados. Por outro lado, a existência de riscos, oriundos de decisões humanas, dificilmente pode ser controlada, posto que imprevisível e indesejada.¹⁹¹

O risco, desarte, pressupõe decisões humanas industriais, cujo foco encontra-se em vantagens e oportunidades econômicas, isto é, cuida-se de risco promovido diretamente pelo homem, que, no exercício de seu mister profissional, toma decisões sem perquirir as consequências de seu ato em relação à sociedade global, aceitando os desastres como uma das faces do progresso.¹⁹² Se a modernidade criou mecanismos para dominar perigos e controlar a natureza, acabou dando causa ao surgimento de outros riscos, que escaparam do controle de suas instituições.¹⁹³

Sem embargo, é bem verdade que a utilização de tecnologia no processo industrial fez emergir um novo grupo de riscos à sociedade. No entanto, por outro lado, essa mesma “malfazeja” tecnologia reduziu e controlou diversos outros riscos primários, tais quais doenças, fenômenos naturais etc, o que faz brotar no espírito do cientista uma ideia de compensação, ideia esta vergastada de pronto quando se analisa a questão da insegurança, trazida no bojo da complexidade da sociedade pós-moderna.

¹⁹⁰ BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **Crimes de perigo abstrato e princípio da precaução na sociedade de risco**. São Paulo: RT, 2007, p. 29-30.

¹⁹¹ Articula o autor: *Estamos firmemente convencidos de que los riesgos se atribuyen a las decisiones, mientras que los peligros son objeto de una atribución externa. Desde el punto de vista sociológico esto no representaría ningún problema, con tal que estos hechos pudieran ser objeto de una clara separación. El análisis de las decisiones y de la condición de ser afectado contradice esta suposición. Con ella se muestra, en efecto, que los riesgos que corre (y debe correr) una instancia de decisión se convierten en un peligro para los afectados.* LUHMANN, Niklas. **Sociologia del riesgo**. México: Triana editores & Universidade Iberoamericana, 1998, p. 65. Para maiores informações ver MACHADO, Marta Rodriguez de Assis. **Sociedade do risco e direito penal**. São Paulo: IBCCRIM, 2005, p. 37.

¹⁹² Até mesmo a decisão de controlar ou reduzir os perigos oriundos da natureza podem ocasionar riscos incomensuráveis.

¹⁹³ *Si la modernidad reduce riesgos en ciertas áreas y modos de vida, sin embargo, al mismo tiempo, introduce nuevos parámetros de riesgo desconocidos totalmente, o en su mayor parte, en épocas anteriores.* GIDDENS, Anthony. Modernidad y autoidentidad. In: BERIAIN, Josetxo (Comp.). **Las consecuencias perversas de la modernidad**. Barcelona: Anthropos, 1996, p. 32-55.

4.3 DA INSTITUCIONALIZAÇÃO DA INSEGURANÇA

Supunha-se que a modernidade e o desenvolvimento por ela proporcionado seriam capazes de eliminar os óbices derivados da vida em sociedade e permitir aos seres humanos, mediante decisão pessoal, incrementar a qualidade de vida e assim obter um lugar melhor no tecido social. Entretanto, a realidade é outra. O homem vê-se hoje adstrito a um destino inescapável, que mais se assemelha aos estamentos da Idade Média que às situações de classes sociais idealizadas pela modernidade. Esse destino não se encontra apenas condicionado pela desigualdade ou pela miséria, mas, em particular, pelo medo.¹⁹⁴

O homem aprendeu a se defender das ameaças da natureza, porém se encontra indefeso ante suas próprias ameaças, refém do processo de industrialização que ele mesmo idealizou. Nunca na história social o homem se sentiu tão acuado, com receio até de beber a água que jorra do poço, de comer o alimento, de respirar o ar, além de tantas outras atividades rotineiras, *a priori* inofensivas, mas que se mostram de uma periculosidade incomensurável dada a poluição dos lençóis freáticos, a mutação genética dos alimentos, a gripe aviária, a doença da “vaca louca”, a poluição do ar pelas grandes indústrias, os acidentes nucleares, para não nomear os demais.¹⁹⁵

Pari passu, calha aventar Jesús-María Silva Sánchez:

Com efeito, um dos traços mais significativos das sociedades da era pós-industrial é a sensação geral de insegurança, isto é, o aparecimento de uma forma especialmente aguda de viver os riscos. É certo, desde logo, que os ‘novos riscos’ – tecnológicos e não tecnológicos – existem. Tanto é assim que a própria diversidade e complexidade social, com sua enorme pluralidade de opções, com a existência de uma abundância informativa a que se soma a falta de critérios para a decisão sobre o que é bom e o que é mau, sobre em que se pode e em que não se pode confiar, constitui uma fonte de dúvida, incertezas, ansiedade e insegurança.¹⁹⁶

¹⁹⁴ BECK, Ulrich. **La sociedad del riesgo: hacia una nueva modernidad**. Trad. Jorge Navarro; Daniel Jiménez; Maria Rosa Borrás. Madri: Paidós, 1998, p. 12.

¹⁹⁵ Vale destacar os argumentos trazidos por Giddens: “Poucos grupos da população podiam sentir-se seguros por longos períodos da violência ou da ameaça de violência por parte de exércitos invasores, bandoleiros, senhores da guerra locais, salteadores, ladrões ou piratas. Os meios urbanos modernos são considerados perigosos devido ao risco de um ataque ou assalto. Mas, não apenas é este nível de violência caracteristicamente menor se comparado com muitos cenários pré-modernos; tais meios são apenas bolsões de violência relativamente pequenos dentro de áreas territoriais maiores, nas quais a segurança contra a violência física é imensamente maior do que jamais foi possível em regiões de tamanho comparável no mundo tradicional.” GIDDENS, Anthony. **As consequências da modernidade**. 6. ed. São Paulo: UNESP, 1991, P. 109.

¹⁹⁶ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **A expansão do direito penal**. Trad. Luiz Otávio de Oliveira Rocha. São Paulo: RT, 2002, p. 33.

O modelo social até então delineado tem por projeto normativo a segurança. Esta nova utopia, que se segue à utopia da igualdade, revela-se basicamente negativa e defensiva, ou seja, não almeja a nada de bom, apenas deseja evitar o mal. Cuida-se da sociedade do medo.

A insegurança, a que alude Silva Sánches, pode ser vislumbrada em sua dimensão subjetiva e objetiva. Na modernidade reflexiva, os indivíduos experimentam maior intensidade na dimensão subjetiva dos riscos do que em sua dimensão objetiva, vale dizer, existe uma elevadíssima sensibilidade ao risco.

Uma de suas principais causas pode ser encontrada na forma de atuação sensacionalista dos meios de comunicação¹⁹⁷. Ao transmitirem as imagens da realidade, fazem-no de forma a incutir no pensamento do telespectador a ideia de proximidade do risco e impotência quanto à sua evitabilidade. Ademais, a dramatização e reiteração dos fatos levam à falsa impressão de multiplicação de riscos e catástrofes, gerando uma insegurança subjetiva maior que o nível de risco objetivo. Não se está a afirmar que a mídia faz exsurgir o sentimento de medo na população. Os meios de comunicação apenas incrementam esse medo, reforçando uma desorientação pessoal pela perda de referências valorativas e um isolamento individual.¹⁹⁸

O poder dos meios de comunicação de massa é inegável. A imprensa, a despeito do seu potencial informativo, trouxe a possibilidade de transmutar o efêmero em eterno, o longe em perto, os fenômenos contextualizados e locais em aleatórios e globais. Vislumbra-se, neste ponto, um aspecto negativo desse processo, na medida em que promove a perda da exata noção entre o que é realidade e o que não passa de fantasia, fazendo-se crer que a sociedade se encontra muito mais vulnerável às questões globais do que de fato ocorre.

Outro fator relevante para a expansão do sentimento de insegurança consiste na desorientação pessoal por que passa a população da sociedade pós-industrial. A lógica do mercado reclama cada vez mais indivíduos sozinhos, isolados e disponíveis, prevalecendo o

¹⁹⁷ Ressalte-se que os próprios meios de comunicação são tecnologias que nascem na sociedade de risco e usufruem destes riscos como *business*. Sobre os processos de conhecimento da mídia, ver MORIN, Edgar. **Para sair do século XX**. Trad. Vera Azambuja Harvey. Rio de Janeiro: Nova Fronteira 1986. Herman e Chomsky, analisando a influência da mídia norte-americana na compreensão do fenômeno da violência, aludem: “em suma, a mídia de massas dos Estados Unidos é constituída por instituições ideológicas poderosas e eficazes que desempenham uma função de propaganda apoiadora do sistema por meio da dependência em forças de mercado, suposições internalizadas e autocensura e sem coação aberta significativa.” **A manipulação do público**: política e poder econômico no uso da mídia. São Paulo: Futura, 2003, p. 368.

¹⁹⁸ HASSEMER, Winfried. Segurança pública no Estado de Direito. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. São Paulo: RT, n° 5, janeiro-março de 1994, p. 55-69.

pragmatismo sobre as referências valorativas objetivas, dando azo ao fenômeno designado por Silva Sánchez de “perplexidade da relatividade”.¹⁹⁹

A ausência de valores éticos precisos e claros implica a insegurança das expectativas sobre o modo de atuação do “outro” e incrementa a necessidade da intervenção estatal como meio de reforçar valores vigentes. Tal quadro se agrava quando o “outro” é detentor e controlador de tecnologias de alto risco, ou quando as relações sociais se intensificam em contextos arriscados. A ausência de referenciais valorativos confiáveis mostra-se, igualmente, responsável pelo acirramento da vivência subjetiva de insegurança que, muitas vezes, é superior à existência real e objetiva dos riscos.

Disso resulta para o direito penal uma demanda pela crescente edição de normas que transmitam a sensação de segurança, não somente com o fim de conferir proteção objetiva diante dos riscos, mas também de assegurar confiança na segurança existente. Como consequência, temos um direito penal militarizado, excessivamente intervencionista, que permite o desenvolvimento do “Estado Prevenção”. Acrescente-se que, no atual sistema de riscos, nenhuma estratégia eficiente para garantir a segurança pode ser manejada isoladamente, dentro dos limites de um único Estado. D’outra banda, verificam-se dificuldades em coordenar políticas globais eficazes na prevenção desses riscos.

Interessantes as observações de Boaventura de Souza Santos acerca da insegurança:

Há um desassossego no ar. Temos a sensação de estarmos na orla do tempo, entre um presente quase a terminar e um futuro que ainda não nasceu. O desassossego resulta de uma experiência paradoxal: a vivência simultânea de excessos de determinismo e de excessos de indeterminismo. Os primeiros residem na aceleração da rotina. As continuidades acumulam-se, a repetição acelera-se. A vivência da vertigem coexiste com a de bloqueamento. A vertigem da aceleração é também uma estagnação vertiginosa. Os excessos do indeterminismo residem na desestabilização das expectativas. A eventualidade de catástrofes pessoais e coletivas parece cada vez mais provável. A ocorrência de rupturas e de descontinuidades na vida e nos projectos de vida é correlato da experiência de acumulação de riscos inseguráveis. A coexistência desses excessos confere ao nosso tempo um perfil especial, o tempo caótico onde ordem e desordem se misturam em combinações turbulentas. Os dois excessos suscitam polarizações extremas que, paradoxalmente, se tocam. As rupturas e as descontinuidades, de tão frequentes, tornam-se rotina e a rotina, por sua vez, torna-se catastrófica.²⁰⁰

¹⁹⁹ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **A expansão do direito penal**. Trad. Luiz Otávio de Oliveira Rocha. São Paulo: RT, 2002, p. 34.

²⁰⁰ SANTOS, Boaventura de Souza. **A crítica da razão indolente: contra o desperdício da experiência**. 2. ed. São Paulo: Cortez, 2000, p. 41.

4.4 MECANISMOS DE GERENCIAMENTO DOS RISCOS

Ao mesmo tempo em que setores econômicos, políticos e sociais enaltecem e incentivam o desenvolvimento tecnológico acelerado e dinâmico, aplicam e aprimoram instrumentos para a redução da velocidade desse mesmo desenvolvimento, no sentido de reduzir os riscos a ele atrelados. Nesse contexto, ganha relevo a figura do gestor do risco, personagem com atribuição de avaliar o risco e tomar decisões de acordo com esta avaliação, seja na esfera pública ou privada. No âmbito público este gestor pode ser o legislador, quando estabelece limites para a execução de determinadas atividades; o administrador público nos espaços discricionários conferidos à sua avaliação e a própria autoridade judicial, ao se deparar com um conflito concreto.²⁰¹

No setor privado, a atividade de gerenciamento de riscos pode ser vista no desenvolvimento do mercado de seguros, nos investimentos financeiros, que são pautados por estudos variados sobre os riscos de aporte de capital em determinado setor ou país, dentre tantas outras atividades.²⁰²

O ponto crucial dos gestores do risco reside no enfrentamento do paradoxo do risco, ou seja, o gestor construirá critérios e instrumentos para a mensuração dos riscos e para a tomada de decisões numa determinada situação. Esta atividade decorre do conflito entre o discurso da defesa do risco, como mola propulsora do desenvolvimento, e o discurso da restrição do mesmo risco, visto como uma ameaça à continuidade do planeta. Por isso, o papel dos operadores desta gestão não pode ser visto como objetivo, técnico e politicamente neutro, senão como opções interessadas e ideológicas.

A gestão de riscos, nos moldes aqui propostos, nasce com o desenvolvimento das teorias da probabilidade e com a apresentação de modelos matemáticos que oferecem instrumentos científicos para a mensuração dos riscos e para a definição de estratégias de atuação. A complexidade da situação demanda do gestor duas operações distintas: a análise e a administração do risco. Primeiro, deve-se avaliar o risco que envolve determinada atividade. Gerir pressupõe conhecer. A elaboração de estratégias de condutas requer a existência de alternativas viáveis para alcançar determinada finalidade. A atividade decisória é precedida pela análise das possíveis opções e das possíveis consequências, demandando prévio

²⁰¹ BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **Crimes de perigo abstrato e princípio da precaução na sociedade de risco**. São Paulo: RT, 2007, p. 50-51.

²⁰² Como exemplo pode ser mencionada a Organização Internacional de Normalização – ISO – que, por meio da série ISO 14000 busca uniformizar procedimentos de gestão empresarial com vistas a reduzir seu impacto ambiental.

conhecimento sobre os atos e as relações de causalidade que podem advir da realização da atividade.²⁰³

Nesse passo, a Constituição da República impõe a realização de estudo prévio de impacto ambiental para a instalação de qualquer obra ou atividade potencialmente causadora de significativa lesão ao meio ambiente.²⁰⁴ Seguindo essa tendência, a Lei de Biossegurança determina que a Comissão Técnica Nacional de Biossegurança estabeleça critérios de avaliação e monitoramento de risco de organismos geneticamente modificados e seus derivados, elaborando, inclusive, uma classificação segundo a classe de riscos apresentados.²⁰⁵

Conhecidos os riscos, cabe ao gestor, numa segunda etapa, a determinação do espaço do risco permitido. Através do confronto entre os custos e os benefícios de determinada atividade, fixam-se os patamares de risco tolerável e se obsta a atuação fora deles, por meio dos instrumentos inibitórios de que se dispõe. O risco aceitável ou permitido representa o limite que deve ser assumido para atividades voluntárias. Para Di Giorgi, o risco permitido consiste no patamar em que as indeterminações não adquirem valor de estrutura, ou seja, em que os desvios do risco padrão não se estabilizem e se transformem em uma normalidade de grau inferior, o que causa uma sensação de insegurança insuportável à coesão social.²⁰⁶

A definição dos limites da tolerabilidade do risco, equacionando interesses discrepantes, revela-se sobremaneira mais problemática que a tarefa antecedente de conhecimento e estudo do risco. Por mais que a análise do risco paute-se por disputas políticas, os instrumentos de avaliação são técnicos e precisos, na medida do possível. Por outro lado, a atividade decisória é resultado da reflexão das demandas econômicas, sociais e políticas de um grupo, submetendo o gestor a conflito de discursos. A decisão tomada, nesta ordem de ideias, não será neutra ou desinteressada, mas refletirá uma opção política, no sentido de abarcar determinados interesses em detrimento de outros.²⁰⁷

²⁰³ BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **Crimes de perigo abstrato e princípio da precaução na sociedade de risco**. São Paulo: RT, 2007, p. 54.

²⁰⁴ CF, art. 225 IV.

²⁰⁵ Lei 11.105/2005, art. 14, III e XIV.

²⁰⁶ DI GIORGI, Raffaele. O risco na sociedade contemporânea. Trad. Cristiano Paixão, Daniela Nicola, Samantha Dobrowolski. **Revista Sequência**. Revista do Curso de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina. Florianópolis. n. 28, junho de 1994, p. 38-51.

²⁰⁷ O próprio Beck ressalta a problemática no estabelecimento dos limites de aceitação do risco, espaço em que mesmo a ciência apresenta dificuldades em se posicionar face ao confronto entre racionalidade científica e necessidade social. BECK, Ulrich. **La sociedad del riesgo: hacia una nueva modernidad**. Trad. Jorge Navarro; Daniel Jiménez; Maria Rosa Borrás. Madri: Paidós, 1998, p. 35. Assim, a Comunicação da Comissão Europeia sobre o Recurso ao Princípio da Precaução, no item 5.1.3, definiu: *La elección de la respuesta que debe darse en determinada situación es una decisión política, que está en función del nivel de riesgo "acceptable" para la sociedad que debe soportar el riesgo.*

Os textos jurídicos que cuidam do gerenciamento dos riscos refletem a dificuldade em se estabelecer um critério para a definição de risco permitido. Termos como “desenvolvimento sustentável”²⁰⁸, “modos de produção e consumo viáveis”, “uso racional dos recursos”²⁰⁹ impõem objetivos e diretrizes amplos e vagos para o gerenciamento dos riscos, possibilitando total flexibilidade na definição de conteúdo e sentido quando da aplicação de tais dispositivos às situações concretas.

4.5 TEORIAS SOBRE A SOCIEDADE DE RISCO

4.5.1 Modernidade no pensamento de Anthony Giddens

Até então, este trabalho tem se orientado de acordo com a teoria do risco exposta por Beck. Todavia, o tema sociedade de risco e modernidade tem sido objeto de investigação por diversos outros sociólogos. Com o fim de trazer maiores informações sobre o tema, insta pincelar as ideias difundidas por Giddens e Luhmann.

Anthony Giddens, professor do Kings College da Universidade de Cambridge, foca seus trabalhos na inter-relação entre tradição e modernidade. A tradição, nota marcante das sociedades pré-modernas²¹⁰, representa uma orientação para fatos que já ocorreram, de tal forma que o passado influencie o presente. Integra o comportamento social de forma a organizá-lo segundo uma visão de mundo fundada na superstição, religião e costumes, pressupondo, ainda, uma atitude de resignação diante do destino, o qual, em última instância, não depende da atuação humana. A tradição também se vincula ao futuro, concebido como uma espécie de linha continuativa que envolve passado e presente. O futuro materializa a

²⁰⁸ Declaração do Rio de Janeiro sobre o Meio Ambiente e Desenvolvimento de 1992, princípio 8: “Com o fim de conseguir-se um desenvolvimento sustentável e uma qualidade de vida mais elevada para todos os povos, os Estados devem reduzir e eliminar os modos de produção e de consumo não viáveis e promover políticas demográficas apropriadas.”

²⁰⁹ Lei 6.938/1981 – Política Nacional de Meio Ambiente –, art. 4º, IV, e art. 13, III; Lei 4.771/1965 – Código Florestal –, art. 21.

²¹⁰ Giddens substitui em partes a nomenclatura usada por Beck. Na verdade, o autor chega a duvidar da existência de uma pós-modernidade tal qual delineada pelo colega alemão, uma vez que estaríamos vivendo a última fase da modernidade. Para maiores detalhes sobre os trabalhos de Giddens ver: BECK, Ulrich; GIDDENS, Anthony; LASH, Scott. **Modernização reflexiva: política, tradição e estética na ordem social moderna.** Trad. Magda Lopes. São Paulo: UNESP, 1997; GIDDENS, Anthony. **As consequências da modernidade.** São Paulo: UNESP, 1991; GIDDENS, Anthony. **Transformação da intimidade: amor e erotismo nas sociedades modernas.** São Paulo: UNESP, 1993; GIDDENS, Anthony. **Política, sociologia e teoria social: encontros com o pensamento social clássico e contemporâneo.** São Paulo: UNESP, 1998; GIDDENS, Anthony. **A terceira via: reflexões sobre o impasse político atual e futuro da social-democracia.** São Paulo: Record, 2001; GIDDENS, Anthony. **Modernidade e identidade.** Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2002.

tradição que persiste, remodelada e reinventada a cada geração, sem haver qualquer corte ou ruptura.

Nas sociedades pré-modernas ou tradicionais, mostra-se imprescindível o ritual, como meio prático de preservação da tradição. Tais rituais preservam a memória coletiva e as verdades inerentes à tradição, ou seja, a “verdade formular”. “Verdade formular” significa a verdade em si, que não necessita de comprovação ou justificação, menos ainda de processos de legitimação. “Independente das propriedades referenciais da linguagem.” Pelo contrário, “[...] a linguagem ritual é performativa, e às vezes pode conter palavras ou práticas que os falantes e os ouvintes mal conseguem compreender.”²¹¹

A “verdade formular”, para ser “compreendida”, ou melhor, “apreendida” necessita de alguém que a interprete e a propague aos demais, ou seja, necessita de um guardião da tradição. O guardião será aquele que possuir maior *status* na ordem tradicional, sendo respeitado pelos seus conhecimentos, nada obstante estes sejam repletos de mistérios. Nas palavras de Giddens:

A tradição é impensável sem guardiães, porque estes têm um acesso privilegiado à verdade; a verdade não pode ser demonstrada, salvo na medida em que se manifesta nas interpretações e práticas dos guardiães. O sacerdote, ou xamã, pode reivindicar ser não mais que o porta-voz dos deuses, mas suas ações de *facto* definem o que as tradições realmente são.²¹²

O conhecimento da “verdade”, através da interpretação monopolizada pelos guardiães, é acessível apenas aos “iniciados”, isto é, apenas aqueles que aceitam a autoridade do guardião são chamados a participar e compartilhar dos rituais. De fato, a discriminação do “não-iniciado” se revelava fundamental no processo de fortalecimento da autoridade do guardião.

Em momento ulterior, durante a modernidade²¹³, os rituais são reinventados e reformulados, rompendo-se com a tradição genuína, com os valores vinculados ao passado pré-moderno. Neste ponto, Giddens identifica que a modernidade se apresenta através de um processo de descontinuidade com relação ao período pré-moderno, uma vez que rompe definitivamente com os valores sustentados outrora. Este processo de descontinuidade

²¹¹ 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.** Trad. Magda Lopes. São Paulo: UNESP, 1997, p. 73-133.

²¹² Idem, *Ibidem*, p. 100.

²¹³ Neste momento, Giddens utiliza o termo “moderno” no sentido histórico, vale dizer, referente ao momento que sucede a Idade Média, com a queda do feudalismo e consequente fortalecimento das monarquias absolutistas. A modernidade refere-se ao “[...] estilo, costume de vida ou organização social que emergiram na Europa a partir do século XVII e que ulteriormente se tornaram mais ou menos mundiais em sua influência.” GIDDENS, Anthony. **As consequências da modernidade.** São Paulo: UNESP, 1991, p. 11.

abrange a superação da noção de tempo e espaço; o desenvolvimento de mecanismos de desencaixe; e a apropriação reflexiva do conhecimento.

4.5.1.1 Processo de descontinuidade

A separação entre tempo e espaço fomenta o estabelecimento de relações entre indivíduos, grupos ou instituições que estão ausentes, distantes, cujos ambientes são completamente diferentes, moldados em termos de influências sociais distintas.²¹⁴ De fato, vem ocorrendo uma mudança abissal nas práticas culturais e político-econômicas, vinculada à emergência de novas maneiras de se experimentar o tempo e o espaço. Além da flexibilidade dos mercados, dos produtos, dos padrões de consumo, das inovações tecnológicas, o mundo capitalista se apoia numa noção de espaço-tempo em que os “[...] atores hegemônicos, armados com as informações adequadas, servem-se de todas as redes e se utilizam de todos os territórios, transformando os territórios nacionais em espaços nacionais de economia internacional.”²¹⁵

A separação entre tempo e espaço se apresenta como condição indispensável ao processo de desencaixe das instituições sociais. Por desencaixe se refere o autor ao deslocamento das relações sociais de seus contextos locais, regionais para um contexto global, universal, indefinido no tempo e no espaço. “Este [desencaixe] retira a atividade social dos contextos localizados, reorganizando as relações sociais através de grandes distâncias tempo-espaciais,”²¹⁶ possibilitando a abertura das relações sociais, econômicas e políticas para uma dimensão maior, ilimitada e irrestrita.

Dois mecanismos de desencaixe podem ser identificados no desenvolvimento das instituições sociais modernas: as “fichas simbólicas” e os “sistemas especializados”. As “fichas simbólicas” representam os meios de troca que possuem um valor padrão, como o dinheiro.

Os “sistemas especializados” ou “sistemas peritos”, por outro lado, encontram-se diretamente vinculados aos demais sistemas sociais com os quais se interage no decorrer da vivência social. Diuturnamente, utilizam-se o sistema bancário, a informática, viaja-se de avião sem que se conheça profundamente, ou até minimamente, sobre seus mecanismos de

²¹⁴ Dentro desta perspectiva, Milton Santos entende que os tempos sociais tendem a se superpor e contrapor aos tempos naturais, através do surgimento de um espaço mecanizado e artificializado. SANTOS, Milton. **A natureza do espaço – técnica e tempo razão e emoção**. São Paulo: Hucitec, 1997.

²¹⁵ Idem, *Ibidem*, p. 56.

²¹⁶ GIDDENS, Anthony. **As consequências da modernidade**. São Paulo: UNESP, 1991, p. 58.

funcionamento. Nestas atividades confia-se nos peritos, nos especialistas que os formularam e que são responsáveis pelo seu bom funcionamento – os “sistemas especialistas”. Estes sistemas proporcionam uma grande área de segurança ao usuário e atuam como mecanismo de desencaixe, uma vez que removem as relações das imediações dos contextos locais, colocando-as diretamente numa conjuntura global.

Neste momento, cessa a notável convergência das teorias de Giddens e Beck. Para Giddens, a reflexividade da modernidade envolve uma mudança nas relações de confiança, adquirindo-se uma crença nos sistemas especialistas. Em contraposição, Beck entende que a reflexividade na modernidade implica uma crítica à liberdade crescente dos sistemas especialistas. Não se baseia, portanto, na confiança, mas na ausência de confiança nos sistemas especialistas. Em outras palavras, enquanto Giddens considera os sistemas especialistas instrumentos para a obtenção de segurança, Beck os considera como obstáculos à obtenção da alvitrada segurança.²¹⁷

Por fim, a terceira característica que demonstra a descontinuidade da modernidade com o período tradicional vincula-se à ideia de reflexividade, já bastante analisada no decorrer deste capítulo. Ao tratar a modernidade reflexiva, Giddens e Beck elaboram um trabalho bastante similar, voltando-se à autorreflexão, à autocrítica. A sociedade moderna se observa enquanto tal e se analisa, a fim de produzir um autoconhecimento sistemático, sem a pretensão de estabelecer verdades absolutas.

A modernidade reflexiva ou reflexividade institucional²¹⁸ rompe com o ideal iluminista, segundo o qual um saber fundado na razão seria capaz de superar o caráter arbitrário dos dogmas da tradição, pelo estabelecimento de certezas científicas. Os iluministas imaginavam que a informação e o conhecimento sobre o mundo social e natural possibilitariam o controle e domínio da natureza. Esse anseio pelo controle do mundo natural e social representava, para muitos, a chave da felicidade humana. O paradigma da reflexividade, por outro lado, relativiza o império da certeza absoluta, questionando e pondo em dúvida constante as formulações científicas.

Neste cenário pós-tradicional, a tradição não desaparece; apenas modifica seu *status*. Se antes deveria ser obedecida cegamente, hoje ela deve ser questionada e justificada racionalmente, abrindo-se para o debate com os grupamentos sociais. Atualmente, os caminhos conduzem à pesquisa de uma razão aberta, e não mais uma razão fechada aos

²¹⁷ BECK, Ulrich; GIDDENS, Anthony; LASH, Scott. **Modernização reflexiva**: política, tradição e estética na ordem social moderna. São Paulo: UNESP, 1997, p. 142-143.

²¹⁸ Giddens prefere o termo “reflexividade institucional” à “modernização reflexiva”, afirmando que este último tende a implicar um processo de conclusão da modernidade.

postulados da lógica clássica. Problemático não é substituir a certeza pela incerteza, a separação pela inseparabilidade, mas saber como dialogar entre certeza e incerteza, entre separação e inseparabilidade.

Fruto do dinamismo da modernidade, fulcrada no fenômeno da globalização, despontam inúmeros riscos, cujo perfil diverge em muito dos riscos encontrados nas sociedades tradicionais. Segundo Giddens, os riscos podem ser “exteriores”, quando vêm de fora, impostos pela natureza ou tradição – encontrados principalmente nas sociedades tradicionais – ou riscos “provocados” pelo impacto do desenvolvimento tecnológico e comunicacional.

Na modernidade, os riscos exteriores foram em grande medida controlados pelo homem; em contrapartida, esse controle acarretou a produção de efeitos colaterais, como a intensificação dos riscos provocados, artificiais. Hoje, os riscos criados pelo homem durante o processo da modernidade denotam uma dimensão sobremaneira superior aos riscos naturais, exteriores, além de serem inevitáveis e de disporem de larga envergadura lesiva.

4.5.2 Sociedade de risco e teoria dos sistemas sociais: a concepção Luhmanniana

Estudadas, no Capítulo Primeiro, as bases da teoria dos sistemas de Luhmann, resta elaborar uma síntese do seu pensamento quanto à teoria dos riscos. Como não poderia deixar de ser, o risco é visto como algo que existe comunicativamente dentro do sistema social que o constrói. Tendo em vista a impossibilidade de se prever a acertabilidade de uma decisão, toda comunicação se revela um risco. Entende-se por comunicação a operação específica dos sistemas sociais, que sintetiza três seleções: informação, expressão ou transmissão e compreensão²¹⁹. O risco, por ser um fenômeno comunicacional que se passa dentro do sistema social, é produto de uma seleção realizada em uma sociedade contingente, orientada à redução das complexidades²²⁰.

²¹⁹ A informação representa o conteúdo mesmo da mensagem, aquilo que se quer fazer conhecer; a expressão é a forma como essa informação se passa, ao passo que a compreensão consiste na apreensão do sentido da mensagem (informação) pelo destinatário.

²²⁰ A complexidade revela-se conceito fundamental da teoria luhmanniana. Importado da cibernética, significa o conjunto dos possíveis estados e acontecimentos de um sistema. O objetivo do autor consiste na redução da complexidade dos sistemas. Todavia, à medida que se ampliam as capacidades do sistema de reduzir a complexidade de seu entorno, esta aumenta proporcionalmente. O aumento da complexidade é diretamente proporcional ao aumento da capacidade de redução da dita complexidade. Um sistema quando reduz a complexidade, na verdade, acaba por aumentá-la.

A análise dos riscos é realizada pelos subsistemas científicos, como a física, a matemática, a geografia etc, que estabelecem objetivamente “verdades”²²¹ sobre a existência ou não de riscos vinculada a determinadas atividades.²²² Vale dizer, os subsistemas científicos, respeitado o estado-da-arte, elaboram conclusões aceitáveis e legítimas cientificamente sobre os riscos existentes, e as transmitem ao subsistema político, responsável pela avaliação do trabalho científico segundo seu próprio código binário e seus programas, o que implica a liberação ou proibição da atividade considerada perigosa. Daí porque Luhmann afirma que o subsistema político remodela a noção de risco trazida pelo subsistema científico.²²³

Durante a modernidade, a consciência do risco foi difundida progressivamente. Quanto mais se conhece, mais se calcula o risco; quanto mais complexo for o cálculo do risco, novos riscos emergirão, aumentando a necessidade de prevenção. Em todas as áreas em que a sociedade tem seu desenvolvimento guiado pelos mecanismos de comunicação, os riscos se incrementam.

Diante desse quadro, a inevitabilidade do dano irrompe como a principal característica dessa relação, pois, de qualquer forma, não existe nenhuma conduta desprovida de riscos. Assim, a segurança jamais será completa, porque sempre existe algo imprevisto que pode acontecer, motivo pelo qual Luhmann diz que a segurança – perseguida, mas jamais alcançada em sua integralidade – é, na verdade, uma ficção social que surge como válvula de escape no cálculo do risco.

É por meio do estudo da confiança que Luhmann pretende conferir maior segurança e estabilidade às relações sociais. Através dela, aumentam-se as possibilidades de ações confiáveis voltadas para o futuro. Cuida-se de um mecanismo de redução de complexidades que aumenta a capacidade do sistema de atuar coerentemente em um entorno ainda mais

²²¹ Recorde-se que o paradigma científico pós-moderno afasta a presunção de verdades absolutas, assumindo a concepção de verdades aproximadas, prováveis no que concerne ao conhecimento científico.

²²² Neste ponto, Luhmann e Beck divergem. Para Luhmann, os riscos podem ser objetivamente medidos e calculados cientificamente pelos subsistemas da física, da matemática, da química etc. Por outro lado, Beck, seguido por nós, entende que tais riscos são incalculáveis, uma vez que o conhecimento científico não evolui na mesma medida que os riscos, do contrário estes poderiam ser controlados e mitigados pela ciência.

²²³ *Por último, el problema que aquí hemos estado discutiendo posee también un aspecto político. La tecnología de la seguridad, al igual que todos los implementos para la disminución de la probabilidad de daños o para la reducción de éstos en los casos de desgracia, juega un papel de considerable importancia en la evaluación de riesgos aceptables: el margen de negociación reside aparentemente más en esta esfera que en las divergencias de opinión sobre el riesgo de primera instancia.* LUHAMN, Niklas. **Sociología del riesgo**. Mexico: Triana Editores & Universidad Iberoamericana, 1998, p. 74.

complexo. Deste modo pretende o autor equilibrar as relações sociais, reduzindo, na medida do possível, a insegurança da população quanto aos riscos existentes.²²⁴

²²⁴ Perceba-se que a confiança, enquanto redutor da complexidade dos sistemas, funciona de forma a garantir segurança subjetiva à população. Isto é, serve para que ela se sinta mais segura. Não se presta, contudo, para reduzir efetivamente os riscos da modernidade, já que atua “na base da sorte”; o outro pode agir de acordo com as suas expectativas ou pode frustrá-las. Não existe certeza no mecanismo da confiança.

CAPÍTULO QUINTO

O DIREITO PENAL NA BERLINDA: EM BUSCA DE UMA NOVA DOGMÁTICA²²⁵

O direito penal do risco, ou direito penal do perigo, como preferem alguns, reflete a mudança do modo de compreender o direito penal e de agir dentro dele, produto estrutural e irreversível de uma época, cujo ponto de partida já é fato dado, pronto e acabado, encerrando tanto oportunidades como riscos.

O direito penal transforma-se em direito penal do risco quando insere a criação ou o aumento dos riscos da segunda modernidade no centro das reflexões dogmáticas, promovendo a mitigação das regras de imputabilidade, bem como ao tomar para si a função de tornar segura a sociedade.²²⁶ Segundo Mendoza Buergo, o direito penal do risco tem por corolário a evolução experimentada pelo direito penal clássico, a partir das modificações estruturais que proporcionam a adaptação do sistema repressivo à sociedade de risco.²²⁷ Concentra-se na chamada criminalidade organizada²²⁸ ou graduada, materializada nas infrações penais perpetradas por pessoas poderosas, os chamados *powerful*, e caracterizada pela magnitude de seus efeitos, normalmente econômicos, mas igualmente políticos e sociais.

A criminalidade moderna ou organizada não possui vítimas individuais, ou melhor, as vítimas individuais apenas existem de forma mediata; os danos causados dispõem de pouca visibilidade, assim como as condutas criminosas passam a operar de forma diferente, com profissionalismo, divisão de trabalho e transnacionalidade. Nos contornos hoje assumidos, representa a expansão do poder do Estado e a diminuição das liberdades civis, subvertendo a função minimalista do sistema penal de tutela exclusiva de bens jurídicos e incutindo-lhe uma função promocional de valores, garantindo as gerações futuras e regulamentando uma série de novos temas.

²²⁵ Justifica-se o título do presente capítulo “direito penal na berlinda”, na medida em que o direito penal clássico, iluminista e minimalista encontra-se numa situação crítica, a ponto de ser substituído por completo pelo direito penal do risco.

²²⁶ PRITIWITZ, Cornelius. O Direito Penal entre o Direito Penal do Risco e o Direito Penal do Inimigo. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. São Paulo: RT, n° 47, março-abril de 2004, p. 31-45.

²²⁷ BUERGO, Blanca Mendoza. Exigencias de la moderna política criminal y principios limitadores del derecho penal. **Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales**. n. LII. Madri, p. 279-321, 2002. Sobre o tema ver, ainda, SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. **Direito penal supra-individual: interesses difusos**. São Paulo: RT, 2003.

²²⁸ Identificada por Hassemer em oposição à criminalidade de massa (cujas condutas ofendem bens jurídicos individuais, v.g. delitos patrimoniais). HASSEMER, Winfried. Segurança Pública no Estado de Direito. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. São Paulo: RT, n° 05, janeiro-março de 1994, p. 55-69. As reformas do aparato penal inspiradas pela sociedade de riscos podem ser divididas em dois aspectos: uma nova criminalização, com ampliação do direito penal a novas searas e com novas técnicas de tipificação; e novos mecanismos processuais penais, com a introdução de métodos técnicos, dados informáticos, processos virtuais e soluções consensuais. Cf. HASSEMER, Winfried. Perspectivas de uma moderna política criminal. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. São Paulo: RT, n. 8, outubro-dezembro de 1994, p. 41-51.

Em consonância com a crescente complexidade social, a dogmática penal e a política criminal intentam moldar-se à novel sociedade do risco, de modo a admitir novos candidatos no círculo de bens jurídicos; a antecipar a fronteira entre o comportamento punível e não-punível; a reduzir as exigências de censurabilidade; a flexibilizar os critérios de imputação etc. O incremento da utilização de tipos omissivos e culposos também denuncia esta nascente realidade.

Rejeita-se o modelo de direito penal de resultado, que atua repressivamente, após a consolidação do dano, revelando-se mais conveniente a antecipação da proteção penal a esferas anteriores ao dano e ao próprio perigo concreto, em certos casos. Como se vê, o sistema punitivo ao modo clássico – fundado nos axiomas da taxatividade, subsidiariedade, fragmentariedade, entre outros – apresenta sérias limitações quando instado a atuar na testilha à novel criminalidade, o que tem implicado uma série de adequações a este modelo.

Há autores²²⁹ que perfilham o entendimento de que a rígida intervenção penal em searas dantes “intocadas” pelo *jus puniendi* mostra-se de todo injustificada, já que as garantias clássicas do direito penal obstam-lhe quaisquer ingerências nessas áreas. Por outra banda, Schünemann, García Martín e Buján-Pérez reputam legítima a sobredita intervenção, arrimando-se nas transformações socioeconômicas por que passou o direito.

Estas são as características e tendências principais assumidas pelo direito penal contemporâneo, ou, pelo menos, as que se destacam com maior frequência nos documentos legislativos. Não representam, como se pode inferir, uma transformação quantitativa ou de somenos importância. Ao contrário, são mudanças eminentemente qualitativas.

Por um lado, referido processo de expansão tem se revelado proveitoso já que o direito penal, principalmente em nosso País, vinha se mostrando complacente com a delinquência graduada, mantendo-se estritamente vinculado às raízes que o originaram, tutelando bens jurídicos de interesse patrimonial-individual. Por outro lado, a implantação de um sistema penal mais abrangente só se figurará legítimo se apresentado como *ultima ratio*. Não se pode esquecer que estão em jogo direitos e princípios fundamentais, como intervenção penal mínima, segurança jurídica, legalidade, subsidiariedade, fragmentariedade, dentre tantos outros postulados que demandam uma filtragem neste processo.

O que se pretende, portanto, neste capítulo é analisar esta nova vertente do sistema penal através das lentes do funcionalismo teleológico que, sem o abandono completo do conhecimento haurido no campo da dogmática clássica, de base ontológica, agrega

²²⁹ Na Alemanha, esse entendimento é detectado junto à Escola de Frankfurt, mormente com Hassemer e Prittwitz. Na Espanha, Silva-Sánchez demonstra a mesma preocupação.

perspectivas teleológicas, formatadas a partir das finalidades político-criminais, abrigando em sua essência considerações valorativas específicas.

5.1 PRINCÍPIO DA PRECAUÇÃO E SUA RELAÇÃO COM O DIREITO PENAL

Consoante já afirmado no capítulo quarto, a atividade de conhecimento dos riscos é essencial ao seu gerenciamento por parte do gestor do risco, fundado no conhecimento científico até então existente. Assim, havendo prova científica ou estatística da inocuidade da atividade ou do produto, este será liberado; se, por outro lado, houver prova da sua periculosidade aos bens jurídicos caros à sociedade, a atividade ou produto serão vedados.

Todavia, o modelo pós-moderno de cientificidade²³⁰ demonstra que a ciência não se encontra apta a conferir respostas absolutas aos problemas, revelando apenas verdades aproximadas, probabilísticas, aceitas num determinado círculo acadêmico, porém passíveis de refutação. Dentro dessa perspectiva, os riscos devem ser mensurados, avaliados e decididos: se nocivos probabilisticamente, devem ser vergastados; inócuos, devem ser aceitos socialmente.

Há situações, no entanto, classificadas como verdadeiras “zonas de desconforto científico”. São casos que nem mesmo a ciência consegue resolver, ainda que empreendidos todos os esforços e as técnicas mais aprimoradas. Não existe “certeza” sobre a periculosidade da atividade ou produto pesquisados, muito menos quanto à sua inocuidade, o que deixa o gestor do risco numa encruzilhada: Liberar ou obstar o empreendimento?

A não comprovação do risco não implica, necessariamente, sua inexistência; a incerteza dos resultados de um empreendimento não significa também sua segurança. Logo, cabem decisões estratégicas sobre a realização dessas atividades e sobre as medidas de contenção aplicáveis. Neste momento ganha relevo o princípio da precaução, diretamente relacionando ao conjunto de decisões que optem pela restrição da atividade cujo risco não está determinado ou delimitado cientificamente.

O princípio da precaução, do latim *precautio-onis*, significa cautela antecipada e pode ser conceituado como diretriz para a adoção de medidas de regulamentação ou contenção de atividades ante a ausência de informações ou dados científicos ou estatísticos precisos, conclusivos sobre o potencial danoso de sua implementação.²³¹ Trata-se de mecanismo de

²³⁰ Já estudado no Capítulo Primeiro.

²³¹ Nas palavras de Cesar e Abrantes, o princípio da precaução é “[...] a diretriz que busca regular a participação do conhecimento técnico e científico e o conhecimento de senso comum na previsão e no combate a degradações

gerenciamento de riscos sobre a elaboração e distribuição de um produto ou sobre a utilização de uma técnica específica. Ao incidir sobre um determinado produto, as medidas de precaução são concebidas por intermédio de uma perspectiva vertical, direcionando-se diretamente para o item que se deseja inspecionar, independentemente de seu processo de fabricação ou criação. Por outro lado, quando as restrições são dirigidas a uma dada técnica ou modo de produção, a perspectiva torna-se horizontal, sem qualquer referência ao produto final.

Ressalte-se que tal princípio apenas encontra aplicação nos casos de incerteza científica ou estatística quanto ao potencial danoso de determinado empreendimento. No caso de existirem provas da periculosidade ou da inocuidade do empreendimento, deverá este, de pronto, ser expurgado ou admitido.

De mais a mais, à falta de certeza científica ou estatística acrescenta-se a exigência de indícios de risco – ou suficientes suspeitas²³², convicção da nocividade potencial, percepção de risco – que demanda um patamar mínimo a partir do qual se autoriza a implementação de medidas de restrição. É bem verdade que se cuida de expressão vaga e imprecisa, mormente quando se trabalha com o desconhecimento, submetendo o gestor ao conflito dos discursos econômico e social. A decisão, portanto, de ampliar ou restringir a atividade acaba, de uma certa forma, por manifestar-se eminentemente política.

Institucionalizado na Alemanha nos idos de 1960, o axioma da precaução surgiu como instrumento de proteção ambiental, desenvolvendo-se paulatinamente para outras áreas, como saúde pública, consumo, etc. No âmbito internacional ganhou magnitude expressa no ano de 1974 com o Ato de Poluição do Ar e, posteriormente, com a Carta Mundial da Natureza, aprovada pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 1982. A partir de então, o princípio vai expandindo sua incidência, consagrado na Convenção de Viena, em 1985, na Declaração Ministerial da Segunda Conferência do Mar do Norte em 1987, na Convenção de Bamako em 1991 e na Declaração do Rio de Janeiro sobre o Meio Ambiente e Desenvolvimento em 1992.²³³

ambientais potencializadas por tecnologias.” CESAR, F. G., ABRANTES, P.C.C. Princípio da precaução: considerações epistemológicas sobre o princípio e sua relação com o progresso de análise do risco. **Cadernos de Ciência e Tecnologia**. Brasília. Vol. 20. N. 2, p. 225-262, maio-agosto de 2003. Segundo Wagner Antônio Alves, o princípio da precaução “[...] designa ações de proteção contra o perigo abstrato ambiental, ou seja, em momento anterior à identificação da lesão, em atividade cujos efeitos danosos ainda não estão determinados pela ciência e tecnologia, mas há verossimilhança da produção de tais efeitos nocivos.” ALVES, Wagner Antônio. **Princípios da precaução e da prevenção no direito ambiental brasileiro**. Rio de Janeiro: Juarez de Oliveira, 2005, p. 21.

²³² Adotando esta nomenclatura a Declaração do Rio de Janeiro sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento, princípio 15; o Protocolo de Quioto à Convenção-Quadro sobre Mudança no Clima, art. 3º, item 3.

²³³ Por todos, cf. BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **Crimes de perigo abstrato e princípio da precaução na sociedade de risco**. São Paulo: RT, 2007, p. 66-69. A Comunicação da Comissão Europeia sobre Recurso ao

No Brasil, o postulado, de forma lenta e gradual, encontra abrigo incorporado na legislação e nas decisões jurisprudenciais. A Lei de Biossegurança – Lei 11.105 de 2005 – menciona expressamente o princípio da precaução em seu artigo 1º:

Esta Lei estabelece normas de segurança e mecanismos de fiscalização sobre a construção, o cultivo, a produção, a manipulação, o transporte, a transferência, a importação, a exportação, o armazenamento, a pesquisa, a comercialização, o consumo, a liberação no meio ambiente e o descarte de organismos geneticamente modificados – OGM e seus derivados, tendo como diretrizes o estímulo ao avanço científico na área de biossegurança e biotecnologia, a proteção à vida e à saúde humana, animal e vegetal, e a observância do princípio da precaução para a proteção do meio ambiente.

Ademais, o Brasil ratificou e incorporou três diplomas internacionais que adotam taxativamente o axioma da precaução: Declaração do Rio de Janeiro sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento; Convenção sobre Diversidade Biológica e o Protocolo de Quioto à Convenção-Quadro sobre mudança no clima.

Importante destacar que precaução não se confunde com prevenção. O princípio da prevenção orienta medidas de restrição a atividades cuja periculosidade se mostra evidenciada pela ciência. Nestes casos, há nocividade cabal, os riscos existem e os danos são iminentes; por isso, deve o gestor se pautar segundo medidas de prevenção, de modo a prevenir ou mitigar os riscos. Sob esta perspectiva conceitual, previnem-se riscos existentes, precaucionam-se riscos possíveis ou prováveis.

A atuação do direito penal destinada a conferir efetividade ao princípio da prevenção, ante a existência comprovada de riscos, tem se apresentado legítima e justificada à luz de uma parcela da doutrina, máxime através dos tipos penais de perigo concreto. No entanto, o ponto nodal da dogmática penal atual consiste em analisar a legitimidade do direito penal para a tutela do princípio da precaução – quando os riscos não estão comprovados – através, principalmente, dos tipos de perigo abstrato.

O direito penal vem incorporando a precaução como princípio orientador de diversas normas, de modo a reforçar o gerenciamento dos riscos da segunda modernidade e para responder às demandas sociais por maior segurança. Deste modo, os braços do direito penal passam a alcançar condutas cuja periculosidade é meramente indiciária, cujos riscos não são evidentes, senão apenas suspeitos. Convém ressaltar, conforme já mencionado alhures, que o risco consiste na possibilidade de dano, enquanto que “risco suspeito” seria o risco do risco. E

Princípio da Precaução estabeleceu que se trata de postulado de aplicação geral e em especial ao meio ambiente, à saúde humana, animal e vegetal.

tutelado pelo direito penal! Não somente se antecipa a proteção penal para momentos anteriores ao dano, mas para momentos anteriores ao próprio risco de dano.

O tipo penal de precaução atende, unicamente, a uma sociedade mortificada pelos efeitos potenciais do desenvolvimento tecnológico, deixando um espaço ainda maior entre o direito penal positivado e a ciência do direito penal, uma vez que juristas e legisladores não chegam a um lugar comum quando o assunto é tipificação.

5.2 MODELOS DE TIPIFICAÇÃO: antecipação da tutela penal por meio dos delitos de perigo abstrato e delitos de acumulação

Considerando que a missão primordial do direito penal é prevenir²³⁴ a prática de infrações penais com a finalidade exclusiva de proteção subsidiária e fragmentária de bens jurídicos relevantes, a intervenção penal, via de regra, é empregada como meio de punição de condutas que efetivamente venham a lesionar o bem jurídico tutelado pela norma penal incriminadora.

No entanto, por vezes, surgem determinadas circunstâncias de extrema gravidade a bem jurídico de primeira grandeza que demandam proteção especial mais abrangente, exigindo a antecipação da tutela, de modo a evitar qualquer possibilidade de desdobramento progressivo capaz de converter um perigo em um dano efetivo ao bem jurídico tutelado.

Nestes casos, o legislador utiliza-se da criação de tipos legais de “crime de perigo” que consiste numa técnica destinada a atribuir a qualidade de crime a determinadas condutas, independentemente da efetiva produção de um resultado naturalístico lesivo, bastando, para a consumação delitativa, a mera ocorrência de risco ao bem jurídico tutelado, concentrando a reprovação social no “desvalor da ação”. Revela a antecipação da proteção penal a momentos anteriores à efetiva lesão ao bem, dividindo-se em tipos de perigo concreto e tipos de perigo abstrato.

Os tipos penais de perigo concreto ostentam, na própria descrição típica, a menção à ocorrência do perigo, que deverá ser averiguado e demonstrado em cada caso posto à apreciação. De fato, os tipos de perigo concreto coadunam-se com a dogmática penal clássica, uma vez que demonstram com clarividência o desvalor da conduta e o desvalor do resultado, materializado na concreta colocação em perigo do bem. Embora não se solidifique em

²³⁴ Neste trabalho não serão apreciadas as teorias acerca da pena, muito menos se o ideal prevencionista tem se mostrado funcional na sociedade do risco.

alterações fáticas, reais, sensíveis ao bem jurídico, deve efetivamente produzir o resultado objetivo de pôr em perigo o bem tutelado.

Cuida-se de uma análise sob uma perspectiva *ex post*, isto é, consideram-se as circunstâncias reais do fato, avaliadas após a sua ocorrência, impondo ao órgão acusatório a obrigação de comprovar no processo penal a presença real do perigo a ameaçar o bem jurídico, em homenagem ao princípio da ofensividade, imprescindível à racionalidade do Estado Democrático de Direito e à tutela das liberdades fundamentais.

Reforça-se a perfeita conformidade da estrutura do tipo de perigo concreto com a dogmática penal clássica, já que exige prova, por parte do autor da ação penal, acerca da ocorrência, no mundo físico, do perigo ao bem jurídico. Problemas exsurtem, no entanto, quando se perquire acerca da legitimidade dos tipos de perigo abstrato.

Os tipos de perigo abstrato têm por objeto condutas que não se definem em virtude de determinada consequência, castigando a simples realização de uma conduta imaginadamente perigosa, prescindindo da configuração de um efetivo perigo ao bem jurídico. A periculosidade da conduta típica é imaginada *ex ante*, por meio de um juízo hipotético do legislador, fundado na mera probabilidade de lesão. Não há que se indagar, no caso concreto, acerca da ocorrência ou não do perigo, vale dizer, da efetiva probabilidade de lesão. Basta comprovar a execução da conduta reputada perigosa.

Ao contrário do que ocorre com o delito de perigo concreto, o perigo posto ao bem jurídico não se encontra estampado de forma explícita no tipo legal de perigo abstrato, o qual se limita a definir uma conduta cuja periculosidade é presumida de modo absoluto pelo legislador.

Registre-se, nesta ordem de ideias, o posicionamento doutrinário lançado por Horst Schröder e encampado por Francesco Angioni, segundo o qual existiria a possibilidade de elaboração de tipos penais que abarcassem crimes de perigo abstrato-concreto. Em outras palavras, há condutas que o legislador considera abstratamente perigosas, mas confere a possibilidade de investigação concreta por parte do magistrado acerca da existência do perigo alvitado.²³⁵

Na sociedade de risco, a proliferação dos tipos de perigo abstrato, geralmente combinados com normas penais em branco, inclui-se na estratégia de utilização de

²³⁵ Neste sentido, cf. SOUZA, Luciano Anderson de. **Expansão do direito penal e globalização**. São Paulo: Quartier Latin, 2007 e SILVA, Ângelo Roberto Ilha da. **Dos crimes de perigo abstrato em face da constituição**. São Paulo: RT, 2003.

incriminações de mera conduta a fim de coibir os ataques aos bens jurídicos supra-individuais, reduzindo-se os espaços de risco permitido.

Por vezes, os delitos de perigo abstrato desvelam-se como delitos por acumulação, expressão cunhada por Lothar Kuhlen.²³⁶ Por necessidades de política criminal, o legislador incrimina uma conduta que, individualmente considerada, não provoca risco algum ao bem jurídico, uma vez que incapaz de lesioná-lo ou colocá-lo em perigo, mesmo abstrato. Ocorre que, em caso de performance generalizada dessa conduta, cada ação faria parte de uma cadeia de repetição cujo montante total resultaria perigoso para o bem jurídico.

Este conceito de imputação desenvolveu-se a partir da constatação de que boa parte dos resultados nocivos a bens jurídicos coletivos decorre da acumulação de efeitos de ações praticadas em massa. Excetuando-se a hipótese da ocorrência de acidentes, é bastante incomum que um bem jurídico coletivo seja afetado por um evento único, individual.

Dentro de uma perspectiva funcionalista, os institutos de direito penal devem ser aptos a cumprir, manter e reproduzir as premissas, finalidades e princípios do Estado Democrático de Direito, legitimando-se a intervenção punitiva do Estado apenas àqueles atos que ameacem a integridade das estruturas sobre as quais as relações sociais e as relações de produção se sedimentam. A dignidade humana consiste no postulado basilar da democracia sobre o qual se constrói, funcionalmente, o sistema penal, reservando a imposição da pena criminal para um âmbito restrito de atividades, quais sejam, aquelas que afetem, lesionem ou coloquem em perigo de lesão, os bens jurídicos indispensáveis à autodeterminação do indivíduo.

Os delitos de perigo abstrato, na visão de muitos, expressam uma violação devastadora ao princípio da ofensividade²³⁷, entendido este como a forma de compreender ou conceber o delito como ofensa grave a um bem jurídico relevante e transcendental. A ofensa materializa-se na lesão ou ameaça concreta de lesão ao bem jurídico, afastando, de pronto, aquelas condutas que não se mostrem concretamente perigosas ao bem. As infrações de perigo abstrato, logo, da forma como vêm sendo utilizadas pelo legislador pátrio, não se coadunam com o referido princípio de política criminal, motivo pelo qual é assaz criticada pela doutrina funcionalista teleológica e garantista, que, energicamente, propugna por seu banimento da ordem jurídico-penal via declaração de inconstitucionalidade pelo Poder Judiciário.

²³⁶ KUHLEN, Lothar. **Umweltstrafrecht –auf de Suche nach einer neuen Dogmatik**, ZStW, 105 (1993) Apud SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **A expansão do direito penal**. Trad. Luiz Otávio de Oliveira Rocha. São Paulo: RT, 2002, p. 121.

²³⁷ Luiz Flávio Gomes prefere a expressão ofensividade à expressão lesividade, justificando que esta se encontraria compreendida naquela. GOMES, Luiz Flávio. **Princípio da ofensividade no direito penal**. São Paulo: RT, 2002, p. 11. Para mais detalhes acerca da ofensividade ver Capítulo Sétimo.

Evidentemente, os delitos de acumulação padecem do mesmo problema, operando incompatibilidade com os axiomas da ofensividade, culpabilidade e, principalmente, proporcionalidade, pois se uma conduta isolada não acarreta ofensa ao bem jurídico, não se justifica, em termos proporcionais, a pena imposta individualmente.²³⁸

Alberto Jorge Correia de Barros Lima, em obra de doutoramento, advoga a incompatibilidade do tipo de perigo abstrato com a ordem constitucional brasileira, já que o princípio da ofensividade, implícito na Constituição da República, impõe ao magistrado a apreciação, no caso concreto, da ofensividade da lesão, vale dizer, da possibilidade concreta da conduta praticada pelo agente causar lesão a um bem juridicamente tutelado.²³⁹

Por outro lado, há autores que, a despeito de criticarem o emprego abusivo e demasiado da antecipação da tutela penal, realizada principalmente através dos tipos de perigo abstrato, entendem-na necessária à proteção de determinados bens jurídicos – bens supraindividuais –, desde que sua utilização não se apresente indiscriminadamente, de maneira a transformar em regra geral o que se apresentava como exceção na sistemática penal.

Luís Greco, em posição inaugural, entende que a legitimação do crime de perigo abstrato não deve ser discutida à luz da teoria do bem jurídico, senão no tópico concernente à estrutura do delito. Ao tratar do bem jurídico, está-se diante da pergunta: o que proteger? Ao se cuidar da estrutura do delito, o problema já não é mais o que proteger, mas como proteger.²⁴⁰

Nos crimes de perigo abstrato, o problema, em geral, não está no bem jurídico a ser protegido, pois este é o mesmo dos crimes de perigo concreto e dos crimes de lesão, mas na identificação dos tipos de perigo abstrato legítimos e ilegítimos. Exemplifica o autor com o bem jurídico “vida”. Não se indaga a respeito da legitimidade da proteção penal conferida ao aludido bem jurídico, já que pode ser considerado como dado necessário à realização pessoal do homem. A proteção à vida pode ser concretizada de diversas formas: por meio de delito de lesão – homicídio doloso, culposo, estupro seguido de morte, lesão corporal seguida de morte

²³⁸ Kuhlén defende tal fórmula de imputação, asseverando que se trata de uma contribuição para a solução de problemas de grande dimensão, como a questão ambiental, o que, por si só, conferir-lhe-ia legitimidade. Para maiores detalhes ver SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **A expansão do direito penal**. Trad. Luiz Otávio de Oliveira Rocha. São Paulo: RT, 2002, p. 121. e MACHADO, Marta Rodríguez de Assis. **Sociedade do risco e direito penal**. São Paulo: IBCCRIM, 2005, p.143-146.

²³⁹ LIMA, Alberto Jorge Correia de Barros. **Limites constitucionais do legislador e do juiz na incriminação e descriminalização de condutas**: a imposição dos princípios constitucionais penais. Recife: O Autor, 2006, p. 84.

²⁴⁰ GRECO, Luis. Princípio da ofensividade e crimes de perigo abstrato. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. São Paulo: RT, n° 49, julho-agosto de 2004, p. 89-147.

–; por meio de delito de perigo concreto – abandono de incapaz, incêndio etc; ou ainda por meio de delito de perigo abstrato – rixa, tráfico de psicotrópicos etc.²⁴¹

Por outra banda, Pierpaolo Cruz Bottini, pugnando pela funcionalidade do sistema penal, aduz que a legitimidade dos tipos de perigo abstrato condiciona-se à observância do sistema penal proposto, fulcrado nas premissas de um Estado Democrático de Direito. Identifica que o injusto penal, em um modelo pautado pela exclusiva proteção de bens jurídicos, vincula-se não somente ao desvalor da conduta e ao desvalor do resultado, mas também à periculosidade ou risco de dano ao bem jurídico. O tipo penal imprescinde de um fator objetivamente mensurado que abrigue a potencialidade lesiva do resultado, fator este que será considerado núcleo da figura típica, superando a dicotomia desvalor da conduta e desvalor do resultado, a partir de um critério jurídico e normativo de ação penalmente relevante.²⁴²

O risco revela-se como o substrato mínimo sobre o qual se constroem todas as condutas penalmente relevantes, de forma que não existe diferença qualitativa entre os delitos de lesão, perigo concreto e perigo abstrato, pois os três encontrar-se-ão atrelados ao mesmo fundamento valorativo: a periculosidade do comportamento em relação ao bem jurídico. A diferença entre eles residirá apenas na intensidade do risco gerado ao bem jurídico.²⁴³ Os delitos de perigo abstrato representam o limite inicial de atuação do direito penal, o patamar mínimo diante do qual o aparato repressor pode legitimamente atuar. Nestes casos, faz-se mister que a ação ou omissão crie um perigo potencial ao bem jurídico protegido, o qual não precisa se materializar em uma lesão concreta, bastando a relevância típica do comportamento.²⁴⁴

A periculosidade, ou risco, consiste, portanto, no elemento implícito da tipicidade objetiva da conduta, mesmo nos casos em que o texto legal não a mencione expressamente, como ocorre nos tipos de perigo abstrato. A constatação desta periculosidade realiza-se por um juízo *ex ante*, compreendendo uma perspectiva ontológica – realizada por intermédio de um observador externo – e sob uma perspectiva nomológica – que agrega a experiência e o conhecimento geral da época sobre os cursos causais e projeções futuras dos riscos criados.²⁴⁵

²⁴¹ GRECO, Luis. Princípio da ofensividade e crimes de perigo abstrato. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. São Paulo: RT, n° 49, julho-agosto de 2004, p. 89-147.

²⁴² BOTTINI, Pierpaolo Cruz. Princípio da precaução, direito penal e sociedade de risco. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. São Paulo: RT, n° 61, julho-agosto de 2006, p. 44-121.

²⁴³ BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **Crimes de perigo abstrato e princípio da precaução na sociedade de risco**. São Paulo: RT, 2007, p. 224.

²⁴⁴ Idem, *Ibidem*, p. 227.

²⁴⁵ Idem, *ibidem*, p. 233.

A teoria ora esposada muito se assemelha à teoria da imputação objetiva, que incute no tipo penal o elemento normativo “risco proibido”. Será considerada criminosa aquela conduta que, além de preencher os elementos objetivos e subjetivos do tipo, crie um risco considerado proibido pelo legislador. Esta mesma teoria é considerada por Renato de Mello Jorge Silveira como a melhor solução para a problemática da legitimação dos delitos de perigo abstrato, uma vez que, apenas assim, coadunam-se com os postulados garantistas.²⁴⁶

Tendo em vista que o sistema penal brasileiro adota os princípios de política criminal da lesividade, subsidiariedade, fragmentariedade, amparados implicitamente pela Constituição da República, os delitos de perigo abstrato devem ser interpretados à luz destas balizas.

É sabido, conforme esposado nesta seção, que no crime de perigo abstrato o legislador incrimina uma determinada conduta cuja periculosidade é tão manifesta que dispensa prova no caso concreto. Ao ser realizada concretamente a conduta selecionada pelo legislador como tipo de perigo abstrato, o risco ao bem jurídico ocorre simultaneamente à sua concretização, não havendo que se perquirir acerca da sua existência ou não.

Trata-se, de fato, de uma presunção. Dada a magnitude do bem tutelado e a irreversibilidade do dano, o legislador presume que o perigo ocorre com a mera realização fática da ação ou omissão descrita no modelo penal. Contudo, questiona-se a natureza da presunção: absoluta ou relativa?

Dentro da já mencionada perspectiva funcionalista teleológica e garantista, hospedada em postulados político criminais de um Estado Democrático de Direito, é imperioso concluir pelo reconhecimento da presunção relativa ou *juris tantum*, possibilitando-se ao acusado a realização da contraprova, isto é, faculta ao réu a demonstração de que aquele fato, naquele caso concreto, não gerou qualquer perigo ao bem jurídico.²⁴⁷

E não se argumente que se está a inverter o ônus da prova, uma vez que, por se cuidar de presunção, o órgão acusatório, ao fazer prova de que a ação descrita no tipo penal materializou-se no mundo físico, está a provar o perigo que está ínsito à realização desta

²⁴⁶ SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. **Direito Penal Econômico como Direito Penal do Perigo**. São Paulo: RT, 2006, p. 157. Luciano Anderson de Souza entende que a análise da legitimidade das infrações de perigo, concreto ou abstrato, deve residir na verificação da compatibilidade da norma jurídico-penal com os valores constitucionalmente formulados, o que entendemos ser de uma vagueza colossal, pois aqueles que repelem os tipos de perigo abstrato e aqueles que os defendem utilizam o mesmo argumento: os valores constitucionais. Para maiores detalhes: SOUZA, Luciano Anderson de. **Expansão do direito penal e globalização**. São Paulo: Quartier Latin, 2007, p. 126.

²⁴⁷ Alberto Jorge Correia de Barros Lima menciona que a doutrina alemã vem sustentando a possibilidade de produção de prova contrária à perigosidade da conduta no caso concreto, o que, no entanto, não vem sendo acolhido pelos tribunais. LIMA, Alberto Jorge Correia de Barros. **Limites constitucionais do legislador e do juiz na incriminação e descriminalização de condutas**: a imposição dos princípios constitucionais penais. Recife: O Autor, 2006, p. 84.

conduta, interligado a ela, inseparável dela. Portanto, não se cuida de inversão do ônus da prova, pois o acusador se desincumbiu de seu mister ao provar a ocorrência da conduta.

Nesse sentido se posiciona Miguel Reale Júnior, arrimando-se em Ângelo Ilha da Silva²⁴⁸:

[...] pois entendo que o perigo é presumido no sentido de que pode haver prova em contrário da inexistência do perigo, dando-se uma presunção *iuris tantum*, sujeita a prova em contrário, pois só dessa forma se adequa a figura do perigo abstrato à exigência da ofensividade, dentro de um direito penal garantista, quando se expande a criação de figuras de perigo abstrato na proteção de bens jurídicos universais, como o meio ambiente.²⁴⁹

Assim, sem razão a proposta de Schröder, exposta alhures, quanto à existência de delito abstrato-concreto, uma vez que todos os delitos abstratos abririam a possibilidade de contraprova por parte da defesa, senda esta uma nota característica de sua natureza imprescindível ao processo de legitimação dos tipos de perigo abstrato.

5.3 ADMINISTRATIVIZAÇÃO DO DIREITO PENAL E DELITOS DE TRANSGRESSÃO

A modificação da estrutura e do conteúdo dos tipos penais ganha relevo em matéria de meio ambiente e ordem econômica, em que o controle administrativo sobre as atividades dos particulares revela-se mais intensa. Os crimes de perigo, dantes estudados, assumem a forma de delitos de transgressão ou de mera atividade e vem suprir lacunas deixadas pelo tratamento ineficaz das normas administrativas, sancionando penalmente a violação do controle administrativo primário.

A intervenção do direito penal na esfera privada do cidadão, mormente na sua liberdade, com estrado na infração de normas administrativas, pode ser observada às escâncaras na legislação brasileira.²⁵⁰ A simples quebra de um regulamento administrativo adquire importância ímpar, justificando-se a intervenção penal. O tipo penal, nestes casos, não

²⁴⁸ SILVA, Ângelo Roberto Ilha da. **Dos crimes de perigo abstrato em face da constituição**. São Paulo: RT, 2003.

²⁴⁹ REALE JÚNIOR, Miguel. **Instituições de Direito Penal**. Parte Geral. Vol I. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 279-280.

²⁵⁰ A Lei 9.605/1998 bem exemplifica o afirmado: “Art. 29. Matar, perseguir, caçar, apanhar, utilizar espécimes da fauna silvestre, nativos ou em rota migratória, sem a devida permissão, licença ou autorização da autoridade competente, ou em desacordo com a obtida;” “Art. 30. Exportar para o exterior peles e couros de anfíbios e répteis em bruto, sem a autorização da autoridade ambiental competente;” “Art. 31. Introduzir espécime animal no País, sem parecer técnico oficial favorável e licença expedida por autoridade competente;” “Art. 34. Pescar em período no qual a pesca seja proibida ou em lugares interditados por órgão competente;” O art. 7, I e IV e art. 16 da Lei 7.492/86 (Lei dos Crimes contra o Sistema Financeiro Nacional) também podem ser apontados como exemplo.

descreve a conduta reputada delituosa, mas apenas a sua moldura, que será preenchida pela Administração Pública. Utilizando o exemplo de Hassemer, o tipo penal diz, genericamente, que quem polui a água será sancionado, mas quem fixa os limites da poluição e o momento em que começa o ato criminoso é o direito administrativo.²⁵¹

A doutrina não é concorde quanto à distinção entre ilícito administrativo, comumente chamado de contraordenações ou mera ordenação, e ilícito penal. As teses clássicas costumam evidenciar a distinção por meio de um critério valorativo, aludindo que o ilícito penal consiste numa lesão eticamente reprovável de um bem jurídico que provoca repercussão social, ao passo que o ilícito administrativo representaria um mero ato de desobediência valorativamente neutro, sem qualquer afetação a bem jurídico. Posteriormente, consolidou-se a tese de que a diferença entre os mencionados institutos era meramente quantitativa. Mistch, por exemplo, defende que os ilícitos penal e administrativo têm, por objetivo comum, proteger o bem jurídico. O nível de violação a esse bem jurídico é que varia num e noutro.²⁵²

Figueiredo Dias, d'outra banda, tem afirmado um critério de distinção qualitativo entre ilícito penal e de mera ordenação, com construção do (des)valor ético-social da conduta em si. É bem verdade que não se pode falar em ilícito ético-socialmente indiferente, mesmo no âmbito administrativo. Entrementes, isso não impede de identificar uma diferença de desvalor ético-social entre os ilícitos penal e de mera ordenação, quando considerados em momento anterior à valoração normativa, isto é, quando considerada a conduta “em si mesma”, antes da atribuição de valor própria da proibição legal, o que revelaria condutas axiológico-socialmente relevantes – âmbito penal – e condutas axiológico-socialmente neutras – âmbito de mera ordenação. Neste último caso, o desvalor ético-social, inerente a toda infração, somente é alcançado após a proibição legal.²⁵³

Claus Roxin, defendendo uma posição mista, quantitativo-qualitativo, alude que a tutela de bens jurídicos também está presente no âmbito das contraordenações. A diferença residiria no grau de violação aos bens jurídicos e nos princípios da subsidiariedade e bagatellaridade da ofensa que regem o ilícito penal e não o ilícito administrativo.²⁵⁴ Haveria,

²⁵¹ HASSEMER, Winfried. Perspectivas de uma moderna política criminal. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. São Paulo: RT, n° 8, outubro-dezembro de 1994, p. 41-51.

²⁵² Apud D'Avila. Fabio Roberto. Direito penal e direito sancionador. Sobre a identidade do direito penal em tempos de indiferença. **Revista Jurídica**. Porto Alegre: Notadez, n. 375, janeiro de 2009, p. 105-126.

²⁵³ DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito penal**. Parte geral. Coimbra: Coimbra Editora, 2004, p. 147-149. Também neste sentido, Silva Sánchez defende a existência de diferenças qualitativas, relacionando-as com o critério de imputação de fato e com garantias de proteção do imputado frente ao *ius puniendi* estatal. Para mais detalhes, ver SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **A expansão do direito penal**. Trad. Luiz Otávio de Oliveira Rocha. São Paulo: RT, 2002, p. 116.

²⁵⁴ ROXIN, Claus. **Derecho penal**. Parte general. Cizur Menor: Civitas ediciones, 2006, p. 54.

ainda, um conjunto de ilícitos privativo do âmbito penal, denominado âmbito nuclear do direito penal, insuscetível, portanto, de ser previsto como ilícito administrativo.

Fabio D'Avila entende que, adotando-se um modelo de crime como ofensa a bem jurídico, toda e qualquer construção dogmático-penal deve passar pelo crivo da ofensividade. Nesse passo, haveria um espaço vedado ao direito penal e reservado ao direito administrativo, uma vez que as condutas não representariam uma ofensa grave a um bem jurídico relevante e transcendental; haveria outro espaço de atuação conjunta do direito penal e de mera ordenação e, por fim, haveria um âmbito de tutela exclusiva do direito penal – âmbito nuclear do direito penal – como homicídio, estupro, etc.²⁵⁵

Independente da nomenclatura que se adote, a proposta de Roxin, principalmente nas formulações adaptadas por D'Avila, revela uma preocupação teleológico-funcional, já que coloca como critério filtrador dos ilícitos penais a ofensividade.

O que se vem observando, contudo, consiste numa violação à ofensividade. Vale dizer, o direito penal vem estendendo seus tentáculos aos ilícitos de mera ordenação sem observar o critério de ofensa grave a bem jurídico relevante. Assim, ao se confundirem as instâncias, o direito penal assume a função de mero reforço na gestão ordinária da Administração, formatando-se verdadeira acessoriedade administrativa²⁵⁶ junto ao âmbito penal.²⁵⁷ Desse modo, o direito penal passa a ser instrumento de políticas públicas, sob uma perspectiva puramente funcional sistêmica, auxiliando o governante a realizar seu plano de administração e afastando-se totalmente da teoria do bem jurídico, pois se vincula à simples violação de um dever administrativo. Poder-se-ia dizer que, nestes casos, a afetação do bem jurídico seria tão-somente o eventual exaurimento do risco incrementado por um comportamento desaprovado.

²⁵⁵ D'Avila. Fabio Roberto. Direito penal e direito sancionador. Sobre a identidade do direito penal em tempos de indiferença. **Revista Jurídica**. Porto Alegre: Notadez, n. 375, janeiro de 2009, p. 105-126.

²⁵⁶ Luís Greco afirma que há três formas de acessoriedade administrativa: a) acessoriedade conceitual, quando a lei penal toma emprestado conceitos do direito administrativo, empregando-os no sentido que lhes atribui este, como se dá, por exemplo, com o art. 38 da Lei 9.605/98 que fala em florestas de preservação permanente, termo esse definido por um diploma administrativo, o Código Florestal – Lei 4.771/65; b) acessoriedade ao ato administrativo geral, quando a lei penal faz remissão não a um conceito, mas a um ato administrativo de alcance geral, como o art. 38 da Lei 9.605/98 que criminaliza a conduta de utilizar floresta de preservação permanente com infringência das normas de proteção; c) acessoriedade ao ato administrativo de caráter individual, quando a lei penal se refere a um ato de repercussões individuais, como o art. 39 desta mesma Lei, que criminaliza cortar árvores em floresta considerada de preservação permanente, sem permissão da autoridade competente. Esta última forma de acessoriedade é considerada a mais grave, uma vez que representa a hipótese de maior discricionariedade administrativa, em detrimento da legalidade penal. GRECO, Luis. A relação entre o direito penal e o direito administrativo no direito penal ambiental: uma introdução aos problemas da acessoriedade administrativa. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. São Paulo: RT, n° 58, janeiro-fevereiro de 2006, p. 152-194.

²⁵⁷ SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. **Direito Penal Econômico como Direito Penal do Perigo**. São Paulo: RT, 2006, p. 143.

Clarividentes as observações de Juan Osorio:

A administrativização do direito penal implica no abandono do bem jurídico pela ideia de função e, com isso, na redução dos requisitos necessários para que exista o merecimento da pena. [...] o direito penal tem assumido o modo de raciocinar próprio do direito administrativo sancionador, encarregado da gestão ordinária de problemas sociais: assume a função de ordenar de modo geral âmbitos de atividade setorial mediante a introdução de normas de comportamento estandarizadas. Dito de outro modo: o relevante passa a ser a tutela de normas organizativas: se persegue pela via penal condutas administrativamente não autorizadas que atentam contra a boa ordem de um setor de atividade determinado. Sanciona-se, portanto, a mera transgressão de normas de organização, que guiam o comportamento até a realização de finalidades pré-fixadas. Em definitivo, veda ações humanas não enquanto lesivas a um bem jurídico, senão enquanto elusivas de um objetivo.²⁵⁸

Quando se aponta a violação ao princípio da legalidade, o problema torna-se ainda mais grave, pois se sabe que o direito penal trabalha com a legalidade restrita, ou seja, apenas a lei federal pode definir crimes e fixar penas. Quando a lei penal outorga ao direito administrativo, que trabalha com decretos, portarias, regulamentos – de repercussão geral – e licenças, autorizações e permissões – de caráter individual, a tarefa de definir o momento inicial da prática delitiva, há manifesta e clarividente contrariedade à reserva de lei federal, deixando os cidadãos ao alvedrio do poder público e conferindo demasiado poder a quem não dispõe de legitimidade democrática para decidir sobre o assunto.²⁵⁹

Patente, destarte, a ilegitimidade do processo de administrativização do direito penal tal qual ela vem se apresentando, já que a sua missão restringe-se exclusivamente à proteção de bens jurídicos relevantes diante de graves ofensas, o que, de pronto, fulmina de

²⁵⁸ *La <administrativización del Derecho penal> implica la relegación del bien jurídico por la idea de función y com ello la reducción de los requisitos necesarios para que exista un merecimiento de la pena. [...] El Derecho penal há asumido <el modo de razonar propio del Derecho administrativo sancionador>, encargado de la <gestión ordinaria de problemas sociales>: assume la función de ordenar de modo general âmbitos de actividad sectorial mediante la introducción de normas de comportamiento estandarizadas. Dicho de otro modo: lo relevante pasa a ser la tutela de las normas organizativas: se persigue por la via penal conductas administrativamente no autorizadas que atentan contra <el buen orden del sector de actividad determinado>. Se sanciona, por tanto, la mera transgresión de normas de organización <que guían el comportamiento hacia la realización de las finalidades prefijadas>. Em definitiva, <vedan acciones humanas no em cuanto lesivas de um bien, sino em cuanto elusivas de um objetivo>. Tradução Livre. FUENTES OSORIO. Juan L. Formas de anticipación de la tutela penal. Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología. n. 08, 2006, p. 08 - 24. Disponível em <http://criminet.ugr.es/recpc/08/recpc08-08.pdf>. Acesso em 25 de julho de 2008.*

²⁵⁹ Interessante notar que a opinião dominante, arrimada especialmente em tribunais constitucionais como o alemão, o espanhol, o americano e o italiano, considera admissíveis as remissões a sedes não-legais, desde que o núcleo fundamental da proibição seja fixado pelo legislador. Em sentido contrário se posicionam David Rudnick, Salo de Carvalho, Rogério Greco, Paulo Queiroz e, em Portugal, Paulo Mendes. Mencione-se, também, Pablo Alfen, que dedicou sua dissertação de mestrado à inconstitucionalidade das normas penais em branco em matéria de direito administrativo. Neste sentido, ver SILVA, Pablo Alfen da. **Leis penais em branco e o direito penal do risco**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. Ver também GRECO, Luís. A relação entre o direito penal e o direito administrativo no direito penal ambiental: uma introdução aos problemas da acessoriedade administrativa. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. São Paulo: RT, n° 58, p. 152-194, janeiro-fevereiro de 2006.

inconstitucionalidade a utilização exacerbada da repressão penal na seara administrativa, que se preocupa, unicamente, com a manutenção da vigência da norma, nos moldes propostos por Jakobs – explicado no Capítulo Segundo.²⁶⁰

Não se está a defender a ausência do direito penal nesta área. Apenas se cogita de uma remodelação desta aplicação, reservando a sanção penal àquelas condutas que ofendam bens jurídicos relevantes, ainda que estas ações se encontrem no âmbito de aplicação do direito administrativo.

5.4 RESPONSABILIDADE PENAL DA PESSOA JURÍDICA

O paradigma penal clássico formulou-se com base no antropocentrismo, centrado na conduta humana como fundamento da imputação. Com base nessa premissa, revela-se lógica uma determinada construção dogmática imaginando-se um homicídio, roubo, latrocínio, dentre outras infrações que pressupõem um ser humano como autor e como vítima. Todavia, a pessoa jurídica, nos séculos XX e XXI, assumiu particular relevância nos cenários interno e internacional. As relações econômicas revelaram-se como a mola propulsora do progresso e, hoje, não se exerce atividade comercial sem recurso a entidades coletivas empresariais, matriz organizacional da sociedade pós-industrial.

Não tardou, contudo, a detectar-se que a pessoa jurídica era um centro suscetível de gerar ou favorecer a prática de fatos penalmente relevantes, de repercussão desvaliosa no tecido econômico-social²⁶¹, o que abalou o critério de imputação individual, dado que as instituições são complexas, altamente diferenciadas e hierarquicamente organizadas em torno da divisão do trabalho. Em tal estrutura organizacional, um resultado lesivo ao bem jurídico geralmente é provocado pela ação conjunta de muitos sujeitos, de diversas posições hierárquicas e com graus diferenciados de informação, sendo muito difícil identificar todos os participantes da ação e delimitar a contribuição de cada um para o evento.

Pensando nesta realidade, Schünemann classificou a criminalidade envolvendo a empresa em quatro grupos: criminalidade que se desenvolve à margem da empresa; criminalidade que germina dentro da empresa; delinquência de pessoas de dentro da empresa

²⁶⁰ Defendendo a “accessoriedade” administrativa conferida pelo direito penal, ver SILVA, Rodrigo Alves. A responsabilidade penal por danos ao meio ambiente. In www.jus.com.br. Acesso aos 04 de agosto de 2008.

²⁶¹ COSTA, José de Faria. A responsabilidade jurídico-penal da empresa e dos seus órgãos. **Revista Portuguesa de Ciências Criminais**. Coimbra: Coimbra, n° 04, outubro-dezembro de 1992, p. 501-555.

contra outros membros da sociedade e, por último, a criminalidade que se projeta a partir da empresa, sendo esta que nos interessa.²⁶²

5.4.1 A responsabilidade penal das pessoas jurídicas e o aforismo *societas delinquere non potest*: aspectos dogmáticos

O postulado clássico *societas delinquere non potest* pugna pela irresponsabilidade penal das pessoas jurídicas ante a ausência de capacidade de ação e de culpabilidade. Contudo, ante as novas exigências político-criminais, os institutos clássicos da dogmática penal devem ser revistos, adaptados à novel sociedade de risco, pois, na esteira de Figueiredo Dias, “[...] não vale sequer a pena pensar em assinalar ao direito penal a mínima capacidade de contenção aos megarriscos próprios da sociedade de riscos se, do mesmo passo, se persistir em manter o dogma da individualização da responsabilidade penal.”²⁶³

A doutrina penal clássica sempre consagrou o entendimento de que a pessoa jurídica não pode praticar crime, uma vez que não dispõe de capacidade de conduta, um dos elementos do fato típico.²⁶⁴ O principal argumento dos defensores da irresponsabilidade penal assenta-se na ideia de que a pessoa jurídica, como ser abstrato e destituído de sentidos e impulsos, não dispõe de uma vontade, nem de consciência e representação mental das consequências de sua atuação, o que implicaria a falta de capacidade de ação.

Entrementes, com a adoção da teoria da realidade técnica – segundo a qual a pessoa jurídica possui existência real, contudo sua personalidade é produto de construção da técnica jurídica, o que lhe confere capacidade jurídica própria –, pode-se afirmar que a pessoa jurídica atua por intermédio de seus representantes ou órgãos, cujos atos repercutem nas esferas civil, administrativa e penal. Se uma empresa pode validamente realizar um contrato, pode descumpri-lo, atuando ilicitamente. Este ilícito pode também acarretar repercussões penais, a depender das normas violadas. Ressalte-se, desde já, que, para ser imputado à pessoa jurídica,

²⁶² SCHÜNEMANN, Bernd. Cuestiones básicas de dogmática jurídico-penal y de política criminal acerca de la criminalidad de empresa. **Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales**. Madrid, n. 41, maio-agosto de 1988, p. 512-532.

²⁶³ DIAS, Jorge de Figueiredo. **Temas básicos da doutrina penal**: Sobre os fundamentos da doutrina penal, sobre a doutrina geral do crime. Coimbra: Coimbra Editora, 2001, p. 178.

²⁶⁴ A própria doutrina civilista divergia no que concerne ao reconhecimento da pessoa jurídica. Inicialmente, com Savigny, defendia-se que a pessoa jurídica dispunha apenas de existência fictícia e não real, uma vez que apenas o ser humano dispunha da qualidade de sujeito da relação jurídica. Esta teoria se convencionou chamar teoria da ficção. Por outro lado, com Gierke, surgiu a teoria da realidade objetiva ou orgânica, segundo a qual a pessoa jurídica contava com existência própria, autônoma, totalmente independente do ser humano. A partir das falhas das duas teorias, nasceu a teoria da realidade técnica ou jurídica, acima exposta. Para mais informações ver PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. Vol. 1. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001; MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de direito civil**. Vol. 1. 35. ed. São Paulo: Saraiva, 1997.

o ilícito deve ser praticado em nome do ente coletivo, como expressão de sua própria vontade, e com o fim de beneficiar a própria empresa. Do contrário, o delito deverá ser imputado pessoal e individualmente a quem lhe deu causa.

Neste sentido, Shecaira, com base em João Castro e Sousa, estabelece alguns requisitos à responsabilização penal da pessoa jurídica. São eles: a infração há de ser praticada no interesse da pessoa jurídica; não pode situar-se fora da esfera de atividade da empresa; deve ser perpetrada por alguém que se encontre estritamente ligado a ela; deve ter o auxílio do poderio da pessoa jurídica.²⁶⁵

A polêmica abrange, igualmente, a natureza das penas possivelmente aplicadas ao ente coletivo. As penas criminais, de acordo com o Código Penal Brasileiro, podem ser privativas da liberdade, restritivas de direitos e de multa.²⁶⁶ É bem verdade que a sanção privativa de liberdade, por razões óbvias, não podem ser aplicadas aos entes coletivos. As demais, por sua vez, constituem forte instrumento de prevenção e repressão a ataques a bens jurídicos supraindividuais. Aliás, penas como a prestação de serviços à comunidade consistentes em atividades junto a parques e jardins, proibição de receber incentivos governamentais, proibição de contratar com o poder público e, dependendo da gravidade do fato, a dissolução da empresa, são medidas de eficácia a toda prova.

No que concerne ao postulado da personalidade ou individualidade da pena, já se pode antecipar que o sancionamento penal da pessoa jurídica não o viola. Uma empresa, ao deliberar sobre determinado assunto, seja por unanimidade ou maioria, formula uma única decisão, lícita ou criminosa, que representa a sua vontade, independente da vontade de seus membros. O mundo jurídico acolheu as entidades coletivas com autonomia e personalidade, inteiramente distintas das pessoas que as compõem. Significa o reconhecimento da formação da vontade coletiva, voltada ou não a atos ilícitos e manifestada diretamente por seus órgãos coletivos, ou por representante legal ou contratual.²⁶⁷

A despeito de todos os impasses trazidos pelos defensores do *societas delinquere non potest*, o mais forte argumento utilizado reside na ausência de capacidade de culpa²⁶⁸ por parte da pessoa jurídica, uma vez que a falta de consciência da ilicitude impossibilita a formulação de um juízo de reprovabilidade penal, atribuível somente a quem tenha capacidade genérica de entender e querer.

²⁶⁵ SHECAIRA, Sérgio Salomão. **Responsabilidade penal da pessoa jurídica**. São Paulo: RT, 1999, p. 99-101.

²⁶⁶ Código Penal Brasileiro. Decreto-Lei n.º 2.848, de 7 de Dezembro de 1940. Art. 32.

²⁶⁷ O sócio, cuja decisão foi vencedora, pode se resguardar fazendo constar em ata sua posição discordante, o que obstará sua inclusão no processo penal como co-autor da empresa criminosa.

²⁶⁸ Por não se tratar do objetivo da presente pesquisa, não se discorrerá acerca das teorias da culpabilidade.

Na tentativa de combater tais afirmações e fundamentar a culpabilidade dos entes coletivos, Tiedemann, seguido por nós, elabora o critério da culpabilidade por defeito da organização. Esse defeito traduz-se na omissão de medidas que, se adotadas, evitariam a ocorrência do delito. Substituindo o conceito psicológico de ação pelo normativo-funcional, Tiedemann defende uma culpabilidade orientada a um caráter social, justificando a formação da vontade das pessoas jurídicas nos moldes já delineados pelo direito civil, através de seus representantes. Por isso, a referida teoria passou a ser conhecida por teoria da representação.²⁶⁹

Schünemann, afastando-se das ideias de Tiedemann, advoga verdadeira renúncia ao princípio da culpabilidade, cuja legitimação para aplicação das sanções dar-se-ia para as pessoas físicas e jurídicas de forma distinta. Assentado na concepção de estado de necessidade preventivo, o autor entende que basta a ocorrência de crime, lesão ou perigo de lesão ao bem jurídico, no seio da empresa, praticado por um funcionário dela, em razão de falha na sua organização, para que se justifique e legitime a imputação penal da pessoa jurídica responsável.²⁷⁰

Estas são as principais teorias que almejam fundamentar a imputação penal das pessoas jurídicas, em oposição ao aforismo *societas delinquere non potest*, no sentido de que os entes coletivos devem responder penalmente quando “sua conduta” for reprovável socialmente. Por “sua conduta” entenda-se a conduta exarada pelos diretores da empresa, atuando em nome dela e em benefício dela.

5.4.2 A responsabilidade penal das pessoas jurídicas e as tendências legislativa e jurisprudencial no Brasil e no mundo

A tendência legislativa, dentro de uma perspectiva expansionista do direito penal, aponta para a crescente imputação criminal às pessoas jurídicas, a teor do já explicitado pela Constituição da República em seu art. 225, §3º que prevê: “As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas e jurídicas, a sanções penais e administrativas, independente da obrigação de reparar os danos causados.” O art. 173, § 5º segue a mesma linha: “A lei, sem prejuízo da responsabilidade individual dos

²⁶⁹ TIEDEMANN, Klaus. La responsabilité pénale dans l'entreprise. Vers un espace judiciaire européen unifié? Rapport Introductif. *Revue de Science Criminelle et de Droit Pénal Comparé*, n. 2, 1997, p. 253-278.

²⁷⁰ SCHÜNEMANN, Bernd. Cuestiones básicas de dogmática jurídico-penal y de política criminal acerca de la criminalidad de empresa. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*. Madrid, n. 41, maio-agosto de 1988, p. 512-532.

dirigentes da pessoa jurídica, estabelecerá a responsabilidade desta, sujeitando-a às punições compatíveis com sua natureza, nos atos praticados contra a ordem econômica e financeira e contra a economia popular.”²⁷¹

O art. 3º da Lei 9.605, concretizando o mandado constitucional de criminalização, segue: “As pessoas jurídicas serão responsabilizadas administrativa, civil e penalmente conforme o disposto nesta Lei, nos casos em que a infração seja cometida por decisão de seu representante legal ou contratual, ou de seu órgão colegiado, no interesse ou benefício da sua entidade.” Tal panorama é seguido, paulatinamente, no âmbito internacional, existindo ampla previsão da responsabilidade penal da pessoa jurídica no direito anglo-saxão.²⁷² Países do modelo continental, todavia, resistem em aceitar tal imputação, à exceção da França que, com o Código Penal de 1994, quebrou a velha tradição da responsabilidade individual.

Em termos de jurisprudência nacional, o Supremo Tribunal Federal concedeu *habeas corpus* a favor de pessoa jurídica acusada em ação penal. Vejamos a ementa da decisão:

EMENTA: PENAL. PROCESSUAL PENAL. CRIME AMBIENTAL. HABEAS CORPUS PARA TUTELAR PESSOA JURÍDICA ACUSADA EM AÇÃO PENAL. ADMISSIBILIDADE. INÉPCIA DA DENÚNCIA: INOCORRÊNCIA. DENÚNCIA QUE RELATOU A SUPOSTA AÇÃO CRIMINOSA DOS AGENTES, EM VÍNCULO DIRETO COM A PESSOA JURÍDICA CO-ACUSADA. CARACTERÍSTICA INTERESTADUAL DO RIO POLUÍDO QUE NÃO AFASTA DE TODO A COMPETÊNCIA DO MINISTÉRIO PÚBLICO ESTADUAL. AUSÊNCIA DE JUSTA CAUSA E BIS IN IDEM. INOCORRÊNCIA. EXCEPCIONALIDADE DA ORDEM DE TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. ORDEM DENEGADA. I - **Responsabilidade penal da pessoa jurídica, para ser aplicada, exige alargamento de alguns conceitos tradicionalmente empregados na seara criminal, a exemplo da culpabilidade, estendendo-se a elas também as medidas assecuratórias, como o habeas corpus. II - Writ que deve ser havido como instrumento hábil para proteger pessoa jurídica contra ilegalidades ou abuso de poder quando figurar como co-ré em ação penal que apura a prática de delitos ambientais, para os quais é cominada pena privativa de liberdade. III – (...) IV – (...) V – (...) VI – (...) VII - Ordem denegada.²⁷³ (grifo nosso)**

O Superior Tribunal de Justiça, em acórdão bastante elucidativo, também entende admissível a responsabilização penal da pessoa jurídica. Observe-se:

²⁷¹ Na verdade, desde o Código Criminal do Império de 1831 há previsão legal para o sancionamento de corporações.

²⁷² Na Inglaterra, por exemplo, existem decisões neste sentido que datam de 1840. Assim, ver OLIVEIRA, William Terra de. A responsabilidade penal da pessoa jurídica e sistemas de imputação. In: GOMES, Luiz Flávio (Coord.). **Responsabilidade penal da pessoa jurídica e medidas provisórias e direito penal**. São Paulo: RT, 1999, p. 164-171.

²⁷³ BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Habeas Corpus n. 92921/BA. Impetrante: Curtume Campelo S/A e outros. Pacientes: Curtume Campelo S/A e outros. Coator: Superior Tribunal de Justiça. Rel. Ricardo Lewandowski. Primeira Turma. Brasília, 19 de agosto de 2008.

CRIMINAL. RESP. CRIME AMBIENTAL PRATICADO POR PESSOA JURÍDICA. RESPONSABILIZAÇÃO PENAL DO ENTE COLETIVO. POSSIBILIDADE. PREVISÃO CONSTITUCIONAL REGULAMENTADA POR LEI FEDERAL. OPÇÃO POLÍTICA DO LEGISLADOR. FORMA DE PREVENÇÃO DE DANOS AO MEIO-AMBIENTE. CAPACIDADE DE AÇÃO. EXISTÊNCIA JURÍDICA. ATUAÇÃO DOS ADMINISTRADORES EM NOME E PROVEITO DA PESSOA JURÍDICA. CULPABILIDADE COMO RESPONSABILIDADE SOCIAL. CO-RESPONSABILIDADE. PENAS ADAPTADAS À NATUREZA JURÍDICA DO ENTE COLETIVO. ACUSAÇÃO ISOLADA DO ENTE COLETIVO. IMPOSSIBILIDADE. ATUAÇÃO DOS ADMINISTRADORES EM NOME E PROVEITO DA PESSOA JURÍDICA. DEMONSTRAÇÃO NECESSÁRIA. DENÚNCIA INEPTA. RECURSO DESPROVIDO.

I. A Lei ambiental, regulamentando preceito constitucional, passou a prever, de forma inequívoca, a possibilidade de penalização criminal das pessoas jurídicas por danos ao meio-ambiente. III. A responsabilização penal da pessoa jurídica pela prática de delitos ambientais advém de uma escolha política, como forma não apenas de punição das condutas lesivas ao meio-ambiente, mas como forma mesmo de prevenção geral e especial. IV. A imputação penal às pessoas jurídicas encontra barreiras na suposta incapacidade de praticarem uma ação de relevância penal, de serem culpáveis e de sofrerem penalidades. V. Se a pessoa jurídica tem existência própria no ordenamento jurídico e pratica atos no meio social através da atuação de seus administradores, poderá vir a praticar condutas típicas e, portanto, ser passível de responsabilização penal. VI. A culpabilidade, no conceito moderno, é a responsabilidade social, e a culpabilidade da pessoa jurídica, neste contexto, limita-se à vontade do seu administrador ao agir em seu nome e proveito. VII. A pessoa jurídica só pode ser responsabilizada quando houver intervenção de uma pessoa física, que atua em nome e em benefício do ente moral. VIII. "De qualquer modo, a pessoa jurídica deve ser beneficiária direta ou indiretamente pela conduta praticada por decisão do seu representante legal ou contratual ou de seu órgão colegiado." IX. A Lei Ambiental previu para as pessoas jurídicas penas autônomas de multas, de prestação de serviços à comunidade, restritivas de direitos, liquidação forçada e desconsideração da pessoa jurídica, todas adaptadas à sua natureza jurídica. X. Não há ofensa ao princípio constitucional de que "nenhuma pena passará da pessoa do condenado...", pois é incontroversa a existência de duas pessoas distintas: uma física - que de qualquer forma contribui para a prática do delito - e uma jurídica, cada qual recebendo a punição de forma individualizada, decorrente de sua atividade lesiva. XI. Há legitimidade da pessoa jurídica para figurar no pólo passivo da relação processual-penal. XII. Hipótese em que pessoa jurídica de direito privado foi denunciada isoladamente por crime ambiental porque, em decorrência de lançamento de elementos residuais nos mananciais dos Rios do Carmo e Mossoró, foram constatadas, em extensão aproximada de 5 quilômetros, a salinização de suas águas, bem como a degradação das respectivas faunas e floras aquáticas e silvestres. XIII. A pessoa jurídica só pode ser responsabilizada quando houver intervenção de uma pessoa física, que atua em nome e em benefício do ente moral. XIV. A atuação do colegiado em nome e proveito da pessoa jurídica é a própria vontade da empresa. XV. A ausência de identificação das pessoas físicas que, atuando em nome e proveito da pessoa jurídica,

participaram do evento delituoso, inviabiliza o recebimento da exordial acusatória. XVI. Recurso desprovido.²⁷⁴

Como se pode ver, portanto, o Brasil se encontra na vanguarda quando se trata da responsabilização de entes coletivos. Contudo, cumpre considerar que, a despeito da clareza dos textos constitucional e legal, há quem entenda não haver a previsão da responsabilização penal das pessoas jurídicas no ordenamento brasileiro, a exemplo de René Ariel Dotti²⁷⁵, José Henrique Pierangeli²⁷⁶, para não nomear os demais.²⁷⁷

Nesse diapasão, pode-se aferir que novas características são agregadas ao direito penal tradicional a fim de atender aos anseios incessantes da sociedade por segurança, bem como para a utilização do aparato penal para combater os novos riscos.

Contudo, pelas características das novas situações que se pretende incriminar, o direito penal liberal, concebido na primeira modernidade, resulta inidôneo a executar tal tarefa, motivo pelo qual é bastante questionado. Diante disso, emerge, hodiernamente, conforme se pode inferir, uma política de transformação institucional, que aponta para a expansão do campo de intervenção penal a partir de algumas linhas tendenciais mestras, quais sejam a proteção penal de bens jurídicos supraindividuais, a antecipação da tutela penal aos crimes abstratos e delitos cumulativos e a atribuição de responsabilização criminal às entidades coletivas.

²⁷⁴ Brasília. **Superior Tribunal de Justiça**. Resp n. 610114 / RN. Rel. Gilson Dipp. Quinta Turma. 17 de novembro de 2005. O mesmo STJ já decidiu da seguinte maneira: “PENAL. **CRIME AMBIENTAL. RESPONSABILIZAÇÃO DA PESSOA JURÍDICA. POSSIBILIDADE. DELITO DO ART. 60 DA LEI Nº 9.605/1998. PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA. EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE. RECURSO PREJUDICADO**. 1. "Admite-se a **responsabilidade penal da pessoa jurídica** em crimes ambientais desde que haja a imputação simultânea do ente moral e da pessoa física que atua em seu nome ou em seu benefício, uma vez que não se pode compreender a responsabilização do ente moral dissociada da atuação de uma pessoa física, que age com elemento subjetivo próprio." (REsp nº 889.528/SC, Relator o Ministro Felix Fischer, DJU de 18/6/2007) 2. (...) 3. Recurso especial parcialmente provido.” (grifo nosso) (Brasília. **Superior Tribunal de Justiça**. Resp n. 847476/ SC. Rel. Paulo Gallotti . Sexta Turma. 08 de abril de 2008.) Referido entendimento foi seguido pelo STJ nos seguintes julgados: RHC 19119/MG, relatoria do Ministro Felix Fischer. Quinta Turma. 12 de junho de 2006; RMS 20601/SP, relatoria do Ministro Felix Fischer. Quinta Turma. 29 de junho de 2006; REsp 889528/SC, relatoria do Ministro Felix Fischer. Quinta Turma. 17 de abril de 2007. Em sentido contrário à possibilidade de responsabilização penal da pessoa jurídica, consta decisão desta mesma Corte, de relatoria do mesmo Ministro Felix Fischer, de 18 de novembro de 2004, anterior, portanto, às decisões em que o Ministro aceita a imputação penal aos entes coletivos. Assim, ver REsp 622724 / SC, Quinta Turma.

²⁷⁵ DOTTI, René Ariel. Meio ambiente e proteção penal. **Revista de informação legislativa**. Ano 27, n. 108, 1990, p. 135-155.

²⁷⁶ PIERANGELI, José Henrique. **Escritos jurídico-penais**. 3. ed. São Paulo: RT, 2006.

²⁷⁷ Afirmam que uma leitura açodada do dispositivo constitucional poderia ensejar interpretação favorável à responsabilização penal das pessoas jurídicas, contudo a responsabilização imposta pela Carta Magna seria a civil e administrativa, nunca a penal, já que o art. 173, §5º alude que as sanções devem ser compatíveis com a sua natureza. Para mais detalhes, SANTOS, Emerson Martins do. A responsabilidade penal das pessoas jurídicas nos crimes ambientais. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. São Paulo: RT, nº 55, p. 82-134, julho-agosto de 2001.

Aceitar a referida expansão, da forma como foi exposta neste capítulo – e não da maneira como vem ocorrendo, com flagrante desrespeito aos princípios constitucionais garantistas –, revela-se uma imposição do próprio postulado da igualdade, que vem sendo gradativamente desobservado pelo nosso País quando se pune rigorosa e simbolicamente a criminalidade de massa, sobretudo a patrimonial, e se “esquece” da criminalidade dos poderosos. A História do Brasil demonstra uma complacência patológica com a criminalidade econômica. Produz leis irracionais, ilógicas, desconexas, com o propósito mesmo de não aplicá-las. Quando se fala em direito penal econômico no Brasil, fala-se de um faz-de-conta, de leis “para inglês ver”.

Flexibilizar o direito penal de modo a permitir algumas formulações lógicas de perigo abstrato, desde que admitida prova contrária; a responsabilidade penal da pessoa jurídica; a proteção penal da seara administrativa, quando ofender bem jurídico, entre outras medidas, não significa defender um direito penal simbólico, mas romper com a ideologia que tende a privilegiar os interesses das classes hegemônicas e imunizá-las do processo criminalizador.

É mister ratificar que não se está a defender um processo expansionista irracional e desmedido do direito penal, como vem ocorrendo no Brasil e em muitos outros países. Ao contrário, tenciona-se, com o funcionalismo teleológico, manter os axiomas constitucionais garantistas do direito penal, admitindo um mínimo de expansão – e adaptando a dogmática penal a esse processo – como exigência da justiça social e da igualdade.

Vale lembrar, neste ponto, que diversas teorias ou correntes foram apresentadas com o propósito de solucionar a problemática que percorre esta dissertação relativa à expansão do direito penal. Nos capítulos que se seguem serão analisadas algumas dessas vertentes, enfocando-se, no Capítulo Sétimo, aquela concebida pelo funcionalismo teleológico, objeto nuclear do presente trabalho.

CAPÍTULO SEXTO

DISCURSOS POLÍTICO-CRIMINAIS DE (DES)LEGITIMAÇÃO DO DIREITO

PENAL: alternativas ao combate dos riscos

A tese de modernização reflexiva desenvolvida por Beck, Giddens e Lash e abordada anteriormente neste trabalho centra-se no pressuposto de que quanto mais modernizadas as sociedades, mais se sujeitam ao autorrisco e à autodestruição não intencional das suas bases e estruturas.²⁷⁸ Os efeitos da modernização simples desvelam-se alheios à racionalidade moderna e impõem ao homem uma nova preocupação acerca da legitimidade histórica das instituições da primeira modernidade, fenômeno denominado de reflexividade.

Significativa parcela dos movimentos de política criminal, sobretudo a partir da década de setenta do século passado, deriva da teoria do risco de Beck. Cumpre, pois, neste ponto, situá-los no panorama da modernidade reflexiva.

Impulsionadas pelo reconhecimento dos novos riscos e pelo horizonte semântico da prevenção da violência e da criminalidade, algumas tendências político-criminais denotam uma visão exagerada e irracionalmente expansionista, com o propósito de abarcar a quase totalidade dos novos fenômenos da sociedade do risco. A adaptação do direito penal aos novos riscos envolve, como visto no Capítulo Quinto, mudanças significativas no seu modo de funcionamento e de intervenção na sociedade. As vias de configuração de um direito penal do risco não se efetivam sem que haja um distanciamento dos princípios garantistas do direito penal clássico. De fato, a introdução, entre os escopos do direito penal, da ideia de consecução da segurança da população não se mostra possível a partir do seu instrumento tradicional. As contradições que se estabelecem nesse processo não ficam adstritas à simples substituição de um conceito ou à aplicação de um princípio de forma menos intransigente, mas dizem respeito à discussão da própria vocação do aparato punitivo estatal.²⁷⁹

Se na sociologia de Beck o surgimento dos novos riscos tecnológicos provocou profundos abalos nas instituições da modernidade simples, os programas penais concebidos a partir da ideia do risco não ficaram alheios a esse processo. Se, conforme prenunciado por Beck, aos choques fundamentais segue-se a autorreflexão pública, política e acadêmica sobre os objetivos e as bases da sociedade e de suas instituições, o direito penal também não permaneceu indiferente a tais questões. Isto é, do conflito acima exposto decorre um momento

²⁷⁸ BECK, Ulrich; GIDDENS, Anthony; LASH, Scott. **Modernização reflexiva: política, tradição e estética na ordem social moderna.** Trad. Magda Lopes. São Paulo: Editora da Universidade Estadual Paulista, 1997, p. 20.

²⁷⁹ MACHADO, Marta Rodriguez de Assis. **Sociedade do risco e direito penal.** São Paulo: IBCCRIM, 2005, p. 177-178.

de circularidade do conhecimento – também chamado de democracia dialógica –, que pode ser conceituado como a geração de uma ampla e sistemática discussão sobre os fundamentos, a função e o próprio futuro do direito penal.²⁸⁰

A desarmonia ocasionada pelo processo de reflexividade conduz inexoravelmente ao questionamento acerca do papel do direito penal na sociedade do risco. Nesse contexto, a partir das contradições fundamentais avultadas, exsurtem novos marcos teóricos destinados a ofertar solução racional ao dissídio central, vinculados às posições um tanto ortodoxas ou conservadoras, favoráveis à intervenção penal com a finalidade de prevenção dos novos riscos, sem denotar qualquer preocupação com a defesa das garantias clássicas e fundamentais do cidadão investigado.

Por outro lado, em posição diametralmente oposta, despontam tendências de manutenção do paradigma penal clássico, como forma de salvaguardar os postulados mais caros de um Estado de Direito, que são os axiomas da legalidade estrita, da humanidade, da individualização das penas, subsidiariedade, fragmentariedade, dentre inúmeros outros que compõem um direito penal de intervenção mínima, voltado à defesa de direitos e garantias fundamentais.

Demonstrado, pois, o confronto entre as vertentes político-criminais e a defesa dos direitos fundamentais, forçoso, no passo seguinte, delinear considerações pertinentes às características das principais correntes.

6.1 EXPANSIONISMO PENAL

Para os defensores do expansionismo penal, o direito penal é vislumbrado como imprescindível à estratégia de prevenção e gestão dos novos riscos fabricados pela sociedade moderna. A expansão do direito penal a searas por ele antes “intocadas” é vista como necessária ao combate eficaz dos megarriscos que assolam a humanidade, uma vez que o direito penal não pode permanecer alheio à proteção de bens jurídicos considerados de extrema relevância para a manutenção das condições de vida humana no planeta.

A fim de atingir tal desiderato, o direito penal deve passar por um radical processo de revisão de suas bases e de seus dogmas estruturais, em busca de uma nova estratégia intervencionista e preventiva, caracterizada pela proteção desmedida a bens jurídicos supraindividuais, pelo afrouxamento dos princípios penais garantistas tradicionais, pela

²⁸⁰ MACHADO, Marta Rodriguez de Assis. **Sociedade do risco e direito penal**. São Paulo: IBCCRIM, 2005, p. 177-178.

antecipação da tutela penal por meio de crimes de perigo abstrato e delitos por acumulação, além da responsabilização penal das entidades coletivas.

Stratenwerth qualifica como inaceitável o fato de que o direito penal possa tutelar bens jurídicos individuais e atuar em situações de menor amplitude que as ocasionadas pelos novos riscos e, ao mesmo tempo, manter-se inerte quando se tratar de tutelar os bens jurídicos supraindividuais. Reivindica o autor, nesta ordem de idéias, como função precípua do direito penal, o “asseguramento do futuro”²⁸¹. Neste ponto, é seguido por Schünemann que defende que o direito penal deve atuar na segurança das futuras gerações, aludindo que a teoria clássica do bem jurídico e do delito são responsáveis por uma perversa inversão de valores, dado que habilita o direito penal para a proteção de valores individuais egoístas, em detrimento da proteção de valores fundamentais para a garantia de condições saudáveis de desenvolvimento de toda a comunidade.²⁸²

6.1.1 Direito Penal do Inimigo

Em consonância com a tendência expansionista do direito penal, Günther Jakobs cunhou, em 1985, a expressão “direito penal do inimigo”, revelada como uma das possíveis respostas conferidas pelo direito penal à novel criminalidade organizada, de forma a garantir a segurança dos cidadãos, em confronto com os “não cidadãos”.

A primeira vez que Jakobs cuidou do tema direito penal do inimigo ocorreu em 1985, durante uma conferência a professores de direito penal em Frankfurt am Main. Nessa oportunidade, Jakobs empregou a expressão direito penal do inimigo em forma de veemente protesto, criticando o abuso de direito penal alemão empregado como instrumento criminalizador de estágios prévios e anteriores à lesão ao bem jurídico, com o intuito de preservação do sistema jurídico e da harmonia social.

Contudo, o tema relativo a direito penal do inimigo conquistou vertiginosa repercussão em 1999, por ocasião da Conferência do Milênio em Berlim, quando Jakobs voltou a abordá-la, só que, desta vez, não mais como censura ou crítica, senão como

²⁸¹ Apud MACHADO, Marta Rodriguez de Assis. **Sociedade do risco e direito penal**. São Paulo: IBCCRIM, 2005, p. 177-178.

²⁸² SCHÜNEMANN, Bernd. Consideraciones críticas sobre la situación espiritual de la ciencia jurídico-penal alemana. **Cuadernos de doctrina y jurisprudencia penal**. n. 02. Buenos Aires. Abril de 1996, p. 17-49.

constatação de um direito penal parcial, já existente, que vê o acusado tão somente como um inimigo que deve ser destruído a qualquer custo.²⁸³

A concepção do direito penal do inimigo foi desenvolvida por Jakobs no contexto da teoria da vigência da norma que confere uma nova finalidade à pena criminal, não mais como instrumento de tutela de bens jurídicos fundamentais, mas meio de reforço da confiança social na norma jurídico-penal.²⁸⁴ Ancorada em singular noção de prevenção geral, sustenta que a violação da norma penal compromete a estabilidade social. O delito, para Jakobs, é a frustração das expectativas sociais de boa convivência coletiva. A pena aplicada enseja a reafirmação da vigência dos padrões sociais, funcionando como resposta à segurança cognitiva da vigência da norma.²⁸⁵

Nessa ordem de raciocínio, o comportamento desviado das expectativas sociais afeta a confiança na norma e o infrator penal tem o seu status de pessoa ameaçado. Quem se conduz na vida social constantemente como “satã”, não faz jus, ao menos neste ponto, ao tratamento condigno de pessoa humana.

O direito penal do inimigo trata o acusado como “não-pessoa”, como uma fonte de perigo e, como tal, deve ser punido antecipadamente e de forma mais rápida e rígida. Aquele que se comporta como inimigo – ou “não-pessoa” – merece ser tratado como um verdadeiro inimigo pelo Estado. Um indivíduo que não vive num estado de civilidade, não pode receber as bênçãos do conceito de pessoa²⁸⁶.

Inimigos seriam os terroristas, os delinquentes organizados, os criminosos econômicos, enfim, os responsáveis por infrações penais perigosas. É fácil perceber que o conceito de inimigo é vago, indeterminado, mostrando uma possibilidade de ampliação de todo censurável sob o marco de um direito penal garantista, centrado na dignidade da pessoa humana.

Jakobs identifica, destarte, a existência de dois direitos penais: o do inimigo – admitindo imputações vagas, imprecisas, antecipação da punição, cerceamento de garantias – e o direito penal do cidadão – dotado de todas as garantias próprias de um verdadeiro Estado de Direito Democrático.

²⁸³ D’AVILA, Fabio Roberto. **Sobre o espaço do inimigo e os limites materiais do direito penal contemporâneo. Ou reflexões sobre o contributo crítico de um direito penal de base onto-antropológica.** Texto enviado pelo autor via e-mail aos 15 de setembro de 2006, p. 06.

²⁸⁴ Para mais detalhes acerca da visão de Jakobs sobre a missão do direito penal ver Capítulo Primeiro.

²⁸⁵ JAKOBS, Günther. **Sociedade, norma e pessoa.** Trad. Maurício Antônio Ribeiro Lopes. Barueri: Manole, 2003a, p. 45. Para maiores informações ver também GRECO, Luis. Introdução à dogmática funcionalista do delito. **Revista Brasileira de Ciências Criminais.** São Paulo: RT, n° 32, p. 138-161, outubro-dezembro de 2000.

²⁸⁶ JAKOBS, Günther. **Teoria e prática da intervenção.** Barueri, SP: Manole, 2003b, p. 10.

Prittwitz entende que o objetivo da teoria jakobsiana consiste na tentativa de proteger os postulados clássicos pertinentes ao direito penal do cidadão, que seria, inexoravelmente, contaminado por características nocivas face à nova sociedade de risco e o surgimento da criminalidade organizada.²⁸⁷ Entretanto, afirma o autor que o direito penal como um todo já se encontra infectado pelo direito penal do inimigo, não havendo qualquer possibilidade de retorno ao velho e bom direito penal do cidadão.²⁸⁸

Schünemann assevera que, na verdade, trata-se, nada mais nada menos, de um escândalo criado e dimensionado em demasia em torno de um problema que o direito penal deve resolver em razão da tendência internacional que hoje pode influenciá-lo.²⁸⁹ Refuta, outrossim, a posição jakobsiana, posto que se cuida de uma verdadeira confusão irresponsável e antidemocrática, criando-se, em última instância, um monstro que denomina “dogmática sem consequências”.²⁹⁰

Em consonância com esta nova tendência, vem-se construindo uma legislação “de luta” contra a criminalidade econômica, o terrorismo, a criminalidade organizada, os delitos sexuais e outras infrações penais de especial gravidade.²⁹¹ Elimina-se aquele que não ostenta condições mínimas de ser tratado como pessoa, já que assim não se comporta perante a sociedade, legitimando um tratamento segregatório e ríspido, uma vez que outro comportamento dele não se espera, devendo ser enxergado, antes de tudo, como fonte de perigo.²⁹²

6.2 DO ABOLICIONISMO AO MINIMALISMO GARANTISTA: resgate dos postulados clássicos do Direito Penal

A expansão penal, com a conseqüente ampliação do rol dos bens jurídicos, antecipação dos limites entre o fato punível e impunível, imputação penal às pessoas jurídicas e crescente utilização de tipos legais de perigo abstrato e delitos por acumulação, constituem, na atualidade, alvo de questionamento sobre sua real eficácia como instrumento adequado de combate à criminalidade na sociedade de risco.

²⁸⁷ PRITTWITZ, Corneliu. O Direito Penal entre o Direito Penal do Risco e o Direito Penal do Inimigo. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. São Paulo: RT, n° 47, março-abril de 2004, p. 31-45.

²⁸⁸ Idem, *Ibidem*, p. 43.

²⁸⁹ Apud APONTE, Alejandro. Derecho penal del enemigo vs. Derecho penal del ciudadano. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. São Paulo: RT, n° 51, novembro-dezembro de 2004, p. 9-43.

²⁹⁰ Idem, *Ibidem*, p. 31.

²⁹¹ JAKOBS, Günther & CANCIO MELIÁ, Manuel. **Direito Penal do Inimigo: noções e críticas**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 35.

²⁹² Idem, *Ibidem*, p. 21

De fato, a busca incessante por eficiência no combate aos problemas da segunda modernidade, em detrimento de seu arcabouço principiológico, provoca certa deterioração na base de legitimação do discurso jurídico penal até então vigente. Esse processo acabou por incitar um movimento de recusa às novas tendências político-criminais, na tentativa de preservar os postulados garantistas do direito penal, tão arduamente conquistados durante o Estado Liberal.

Parte da doutrina propõe a manutenção do enfoque garantista do direito penal, advogando que a aplicação dos instrumentos penais à nova sociedade do risco deve ser de todo expurgada do ordenamento jurídico. Renuncia-se à extensão penal em direção dos novos riscos, em favor da proteção de seus axiomas garantistas – ditos patrimônio ideológico inalienável do Iluminismo penal.

Assim, o combate aos riscos causados pelas primeira e segunda modernidades não deve ser concretizado por intermédio do aparato penal – motivo pelo qual vergastam, de pronto, a pretensão de se construir um direito penal do risco ou do perigo – senão por outro ramo jurídico, nomeadamente o direito administrativo e, sobretudo, por outros meios de controle social não jurídicos ou informais.

Impende lembrar que o direito penal clássico, adotado tradicionalmente pelo ordenamento jurídico brasileiro, possui como postulado basilar o princípio da intervenção mínima, que impõe ao legislador uma rígida predeterminação durante o processo de qualificação do delito, autorizando-o a criminalizar comportamentos apenas quando houver graves ofensas aos bens jurídicos mais importantes e, igualmente, quando os outros ramos jurídicos não se mostrarem eficientes a tal desiderato.²⁹³

Vale dizer, qualquer movimento irracionalmente expansionista do direito penal que venha a olvidar o princípio da intervenção mínima deve ser taxado de ilegítimo, sob o rígido marco de um Estado Democrático e social de Direito, fundado na dignidade humana como axioma-mor.

Se a complexidade dos fenômenos do risco, as imbricações causais e os contextos massivos e coletivos de ação são insuscetíveis de serem trabalhados pelo direito penal clássico, daí não deriva, necessariamente, que o direito penal deva transformar-se para assumir essa nova competência. Pelo contrário, para os defensores dessa tendência, isso apenas confirma a ideia de que os problemas da sociedade do risco devem ser solucionados

²⁹³ LIMA, Alberto Jorge Correia de Barros. **Limites constitucionais do legislador e do juiz na incriminação e descriminalização de condutas:** a imposição dos princípios constitucionais penais. Recife: O Autor, 2006, p.122.

por intermédio de outros instrumentos. Mais do que nunca se defende que o direito penal deve recusar guarida a movimentos inovadores que, sob o falsa aparência de promover a segurança social, destinam-se, na verdade, à flexibilização de seus conceitos estruturais garantísticos, sob o pálio de um sistema penal punitivista, incompatível com seu papel de protetor subsidiário de bens jurídicos e com os ideais democráticos a que presta serviço.

6.2.1 Abolicionismo Penal

O abolicionismo, como o próprio nome já denota, representa um movimento cuja principal característica reside na abolição do direito penal e do sistema penal enquanto método de controle social e de solução dos conflitos oriundos do fenômeno da criminalidade. Nascido após a Segunda Grande Guerra com Filippo Gramatica²⁹⁴, o abolicionismo recusa validade e legitimidade a todos os princípios sobre os quais se assenta tradicionalmente a teoria do delito, propondo não apenas a extinção da pena ou do direito penal, mas a abolição de todo o sistema de justiça penal.

Negando qualquer justificação ou legitimidade externa à intervenção punitiva do Estado sobre o comportamento desviado, o movimento assume determinadas particularidades diretamente relacionadas com o autor abolicionista a ser trabalhado.

Numa perspectiva radical, Max Stirner propõe a deslegitimação incondicional de qualquer tipo de constrictão ou coerção, penal ou social. Considerado como detentor de uma posição anárquico-individualista, Stirner propugna pela desvalorização de quaisquer ordens ou regras, não apenas jurídicas, mas, inclusive, morais. “Transgressão e rebelião como livres e autênticas manifestações do egoísmo a-moral do ego.”²⁹⁵

As doutrinas mais difundidas, por outro lado, de viés jusnaturalista, não sustentam a supressão de toda e qualquer forma de controle social, somente da pena criminal enquanto medida jurídica aflitiva e coercitiva. Seus principais defensores são: Thomas Mathiesen, Nils Christie e Louk Hulsman²⁹⁶, sobre os quais não discorreremos por fugir aos propósitos do presente estudo.

A grande contribuição das teorias abolicionistas repousa não exatamente na proposta apresentada (abolição do sistema penal) senão na crítica inflexível destinada ao sistema penal

²⁹⁴ Suas ideias estão bem articuladas na obra GRAMATICA, Filippo. **Princípios de defesa social**. Madrid: Maribel Artes Gráficas, 1974.

²⁹⁵ Apud FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. Trad. Ana Paula Zomer, Fauzi Hasssan Choukr, Juarez Tavares, Luiz Flávio Gomes. São Paulo: RT, 2002. p. 201.

²⁹⁶ Por todos, ver HULSMAN, Louk. **Penas perdidas: o sistema penal em questão**. Trad. Maria Lúcia Karam. 2. ed. Rio de Janeiro: Luam, 1997.

como um todo, que se tornou argumento fundante da criminologia crítica. Segundo seus autores, o sistema penal não é capaz de resolver eficazmente os conflitos sociais, subtraindo da vítima a possibilidade de uma solução que não implique castigo. De fato, o sistema penal valoriza expedientes que infligem a degradação aos processados e privilegiam soluções violentas e estigmatizantes, reproduzindo estereótipos e cindindo a sociedade de forma maniqueísta e seletiva.²⁹⁷

Genericamente, o ponto convergente dos abolicionistas reside na tentativa de satisfazer diversas expectativas sociais durante a solução do problema criminal, tais como a conciliação entre os envolvidos, reparação do dano à vítima e à sociedade e, precipuamente, a pacificação das relações sociais.²⁹⁸

Ferrajoli identifica no abolicionismo o perigo de se transformar em uma proposta antigarantista, vez que, com a extinção das regras penais, os demais sistemas jurídicos as absorverão inevitavelmente, com o diferencial de que não apresentarão direitos e garantias materiais e processuais ao acusado, subvertendo, pois, o ideal da abolição. Ademais, acrescente-se, com Zaffaroni, que a transição para o abolicionismo pressupõe a transformação da sociedade em algo mais fraterno, justo e solidário, o que, de fato, não aconteceu.²⁹⁹ Até lá, os autores se “contentam” com o postulado do minimalismo penal.

6.2.2 Direito penal de duas velocidades

As mudanças da estrutura delitiva provocaram, como alhures delineado, a expansão do direito penal, com o fito de combater de maneira eficaz os ilícitos econômicos, sob fundamento de assegurar proteção a bens jurídicos de maior magnitude, cuja linha de pensamento, como não poderia deixar de ser, encontrou sérias resistências, máxime dos adeptos da manutenção do paradigma clássico do direito penal, defensores da ideia de retorno ao “velho e bom” direito penal liberal, reservado exclusivamente à tutela de bens jurídicos individuais.

²⁹⁷ MAZZILI NETO, Ranieri. **Os caminhos do sistema penal**. Rio de Janeiro: Revan, 2007, p. 81.

²⁹⁸ MARCHI JUNIOR, Antonio de Pódova. Abolicionismo criminal. Disponível em www.ufba.br/direito/artigos/385. Acesso em 20 de março de 2008, p. 02.

²⁹⁹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Em busca das penas perdidas: a perda de legitimidade do sistema penal**. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 1996, p. 58.

Neste embate entre princípios garantistas e ampliação da tutela penal, Silva Sánchez propõe uma solução considerada intermediária. Em suas formulações sugere a criação de um modelo dual para o sistema penal: o direito penal de duas velocidades.³⁰⁰

Opondo-se, por um lado, de modo radical à expansão do direito criminal calcado na pena privativa de liberdade e à flexibilização de seus princípios político-criminais, de outra parte, manifesta rejeição ao retorno ao direito penal clássico liberal que, segundo ele, nunca existiu como tal, uma vez que sempre houve a forte presença do Estado na proteção a bens jurídicos individuais, restringindo a idéia de “direito penal liberal” à mera função de contrapeso ao autoritarismo da época.

Partindo da constatação de que o conjunto de garantias de um determinado sistema penal configura o reverso da pena de prisão, o autor espanhol estabelece uma relação direta entre as garantias desse sistema e a sisudez das sanções por ele infirmada. Neste diapasão, infere o autor que o problema hodierno não consiste propriamente na expansão do direito penal, mas, especificamente, na expansão do direito penal da pena privativa de liberdade. Mostra-se de todo admissível, destarte, segundo as perspectivas do penalista espanhol, a absorção de novas áreas de tutela menos garantísticas dentro do direito penal, desde que as sanções atribuídas não incluíssem a privação da liberdade, senão penas restritivas de direitos ou pecuniárias.³⁰¹

Nas suas palavras:

O ponto de partida que adoto é a direta relação existente entre as garantias que incorpora um determinado sistema de imputação e a gravidade das sanções que resultam de sua aplicação. Com efeito, considero possível sustentar a idéia de que a configuração dos diversos sistemas jurídicos de imputação do fato ao sujeito, assim como a das garantias gerais de cada sistema, têm uma clara dependência das suas conseqüências jurídicas, sua configuração e sua teleologia.³⁰²

Nessa perspectiva, a resposta às demandas de proteção penal na sociedade de risco deve ser cometida ao direito penal sempre que as sanções previstas aos ilícitos correspondentes não cominarem privação de liberdade individual.

Daí pode-se inferir que as ditas articulações propiciaram a setorialização do direito penal e sua conseqüente divisão em dois modelos dogmáticos e político-criminais – o

³⁰⁰ Alguns entendem que a proposta de Silva Sánchez revela uma concepção expansionista e não minimalista, como se quer defender, já que admite o crescimento do direito penal sob o epíteto direito penal de segunda velocidade, mesmo que abdique da pena privativa de liberdade.

³⁰¹ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **A expansão do direito penal**. Trad. Luiz Otávio de Oliveira Rocha. São Paulo: RT, 2002, p. 130.

³⁰² SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **A expansão do direito penal**. Trad. Luiz Otávio de Oliveira Rocha. São Paulo: RT, 2002, p. 137.

chamado direito penal de duas velocidades. O primeiro constituiria o direito penal nuclear, no bojo do qual seriam abrigadas todas as garantias clássicas conquistadas pelo velho direito penal liberal, ao passo que o segundo seria o direito penal periférico, no qual as regras de imputação e os princípios garantistas permitiriam certa flexibilidade a fim de viabilizar a proteção penal das novas áreas de risco.

Nesta ordem de ideias, haveria reserva absoluta da pena privativa de liberdade ao direito penal nuclear, de maneira a salvaguardar direitos e garantias individuais, enquanto que o direito penal periférico seria provido de penas restritivas de direitos e de penas pecuniárias.

Infere-se, deste modo, que os ilícitos atentatórios a bens jurídicos individuais – o tradicional homicídio contra vítima individual – seriam combatidos pelo núcleo duro do direito penal, o direito penal nuclear, mantendo-se intactos os princípios clássicos garantistas e as rígidas regras de imputação, infligindo-se, ao final, se for o caso, uma pena privativa de liberdade. Por outro lado, concernente às infrações aviltantes a direitos coletivos, como os ilícitos econômicos em geral, originados do processo de modernização da sociedade, incumbe ao direito penal periférico uma resposta não privativa de liberdade, através de penas alternativas à prisão, permitindo-se, à vista disso, uma flexibilização de direitos e garantias individuais.

Silva Sánchez identifica grandes vantagens na utilização do aparato penal para o combate da criminalidade organizada e, principalmente, dos ilícitos econômicos. Alude que o direito penal dispõe de uma maior neutralidade e imparcialidade no que se refere a influências políticas do que um direito imposto pela administração pública, como o direito administrativo ou de intervenção, a seguir analisado, que poderia submeter-se ao alvedrio do poder dominante e sujeitar-se a imposições descabidas e tendenciosas.³⁰³

Apregoa, outrossim, que o direito penal ostenta uma função simbólico-comunicativa que não pode ser olvidada, mormente pela força do mecanismo público de persecução de infrações penais. Ademais, a continuidade da judicialização das situações em questão e, paralelamente, a manutenção do significado penal dos ilícitos, mesmo que a sanção não seja privativa de liberdade, significa, segundo Sánchez, uma solução funcional e, ao mesmo tempo, suficientemente garantista.³⁰⁴

³⁰³ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **A expansão do direito penal**. Trad. Luiz Otávio de Oliveira Rocha. São Paulo: RT, 2002, p. 130.

³⁰⁴ PEREIRA, Flávia Goulart. Os crimes econômicos na sociedade de risco. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. São Paulo: RT, n° 51, novembro-dezembro de 2004, p. 105-131.

6.2.3 Garantismo Jurídico

A teoria do garantismo jurídico, elaborada por Luigi Ferrajoli, volta-se à construção das colunas mestras do Estado de Direito, cujo fundamento consiste na tutela do indivíduo em face das variadas formas de exercício arbitrário do poder, particularmente o direito penal. Inspirado no ideal ilustrado e liberal (ilustrado em filosofia e liberal em política), o garantismo, na verdade, representa um modelo ideal, “utópico” de Estado de Direito, do qual os Estados “reais” podem mais ou menos se aproximar. Não se cuida de um Estado de Direito com viés unicamente liberal, protetor dos direitos de liberdade, mas, principalmente, se trata de um Estado social, conclamado a tutelar também os direitos sociais.

A partir da constatação de uma crise nos sistemas penais hodiernos, Ferrajoli desenvolve a teoria do garantismo penal como resposta à vasta diferença entre normatividade e efetividade.³⁰⁵ Posteriormente, observando cuidar-se de uma crise estrutural, Ferrajoli propõe uma teoria geral do garantismo, com potencial de aplicabilidade a todos os ramos jurídicos, uma vez que vincula o poder público à perseguição da efetivação dos direitos fundamentais.

Deste modo, a teoria geral do garantismo abrange os aspectos filosóficos, jurídicos e políticos, podendo ser conceituada de três formas: como um modelo de direito, como teoria do direito e como filosofia política. Trataremos destas três conceituações nos tópicos que se seguem.

6.2.3.1 Modelo de direito: o Estado de Direito garantista

Um modelo de direito garantista relaciona-se diretamente com a existência de um Estado de Direito. Não pode haver sistema garantista, máxime um sistema penal garantista, onde não houver um Estado de Direito. Cuida-se de noções correlatas, quase idênticas. Para haver um Estado de Direito, é mister que o governo seja *sub leges* e *per leges*, ou seja, o Estado deve ser submetido às leis e governado mediante leis gerais e abstratas.³⁰⁶ O poder deve ser conferido pela lei e exercitado na exata forma que esta estabelece, formal e materialmente.

³⁰⁵ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão:** teoria do garantismo penal. Trad. Ana Paula Zomer, Fauzi Hasssan Choukr, Juarez Tavares, Luiz Flávio Gomes. São Paulo: RT, 2002, p. 683.

³⁰⁶ Conceituação sugerida por Bobbio e seguida por Ferrajoli. FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão:** teoria do garantismo penal. Trad. Ana Paula Zomer, Fauzi Hasssan Choukr, Juarez Tavares, Luiz Flávio Gomes. São Paulo: RT, 2002, p. 687.

O Estado de Direito, sob a perspectiva formal, subordina-se ao princípio da legalidade (mera legalidade), posto que o poder público, ao exercer sua missão constitucional, encontra-se submetido ao disciplinamento dos enunciados prescritivos, vale dizer, o exercício de suas atividades encontra limites e delineamentos nas leis gerais e abstratas de sua própria autoria. Por outro lado, substancialmente, o Estado de Direito vincula-se à salvaguarda dos direitos fundamentais, sendo-lhe vedado lesar os direitos individuais (direitos de liberdade) e obrigado a concretizar os direitos sociais.

A fonte de legitimação de um Estado de Direito garantista depende da conjugação destes dois fatores: vinculação à lei (mera legalidade) e aos direitos fundamentais (estrita legalidade). Trata-se da fonte de legitimação formal e substancial, substancial respectivamente, em que a lei é, ao mesmo tempo, condicionante e condicionada a determinados conteúdos substanciais.

Conformado o Estado “Garantista” (Estado Democrático, substancialmente, de Direito) com um rol de direitos e garantias fundamentais bem definidos, o autor italiano constata a existência de uma questão aporética: quanto mais se incorpora num ordenamento direitos e garantias como deveres públicos, maior é diversidade entre normatividade e efetividade.

À medida que são formuladas ambiciosas promessas nos níveis normativos superiores, mais difícil se apresenta sua concretização nos níveis inferiores. É bem verdade que, mesmo nos ordenamentos jurídicos “mais perfeitos”, há sempre uma margem de inaplicabilidade dos direitos fundamentais (o que impulsiona a pessoa lesionada a procurar as instâncias judiciais, a fim de ver concretizado seu direito); o problema desponta quando essa falta de aplicabilidade se mostra em níveis patológicos, dado que acarreta a ilegitimidade jurídica do Estado de Direito.³⁰⁷

6.2.3.2 Teoria do Direito: (i)legitimidade interna

Tendo em vista a aporia irreduzível do Estado de Direito, concernente à disparidade entre normatividade e efetividade, faz-se imperiosa uma análise dogmática do direito e de seus institutos, precipuamente da vigência, validade e eficácia, a fim de se perscrutar sua

³⁰⁷ Afirma Ferrajoli cuidar-se de uma aporia irreduzível nos Estados de Direito, já que nunca haverá aplicabilidade integral dos direitos fundamentais. Esta situação não se apresenta nos Estados Absolutistas, posto que, nestes, não há promessas a serem concretizadas. FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. Trad. Ana Paula Zomer, Fauzi Hasssan Choukr, Juarez Tavares, Luiz Flávio Gomes. São Paulo: RT, 2002, p. 696.

(i) legitimidade. “Se é verdade que o garantismo coincide com a forma de tutela dos direitos vitais dos cidadãos que se realiza historicamente por meio de sua positivação no Estado de Direito, tal não é concebível fora do positivismo jurídico.”³⁰⁸

Foi com o fenômeno do positivismo jurídico, quando, na Idade Moderna, o Estado passou a ter monopólio da produção jurídica, que se possibilitou o estudo dos institutos jurídicos sob o ponto de vista dogmático, do dever-ser. A grande novidade do Direito Moderno não está nos conteúdos, mas na forma legal, convencional, artificial, positiva do direito vigente, permitindo-se, assim, uma real distinção entre direito como sistema de normas (direito positivo) e ciência do direito.³⁰⁹

Subtraindo-se a análise filosófica e histórica do processo de positivação do direito, por não constituir objetivo do presente trabalho, o positivismo jurídico conferiu garantias aos cidadãos contra os arbítrios do Estado, máxime quando se trata da segurança jurídica ofertada pelo princípio da legalidade. O juspositivismo dogmático, assim denominado por Ferrajoli, propugna por uma abordagem normativa do direito válido, o “dever-ser”, sem pretensões de observar sua efetividade. O realismo jurídico, por outro lado, pugna pelo “ser”, pelo direito como fato, faltando-lhe uma análise acerca da validade das normas. Por isso, tais modelos são criticados por Ferrajoli, taxando-os de modelos unidimensionais.³¹⁰

Numa perspectiva garantista, um ordenamento deve voltar-se igualmente ao direito válido e efetivo, distinguindo vigor, validade e efetividade e realizando, sempre que possível, uma crítica interna, jurídica, para que seja legítimo. Dita abordagem é chamada pelo autor de juspositivismo crítico.³¹¹

Para que uma norma seja considerada vigente é imprescindível que satisfaça as condições de validade formal, ou seja, que seja produzida em consonância com o

³⁰⁸ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. Trad. Ana Paula Zomer, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares, Luiz Flávio Gomes. São Paulo: RT, 2002, p. 696.

³⁰⁹ Idem, Ibidem, p. 697.

³¹⁰ Idem, Ibidem, p. 699.

³¹¹ A legitimidade interna do ordenamento, em Pontes de Miranda, observa a passagem por três planos: a existência, a validade e a eficácia. A norma existe quando se encontra integrada no ordenamento jurídico, cumprindo-se todo o processo de produção normativa. Existir é simplesmente estar no mundo jurídico. É uma situação fática do mundo, independente de ser vigente, válida ou eficaz. A validade, para o autor alagoano, constitui uma qualidade da norma jurídica existente, vista exclusivamente do ponto de vista dogmático, da perfeição da norma jurídica, da sua compatibilidade com a Constituição. Por sua vez, a eficácia consiste na possibilidade de produção concreta de efeitos porque estão presentes as condições fáticas exigíveis para a sua observância, espontânea ou imposta – efetividade ou eficácia social – ou porque estão presentes as condições técnico-normativas exigíveis para a sua aplicação – eficácia técnica ou jurídica. Para mais informações ver PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcante. **Tratado de Direito Privado**. Tomo I. Campinas: Bookseller, 1999. p.58; MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico: plano da existência**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 1999. Kelsen, por outro lado, não identifica o plano da existência, aludindo que a validade representa a criação da norma segundo o preceituado. KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. São Paulo: Martins Fontes. 1999.

estabelecido. O juízo sobre a validade das normas, d'outra banda, vincula-se ao aspecto substancial, resguardando o conteúdo que se revele em conformidade com as normas de nível superior.³¹²

Analisando, por fim, o postulado clássico de que ao juiz cabe fidelidade às leis, Ferrajoli propõe uma releitura. Caberá ao juiz interpretar e aplicar uma lei ao caso concreto sempre que esta se apresentar *pari passu* com a Constituição. Do contrário, deverá o juiz dar aplicabilidade à Constituição, e aos direitos fundamentais, declarando a invalidade da norma inferior.³¹³

Nesse processo de “expansão” da Constituição sobre os demais ramos do direito, mormente do direito penal, reside a (i)legitimidade do direito. Quanto mais aproximado dos preceitos constitucionais mais legítima será a norma inferior. Inversamente, se a norma se afastar do prescrito pela norma superior, será eivada de invalidade e expurgada do sistema.

Tais formulações revelam-se de todo compatíveis com as ideias centrais do funcionalismo teleológico, abordadas no Capítulo Sétimo, uma vez que qualquer modelo que dê primazia à Constituição será compatível com o Estado Democrático e social de Direito.

6.2.3.3 Filosofia política: (i)legitimidade externa

Questiona Ferrajoli, nesta terceira conceituação de garantismo, qual seria a justificação externa ou política do Direito. Com supedâneo em Luhmann, Ferrajoli pondera que há fontes de legitimação que “vêm de cima”, autopoieticas, e aquelas que “vêm de baixo”, heteropoieticas. Para um sistema político autopoietico, o Estado é um fim em si mesmo e encarna valores ético-políticos de característica suprassocial ou supraindividual, cuja conservação deve ser buscada a qualquer preço, funcionalizando-se, inclusive, os direitos fundamentais. Para as doutrinas heteropoieticas, ao reverso, o Estado se desvela como um meio, legitimado unicamente pelo fim de garantir os direitos fundamentais dos cidadãos.³¹⁴

O garantismo, num sentido filosófico-político, consiste essencialmente nesta fundação heteropoietica do Direito, separado da moral. Nega um valor intrínseco de direito somente porque vigente, demonstrando uma visão utilitarista e instrumental do Estado, voltado à satisfação das expectativas de concretização dos direitos fundamentais. Tendo em vista que os escopos e valores de justificação externa do Estado e do Direito nunca são plenamente

³¹² FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão:** teoria do garantismo penal. Trad. Ana Paula Zomer, Fauzi Hasssan Choukr, Juarez Tavares, Luiz Flávio Gomes. São Paulo: RT, 2002, p. 699.

³¹³ Idem, Ibidem, p. 700-701.

³¹⁴ Idem, Ibidem, p. 706.

realizados, a legitimação política do poder, mais ainda que sua legitimação jurídica, apresenta-se inexoravelmente imperfeita.

Nos regimes absolutos, onde a legitimação provém “do alto”, a legitimidade do poder é absoluta, perfeita, já que incondicionada. Por outro lado, no Estado de Direito a legitimação relativiza-se, mensurando-se em graus. Garantismo e democracia consistem em modelos normativos imperfeitos, irrealizáveis por completo. Por isso alude Bobbio: “O garantismo é um modelo ideal, do qual nos podemos mais ou menos nos aproximar. Como modelo, representa uma meta que permanece como tal, ainda que não seja alcançada e não possa jamais ser alcançada inteiramente.”³¹⁵

Ferrajoli elabora, ainda, dez axiomas penais e processuais que conformam o garantismo penal: *nulla poena sine crimine* – princípio da retributividade ou da sucessividade da pena frente ao delito; *nullum crimen sine lege* – princípio da legalidade; *nulla lex sine necessitate* – princípio da necessidade; *nulla necessitas sine injuria* – princípio da lesividade ou da ofensividade do fato; *nulla injuria sine actione* – princípio da materialidade ou da exterioridade da ação; *nulla actio sine culpa* – princípio da culpabilidade ou da responsabilidade pessoal; *nulla culpa sine iudicio* – princípio da jurisdição; *nullum iudicium sine accusatione* – princípio acusatório; *nulla accusatio sine probatione* – princípio da verificação; *nulla probatio sine defensione* – princípio do contraditório e da ampla defesa.³¹⁶

Quando se tem em mente estes axiomas, reforça-se a concepção de que o garantismo pode ser compatibilizado com o funcionalismo teleológico, uma vez que apenas um direito penal direcionado exclusivamente às funções de tutela de bens jurídicos e à concretização de direitos fundamentais pode conjugar garantismo, funcionalidade e eficiência.

Não há como falar no Estado Brasileiro, com todas as suas peculiaridades impostas pela Constituição de 1988 – democrático, plural, social, constitucional – sem mencionar sua feição nitidamente garantista e funcional. Apesar de parecer uma afirmação contraditória – o que só ocorreria num lance açodado de olhar – o direito penal funcional pode, ou melhor, deve ser garantista. Busca-se a concretização de finalidades político-criminais através dos princípios garantistas como subsidiariedade, fragmentariedade, legalidade, todos extraídos da Carta Magna e reveladores de uma intervenção penal mínima, conforme será elaborado no Capítulo Sétimo. O direito volta-se à solução de conflitos, atendendo às demandas sociais, sem descurar-se, entretanto, de seu viés minimalista, funcional e garantistamente delimitado.

³¹⁵ No prefácio da obra FERRAJOLI, Luigi **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. Trad. Ana Paula Zomer, Fauzi Hasssan Choukr, Juarez Tavares, Luiz Flávio Gomes. São Paulo: RT, 2002.

³¹⁶ FERRAJOLI, Luigi **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. Trad. Ana Paula Zomer, Fauzi Hasssan Choukr, Juarez Tavares, Luiz Flávio Gomes. São Paulo: RT, 2002, p. 74.

6.2.4 Direito de intervenção

Numa posição radicalmente contrária à expansão do direito penal, Hassemer, principal expoente da Escola de Frankfurt, e seus condiscípulos, criticam veementemente a proteção conferida pelo direito penal aos bens jurídicos supraindividuais, principalmente quando esta proteção se dá em níveis de antecipação de tutela, com a criação de tipos legais de perigo abstrato, a punição de atos preparatórios e a flexibilização da imputação penal, por se revelar uma forma de instrumentalização do sistema penal ao asseguramento do futuro da sociedade.

Segundo Hassemer, o direito penal deve restringir-se tão-somente a proibição de condutas individuais que provoquem lesão ou perigo concreto de lesão a um bem jurídico individualista, não lhe cabendo promover a segurança das futuras gerações ou a diminuição social dos riscos e do sentimento de medo incrustado na população. Desta rígida linha de argumentação decorre a forte posição do autor contrária à extensão da tutela penal aos bens jurídicos supraindividuais e aos novos perigos decorrentes da sociedade de risco, para os quais cabe lançar mão de outro ramo jurídico, criado especialmente para tal desiderato, chamado “direito de intervenção”.

Neste ponto, cumpre transcrever excerto das lições do penalista alemão proferidas em uma conferência do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais aos 17/11/1993:

Acho que o Direito Penal tem que abrir mão dessas partes modernas que examinei. 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. [...] Acredito que é necessário pensarmos em um novo campo do direito que não aplique as pesadas sanções do Direito Penal, sobretudo as sanções de privação de liberdade e que, ao mesmo tempo possa ter garantias menores. Eu vou chamá-lo de Direito de Intervenção.³¹⁷

Em consonância com as ideias da Escola de Frankfurt, o direito penal deve reduzir seus tentáculos, submetendo-se a um amplo processo de descriminalização de condutas. Compondo-se apenas por delitos de lesão, ou de perigo concreto, assim considerado na medida em que o perigo de ofensa, de especial gravidade, apresentar-se evidente em relação a bens jurídicos individuais, admitindo, excepcionalmente, a tutela de bens supraindividuais quando estritamente ligados ao indivíduo, a exemplo dos crimes contra a incolumidade pública. Tudo com observância de rígidas regras de imputação de responsabilidade pessoal e

³¹⁷ HASSEMER, Winfried. Perspectivas de uma moderna política criminal. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. São Paulo: RT, n° 08, outubro-dezembro de 1994, p. 41-51.

dos princípios político-criminais garantistas, como lesividade, subsidiariedade, fragmentariedade etc.

Por outro lado, a proteção aos bens jurídicos supraindividuais em face dos novos riscos tecnológicos incumbiria ao “direito de intervenção” – novo ramo jurídico – e, desta maneira, restaria definitivamente afastada a intervenção penal clássica, estribada na pena privativa de liberdade e nas garantias fundamentais.

Ao lado da descriminalização de condutas, imprescindível à redução do direito penal a um núcleo mínimo de proteção, despontaria esse sistema de direito novo – direito de intervenção –, aplicável pela Administração Pública e livre das rigorosas exigências principiológicas e das formalidades para atribuição de responsabilidade. Mais apto, portanto, a lidar com as situações e as necessidades da sociedade de risco. O direito de intervenção seria uma alternativa no controle da criminalidade moderna. Situado entre o direito penal e o direito administrativo, com um rebaixado nível de garantias individuais e novas formas procedimentais abreviadas, mas sem a cominação das pesadas sanções do direito penal, sobretudo as penas privativas de liberdade. Seria orientado por uma intervenção precoce, ou seja, pelo perigo e não pelo dano, posto que, frente à neocriminalidade, a espera da ocorrência do dano, pode ser tarde demais para a tutela do bem jurídico, em razão de sua magnitude.

Esse campo de regulação atuária no combate aos novos focos de insegurança – especialmente no campo das drogas, delitos econômicos e ecológicos – de modo prioritariamente preventivo. Ademais, por ser muito mais flexível em relação às garantias materiais e processuais, disporia de sanções menos severas que as penais tradicionais, renunciando definitivamente à imposição da pena privativa de liberdade.

No escólio de Hassemer, um modelo de direito de intervenção assim configurado mostrar-se-ia, pragmaticamente, mais adequado para responder aos problemas específicos das sociedades pós-industriais. Desta forma, poder-se-ia liberar o direito penal das expectativas de prevenção dessa modalidade especial de infração, para cuja missão não se acha preparado e, segundo o autor, pode ser a causa primordial de sua ruína.³¹⁸

No entanto, a realidade da Administração Pública brasileira, às avessas do que provavelmente ocorre com a Alemanha – a ponto de justificar a aplicação do direito de intervenção pelo Poder Executivo – compõe-se de uma miríade de problemas, vale dizer, desorganizada, sucateada, fisiologista, permeável às influências políticas e econômicas, em

³¹⁸ HASSEMER, Winfried. Perspectivas de uma moderna política criminal. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. São Paulo: RT, n° 08, outubro-dezembro de 1994, p. 41-51.

que interesse público e privado se confundem. Tudo sob a regência de uma sistêmica corrupção que resulta na pilhagem do patrimônio público em dimensões astronômicas.

O professor George Sarmento alerta com propriedade: “A crise moral por que passa a administração pública conspira contra o Estado de Direito e coloca em risco o funcionamento das instituições democráticas.”³¹⁹ Bem lançadas, igualmente, as observações do professor Andreas Krell, reconhecendo as dificuldades na aplicação da lei ambiental brasileira decorrentes de antigos problemas da Administração Pública, como o clientelismo e a corrupção. Aprova a transferência de responsabilidade para o Ministério Público, cuja independência institucional é importante ponto de vantagem em relação aos órgãos administrativos. Partidário da ideia de que já não basta a responsabilização que termina no pagamento de uma indenização, conclui Krell pela necessidade de ativar a resposta rígida do direito penal, com sua alta carga simbólica e estatal.³²⁰

Neste diapasão, diante dos óbices detectados, mostrar-se-ia temerário incumbir exclusivamente à Administração Pública brasileira o combate às infrações econômicas, o qual ficaria ao sabor dos dirigentes políticos, que “poderiam” atuar de forma tendenciosa. Melhor seria, então, após o processo de descriminalização – necessário mesmo numa perspectiva funcionalista teleológica e garantista – lançar as infrações descriminalizadas a outros ramos jurídicos já existentes, como direito civil, administrativo, ambiental etc.

É sabido que a dogmática penal é composta por uma miríade principiológica garantística que obsta a expansão irracional do direito penal e, dada sua essência excessivamente estigmatizante, nada pode dissolver este signo insculpido na sua natureza. No Capítulo Sétimo apresentar-se-á a proposta central deste trabalho, consistente na utilização de um direito penal funcional teleologicamente, adotando-se uma concepção de expansão penal que não afronte os preceitos constitucionais.

³¹⁹ LINS JÚNIOR, George Sarmento. **Improbidade administrativa**. Porto Alegre: Síntese, 2002, p. 26.

³²⁰ KRELL, Andreas Joachim. Desafios na aplicação do direito ambiental pelos tribunais. **Revista da Escola Superior da Magistratura do Estado de Alagoas**. n° 01, julho-dezembro de 2003.

CAPÍTULO SÉTIMO

O DIREITO PENAL COMO UM SISTEMA ABERTO: uma abordagem funcionalista

Como já demonstrado alhures, o direito penal, que emergiu nos domínios do conhecimento científico iluminista com as características de uma ciência jurídico-filosófica, converteu-se, a partir do início do século XX, em uma disciplina puramente técnica, neutra e objetiva, carente de fundamentos e referenciais axiológicos externos, limitada, pois, a uma orientação meramente epistemológica positivista interna, nos moldes de um modelo despótico e autoritário.

Nos dias atuais, não se pode conceber um direito penal sustentado por um formalismo normativista, incapaz de conter a onipotência do legislador. A percepção do sistema penal num Estado Democrático e Social de Direito deve se revestir de uma orientação normativa axiologicamente voltada a valores, com a elevação dos direitos fundamentais à condição de critérios materiais de legitimação do *jus puniendi*, contemplados nos textos constitucionais e internacionais.

Retomando as ideias já apontadas no Capítulo Primeiro, revela-se, neste ponto, oportuna a elaboração de uma síntese do pensamento funcionalista teleológico, ajustando a missão e a função do direito penal sob os contornos de um Estado Constitucional e Democrático de Direito, sem se esquecer das devidas adaptações das contribuições de Roxin à realidade brasileira e aos países emergentes como um todo.

O funcionalismo teleológico pressupõe uma revisão do pensamento de Liszt, uma vez que não se contenta com a visão sistemática fechada do Direito, segundo a qual apenas um sistema fechado a quaisquer valores garante o domínio claro e completo do conhecimento jurídico. O pensamento sistemático, oriundo do positivismo legalista, servia como fundamento da separação entre direito penal e política criminal. O direito penal seria a ciência jurídica em sentido próprio, ocupando-se do estudo das normas postas pelo direito codificado, resultando um conjunto de princípios e conceitos que devem ser ordenados sob a forma de um sistema lógico, capaz de evitar qualquer contradição entre seus elementos. A política criminal ficaria incumbida de cuidar dos conteúdos sociais e das finalidades do direito penal, objetivos estes situados fora do âmbito jurídico.

É bem verdade que, afastados os aspectos valorativos, como os questionamentos político-criminais, as deduções decorrentes do sistema garantem certo grau de clareza e uniformidade; por outro lado, não apresentam a habilidade de se ajustar ao caso concreto e,

consequentemente, revelam-se injustas. “De que serve, porém, a solução de um problema jurídico, que apesar de sua linda clareza e uniformidade é político criminalmente errada? Não será preferível uma decisão adequada ao caso concreto, ainda que não integrável ao sistema?”³²¹

De fato, a dogmática construída sistematicamente, com base em conceitos genéricos e abstratos, tem se mostrado insuficiente para atender às peculiaridades do caso concreto. As decisões devem se orientar por considerações político-criminais, que constituem o próprio conteúdo da teoria geral do delito³²², sem implicar violação à segurança jurídica, já que submissão ao Direito e adequação a fins político-criminais representam duas faces da mesma moeda, unidas numa síntese, da mesma forma que Estado de Direito e Estado Social compõem uma unidade dialética.

Nesse sentido, todas as categorias do delito – tipicidade, ilicitude e culpabilidade³²³ – devem ser estudadas e desenvolvidas sob o ângulo de sua função político-criminal, uma vez que o “Direito penal é muito mais a forma, através da qual as finalidades político-criminais podem ser transferidas para o modo de vigência jurídica.”³²⁴

A dogmática jurídico-penal deve, pois, ser construída e desenvolvida teleologicamente, fundindo-se os conhecimentos dogmáticos, criminológicos e político-criminais. Transformar dados criminológicos em exigências político-criminais, e estas em regras jurídicas, de *lex lata* ou *ferenda*, revela-se um processo importante para a obtenção da decisão concretamente correta e adequada.

Assim, o sistema penal é informado por valores extraídos de um programa de política criminal, que segue orientado, por sua vez, pelas finalidades a serem buscadas pelo direito penal. Ou seja, as finalidades da intervenção penal refletem justamente a opção estatal pela

³²¹ ROXIN, Claus. **Política criminal e sistema jurídico-penal**. Trad. Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 07.

³²² Roxin alude que a questão relativa à admissibilidade da legítima defesa como causa excludente de ilicitude é uma decisão político-criminal; as questões do erro de tipo essencial e acidental e do erro de proibição também desvelam-se decisões político-criminais. Vale dizer, os pontos mais importantes encontrados na teoria do delito não passam de apreciações político-criminais, adequadas, portanto, ao modelo de Estado a que se almeja. ROXIN, Claus. **Política criminal e sistema jurídico-penal**. Trad. Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 15.

³²³ Quanto às categorias do delito, Roxin pretende uma reelaboração: tipicidade, antijuridicidade e responsabilidade, que abarcaria a culpabilidade. Todavia, em virtude de se tratar de um trabalho de política criminal e não dogmático, não nos debruçaremos sobre o assunto. Para mais informações ver ROXIN, Claus. **Problemas fundamentais de direito penal**. Trad. Ana Paula dos Santos Luís Natscheradetz. 3. ed. Lisboa: Vega, 1998.

³²⁴ ROXIN, Claus. **Política criminal e sistema jurídico-penal**. Trad. Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 82.

realização da formalização dessa instância de controle social. A materialização do controle penal reproduz – ou deveria reproduzir – exatamente o modelo de Estado a que se aspira.³²⁵

Se a política criminal pretende informar uma intervenção penal que se tenciona legítima num determinado modelo de Estado, evidente que se questionem as razões subjacentes a essa política, bem como sua conceituação. Uma política criminal prática ou específica representa o conjunto de atividades empíricas organizadas e ordenadas concretamente à proteção dos indivíduos e da sociedade, de modo a evitar a prática delitiva. Uma política criminal teórica ou científica, por sua vez, significa o conjunto de postulados teóricos hábeis a dotar de uma base racional e científica a referida luta contra o delito.³²⁶

Inserir-se nas atribuições da política criminal a escolha dos fatos considerados delitivos e daqueles que devem situar-se como ilícito civil ou administrativo. Isto é, quais condutas cabe qualificar como penalmente relevante, se se trata de um “modo de ser”, de um estado, de um sintoma ou mesmo de um fato. Tudo isso é função da política criminal, que se moldará ao modelo de Estado adotado. Assim, para um Estado despótico, uma política criminal máxima – mais condutas serão consideradas delitivas; para um Estado garantista, uma política criminal minimalista – o direito penal se reservará a um núcleo mínimo.

A criminalidade, portanto, não constitui um *a priori* da política criminal. Sua tarefa não diz respeito apenas a seleção de bens jurídicos merecedores da proteção penal, senão também em qual intensidade essas classes de delitos veiculam riscos relevantes, capazes de justificar, por exemplo, a punição da forma tentada, das condutas culposas, da omissão relevante etc.³²⁷

Assim sendo, pode-se afirmar, indubitável e inexoravelmente, que todo o direito penal se integra na política criminal. A própria existência do direito penal revela uma opção político-criminal. Neste contexto, as lições de Silva Sánchez:

(...) o direito penal é expressão de *uma* política criminal. Assim, a discussão sobre os fins do direito penal e sobre os meios necessários para alcançar tais fins não pode ser mais que uma discussão político-criminal. E a vocação da discussão político-criminal é, em última análise, a reforma do direito penal.³²⁸

³²⁵ Para mais detalhes, SUXBERGER, Antonio Henrique Graciano. **Legitimidade da intervenção penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 07.

³²⁶ Melhor seria falar em administração do delito, já que sua erradicação é impossível.

³²⁷ SUXBERGER, Antonio Henrique Graciano. **Legitimidade da intervenção penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 16.

³²⁸ SILVA SÁNCHEZ, Jesús- María. Reflexiones sobre las bases de la política criminal. **Crime y castigo**. Cuaderno del Departamento de Derecho Penal y Criminología de la Facultad de Derecho U.B.A. Buenos Aires: Ediciones Depalma, ano 1, n. 1, agosto de 2001, 225-240. Neste sentido, também, Muñoz Conde: “Está claro, pois, que a Dogmática não pode ser desvinculada da Política Criminal e que as finalidades político-criminais devem ser consideradas em sua elaboração. O problema consiste em saber qual é o modelo político-criminal que

Esta política criminal valorativa apresenta duas ideias fundamentais: a crença na prevenção do delito e a convicção da necessidade da manutenção das garantias penais, sob um viés de orientação prática e eficientista. Por isso, a decisão deve se voltar ao caso concreto, ainda que se tenha que vulnerar a preocupação ontológica com a tão “louvada” integração do sistema.

A crise do pensamento sistemático serve para reforçar a perspectiva funcionalista moderada, possibilitando uma correção valorativa das soluções dogmático-conceituais por meio de soluções político-criminais. A composição da decisão adequada, portanto, agrega elementos advindos da teoria do delito sistemática, tal qual concebida pelo finalismo, e as propostas axiológicas advindas da política criminal. Assim, teríamos uma decisão concreta mais próxima da noção utópica de Justiça. Clarividentes as colocações do próprio Roxin:

[...] fica claro que o caminho correto só pode ser deixar as decisões valorativas político-criminais introduzirem-se no sistema do direito penal, de tal forma que a fundamentação legal, a clareza e previsibilidade, as interações harmônicas e as conseqüências detalhadas deste sistema não fiquem a dever nada à versão formal-positivista lisztiana.³²⁹

Diante de todo o exposto, não há como fugir à afirmação que, em nosso país e na maioria dos países ocidentais, quando se fala em política criminal, refere-se a um sistema regido pelos postulados do Estado Democrático e Social de Direito. Qualquer pretensão de legitimação do direito penal e da pena deve se pautar segundo os valores trazidos por este modelo de Estado. Mas quais seriam esses valores? De onde seriam eles extraídos? Qual é a

se deve ter em conta quando se faz Dogmática. Política Criminal, está bem mas qual? E este é um problema que, desde logo, não pode ser resolvido se não se leva em consideração o modelo de Estado e de sociedade no qual se utiliza esta Dogmática. Por isso, se deve ser muito cauteloso também ao conceber a Dogmática jurídico-Penal só como uma ‘gramática universal’ que pode ser empregada em qualquer tempo e lugar, ao mesmo tempo no Estado social e democrático de Direito e no Estado nacional-socialista, porque isso, a parte de ser bastante utópico, pode ser também muito perigoso e servir de legitimação de qualquer Direito Penal, incluindo o do nacional-socialismo e o das ditaduras fascistas, a espanhola, as latino-americanas e as de qualquer outra parte do mundo onde se dêem tais modelos que é, em definitivo, o que se desprende de uma proposta dogmática tão ascética e puramente sistemática como foi a que se cultivou na Dogmática jurídico-penal alemã dos anos 50 e 60.” MUÑOZ CONDE, Francisco. **Edmund Mezger e o Direito Penal de seu tempo**. Trad. Paulo César Busado. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 59.

³²⁹ ROXIN, Claus. **Política criminal e sistema jurídico-penal**. Trad. Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 20. Nesta toada, aponta Figueiredo Dias: “Esta confissão a favor de um sistema teleológico-funcional e teleológico-racional da dogmática jurídico-penal não significa, porém, a recusa da intervenção de considerações axiológicas, de pontos de vista de valor, de critérios de validade e de intencionalidades normativas na dogmática, nem, muito menos, o pronunciamento a favor de argumentos de pura ‘engenharia social’. Os desenvolvimentos mais recentes e significativos da dogmática jurídico-penal e dos seus pressupostos fundamentais revelam que tal oposição não é necessária e que, em vez dela, o que entre aquelas concepções deve interceder é uma relação dialética capaz de conduzir, no fim, a uma unidade axiológico-funcional.” DIAS, Jorge de Figueiredo. **Questões fundamentais de direito penal revisitadas**. São Paulo: RT, 1999, p. 38.

unidade axiológico-funcional que une direito penal e política criminal? A resposta aponta para a Constituição.

7.1 VALORES JURÍDICO-PENAIIS NA CONSTITUIÇÃO: a Carta Política como pauta valorativa

O direito não representa um somatório de regras avulsas, desconexas. Pelo contrário, apresenta unidade de sentido, coerência, consistência. As normas são relacionadas entre si sob a regência da Constituição. Como pressuposto deste trabalho, deve-se ter em mente a natureza normativa e o lugar de proeminência da Constituição, localizada no cimo da pirâmide normativa, o que possibilita a irradiação de seus efeitos a todas as áreas jurídicas. Por sua singular posição hierárquica, as normas³³⁰ constitucionais são consideradas as linhas mestras do ordenamento jurídico, núcleo fundamental do sistema.

Em virtude de sua tradição liberal, já mencionado em capítulos anteriores, as constituições têm como função primordial – ou primeira – a limitação do poder do Estado. A Constituição da República Federativa do Brasil impõe tais limites através da máxima proteção conferida aos direitos e garantias fundamentais e ao princípio da dignidade humana.

Como “estatuto fundamental da ordem jurídica geral”, na expressão de Canotilho e Vital Moreira³³¹, a Constituição deve ser considerada o parâmetro para a criação e interpretação do Direito. Com o direito penal não é diferente. Trata-se – ou dever-se-ia tratar – de direito constitucional aplicado. De fato, há princípios de direito penal expressos e implícitos no seio da Constituição de 1988, além dos princípios constitucionais gerais referentes à matéria penal³³².

Os axiomas constitucionais em matéria penal representam “[...] uma exigência de racionalização e legitimação, imposta pela Carta Constitucional, para elaboração e operacionalização do Direito Penal em um Estado Democrático de Direito.”³³³ Desvinculado

³³⁰ Por normas, entendam-se regras e princípios, nos moldes já propostos por Dworkin e Alexy.

³³¹ CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital. **Fundamentos da Constituição**. Coimbra: Almedina, ANO, p. 38.

³³² Há quem elabore uma distinção entre princípios constitucionais de direito penal e princípios constitucionais referentes à matéria penal. Os primeiros dispõem de conteúdo eminentemente penal, como a ofensividade e intervenção mínima, ao passo que os outros referem-se ao sistema como um todo e interferem no âmbito penal tangentemente, como a igualdade, por exemplo. Por todos, ver PALLAZO, Francesco. **Valores constitucionais e direito penal**. Trad. Géron Pereira dos Santos. Porto Alegre: Sergio Fabris editor, 1989, p. 22 e s.

³³³ LIMA, Alberto Jorge Correia de Barros. **Limites constitucionais do legislador e do juiz na incriminação e descriminalização de condutas**: a imposição dos princípios constitucionais penais. Recife: O Autor, 2006, p. 59.

dos valores constitucionais, o direito penal será arbitrário, já que submetido unicamente ao alvedrio do legislador.

Os valores trazidos pela Constituição, e veiculados principalmente através de princípios constitucionais em matéria penal, revelam uma política criminal minimalista³³⁴, adequada a um modelo de Estado Democrático e Social de Direito. Por isso, o legítimo direito penal deve pautar-se segundo seus valores, ou seja, minimalisticamente, reservando a pena criminal para resguardar os valores trazidos pela Constituição, pois se, por um lado, o delito representa a ofensa mais grave aos bens mais importantes tutelado pelo Estado, a sanção criminal, por outro lado, dá corpo à mais avassaladora intervenção do Estado na esfera individual.

Tal preocupação desvela-se de todo justificada uma vez que se almeja evitar a instrumentalização política e funcional-sistêmica do direito penal, dotando-o do que Palazzo denominou exigência mínima de eticidade, conferida pelas afirmações constitucionais a propósito da intangibilidade da dignidade humana.³³⁵

Do exposto, parece fora de dúvida que os valores básicos constitucionalizados consistem em elementos axiológicos, responsáveis pela unidade, legitimidade e fundamento do direito penal e da ordem jurídica como um todo. São valores que não podem ser olvidados pelo legislador ordinário quando da criação de novos tipos penais. Isto é, a Constituição representa o único instrumento legítimo capaz de estreitar as linhas conceituais do direito penal e da política criminal, operando a necessária delimitação do poder punitivo em critérios fixos, eficientes e em concordância com os valores gerais.

Nesta ordem de ideias, e em consonância com os princípios constitucionais penais a seguir analisados, a missão do direito penal num Estado Democrático de Direito não pode ser outra, senão a exclusiva proteção de bem jurídico.

³³⁴ É bem verdade que há, expressamente, na Constituição de 88 normas que impõem ao legislador a criminalização de determinadas condutas, como o racismo, a ação de grupos armados contra o Estado Democrático de Direito, entre outros. São os chamados “mandados constitucionais de criminalização”. Contudo, pelos objetivos do presente trabalho, estes não serão abordados. Para maior aprofundamento ver LIMA, Alberto Jorge Correia de Barros. **Limites constitucionais do legislador e do juiz na incriminação e descriminalização de condutas**: a imposição dos princípios constitucionais penais. Recife: O Autor, 2006.

³³⁵ PALLAZO, Francesco. **Valores constitucionais e direito penal**. Trad. Gérson Pereira dos Santos. Porto Alegre: Sergio Fabris editor, 1989, p. 18.

7.1.1 A missão do direito penal no Estado Democrático de Direito brasileiro: exclusiva proteção de bens jurídicos³³⁶ e a intervenção penal mínima

Corroborando entendimento já delineado no Capítulo Segundo, pode-se afirmar que o direito penal se presta unicamente a tutelar bens jurídicos essenciais contra as ofensas mais graves.³³⁷ Extrai-se tal ilação a partir da análise do texto constitucional brasileiro que revela, implicitamente, dentre outros princípios de suma importância em matéria penal, os postulados da subsidiariedade, da exclusiva proteção de bem jurídico e da ofensividade, demonstrando uma postura voltada à intervenção penal mínima.³³⁸

Adotando, nesta dissertação, a teoria constitucionalista geral ou ampla³³⁹, abordada no Capítulo Segundo, por entendê-la compatível com o modelo garantista e com o funcionalismo teleológico, a Constituição, para além de unir o direito penal com a política criminal, simboliza o marco referencial para o legislador penal quando da seleção dos bens jurídicos tuteláveis. Equivale dizer, as opções do legislador não podem conflitar com o quadro de valores encontrado expressa e implicitamente na Constituição da República, que funciona sempre como balizamento positivo e negativo de sua atuação.

A intervenção penal, além de exigir o respeito ao princípio da legalidade estrita, reclama e impõe a presença da ofensividade social como forma de legitimação de atuação,

³³⁶ Claus Roxin defende que, além de proteger bens jurídicos, ao direito penal cabe a função de garantir determinadas prestações públicas de que depende o indivíduo no quadro da assistência social por parte do Estado. Por não se apresentar relevante ao presente trabalho, isso não será abordado. Para mais informações conferir ROXIN, Claus. **Problemas fundamentais de direito penal**. Trad. Ana Paula dos Santos Luís Natscheradetz. 3. ed. Lisboa: Vega, 1998.

³³⁷ Rafael Braude Canterji entende que a missão do direito penal não é proteger bem jurídico. O bem jurídico funciona como pressuposto de tipificação de conduta, mas nunca como missão ou função. Ver CANTERJI, Rafael Braude. **Política criminal e direitos humanos**. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2008. Há quem entenda, com Cláudio do Prado Amaral, que o núcleo do direito penal reside na mera violação de um dever, e que a pretensão de tutela exclusiva de bens jurídicos deve ser compatibilizada com a noção de danosidade social, dada a ausência de limites na definição de bens jurídicos. Assim, o delito seria um fenômeno disfuncional que impede ou impõe obstáculos a que o sistema social resolva os problemas de sua conservação. A missão do direito penal não passaria, portanto, da conservação da identidade social. AMARAL, Cláudio do Prado. **Bases teóricas da ciência penal contemporânea**. São Paulo: IBCCRIM, 2007, p. 170. Sem razão, contudo, as críticas apontadas por Cláudio Amaral, uma vez que as objeções por ele levantadas contra o bem jurídico como objeto de tutela do direito penal podem ser facilmente rebatidas adotando-se a teoria constitucionalista ampla, já amplamente delineada, e a teoria da imputação objetiva, tendo sempre como limite a Constituição Federal.

³³⁸ A abordagem cingir-se-á à análise dos princípios decorrentes de uma intervenção penal mínima, já que apenas estes demonstram uma vinculação direta com o bem jurídico-penal. Os demais, como legalidade, culpabilidade, humanidade etc, a despeito de sua enorme importância em matéria penal, principalmente como imposição de conteúdo ao legislador, não apontam diretamente ao bem jurídico, por isso não serão estudados.

³³⁹ “A Constituição seria utilizada como parâmetro de legitimação da lei penal, porém, sem exaurir-se na proteção única e exclusiva dos bens nela albergados. Nesta perspectiva, outros, mesmo que não mencionados diretamente pela Constituição, poderiam ser criminalizados. Para tanto, exige-se, como condição, a inexistência de antagonismo entre o bem protegido e a ordem constitucional.” BIANCHINI, Alice. **Pressupostos materiais mínimos da tutela penal**. São Paulo: RT, 2002, p. 44.

fundado no desvalor da ação, do resultado e do grau de lesividade do bem jurídico tutelado, figurando imprescindível o reconhecimento da dignidade penal do bem jurídico tutelado e da necessidade de sanção, reveladores de sua concepção fragmentária, proporcional e de intervenção mínima do direito penal.

Nessa ordem de ideias, deve-se reservar o direito penal aos episódios em que este se mostra estritamente necessário, uma vez que se trata de um sistema reprodutor de violência por excelência. Afastar a aplicação do direito penal em homenagem ao princípio da intervenção mínima pode significar que o bem jurídico não seja digno de proteção penal; ou que a maneira como foi atingido não ostente idoneidade para provocar uma lesão; ou, ainda, que o direito penal seria prescindível ao controle do fato, cedendo lugar às demais instâncias de controle do fato.

Ressalta Alberto Jorge Correia de Barros Lima que o princípio em tela possui uma dúplici finalidade. Por um lado, deve funcionar como parte do instrumental de proteção aos direitos fundamentais, como limitação do *jus puniendi*; por outro, deve, em razão de medida programática de política criminal, levar a efeito a otimização do funcionamento do sistema penal, afinal, nada favorece tanto a criminalidade como a penalização excessiva de qualquer comportamento.³⁴⁰

Desta forma, o princípio maior da intervenção penal mínima³⁴¹ pode ser subdividido em três outros postulados: exclusiva proteção de bem jurídico (dignidade penal do bem jurídico), ofensividade e subsidiariedade (necessidade da pena ou *ultima ratio*).

7.1.1.1 Princípio da exclusiva proteção de bem jurídico: um estudo da dignidade penal

Num enredo democrático social de Direito, o processo criminalizador não se pode dar arbitrariamente, ao talante dos congressistas ou da sociedade, ainda que respaldado na maioria. O axioma que ora se estuda impõe limites materiais à criminalização, obstando que o delito seja visto como mera infração de um dever, e reservando a sanção penal aos casos mais graves de ofensas a bens jurídicos constitucionais, sejam individuais, sejam coletivos.

A necessidade de lesão ou perigo de lesão a um bem jurídico obsta a imposição, através do direito penal, de padrões morais às pessoas. Num Estado Democrático e secular,

³⁴⁰ LIMA, Alberto Jorge Correia de. **Limites constitucionais do legislador e do juiz na incriminação e descriminalização de condutas**: a imposição dos princípios constitucionais penais. Recife: O Autor, 2006, p. 68.

³⁴¹ O princípio da intervenção mínima, assim como seus corolários, é considerado implícito na Carta Política de 1988, decorrendo da dignidade humana e do art. 3º, IV que traz a efetivação do bem de todos por meio da obrigatória ação dos poderes públicos.

defensor do pluralismo cultural e ideológico, as opções de vida de cada um devem ser respeitadas pelo Estado e através do Estado. Características pessoais, formas de se vestir, ideologias, religião não interessam ao direito penal, a não ser que impliquem numa ofensa a um bem jurídico alheio. Do contrário, o direito penal e o sistema penal não são adequados, nem legitimados, à educação moral dos cidadãos, tampouco à proibição de condutas que não ultrapassem a esfera individual, reservadas à intimidade do indivíduo.³⁴² “Se uma acção não afecta o âmbito de liberdade de ninguém, nem tão-pouco pode escandalizar directamente os sentimentos de algum espectador porque é mantida oculta na esfera privada, a sua punição deixa de ter um fim de protecção.”³⁴³

Assim, é a partir da Constituição que se retira a dignidade do bem jurídico. Se o bem, ao menos indirectamente, encontra-se previsto na Lei Maior, será considerado digno de receber a protecção penal, em consonância com a teoria constitucionalista ampla, já tão trabalhada nesta dissertação.

Com Figueiredo Dias:

[...] os bens do sistema social se transformam e se concretizam em bens jurídicos dignos de tutela penal (em bens jurídico-penais) através da ordenação axiológica jurídico-constitucional. Logo, por aqui se deve concluir que um bem jurídico político-criminalmente vinculante existe ali – e só ali – onde se encontre refletido num valor jurídico-constitucionalmente reconhecido em nome do sistema social total e que, deste modo, se pode afirmar que preexiste ao ordenamento jurídico-penal. O que por sua vez significa que entre a ordem axiológica jurídico-constitucional e a ordem legal – jurídico-penal – dos bens jurídicos tem por força se verificar uma qualquer relação de mútua referência. Relação que não será de identidade, ou mesmo só de precípua cobertura, mas de analogia material, fundada numa essencial correspondência de sentido e – do ponto de vista da sua tutela – de fins. Correspondência que deriva, ainda ela, de a ordem jurídico-constitucional constituir o quadro obrigatório de referência e, ao mesmo tempo, o critério regulativo da atividade punitiva do Estado. É nesta acepção, e só nela, que os bens jurídicos protegidos pelo direito penal se devem considerar concretizações dos valores constitucionais expressa ou implicitamente ligados aos direitos e deveres fundamentais. É por esta via – e só por ela em definitivo – que os bens jurídicos se transformam em bens jurídicos dignos de tutela penal ou com dignidade jurídico-penal.³⁴⁴

³⁴² Figueiredo Dias e Costa Andrade aduzem: “[...] Pelo menos do ponto de vista do direito criminal, a todos os homens assiste o inalienável direito de irem para o inferno à sua própria maneira.” DIAS, Jorge de Figueiredo; COSTA ANDRADE, Manuel da. **Criminologia**. Coimbra: Coimbra Editora, 1984, p. 467.

³⁴³ “O Estado tem de salvaguardar a ordem externa, mas não possui qualquer legitimidade para tutelar moralmente o particular. A Igreja que cuida da salvação das almas e da boa conduta moral de seus fiéis, encontra-se numa situação completamente diferente; porém, a sua autoridade não lhe advém do homem.” ROXIN, Claus. **Problemas fundamentais de direito penal**. Trad. Ana Paula dos Santos Luís Natscheradetz. 3. ed. Lisboa: Vega, 1998, p. 30.

³⁴⁴ **Questões fundamentais de direito penal revisitadas**. São Paulo: RT, 199, p. 66-67.

7.1.1.2 O caráter fragmentário do direito penal e o princípio da ofensividade

Não há dúvida de que o direito penal não confere proteção à totalidade dos bens jurídicos. Representa um sistema descontínuo, conferindo salvaguarda não a todos os bens dignos de tutela, mas apenas àqueles que vierem a sofrer uma lesão ou perigo de lesão insuportável.³⁴⁵ “Daí dizer-se *fragmentária* essa proteção, pois se concentra o direito penal não sobre o todo de uma dada realidade, mas sobre fragmentos dessa realidade de que cuida, é dizer, sobre interesses jurídicos relevantes cuja proteção penal seja absolutamente indispensável.”³⁴⁶

O adágio *nullum crimen sine injuria* resume o compromisso do legislador e do aplicador do direito com uma nova forma de conceber o crime, como conduta humana voluntária formalmente típica que lesione ou coloque em perigo, concreto ou abstrato³⁴⁷, um bem jurídico relevante, essencial à convivência em sociedade. Não basta a constatação da dignidade do bem jurídico, é mister que esse bem sofra uma ofensa considerável, danosa socialmente.

O direito penal só deve intervir se comprovada a lesividade concreta do bem jurídico criminal, em situação de afronta à coletividade. Impõe-se a produção de um dano ou de um perigo de dano de forma significativa, capaz de afetar as condições comunitárias essenciais ao livre desenvolvimento e realização da personalidade humana.³⁴⁸ O princípio conduz à dupla limitação: ao legislador, impede a criação de delitos que não ofendam bens jurídicos abstratamente; ao juiz, impõe o dever de afastar o *jus puniendi* quando o fato concretamente for inofensivo ao bem jurídico.

O segundo caso denota preocupação com a insignificância da ação, já que há situações em que, a despeito da dignidade do bem jurídico, a ofensa sofrida desvela-se deveras insignificante, deslegitimando a atuação do sistema penal. Cuida-se de uma

³⁴⁵ Transpondo para a linguagem matemática, pode-se dizer que há um conjunto maior que compreende todos os bens jurídicos. Dentro deste conjunto, existe o subconjunto dos bens jurídicos dignos de tutela penal. E, ainda, dentre deste subconjunto, há o subconjunto composto pelos bens dignos de tutela penal que sofrem uma violação intolerável. Apenas estes últimos serão objeto de proteção penal.

³⁴⁶ QUEIROZ, Paulo de Souza. **Do caráter subsidiário do direito penal**. Belo Horizonte: Del Rey, 1998, p. 119.

³⁴⁷ Sobre a constitucionalidade dos delitos de perigo abstrato ver Capítulo Quinto.

³⁴⁸ A fim de não se confundir a dignidade penal do bem jurídico com a necessária ofensa a esse bem, observe-se o exemplo trazido por Alice Bianchini: “[...] o casamento constitui um bem valorado socialmente e, também, penalmente, inclusive com capítulo específico no Código Penal, no título que trata da família (título VII, capítulo I). Dentre os deveres do matrimônio consta o de manter relações sexuais. No entanto, a conduta de um dos cônjuges, no sentido de descumprimento deste preceito, atentando, assim, contra um dos deveres do casamento, não possui danosidade social, muito embora o bem, no caso o casamento, esteja impregnado de dignidade penal.” BIANCHINI, Alice. **Pressupostos materiais mínimos da tutela penal**. São Paulo: RT, 2002, p. 57.

perspectiva voltada ao caso concreto, e deve ser apreciada pelo magistrado de modo a afastar a tipicidade material da conduta.

O estudo até então elaborado, perseguindo a dignidade do bem jurídico e a ofensividade da conduta, compõe a primeira etapa do processo de criminalização legítima de condutas, a que Alice Bianchini denomina merecimento da pena. Merecimento de pena não se confunde com necessidade de pena. Merece-se uma pena quando se pratica uma conduta dotada de danosidade social; necessita-se de pena quando o direito penal apresenta-se como único meio apto a combater esta conduta.

7.1.1.3 Princípio da subsidiariedade e a necessidade da tutela penal: o direito penal como *ultima ratio*

Constatado o merecimento da pena, uma vez que o bem, digno de proteção penal, foi lesionado de maneira intolerável, deve-se perquirir se o direito penal mostra-se verdadeiramente necessário ou se outro mecanismo do controle social do delito, como o direito civil, direito administrativo, família ou religião, seria suficiente. Equivale dizer, o direito penal só deve ser utilizado quando presentes condutas violadoras de um bem jurídico alçado ao patamar de dignidade penal (constitucional), sempre que se revelar insuficiente ou ineficaz sua eficaz proteção por outros meios de controle social, formal ou informal. Atua, destarte, o sistema penal de forma subsidiária, como *ultima ratio*, apenas quando esgotados todos os instrumentos de menor lesividade. Para Figueiredo Dias:

[...] mesmo quando uma conduta viole um bem jurídico, ainda os instrumentos jurídico-penais devem ficar fora de questão sempre que a violação possa ser suficientemente controlada ou contrariada por meios não criminais de política social: a necessidade social torna-se em critério decisivo de intervenção do direito penal, assim avorado, em *ultima* ou *extrema ratio* da política social.³⁴⁹

Ademais, a necessidade da tutela penal impõe, igualmente, um estudo acerca da adequação e eficácia da atuação penal. Diante da imprescindibilidade da atuação do direito penal, face à ausência de meios menos gravosos, deve-se perquirir se o direito penal se revela adequado a atingir a finalidade a que se almeja. Isto é, se a medida penal utilizada dispõe, abstratamente, de aptidão para cumprir com as finalidades a que foi instituída. Após, analisa-se se a medida se mostra eficaz em concreto para perseguir a finalidade desejada. Como se vê, adequação e eficácia não se confundem. Adequação demonstra uma preocupação com os

³⁴⁹ DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito penal português**. Parte Geral II. Lisboa: Aequitas, 1993, p. 66.

meios utilizados abstratamente considerados, ao passo que a eficácia se debruça sobre os fins concretamente alcançáveis.

Uma determinada medida, portanto, pode desvelar-se adequada, porém ineficaz; ou eficaz, mas inadequada. Em qualquer destas hipóteses, o sistema penal não estará legitimado a atuar, já que, de uma forma ou de outra, seus objetivos serão desrespeitados. Enfim, deve-se responder ao seguinte questionamento: a intervenção penal é apta a atingir o fim atribuído ao direito penal? Os meios selecionados conduzem à finalidade almejada? Se a resposta for positiva, segue-se o procedimento de criminalização.³⁵⁰

Tal exigência remete-se à própria noção de Estado Democrático e social de Direito, que impõe um direito penal racional, cuja intervenção deve contar com a menor intensidade possível, já que impregnada de alto grau de restrição e violação a direitos fundamentais. É dever do Estado intervir o mínimo possível na esfera privada e garantir o máximo grau de liberdade.³⁵¹

Concorre para a implementação satisfatória do princípio da necessidade da pena a noção de proporcionalidade. Também denominado de proibição de excesso, o axioma funciona como importante baliza ou limite às ingerências estatais desnecessárias, inadequadas ou despropositadas, adequando a sanção penal, de modo proporcional, à gravidade do ilícito, cuja aferição se realiza mediante emprego de seus três sub-princípios classificados pela doutrina como princípio da necessidade, cuja aplicação prática se perfaz através da subsidiariedade, já exposto alhures; princípio da adequação, idoneidade ou suficiência, também já destacado e princípio da proporcionalidade em sentido estrito, segundo o qual os meios penais restritivos e os fins obtidos devem situar-se numa justa medida, impedindo a aplicação de vias penais simbólicas ou desproporcionadas à gravidade do ilícito. Faz-se um juízo de ponderação entre os meios e os fins existentes, pesando-se as vantagens e

³⁵⁰ Alice Bianchini separa as noções de necessidade da pena daquelas vinculadas à adequação e eficácia do direito penal. Estas últimas representariam uma terceira etapa do processo de criminalização, que não se confundiria com a primeira, merecimento de pena e com a segunda, necessidade de pena. Para detalhes, ver BIANCHINI, Alice. **Pressupostos materiais mínimos da tutela penal**. São Paulo: RT, 2002.

³⁵¹ Contundentes as palavras de Paulo Queiroz: “[...] dizer, com Montesquieu, que toda pena que não deriva da necessidade é tirânica, ou, como Beccaria, que proibir uma enorme quantidade de condutas indiferentes não é prevenir os crimes que dela possam resultar, mas criar outros novos, ou, ainda, como a Constituição Francesa de 1791, art. 8º, que a lei não deve estabelecer penas que não sejam estritamente e evidentemente necessárias, outra coisa não é senão reconhecer, ao menos politicamente, o caráter subsidiário da intervenção penal como a mais violenta das formas de intervenção do Estado na vida dos cidadãos. É reconhecer que não se deve apelar a esse castigo extremo senão quando não se puder, de fato, conjurar a lesão de que se cuida por instrumentos menos dramáticos. É reconhecer-lhe, enfim, o caráter de extrema ou *ultima ratio* da política social.” QUEIROZ, Paulo. **Do caráter subsidiário do direito penal**. Belo Horizonte: Del Rey, 1998, p. 27. E, ainda, Roxin: “[...] a utilização do direito penal onde bastem outros procedimentos mais suaves para preservar ou reinstaurar a ordem jurídica não dispõe da legitimação da necessidade social e perturba a paz jurídica, produzindo efeitos que afinal contrariam os objetivos do direito.” ROXIN, Claus. **Problemas fundamentais de direito penal**. Trad. Ana Paula dos Santos Luís Natscheradetz. 3. ed. Lisboa: Vega, 1998, p. 22.

desvantagens das medidas em relação aos resultados obtidos.³⁵² Questiona-se a existência de proporcionalidade entre o custo individual ou social da medida infligida ao indivíduo e o benefício que ela institui à coletividade.

A necessidade da pena, pois, deve ser alicerçada no seguinte tripé: necessidade propriamente dita (*ultima ratio*) – adequação (meios) – eficácia (fins). Dentro destas balizas, o legislador encontra liberdade para atuar. Fora delas, sujeitará a lei produzida ao controle de constitucionalidade pelo Poder Judiciário.

Enfim, para classificar determinado fato como delitivo, deve-se seguir, então, um rigoroso procedimento: a) violação dos bens mais fundamentais; b) conduta criminalizada provocadora de considerável abalo social; c) indisponibilidade de outros meios menos onerosos; d) meios selecionados adequados e eficazes.

7.2 O DIREITO PENAL BRASILEIRO A SERVIÇO DE UMA POLÍTICA CRIMINAL CONSTITUCIONAL E GARANTISTA

Diante da “guerra” travada entre expansionistas *versus* minimalistas, a melhor solução reside em reservar o direito penal para atender às reais necessidades sociais (frise-se: apenas as necessidades reais), sem ignorar os preceitos constitucionais. Palazzo reforça que os princípios e garantias penais tradicionais sofrem o condicionamento da realidade social e de suas transformações. Por isso, não podem ser tomados de maneira absoluta, rígida e imodificável, sob pena de se tornarem inúteis. No atual momento histórico-social, adverte o autor que certas alterações do caráter clássico do direito penal devem ser realizadas, já que não se pode renunciar à tutela penal em nome de uma suposta intangibilidade de garantias fundamentais.³⁵³

Cumprido consignar, outrossim, a posição dos autores italianos Marinucci e Dolcini, citados por Marta Machado, que criticaram duramente as formulações clássicas do direito penal mínimo, manifestando-se favoráveis à expansão do direito penal no âmbito da tutela de bens jurídicos supraindividuais. Salientam que a retração do direito penal em detrimento de interesses difusos e coletivos deve ser vergastada, bem como a sua hipertrofia. A atuação

³⁵² REALE, Miguel. Legislação penal antitruste: Direito Penal Econômico e sua acepção constitucional. Disponível em www.realeadvogados.com.br. Acesso em 24 de janeiro de 2006, p. 25.

³⁵³ PALLAZO, Francesco. Valores constitucionais penais e direito penal. Trad. Gérson Pereira dos Santos. Porto Alegre: Sergio Fabris editor, 1989, p. 25. Ver também MACHADO, Marta Rodriguez de Assis. **Sociedade do risco e direito penal**. São Paulo: IBCCRIM, 2005, p. 183.

penal, segundo os italianos, deve ser equilibrada, abrangendo bens jurídicos individuais, coletivos e difusos.³⁵⁴

Contudo, hodiernamente, a tendência internacional (e brasileira)³⁵⁵ concentra-se na utilização de uma reação penal considerada simbólica, marcada por instrumentos inaptos a combater efetiva e eficazmente as infrações penais, sobretudo aquelas ligadas à área econômica. O que importa é manter um nível de tranquilidade na opinião pública, estribado apenas na impressão de que o legislador se acha preocupado com o delito. Produz-se a ilusão de que os problemas foram solucionados. Não raro, sobretudo quando se trata da criminalidade patrimonial, pensa-se militarmente, em termos de verdadeira guerra entre o Estado e os infratores, na qual o direito penal se afigura como a primeira infantaria.³⁵⁶

Os efeitos de um direito penal altamente expandido ultrapassam os limites da política criminal, refletindo na teoria da pena e na doutrina do bem jurídico, produzindo, ao final, uma verdadeira instrumentalização da intervenção penal, com vistas a fins unicamente políticos e eleitoreiros. A incorporação ao direito penal dos ideais de insegurança, recrudescimento do tratamento da criminalidade de massas, ou mesmo a proteção exacerbada a bens jurídicos transindividuais, configura verdadeira ameaça ao direito penal constitucional-garantista. Implica o abandono de sua tarefa de assegurar a tutela mínima a bens jurídicos relevantes, para transformá-lo em instrumento de controle dos grandes problemas sociais, ultrapassando a função de reprimir lesões pontuais a bens jurídicos, para prevenir, em grande escala, situações problemáticas, inclusive potenciais.

Nessa realidade, o direito penal deixa de exercer sua missão de tutela exclusiva de bens jurídicos, para executar vagas e imprecisas funções promocionais ou simbólicas. Retomando as lições de Franz Von Listz, segundo o qual o direito penal constitui barreira infranqueável da política criminal, Hassemer afirma que, hoje, no direito penal do risco, ocorre o inverso, o direito penal aparece como instrumento da política criminal.³⁵⁷

³⁵⁴ MACHADO, Marta Rodriguez de Assis. **Sociedade do risco e direito penal**. São Paulo: IBCCRIM, 2005, p. 184.

³⁵⁵ HASSEMER, Winfried. Perspectivas de uma moderna política criminal. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. São Paulo: RT, n° 08, outubro-dezembro de 1994, p. 41-51.

³⁵⁶ Como exemplo desta expansão no Brasil, podemos citar, fora do âmbito do direito penal econômico, a Lei 8.072 que fixou o regime integral fechado para os crimes hediondos – declarado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal após dezesseis anos de vigência; o regime disciplinar diferenciado – RDD, que isola o indivíduo de qualquer contato social por 360 dias, prorrogável por igual período, inclusive nos casos de prisão cautelar; relativo ao direito penal econômico, pode-se citar a Lei 9.605 de 1998 que, ao tratar dos crimes contra o meio ambiente, tipifica algumas condutas sem qualquer lesividade ao bem jurídico; sem falar na Lei de crimes contra o sistema financeiro (7492/86) e contra a ordem tributária, econômica e as relações de consumo (8137/90), dentre inúmeras outras legislações que compõem, principalmente, o direito penal do risco.

³⁵⁷ HASSEMER, Winfried. Perspectivas de uma política criminal. **Três temas de direito penal**. Porto Alegre: FESMP, 1993, p. 186.

Na verdade, o direito penal deve restringir-se tão-somente à proibição de condutas que provoquem lesão ou perigo de lesão a um bem jurídico caro à sociedade, não lhe cabendo promover a segurança das futuras gerações ou a diminuição social dos riscos e do sentimento de medo incrustado na população. Sua missão, na realidade, é bem mais modesta.

Dentro de uma perspectiva valorativa, vinculada a uma política criminal constitucional, o crescimento do direito penal, à maneira como vem ocorrendo, desrespeitando os postulados mais importantes do Estado democrático e social de Direito, desvela-se de todo incompatível com o modelo funcional teleológico proposto na presente dissertação. É imprescindível que o sistema penal adapte seus instrumentos ao combate da criminalidade, principalmente a econômica, que tanto desestabiliza o País. Mas esta adaptação deve se dar constitucionalmente, sem repúdio ao que foi construído no decorrer deste capítulo.

O direito penal, de maneira geral, e precipuamente no que concerne à seara econômica, deve submeter-se a um amplo processo de descriminalização de condutas, seguindo-se o procedimento já acima apontado: averiguar a dignidade constitucional do bem jurídico; a inexistência ou insuficiência de outras instâncias de controle de crimes; a adequação e eficiência do sistema penal para atingir o desiderato almejado. Somente seguindo esta linha de raciocínio se poderá criar um tipo penal funcional e garantisticamente legítimo, seja ele o direito penal tradicional, seja o direito penal econômico. Apenas deste modo pode-se redesenhar e relegitimar o direito penal do risco.³⁵⁸

Não se trata, como bem se pode inferir, de abandono da ordem econômica *lato sensu* por parte do ordenamento jurídico ou do direito penal, uma vez que a ordem econômica permanecerá com o status de bem jurídico penalmente relevante. Apenas os tipos penais que a protegem serão “filtrados” e melhor selecionados.

A descriminalização de determinadas condutas e sua conseqüente administrativização já vem sendo adotada, paulatinamente, por diversos países, entre eles a Alemanha e a Itália. Na Alemanha, como resposta à tendência descriminalizatória da década de 40, foi promulgada a Lei dos Ilícitos de Mera Ordenação em 1949, segundo a qual são considerados ilícitos administrativos quaisquer ações ilegais e reprováveis punidas pela lei com uma multa e julgados por uma autoridade administrativa. Interessante notar, igualmente, que a Lei sobre restrições à concorrência, reformada em 1998, introduz novas figuras no Direito Alemão

³⁵⁸ Neste sentido, Figueiredo Dias: “[...] os processos de neocriminalização somente podem ser aceitos e considerados legítimos onde novos fenômenos sociais, anteriormente inexistentes ou muito raros, desencadeiam conseqüências comunitariamente insuportáveis e contra as quais se tenha de fazer intervir a tutela penal em detrimento de um paulatino desenvolvimento de estratégias não criminais de controle social” DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito penal português**. Parte Geral II. Lisboa: Aequitas, 1993, p. 66.

como a proibição de cartéis e de abuso de posição dominante, condutas estas que serão apreciadas e julgadas pelo Escritório Federal de Cartéis, órgão do Poder Executivo, podendo ser aplicadas penas de suspensão, interrupção e multas.³⁵⁹

Na Itália, por sua vez, a partir da Lei n° 689 de 1981, diversas condutas foram objeto de descriminalização e passaram a ser sancionadas pelo direito administrativo, com a grande vantagem da possibilidade de se responsabilizar as pessoas jurídicas. A Lei italiana antitruste, Lei n° 287 de 1990, prevê que as condutas atentatórias à ordem econômica devem ser processadas exclusivamente junto a um órgão integrante da Administração Pública que age com plena autonomia e independência de juízo e valoração, não havendo previsão penal para o combate dessas condutas.

No Brasil, bem como se dá na França, existe dupla tipificação de conduta à infração econômica, havendo leis administrativas e penais no mesmo sentido. A legislação administrativa de repressão ao abuso do poder econômico e ao aumento arbitrário de lucros existe desde a década de 60, quando a Lei 4.317 criou o CADE – Conselho Administrativo de Defesa Econômica –, transformado em autarquia, vinculado ao Ministério da Justiça, pela Lei 8.884/94, que lhe atribuiu as funções de instauração de processos administrativos, apuração e repressão administrativa às condutas atentatórias à ordem econômica, cominação de multas aos infratores etc.³⁶⁰

Considerada uma legislação avançada, especialmente se comparada à Lei 4.137/62, a Lei administrativo-econômica de n° 8.884/94 instituiu uma relativa garantia aos conselheiros do CADE, estendendo-lhes determinadas prerrogativas próprias dos magistrados, possibilitando um julgamento célere e especializado, a despeito da ausência de estrutura material e pessoal, bem como da forte influência política exercida.

A grande vantagem no uso do mecanismo administrativo, não-penal, para a luta contra os ilícitos econômicos consiste na possibilidade de atuação preventiva, antecipando-se ao dano, por meio de tipos abertos, tipos de perigo abstrato e por acumulação, além da possibilidade de imputação de responsabilidade sem a necessidade de se comprovar a existência de dolo ou culpa, bastando a mera ocorrência fática da conduta descrita no tipo. No âmbito não-penal, destarte, a responsabilidade objetiva mostra-se de todo admissível, inclusive, com a inversão do ônus da prova para o acusado.

³⁵⁹ REALE, Miguel. Legislação penal antitruste: Direito Penal Econômico e sua acepção constitucional. Disponível em www.realeadvogados.com.br. Acesso em 24 de janeiro de 2006, p. 43.

³⁶⁰ SICA, Leonardo. Caráter simbólico da intervenção penal na ordem econômica. **Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo**. São Paulo: RT, n° 02, julho-dezembro de 1998, p. 18-32.

Ademais, termos como “fixação de preços”, “padrão do comportamento do mercado”, “posição dominante” estão em constante mutação, exigindo do julgador uma postura ativa, no sentido de analisar o direito comparado, interpretar evolutivamente conceitos, extirpar noções antiquadas, posturas estas que se apresentam incompatíveis com o mecanismo penal de controle social, o qual não dispõe da agilidade imperiosa em deslindes deste jaez.

Nada obstante, tal procedimento não tem se mostrado suficiente. É preciso uma descriminalização ainda maior, com observância das etapas acima apontadas. A proteção da ordem econômica deve ser estimulada, em primeira instância, por políticas de cunho sócioeducativo, com a criação de associações de consumidores, convenções coletivas sobre consumo etc. Contudo, iniciativas deste porte necessitam de tempo para surtir efeitos, além de necessitar de um labor mais acurado por parte do Poder Público, o que obsta sua implementação.

O incremento dos limites do *ius puniendi*, direcionado para cumprir funções simbólicas da pena, exprime uma opção “suicida” do legislador, que retira da pena todos os seus fins concebidos ao longo dos tempos, seja retributivo, de prevenção geral ou especial, para torná-la inócua.

Para garantir o máximo grau de aplicabilidade dos postulados constitucionais, o modelo democrático possibilita a atuação do Poder Judiciário como forma de limite ao ideário criativo expansionista do Poder Legislativo. No campo penal, e no âmbito de um processo penal, é que o “ativismo” judicial se desvela premente e inexorável, uma vez que se trata do ramo jurídico que impõe a consequência mais gravosa ao cidadão, qual seja, a privação da liberdade. Neste sentido, não pode o juiz ficar “amarrado” à opção política adotada quando esta escolha contrarie e viole os direitos fundamentais, porquanto seu comprometimento maior é com o Estado Democrático de Direito e com a Constituição, que adota um modelo de direito penal minimalista e garantista. “Se os políticos são representantes do povo, o magistrado é o fiscal constitucional dos limites deste mandato. Se assim não age, propaga as inconstitucionalidades mitigando os direitos e garantias individuais e coletivos.”³⁶¹

A despeito de ser uma teoria imaginada inicialmente na Alemanha, um país central, o caminho até então perseguido se apresenta ainda mais indispensável se se consideram países emergentes ou periféricos, já que, nestes, a reação penal se apresenta muito mais irracional e desmedida, sendo imprescindíveis medidas que dotem de eficácia o sistema penal. Não

³⁶¹ SILVA, Ivan Luís Marques da. Direito penal neo-constitucionalista: equilíbrio necessário entre os anseios da sociedade e a legitimidade do ordenamento. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. São Paulo: RT, n° 73, julho-agosto de 2008, p. 83-106.

importa a quantidade de leis penais, nada faz desacreditar mais um sistema do que a impunidade. De que adianta uma “elefantíase” penal se as leis não são aplicadas? nem dispõem de possibilidade de o serem? Trata-se, na verdade, de um engodo. Algo produzido unicamente a fim de ludibriar o cidadão menos esclarecido.

Enfim, quando se pretende combater a criminalidade, deve-se ter em mente que o crime não é um tumor, nem uma epidemia, senão um doloroso problema interpessoal e comunitário. Uma realidade próxima, cotidiana, quase doméstica. Trata-se de um problema da comunidade, que nasce na comunidade e que deve ser resolvido na comunidade, de forma racional e democrática.

Nada obstante, o tratamento ministrado ao delito vem se mostrando altamente populista e ineficaz. Contempla-se o delito com um enfrentamento formal, simbólico e direto entre dois rivais – o Estado e o infrator –, que lutam entre si solitariamente, como lutam o bem e o mal, a luz e as trevas³⁶². Neste duelo, o grande perdedor é o Estado Democrático e social de Direito que se vê obrigado a se curvar frente a interesses oportunistas e eleitoreiros de legisladores inabilitados a discutir juridicamente e com parcimônia a questão criminal.

Imperioso, ao final deste trabalho, repisar a assertiva de Thomas Jeffery, segundo a qual mais direito penal, mais policiais, mais juízes e mais prisões significam mais infratores na cadeia, porém, não necessariamente, menos delitos.³⁶³

³⁶² MOLINA, Antonio García-Pablos de. **Criminologia**. Trad. Luiz Flávio Gomes. 3. ed. São Paulo: RT, 2000, p. 303.

³⁶³ Idem, *Ibidem*, p. 316.

CONCLUSÃO

A trajetória percorrida na presente dissertação procurou demonstrar como a ideia dos riscos da modernização foi percebida pelo sistema jurídico-penal a partir de uma perspectiva não apenas dogmática, senão, e principalmente, de acordo as valorações político-criminais, em busca de otimização da cooperação entre ambas as disciplinas, estruturadas sob a égide dos princípios constitucional-penais, explícitos ou implícitos.

O cenário trazido por Beck, relativo à sociedade mundial do risco, prenunciou o fim de uma sociedade industrial e sua substituição por outra exasperadamente tecnológica, massificada e global, que, a despeito de elevar o padrão de bem-estar da comunidade – discutível quando se tem em mente os países periféricos –, acabou por gerar riscos globais altamente destrutíveis, abalando estruturalmente o planeta, além de ensejar a configuração de novas formas de delinquência caracterizada como uma criminalidade econômica e organizada, dispondo de uma estrutura hierarquizada, quer em forma de empresas lícitas, ou como organização criminosas.

Constatou-se, no decorrer deste trabalho monográfico, que a percepção dos problemas da sociedade do risco exerce forte influência na conformação de uma política criminal voltada ao controle dos novos perigos. Dessa forma, intensifica-se o movimento expansionista penal, acentuando-se exacerbadamente o adiantamento da tutela penal através da utilização de tipos penais de perigo abstrato, tipos de mera conduta descritos de modo aberto e delitos por acumulação. Lança-se mão de critérios bem mais flexíveis de interpretação de certas categorias jurídicas e regras de imputação de responsabilidade, bem como se mitigam preceitos do nexo de causalidade. Tudo isso a fim de legitimar a proteção penal aos novos bens jurídicos supraindividuais sob um enfoque eminentemente preventivo.

Partindo-se destas linhas fundamentais, restou delineado o tortuoso processo de transformação e desvirtuamento por que vem passando o direito penal, como forma de adaptação e ajuste para seu emprego no campo da criminalidade moderna. No entanto, verificou-se, igualmente, que a índole desse novo modelo de intervenção penal – excessivamente expandido – colide frontalmente com os axiomas conformadores da base de legitimação do direito penal clássico. A salvaguarda de bens jurídicos por meio de modelos típicos que não se relacionam com o critério da ocorrência da lesão a esses bens, confunde-se com o asseguramento de patamares de segurança, que mantém uma relação meramente hipotética, simbólica ou promocional com o bem jurídico tutelado. Deste modo, a atuação do direito penal acaba afastando-se dos princípios da ofensividade, da proporcionalidade, da

subsidiariedade e da fragmentariedade, tão caros ao Estado Democrático e Constitucional de Direito.

Nesta ordem de ideias, o processo evolutivo do direito penal desembocou em um momento de crise de seu modelo teórico. Primeiramente, porque se exige da dogmática penal uma forte atuação na contenda contra os novos riscos, para a qual o seu aparato instrumental clássico não se apresenta condizente. Segundo, porque as vias de adequação do direito penal aos novos fenômenos do risco apresentavam-se carentes de referencial valorativo, contrapondo-se aos princípios fundamentais constitucionais.

A reflexão sobre esse panorama produziu basicamente duas correntes de pensamento, com posições intermediárias que conjugam elementos das duas. A primeira delas, defendendo a expansão, atribui ao direito penal a função de proteger bens jurídicos universais, necessários às gerações futuras, por meio do controle gerencial das situações geradoras de risco. Se o direito penal tradicional, de base clássica, não se encontra apto a lutar contra os riscos tecnológicos, este deve se adaptar, ultimando mudanças substanciais para concretizar seu desiderato e transformando-se, de vez, em direito penal do risco.

De outro lado, defende-se que o direito penal não deve atuar nos novos riscos se, para isso, tiver que olvidar os princípios e regras que pautam e legitimam sua atuação. O direito penal deve ser reduzido à proteção apenas fragmentária e subsidiária de bens jurídicos considerados essenciais à vida humana. Qualquer expansão para atender ao sentimento de medo incrustado na sociedade deve ser repelida e reputada ilegítima. Em suma, o desafio tematizado a partir do direito penal na sociedade mundial do risco está em harmonizar os anseios de uma política criminal protetiva contra os riscos, com a conservação das liberdades e garantias individuais. Esse é o debate que se abre a partir das constatações deste trabalho.

Enfim, o que se pretende, de fato, com essas considerações é levantar questões como: a absorção do paradigma do direito penal do risco, altamente expandido, é verdadeiramente capaz de cumprir com seus enunciados de controle dos riscos? A sociedade ficaria mais segura com a expansão do direito penal? Este direito penal do risco teria perspectivas positivas quanto a sua aplicação social? Por outro lado, deve-se indagar também se o modelo de direito penal minimalíssimo ainda atende (se é que um dia atendeu) às expectativas sociais.

Independentemente da posição que se adote, certo é que a dogmática – especialmente a brasileira que tem oferecido resistência em entrar nesta discussão – deve refletir sobre essas questões e avaliar quais os instrumentos disponíveis ao aplicador do direito para realizar a justiça no caso concreto e se esses instrumentos têm se revelado aptos e eficazes neste mister.

A hipótese deste trabalho, como alternativa intermediária viável a esse processo irracional e desmedido de expansão, revela as bastante sedutoras e harmônicas ideias de Claus Roxin referentes ao funcionalismo teleológico, segundo o qual a intervenção penal se legitima à medida em que aproxima de uma percepção axiológica para a construção de soluções dogmáticas e da própria noção substancial de delito. Vale dizer, a forma pela qual a intervenção penal se legitima é informada por valores extraídos de um programa de política criminal, que segue orientado, por sua vez, pelas finalidades a serem buscadas pelo direito penal. Enfim, a orientação de política criminal será fornecida exatamente pelo modelo de Estado a que se aspira.

Num Estado Democrático e Constitucional de Direito, a política criminal deve se orientar pelos valores constitucionais, respeitando os direitos fundamentais e a dignidade humana. Tal orientação demonstra uma concepção dogmática minimalista, o que impõe uma releitura do processo de expansão do direito penal para o combate dos novos riscos. Não se está a defender a ausência do direito penal nessa área. Pelo contrário, a dogmática penal deve se adaptar a essa nova realidade sob pena de não se apresentar funcional à sociedade. Mas essa adaptação deve se dar constitucionalmente, observando-se os valores trazidos na Carta Magna.

Não se pode descurar que uma intervenção minimalista (e não minimalíssima) coloca a dignidade penal e a carência de pena criminal como elemento nuclear de legitimação da intervenção penal. Fundadas no desvalor da ação, do resultado e no elevado grau de lesividade do bem jurídico tutelado, a dignidade penal e a necessidade de sanção, revelam a concepção fragmentária, proporcional e de intervenção mínima do direito penal que consolidam a existência de um Estado Democrático de Direito pautado na dignidade da pessoa humana.

É inegável que o direito penal tem um potencial simbólico muito mais acentuado que outras áreas do direito. Se, por uma banda, isto é inerente ao seu funcionamento, por outra, representa uma tentação à instrumentalização política. Desse modo, não se mostra difícil imaginar que o direito penal pode ser usado momentaneamente para acalmar a população.

À luz dessas breves considerações, parece essencial uma reflexão sobre o papel atual do aparato repressivo. A discussão deve se aprofundar e caminhar para uma ampla avaliação das consequências da expansão do direito penal, o que acaba conduzindo a muitas outras questões como o futuro do próprio direito penal, alternativas ao combate dos crimes etc. Mas essas são outras elucubrações.

REFERÊNCIAS

- ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de Filosofia**. São Paulo: Mestre Jou, 1970.
- ALVES, Wagner Antônio. **Princípios da precaução e da prevenção no direito ambiental brasileiro**. Rio de Janeiro: Juarez de Oliveira, 2005.
- AMARAL, Cláudio do Prado. **Bases teóricas da ciência penal contemporânea**. São Paulo: IBCCRIM, 2007.
- ANITUA, Gabriel Ignacio. **Histórias dos pensamentos criminológicos**. Trad. Sergio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, 2008.
- APONTE, Alejandro. Derecho penal del enemigo vs. Derecho penal del ciudadano. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. São Paulo: RT, n° 51, novembro-dezembro de 2004, p. 9-43.
- BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do direito penal**. Trad. Juarez Cirino dos Santos. Rio de Janeiro: Renavan, 1997.
- BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. Trad. T. Guimarães. São Paulo: Hemos, 1983.
- 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**. Trad. Magda Lopes. São Paulo: Editora da Universidade Estadual Paulista, 1997, p. 11-71.
- _____. **Ecological enlightenment: essays on the politics of the risk society**. New York: Humanity Books, 1995.
- _____. **La sociedade del riesgo: hacia una nueva modernidad**. Trad. Jorge Navarro; Daniel Jiménez; Maria Rosa Borrás. Barcelona: Paidós, 1998.
- _____. **O que é globalização?** Trad. André Carone. São Paulo: Paz e Terra, 1999.
- _____; GIDDENS, Anthony; LASH, Scott. **Modernização reflexiva: política, tradição e estética na ordem social moderna**. Trad. Magda Lopes. São Paulo: UNESP, 1997.
- BIANCHINI, Alice. **Pressupostos materiais mínimos da tutela penal**. São Paulo: RT, 2002.
- BOBBIO, Norberto. **Liberalismo e democracia**. Trad. Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Brasiliense, 1988.
- BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 1993.
- _____. **Do Estado Liberal ao Estado Social**. 5.ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1993.
- BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **Crimes de perigo abstrato e princípio da precaução na sociedade de risco**. São Paulo: RT, 2007.
- _____. Princípio da precaução, direito penal e sociedade de risco. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. São Paulo: RT, n° 61, julho-agosto de 2006, p. 44-121.
- BRICOLA, Franco. Teoria generale del reato. **Scritti di diritto penale**. Doutrini generali. Milano:Giuffrè, 1997.
- BÚJAN-PÉREZ, Martínez. **Derecho penal económico: parte general**. Valencia: Tirant lo blanch, 1998.

BUERGO, Blanca Mendoza. Exigencias de la moderna politica criminal y principios limitadores del derecho penal. **Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales**. n. LII. Madri, 2002, p. 279-321.

CABRERA, Raul Peña. El bien jurídico em los delitos económicos. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. São Paulo: RT, n° 11, julho-setembro de 1995, p. 36-49.

CALLEGARI, André Luis. **Direito Penal Econômico e lavagem de dinheiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional**. 4.ed. Coimbra: Almedina, 1997.

_____; MOREIRA, Vital. **Fundamentos da Constituição**. Coimbra: Almedina.

CANTERJI, Rafael Braude. **Política criminal e direitos humanos**. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2008.

CARRARA, Francesco. **Programma del corso di diritto criminale**. Parte generale. 7. ed. Lucca: Tipografia Di G. Ganovetti, 1989.

CASTELLS, Manuel. **A sociedade em rede**. São Paulo: Paz e Terra, 2000.

CAUBET, Christian Guy. O escopo do risco no mundo real e no mundo jurídico. In: VARELLA, Marcelo Dias (Org.). **Governo dos riscos**. Brasília: Rede Latino-americana-Europeia sobre Governos dos riscos, 2005.

CERVINI, Raúl. Macrocriminalidad económica. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. São Paulo: RT, n. 11, julho-setembro de 1995, p. 50-79.

CESAR, F. G., ABRANTES, P.C.C. Princípio da precaução: considerações epistemológicas sobre o princípio e sua relação com o progresso de análise do risco. **Cadernos de Ciência e Tecnologia**. Brasília. Vol. 20. N. 2, maio-agosto de 2003, p. 225-262.

COELHO, Yuri Carneiro. **Bem jurídico-penal**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003.

COMUNICAÇÃO DA COMISSÃO EUROPEIA SOBRE O RECURSO AO PRINCÍPIO DA PRECAUÇÃO.

COSTA ANDRADE, Manuel da. **Consentimento e acordo em direito penal**. Coimbra: Coimbra Editora, 1990.

COSTA, José de Faria. A responsabilidade jurídico-penal da empresa e dos seus órgão. **Revista Portuguesa de Ciências Criminais**. Coimbra: Coimbra, n° 04, outubro-dezembro de 1992.

CUNHA, Maria da Conceição Ferreira da. **Constituição e crime**: uma perspectiva de criminalização e descriminalização. Porto: Universidade Católica Portuguesa Editora (Estudos e monografias), 1995.

DARWIN, Charles. **A origem das espécies**. Trad. Auly de Soares. Brasília: UNB, 1981.

D'Avila. Fabio Roberto. Direito penal e direito sancionador. Sobre a identidade do direito penal em tempos de indiferença. **Revista Jurídica**. Porto Alegre: Notadez, n. 375, janeiro de 2009, p. 105-126.

_____. **Sobre o espaço do inimigo e os limites materiais do direito penal contemporâneo**. Ou reflexões sobre o contributo crítico de um direito penal de base onto-antropológica. Texto enviado pelo autor via e-mail aos 15 de setembro de 2006.

DECLARAÇÃO DO RIO DE JANEIRO SOBRE MEIO AMBIENTE E DESENVOLVIMENTO DE 1992.

DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS DO HOMEM E DO CIDADÃO.

DEL VECCHIO, Giorgio. **Lições de filosofia do direito**. Trad. Antônio José Brandão. 5. ed. Coimbra: Armênio Amado, 1979.

DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito penal**. Parte geral. Coimbra: Coimbra Editora, 2004.

_____. **Direito penal português**. Parte Geral II. Lisboa: Aequitas, 1993.

_____. O direito penal entre a “sociedade industrial” e a “sociedade do risco”. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. São Paulo: RT, n° 33, janeiro-março de 2001, p. 38-65.

_____. **Os novos rumos da política criminal e o direito penal português do futuro**. Lisboa: ROA, 1983.

_____. Para uma dogmática do direito penal secundário. Um contributo para a reforma do direito penal económico e social português. In: PODVAL, Roberto (Org.). **Temas de direito penal económico**. São Paulo: RT, 2000.

_____. **Questões fundamentais de direito penal revisitadas**. São Paulo: RT, 1999.

_____. **Temas básicos da doutrina penal**: Sobre os fundamentos da doutrina penal, sobre a doutrina geral do crime. Coimbra: Coimbra Editora, 2001.

_____; COSTA ANDRADE, Manuel da. **Criminologia**. Coimbra: Coimbra Editora, 1984.

_____; COSTA ANDRADE, Manuel da. Problemática geral das infracções contra a economia nacional. **Temas de direito penal económico**. São Paulo: RT, 2000, p. 64-98.

DI GIORGI, Raffaele. O risco na sociedade contemporânea. Trad. Cristiano Paixão, Daniela Nicola, Samantha Dobrowolski. **Revista Sequência**. Revista do Curso de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina. Florianópolis. n. 28, junho de 1994, p. 38-51.

DOTTI, René Ariel. A tutela penal dos interesses coletivos. In GRINOVER, Ada Pellegrini (Coord.). **A tutela dos interesses difusos**. São Paulo: Max Limonad, 1984, p. 63-78.

_____. Meio ambiente e proteção penal. **Revista de informação legislativa**. Ano 27, n. 108, 1990, p. 135-155.

ESPINOSA, Emílio Lamo de. De bruces con la posmodernidad. Ignorancia, poder y comunicación en la sociedad del riesgo. **Política exterior**. Vol XV. Madri: Padilla, n. 80, março-abril de 2001, p. 11-20.

FARIA COSTA, José Francisco de. **O perigo em direito penal**: contributo para sua fundamentação e compreensão dogmáticas. Coimbra: Coimbra Editoras, 1992.

FERNANDES, Paulo Silva. O direito penal no amanhecer do século XXI: breves questões à luz do paradigma da sociedade de risco. **Sub Judice**: Justiça e sociedade. Coimbra: Coimbra Editora, n. 19, julho-dezembro de 2002, p. 111-127.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. Trad. Ana Paula Zomer, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares, Luiz Flávio Gomes. São Paulo: RT, 2002.

FERREIRA, Ivete Senise. **A tutela penal do patrimônio cultural**. São Paulo: RT, 1995.

FERRI, Enrico. **Princípios de direito criminal**. Trad. Paolo Capitanio. 2. Ed. Campinas: Bookseller, 1999.

FIGUEIREDO, Guilherme Gouveia de. **Crimes ambientais à luz do conceito de bem jurídico-penal:** (des)criminalização, redação típica e (in)ofensividade. São Paulo: IBCCRIM, 2008.

FREITAS, Ricardo de Brito A. P. **Razão e sensibilidade.** São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001.

FRIEDMAN, Thomas **O mundo é plano** – Breve história do século XXI. Rio de Janeiro: Objetiva, 2005.

FEUERBACH, Anselm. **Tratado de derecho penal.** Trad. Eugenio Zaffaroni. Buenos Aires: Hammurabi, 1989.

FUENTES OSORIO. Juan L. Formas de anticipación de la tutela penal. Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología. n. 08, 2006, p. 08 - 24. Disponível em <http://criminet.ugr.es/recpc/08/recpc08-08.pdf>. Acesso em 25 de julho de 2008.

GARCIA, Francisco Javier Alvarez. Bien jurídico e constitucion. **Cuadernos de política criminal.** n. 43. Madri: 1991, p. 27-43.

GARCIA, Rogério Maia. A sociedade do Risco e a (in)eficiência do Direito Penal na era da Globalização. Disponível em www.sisnet.aduaneiras.com.br/lex/doutrinas/arquivos/RISCO.pdf. Acesso em 20 de janeiro de 2009.

GARÓFALO, Rafael. **Criminologia.** Trad. Júlio Matos. São Paulo: Teixeira & Irmãos, 1983.

GIDDENS, Anthony. **A terceira via:** reflexões sobre o impasse político atual e futuro da social-democracia. São Paulo: Record, 2001.

_____. **As consequências da modernidade.** 6. ed. São Paulo: UNESP, 1991.

_____. A vida em uma sociedade pós-tradicional. In: BECK, Ulrich; GIDDENS, Anthony; LASH, Scott. **Modernização reflexiva:** política, tradição e estética na ordem social moderna. Trad. Magda Lopes. São Paulo: UNESP, 1997, p. 73-133.

_____. **Modernidade e identidade.** Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2002.

_____. Modernidad y autoidentidad. In: BERIAIN, Josetxo (Comp.). **Las consecuencias perversas de la modernidad.** Barcelona: Anthropos, 1996, p. 32-55.

_____. **Política, sociologia e teoria social:** encontros com o pensamento social clássico e contemporâneo. São Paulo: UNESP, 1998.

_____. **Transformação da intimidade:** amor e erotismo nas sociedades modernas. São Paulo: UNESP, 1993.

GOMES, Luiz Flavio. **Direito penal.** Vol. 1. São Paulo: RT, 2007.

_____. **Norma e bem jurídico penal.** São Paulo: RT, 2002.

_____. **Princípio da ofensividade no direito penal.** São Paulo: RT, 2002.

_____; BIANCHI, Alice. **O direito penal na era da globalização.** São Paulo: RT, 2002.

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988.** 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

_____. **Contribuição para a interpretação crítica da ordem econômica na Constituição de 1988.** São Paulo: USP, 1990.

GRECO, Luís. A relação entre o direito penal e o direito administrativo no direito penal ambiental: uma introdução aos problemas da acessoriedade administrativa. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. São Paulo: RT, n° 58, janeiro-fevereiro de 2006, p. 152-194.

_____. Introdução à dogmática funcionalista do delito. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. São Paulo: RT, n° 32, outubro-dezembro de 2000, p. 138-161.

_____. Princípio da ofensividade e crimes de perigo abstrato. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. São Paulo: RT, n° 49, julho-agosto de 2004, p. 89-147.

GULLO, Roberto Santiago. **Direito Penal Econômico**. 2.ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005.

HASSERMER, Winfried. **Introdução aos fundamentos do direito penal**. Trad. Pablo Rodrigo Alfen da Silva. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2005.

_____. Perspectivas de uma moderna política criminal. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. São Paulo: RT, n° 08, outubro-dezembro de 1994, p. 41-51.

_____. Segurança pública no Estado de Direito. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. São Paulo: RT, n° 5, janeiro-março de 1994, p. 55-69.

HERMAN, Edward S.; CHOMSKY, Noam. **A manipulação do público: política e poder econômico no uso da mídia**. São Paulo: Futura, 2003.

HIRSCH, Hans Joachim. El desarrollo de la dogmática penal después de Welzel. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. São Paulo: RT, ano 11, n. 43, abril-junho de 2003, p. 11-30.

HORKHEIMER, Max. **Eclipse da Razão**. São Paulo: Centauro, 2002.

_____. Teoria Tradicional e Teoria Crítica. **Os pensadores/Escola de Frankfurt**. São Paulo: Abril cultural, 1980.

IBAMA. **Geo Brasil 2002: Perspectivas do meio ambiente no Brasil**. Brasília: 2002.

IZUZQUIZA, Ignácio. **La sociedad sin Hombres: Niklas Luhmann o La teoría como escándalo**. Barcelona: Anthropos, 1990.

JAKOBS, Günther. **Sociedade, norma e pessoa**. Trad. Maurício Antônio Ribeiro Lopes. Barueri: Manole, 2003a.

_____. **Teoria e prática da intervenção**. Barueri, SP: Manole, 2003.

_____; CANCIO MELIÁ, Manuel. **Direito Penal do Inimigo: noções e críticas**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

JESCHECK, Hans-Heinrich. **Tratado de derecho penal: parte general**. 4.ed. Granada: Editorial Comares, 1993.

JIMENEZ DE ASÚA, Luís. **Tratado de derecho penal**. Vol. I. Buenos Aires: Losada, 1964.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Trad. João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

KIRCHMANN, Julius Hermann Von. **La jurisprudencia no es ciencia**. Trad. Antonio Truyol y serra. Madri: Instituto de estudios políticos, 1949.

KRELL, Andreas Joachim. Desafios na aplicação do direito ambiental pelos tribunais. **Revista da Escola Superior da Magistratura do Estado de Alagoas**. n° 01, julho-dezembro de 2003.

LAMO DE ESPINOSA, Emilio. De bruces con la posmodernidad. Ignorancia, poder y comunicación en la sociedad del riesgo. **Política exterior**. Vol XV, n. 80, março-abril de 2001.

LAREENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. Trad. José Lamego. 3. ed. Lisboa: Calouste Gulbekian, 1997.

LASH, Scott. A reflexividade e seus duplos: estrutura, estética, comunidade. In: BECK, Ulrich; GIDDENS, Anthony; LASH, Scott. **Modernização reflexiva: política, tradição e estética na ordem social moderna**. Trad. Magda Lopes. São Paulo: Editora da Universidade Estadual Paulista, 1997, p. 135-206.

LIMA, Alberto Jorge Correia de Barros. **Limites constitucionais do legislador e do juiz na incriminação e descriminalização de condutas: a imposição dos princípios constitucionais penais**. Recife: O Autor, 2006.

LINS JÚNIOR, George Sarmento. **Improbidade administrativa**. Porto Alegre: Síntese, 2002.

LUHMANN, Niklas. **Sistemas Sociais: lineamientos para uma teoria general**. Trad. Silvia Pape e Brunhilde Erker. Barcelona: Anthropos/Universidad Iberoamericana/CEJA, 1998.

_____. **Sociologia del riesgo**. México: Triana editores & Universidade Iberoamericana, 1998.

_____. **Sociologia do direito**. Vol I. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983.

MACHADO, Marta Rodriguez de Assis. **Sociedade do risco e direito penal**. São Paulo: IBCCRIM, 2005.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Interesses difusos**. 4.ed. São Paulo: RT, 1997.

MARCHI JUNIOR, Antonio de Pódova. Abolicionismo criminal. Disponível em www.ufba.br/direito/artigos/385. Acesso em 20 de março de 2008.

MARIOTTI, Humberto. Autopoiese, cultura e sociedade. Disponível em www.lcc.ufmg.br/autopoiese. Acesso em 05 de fevereiro de 2009.

MARTÍNEZ BUJÁN-PÉREZ, Carlos. **Derecho penal económico: parte general**. Valência: Tirant lo blanch, 1998.

MATURANA, Humberto. **A ontologia da realidade**. Trad. Cristina Magro, Miriam Graciano e Nelson Vaz. Belo Horizonte: UFMG, 1999.

_____; VARELA, Francisco. **De máquinas e seres vivos: autopoiese, organização do vivo**. Porto Alegre: Artes Médicas, 1997.

MAZZILLI, Hugo Nigro. **A defesa dos interesses difusos em juízo**. São Paulo: Saraiva, 1995.

MAZZILI NETO, Ranieri. **Os caminhos do sistema penal**. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico: plano da existência**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

MIR PUIG, Santiago. Bien jurídico y bien jurídico-penal como limites del Ius puniendi. **Estudios penales y criminológicos**. XIV. Santiago da Compostela: Universidad de Santiago de Compostela, 1991, p. 190-222.

_____. **Derecho penal: parte general**. Barcelona: Bosh, PPU, 1985.

_____. **El derecho penal en el estado social y democrático de derecho**. Barcelona: Ariel, 1994.

MOLINA, Antonio García-Pablos de. **Criminologia**. Trad. Luiz Flávio Gomes. 3. ed. São Paulo: RT, 2000.

MONDAINI, Marco. Jürgen Habermas e a teoria crítica. Disponível em www.historia.uff.br/nec. Acesso em 20 de novembro de 2006.

MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de direito civil**. Vol. 1. 35. ed. São Paulo: Saraiva, 1997.

MORIN, Edgar. **Para sair do século XX**. Trad. Vera Azambuja Harvey. Rio de Janeiro: Nova Fronteira 1986.

MUÑOZ CONDE, Francisco. **Edmund Mezger e o Direito Penal de seu tempo**. Trad. Paulo César Busado. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

_____; GARCÍA ARÁN, Mercedes. **Derecho penal: parte general**. 3.ed. Valência: Tirant lo blanch, 1998.

OLIVEIRA, Willian Terra. Algumas questões em torno do novo direito penal econômico. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. São Paulo: RT, n. 11, julho-setembro de 1995, p. 231-239.

_____. A responsabilidade penal da pessoa jurídica e sistemas de imputação. In: GOMES, Luiz Flávio (Coord.). **Responsabilidade penal da pessoa jurídica e medidas provisórias e direito penal**. São Paulo: RT, 1999, p. 164-171.

PALAZZO, Francesco. **Valores constitucionais e direito penal**. Trad. Gérson Pereira dos Santos. Porto Alegre: Sergio Fabris editor, 1989.

PELARIN, Evandro. **Bem jurídico penal: Um debate sobre descriminalização**. São Paulo: IBCCRIM, 2002.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. Vol. 1. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

PEREIRA, Flávia Goulart. Os crimes econômicos na sociedade de risco. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. São Paulo: RT, n° 51, novembro-dezembro de 2004, p. 105-131.

PERROW, Charles. **Normal accidents: living with high-risk technologies**. New York: Basic Book, 1984.

PIERANGELI, José Henrique. **Escritos jurídico-penais**. 3. ed. São Paulo: RT, 2006.

PIMENTEL, Manoel Pedro. **Direito Penal Econômico**. São Paulo: RT, 1973.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcante. **Tratado de Direito Privado**. Tomo I. Campinas: Bookseller, 1999.

PRADO, Luis Regis. **Bem jurídico-penal e Constituição**. São Paulo: RT, 1996.

PRITTWITZ, Cornelius. O Direito Penal entre o Direito Penal do Risco e o Direito Penal do Inimigo. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. São Paulo: RT, n° 47, março-abril de 2004, p. 31-45.

QUEIROZ, Paulo de Souza. **Do caráter subsidiário do direito penal**. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.

RABAÇA, Silvio Roberto. **Variantes críticas: a dialética do esclarecimento e o legado da Escola de Frankfurt**. São Paulo: Annablume, 2004.

REALE, Miguel. Legislação penal antitruste: Direito Penal Econômico e sua acepção constitucional. Disponível em www.realeadvogados.com.br. Acesso em 24 de janeiro de 2006.

REALE JÚNIOR, Miguel. **Instituições de Direito Penal**. Parte Geral. Vol I. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

_____. **Novos rumos do sistema criminal**. Rio de Janeiro: Forense, 1983.

ROXIN, Claus. **Derecho penal**. Parte general. Cizur Menor: Civitas ediciones, 2006.

_____. **Política criminal e sistema jurídico-penal**. Trad. Luis Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

_____. **Problemas fundamentais de Direito Penal**. Trad. Ana Paula dos Santos Luís Natscheradetz. 3. ed. Lisboa: Vega, 1998.

SAGAN, Scott Douglas. **The limits of safety: organization, accidents and nuclear weapons**. New Jersey: Princeton University, 1993.

SANTOS, Boaventura de Souza. **A crítica da razão indolente: contra o desperdício da experiência**. 2. ed. São Paulo: Cortez, 2000.

_____. Os processos de globalização. In: _____. **A Globalização e as ciências sociais**. São Paulo: Cortez, 2002, p. 17-32.

SANTOS, Emerson Martins do. A responsabilidade penal das pessoas jurídicas nos crimes ambientais. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. São Paulo: RT, n° 55, julho-agosto de 2001, p. 82-134.

SANTOS, Juarez Cirino dos. **A moderna teoria do fato punível**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2000.

SANTOS, Milton. **A natureza do espaço – técnica e tempo razão e emoção**. São Paulo: Hucitec, 1997.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 5.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

SBARDELOTTO, Fábio Roque. **Direito Penal no Estado Democrático de Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SCHMIDT, Andrei Zenkner. **O método do direito penal sob uma perspectiva interdisciplinar**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

SCHÜNEMANN, Bernd. Consideraciones críticas sobre la situación espiritual de la ciencia jurídico-penal alemana. **Cuadernos de doctrina y jurisprudencia penal**. n. 02. Buenos Aires. Abril de 1996, p. 17-49.

_____. Cuestiones básicas de dogmática jurídico-penal y de política criminal acerca de la criminalidad de empresa. **Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales**. Madrid, n. 41, maio-agosto de 1988, p. 512-532.

_____. O direito penal é a *ultima ratio* da proteção de bens jurídicos! **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. São Paulo: RT, n° 53, março-abril de 2005.

SHECAIRA, Sérgio Salomão. **Responsabilidade penal da pessoa jurídica**. São Paulo: RT, 1999.

SICA, Leonardo. Caráter simbólico da intervenção penal na ordem econômica. **Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo**. São Paulo: RT, n° 02, julho-dezembro de 1998, p. 18-32.

SILVA, Ângelo Roberto Ilha da. **Dos crimes de perigo abstrato em face da constituição**. São Paulo: RT, 2003.

SILVA, Ivan Luís Marques da. Direito penal neo-constitucionalista: equilíbrio necessário entre os anseios da sociedade e a legitimidade do ordenamento. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. São Paulo: RT, n° 73, julho-agosto de 2008, p. 83-106.

SILVA, Pablo Alfen da. **Leis penais em branco e o direito penal do risco**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

SILVA, Rodrigo Alves. A responsabilidade penal por danos ao meio ambiente. Disponível em **www.jus.com.br**. Acesso em 04 de agosto de 2008.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **A expansão do direito penal**. Trad. Luiz Otávio de Oliveira Rocha. São Paulo: RT, 2002.

_____. Reflexiones sobre las bases de la política criminal. **Crime y castigo**. Cuadeno del Departamento de Derecho Penal y Criminología de la Facultad de Derecho U.B.A. Buenos Aires: Ediciones Depalma, ano 1, n. 1, agosto de 2001, 225-240.

SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. **Direito penal econômico como direito penal do perigo**. São Paulo: RT, 2006.

_____. **Direito penal supra-individual: interesses difusos**. São Paulo: RT, 2003.

SMANIO, Gianpaolo Poggio. **Tutela penal dos interesses difusos**. São Paulo: Atlas, 2000.

SOUZA, Luciano Anderson de. **Expansão do direito penal e globalização**. São Paulo: Quartier Latin, 2007.

SUTHERLAND, Edwin H. **White-collar crime: the uncut version**. Yale University Press, 1983.

SUXBERGER, Antonio Henrique Graciano. **Legitimidade da intervenção penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

TAVARES, Juarez. **Teoria do injusto penal**. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

TIEDEMANN, Klaus. El concepto de delito económico y de derecho penal económico. **Revista de Derecho y Ciencias Penales**, Buenos Aires: Nuevo pensamiento penal, n. 5/8, janeiro-dezembro de 1975, p. 461/475.

_____. La responsabilité pénale dans l'entreprise. Vers un espace judiciaire européen unifié? Rapport Introductif. **Revue de Science Criminelle et de Droit Pénal Comparé**, n. 2, 1997, p. 253-278.

_____. **Lecciones de derecho penal económico**. Barcelona: PPU, 1993.

VANDENBERGHE, Frédéric. Introduction à la sociologie (cosmo) politique du risque d'Ulrich Beck. **Revue du mauss** 2001-1, n. 17. In **www.cairn.fr**. Acesso em 12 de março de 2008.

VON LISZT, Franz. **Tratado de derecho penal**. 3. ed. Trad. Jimenez de Asúa. Madrid: Reus, 1986.

_____. **Tratado de direito penal**. São Paulo: Russell, 2003.

WELZEL, Hans. **Derecho penal alemán**: parte general. 3. ed. Trad. J. Bustos Ramírez y S. Y Pérez. Santiago: Editora Jurídica de Chile, 1987.

WELZEL, Hans. **Direito Penal**. São Paulo: Romana, 2004.

YACOBUCCO, Guilherme; GOMES, Luiz Flavio. **As grandes transformações do direito penal tradicional**. São Paulo: RT, 2005.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Em busca das penas perdidas**: a perda de legitimidade do sistema penal. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 1996.

_____. La globalización y las actuales orientaciones de la política criminal. In: PIERANGELI, José Henrique (Coor.). **Direito Criminal**. Belo Horizonte: Del Rey, 2000, p. 11-40.

_____. **Tratado de derecho penal**: parte general. Vol. 3. Buenos Aires: Ediar, 1981.

_____; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro: parte geral**. São Paulo: RT, 1997.