

UNIVERSIDADE FEDERAL DE UBERLÂNDIA

Faculdade de Direito “Prof. Jacy de Assis”

Victor Henrique Machado Duarte

**A RACIONALIZAÇÃO DAS LEGISLAÇÕES CRIMINAIS: o dilema
entre a expansão do direito penal e a necessidade de proteção de novos
bens fundamentais.**

UBERLÂNDIA

2018

VICTOR HENRIQUE MACHADO DUARTE

**A RACIONALIZAÇÃO DAS LEGISLAÇÕES CRIMINAIS: o dilema
entre a expansão do direito penal e a necessidade de proteção de novos
bens fundamentais.**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade “Prof. Jacy de Assis”, Universidade Federal de Uberlândia, como requisito parcial para obtenção do título de mestre em Direito.

Orientador: Professor Doutor Edihermes Marques Coelho.

UBERLÂNDIA

2018

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)
Sistema de Bibliotecas da UFU, MG, Brasil.

- D812r
2018 Duarte, Victor Henrique Machado, 1992-
 A racionalização das legislações criminais : o dilema entre a
 expansão do direito penal e a necessidade de proteção de novos bens
 fundamentais / Victor Henrique Machado Duarte. - 2018.
 55 f.
- Orientador: Edihermes Marques Coelho.
 Dissertação (mestrado) - Universidade Federal de Uberlândia,
 Programa de Pós-Graduação em Direito.
 Disponível em: <http://dx.doi.org/10.14393/ufu.di.2018.244>
 Inclui bibliografia.
1. Direito - Teses. 2. Direito penal - Teses. 3. Lei - Elaboração -
 Teses. I. Coelho, Edihermes Marques. II. Universidade Federal de
 Uberlândia. Programa de Pós-Graduação em Direito. III. Título.

CDU: 340

VICTOR HENRIQUE MACHADO DUARTE

A RACIONALIZAÇÃO DAS LEGISLAÇÕES CRIMINAIS: o dilema entre a expansão
do direito penal e a necessidade de proteção de novos bens fundamentais.

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-
Graduação em Direito da Faculdade “Prof.
Jacy de Assis”, Universidade Federal de
Uberlândia, como requisito parcial para
obtenção do título de mestre em Direito.
Orientador: Professor Doutor Edihermes
Marques Coelho.

____ de _____ de 2018

Prof. Dr. Edihermes Marques Coelho
(Orientador)

Prof. Dr. Paulo Cesar Correa Borges

Prof. Dr. Helvécio Damis, de Oliveira Cunha

UBERLÂNDIA

2018

AGRADECIMENTOS

Agradecer é algo que sempre aprendemos como ato de boas maneiras, mas agradecer nunca é tão fácil pois nem todo “obrigado” carrega a quantidade necessária de retribuição.

Antecipo minhas escusas para àqueles que porventura em esquecer de mencionar.

Primeiramente gostaria de agradecer à minha família, que soube entender minha ausência e que por diversas vezes dirigiram a mim palavras de incentivo; sem a ajuda de vocês este trabalho não seria possível.

Gostaria de agradecer aos meus mais de 600 alunos (sim, fiz as contas). Concomitante ao mestrado eu iniciei meu caminho na docência e com vocês pude aprender coisas que em nenhuma sala de aula eu poderia alcançar (ironicamente convivemos em uma sala de aula, mas vocês entenderam). O crescimento que vocês me proporcionaram foi imenso, e sem vocês este caminho não teria sentido.

Aos funcionários e professores do programa de mestrado da Universidade Federal de Uberlândia.

Por fim, preciso dirigir meus agradecimentos àquele que tornou tudo isso possível, Prof. Dr. Edihermes Marques Coelho, meu orientador, amigo pessoal, conselheiro e eterno mestre.

“Quereis prevenir delitos? Fazei com que as leis sejam claras e simples.”
Cesare Beccaria.

RESUMO

Pretende-se neste trabalho analisar de forma conceitual e teórica a ideia do surgimento do bem jurídico enquanto cerne fundamental do direito penal apontando as principais teorias e seus respectivos autores que discorrem sobre a temática. Isto, pois, discutir o modo como as leis penais são criadas e impostas à sociedade para serem cumpridas e, quando não, executadas, merece nossa atenção em dias atuais, nos quais a criminalidade ganha cada vez mais espaço e o legislador parece às vezes perdido no exercício da sua função de legislar o direito penal. Entretanto, entender o cerne da discussão na teoria dos bens jurídicos nos permitiu ir além, trabalhando com a ideia de bens fundamentais, busca-se no presente escrito um diálogo que possibilita um certo entendimento em relação ao Direito Penal e suas finalidades, de forma sistêmica, racionalizada e minimalista, de modo a permitir uma melhor interpretação e integração das normas incriminadoras, bem como possibilitando um melhor trabalho do Poder Judiciário e, assim, retirando das ciências criminais o ônus de resolver todos os problemas sociais.

PALAVRAS CHAVE: Minimalismo; Racionalização; Bens fundamentais

ZUSAMMENFASSUNG

Diese Arbeit soll konzeptionell und theoretisch die Idee der Entstehung der kühlen gut wie der grundlegenden Kern des Strafrechts die wichtigsten Theorien herausstellen und das Thema que diskutiert ihre jeweiligen Autoren arbeiten. Dieser bespricht dann die Art und Weise, in den Strafgesetze geschaffen werden und auf der Gesellschaft auferlegt werden, erfüllt, und wenn nicht ausgeführt wird, verdienen unsere Aufmerksamkeit heutigen Tage in, in denen Verbrechen manchmal mehr Platz und den Gesetzgeber gewinnen bei der Ausübung verloren scheint seine Funktion als Gesetzgeber des Strafrechts. Doch das Verständnis der Kern der Diskussion in der Theorie der kühlen Waren erlaubt uns, weiter zu gehen, mit der Idee der grundlegenden Waren arbeiten wir in der Gegenwart suchen den Dialog que Schreiben Ermöglicht ein gewisses Verständnis in Bezug auf Strafrecht und seine Zwecke, in einer systemischen Art und Weise, rationalisierte und minimalistisch, um eine bessere Interpretation und Integration der Normen belastenden, so gut wie möglich zu einem besseren Arbeit der Justiz und somit zu ermöglichen, von den Kriminalwissenschaften der Verantwortung Entfernen der Lösung aller sozialen Probleme.

KEYWORDS: Minimalismus; Rationalisierung; Grundlegende Güter

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....	8
2 O PROCESSO DE CONSTRUÇÃO DE NOVOS TIPOS E O AVANÇO DO DIREITO PENAL.....	10
2.1 As teorias que legitimam a intervenção penal.....	10
2.2 A necessidade de expandir o direito penal.....	19
2.3 O reflexo da implementação excessiva de tipos penais: os prós e contras de uma política criminal de punição e controle.....	32
3 A DINÂMICA DA LEGISLAÇÃO PENAL E A IDEIA DE UM DIREITO PENAL PRETENSAMENTE RACIONALIZADO.....	34
3.1 Momentos de cognição e construção do Direito Penal.	34
3.1.1 A cognição pré-legislativa.....	34
3.1.2 A construção das legislações criminais – O processo legislativo criminal.	39
3.2 A ideia de racionalidade e a estrutura de um pretense Direito Penal racionalizado.	43
4 UM DIÁLOGO ENTRE UTILIDADE/EFETIVIDADE DA INTERVENÇÃO PENAL, O DIREITO PENAL SIMBÓLICO E A INSTRUMENTALIZAÇÃO DA PROTEÇÃO DOS BENS JURÍDICOS.....	45
4.1 Legalidade e simbolismo penal	46
4.2 Garantismo e intervenção penal.....	59
4.3 A teoria dos bens jurídicos e a evolução conceitual de Luigi Ferrajoli – o conceito de bens fundamentais.	69
4.3.1 A Finalidade do Direito Penal frente a tutela de bens fundamentais: Roxin, Jakobs e a busca pela racionalização da legislação criminal.	86
CONSIDERAÇÕES FINAIS	99
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	104

1 INTRODUÇÃO

Desde os movimentos clássicos que deram os primeiros passos para o correto entendimento da conduta delitiva o crime tem evoluído, tanto em complexidade fenomenológica, quanto em toda a sua normatividade e ciência.

Vários foram os pensamentos que já permearam o campo da ciência criminal e todos eles, cada qual com sua finalidade, contribuíram à sua maneira para o avanço e desenvolvimento do estudo criminológico, até recebermos da história os modelos e conceitos que hoje utilizamos.

Uma das grandes discussões que sempre circundavam o cerne do direito penal era aquela que justamente buscava delinear os fins para os quais deveriam ser legisladas as leis criminais. Isto, pois a grande cautela era de que o Estado (pós-revolução francesa) não se valesse das sanções penais para causar mal desnecessário e afligir os principais direitos e garantias intrínsecos ao indivíduo.

A noção de bem jurídico passa a descrever uma das vertentes mais significantes para a noção da estrutura sobre a qual o avanço do Direito Penal começou a se solidificar.

Com a ideia de que limitar o alcance dos tipos incriminadores através dos bens jurídicos fosse a melhor solução, os modelos de construção normativa passaram a se preocupar com as lesões ou ameaças de lesões àqueles bens elencados pelo legislador penalista e através daí, com a ideia da prevenção, tanto geral, quanto específica, criar na sociedade a noção de inviolabilidade de tais bens.

Ocorre que com o desenvolvimento trazido pelo avanço das épocas uma gama imensa de bens jurídicos passou a incorporar o patrimônio jurídico da sociedade e o legislador passou a se perder no momento de eleição desses bens. O Estado, cada vez mais, parece não ter controle da segurança pública e tenta, através do endurecimento das leis penais criar, de forma simbólica, a coercibilidade necessária para apaziguar os índices criminais.

Temos, hoje, uma legislação penal inflacionada, permeada de tipos penais inadequados para o momento social que vivemos e, alguns, atendendo puramente interesses políticos, ou seja, a norma penal foi completamente deturbada em seu sentido primário.

Neste trabalho, o que se propõe é uma análise que passa pelo discurso de Roxin, Jakobs, Ferrajoli e Ripollés a fim de entender e justificar a necessidade de uma legislação criminal pautada na estrita necessidade de sua vigência, ou seja, uma lei penal cuja única finalidade seja o cerne de tutela dos bens jurídicos, os quais neste trabalho iremos denominar de bens fundamentais, tendo em vista a força de vinculação que as leis penais devem manter

com a matriz axiológica e valorativa da Constituição Federal. Deste modo, entendemos que os bens elencados pela legislação criminal são, nos moldes de sua tipificação, indisponíveis.

Para tanto, no primeiro capítulo desenvolvemos uma discussão sobre o modo como a sociedade desenvolve novas necessidades e como, a partir desses modernas necessidades, novos bens jurídicos passam a fazer parte do patrimônio axiológico dos indivíduos. Abordando as teorias que legitimam a intervenção penal e contrapondo-as com alguns pontos daquelas que não entendem pela intervenção busca-se entender a necessidade das leis penais e, ao final, delineando os prós e contras desta intervenção.

Em um segundo momento julga-se necessário entender o processo de construção das leis penais e, a partir de então, discorrermos sobre a busca de um pretensão direito penal racionalizado. Não buscamos, obviamente, elucidar todos os pontos e, nem mesmo, conceituar de forma concreta e inequívoca o que seria um Direito Penal racionalizado, desta feita, trabalhar-se-á com a ideia da pretensão.

Por fim é necessário abordar a existência de uma matriz de valores e princípios que envolvem o Direito Penal. Matriz esta que emana da própria Constituição Federal e cria mandados de criminalização a fim de que a norma penal observe a trilha axiológica necessária para atender os fins maiores da sociedade.

Entender quais são esses valores (axiomas) é de suma importância, desta forma, com base nos escritos de Ferrajoli o primeiro passo é construir junto ao leitor a noção de que existem princípios tão arraigados à ideia de um Direito Penal minimalista que não podem ser deixados fora da discussão quando se trata de elucidar os moldes de uma legislação criminal pretensamente racionalizada.

Em seguida é de suma importância que o cerne de toda a discussão – os bens jurídicos – sejam analisados sob a ótica dos ideais garantistas, para tanto uma breve historicidade dos conceitos mais importantes sobre bens jurídicos se faz necessária, para, somente então, entendermos a noção de bens fundamentais para Ferrajoli e, a partir daí, caminharmos ao desfecho do presente escrito: o diálogo entre Jakobs e Roxin a fim de justificar um Direito Penal que se pretende mínimo e racionalizado.

Ao contrário do que parece, não se trata de um trabalho utópico, mas ao nosso ver de uma discussão necessária. As leis penais não podem seguir sendo construídas ao bel prazer do legislador. Entender sobre limites é fundamental ao Direito Penal.

2 O PROCESSO DE CONSTRUÇÃO DE NOVOS TIPOS E O AVANÇO DO DIREITO PENAL

O processo de evolução das relações sociais tem implicado viver numa sociedade onde os conflitos oriundos das relações humanas são cada vez mais comuns e complexos. Uma população com mais de sete bilhões de pessoas, numa época em que o acesso aos meios de comunicação se massificou, um conflito local ou regional em instantes pode passar a ser mundial.

Essa propagação imediata de conflitos, surgidos com os novos riscos advindos com a globalização, são ao mesmo tempo causa e consequência de uma sociedade fluida em suas relações e ao mesmo tempo interligada em face da busca de solução aos novos riscos e necessidades sociais.

Não é uma crise social ou de um modelo econômico, mas sim o desenvolvimento de uma nova ordem mundial, baseada na industrialização, na expansão econômica e técnico-científica que acarreta o surgimento de novos riscos a serem enfrentados. O incremento desses riscos advindos com a modernização, são características elementares da sociedade de risco que segundo Beck¹ está caracterizada por ameaças e fraquezas que levam a um futuro incerto.

Essa incerteza tem como consequência imediata a disseminação do medo e da insegurança de um futuro carente de respostas e soluções imediatas. Em torno desta ênfase dada ao fenômeno do risco/perigo e incerteza diante da nova ordem social surge um sentimento de emergência, onde o Direito Penal é elevado a forma imediata e supostamente eficaz de combate ao medo e a insegurança alardeados pelos cidadãos vítimas em potencial dos novos riscos e perigos da sociedade contemporânea.

2.1 As teorias que legitimam a intervenção penal.

Desde o início da cientificidade do Direito Penal uma das maiores questões suscitadas é aquela que envolve a legitimidade deste em produzir os seus efeitos da forma que produz: restringindo e privando direitos. Por óbvio dois lados se destacaram, aqueles que não coadunam com a ideia da intervenção penal; e aqueles que com ela concordam e buscam defendê-la.

Para Radbruch:

A teoria do direito penal distingue, tradicionalmente, duas espécies de problemas:

¹ BECK, U. **Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade**. São Paulo: Editora Saraiva, 2010. p. 20.

os relativos ao direito de punir e os relativos ao fim da pena. O problema do fundamento do direito de punir formulou-se, pela primeira vez, numa época em que não existia ainda, em face do indivíduo, um Estado fundado numa vontade coletiva, na vida do qual aquele tomasse uma parte ativa. Foi durante essa situação que se sentiu a necessidade de justificar, em nome dos fins do Estado, as penas impostas aos diversos delitos.²

A questão da justificativa dos fins da pena criminal é tão velha quanto à própria história do direito penal, e no decurso dessa longa história, tem-se discutido, vivamente e sem soluções de continuidade, pela filosofia (tanto pela filosofia geral, como pela filosofia do direito), pela doutrina do Estado e pela ciência (global) do direito penal.³ Tal discussão é necessária ante o surgimento de um paradoxo: como o Estado, criado dentre outras finalidades, para proteger o cidadão, terá legitimidade para praticar um ato de violência contra ele?

Segundo Bitencourt, “pena e Estado são conceitos intimamente relacionados entre si.”⁴ O desenvolvimento do Estado está intimamente ligado ao da pena. No entanto, quem bem explicou essa contradição foi Lyra, citando clássicos do movimento iluminista:

Beccaria confessou ascendência em Rousseau e de Montesquieu, sendo que, baseado no primeiro, colocou esta tese fundamental: diante do delito, há duas partes: o soberano, que afirma a violação do contrato social, e o acusado, que a nega. É preciso que, entre os dois, exista um terceiro, para decidir a controvérsia. Esse terceiro é o magistrado, cujas sentenças não devem sofrer apelação, e cuja tarefa é simplesmente resolver se há ou não delito.⁵

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

Conforme Dias:

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

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

3 DIAS, J. de F. **Temas básicos da doutrina penal**. Coimbra: Coimbra Editora, 2001. p. 65-66.

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

5 LYRA, R. **Comentários ao código penal**. 2. ed. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1955. v. 2, p. 20-21.

furtar-se à tentativa de fazer o ponto da querela sobre as finalidades da pena criminal e de divisar os caminhos do futuro próximo.⁶

Existem três teorias que fundamentam a pena: as teorias absolutas ou da retribuição, as teorias relativas ou preventivas da pena e as teorias mistas ou ecléticas. Segundo Aníbal Bruno, o debate em torno da finalidade da pena é “tema evidentemente de ordem extrajurídico, que não integra a ciência do Direito Penal entendida como dogmática do Direito vigente. A atividade dirigida a investigá-la na sua essência e fundamentos pertence à filosofia”.⁷

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

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

As teorias absolutas, assim chamadas em contraposição às teorias relativas, ou finalista da pena, recebem tal denominação por verem, embora sob perspectivas distintas e sob uma também distinta argumentação, a pena com um fim em si mesmo, pena que, quer como realização da justiça, quer como expiação de um mal, quer por razões de outra índole, se justifica pura e simplesmente pela verificação de um fato criminoso, cuja punição se impõe categoricamente; independentemente, pois, de considerações finais.⁸

Enfim, semelhante questionamento sobre os efeitos práticos da pena, ou por necessitar de maior importância ou não repercutir diretamente sobre o fundamento da pena passa, deliberadamente, conforme Queiroz assim justifica o direito de punir:

Para Kant, a pena atende a uma necessidade absoluta de justiça, que deriva de um “imperativo categórico”, isto é, de um imperativo moral incondicional, independentemente de considerações finais ou utilitárias. A pena basta a si mesma, como realização da justiça, pois “as penas são, em um mundo regido por princípios morais (por Deus), categoricamente necessárias”.⁹

Segundo o próprio Kant:

6 DIAS, J. de F. **Temas básicos da doutrina penal**. Coimbra: Coimbra Editora, 2001. p. 66.

7 BRUNO, A. **Direito penal: parte geral**. 3. ed. São Paulo: Forense, 1967. t. 3: Pena e medida de segurança, p. 29.

8 QUEIROZ, P. de S. **Funções do direito penal: legitimação versus deslegitimação do sistema penal**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001. p. 17.

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

O homem não é uma coisa, não é, por conseguinte, objeto para ser tratado unicamente como meio, senão que, pelo contrário, deve ser considerado sempre, em todos os seus atos, como fim em si. Portanto, não posso dispor do homem em minha pessoa, de maneira absoluta, quer para mutilar, quer para o danificar ou matar.¹⁰

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

O que se deve acrescentar é que se a sociedade civil chega a dissolver-se por consentimento de todos os seus membros, como se, por exemplo, um povo que habitasse uma ilha se decidisse a abandoná-la e se dispersar, o último assassino preso deveria ser morto antes da dissolução a fim de que cada um sofresse a pena de seu crime e para que o crime de homicídio não recaísse sobre o povo que descuidasse da imposição dessa punição; porque então poderia ser considerada como cúmplice de tal violação pública da justiça.¹¹

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

O princípio conceitual de que toda violência se destrói a si mesma possui a verdadeira expressão no fato de uma violência anular-se com outra violência. Por conseguinte, torna-se jurídica, de maneira não apenas relativa, mediante tais e tais condições, mas necessária, como segunda violência que suprime a primeira. [...] A primeira coação, exercida como violência pelo ser livre que viola a existência da liberdade no seu sentido concreto, que viola o direito como tal, constitui o crime – juízo negativo infinito em seu pleno significado. Nele são negados não apenas o aspecto particular da absorção da coisa na minha vontade, mas também o que há de universal e infinito no predicado do que me pertence – a capacidade jurídica –, e isso sem que haja mediação da minha opinião. É o domínio do direito penal.¹²

10 KANT, E. **Fundamentação da metafísica dos costumes**. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1964. p. 92.

11 KANT, E. **Doutrina do direito**. São Paulo: Ícone, 1993. p.178-179.

12 HEGEL, G. W. F. **Princípios da filosofia do direito**. 2. ed. São Paulo: Ícone, 1997. p. 101-102.

A pena é, pois, a restauração positiva do direito. A pena, em Hegel, é uma necessidade lógica.¹³ Segundo Garcia, fazendo uma análise a respeito do pensamento de Hegel: “O direito é manifestação da vontade racional; a pena é a reafirmação da vontade racional sobre a vontade irracional; servindo a pena para restaurar uma ideia, precisamente para restaurar a razão do direito, anulando a razão do delito”.¹⁴

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

Para a teoria da retribuição do ato não existe uma ruptura entre as tarefas do Direito Penal e as da pena, senão uma transferência casual: a pena deve restabelecer o Direito abalado (gebrochene), negar a negação do Direito, anular ‘vontade especial’, satisfazer a justiça. Com isso ela mesma deve ser justa, e ela deve levar em conta a dignidade do homem, e não torna-lo objeto da coação estatal ou da assistência estatal.¹⁵

Roxin, em sua obra “Problemas fundamentais de direito penal” analisa a questão das penas e tece suas críticas sobre o segundo grupo de teorias que, teoricamente, seriam a resposta às críticas da teoria da retribuição: as teorias da prevenção¹⁶ a qual se divide em prevenção geral e prevenção especial, sendo estas subdivisões ainda classificadas em: prevenção geral positiva e prevenção geral negativa; prevenção especial positiva e prevenção especial negativa.

Segundo Queiroz, a prevenção geral, especificamente a prevenção geral-positiva, concebe a pena como instrumento de fortalecimento dos valores ético-sociais veiculados pela norma, ou seja, consiste em demonstrar e reafirmar a existência, a validade, a eficiência e a aplicabilidade do Direito Penal¹⁷. Almeja-se mostrar a vigência da lei penal. Segundo Prado “a doutrina moderna, de linha funcionalista, defende a chamada teoria da prevenção geral positiva ou integradora”¹⁸. Segundo essa corrente, a pena seria um instrumento destinado à

13 QUEIROZ, P. de S. **Funções do direito penal: legitimação versus deslegitimação do sistema penal**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001. p. 21.

14 GARCIA, B. **Instituições de direito penal**. 4. ed. São Paulo: Max Limonad. 1977. p. 73.

15 HASSEMER, W. **Introdução aos fundamentos do direito penal**. Porto Alegre - RS: Sergio Antonio Fabris, 2005. p. 422.

¹⁶ ROXIN, Claus. **Problemas fundamentais de direito penal**. 3 ed. trad. Ana Paula dos santos, Luís Natscheradetz et alii, Lisboa, Veja, 1998.

¹⁷ QUEIROZ, op. cit., 2001.

¹⁸ PRADO, L. R. **Curso de direito penal brasileiro: parte geral**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 516.

estabilização normativa, justificando-se pela produção de efeitos positivos consubstanciados no fortalecimento geral da confiança normativa. É seguidor desse pensamento, Queiroz.¹⁹ Conforme Callegari:

Depois da obra de Hans Welzel não se construiu um novo sistema de Direito Penal. Esta tarefa se iniciou com o mais importante de seus discípulos, Gunther Jakobs, que, no ano de 1983, no prólogo à primeira edição de seu tratado de parte penal, assinala as linhas de uma obra que rompe definitivamente com a tradição finalista. Contrário a ela, Jakobs menciona que a elaboração das categorias dogmáticas não pode fazer-se com base numa fundamentação ontológica do direito. O injusto e a culpabilidade não se inferem de estruturas lógico-objetivas, preexistentes, que vinculem a liberdade de configuração do legislador. [...] sobre a base de que a estrutura social e a função da pena são os instrumentos a partir dos quais se dará conteúdo às categorias centrais da teoria do delito, Jakobs constrói um novo sistema de direito penal.²⁰

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

Segundo Luhmann:

O direito não se origina da pena do legislador. A decisão do legislador (e o mesmo é válido, como hoje se reconhece, para a decisão do juiz) se confronta com uma multiplicidade de projeções normativas já existentes, entre as quais ele opta com um grau maior ou menor de liberdade. Se não fosse assim, ela não seria uma decisão jurídica. Sua função, portanto, não reside na criação de direito, mas na seleção e na dignificação simbólica de norma enquanto direito vinculativo.²¹

Em outras palavras, o Direito, na concepção de Luhmann, é uma estrutura através da qual se facilita a orientação social, e a norma, uma generalização de expectativas.

Para a teoria da prevenção geral negativa, o que se pretende é simplesmente desencorajar a generalidade das pessoas da prática de delitos. Para essa teoria fala-se de prevenção especial, porque se persegue, por meio da pena, a neutralização do delinquente, inibindo-o da prática de futuros delitos.

O principal idealizador da formulação da teoria da prevenção geral, em sua versão

19 QUEIROZ, P. de S. **Funções do direito penal**: legitimação versus deslegitimação do sistema penal. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

20 CALLEGARI, A. L. et al. **Direito penal e funcionalismo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 11-12.

21 LUHMANN, N. **Sociologia do direito I**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983. p. 8.

negativa, foi Paul Johann Anselm Ritter Von Feuerbach. A doutrina ainda hoje é conhecida pelo nome de doutrina da coação psicológica, segundo a qual a finalidade precípua da pena seria a de criar no espírito dos potenciais criminosos um contraponto suficientemente forte para afastá-los da prática do crime²².

Conforme leciona Queiroz:

Para Feuerbach, todos os crimes têm por causa ou motivação psicológica a sensualidade, na medida em que a concupiscência do homem é o que o impulsiona, por prazer, a cometer a ação. A esse impulso, pois, da sensualidade, opõem-se uma contra-impulso – *spinta criminoso e contra-spinta penale*, segundo a expressão de Romagnosi (impulso criminoso e contra-impulso penal) –, que é a certeza da aplicação da pena. Função, pois, da pena, é a prevenção geral dos delitos, por meio de uma ‘coação psicológica’ exercitada sobre a comunidade jurídica, a intimidar ou contra-motivar a generalidade das pessoas às quais a norma dirige. Feuerbach distingue dois momentos na aplicação da pena: o da cominação da pena e o da sua efetiva aplicação. No primeiro caso, o objetivo da norma é ‘a intimidação de todos como possíveis protagonistas de lesões jurídicas’; no segundo, fim da pena é dar fundamento efetivo à cominação legal, dado que sem a aplicação da cominação tal seria ineficaz.²³

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

A teoria da prevenção especial, ao contrário da prevenção geral, dirige-se exclusivamente ao delinquente em particular, e divide-se ainda em especial negativa e especial positiva. Para a corrente especial negativa o importante é intimidar o condenado para que ele não torne a ofender a lei penal, ou seja, busca evitar a reincidência. Um dos grandes defensores dessa corrente é Liszt, para quem:

A pena pode ter por fim converter o delinquente em um membro útil à sociedade (adaptação artificial). Podemos designar como intimidação ou como emenda o efeito que a pena visa, conforme se tratar, em primeiro lugar, de avigorar as representações enfraquecidas que refreiam os maus instintos ou de modificar o caráter do delinquente. A pena pode ter por fim tirar perpétua ou temporariamente ao delinquente que se tornou inútil à sociedade a possibilidade material de perpetrar novos crimes, segregá-lo da sociedade (seleção artificial). Costuma-se dizer que neste caso o delinquente é reduzido ao estado de inocuidade.²⁴

Para Bitencourt, a necessidade da pena, de acordo com Liszt, mede-se com critérios preventivos especiais, segundo os quais a aplicação da pena obedece a uma ideia de

22 CALLEGARI, A. L. et al. **Direito penal e funcionalismo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 13.

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

24 LIZST, F. V. **Tratado de direito penal alemão**. Rio de Janeiro: F. Briguiet & C., 1899. t. 1, p. 100.

ressocialização e reeducação do delinquente, à intimidação daqueles que não necessitem ressocializar-se e também para neutralizar os incorrigíveis. Suas ideias podem ser resumidas em três palavras, a saber: intimidação, correção e inocuização.²⁵ Segundo Roxin, o projeto alternativo²⁶ não só segue a concepção de Liszt ao substituir a pena retributiva pela pena orientada para os fins, como também ao subordinar, entre os restantes fins das penas, a prevenção geral à prevenção especial.²⁷ A teoria de Liszt não faz uma distinção específica entre prevenção especial negativa e positiva, suas ideias supracitadas, fundem os ideais de ambas as divisões desta corrente.

Já prevenção especial positiva propriamente dita, preocupa-se com a ressocialização do condenado especificamente, para que no futuro ele possa, com o cumprimento da pena, retornar ao convívio social preparado para respeitar as regras impostas pelo Direito. Hassemer, em sua obra - *Direito Penal Libertário* -, exprime os ideais desta corrente. Para ele, a ressocialização na execução da pena não é apenas uma ajuda, é primeiramente uma obrigação. Para os envolvidos, o caráter obrigatório da ressocialização na execução da pena deve até mesmo estar em primeiro plano. Uma execução da pena que atenta para a ressocialização intervém, essencialmente, nos condenados de uma maneira muito mais intensa do que uma execução da pena que não investe em tratamento.²⁸ Logo, a sanção penal deve buscar a ressocialização e não a dessocialização.

Para as teorias mistas ou ecléticas, também denominadas de unitárias, a pena deve simultaneamente castigar o condenado pelo mal praticado e evitar a prática de novos crimes, tanto em relação ao criminoso (aspecto especial) como em relação à sociedade (aspecto geral). Nessa teoria haverá uma junção dos pontos mais razoáveis das teorias anteriores onde a pena assume um tríptico aspecto: retribuição, prevenção geral e prevenção especial. Segundo Bittencourt “as teorias unificadoras aceitam a retribuição e o princípio da culpabilidade como critérios limitadores da intervenção da pena como sanção jurídico-penal.”²⁹

Em contrapartida, uma teoria unificadora dialética, pretende evitar os exageros unilaterais e dirigir os diversos fins da pena para vias socialmente construtivas, conseguindo

²⁵ BITENCOURT, C. R. **Tratado de direito penal**: parte geral. 14. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 96.

²⁶ O Projeto alternativo ao Código Penal Alemão de 1966 sob a ótica e análise de Roxin.

²⁷ ROXIN, C. **Problemas fundamentais de direito penal**. 3. ed. Lisboa: Vega, 2004. p. 55-56.

²⁸ HASSEMER, W. **Direito penal libertário**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. p. 102-103. (Coleção Del Rey Internacional, v. 6).

²⁹ BITENCOURT, C. R. **Tratado de direito penal**: parte geral. 14. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 99.

o equilíbrio de todos os princípios, mediante restrições recíprocas. Elas partem do pressuposto de que as funções retributivas e preventivas não são inconciliáveis, logo, a pena pode(deve) ter a função de retribuir e prevenir. Conforme precisa lição de Roxin:

Pode denominar-se esta concepção de dialética, enquanto acentua o caráter antitético dos diversos pontos de vista e procura reuni-los numa síntese. Tal procedimento não constitui um esquema construtivo, sendo antes previamente fixado pela natureza das coisas. Com efeito, a realidade social exige que a comunidade seja protegida de agressões do indivíduo, mas também que o indivíduo o seja de uma excessiva pressão por parte da sociedade. E o próprio delinquente constitui, por um lado, uma pessoa débil e urgentemente carenciada de um tratamento terapêutico-social e, por outro lado, há que encará-lo de acordo com a concepção de homem livre e responsável, na medida em que um ordenamento jurídico que possua uma noção demasiado pequena do homem, acaba por dar origem à tutela e à falta de liberdade. Esta dupla polaridade entre indivíduo e coletividade, e também entre o fenômeno empírico e a ideia de homem, constitui o ponto de tensão de qualquer problemática social, que em cada caso também se representa na sua totalidade por uma fragmentação como aquela que o direito penal contém. Uma teoria da pena que não pretenda manter-se na abstração ou em propostas isoladas, mas que tenha como objetivo corresponder à realidade tem de reconhecer estas antíteses inerentes a toda a existência social para, de acordo com o princípio dialético, poder superá-las numa fase superior; ou seja, tem de criar uma ordem que demonstre que, na realidade, um direito penal só pode fortalecer a consciência jurídica da generalidade no sentido da prevenção geral se ao mesmo tempo preservar a individualidade de quem a ele está sujeito; que o que a sociedade faz pelo delinquente também é afinal o mais proveitoso para ela; e que só se pode ajudar o criminoso a superar a sua inidoneidade social de uma forma igualmente frutífera para ele e para a comunidade se, à par da consideração da sua debilidade e da sua necessidade de tratamento, não se perder de vista a imagem da personalidade responsável para a qual ele aponta. Precisar em todos os pormenores esta concepção, que aqui apenas foi esboçada quanto aos seus objetivos e alguns pontos fundamentais, e leva-las à prática, eis a tarefa que em grande arte temos que enfrentar.³⁰

A legislação penal brasileira, no Código Penal, em seu art. 59, adotou a aludida teoria quando prevê que a pena será estabelecida pelo juiz “conforme seja necessário e suficiente para a reprovação e prevenção do crime.”³¹ No mesmo sentido, a Lei de Execução Penal - Lei 7.210 de 1984 - que regulamenta o cumprimento e execução das penas no Brasil, estabelece em seu art.10, caput: “A assistência ao preso e ao internado é dever do Estado, objetivando prevenir o crime e orientar o retorno à convivência em sociedade.”³²

Tais previsões estão em consonância com o texto constitucional, pois, no instante em que este veda pena de caráter perpétuo, não faria sentido uma pena aplicada somente com a finalidade de castigar, devendo buscar principalmente a ressocialização, visto que chegará o

³⁰ ROXIN, C. **Problemas fundamentais de direito penal**. 3. ed. Lisboa: Vega, 2004. p. 45.

³¹ Art. 59º. Texto Atualizado. BRASIL. **Lei nº 7.210 de 11 de julho de 1984**. Lei de execução penal. Brasília, DF: Presidência da República, 2014.

³² Art. 10. Texto Atualizado. BRASIL. **Lei nº 7.210 de 11 de julho de 1984**. Lei de execução penal. Brasília, DF: Presidência da República, 2014.

dia em que a pena se encerrará e aquele condenado voltará ao convívio em sociedade. A Convenção Americana de Direitos Humanos, de 1969, conhecida como Pacto de San José da Costa Rica, incorporada ao direito pátrio pelo Decreto 678 de 1992, estatui em seu art. 5º, item 6, “as penas privativas de liberdade devem ter por finalidade essencial a reforma e readaptação social dos condenados”.

2.2 A necessidade de expandir o direito penal.

Antes de tratar do fenômeno expansivo do Direito Penal, é importante identificar seu significado, inicialmente transcrevendo as palavras de Carrara “O Direito é a liberdade. Bem entendida, a ciência penal é, pois, o código supremo da liberdade, que tem por escopo subtrair o homem à tirania dos demais, e ajudá-lo a subtrair-se à sua própria, bem como à de suas paixões”³³. Segundo o mestre italiano, o Direito, antes de qualquer associação à ideia de limitação ou coerção, ele traduz a ideia de liberdade, liberdade esta do cidadão perante o Estado e seu semelhante. Um ponto salutar do pensamento de Carrara é a liberdade do homem ante sua própria emoção ou paixão que possa levar à tirania.

Não menos significativa é a breve noção de Litz para quem “todo direito existe por amor dos homens e tem por fim proteger interesses da vida humana. A proteção de interesses é a essência do direito, a ideia finalística a força que o produz”³⁴. Em relação às ideias de Litz impende ressaltar que foi ele quem descreveu que o crime se tornou objeto de uma multiplicidade de ciências e não só do Direito Penal.

No anseio em chegar a uma definição da Ciência do Direito Penal é indispensável trazer a contribuição na formação e a relação do Direito Penal com a Filosofia, especificamente com a Filosofia do Direito. Assim, citando os trabalhos de Hassemer:

O que realmente é de se admirar é que essas relações não sejam ainda mais estreitas, pois boa parte do trabalho teórico no Direito penal foi produzida sem fundamentação ou enfoque filosófico. Mesmo assim, os ‘grandes’ temas do Direito Penal apontam diretamente para problemas centrais de uma Filosofia do Direito penal, a exemplo da teoria da valoração penal, da legitimidade do Direito penal e da pena.³⁵

O jurista alemão faz uma crítica a Ciência do Direito Penal em face de que algumas questões de extrema relevância desta que deveriam ser tratadas por filósofos, são tratadas, na

³³ CARRARA, F. **Programa do curso de direito criminal**. São Paulo: Saraiva, 1956. p. 11.

³⁴ LIZST, F. V. **Tratado de direito penal alemão**. Rio de Janeiro: F. Briguiet & C., 1899. t. 1, p. 93.

³⁵ HASSEMER, W. **Direito penal: fundamentos, estrutura, política**. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 2008. p. 26.

sua teoria e na sua prática, por juristas.

Ele prega que a filosofia, mais precisamente a filosofia do Direito, é que deveria responder a problemas cruciais do Direito Penal. No entanto, em relação às questões de política criminal Hassemer não acredita na mesma necessidade de embasamento e influência. As fundamentações filosóficas da legitimidade da expiação criminal e a racionalidade da legislação penal serão abordadas com maior propriedade e atenção em capítulo próprio.

Neste diapasão convém delimitar a atuação de cada esfera das ciências criminais e qual a noção de cada uma. Segundo Dias “o tempo presente é, por excelência, o tempo da política criminal”³⁶. O conhecimento e a delimitação da política criminal são imprescindíveis para o objetivo geral desta pesquisa, pois quando se diz que o Direito é uma ciência social que acompanha o desenvolvimento da sociedade nem sempre da forma mais racional, sua mutação constante é um fato, devendo-se tais mudanças, principalmente, à política criminal, conforme leciona Batista:

Do incessante processo de mudança social, dos resultados que apresentem novas ou antigas propostas do direito penal, das revelações empíricas propiciadas pelo desempenho das instituições que integram o sistema penal, dos avanços e descobertas da criminologia, surgem princípios e recomendações para a reforma ou transformação da legislação criminal e dos órgãos encarregados de sua aplicação. A esse conjunto de princípios e recomendações denomina-se política criminal³⁷

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

Nesta mesma senda:

Desde o momento, pois, em que V. Liszt cunhou a ideia de uma ciência conjunta ou global do direito penal até aos nossos dias, não se tornou pacífico o estatuto que dentro dela deveria caber cada uma das três ciências que a compõem, nem tão pouco a sua hierarquia e o modo com elas devem relacionar-se entre si.³⁸

De acordo com Dias “foi mérito de Franz Von Litz ter criado, na base das especiais relações intercedentes entre estes vários pensamentos do crime, a enciclopédia das ciências criminais.”³⁹

³⁶ DIAS, J. de F. **Temas básicos da doutrina penal**. Coimbra: Coimbra Editora, 2001. p. 3-4.

³⁷ BATISTA, N. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**. 12. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Revan, 2011. p. 33.

³⁸ DIAS, op. cit., p. 8.

³⁹ DIAS, J. de F. **Questões fundamentais do direito penal revisitadas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 23.

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

Segundo Sanchez “adotada, no plano político-criminal básico, a perspectiva garantista, nossa exposição passa a estar condicionada, de maneira quase obrigatória, ao cultivo da dogmática como disciplina penal fundamental.”⁴⁰ Logo, quando da crítica ao movimento expansionista da legislação penal, essa crítica recai também sob o fato da política criminal, de enfrentamento ao fenômeno criminógeno hoje ter subjugado a dogmática penal a um segundo plano. E isto diante da política criminal que sem fundamento algum eleva a intervenção estatal na esfera do indivíduo contrariando os postulados definidos por Lizt e retransmitidos por Roxin: “a lei, porém – e também o Código Penal –, não é instrumento de reforma social, mas somente meio de reestabelecimento e de ordenação das liberdades coexistentes.”⁴¹

A ideia de utilização das ciências penais como instrumento de controle social não é nova, Ferri já afirmava que “a lei penal provê a defesa social,”⁴² Conde⁴³ e Hassemer⁴⁴ fazem uma análise crítica dessa prática como um reflexo da teoria da prevenção geral, ponto de análise mais detalhada do próximo capítulo.

Na obra – A Expansão do Direito Penal – Aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais –, Sanchez⁴⁵ afirma que “o Direito Penal é um instrumento qualificado de proteção de bens jurídicos especialmente importantes”. E descreve que o avanço social faz surgir novos bens jurídicos, que assim como aqueles bens jurídicos clássicos como a vida, o patrimônio, também carecem de tutela penal. Sanchez segue analisando que o surgimento de novos interesses, de novos bens jurídicos, fundamenta a expansão razoável do Direito Penal.

Seguindo nesta linha de raciocínio Roxin prega que “a ideia principal foi que o Direito Penal deve proteger somente bens jurídicos concretos, e não convicções políticas ou morais,

⁴⁰ SÁNCHEZ, J-M. S. **Aproximação ao direito penal contemporâneo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. v. 7, Direito e Ciências Afins, p. 83.

⁴¹ ROXIN, C. **Política criminal e sistema jurídico penal**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 13.

⁴² FERRI, H. **Princípios de direito criminal**. São Paulo: Saraiva, 1931. p. 107.

⁴³ CONDE, F. M. **Direito penal e controle social**. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

⁴⁴ HASSEMER, W. **Introdução aos fundamentos do direito penal**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2005.

⁴⁵ SANCHEZ, J. M. S. **A expansão do direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 27. (Coleção Direito e Ciências Afins, v. 6).

doutrinas religiosas, concepções ideológicas do mundo ou simples sentimentos."⁴⁶

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

Segundo Sanchez,

Desde a enorme difusão da obra de Ulrich Beck, é lugar comum caracterizar o modo social pós-industrial em que vivemos como 'sociedade do risco' ou sociedade de riscos. Com efeito, a sociedade atual aparece caracterizada, basicamente, por um âmbito econômico rapidamente variante e pelo aparecimento de avanços tecnológicos sem paralelo em toda a história da humanidade.⁴⁷

Para Beck "a produção social de riqueza é acompanhada sistematicamente pela produção social de riscos"⁴⁸ e com o avanço social surgem novas riquezas, novos bens jurídicos, que merecem a tutela estatal, não necessariamente a tutela penal. Contudo, o Estado ante à falta de políticas públicas e sociais que atendem para a salvaguarda de tais interesses convoca, de imediato, àquele que deveria ser seu soldado de reserva, o Direito Penal, utilizando-o para dirimir, ou até mesmo tentar evitar, conflitos nem sempre merecedores desta tutela.

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

Para Machado, "Ulrich Beck distingue dois conceitos de modernização: a modernização simples, que ocorreu durante o período industrial, e a modernização reflexiva,"⁴⁹ sendo que esta última, segundo o próprio Beck, ocorreria com "a possibilidade de uma (auto) destruição criativa para toda uma era: aquela da sociedade industrial."⁵⁰

Esta reflexividade é verificada na indesejada e despercebida transição do modelo da sociedade industrial para a sociedade de risco, junto com a qual, vai nascer da percepção social dos riscos tecnológicos globais e de seu processo de surgimento até então despercebido. Ainda conforme Machado, a teoria da sociedade mundial do risco "é uma

⁴⁶ ROXIN, C. **A proteção de bens jurídicos como função do direito penal**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 12.

⁴⁷ BECK, U. **Sociedade de risco**: rumo a uma outra modernidade. São Paulo: Editora 34, 2010. p. 23.

⁴⁸ BECK, U. **Sociedade de risco**: rumo a uma outra modernidade. São Paulo: Editora 34, 2010. p. 24.

⁴⁹ MACHADO, M. R. A. **Sociedade do risco e direito penal**: uma avaliação de novas tendências político-criminais. São Paulo: IBCCRIM, 2005. p. 29.

⁵⁰ BECK, U.; GIDDENS, A.; LASH, S. **Modernização reflexiva**: política, tradição e estética na ordem social moderna. São Paulo: Editora da Universidade Estadual Paulista, 1995. p. 12.

política sobre as mudanças estruturais da sociedade industrial e, ao mesmo tempo, sobre o conhecimento da modernidade, que faz com que a sociedade se torne crítica de seu próprio desenvolvimento.”⁵¹ Esta nova ordem social pode ser percebida através dos fenômenos comuns a todos os Estados: a globalização econômica e a integração supranacional.

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

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

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

Esta tendência de política criminal não só nacional como mundial, como já afirmado, não é mais novidade: a institucionalização da sensação de insegurança social gera um clamor na sociedade por uma resposta rápida e nem sempre racional do Estado ante o avanço da criminalidade. Para Beck⁵², o trinômio risco, medo e segurança são os vetores orientadores do processo de expansão do Direito Penal.

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

O medo é mais assustador quando difuso, disperso, indistinto, desvinculado, desancorado, flutuante, sem endereço nem motivos claros; quando nos assombra sem que haja uma explicação visível, quando a ameaça que devemos temer pode ser vislumbrada em toda parte, mas em lugar algum se pode vê-la. Medo é o nome que damos a nossa incerteza: nossa ignorância da ameaça e do que deve ser feito – do que pode e do que não pode – para fazê-la parar ou enfrentá-la, se cessá-la estiver além do nosso alcance. [...] O medo é um sentimento conhecido de toda criatura viva.⁵³

⁵¹ MACHADO, op. cit., p. 31.

⁵² BECK, U. **Sociedade de risco**: rumo a uma outra modernidade. São Paulo: Editora 34, 2010. p. 35

⁵³ BAUMAN, Z. **Medo Líquido**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2008. p. 8.

Para Bauman,⁵⁴ o conceito de risco delimitado por Beck é insuficiente para traduzir a verdadeira novidade introduzida na condição humana pela globalização. Para Beck, os riscos desencadeiam danos sistematicamente definidos, por vezes irreversíveis, baseiam-se em interpretações causais, apresentando-se, portanto, tão somente no conhecimento que se tenha deles, podendo ser alterados ou diminuídos. A questão é que com a distribuição e o incremento dos riscos surgem as situações de ameaça⁵⁵. Hoje a modernização, visto que a ideia de risco só pode partir de uma regularidade essencial do mundo (só há risco se há uma situação ideal?), permite que os riscos sejam calculados. Ou seja, “precisa de uma sociedade rotinizada, monótona e repetitiva”, conforme Wermuth⁵⁶.

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

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

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

⁵⁴ BAUMAN, Z. **Confiança e medo na cidade**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2009.

⁵⁵ BECK, U. **Sociedade de risco**: rumo a uma outra modernidade. São Paulo: Editora 34, 2010. p. 27.

⁵⁶ WERMUTH, M. Á. D. **Medo e direito penal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 28.

conservadores ou liberais em suas disposições, não ache esta logica satisfatória.⁵⁷

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

Outra característica dessa política criminal é a configuração de um Direito Penal preventivo, que antecipa a proteção penal através de delitos de perigo, na maioria das vezes, perigo abstrato, e proteção penal a bens jurídicos universais que deveriam ser tutelados por outra área do Direito. Isso leva à flexibilização dos pressupostos clássicos de imputação objetiva e subjetivos.

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

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

Para Ripollés⁵⁸, os novos riscos que afetam a coletividade, são artificiais, produzidos por atividades humanas, e são também consequências das novas tecnologias do mundo globalizado, sendo de difícil antecipação, exigindo o conhecimento e manejo de novas capacidades técnicas. São também de difíceis atribuições de responsabilidades para determinadas pessoas, em razão da não previsão de sua aparição e do entrecruzamento de diversas atividades que o geram, de modo que não se sabe ~~em~~ de quem estão eles, resultando na sua distribuição, não satisfazendo, assim, plenamente as exigências de imputação e de responsabilidade.

Com isso, tem-se difundido um sentimento de insegurança que parece não guardar correspondência com tais riscos, senão que potencializado da seguinte maneira: pela intensa

⁵⁷ YOUNG, J. **A sociedade excludente**: exclusão social, criminalidade e diferença na modernidade recente. Rio de Janeiro: Revan: Instituto Carioca de Criminologia, 2002. p. 191. (Pensamento Criminológico, v. 7).

⁵⁸ RIPOLLÉS, J. L. D. **La política criminal en la encrucijada**. República Argentina: Julio Cesar Faira - Editor, 2007. p.132-134.

cobertura midiática dos acontecimentos perigosos ou lesivos; pela dificuldade com que tropeça o cidadão para compreender a mudança tecnológica a ritmar sua vida cotidiana; e pela extensa percepção social de que a moderna sociedade tecnológica acarreta uma notável transformação das relações e valores sociais, e uma significativa redução da solidariedade coletiva.

Com base na teoria da sociedade do risco do sociólogo alemão e nos estudos de Hassemer⁵⁹ a respeito da modernização do Direito Penal, Martin, vem definir o que vem a ser o Direito Penal moderno:

O Direito penal moderno seria aquele próprio e característico da sociedade de riscos. O controle, a prevenção e a gestão de riscos gerais são vistos como tarefas que devem ser assumidas pelo Estado e este as assume efetivamente de modo relevante, e para a realização de tais objetivos o legislador recorre ao tipo penal de perigo abstrato como instrumento técnico adequado por excelência. Por isso o Direito penal moderno, ou uma parte considerável do mesmo, é denominado 'Direito penal do risco'.⁶⁰

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

Características desses novos riscos são tanto suas grandes dimensões com a indeterminação do número de pessoas potencialmente ameaçadas. Essa realidade própria da dinâmica moderna, permitiria compreender esta mesma sociedade como uma 'sociedade de insegurança objetiva', dimensão objetiva que ao se combinar com a subjetiva da 'insegurança sentida' pelos cidadãos daria lugar, finalmente, a uma situação de 'sensação geral de insegurança' que levaria a sociedade a uma forte demanda de segurança por parte do Estado e a que este respondesse a tal exigência com o recurso ao Direito penal mediante a criminalização de comportamentos que se desenvolvem nas esferas de risco.⁶¹

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

Ao lado do aumento do sentimento de insegurança e medo, tem-se o aumento da

⁵⁹ HASSEMER, W. **Introdução aos fundamentos do direito penal**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2005.

⁶⁰ MARTÍN, L. G. **Prolegômenos para a luta pela modernização e expansão do direito penal e para a crítica do discurso de resistência**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2005. p. 48.

⁶¹ MARTÍN, L. G. **Prolegômenos para a luta pela modernização e expansão do direito penal e para a crítica do discurso de resistência**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2005. p. 49.

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

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

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

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

O controle e a vigilância são construídos socialmente como obsessões da modernidade, e conforme disse Bauman, hoje a humanidade vive “uma modernidade tardia, possivelmente ‘pós-modernidade’ ou, de modo mais pitoresco, modernidade ‘líquida.’”⁶². A insegurança, seja ela sentida, ficta ou real, é a marca fundamental dos tempos líquidos modernos.⁶³ Representa uma característica dessa modernidade a busca por segurança, pois a difusão deste sentimento hoje é mundial, ainda mais com a atual revolução das comunicações, que segundo Sanchez, “dá lugar a uma perplexidade derivada da falta – sentida e possivelmente real – de domínio do curso dos acontecimentos, que não pode

⁶² BAUMAN, Z. **Vigilância líquida**. Rio de Janeiro: Zahar, 2013. p. 11.

⁶³ BAUMAN, Z. **Tempo líquidos**. Rio de Janeiro: Zahar, 2007.

traduzir-se senão em termos de insegurança.”⁶⁴

Conforme bem resumiu Surette, “o mundo visto pela TV parece ser constituído de ‘cidadãos-cordeiros protegidos de ‘criminosos-lobos’ por uma polícia de cães pastores’.”⁶⁵ O que não é de conhecimento comum é: quem são os criminosos-lobos? Aquela pessoa que está alheia ao processo legiferante e às intervenções desmedidas estatais ao criminalizar, a cada dia mais, ações ou omissões que representam, por vezes, uma mera possibilidade de perigo não sabem que qualquer um hoje vir a deixar de ser um cordeiro e se tornar um lobo.

Nesta lógica, para Callegari, “a criminalidade, ou melhor, o medo de tornar-se vítima de um delito, transforma-se em mercadoria da indústria cultural, razão pela qual a imagem pública dessa mercadoria é traçada de forma espetacular e onipresente”.⁶⁶ Tratando desta temática, a influência da mídia na formação da opinião social, Bourdieu sintetiza:

O universo do jornalismo é um campo, mas que está sob a pressão do campo econômico por intermédio do índice de audiência. E esse campo muito heterônimo, muito fortemente sujeito às pressões comerciais, exerce, ele próprio, uma pressão sobre todos os outros campos, enquanto estrutura.⁶⁷

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

O objeto, aqui, não é ‘poder dos jornalistas’ – e menos ainda o jornalismo como ‘quarto poder’ –, mas a influência que os mecanismos de um campo jornalístico cada vez mais sujeito às exigências do mercado (dos leitores e anunciantes) exercem, em primeiro lugar sobre os jornalistas e, em seguida, e em parte através deles, sobre os diferentes campos de produção cultural, campo jurídico, campo literário, campo artístico, campo científico.⁶⁸

Em face desta interferência (relação) sistêmica dos meios de comunicação, conforme

⁶⁴ SANCHEZ, J. M. S. **A expansão do direito penal**: aspectos da política criminal nas sociedades pós- industriais. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 41. (Coleção Direito e Ciências Afins, v. 6).

⁶⁵ SURETE, R. apud BAUMAN, Z. **Tempo Líquidos**. Rio de Janeiro: Zahar, 2007. p. 19.

⁶⁶ CALLEGARI, A. L.; WERMUTH, M. Â. D. **Sistema penal e política criminal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 43.

⁶⁷ BORDIEU, P. **Sobre a televisão**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1997. p. 77.

⁶⁸ BORDIEU, P. **Sobre a televisão**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1997. p. 101.

Sanchez “é incontestável a correlação estabelecida entre a sensação social de insegurança diante do delito e a atuação dos meios de comunicação.”⁶⁹ A informação de um crime, mesmo que praticado distante daquele ouvinte ou leitor, desperta neste o sentimento de medo. Diante do exposto verifica-se que é no âmbito da política criminal que se encontra a abertura para que os influxos sociais ligados aos riscos sejam absorvidos e, na sequência, seja concebido um conjunto de respostas preventivas aptas a influenciar o sistema jurídico-penal.

A tendência da política criminal atualmente é no sentido de superar o modelo de garantias penais e processuais penais, adquiridas após anos de muito debate e esforço, e substituí-lo por outro de segurança do cidadão ou, ao menos que demonstre esta suposta segurança.⁷⁰

Deve-se atentar para esta tendência, principalmente após a análise da tutela do direito à segurança e à liberdade que, como direitos fundamentais de primeira dimensão estão a cada dia mais em risco com a adoção desta política criminal irrefletida expansiva, pois o Estado, através das leis penais criminalizadoras pode intervir mais ainda nas liberdades individuais do cidadão.

A técnica legislativa do Direito Penal não é mais aplicada somente baseando-se nos princípios clássicos e iluministas, conforme leciona Ripollés:

Preocupação com o delito ou com a delinquência encontra-se bastante vinculada ao que se costuma chamar de atitudes punitivas presentes em uma determinada sociedade, as quais expressam os pontos de vista dos membros dessa sociedade sobre os contornos e o grau de intervenção penal que consideram necessários.⁷¹

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

A pressão social provocada pela insegurança que ronda a sociedade tem servido como justificativa para gerar a legitimação necessária para que o Estado aumente

⁶⁹ SANCHEZ, J. M. S. **A expansão do direito penal**: aspectos da política criminal nas sociedades pós- industriais. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 47. (Coleção Direito e Ciências Afins, v. 6).

⁷⁰ CALLEGARI, A. L. **A expansão do direito penal**: uma aproximação à tipificação do crime organizado. In: STRECK, L. L.; MORAIS, J. L. B. (Org.). **Constituição, sistemas sociais e hermenêutica**: anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito da UNISINOS: Mestrado e Doutorado. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 24-45.

⁷¹ DIEZ RIPOLLÉS, J. L. **A racionalidade das leis penais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 24.

sua 'potestade', ampliando seu espectro de controle penal no marco da 'luta contra a criminalidade', suprimindo direitos e garantias ao ponto de se admitir, em alguns casos, a perda do status de pessoa de alguns acusados.⁷²

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

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

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

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

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

⁷² CALLEGARI, A. L.; WERMUTH, M. A.D. **Sistema penal e política criminal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 10.

individuais vigentes.⁷³

O Direito Penal tem como fundamento a proteção de bens jurídicos⁷⁴ e não se deve deixar influenciar por uma falaciosa função simbólica, como forma de controle social sem observância dos mínimos direitos previstos no texto constitucional.

Um grande exemplo deste avanço irracional pode ser descrito como a teoria do Direito Penal do Inimigo caracterizada por três elementos: “um amplo adiantamento da punibilidade, as penas previstas são desproporcionalmente altas e determinadas garantias processuais são relativizadas ou suprimidas”⁷⁵. Esta expansão do Direito Penal torna-se extremamente perigosa e atentatória aos princípios que regem um Estado Democrático de Direito, fugindo a todos os princípios que regem o Direito Penal. Dentre estas o maior exemplo, como já citado, que se destaca como possível resposta legitimadora a um Direito Penal máximo, expansivo e (ir)racional que vem a ser a teoria do Direito Penal do Inimigo. Uma teoria desenvolvida por Jakobs e Melia⁷⁶, segundo a qual a função precípua do Direito Penal seria somente assegurar a vigência da norma, a pena servindo apenas para eliminação de um perigo.

Percebe-se que com base no trinômio “risco, medo e segurança”⁷⁷ vem-se forjando uma expansão do Direito Penal sem um critério científico e racional embasado nas ciências penais.

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

⁷³ RIPOLLÉS, J. L. D. **La política criminal em la encrucijada**. República Argentina: Julio Cesar Faira - Editor, 2007. p. 136-137.

⁷⁴ ROXIN, C. **A proteção de bens jurídicos como função do direito penal**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

⁷⁵ JAKOBS, G.; MELIA, M. C. **Direito penal do inimigo: noções e críticas**. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 90.

⁷⁶ JAKOBS, G.; MELIA, M. C. **Direito penal do inimigo: noções e críticas**. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 45-55.

⁷⁷ CALLEGARI, A. L.; WERMUTH, M. A.D. **Sistema penal e política criminal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 13.

2.3 O reflexo da implementação excessiva de tipos penais: os prós e contras de uma política criminal de punição e controle.

Muitos criticam a legislação penal brasileira, por ser a mesma é ultrapassada, do século passado, da década de quarenta, que estaria precisando ser atualizada, aprimorada. Em tempos de novos riscos, da difusão do medo e da sensação de insegurança é temerária qualquer alteração legislativa em matéria penal. Existe em curso uma discussão em face da elaboração de um novo Código Penal⁷⁸, que está cheio de exemplos de criminalizações discutíveis, aumento de sanções e criação de mecanismos que dificultam o desencarceramento.

O que deveria ser uma atualização no sentido de evoluir, na verdade vai trazer um retrocesso ao sistema penal brasileiro. As liberdades individuais mais uma vez serão cerceadas com base no discurso falacioso da segurança, do combate à criminalidade. Infelizmente, o Brasil não passou alheio pelo fenômeno do etiquetamento⁷⁹ do Direito Penal. Wacquant apresenta uma breve análise sobre a realidade brasileira:

Assim, a partir de 1989, a morte violenta é a principal causa de mortalidade no país, com o índice de homicídios no Rio de Janeiro, em São Paulo e Recife atingindo 40 para cada 100.000 habitantes, ao passo que o índice nacional supera 20 para cada 100.000 (ou seja, duas vezes o índice norte-americano do início dos anos 1990 e 20 vezes o nível dos países da Europa ocidental). A difusão das armas de fogo e o desenvolvimento fulminante de uma economia estruturada da droga ligada ao tráfico internacional, que mistura o crime organizado e a polícia, acabaram por propagar o crime e o medo do crime por toda parte no espaço público. Na ausência de Qualquer rede de proteção social, é certo que a juventude dos bairros populares esmagados pelo peso do desemprego e do subemprego crônicos continuará a buscar no “capitalismo de pilhagem” da rua (como diria Max Weber) os meios de sobreviver e realizar os valores do código de honra masculino, já que consegue escapar da miséria no cotidiano. O crescimento espetacular da repressão policial nesses últimos anos permaneceu sem efeito, pois a repressão não tem influência alguma sobre os motores dessa criminalidade que visa criar uma economia pela predação ali onde a economia oficial não existe ou não existe mais.⁸⁰

Na linha de pensamento do *Law and Order*, surgiu a Lei dos Crimes Hediondos (Lei 8.072/90) que é, sem dúvida, uma demonstração político-criminal desproporcional e

⁷⁸ O Projeto de Lei do Senado (PLS) 236/2012, que reforma o Código Penal Brasileiro, aprovou nesta terça-feira (17) o relatório final elaborado pelo senador Pedro Taques (PDT-MT). A proposta, que teve por base anteprojeto proposto por uma comissão de juristas, sugere penas maiores para crimes contra a vida, aumenta o rol de crimes hediondos e torna mais rigoroso o modelo de progressão de penas, impondo ao condenado por crime mais grave tempo maior sob regime fechado nos presídios, como mostra: BRASIL. Senado Federal. Projeto de lei do senado nº 236, de 2012 - (Novo Código Penal). Brasília, DF: Senado Federal, 2013.

⁷⁹ A criminalidade não é característica de uma conduta, mas o resultado de um processo de atribuição, de uma estigmatização, a criminalidade é uma etiqueta, conforme HASSEMER, W. Introdução aos fundamentos do direito penal. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2005. p. 101.

⁸⁰ WACQUANT, L. *As prisões da miséria*. 2. ed. Rio de Janeiro: Zahar, 2011. p. 10-11.

radical,⁸¹ sendo também um exemplo do etiquetamento da lei penal, taxando de hedionda uma conduta sem ao menos utilizar-se de um critério de razoabilidade.

Portanto, aqueles crimes assim considerados são aqueles mais recorrentes, praticados mediante violência a pessoa, que a mídia notícia com frequência e, conseqüentemente, que a população acredita ser vítima em potencial de tais condutas. Torná-los hediondos, segundo o senso comum, seria necessário para debelá-los, led o engano.

Essa (re)evolução desta legislação na realidade tem sido, nas últimas décadas, um recrudescimento sem medida ou qualquer critério racional como já afirmado, não havendo motivos racionais que ao menos o justifique, nem que o legitime. Após a redemocratização nacional, logo no início da década de noventa o que se percebeu na legislação em matéria penal foi uma verdadeira enxurrada de leis, a exemplo de: da lei dos crimes hediondos; dos crimes contra a ordem tributária e econômica; dos crimes contra as relações de consumo; dos crimes contra o consumidor (inseridos no Código de Defesa do Consumidor); do crime de tortura, e vários outros tipos penais. Estes últimos tendo sido criados logo no início da década de noventa como uma forma de adequar ao Código Penal Brasileiro, que é da década de quarenta, e à Constituição Federal brasileira recém-promulgada em 1988.

Atualmente o Congresso Nacional está discutindo um projeto de lei para a criação de um novo Código Penal, no projeto de lei inicial já constavam mais de quinhentos artigos, comparando com o Código em vigor que possui apenas trezentos e sessenta. Pode-se perceber que o possível novo Código Penal será o mais puro exemplo de expansão do Direito Penal no Estado Brasileiro. Mas e o princípio da intervenção mínima, a *ultima ratio*, a subsidiariedade?

O legislador pátrio pouco tem observado tais princípios legitimadores do Direito Penal e atendendo a uma sede expansionista da sociedade brasileira, influenciada pelo apelo midiático, e de uma vampirização da legislação penal, nas palavras de Ripollés⁸². Mas o que vem a ser essa vampirização? A sociedade tem sede de sangue, o Código Penal, ao invés de ser o Código do delinquente (cidadão) tem se transmutado em Código da vítima como bem afirmou Liszt⁸³.

⁸¹ CALLEGARI, A. L.; WERMUTH, M. A. D. **Sistema penal e política criminal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 92.

⁸² RIPOLLÉS, J. L. D. **La política criminal em la encrucijada**. República Argentina: Julio Cesar Faira - Editor, 2007.

⁸³ HASSEMER, W. **Direito penal**: fundamentos, estrutura, política. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 2008. p. 227-228.

O Direito Penal, em seu formato de um estado de Direito liberal, é um instrumento flagrantemente inadequado para apoiar objetivos políticos, controlar situações problemáticas ou prover à ampla prevenção de situações perigosas. Ao contrário, seu instrumental é pesado, anacrônico e desigualmente fraturado em suas possibilidades de produzir efeitos.⁸² Segundo Hassemer, sua estrutura pesada não lhe permite contribuir para o estabelecimento de objetivos e meios de solução de problemas que permitam versatilidade, abertura para o futuro e flexibilidade condizente de perturbações inesperadas. Seu emprego só é permitido depois que o ilícito já se consumou (“direito penal do fato”), na verdade, tarde demais para uma prevenção efetiva.

3 A DINÂMICA DA LEGISLAÇÃO PENAL E A IDEIA DE UM DIREITO PENAL PRETENSAMENTE RACIONALIZADO.

3.1 Momentos de cognição e construção do Direito Penal.

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

3.1.1 A cognição pré-legislativa

O processo legislativo que define a formação e o nascimento, no caso, de uma lei penal e que é definida na Constituição Federal de 1988, segundo o próprio texto constitucional apenas a União tem competência material para legislar em matéria penal.⁸⁴

Segundo Ripollés⁸⁵, é preciso analisar a importância de uma fase anterior ao processo legislativo: a fase pré-legislativa, na elaboração das leis. Acredita-se na relevância do estudo de tal fase nesse momento, pois ela se adequa à situação brasileira de expansionismo de leis na seara penal.

A primeira etapa seria um processo espontâneo, no qual se faz creditar na existência

⁸⁴ Constituição da República Federativa do Brasil [...] Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre: I - direito civil, comercial, penal, processual, eleitoral, agrário, marítimo, aeronáutico, espacial e do trabalho. BRASIL. (Constituição, 1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.**

⁸⁵ DIEZ RIPOLLÉS, J. L. **A racionalidade das leis penais.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 20.

de uma “disfunção social”⁸⁶, seja esse real ou aparente e na necessidade de intervenção penal. Os possíveis responsáveis por esse pensamento seriam forças políticas, sociais ou econômicas, institucionalizadas ou não, e os meios de comunicação. Tida a disfunção social como existente, a primeira fase termina, iniciando-se outro processo espontâneo (segunda fase) no qual se vislumbra a possibilidade de modificação do sistema jurídico-penal para sua adequação à nova realidade. Nessa fase há o mal-estar social, o risco de ser vítima, o medo de ser vítima, a preocupação com os níveis de delinquência e a modificação da conduta para evitar ser vítima.

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

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

Na última etapa deverá ocorrer uma transformação da opinião pública em uma proposta de resolução do problema social apontada. Para isso, busca-se a respeitabilidade social, por meio da análise das possibilidades para a resolução do problema, culminando com propostas que possivelmente irão ultrapassar a fase pré-legislativa, modificando a esfera jurídico-penal⁸⁷.

No entanto, antes mesmo do Congresso Nacional iniciar a discutir, deliberar e votar um projeto de lei em matéria penal existe todo um movimento, uma mobilização social, conforme explicitado, que Ripollés chama de grupos de pressão especializados, que se apropriam do problema até então radicado na opinião pública⁸⁸. Grupos que podem ser formados de diversas formas: membros da sociedade civil, feministas, ecologistas,

⁸⁶ DIEZ RIPOLLÉS, J. L. **A racionalidade das leis penais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 20.

⁸⁷ Idem.

⁸⁸ Idem.

consumidores, socioeconômicos, associações de classes e, por vezes, até grupos pacifistas.

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

O processo sociológico desencadeado por uma decisão legislativa penal tem início com o êxito de um agente social em tornar crível a existência de uma disfunção social, e que necessita, portanto, de algum tipo de intervenção penal. Por disfunção social deve-se entender, em linhas gerais, a falta de relação entre determinada situação social ou econômica e a resposta ou falta de resposta que a ela dá o subsistema jurídico, nesse caso o Direito Penal.⁸⁹

Essa disfunção social precisa ser sentida, ela precisa ser conhecida pela sociedade. Isso se dará principalmente através dos meios de comunicação que irão disseminar aqueles dados ligados à violência e à criminalidade fazendo nascer um permanente sentimento de ser vítima em potencial. O medo disseminado em face da ocorrência de novos crimes faz nascer um sentimento de clamor por atitudes punitivas, como se o castigo, a pena pela prática de um crime fizesse com que se restaurasse aquela situação anterior.

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

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

⁸⁹ DIEZ RIPOLLÉS, J. L. **A racionalidade das leis penais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

generalidade.⁹⁰

Esse mal-estar, com o surgimento de um estado de opinião onde aquela sociedade composta majoritariamente de classes passivas: pensionistas, desempregados, consumidores, aposentados, como Sanchez⁹¹ denomina, sujeitos do bem-estar, irão cobrar do Estado a solução deste mal-estar social em face do avanço da criminalidade.

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

Esse discurso busca o controle social com a difusão de notícias sobre o aumento da criminalidade que alimentam a (o sentimento) insegurança na população e que, por sua vez, passa a exigir uma resposta estatal imediata. Uma exigência que seja possível dizer por meio de leis mais severas, da criação de novos tipos penais, bem como do recrudesimento das penas aos crimes já existentes, sendo o ponto mais característico e temerário desta fase pré-legislativa.

Segundo Ripollés, nessa fase, o que é um estado de opinião deve se transformar em um programa de ação, desconsiderando as generalidades do senso comum, dirigindo-se a oferecer propostas de resolução do problema social suscitado.⁹²

No entanto, a realidade é bem diferente, ante o avanço da violência praticada por menores de idade, gerando uma disfunção na sociedade, e as propostas apresentadas são: redução da maioria penal; majoração das medidas socioeducativas aplicadas a adolescentes; pena de morte e outros absurdos.

Um parlamentar que apresenta um projeto de lei visando à redução da maioria penal desconhece o próprio texto constitucional que proíbe tal discussão legislativa. Mas existem inúmeros projetos de lei e de emenda à Constituição visando à redução da maioria penal que seriam eles passíveis de votação? Certamente. Mas por que não são postos em votação então? Porque basta ter o mínimo de discernimento para compreender que um direito fundamental,⁹³ previsto no texto constitucional, não é passível de supressão, mesmo que por

⁹⁰ Ibidem. p. 28-31.

⁹¹ SANCHEZ, J. M. S. **A expansão do direito penal**: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 64. (Coleção direito e ciências afins, v. 6).

⁹² DIEZ RIPOLLÉS, J. L. **A racionalidade das leis penais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 32.

⁹³ Levamos em consideração o aporte doutrinário majoritário que considera a previsão da menor idade como cláusula pétrea.

emenda à Constituição, é cláusula pétrea.

E mesmo se não fosse não seria o encarceramento de adolescentes que iria debelar os atos de violência, considerados atos infracionais, praticados por aqueles.

Esses projetos, essas discussões estão sempre em voga em face dos grupos de pressão, formados e fomentados principalmente pela mídia. A opinião pública (ou opinião publicada) é fruto de uma tarefa especializada, e que é realizada pelo que se poderia considerar um grupo de pressão, a mídia.⁹⁴

A criação de uma situação de mal-estar social deflagrada ou incrementada pelo discurso da punição, do exercício do poder punitivo estatal sem medidas deflagra a fase seguinte que seria a fase legislativa, onde vai-se criar dispositivos penais através de decisões legislativas voltadas ao interesse da plateia. Essa prática cria dispositivos imprecisos, criminaliza situações de perigo abstrato que não apresentam realmente perigo, ou, sequer dano efetivo a algum bem jurídico carente de proteção penal.

O legislador deixa-se levar pela emoção e despreza a razão, a sua função deixa de ser a que deveria cumprir a de legislador e passa a ser a de apaziguador de conflitos sociais através de dispositivos que desprezam qualquer técnica ou teoria na elaboração daquela legislação.

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

A dogmática jurídica pode ser considerada o núcleo da expressão Ciência do Direito, que é mais ampla, englobando, também, a Sociologia do Direito, a Filosofia do Direito, a História do Direito, etc. E o mesmo acontece com a 'Ciência da Legislação', cujo estudo admite variadas perspectivas, distinguindo-se, de certa forma da Dogmática Jurídica, já que esta parte das leis, normas legais, como uma realidade já dada abordando os problemas relacionados com a interpretação e aplicação das normas jurídicas.⁹⁵

Mas é necessário ressaltar que se a mídia hoje forma um grupo de pressão forte sobre a grande massa com o intuito de fazê-la clamar por leis mais severas, isso se explica em parte pelo fato dos grandes grupos de comunicação estar inseridos no mercado econômico globalizado.

Conforme Sanchez a natureza econômica dos fenômenos da globalização e da integração, o Direito Penal é, obviamente, um produto político e, em particular, um produto

⁹⁴ DIEZ RIPOLLÉS, J. L. **A racionalidade das leis penais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 36.

⁹⁵ ATIENZA, M. **Contribución a uma teoría de la legislación**. Madrid: Civitas, 1997. p. 16-17.

dos Estados nacionais do século XX.⁹⁶

3.1.2 A construção das legislações criminais – O processo legislativo criminal.

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

Nesta fase incluem-se desde o momento em que o parlamentar dá início à discussão, dentro da sua casa legislativa, daquele projeto, até o momento que o aprova. Aqui sim a teoria da legislação, as reais necessidades de tipificação, as finalidades racionais da lei penal deveriam ser consideradas.

No entanto, aquele projeto geralmente já é recebido permeado com o discurso tendencioso e ideológico da fase anterior. A proposição de emendas ao projeto deve obedecer ao interesse para o qual ele fora apresentado, reprimir a violência, majorar penas, aumentar a segregação. Algum ponto contra tais fins é um ponto fora da linha, de encontro ao discurso, geralmente desprezado e não atendido⁹⁷.

A sociedade atualmente vive sob o signo da insegurança, a violência amplamente propagada, somada ao aumento da pobreza e à concentração de riqueza provocando um resultado devastador sobre os ânimos sociais, tais anseios ressoam nas casas legislativas, sejam os representantes do povo, os deputados, ou os representantes dos estados, os senadores.

Essa ressonância é ouvida justamente nesta fase, no momento de dar uma resposta à sociedade, aos eleitores, de justificar a função que exercem. Mas qual seria essa função? Cerceando cada vez mais, a cada dia que passa as liberdades individuais dos cidadãos sob o discurso de combate à criminalidade? Essa é a realidade da maioria dos projetos e dispositivos legais aprovados em matéria penal.

Em face das condições da realidade social, o Estado reduz a intervenção em matéria social e endurece a legislação penal, transformando o direito penal na principal forma de combate aos problemas sociais, retirando seu caráter de aplicabilidade somente em *ultima ratio*. Existe uma substituição do estado do bem-estar social pelo estado policial e

⁹⁶ SANCHEZ, J. M. S. **A expansão do direito penal**: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 104. (Coleção direito e ciências afins, v. 6).

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

penitenciário.⁹⁸

Essa realidade vai de encontro aos preceitos basilares do Direito Penal, conforme Callegari:

O fenômeno expansivo experimentado pelo Direito Penal contemporâneo, em especial no que diz respeito à realidade brasileira, demonstra que o legislador em matéria penal ainda custa a assimilar que as normas penais devem estar construídas sob forte base de garantias, o que significa que os preceitos incriminadores devem respeitar os direitos e garantias fundamentais preconizados pela Carta Política. Assim, os fundamentos na construção das leis penais devem ser racionais, o que significa que a lei penal deve seguir os princípios e garantias e ser efetiva e não meramente simbólica.⁹⁹

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

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

Ainda sobre o processo legislativo criminal, é importante evidenciar que em matéria penal a Constituição Federal foi latente ao especificar e determinar com um certo rigor normativo as fontes admitidas para se dizer o Direito Penal, em um primeiro momento pela edição do próprio princípio da legalidade. Duas grandes discussões derivam deste princípio¹⁰⁰: pode existir medida provisória em matéria criminal? E a segunda, pode existir lei complementar que legisle sobre assuntos atinentes ao Direito Penal?

O princípio da legalidade traz implícita a noção da reserva legal. Embora seja dificultoso o processo de delimitar a diferença entre os dois princípios nos parece elucidativa aquela que preconiza, consoante orientação de José Afonso da Silva, a despeito do que afirma parcela minoritária da doutrina, que a melhor técnica difere o princípio da legalidade do princípio da reserva legal, uma vez que o primeiro significa a submissão e o respeito à lei, ou a atuação dentro da esfera estabelecida pelo legislador. O segundo consiste em estatuir que a regulamentação de determinadas matérias há de fazer-se necessariamente por lei.¹⁰¹

⁹⁸ WACQUANT, L. **As prisões da miséria**. 2. ed. Rio de Janeiro: Zahar, 2011. p. 9.

⁹⁹ CALLEGARI, A. L.; WERMUTH, M. A.D. **Sistema penal e política criminal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 119.

¹⁰¹ DIEZ RIPOLLÉS, J. L. **A racionalidade das leis penais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 62.

¹⁰⁰ Artigo 5º, XXXIX, CF/88 - não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal;

¹⁰¹ SILVA, José Afonso da. Curso de direito constitucional positivo. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 421.

Ainda nos ensinamentos de José Afonso da Silva:

A solução do problema da dificuldade de distinção se dá com base no Direito Constitucional positivo, à vista do poder que a Constituição outorga ao Poder Legislativo. Assim, afirma quando essa outorga consiste no poder amplo e geral sobre qualquer espécie de relações (...), tem-se o princípio da legalidade. Todavia, quando a Constituição reserva conteúdo específico, caso a caso, à lei, encontramos-nos diante do princípio da reserva legal.¹⁰²

Feita a distinção nos parece necessário apontar que a competência para legislar em matéria criminal é da União¹⁰³, logo podemos delimitar a reserva legal em matéria criminal apenas às legislações ordinárias federais. Excepcionalmente, conforme dispõe o parágrafo único do artigo 22 da Constituição Federal, através de lei complementar, poderão os Estados legislarem sobre matéria criminal.¹⁰⁴

Porém, tal delegação de competência não pode ser feita de forma irrestrita: a lei complementar deverá ser federal, deverá especificar as matérias pontuais a serem delegadas aos Estados Membros, bem como ser dirigida a todos eles, sob pena de violar a proibição de privilégios entre os entes federativos.

Em relação às medidas provisórias, por expressa proibição constitucional, as mesmas não podem deliberar a criação de novos tipos penais, a saber:

Art. 62. Em caso de relevância e urgência, o Presidente da República poderá adotar medidas provisórias, com força de lei, devendo submetê-las de imediato ao Congresso Nacional.

§ 1º É vedada a edição de medidas provisórias sobre matéria

I - Relativa a:

- a) nacionalidade, cidadania, direitos políticos, partidos políticos e direito eleitoral;
- b) direito penal, processual penal e processual civil;

Após toda esta análise e seguindo o raciocínio da posituação de uma legislação criminal, ~~existe~~ um conjunto de atividades, de análises e avaliações dos diversos efeitos da decisão legal após sua entrada em vigor, e perdura até o momento em que se questiona se ela é socialmente necessária, suficiente, se é realmente adequada para aquela disfunção social, qual seja a criminalidade¹⁰⁵.

¹⁰² SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 421.

¹⁰³ Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre: I - direito civil, comercial, penal, processual, eleitoral, agrário, marítimo, aeronáutico, espacial e do trabalho;

¹⁰⁴ Lei complementar poderá autorizar os Estados a legislar sobre questões específicas das matérias relacionadas neste artigo.

Nesta fase existem três etapas distintas, a da ativação, da avaliação e das consequências¹⁰⁶, a serem analisadas a seguir.

A etapa de ativação é de fundamental importância, segundo Ripollés ela diz respeito ao fato de que certos agentes sociais suficientemente influentes se mostrem interessados em conhecer as consequências da intervenção legislativa correspondente.¹⁰⁷ Seriam estes os grupos de pressão que pugnam pela elaboração de novos dispositivos penais como a mídia, os pacifistas ou grupos de pressão de vítimas, por exemplo, que atuarão impulsionados pela busca ou reafirmação do seu equilíbrio emocional.

A avaliação é feita através de meios pessoais, materiais e metodológicos. A análise com base nos meios pessoais deveria ser realizada por profissionais do Direito capacitados em analisar os aspectos racionais de necessidade, suficiência, obediência aos princípios penais e ao texto constitucional.

Estes profissionais existem, mas raros são aqueles que se propõem a discutir essa temática de forma adequada, avaliando não somente com os olhos da dogmática penal, mas sim com a interdisciplinaridade que a demanda necessita.

As carências metodológicas são relevantes, antes de tudo, falta o que poderia chamar-se de substrato experimental não programado sobre o qual poderiam edificar-se as avaliações concretas.¹⁰⁸

Faltam pesquisas quantitativas e qualitativas a respeito da real utilidade daquele novo dispositivo em vigor, e da sua aplicabilidade prática em combater aquele fato que a fez nascer. Dentro da realidade nacional pode-se dizer que existem dados isolados em relação a estados ou cidades, no entanto, o Brasil carece de um programa nacional de pesquisa e avaliação em face das decisões legislativas concretas em matéria penal.

A última etapa, a transmissão dos resultados, vai além do índice de confiabilidade ou validade das constatações em relação ao dispositivo legal em análise. Deve-se garantir uma adequada difusão dos resultados, não devendo estes ficar restritos a círculos de confidencialidade, mesmo que tais resultados tragam ainda mais alarde à sociedade.¹⁰⁹ Esse alarde geralmente existe com a ocorrência criminosa e a sanção de forma branda, proporcional ou até mesmo a não punição do autor do fato. Mas a condenação de inocentes, a imputação de crimes de perigo abstrato a pessoas que não chegaram a criar situação alguma

¹⁰⁶ DIEZ RIPOLLÉS, J. L. **A racionalidade das leis penais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 63-70.

¹⁰⁷ DIEZ RIPOLLÉS, J. L. **A racionalidade das leis penais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 63.

¹⁰⁸ DIEZ RIPOLLÉS, J. L. **A racionalidade das leis penais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 68.

¹⁰⁹ DIEZ RIPOLLÉS, J. L. **A racionalidade das leis penais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 70.

concreta de perigo ou a limitação, cada vez mais acentuada, das liberdades individuais ante a criminalização a cada dia mais acentuada, não gera alarde algum.

A percepção desta avaliação talvez venha a ocorrer tarde demais, quando aquele cidadão, que se identifica geralmente com o processo de vitimização, se encontrar autuado por algo que não representa uma conduta realmente atentatória à sociedade, irá repensar na racionalidade e necessidade daquele dispositivo.

Aí será tarde, a sociedade que clama por uma intervenção penal desmedida como forma de controle social já estará cerceada pelo estado penal, onde existirá um sistema penal máximo e uma cidadania mínima.¹¹⁰

3.2 A ideia de racionalidade e a estrutura de um pretense Direito Penal racionalizado.

É preciso fixar um norte sobre o que vem a ser então a racionalidade de uma lei penal, qual seria o critério ou balizas para determinar se um dispositivo legal seria racional ou não. Segundo o pensamento de Ripollés¹¹⁶, fundado em Atienza¹¹¹, a racionalidade ética é que marca o âmbito de delimitação das demais esferas da racionalidade.¹¹² A racionalidade ética pertence ao critério democrático, isto é, uma vez asseguradas em princípios estruturais, nas referências éticas, permitirá legitimar decisões legislativas concretas, mesmo em face das controvertidas racionalidades subsequentes e na inter-relação entre elas.

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

O Direito cumpre a sua função de condição de sentido, se funciona como um mecanismo simbólico, negando-se simultaneamente, seu caráter legalista e cientificista, na medida em que, afastando-se dos pressupostos que predominam em sua doxa instituída como ciência, passa a fazer uma opção para a produção política das significações, para um processo de autonomia, entendido com vínculo criativo com o outro.¹¹³

¹¹⁰ ANDRADE, V. R. P de. **Sistema penal máximo x cidadania mínima: códigos da violência na era da globalização**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

¹¹¹ ATIENZA, M. **Contribución a una teoría de la legislación**. Madrid: Civitas, 1997.

¹¹² HOMMERDING, A. N.; LYRA, J. F. D. da C. **Racionalidade das leis penais e legislação penal simbólica**. Rio de Janeiro: LMJ Mundo Jurídico, 2014. p. 47-49.

¹¹³ WARAT, L. A. **Introdução geral ao direito**: interpretação da lei: temas para uma reformulação. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1994. p. 29.

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

A ética (função normativa da adaptação individual ao meio), e o direito penal (organização defensiva do meio contra a inadaptação do indivíduo) se transformam continuamente, de acordo com as modificações incessantes da mentalidade social, refletida em todas as instituições.¹¹⁴

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

Neste mesmo sentido, Zaffaroni e Pierangeli, aduzem que:

Todo pensamento penal, que ostente ou oculte uma base filosófica idealista, acaba sendo alienante, pois encobre o verdadeiro ser do homem, somente a alienação nos pode conduzir a um pensamento que crê que conhecer implica criar, que conhecer o mundo implica 'pôr' o mundo. O conhecimento não pode criar o ente, mas apenas torna-lo compreensível (HEIDEGGER). O caminho do conhecimento não pode seguir uma direção arbitrária, não pode ser disposto pelo homem de qualquer maneira; o mundo não pode esgotar-se numa mera transcendência subjetiva, mas todo questionamento é uma busca, e toda busca tem sua direção, que é indicada por aquilo que se busca (HEIDEGGER).¹¹⁵

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

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

Restringindo a discussão em torno do critério de racionalidade às leis penais, objeto da presente pesquisa, a regulação pelo direito penal positivo, segundo Ripollés, deve observar

¹¹⁴ INGENIEROS, J. **Criminologia**. São Paulo: Monteiro Lobato & Co., 1924. p. 14.

¹¹⁵ ZAFFARONI, E. R.; PIERANGELI, J. H. **Manual de direito penal brasileiro**. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. v. 1, parte geral, p. 321.

como contornos básicos de uma intervenção penal legítima e racional, os princípios de proteção, princípios de responsabilidade e princípios de sanção,¹¹⁶ princípios estes a serem analisados em tópico próprio.

Dentro desse processo comunicativo, entre os representantes da sociedade que possuem competência constitucional para legislar em matéria penal, a questão da racionalidade dessa espécie legislativa é tema controverso sob a ótica de quem faz a análise.

4 UM DIÁLOGO ENTRE UTILIDADE/EFETIVIDADE DA INTERVENÇÃO PENAL, O DIREITO PENAL SIMBÓLICO E A INSTRUMENTALIZAÇÃO DA PROTEÇÃO DOS BENS JURÍDICOS.

Não é de nenhum espanto que após toda a evolução alcançada pelo Direito, em especial pelo Direito Penal, que este fosse “coagido” a se adequar à estrutura constitucional desenvolvida no seio de nossa sociedade.

O processo de constitucionalização do direito penal, assim como de qualquer ramo do direito, possui um histórico interessante de ser analisado, até mais do que qualquer outra seara jurídica, uma vez que é ele aquele que utiliza da restrição de um dos bens mais tutelados, a liberdade, para concretizar o *ius puniendi* estatal.

A revolução francesa foi um marco para o direito penal, pois uma das conquistas dos cidadãos daquela época foi a importância que se deu à liberdade em todos os seus sentidos possíveis. Liberdade de expressão, liberdade de escolha, liberdade para o trabalho, dentre outras, porém a que nos interessa aqui: a liberdade compreendida como direito de ir e vir.

Dela, tem-se que todas as espécies de pena existentes e que hoje são rechaçadas constitucionalmente pelo art. 5º, XLVII tais como penas de morte, de caráter perpétuo, cruéis, de banimento ou de trabalhos forçados, por ceifarem ou lesionarem a integridade física e/ou psicológica dos cidadãos foram convergidas a espécies menos agressivas de penas, qual seja, a restrição do direito de ir e vir, a restrição de direitos e as penas de caráter pecuniário.¹¹⁷ Contador, este processo de alteração regimental do direito penal para com o objetivo de adequá-lo às garantias constitucionais dos cidadãos é um processo que, ainda hoje, mostra suas particularidades e dificuldades.

Isto porque, o Direito Penal como conhecemos hoje, nem sempre assim o foi. Desde que o homem passou a ter a necessidade de viver em sociedade, aproveitando das benesses da

¹¹⁶ DIEZ RIPOLLÉS, J. L. **A racionalidade das leis penais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 92.

¹¹⁷ BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. Trad. José Cretella Júnior e Agnes Cretella. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.

vida em grupo, começou a evidenciar a presença do cerne vingativo que permeia o instinto humano.¹¹⁸ Essa vingança deu início aos primórdios da pena, como na Mesopotâmia, com a lei de talião, as vinganças privadas, as ordálias em que a punição recaía sobre o corpo do indivíduo.

O suplicio penal não corresponde a qualquer punição corporal: é uma produção diferenciada de sofrimentos, um ritual organizado para marcação das vítimas e manifestação do poder que pune: não é absolutamente a exasperação de uma justiça que, esquecendo seus princípios, perdesse todo o controle. Nos “excessos” dos suplicios, se investe toda a economia do poder.¹¹⁹

Na medida que a sociedade avançou os protestos contra os suplicios começaram a surgir. Na segunda metade do século XVIII, filósofos, teóricos, juristas, parlamentares e legisladores começaram a ansiar por um modo diferente de punição, visando eliminar essa confrontação física existente entre soberano e condenado; esse conflito frontal entre a vingança do príncipe e a cólera contida do povo, por intermédio do supliciado e do carrasco (FOUCAULT, 2002, p.63).

4.1 Legalidade e simbolismo penal

A evolução sociológica e filosófica fez com que surgisse a exigência de um novo paradigma epistemológico, o de como substituir as vinganças por uma efetiva punição. Cesare Beccaria foi a primeira voz a se levantar contra as práticas abusivas existentes que concerniam às punições aplicadas. Ele defendia que cada crime merecia uma pena proporcional ao dano causado, devendo ser as punições justas a fim de um avanço moral e ético ao Direito Penal.

As penas que vão além da necessidade de manter o depósito da salvação pública são injustas por sua natureza; e tanto mais justas serão quanto mais sagradas e invioláveis for a segurança e maior a liberdade que o soberano propiciar aos súditos.¹²⁰

Os princípios desenvolvidos a partir da interpretação segundo o pensamento de Beccaria possibilitou estabelecer limites à atividade legiferante, limite este, hoje conhecido

¹¹⁸ ZAFFARONI, E. R.; PIERANGELI, J. H. **Manual de direito penal brasileiro**: parte geral. 8. ed. v. 1. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

¹¹⁹ FOUCAULT, M. **Vigiar e punir**: nascimento da prisão. 37. ed. Petrópolis: Vozes, 2009. p. 32

¹²⁰ BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. Trad. José Cretella Júnior e Agnes Cretella. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996. p. 18

como princípio da legalidade.¹²¹ Isto porque, segundo Beccaria,¹²² apenas as leis podem indicar as penas de cada delito e que o direito de estabelecer leis penais não pode ser senão da pessoa do legislador, que representa toda a sociedade ligada por um contrato social.

Contemporâneo de Rousseau, Voltaire e Montesquieu, seus ideais filosóficos serviram de base para o sistema punitivo que temos hodiernamente. Não é de se espantar que essa mesma revolução também foi contemporânea à revolução francesa, a qual serve, até os dias de hoje, como o grande marco da reviravolta filosófica, sociológica e, por que não, jurídica das sociedades.

Beccaria¹²³ ainda defendia a ideia de que o magistrado não pode, por si, criar sanções penais de acordo com uma discricionariedade ilimitada, vez que este é parte da própria sociedade, sendo inaceitável que este aplique uma lei a outro partícipe da sociedade sem que as definições típicas e sancionadoras já estejam previstas em lei.

Complementarmente a esta ideia, é exposto que o juiz, mesmo obedecendo aos critérios da lei, não pode aumentá-los, sob consequência de macular seu julgamento de injustiças, vez que o castigo já havia sido prefixado e que, nem mesmo em nome do bem público pode o magistrado exacerbar os limites legislativos.

Ainda sim trouxe ao ordenamento jurídico penal uma forte interpretação da repartição dos poderes construindo um novo paradigma na seara criminal ao separar e limitar a atuação estatal trazendo mais segurança jurídica e justiça às punições aplicadas.

Visa-se a busca do bem-estar social, uma vez que as leis devem possuir um caráter geral, sendo igualitária sua aplicação e obediência a todos os cidadãos.

Consegue-se vislumbrar aqui a importância processual de um terceiro imparcial a fim de decidir as contradições evidentes. Surge, então, a necessidade de alguém apto a prolatar a resolução mais justa ao caso concreto, de forma imparcial e sem apelos. Esse alguém é o magistrado.

No mesmo sentido evidenciou e fundamentou a inutilidade das penas cruéis, difundindo um pensamento que, como visto reestruturou e remodelou o Direito Penal.

¹²¹ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão**: teoria do garantismo penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 425

¹²² BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. Trad. José Cretella Júnior e Agnes Cretella. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996. p. 63-67

¹²³ BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. Trad. José Cretella Júnior e Agnes Cretella. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996. p. 18

Ainda que a atrocidade das penas não fosse reprovada pela filosofia, que é a mãe das virtudes benéficas e, por esse motivo, esclarecida, que prefere governar homens felizes e livres a dominar covardemente um rebanho de tímidos escravos; ainda que os castigos cruéis não se opusessem diretamente ao bem público e à finalidade que se lhes atribui, a de obstar os crimes, será suficiente provar que essa crueldade é inútil, para considerá-la então odiosa, revoltante, em desacordo com a justiça e com a natureza mesma do contrato social.¹²⁴

Passou-se a aceitar a ideia de que um crime mereça uma punição que torne a prática delitiva não atraente. Nos dizeres de Foucault¹²⁵ encontrar para um crime o castigo que convém é encontrar a desvantagem cuja ideia seja tal que torne definitivamente sem atração a ideia de um delito.

Com esse novo pensamento de punições individuais para cada delito tipificado surge a concepção de sinais-obstáculos que nada mais são medidas necessárias a fim de barrar a ideia da prática delitiva, qualquer que ela seja. Desenvolve-se então um novo arsenal para o direito penal, a fim de substituir as marcas vinditas do suplício. O modelo de Estado Legalista não tardou a declinar. Retirando-se das mãos do soberano a competência para punir de qualquer forma, deu-se ao poder legislativo a incumbência de criar leis prévias que serviriam de baluarte para os magistrados desenrolarem as controvérsias atinentes ao direito penal.¹²⁶

Com o novo poder conferido ao legislativo o excesso do monarca transformou-se em abuso do legislativo e o Estado Legalista conheceu a sua crise, onde passou-se a ter uma desconfiança acerca das atividades desenvolvidas pelo legislativo. Conheceu-se, paradoxalmente, uma hiperlegalidade, com leis para regular todos os mínimos detalhes da vida do cidadão e uma hipolegalidade em relação à qualidade das leis criadas, sendo estas incapazes de atender os anseios da sociedade. O legislador como homem pode tudo querer, mas nem tudo pode fazer.

A transição do Estado Absolutista para o Estado Legalista apenas promoveu a troca de um modelo déspota por um modelo tirano e desenfreado. A necessidade que se vivencia é a de impor limites para que a atuação estatal não fuja de sua verdadeira atuação, a fim de atender os legítimos anseios sociais.

No final do século XVIII o mundo Ocidental conheceu as primícias de um modelo constitucional de direito, onde buscava-se, aproveitado da força normativa conferida às

¹²⁴ BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. Trad. José Cretella Júnior e Agnes Cretella. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996. p. 19

¹²⁵ FOUCAULT, M. **Vigiar e punir**: nascimento da prisão. 37. ed. Petrópolis: Vozes, 2009. p. 87

¹²⁶ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão**: teoria do garantismo penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 326

constituições, conter o *ius puniendi*, fazendo com que fossem prescritos os tipos penais com suas respectivas sanções.

O modelo de Estado Constitucional de Direito sustenta-se sobre dois pilares importantes: o controle do poder e a supremacia da constituição. Porém, somente se alcançará esses pilares quando a norma fundamental deixar de ser somente uma carta de intenções ou mesmo um documento fundante do Estado. É necessária a verdadeira e inequívoca supremacia normativa, onde conta-se com uma autodefesa, mantendo-se a rigidez das normas e órgãos encarregados do controle de constitucionalidade dos atos normativos.¹²⁷

Por essas características podemos destacar a atual Constituição brasileira de 1988, que em seus artigos 60, 102 e 103 estabelece o processo solene de alteração de seus preceitos. Outrossim, merece destaque o artigo 23, I e artigo 78, os quais trazem a lume a submissão dos entes federativos e do poder executivo à carta magna, à qual devem obediência.

Por fim, evidencia-se que desde o final do século passado o ordenamento jurídico vivencia um regime de supremacia constitucional, retirando de si própria o fundamento de validade em que a constituição serve de fonte para as demais leis, normas e atos.

Em pleno século XXI, busca-se a construção de um Estado materialmente vinculado, o chamado Estado neoconstitucionalista. Não mais se quer apenas atrelar o constitucionalismo à ideia de limitação do poder político, mas acima de tudo deseja-se buscar a eficácia da Constituição, através de um texto legal mais efetivo, que concretize os direitos fundamentais.

O sistema jurídico passa a ser composto não só de regras, mas de valores que, quando encontram subsunção na Lei Maior, irradiam-se por todo o ordenamento, nas palavras da Ministra Carmem Lúcia (ADI n. 2.649) devem ser postos em relevo os valores que norteiam a Constituição e que devem servir de orientação para a correta interpretação e aplicação das normas constitucionais e apreciação da subsunção, ou não, da Lei.

Deve existir um Estado Constitucional de Direito, onde supera-se o Estado Legislativo, passando a ser, a Constituição, o centro do sistema, sendo esta permeada de valores; conteúdo axiológico que servirá de baluarte aos Poderes, em especial ao Legislativo; e, por fim, a concretização de valores constitucionais e garantias mínimas como norte da atividade estatal.

Em um ambiente jurídico-penal não se pode, a fim de efetivar o garantismo em um direito penal mínimo, escusar de enxergar o próprio direito penal pelos olhos da constituição. A Constituição deve ser o filtro através do qual se deve ler todo o direito infraconstitucional.

¹²⁷ HESSE, Konrad. **A Força Normativa da Constituição**. Traduzido por Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 1991. p. 35

Diante do evoluir da constitucionalização do direito, cabe agora a análise do movimento penal denominado: garantismo penal.

Por toda essa importância que ganhou a Constituição de um país, não há nada mais sábio do que limitar a atuação do direito estatal, mas especificamente, do *ius puniendi* através da força normativa da própria Constituição. Constrói-se, deste modo, um direito penal mínimo, com um limite de ação estatal intransponível às normas constitucionais.

E em linhas gerais, o garantismo penal representa este novo modelo de Direito desejado, consistente em ter uma liberdade regrada e não uma liberdade anárquica, sem controle. Isto porque, o neoconstitucionalismo busca a resposta para a antítese milenar existente entre o Estado, e o seu direito de punir, e a liberdade individual

O direito penal dos ordenamentos desenvolvidos é produto predominantemente moderno. Os princípios sobre os quais se funda seu modelo garantista clássico – a legalidade estrita, a materialidade e a lesividade dos delitos, a responsabilidade pessoal, o contraditório entre as partes, a presunção de inocência – são, em grande parte fruto da tradição jurídica do iluminismo e do liberalismo.¹²⁸

O Direito penal, como fruto da evolução humana, exigiu do Estado uma grande gama de aperfeiçoamento legislativo. O legislador, quando de sua atividade legiferante, não consegue abranger todos os eventos sociais merecedores de represália e, pelo princípio da adequação social, faz-se necessária a intervenção cada vez mais constante do Poder Legislativo a fim de que as lacunas sejam, na medida do possível, fechadas.¹²⁹

Ocorre que, com isso, a rotina jurídica penal vem desenvolvendo um fenômeno jurídico perigoso, que coloca em risco a segurança jurídica e a efetividade da atividade jurisdicional como um todo. Por esse vasto campo de situações imprevisíveis em 1940, data do nosso atual código penal, o legislador precisou costurar as mais diversas situações na legislação penal, vez a evolução constante e dinâmica em que vive a sociedade. Exemplos são as Leis Maria da Penha, de Trânsito, de combate as Drogas, de regulamentação das Contravenções Penais, dentre outras.

Este crescimento de legislação é um fenômeno legalista que se destaca desde a queda do Estado Absolutista, monárquico, o qual recebe a denominação de hiperlegalidade.¹³⁰

¹²⁸ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão**: teoria do garantismo penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 37.

¹²⁹ GRECO, Rogério. **Direito penal do equilíbrio**: uma visão minimalista do direito penal. 6. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2011.

¹³⁰ GRECO, Rogério. **Direito penal do equilíbrio**: uma visão minimalista do direito penal. 6. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2011. p. 2

Ao dizer que um determinado sistema jurídico encontra-se contaminado pela hiperlegalidade, afirma-se que existe uma exorbitante quantidade de leis vigentes regulando a vida social, mas, mais do que isso, que está exorbitante quantidade de leis estão atuando de tal forma, que o indivíduo se vê sufocado e confuso, pois está cercado por todos os lados, pelas mais diversas formas normativas sendo quase nulo o seu espaço de atuação dentro das ações possíveis em sociedade.

A hiperlegalidade gera outro fenômeno conhecido como hipolegalidade. Este não se refere à quantidade de leis, mas sim na qualidade dessas leis vigentes.¹³¹

Não é de se surpreender que com a gama de leis vigentes hoje, a aplicação dessas leis tornasse algo tortuoso, nebuloso e confuso. Várias interpretações a um mesmo artigo, várias contradições entre leis vigentes, lacunas criadas por leis mal elaboradas, os tribunais abarrotados de recursos, embargos e outros remédios processuais, a fim de pôr em voga, todos os dias, as mais diversas interpretações legislativas.

Percebe-se que com a movimentação legislativa intensa e permeada pela hipolegalidade o Direito Penal simbólico se torna uma realidade cada vez mais latente.

Em contraposição às funções instrumentais e legitimadoras do direito penal, prevenção geral, prevenção especial e unidade das modalidades de prevenção, está a chamada função simbólica ou retórica da lei penal.

Essa função ocorre quando através de um dispositivo penal, não se buscando a resolução de um determinado conflito de interesses propriamente, mas produzindo na opinião pública uma impressão tranquilizadora de um legislador comprometido e atento àqueles problemas sociais.

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

Em primeiro lugar, deve-se observar que a confusão do simbólico com o semiótico, que se encontra nas concepções de Cassirer, Lévi-Strauss e Lacan, é incompatível com o uso da expressão ‘legislação simbólica’, uma vez que toda produção humana de sentido – portanto, também a legislação – seria simbólica. Estaríamos, então, no caso de uma tautologia.¹³²

É preciso ainda avaliar a distinção entre o Direito e rituais políticos simbólicos. Vale ressaltar que em face dessa política, seus atos apenas simbolizam para os espectadores, e

¹³¹ GRECO, Rogério. **Direito penal do equilíbrio**: uma visão minimalista do direito penal. 6. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2011. p. 76

¹³² NEVES, M. **A constitucionalização simbólica**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2007. p. 21.

consequentemente, destinatários daquelas decisões políticas, tanto um sentimento de pacificação quanto de ameaça. Enquanto que a política simbólica, nesse caso legislação penal simbólica, serve mesmo é para criar uma sensação de harmonia e paz social.

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

A legislação simbólica é caracterizada por ser normativamente ineficaz, significando isso que a relação hipotético-abstrata ‘se então’ da ‘norma primária’ e da ‘norma secundária’ (programa condicional) não se concretiza regularmente. Não é suficiente a não-realização do vínculo instrumental ‘meio- fim’ que resulta abstratamente do texto legal (programa finalístico) para que venha a discutir-se sobre a função hipertroficamente simbólica de uma lei.¹³³

Segundo Neves, uma legislação simbólica caracteriza-se pela falta de eficácia normativa e vigência social, pois sua utilidade será somente para assegurar a promessa de cumprimento de expectativas normativas, e não para ter eficácia normativa real. Buscando confirmar valores sociais, gerando assim três efeitos relevantes¹³⁴.

Primeiramente, tratam-se de atos que servem para convencer as pessoas e os grupos da consistência (e necessidade) do comportamento e norma valorados positivamente, confortando-os e tranquilizando-os de que os respectivos sentimentos e interesses estão incorporados no direito e por ele garantidos.

À exemplo a legislação penal simbólica, aprova-se uma lei aumentando as penas nos crimes de trânsito, criminaliza-se determinado comportamento socialmente reprovável. Com essas ações, a sociedade vai sentir-se mais protegida porque o Estado fez algo, a fim de, debelar aquelas condutas indesejadas.

Em segundo lugar, a afirmação pública de uma norma moral pelo legislador conduz as principais instituições da sociedade a servirem-lhe de sustentação, mesmo que faltem ao respectivo texto legal o poder normativo-jurídico e a eficácia que lhe seriam específicas.

¹³³ NEVES, M. **A constitucionalização simbólica**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2007. p. 51.

¹³⁴ NEVES, M. **A constitucionalização simbólica**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2007. p. 53-54.

Aquela conduta ora criminalizada para atender a grupos de pressão que clamam por maior proteção na atual sociedade, onde novos riscos surgem a cada dia¹³⁵.

Em terceiro, a legislação simbólica serve para confirmar valores sociais, que distinguindo, com relevância institucional, quais as culturas tem legitimação e dominação pública, das que são consideradas desviantes, sendo, portanto, geradora de profundos conflitos entre os respectivos grupos.¹³⁶ Nessa situação vai-se de encontro ao preconizado por Hassemer, “o Direito penal, em seu formato de um estado de Direito liberal, é um instrumento flagrantemente inadequado para apoiar objetivos políticos, controlar situações problemáticas ou prover à ampla prevenção de situações perigosas”.¹³⁷

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

O desempenho de ‘funções simbólicas’ não é algo específico de leis penais, mas comum a todas as leis, ao menos nos tempos modernos. De fatos, costuma-se apontar que as leis podem ter, por um lado, uma ‘função instrumental’, isto é, influir mediante mandatos e proibições eficazes e mediante a aplicação real de suas consequências jurídicas no caso de infração sobre o comportamento de seus destinatários, a fim de obter o efeito desejado, modificar a realidade. Mas, além desta função de transformação da situação de partida ou, o que é pior, em lugar dela, as leis podem desempenhar, por outro lado, uma função meramente simbólica, que ocorre não na realidade exterior (porque não se aplicam), mas na mente dos políticos e dos eleitores. Nos primeiros, produziria a satisfação de haver feito alguma coisa; nos segundos, a impressão de ter o problema sob controle.¹³⁸

Segundo Sanchez, a lei penal simbólica reproduz uma mera expectativa de comportamento, positiva-se aquela aspiração social, seja ela um valor moral ou realmente um problema significativo.

No entanto, tal dispositivo busca na verdade, passar uma sensação aos destinatários daquela lei (o povo) que algo já foi feito. Sendo que, em muitas situações destas, o problema deveria ser resolvido de outra forma, não com a intervenção do Direito Penal. Todavia, as expectativas sociais na sociedade do risco atual geralmente são (falsamente) dirimidas através de leis penais. Ainda neste mesmo sentido, para Hassemer:

O conceito de Direito penal simbólico não deveria fundamentar-se em inspiração de cunho volitivo, tais como ‘vontade’ ou ‘intenção’ do legislador. [...] Nas leis

¹³⁵ SANCHEZ, J. M. S. **Aproximação ao direito penal contemporâneo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. (Coleção direito e ciências afins. v. 7).

¹³⁶ NEVES, op. cit., p. 54.

¹³⁷ HASSEMER, W. **Direito penal**: fundamentos, estrutura, política. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 2008. p. 227.

¹³⁸ SANCHEZ, J. M. S. **Aproximação ao direito penal contemporâneo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 458-459. (Coleção direito e ciências afins. v. 7).

resultantes de compromissos entre os partidos políticos e nas disposições legais com apelos morais distintos (como na disciplina do aborto), ‘o’ legislador é uma figura que só existe institucionalmente, mas não intencionalmente. Portanto, a fixação do conceito deve fundar-se em dados objetivos: em vez de ‘esperança’, ‘palusibilidade’; em vez de efeitos pretendidos para a lei, a presença de condições objetivas e a propabilidade de um efeito. Em síntese: não estudar objetivos e sim funções.¹³⁹

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

Particular relevância diz respeito, em primeiro lugar, àqueles fenômenos de neocriminalização a respeito dos quais se afirma, criticamente, que tão só cumprem efeitos simbólicos. Com tem assinalado Hassemer, desde o princípio desta discussão, quem relaciona o ordenamento penal com elementos simbólicos pode criar a suspeita de que não considera a dureza muito real e nada simbólica das vivências de quem se vê submetido à persecução penal, detido, processado, acusado, condenado, encarcerado. Isto é, aqui surge, imediatamente, a ideia de que se inflige um dano concreto com a pena, para obter efeitos um pouco mais que simbólicos.¹⁴⁰

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

É inquestionável que a resposta demagógica de políticos do mundo todo à onda de criminalidade por meio de edição de legislações irracionais retrata o caráter meramente simbólico que vem se atribuindo ao Direito Penal. Tal característica não é, logicamente, exclusiva do modelo preconizado por Jakobs.¹⁴¹

Trazendo esse contraponto entre as finalidades do Direito Penal, finalidades como a de assegurar, de proteger e de tutelar os bens jurídicos ou legitimar a punição sem limites, tipificar condutas buscando impor o medo, o terror no seio da sociedade para que seus integrantes não venham a cometer nenhum delito é que vem sendo verificado com o expansionismo da legislação penal, não só na realidade brasileira. E isto se diga que como também, no direito comparado a sua função meramente simbólica.

Tal aspecto da legislação penal irracional e inflada não contribui em nada para um Estado que possui uma democracia tardia. O Brasil passou um bom tempo sob um regime de

¹³⁹ HASSEMER, W. **Direito penal**: fundamentos, estrutura, política. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 2008. p. 218-219.

¹⁴⁰ JAKOBS, G.; MELIA, M. C. **Direito penal do inimigo**: noções e críticas. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 77-78.

¹⁴¹ MORAES, A. R. A. de. **Direito penal do inimigo**: a terceira velocidade do direito penal. Curitiba: Juruá, 2011. p. 252.

exceção, de segregação de liberdades individuais e ao ficar sob a égide de uma Constituição cidadã, uma carta com vários compromissos sociais vem a passar por esse expansionismo legal irrefletido. Conforme Queiroz:

O Estado não pode intervir quão violentamente na vida dos cidadãos a pretexto de infundir um sentimento de segurança jurídica, pois a intervenção penal, por encerrar as mais contundentes e lesivas manifestações sobre liberdade das pessoas, não pode ter lugar senão em situações de absoluta necessidade e adequação.¹⁴²

O resultado da cultura emergencial é a introdução de um Direito Penal Simbólico com fundamento na infusão do medo na população. A fisionomia simbólica das normas penais de emergência transforma o Direito Penal em alicerce para as correntes extremistas de política criminal, que pressionam o Congresso Nacional a elaborar leis penais cada vez mais severas, escritas e aprovadas às pressas.

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

Nesse aspecto, a inflação legislativa vivenciada nas últimas décadas em decorrência do processo expansivo do Direito Penal contribui não para aumentar a segurança jurídica da população, mas sim para aumentar o poder discricionário dos órgãos executivos do sistema penal.¹⁴³

Essa crítica, realmente corrobora a problemática a ser discutida nesta pesquisa. O mesmo doutrinador prega que a efetividade da lei penal veda o seu uso meramente simbólico, “assim, os fundamentos na construção das leis penais devem ser racionais, o que significa que a lei penal deve seguir os princípios e garantias e ser efetiva e não meramente simbólica.”¹⁴⁴

A racionalidade legislativa deve pugnar por um Direito Penal libertário, como defendeu Hassemer¹⁴⁵, primando sempre pelos princípios do Direito Penal mínimo, da

¹⁴² QUEIROZ, P. de S. **Funções do direito penal: legitimação versus deslegitimação do sistema penal**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001. p. 55.

¹⁴³ CALLEGARI, A. L.; WERMUTH, M. A.D. **Sistema penal e política criminal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 35.

¹⁴⁴ CALLEGARI, A. L.; WERMUTH, M. A.D. **Sistema penal e política criminal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 119

¹⁴⁵ HASSEMER, W. **Direito penal libertário**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. (Coleção Del Rey Internacional,

proporcionalidade das penas, da real necessidade da criminalização de condutas, do direito penal como *última ratio*, medidas indispensáveis à existência de um Estado Democrático de Direito.

Dentro dessa análise simbólica, conforme Hassemer:

Aparece o chamado *labeling approach* (enforque do etiquetamento), que adota o seu nome a partir da sua tese central: a criminalidade não é característica de uma determinada conduta, mas o resultado de um processo de atribuição, de uma estigmatização; a criminalidade é uma etiqueta, a qual é aplicada pela polícia, pelo ministério público e pelo tribunal penal, pelas instâncias formais de controle social. Alguns representantes menos radicais desta teoria reconhecem que os mecanismos do labeling existem não só no âmbito dos controles sociais formais, como também dos informais: os processos de ‘interação simbólica’ em que as famílias definem prematuramente a ovelha negra entre os irmãos, ou os professores e os alunos o estranho da classe, e assim estigmatizam com os sinais do fracasso social aqueles que mais tarde serão percebidos e aprofundados por outras estâncias de controle social e assumirão esta marca como parte de suas biografias, como papel impingido e arrastado.¹⁴⁶

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

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

Caracteriza-se, aliás, pelo fato de que o comportamento que vai ser tipificado não se considera previamente como socialmente inadequado, ao contrário, criminaliza-se para que seja considerado como socialmente desvalorado, ou seja, de acordo com o Direito Penal clássico, as condutas não eram criminalizadas porque se apresentavam como socialmente inadequadas, enquanto, ao contrário, no Direito Penal do risco proíbem-se condutas para que com isso elas se tornem socialmente inadequadas.¹⁴⁷

Portanto, ‘simbólico’, em sua compreensão crítica, segundo Hassemer,¹⁴⁸ consiste no atributo que uma norma penal apresenta, segundo o qual as funções latentes da norma suplantam suas funções manifestas.

E isto, de modo a gerar a expectativa de que o emprego e o efeito da norma

v. 6).

¹⁴⁶ HASSEMER, W. **Introdução aos fundamentos do direito penal**. Porto Alegre - RS: Sergio Antonio Fabris, 2005. p. 101-102.

¹⁴⁷ SILVA, P. R A da. **Leis penais em branco e o direito penal do risco**: aspectos críticos e fundamentais. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p. 87.

¹⁴⁸ HASSEMER, W. **Direito penal**: fundamentos, estrutura, política. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 2008. p. 221.

concretizarão uma situação diversa da anunciada pela própria norma. Sendo tais funções manifestas aquelas concretizações da norma que sua própria formulação enuncia, a saber, a disciplina de todos os casos concretos futuros por ela definidos, ou em outros termos, a proteção dos bens jurídicos tutelados pela norma.

Analizando a questão da eficiência de uma norma penal, Sanchez aduz que os problemas de conciliação do princípio eficiência (analizando o custo/benefício) com as garantias do Direito Penal apresentam-se em duplo nível.

Por um lado, é preciso determinar-se, e em que medida, que a eficácia tem capacidade de abrigar em seu seio tais garantias.¹⁴⁹ Um ponto a ser considerado para fundamentar o combate a esse comportamento diz respeito à resistência garantista ante as modificações que pretende essa moderna política criminal.

Quando se tem necessidade de realizar renúncias aceitando níveis intermediários de intervenções penais ou extrapenais em face de propostas modernizadoras permutam garantias por eficácia. Entende-se que, na prática, as intervenções penais se concentram nos casos de bagatela, resultando em violação aos princípios da fragmentariedade e proporcionalidade, dentre outros.

Dessa forma, a escassa idoneidade do Direito Penal para afrontar essas novas necessidades da sociedade de risco pode levar à desnaturalização do direito penal garantista, caindo nas redes do Direito Penal simbólico.

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

Essa eficiência do chamado 'Direito Penal moderno', segundo meu juízo, é apenas aparente, incidindo unicamente no âmbito psicológico-social dos sentimentos de insegurança. Em outras palavras, convertendo-se num mecanismo puramente simbólico e abandonado o terreno do instrumental. Assim, se é certo que um Direito eficiente seguramente será sempre funcional, não está tão claro que um Direito funcional precise ser realmente, e não apenas de forma aparente, eficiente. Está claro que, se um Direito Penal de prevenção geral positiva se converte em Direito meramente simbólico, de pura aparência de eficiência, então a médio ou longo prazo tampouco terá cumprido sua função preventiva.¹⁵⁰

Logo, o Direito Penal simbólico se traduz em uma forma ineficiente, inútil para o que se propõe. Essa legislação simbólica é característica desse movimento expansivo,

¹⁴⁹ SANCHEZ, J. M. S. **Eficiência e direito penal**. Barueri: Manole, 2004. p. 55. (Coleção Estudos de Direito Penal, v. 11).

¹⁵⁰ SANCHEZ, J. M. S. **Eficiência e direito penal**. Barueri: Manole, 2004. p. 54. (Coleção Estudos de Direito Penal, v. 11).

principalmente através da preeminência do direito Penal em detrimento de outros instrumentos de controle e regulação social. Instrumentos estes como o Direito Civil e o Direito Administrativo, fazendo com que o Direito Criminal seja considerado mais eficaz na resolução de conflitos sociais do que outras medidas de política econômica ou social.

E a mídia vem sendo uma grande aliada desse retrocesso que vive o direito penal. Sempre anunciando desastres, ondas de criminalidade e propondo, como se fosse grande especialista jurídica, o incentivo à hiperlegalidade, através da cobrança de novas leis, penas mais severas.

Este fenômeno torna o Direito Penal falho, pois, ignora anos de progresso e fecha os olhos para a conquista da constitucionalização fruto de uma evolução social com direitos conquistados, sistemas jurídicos criados e recriados, extintos, modificados; movimentos sociais das mais diversas variedades e essências. Mas o erro não está no Direito Penal, e sim na forma com que ele é utilizado.¹⁵¹

Muitos se esquecem de que, o cerne do Direito Criminal é ser a *última ratio* do Direito. Quando nenhum meio normativo for capaz de resolver o conflito, aí sim valer-se-á do Direito Penal. Mas ao contrário, é preferível ocultar a falta de apoio estatal para educação e trabalho simplesmente alegando que a criminalidade aumenta de forma assombrosa. É mais válido utilizar-se do direito penal como marketing político em época de eleições, para dar ao povo o que ele realmente gosta: promessas e mais promessas. Surge, então, mais um fenômeno que assombra a prática cotidiana do direito criminal: o populismo penal.

A seara penal não foi criada com o intuito de resolver problemas sociais através do medo que as penas impõem à sociedade.

Esse pensamento conduz o sistema jurídico a uma realidade de Direito Penal máximo, que possui um efeito inverso ao desejado. Essa inflação legislativa não faz com que o direito penal amedronte, mas faz com que a sociedade passe a desacreditar cada vez mais na eficácia e efetividade do sistema jurídico.¹⁵²

Nestes passos, a pouco o que nos separará de um reflexo absolutista será apenas o princípio da legalidade, visto que o Estado, com toda essa inflação legislativa, controla quase que a totalidade das relações sociais, devendo obedecer somente à essa legalidade, sendo que os monarcas antigos criavam suas próprias leis sem obediência nenhuma a esse princípio.

¹⁵¹ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão**: teoria do garantismo penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 245.

¹⁵² GRECO, Rogério. **Direito penal do equilíbrio**: uma visão minimalista do direito penal. 6. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2011. p. 15

Porém, surge a possibilidade de um direito penal do equilíbrio, a possibilidade de coexistir juntamente com um modelo constitucional justo, forte e eficaz, um modelo de Direito Penal mínimo, onde o Estado diminuirá ao mínimo sustentável o seu poder de atuação, em detrimento de um aumento máximo do espectro da liberdade individual, sem, contudo, perder sua força, eficácia e justiça.

4.2 Garantismo e intervenção penal

Ferrajoli dedica-se ao garantismo penal, contrapondo-se ao Direito Penal máximo, representado pelo movimento lei e ordem, e o abolicionismo de Hulsman. Adotar o garantismo significa fazer com que o legislador observe os preceitos e garantias constitucionais, sem, entretanto, perder sua plena aplicação ao sistema jurídico.¹⁵³

Deve ser levado em consideração que a mudança de paradigma do Direito Penal pode estar relacionada na verdade ao surgimento de uma nova espécie de indivíduo. Conforme Bauman “todas as sociedades produzem estranhos. Mas cada espécie de sociedade produz sua própria espécie de estranhos e os produz de sua própria maneira”.¹⁵⁴ Para o autor, os seres humanos que transgridem os limites dentro da sociedade se convertem em estranhos, que precisam ser aniquilados.

Hoje tal prática é, ou deveria ser limitada pelos princípios que regem o Direito Penal. Para Bitencourt, pode-se chamar de princípios reguladores do controle penal “princípios constitucionais fundamentais de garantia do cidadão, ou simplesmente de Princípios Fundamentais de Direito Penal de um Estado Social e Democrático de Direito,”¹⁵⁵ sendo tais princípios garantias do cidadão frente o poder punitivo estatal.

Conforme Queiroz “os princípios penais representam limitações importantes ao poder de punir, razão pela qual constituem autênticas garantia (políticas) individuais oponíveis ao próprio exercício do poder punitivo estatal.”¹⁵⁶

O Estado de Direito está associado ao princípio da legalidade, efetiva limitação ao poder punitivo estatal; já o Estado social está associado à necessidade social da intervenção penal, logo, o mesmo só pode intervir penalmente quanto for estritamente necessário; e o Estado Democrático é identificado com o princípio da culpabilidade, impeditivo da

¹⁵³ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão**: teoria do garantismo penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 453

¹⁵⁴ BAUMAN, Z. **O mal-estar da pós-modernidade**. Rio de Janeiro - RJ: Zahar, 1998. p. 27.

¹⁵⁵ BITENCOURT, C. R. **Tratado de direito penal**: parte geral. 14. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 10.

¹⁵⁶ QUEIROZ, P. de S. **Curso de direito penal**: parte geral. 8. ed. Salvador: Juspodivm, 2012. p. 72.

responsabilidade penal objetiva ou sem culpa.¹⁵⁷

Na precisa lição de Beccaria: “Para não ser um ato de violência contra o cidadão, a pena deve ser essencialmente pública, pronta, necessária, a menor das penas aplicáveis nas circunstâncias dadas, proporcionada ao delito e determinada pela lei”.¹⁵⁸

Justamente deste contexto é que se constrói a base do modelo jurídico que ficou conhecido como garantismo penal: o escopo garantista constitui em reduzir a atuação Estatal ao mínimo necessário para a manutenção da vida em sociedade, em detrimento de um aumento considerável da liberdade individual.

Porém, equivale dizer que, como mencionado por Ferrajoli, Aristóteles defendia, a virtude está no meio termo, logo, o garantismo não preconiza os ideais abolicionistas, pois não defende a extinção da figura estatal, nem defende o absolutismo totalitário, pois não anseia a privação da liberdade individual.

Caracterizando-se como um modelo de direito consistente em uma liberdade regrada, na criação de uma estrutura jurídica capaz de lidar com os anseios sociais, que seja efetiva sem diminuir o espectro da liberdade dos indivíduos.¹⁵⁹

Equivale dizer que, inserindo alguns axiomas normativos no cerne de qualquer Constituição é possível limitar, na prática, o poder que o Estado tem de dizer o direito, retirando do ordenamento jurídico qualquer resquício de arbitrariedade.¹⁶⁰

Essas técnicas de minimização podem ser resumidas em dez axiomas básicos, que carregam em si grupamentos de princípios e valores axiológicos que visam garantir ao máximo a liberdade do homem frente ao poder estatal.

Estes, por sua vez, podem ser divididos em três grupos maiores, cada qual com uma especificidade diferente, mas com uma interdependência e relação de mutualismo codependente evidente.

O primeiro grupo refere-se às garantias vinculadas à pena, e se resume em três axiomas: *Nulla poena sine crime*, ou seja, não há pena sei crime; *Nullum crimen sine lege*, ou, não há crime sem lei; e, por fim, *Nulla lex poenalis sine necessitate*. Não há lei penal sem necessidade.¹⁶¹

¹⁵⁷ BUSATO, P. C. **Direito penal**: parte geral. São Paulo: Atlas, 2013. p. 23.

¹⁵⁸ BECCARIA, C. **Dos delitos e das penas**. 5. ed. São Paulo: Atena, 1956. p. 203.

¹⁵⁹ GRECO, Rogério. **Direito penal do equilíbrio**: uma visão minimalista do direito penal. 6. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2011. p. 177

¹⁶⁰ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão**: teoria do garantismo penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 91.

¹⁶¹ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão**: teoria do garantismo penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 338.

O segundo grupo refere-se às garantias vinculadas ao delito, resumindo-se em outros três axiomas: *Nulla necessitas sine injuria*, ou, não há necessidade sem injúria; *Nulla injuria sine actione*, ou seja, não há injúria sem conduta; e, *Nulla actio sine culpa*, não há conduta sem culpa.¹⁶²

O último grupo refere-se às garantias relativas ao processo, e se subdivide na observância de quatro axiomas: *Nulla culpa sine judicio*, ou seja, não há culpa sem o devido processo; *Nullum judicium sine accusatione*, ou, não há processo sem acusação; *Nulla accusatio sine probatione*, compreendido como ausência de acusação sem provas; e, por fim, *Nulla probatio sine defensione*, ou, não há prova sem defesa.¹⁶³

Através do axioma *Nulla poena sine crime*, ou seja, não há pena sem crime abstrai-se o princípio da retribuição da pena. Equivale dizer que o Direito Penal só poderá agir quando da ocorrência de um crime, visto que as penas cominadas têm caráter retributivo àquele que pratica determinado fato definido como crime.¹⁶⁴

Ferrajoli considera que o problema de quando ou do que punir é aparentemente o mais simples de todos os problemas de legitimação do direito penal, isto porque, a pena se caracteriza como algo posterior ao delito e nunca antes do delito. Como explícito nas teorias Kelsenianas o nexo de consequência entre um delito e sua respectiva sanção é explicado pela fórmula “se A, então (deve ser) B” onde trata-se o “A” do delito praticado e “B” sua respectiva sanção penal.¹⁶⁵

Ao dizer que não há pena sem crime exige-se que exista no mundo real uma conduta tipificada como crime para que a sanção correspondente emane do sistema jurídico em perfeita subsunção normativa entre fato e tipificação.

A existência de um crime deve restar evidenciada, para que o *ius puniendi* comece a se legitimar. Não basta que o crime ocorra para que o Estado possa aplicar uma punição, isto representa somente o primeiro degrau da legitimação plena do direito de punir.¹⁶⁶ Já no que se refere ao axioma de que não há crime sem lei, *Nullum crimen sine lege*, tem-se a derivação do princípio da legalidade, que, segundo Ferrajoli, é viga mestra de um sistema minimalista.

Uma completa caracterização do princípio da estrita legalidade remete-nos à teoria geral do delito, do processo e à análise de cada uma das garantias penais e processuais nas quais se substancia e implicadas por ele como condições específicas de validade das leis e

¹⁶² Ibidem., p. 426.

¹⁶³ Ibidem., p. 494.

¹⁶⁴ Ibidem., p. 338.

¹⁶⁵ Ibidem., p. 339.

¹⁶⁶ Ibidem., p. 340-342

dos juízos penais.

Ferrajoli atribuiu ao princípio da legalidade uma condição hábil de condição de validade às leis e aos juízos na seara criminal. Cabe a revisão de que uma lei, ou ato normativo, será válido quando promulgado de acordo com os critérios formais (procedimentos legislativos) e de competência (a quem cabe criar uma lei), ou seja, se para sua criação determinada lei ou ato normativo, foram observados os processos devidos e esta lei ou ato normativo foi criado por quem de direito, podemos tê-la como válida.¹⁶⁷

E é este critério formal de criação de lei penal que torna o princípio da legalidade a viga mestra de um sistema garantista.

Há, entretanto, que se ter muito cuidado ao tratar do referido princípio, visto que a legalidade por si só é uma falácia, é prima da arbitrariedade. Conferir ao Estado a obrigação de legislar antes e punir depois não é capaz de garantir uma redução de seu Poder de atuação, é simplesmente uma burocracia vencível incapaz de resguardar quaisquer garantias.

Desta forma, para que um Estado Constitucional adote o garantismo como fundamento filosófico básico deve agregar à ideia de legalidade mais quatro princípios complementares: o princípio da anterioridade, o princípio da reserva legal, o princípio da vedação à analogia prejudicial e o princípio da taxatividade ou do mandato de certeza.¹⁶⁸

Pelo princípio da anterioridade, veda-se que a lei penal retroaja à fatos pretéritos de modo a criar definições típicas ou cominar penas. Tal princípio pode ser encontrado em nossa Constituição Federal em seu artigo 5º, incisos XXXIX e XL, bem como no Código Penal em seu artigo 1º.

Insista-se em dizer que a legalidade deve ser correlata da mais estrita anterioridade, sob pena de se quebrar por completo a segurança jurídica desejada com as chamadas, normas penais incriminadores *ex post facto*. Segundo Ferrajoli a irretroatividade das leis penais é um corolário do princípio da mera legalidade, cuja formulação completa é *nulla poena, sine praevia lege poenali*.¹⁶⁹

O princípio da reserva legal prevê que as espécies normativas destinadas à criminalização devem existir formalmente, estar previstas no papel, de forma escrita. Do mesmo modo, a doutrina majoritária caminha no sentido de não admitir a revogação de crimes ou penas também por intermédio dos costumes. No entanto, é de toda valia o uso dos

¹⁶⁷ FERRAJOLI, Luigi. Direito e Razão: teoria do garantismo penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 340-342.

¹⁶⁸ Ibidem., p. 350

¹⁶⁹ Ibidem., p. 351

costumes para fins interpretativos, como por exemplo no caso do artigo 155, §1º do Código Penal, que trata do furto cometido durante o repouso noturno.

Pelo princípio da vedação à analogia prejudicial tem-se que a lei penal deve ser estrita em seus significados, motivo pelo qual é vedada em nosso ordenamento jurídico o uso das analogias para tipificar condutas e cominar penas.

A analogia é um método de integração em que se aplica uma regra existente a fim de normatizar uma conduta sem regra pré-definida, porém, caso essa analogia agrida, por exemplo, o princípio da anterioridade, criando novos tipos e novas penas, é necessário que se retire das ferramentas de integração a analogia incriminadora, mas, ao contrário, é de muito bom tom que se valha das analogias benéficas, como por exemplo o caso de concessão de livramento condicional a réus primários e com maus antecedentes.¹⁷⁰

Por fim, o princípio da taxatividade ou do mandato de certeza proíbe tipos penais vagos, ou seja, aqueles que carecem de elementos capacitantes de sua eficácia, e que afrontam o princípio da legalidade pelo fato de obstem a delimitação os comportamentos humanos que se sujeitaram a eles.¹⁷¹

Com esses quatro subprincípios, Ferrajoli¹⁷² traça a ideia de uma legalidade coesa, firme e capaz de limitar o poder de atuação estatal quando de sua atividade legislativa, fazendo com que se observe mais garantias e mais respeito à liberdade individual.

Sobre a análise do axioma vinculado à necessidade para a criação da lei penal, *nulla lex poenalis sine necessitate*, tem-se o entendimento de que é necessário que a nova norma a ser editada possua justificativa no plano prático, ou seja, que se fundamente em um argumento de necessidade válido, resultando de uma realidade social que exija sua confecção.¹⁷³

Deste princípio abstrai-se, a partir de uma interpretação axiológica, a ideia da intervenção mínima do Estado, vez que, ao afirmarmos que a lei penal deve ser permeada de necessidade, afirma-se que o Estado só aplicará o *ius puniendi* quando estritamente necessário e, tão somente, quando as outras searas do direito não forem capazes de lidar com a questão em debate.¹⁷⁴

¹⁷⁰ GRECO, Rogério. **Código Penal comentado** – Doutrina e jurisprudência. Rio de Janeiro: Impetus, 2013.

¹⁷¹ COELHO, Edihermes Marques. **Manual de Direito Penal**: Parte Geral. 2 Ed. rev. aum. São Paulo: Juarez de Oliveira, p. 64

¹⁷² FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão**: teoria do garantismo penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 348

¹⁷³ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão**: teoria do garantismo penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 355

¹⁷⁴ GRECO, Rogério. **Direito Penal do Equilíbrio**: uma visão minimalista do Direito Penal. 6. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2011. p. 74

Tal conceito tem sua origem no art. 8º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, que prevê que a lei deve estabelecer penas estritas e evidentemente necessárias.

No ordenamento jurídico brasileiro busca seu fundamento no princípio da dignidade da pessoa humana, o qual, no art. 1º, III e art. 5º, *caput* da Constituição Federal garante a inviolabilidade do direito à vida, liberdade, etc.

Desse princípio desdobram-se outros dois imprescindíveis ao Direito Penal, o da fragmentariedade e o da subsidiariedade. Sendo o princípio da fragmentariedade caracterizado pelo limite necessário a um totalitarismo de tutela penal, de modo pernicioso para a liberdade; e sobre o princípio da subsidiariedade, em meio a uma característica da lei penal que deve ser subsidiária, ou seja, só deve atuar na defesa dos bens jurídicos imprescindíveis à coexistência pacífica dos homens e que não podem ser eficazmente protegidos de forma menos gravosa.¹⁷⁵ Conforme Roxin:

O direito penal é de natureza subsidiária. Ou seja: somente se podem punir as lesões de bens jurídicos e as contravenções contra fins de assistência social, se tal for indispensável para uma vida em comum ordenada. Onde bastem os meios do direito civil ou do direito público, o direito penal deve retirar-se.¹⁷⁶

Portanto, segundo a intervenção mínima, orienta e limita o poder incriminador do Estado, preconizando que a criminalização de uma conduta só se legitima se construir meio necessário para a proteção de determinado bem jurídico carente de tutela penal.

Caso haja outras formas de proteção, outros meios de controle social revelar-se-ão suficientes para a tutela desse bem, a sua criminalização sendo inadequada e não recomendável.

No tocante às garantias referentes ao delito, segundo grupo de axiomas, tem-se que não há necessidade sem injúria, *Nulla necessitas sine injuria*, isto porque, a estrutura garantista de direito visa que a necessidade esteja arraigada à uma lesão ou ameaça de lesão a bens jurídicos tutelados.¹⁷⁷ Trata-se da exigência de um resultado jurídico concreto da tipicidade penal, estruturadas no princípio da lesividade. Isto decorre de uma consideração utilitarista da necessidade penal, em que se busca não o resultado material ou naturalístico,

¹⁷⁵ PRADO, L. R. **Curso de direito penal brasileiro**: parte geral. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 140-141.

¹⁷⁶ ROXIN, C. **Problemas fundamentais de direito penal**. 3. ed. Lisboa: Vega, 2004. p. 28.

¹⁷⁷ COELHO, Edihermes Marques. **Manual de Direito Penal**: Parte Geral. 2 Ed. rev. aum. São Paulo: Juarez de Oliveira.

mas sim o resultado normativo ou jurídico.¹⁷⁸

O princípio da lesividade já estava presente nas obras de Aristóteles e Epicuro e serve como baluarte das ideias iluministas. Ele impõe à ciência e à prática jurídica precisamente a demonstração da necessidade. A necessária lesividade do resultado, qualquer que seja a concepção que dela tenhamos, condiciona toda justificação utilitarista do direito penal como instrumento de tutela e constitui seu principal limite axiológico externo.

Ele nos permite trabalhar com a versão liberal da utilidade penal, sendo esta uma mínima restrição necessária. Vincula-se o legislador aos ideais Kantianos de que a tarefa do direito é fazer compatíveis entre si as liberdades de cada um.¹⁷⁹

Aliado ao princípio da intervenção mínima podemos avaliar a importância e influência do princípio da proporcionalidade para o modelo minimalista de direito penal.

Assim, o castigo deve variar conforme a gravidade do crime cometido, ou seja, o princípio requer um juízo de ponderação entre a carga de privação ou restrição de direito que a pena comporta e o fim perseguido com tal incriminação.¹⁸⁰ A sanção deve ser proporcional à ofensa ao interesse jurídico penalmente tutelado.

Em face da expansão legiferante na esfera penal, muitos interesses têm-se elevado, nem sempre de forma necessária, a categoria de bens jurídicos carentes de proteção penal.

Os incrementos da intervenção penal derivam de novas realidades e conflitos sociais que põem em relevo os interesses coletivos. A sociedade está cada vez mais “consciente” dos riscos, o que explica a desproporcionalidade de muitos tipos criados ao alvedrio do legislador para atender ao clamor da sociedade. Tal situação tem gerado excessos legiferantes típicos desse movimento de expansão do Direito Penal, criando leis e sanções desproporcionais. Neste sentido de acordo com Ripollés:

Em um nível inferior de compreensão, também não se pode deixar de mencionar certo número de posturas doutrinárias que, cada vez com mais frequência, utilizam o princípio da proporcionalidade ou proibição do excesso como vetor capaz de arrastar a maior parte das referências valorativas pertinentes para uma teoria da criminalização, isto é, para a identificação dos conteúdos de tutela do Direito Penal. Essas correntes doutrinárias costumam apoiar-se em um conceito amplo de proporcionalidade, composto por três elementos diferenciados – idoneidade, necessidade e proporcionalidade em sentido restrito – e que toma por base, ou inclui de forma relevante dentro de si, o princípio da exclusiva proteção aos bens jurídicos.¹⁸¹

¹⁷⁸ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão**: teoria do garantismo penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 427

¹⁷⁹ Idem.

¹⁸⁰ QUEIROZ, P. de S. **Curso de direito penal**: parte geral. 8. ed. Salvador: Juspodivm, 2012. p. 82.

¹⁸¹ DIEZ RIPOLLÉS, J. L. **A racionalidade das leis penais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 135.

No mesmo sentido segundo Liszt:

A pena necessária é a única pena justa. A pena é meio para um fim. Porém a ideia de fim requer a adaptação do meio ao fim e um máximo de economia no seu emprego. Tal exigência rege, sobretudo, a respeito da pena, pois ela é arma de duplo fio: proteção dos bens jurídicos por meio da lesão de bens jurídicos.¹⁸²

Sobre o axioma de que não há injúria sem conduta, *nulla injuria sine actione*, tem-se que estas só farão parte de uma estrutura garantista quando precedidas de uma ação. Resultam esses dizeres na abstração do princípio da materialidade, consubstanciado no quinto axioma garantista.

De acordo com esse princípio, nenhum dano, por mais grave que seja, pode-se estimar penalmente relevante, senão como efeito de uma ação.¹⁸³

Ao estudar o conceito de conduta dentro do fato típico, é necessário desenhar uma estrutura composta por três elementos: a exteriorização do pensamento, a voluntariedade e a consciência.¹⁸⁴ Para que determinada conduta seja penalmente relevante, a princípio, ela deve corresponder à soma de todos os três elementos acima apontados pois, é o fato da conduta ser imprescindível para o Direito Penal que faz com que se busque a tutela da exteriorização do pensamento humano.

No *iter criminis* a cogitação não é punível, justamente pela falta dessa exteriorização. Nesta fase o agente somente tem uma ideia abstrata da prática delitiva, sem ao menos tê-la, ainda, preparado.

Na estrutura garantista enquanto o pensamento não sair do campo das ideias do agente e passar ao plano prático causando lesões ou ameaça de lesões a bens jurídicos, a conduta não deverá ser penalmente relevante, pois, sem materialidade não há injúria; sem injúria não há necessidade; sem necessidade não há lei penal.

O caminho traçado por Ferrajoli pode ser trilhado em seus dois sentidos, tanto para se buscar a validade de atos passados no processo legislativo, quanto para obstar a esse processo quando não presente um de seus elementos. Isto porque, os delitos, como pressupostos da pena, não podem consistir em atitudes ou estados de ânimo interiores, nem sequer, genericamente, em fatos, senão que devem se concretizar em ações humanas – materiais, físicas ou externas, quer dizer, empiricamente observáveis – passivas de serem descritas,

¹⁸² LISZT, F. V. **A ideia do fim no direito penal**. São Paulo: Rideel, 2005. p. 52. (Biblioteca Clássica).

¹⁸³ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão**: teoria do garantismo penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 427.

¹⁸⁴ COELHO, Edihermes Marques. **Manual de Direito Penal**: Parte Geral. 2 Ed. rev. aum. São Paulo: Juarez de Oliveira. p. 121.

enquanto tais, pela lei penal.¹⁸⁵

Sobre a inexistência de conduta sem culpa, é possível evidenciar o princípio da culpabilidade presente no art. 5º, LVII da Constituição Federal, o qual prevê que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória. Deste pode-se destacar dois tipos de princípios: um de natureza processual, a presunção de inocência, e outro de natureza penal, a culpabilidade.

Esse requisito pode ser entendido como um requisito subjetivo, pois nenhum fato é valorado como ação se não foi oriundo de uma decisão. Juntamente com a exteriorização do pensamento que funda o quinto axioma, tem-se agora a voluntariedade e a consciência como baluartes deste novo axioma¹⁸⁶.

É necessário que a conduta humana seja praticada, ao menos a título de culpa, pois, sem a presença desta, ou mesmo do dolo, a conduta deverá ser considerada atípica, visto a falta do elemento volitivo presente nas decisões humanas entre um querer ou não querer.

No tocante ao terceiro grupo de axiomas, qual seja, os referentes às garantias relativas ao processo há a primeira afirmação no sentido de afirmar que não há culpa sem o devido processo, *Nulla culpa sine iudicio*. Este se afirma no princípio da jurisdicionalidade, o qual representa uma grande parcela do devido processo legal, que determina que o reconhecimento da culpa deve ser feito através de um processo, acompanhado pelas partes e pelo juiz, onde, somente o Estado detém o monopólio para tal reconhecimento.

Isto porque, o Estado chamou para si a responsabilidade de dizer o direito, inclusive o direito penal, conforme expresso na Constituição Federal de 1988 em seu artigo 22, I.

Segundo Ferrajoli a imparcialidade é elemento fundamental para efetivar as garantias necessárias ao cidadão. As garantias penais são necessárias para evitar juízos arbitrários e as garantias processuais penais dão vazão àquelas outras, através de um processo regulado e norteado por princípios que também cuidarão de observar todos os modais garantistas. A culpa só é reconhecida quando submetida ao judiciário, donde, através dessa relação, constrói-se o reflexo do nexo específico entre lei e juízo. Legalidade e submissão à jurisdição são complementares no que respeita à função utilitária da prevenção geral que é própria do direito penal.¹⁸⁷

O axioma de não haver processo sem acusação *nullum iudicium sine accusatione* faz

¹⁸⁵ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão**: teoria do garantismo penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 440.

¹⁸⁶ Ibidem., p. 447

¹⁸⁷ Ibidem., p. 496.

com que no modelo garantista seja necessário um processo acusatório pautado no princípio da acusação e na obrigatoriedade da ação penal. O juiz não deve ser um mero espectador, visto que todos os atos processuais se dirigem a ele. Toda via, para que ele haja, o Estado deve ser provocado.

O penúltimo axioma assevera que não há acusação sem provas, *Nulla acusatio sine probatione*. Por ele, extrai-se o princípio do ônus da prova onde a acusação utilizada para movimentar a máquina estatal deve estar munida de um conjunto probatório capaz de dar ao juiz a mais ampla capacidade de dizer o direito.

Essa necessidade de regras que distribuam o ônus da prova entre as partes vem do fato de que o juiz não age pelas partes; o juiz nem sempre consegue superar o estado da dúvida; e em caso de dúvidas, a lide deve ser julgada sempre em favor do réu, *in dubio pro réu*.¹⁸⁸ É este conjunto probatório que dará materialidade ao processo, apresentando, ou não, condições para que o juiz efetive o *ius puniendi* de forma a cumprir o dever Estatal de dizer o direito.¹⁸⁹

Por fim, o axioma de não existir prova sem defesa *nulla probatio sine defensione*, garante ao acusado, pelos princípios do contraditório e da ampla defesa meios de se esquivar da punição estatal, sempre que possível, ou de ter uma punição justa de acordo com o fato cometido.

A produção de provas não pode fugir à essa regra, visto que todos os atos praticados dentro do processo devem ser públicos, mantendo sempre a possibilidade de se contestar a veracidade de tudo aquilo trazido ao processo. O juiz, como guardião processual das garantias, deve sempre cuidar para que esse axioma seja observado com cautela e sem exageros.¹⁹⁰

O Direito Penal como *precautio laesionum* resulta de uma visão utilitarista do direito penal. Assim, o princípio de utilidade penal justifica a esfera limitada de proibição do direito penal, estabelecendo coesa relação com a função preventiva deste para com a sociedade, onde apenas as condutas lesivas à terceiros merecem permanecer sob a ótica desta seara jurídica.

Dentro da ótica garantista de um sistema jurídico, destaca-se a estrita observância de que o direito seja legislado conforme a necessidade demonstrada pela sociedade daquele controle por parte do Estado. Esse limite imposto acaba por resultar em dois obstáculos para o poder punitivo do Estado: o primeiro resulta da necessidade de que a lei penal exista no ordenamento jurídico com fim de caracterizar comportamentos de forma típica e o princípio

¹⁸⁸ COELHO, Edihermes Marques. **Manual de Direito Penal**: Parte Geral. 2 Ed. rev. aum. São Paulo: Juarez de Oliveira. p. 48

¹⁸⁹ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão**: teoria do garantismo penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 561

¹⁹⁰ Ibidem., p. 532

da lesividade.

Ferrajoli, ao citar os trabalhos de Hobbes, destaca que o uso das leis, as quais não são mais autorizadas, não tem por finalidade impedir o povo de realizar ações voluntárias, senão dirigir e controlar estas de tal forma que os súditos não se lesionem mutuamente; portanto, uma lei que não é necessária, ao carecer do fim para o qual se propõe, não é boa.¹⁹¹

4.3 A teoria dos bens jurídicos e a evolução conceitual de Luigi Ferrajoli – o conceito de bens fundamentais.

Entender a relação de sincronismo axiológico¹⁹² entre o direito penal e o direito constitucional exige mais do que o conhecimento simplório de correlação material/formal entre a constituição e os demais *codex* do ordenamento jurídico.

É possível afirmar que o direito penal é a arma mais poderosa que o Estado possui vez que priva os indivíduos de sua liberdade e que, desta forma, toda forma de contato pessoal, político, dentre outros, são atingidas pela aplicação das sanções penais.

Em razão de todo este complexo resultante da incidência da legislação criminal na vida do indivíduo é que vários filósofos e penalistas buscam cotidianamente delimitar a atividade do Estado quando da utilização do direito penal.

Neste contexto a ideia de bem jurídico, desde quando surgiu (o que será abordado mais a frente), e sem nos apegarmos a qual sentido ou conceito nos presta de melhor forma, vem cumprindo com a sua função de limites negativos ao agir estatal.

É imperioso, neste momento, que entendamos o papel da Revolução Francesa para o início de toda a discussão tangente aos bens jurídicos de uma forma geral. O antigo regime de Direito Penal demonstrava uma anarquia sistêmica dentro da qual as definições de tipos penais e suas consequências eram realizadas de forma indiscriminada e indeterminadas.

Cesare Beccaria, em sua obra clássica e de leitura obrigatória para todos os estudiosos do direito penal, já evidenciava a desproporção existente entre a forma de agir do Estado e as finalidades que este buscava alcançar. Destaca-se de sua obra:

Como pode um organismo político que, em lugar de se dar às paixões, deve ocupar-

¹⁹¹ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão**: teoria do garantismo penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 427.

¹⁹² A ideia de sincronismo axiológico está ligado à ideia de correlação que existe entre os valores elencados por determinada carta magna e aos valores que serão tutelados pelo direito penal quando de sua construção normativa. Extrapolando a ideia de bem jurídico enquanto mera seleção, mas parte para as veredas do entendimento de que bens jurídicos se traduzem em valores indispensáveis à determinada sociedade, conforme preleciona Luiz Regis Prado (1996).

se exclusivamente de colocar um freio nos particulares, exercer crueldades inócuas e utilizar o instrumento do furor, do fanatismo e da covardia dos tiranos? Poderão os gritos de um desgraçado nas torturas tirar do seio do passado, que não volta mais, uma ação já praticada? Não. Os castigos têm por finalidade única obstar o culpado de tornar-se futuramente prejudicial à sociedade e afastar os seus concidadãos do caminho do crime.

Em 1789 tem-se o auge da Revolução Francesa e, com ela, iniciam-se grandes revoluções filosóficas. A filosofia penal iluminista alicerçava-se nos postulados de garantia dos bens individuais frente às arbitrariedades do Estado e da gritante desproporção das penas que eram aplicadas.

Para garantir e assegurar a ideia de proteção dos bens jurídicos buscou-se formular um conceito material de delito o qual, basicamente, circundava a noção de que o “delito era uma violação de um direito subjetivo variável”.¹⁹³

A ideia de direito subjetivo¹⁹⁴, então, que precedeu a própria ideia de bem jurídico, foi uma das primeiras expressões de limites negativos impostos ao Estado, impedindo que este agisse de forma arbitrária e maculasse, então, os bens indispensáveis à vida social.

Evidencia-se nos dizeres de Cleopas Isaías Santos¹⁹⁵:

Esta concepção material de crime como lesão a “direito subjetivo”, como não poderia deixar de ser, é decorrência natural da antitotalitária teoria do “contrato social”, substrato político da Filosofia das Luzes, como professora, de maneira clarividente, o próprio Feuerbach: “el que lesiona La libertad garantizada por el contrato social y asegurada mediante leyes penales comete un crimen” Assim é que destaca, acertadamente, Costa Andrade, que a postura adotada por Feuerbach é transcendente e crítica, buscando assentar as bases do Direito Penal na ideia de danosidade social.

Os escritos de Feuerbach sobre os direitos subjetivos, em um primeiro momento, confundem o leitor permitindo que exista uma confusão sobre a diferença que o autor estrutura sobre legitimar ou limitar o poder de atuação do Estado.

Isto, pois, ele asseverava ser função do direito penal a tutela dos bens jurídicos, ou seja, fundamentava-se, ou legitimava-se a atuação do Estado todas as vezes que este se dedicava a tutelar os direitos subjetivos dos indivíduos. Porém, em leitura mais atenta, foi Feuerbach um intenso defensor da ideia de limite ao poder estatal (e não de mera legitimação).

Como citado em linhas alhures, embora a obra de Feuerbach tenha sido de essencial importância para o início de toda a discussão que se pretende neste trabalho, não podemos

¹⁹³ PRADO, L.R. **Bem jurídico e constituição**. São Paulo: Editora RT. 2014. p. 24

¹⁹⁴ No estudo da evolução conceitual de bem jurídico percebe-se que a ideia de direito subjetivo precede a noção robusta de bem jurídico, a qual ganha formatação na obra de Birnbaum, conforme ensina Maria Ferreira da Cunha (1995, p. 46).

¹⁹⁵ Revista Liberdades - nº 7 - maio-agosto de 2011.

negligenciar os estudos de Johan Michael Franz Birnbaum para os primeiros esboços do que se conhece hoje com bem jurídico.

Paul Johann Anselm Feuerbach foi o responsável por uma das primeiras acepções sobre direitos subjetivos individuais como limitadores da atuação do direito penal. Por mais que seja discutível se os seus estudos se encontram um tanto quanto obsoletos para a realidade que entendemos e vivemos hoje, para a época em que começou a ser desenvolvida (justamente o período das barbáries pré-revolução-francesa) foi de grande valia para o que hoje conhecemos sobre proteção do indivíduo frente o Estado.¹⁹⁶

Foi com a obra de Johann Michael Birnbaum, de 1834¹⁹⁷, como uma teoria que buscava uma limitação ao conceito de delito, em contraposição a concepção de Feuerbach, para quem o crime correspondia a uma vulneração de direitos subjetivos. Birnbaum concordava com a necessidade de um conteúdo material para o conceito de delito, e neste introduziu a noção de bem.¹⁹⁸

Birnbaum foi o responsável pela concepção moderna de bem jurídico, embora não tivesse, em sua obra, chegado a mencionar tal expressão.

Segundo essa teoria, toda norma jurídico-penal subjaz juízos de valor positivo sobre bens vitais imprescindíveis para a satisfação das necessidades humanas e para a convivência em sociedade. Os direitos subjetivos não podem ser lesionados, mantendo-se incólumes, enquanto aquilo que se atinge é o próprio objeto sobre o qual o direito subjetivo recai. Com isso, iniciou-se o processo de racionalização da teoria do bem jurídico, que acabou por se tornar a matriz definidora e legitimadora do Direito Penal.¹⁹⁹

Interessante se faz a obra de Johan M. F. Birnbaum, pois esta serviu, como se verá em linhas posteriores, que seus conceitos serviram tanto para Binding (e a ideia de bem jurídico formal), quanto para Listz (com a ideia de bem jurídico material).

Karl Binding atravessa a teoria de Birnbaum para enveredar nas premissas de que nem todo bem jurídico é passível da tutela penal, podendo o ser somente aqueles dotados de

¹⁹⁶ Grandes estudiosos do direito penal, embora reconheçam que Feuerbach foi um grande pensador de sua época e, mencionam seus estudos serem um tanto quanto ultrapassados, acabam por concordar que a influência de suas idéias foi, em certa medida, necessária para o pontapé inicial do incessante movimento contra a opressão do Estado, o qual se valia do direito penal para legitimar suas arbitrariedades. Um desses estudiosos é o italiano Pietro Nuvolone (apud PASCHOAL, 2003, p. 26)

¹⁹⁷ BIRNBAUM, J. M. *Über das Erfordernis einer Rechtsverletzung zum Begriffe des Verbrechens*. Archiv des Kriminalrechts. Neue Folge, 1834.

¹⁹⁸ LUZ, Y. C. da. **Entre bens jurídicos e deveres normativos**: um estudo sobre os fundamentos do direito penal contemporâneo. São Paulo: IBCCRIM, 2013. p. 41.

¹⁹⁹ MACHADO, M. R. de A. **Sociedade do risco e direito penal**: uma avaliação de novas tendências político-criminais. São Paulo: IBCCRIM, 2005. p. 103-104.

relevância jurídica e que, tal relevância, seria consignada através da escolha dos legisladores quando da tipificação penal.²⁰⁰

O grande ponto de crítica da teoria de Binding reside no fato da estrita vinculação aos olhos do legislador sobre a relevância do bem em detrimento da vida da comunidade.

Percebe-se que o importante para Binding não era o efetivo valor conferido ao bem pela sociedade e, nem mesmo, a intenção de proteção de perigos ou lesões, mas sim a simples escolha feita pelo legislador possuía relevância para a determinação de quais bens poderiam ou não ser tutelados pela norma penal.

Nos comentários de Maria da Conceição Ferreira da Cunha, Birnbaum abriu as portas para um positivismo legal divorciado de quaisquer concepções materiais²⁰¹ e, posteriormente Binding abandona qualquer pretensão de legitimação material dos bens jurídicos.

Geraldo Barbosa Castillo e Carlos Arturo Gómez Pavajeu²⁰² também reforçam a ideia do formalismo extremo adotado por Binding em seus escritos discorrendo que toda a construção teórica de Binding vincula-se à vontade do legislador, de tal sorte que o objeto tutelado não é o bem em si e nem mesmo o direito, mas sim o dever de respeito à norma penal²⁰³

Ainda sobre a vinculação estrita de Binding à vontade do legislador leciona Hermán Hormazábal Malarée que o cidadão fica em uma posição de total submissão do Estado criando o risco de grandes arbitrariedades em proporções perigosas. Uma vez que em todo o processo legislativo, a seleção de bens jurídicos, bem como a execução final das leis penais, fica debaixo das asas da atuação do Estado e o indivíduo seria um mero destinatário daquilo que é criado e aplicado pela atividade estatal.

Embora haja inúmeras as críticas que possam ser aplicadas à teoria de Binding, merece destaque a primeira ideia que apresentamos em linhas alhures de que o direito penal não pode se prestar à tutela de todo e qualquer bem jurídico. Daí retiramos o caráter fragmentário do direito penal que, segundo Nilo Batista, teve seus primeiros registros em Karl Binding..

Esta ideia sobre a fragmentariedade nos mostra que, embora Binding não buscasse a

²⁰⁰Diferente de Birnbaum, Binding busca conceituar o que é bem jurídico, vinculando a essência deste àquilo que o legislador entende como tal (BINDING, 1927).

²⁰¹Ousamos discordar da mencionada autora vez que Binding utilizou dos ensinamentos de Birnbaum para justificar sua preferência pelo critério formal de tutela dos bens jurídicos, mas afirmar que o mencionado autor se divorcia completamente das idéias materiais é um tanto quanto descuidado, vez que Listz também se valeu das idéias de Birnbaum e alcançou os contornos de uma teoria material dos bens jurídicos, a qual nos leva a crer que Birnbaum também coadunava de tal premissa.

²⁰²*Bien jurídico y derechos fundanetales: sobre um concepto de bien jurídico para Colombia*. Bogotá: Universidad Externado de Clombia, 1996, p. 23.

²⁰³Em Jakobs encontramos fortes desdobramentos da ideia de tutela da norma através da própria norma. Recomendamos a leitura de Direito Penal do Inimigo de Günther Jakobs e Manuel Cancio Meliá.

eleição dos bens jurídicos através da captação social, mas sim de uma seleção irregrada do legislador²⁰⁴, até mesmo os primórdios das discussões sobre bens jurídicos trazem a ideia de limite ao exercício das atividades do Estado.

Conforme Schuneman, “nas palavras de Stratenwerth - “até hoje não se conseguiu sequer algo próximo à clareza no que se refere ao conceito de bem jurídico”²⁰⁵.

Ainda existe muita discussão em torno daqueles bens que realmente são bens jurídicos e daqueles que realmente demandam proteção jurídica, principalmente na esfera penal. No entanto nesta pesquisa, o bem jurídico em discussão será o bem jurídico em uma perspectiva político-criminal.

Os bens jurídicos, inicialmente, têm como fundamento valores culturais que se baseiam em necessidades individuais. Estas se convertem em valores culturais quando são socialmente dominantes. E os valores culturais transformam-se em bens jurídicos quando a confiança em sua existência surge necessitada de proteção jurídica.²⁰⁶ A missão do Direito Penal vem a ser a tutela de bens jurídicos mediante à proteção dos valores ético-sociais da ação mais elementares.²⁰⁷

Conforme Liszt, “chamamos bem jurídicos os interesses que o direito protege. Bem jurídico é, pois, o interesse juridicamente protegido.”²⁰⁸

Contrário aos ideais de Binding, Franz Von Liszt foi além da própria ideia da lei para dizer que se encontram dentro da sociedade as noções de bens jurídicos que carecem de proteção. O papel do legislador, para Liszt era de identificar os bens jurídicos que existiam no seio social e, protegido, posteriormente, pela norma penal. Dentro de toda esta colação de entendimento “a vida, e não o direito, que produz o interesse, a proteção jurídica só converte o interesse em bem jurídico”.²⁰⁹

O próprio Liszt²¹⁰ disserta sobre o fato dele e Binding terem partido do mesmo ponto, desunindo-se, posteriormente, visto que ambos elevam o bem jurídico como o cerne de todo ordenamento, divergindo sobre sua natureza que, para aquele seria material e, para este,

²⁰⁴Recomendamos a obra de Mir Puig (*Bien jurídico y bien jurídico-penal como limites Del “ius puniendi”*) para que o leitor entenda uma outra perspectiva sobre as teorias de Binding, qual seja, a de que talvez o autor estivesse apenas buscando uma relação coerente entre bem jurídico e a natureza sancionatória do direito penal.

²⁰⁵ SCHÜNEMANN, B. **Estudos de direito penal, direito processual penal e filosofia do direito**. Coordenação de Luís Greco. São Paulo: Marcial Pons, 2013. p. 42.

²⁰⁶ PRADO, L. R. **Bem jurídico-penal e constitucional**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 44.

²⁰⁷ HASSEMER, W.; CONDE, F. M. **Introducción a la criminología y al derecho penal**. Valencia: Tirant lo Blanch, 1989, p. 102.

²⁰⁸ LIZST, F. V. **Tratado de direito penal alemão**. Rio de Janeiro: F. Briguiet & C., 1899. t. 1, p. 93.

²⁰⁹ Ibidem. p.96

²¹⁰ Ibidem. p. 96.

puramente formal.

Ao que, em um primeiro momento nos parece ser um embate teórico sem pontos de intersecção, em um segundo momento nos é explicitado por Miguel Reale Júnior como sendo duas seções distintas de um mesmo ponto de partida, a saber:

A grande importância da obra de Binding está em ter revelado a noção de bem jurídico, elevando-a a pedra angular do direito penal, tema central, posteriormente da escola tecno-jurídica italiana. Segundo Binding o legislador protege, de lesões ou perigo, os bens jurídicos que constituem condições de vida sã à comunidade jurídica, em razão do que o objeto do crime está na ofensa ao bem jurídico, sem si considerado, e não apenas ao interesse pelo bem jurídico. V. Liszt lançou, por primeiro a distinção entre o que é formal e o que é materialmente antijurídico.²¹¹

Como visto, tanto Listz, quanto Binding visavam apenas legitimar o poder de punir estatal e atribui a Liszt o surgimento das concepções sociais de bem jurídico.

José Manuel Gómez Benítez incorpora os conceitos sociológicos de bem jurídico e aduz que estes permitem a tutela de apenas aquilo que efetivamente demonstrar prejudicialidade, sendo, portanto, hábeis a exercer a função de limite dos bens jurídico.

Retomando a Hormazábal Malarée, sua ideia pode ser compreendida se entendermos que as concepções sociológicas seguem ao menos duas linhas de raciocínio.

A primeira delas identifica a ideia matriz de Liszt que busca enumerar e selecionar os bens jurídicos através da análise no seio da sociedade; já a segunda parte da premissa de que visando garantir o funcionamento da sociedade é permitido ao Estado utilizar o direito penal, não para tutela de bens que sejam indispensáveis, mas sim para confirmar a vigência da norma que elencava tais bens. Por óbvio Liszt não concordava com esta última vertente, mas que está fora incorporada aos sistemas de Binding.

Liszt²¹² entende que a ideia de bem jurídico formal é insuficiente e vazia quando não associada aos fatores reais que determinam os valores sociais.

Dentro de todo este contexto, não podemos deixar de lado as apreciações teóricas de Kant sobre os postulados que norteiam as discussões sobre bens jurídicos. No início do século XX, conforme leciona Luiz Regis Prado²¹³, as orientações espiritualistas e normativistas de influência neokantiana fizeram surgir um viés teleológico tangencial ao bem jurídico penal.

Buscando amparo no conhecimento de Maria Ferreira da Cunha²¹⁴ a ideia de

²¹¹ REALE JR., Miguel. **Antijuridicidade concreta**. São Paulo: Bushatsky, 1973.

²¹² Op. Cit. p. 94.

²¹³ PRADO, L.R. **Bem jurídico e Constituição**. São Paulo: RT, 1996. p. 29

²¹⁴ CUNHA, M. C. F. **Constituição e crime: uma perspectiva da criminalização e da descriminalização**. Porto: Universidade Católica Portuguesa, 1995. p. 64-65.

espiritualidade tem início em Honig (em 1919) e passa a identificar o bem jurídico como a *ratio*²¹⁵ da norma penal. Seria, então, o bem jurídico o fim reconhecido pelo legislador quando da prescrição das normas penais.

Para o neokantismo o bem jurídico seria um valor, algo abstrato, retirado do seio social, de cunho ético e moral e, nas lições de JESCHECK²¹⁶ um valor abstrato e juridicamente protegido da ordem social.

Isto, pois, o neokantismo demonstrava um avanço nas concepções do positivismo clássico, ou seja, a lei foi mantida como fonte precípua do direito, como um todo, porém a inserção dos valores se tornava algo mais palpável dentro da dogmática jurídica.

A epistemologia do sistema neokantiano residia na teoria do conhecimento e, em um primeiro momento dedicava-se ao conhecimento do puro e, posteriormente, ao conhecimento do impuro e, quando transportada para dentro das ciências jurídicas inaugurou-se a gnosiologia do ser e do dever-ser. Neste espectro de entendimentos o neokantismo estruturava-se em duas bases: a normativa e a axiológica.

Os ensinamentos de Luiz Regis Prado nos servem mais uma vez, tendo em vista que o autor, de forma brilhante, suscita o verdadeiro espírito do neokantismo para o direito, a saber:

O direito não podia mais ser tratado pelo prisma da causalidade, visto que não integraria o mundo natural em que o passado determina o futuro, mas sim o mundo teleológico, da finalidade, devendo ser visto, portanto, como uma ciência finalista, dotada de uma lógica e método próprios. Opera-se, então, a substituição da coerência formal do pensamento jurídico circunscrito em si mesmo.²¹⁷

RADBRUCH²¹⁸ muito bem escreve sobre a teleologia dos valores normativos e prescreve que o direito resulta em uma realidade multifacetada de culturas a qual se refere essencialmente a valores e só pode ser delineado e conceituado a partir do mundo das experiências, ou seja, as experiências sociais são a base para a construção daquilo que se pretende ser o direito. O direito possui referência a valores, valores estes que possuem determinados fins²¹⁹.

²¹⁵Ao nosso ver, a ideia de bem jurídico e *ratio* deve ser analisada com demasiada cautela, haja vista que finalidade não pode ser confundida com tutela. A ideia de bem jurídico ela é anterior a ideia da *ratio* normativa e, esta, transcende os limites do próprio bem jurídico, pois ao ser posta em vigência seu espectro de atuação e produção de efeitos busca também as finalidades da norma, o que, em Roxin, nos parece ser conceitos bem delimitados (2006, p. 15).

²¹⁶ JESCHECK, Hans-Heinrich e WEIGEND, Thomas. **Tratado de derecho penal** – parte general. 5. ed. Trad. Miguel Olmedo Cardenote. Granada: Comares, 2002. p 235.

²¹⁷ Op. Cit. p. 96

²¹⁸ RADBRUCH, G. **Filosofia do direito**. 4. ed. Coimbra: Sucessora, 1961. v. 2: Temas Filosóficos, jurídicos e sociais, p. 83.

²¹⁹Aqui reside a ideia de aspectos teleológicos da norma. A partir da incorporação de valores, sendo estes

Podemos entender o raciocínio de RADBRUCH a partir da própria conceituação que este atribui ao direito. Nestes termos delinea o autor:

O Direito é conceituado como a realidade que possui o sentido de estar ao serviço do valor jurídico, da ideia de direito que, por sua vez, não é senão a ideia de justiça. Por conseguinte, acaba ele sendo definido como a realidade que tem o sentido de se achar a serviço da ideia de justiça.²²⁰

Logo, a ideia de bens jurídicos, para o neokantismo, busca sua base de sustentação teórica através das inferências sobre os valores, estes resultantes da matriz cultural social vigente no momento da construção das leis penais. O caráter normativo é reestruturado a partir das noções da axiologia.

Em linhas gerais nos parece apropriado o que escreve Luiz Flávio Gomes sobre o neokantismo, a fim de entendermos a pedra angular de todo o ensinamento neoclássico:

O núcleo do delito se afasta do conceito de bem jurídico e passa a ser constituído (a) pela violação de um dever, ou (b) pelo desvalor de uma intenção interior, ou (c) pelo rompimento da fidelidade do sujeito ou, ainda, (d) pela violação de um valor cultural.

Segundo Aníbal Bruno, os bens jurídicos “são valores de vida individual ou coletiva, valores da cultura.”²²¹. Já Toledo diz que bens jurídicos são “valores ético- sociais que o direito seleciona, com o objetivo de assegurar a paz social, e coloca sob sua proteção para que não sejam expostos a perigo de ataque ou a lesões efetivas”²²². Para Fragoso:

O bem jurídico não é apenas um esquema conceitual visando proporcionar uma solução técnica de nossa questão: é o bem humano ou da vida social que se procura preservar, cuja natureza e qualidade dependem, sem dúvida, do sentido que a norma tem ou que a ela é atribuído, constituindo, em qualquer caso, uma realidade contemplada pelo direito. Bem jurídico é um bem protegido pelo direito: é, portanto, um valor da vida humana que o direito reconhece, e cuja preservação é disposta a norma.²²³

Zaffaroni considera que bem jurídico penalmente tutelado “é a relação de disponibilidade de uma pessoa com um objeto, protegida pelo Estado, que revela seu interesse mediante normas que proíbem determinadas condutas que as afetam”²²⁴, aquelas que são

resultantes da matriz cultural que permeia a sociedade podemos aferir que o direito, assim como sua norma, pretende determinados fins. Ao leitor recomendamos a leitura sobre a Escola de Baden, de matriz cultural e que debruça seus estudos sobre a relação entre direito e valores teleológicos.

²²⁰ Op. Cit. p. 91.

²²¹ BRUNO, A. **Direito penal**. Rio de Janeiro: Forense, 1967. p. 31.

²²² TOLEDO, F. de A. **Princípios básicos de direito penal**. São Paulo: Saraiva, 1986. p.16.

²²³ FRAGOSO, H. C. **Lições de direito penal**: parte geral. Rio de Janeiro: Forense, 1985. p. 277-278.

²²⁴ ZAFFARONI, E. R.; PIERANGELI, J. H. **Manual de direito penal brasileiro**: parte geral. 8. ed. v. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 399.

expressadas com a tipificação dessas condutas atentatórias a referidos bens.

Segundo Prado, o bem jurídico:

Vem a ser um ente (dado ou valor social) material ou imaterial haurido do contexto social, de titularidade individual ou meta individual reputado como essencial para a coexistência e o desenvolvimento do homem em sociedade e, por isso, jurídico-penalmente protegido.²²⁵

A análise do bem jurídico há que se iniciar pela permeabilidade legislativa quanto à escolha daqueles bens que, de fato, representam essa gênese valorativa²²⁶ extraída de uma determinada sociedade e em certo momento histórico. Deve-se detalhar esse processo seletivo, inclusive imputando-lhe certa racionalidade, que é justamente aquilo que confere legitimidade ao processo de escolha e, dessa forma, à própria intervenção penal subsequente.²²⁷

Segundo Silva, o princípio da exclusiva proteção de bens jurídicos limita o *jus puniendi* estatal, ao destacar a necessidade de um Direito Penal exclusivamente protetor de bens jurídicos, excluindo quaisquer incriminações de condutas que não atinjam os valores fundamentais para a existência social e o seu equilibrado desenvolvimento.²²⁸

Só há delito se houver lesão ou perigo de lesão ao bem jurídico penalmente tutelado. Conforme Hassemer:

Os crimes de perigo abstrato parecem prometer esse alívio, e, por isso, em todos os campos da Política criminal aqui abordados, eles como que suplantaram inteiramente os clássicos crimes de resultado. Em primeiro lugar, eles encobrem a eficácia fática do Direito penal para a proteção de bens jurídicos, na medida em que rompem a necessária relação entre conduta incriminada e bem jurídico ofendido.²²⁹

Opredomínio dos crimes de perigo ou de lesão ideal, a um bem jurídico em detrimento dos que exigem resultado material lesivo é uma característica da expansão penal nas sociedades do risco, ou seja, os delitos de perigo concreto cedem lugar aos de perigo abstrato

²²⁵ PRADO, L. R. **Bem Jurídico-penal e constitucional**. 6ª ed. São Paulo - SP: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p. 52.

²²⁶ Valor é um produto do homem, configurado a partir de um discurso racional intersubjetivo baseado nas necessidades humanas. É uma projeção da consciência do homem para o mundo exterior, representa um modo de preferência consciente que parte de determinadas condições sociais e históricas e que, portanto, tem um fundamento empírico e não metafísico, em PEREZ LUÑO, Antonio E. **Derechos humanos. Estado de derecho e Constitución**. [S.l.]: Tecnos, 2010. p. 182.

²²⁷ AZEVEDO, A. M. L.; FACCINI NETO, O. **O bem jurídico-penal: duas visões sobre a legitimação do Direito Penal a partir da teoria do bem jurídico**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 28-29.

²²⁸ SILVA, I. L. P. e. **Princípios penais**. Salvador: Juspodivm, 2012. p. 239.

²²⁹ HASSEMER, W. **Direito penal: fundamentos, estrutura, política**. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 2008. p. 228.

e se consolidam os delitos de acumulação²³⁰ e de obstaculização de funções de controle próprios do direito administrativo sancionador.

Abre-se caminho para a fundamentação da punição com base no princípio da precaução, alternativa mais frouxa que a exigência da periculosidade do comportamento.²³¹

Para Roxin, bem jurídico teria:

Um conceito de bem jurídico semelhante não pode ser limitado, de nenhum modo, a bens jurídicos individuais; ele abrange também bens jurídicos da generalidade. Entretanto, estes somente são legítimos quando servem definitivamente ao cidadão do Estado em particular.²³²

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

Os aspectos comentados até aqui sofrem um espetacular impulso devido a dois fenômenos que se mostram como típicos das sociedades pós-industriais: a globalização econômica e a integração supranacional. Com efeito, as peculiaridades exigências de reação jurídico-penal à delinquência própria de um outro campo parecem capazes de acentuar substancialmente as tendências que, como já foi dito, se acham patentes nos ordenamentos jurídicos nacionais, no sentido de uma demolição do edifício conceitual da teoria do delito, assim com o do constituído pelas garantias formais e materiais do Direito Penal e do Direito Processual Penal.²³³

Oposto ao que ensina Roxin, Jakobs e Meliá argumentam que o bem jurídico não é o objeto fim do direito penal, mas sim a estabilidade da norma penal deveria ser o grande alvo de toda a eficácia jurídico criminal.

Com os novos ideais trazidos pela reformulação da dogmática jurídica após a segunda guerra mundial duas teorias se tornam relevantes ao nosso estudo acerca dos bens jurídicos: a

²³⁰ Os delitos de acumulação são aqueles que, enquanto condutas individuais, não causam, por si sós, lesão ou perigo a bens jurídicos, mas que, considerados em conjunto – ou seja, à medida que a acumulação de tais atos concretos podem realmente produzir consequências lesivas, entende que se deve sustentar não somente sua tipicidade formal, senão a própria material pois conduzem a uma situação de lesão ao bem jurídico tutelado. Segundo SANCHEZ, J. M. S. **A Expansão do direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 156-158. (Coleção Direito e Ciências Afins. v. 6).

²³¹ RIPOLLÉS, J. L. D. **La política criminal en la encrucijada**. República Argentina: Julio Cesar Faira, 2007. p. 136.

²³² ROXIN, C. **A proteção de bens jurídicos como função do direito penal**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p.19.

²³³ SANCHEZ, op. cit., p. 97.

teoria sociológica e a teoria constitucional²³⁴ de bens jurídicos.

A primeira delas, a teoria sociológica, se encontra em vários autores²³⁵, e em linhas gerais entendemos que a ideia eixo de bem jurídico encontra-se inserida em uma relação funcionalista sistêmica do próprio ordenamento jurídico, ou seja, a noção de bem jurídico decorre da integração coesa e sistêmica da realidade social; significa, em linhas gerais, a absolutização do sistema social em detrimento do indivíduo.²³⁶

A ótica da corrente sociológica do bem jurídico encontra-se em delinear como finalidade do direito penal a criação e manutenção da estabilidade da norma penal, como um meio instrumental hábil e necessário à manutenção do próprio Sistema.²³⁷

Tendo em vista a ideia de manutenção da norma e não do bem jurídico, AMELUNG²³⁸ propõe que se substituísse o conceito de bem jurídico pelo de danosidade social²³⁹, considerando o delito como uma “disfuncionalidade do sistema”.

WINFRIED HASSEMER discorre sobre o tema:

Lesividade (danosidade) social é um conceito que, para além do Direito Penal, remete-se às necessidades e interesses do sistema social. Em segundo, ela estabelece claramente que nem toda lesão de um interesse humano (de um bem jurídico) provoca uma reação do Direito Penal, senão somente algumas que do mesmo modo também tem caráter socialmente prejudicial, que, portanto, excedem o conflito entre o autor e a vítima, os prejuízos individuais da vítima.²⁴⁰

Günther Jakobs, talvez o maior expoente das teorias sociológicas, vem demonstrar que a finalidade primeira do direito penal não era a proteção dos bens jurídicos, mas sim zelar a validade e a vigência da norma penal e que a sanção serviria para restabelecer a obediência ao direito.²⁴¹

Por construir sua teoria de funcionalismo sistêmico sobre o pensamento de Luhman,

²³⁴Aqui reside o ponto fulcral de todo nosso apanhado histórico. A partir das teorias constitucionais seremos capazes de traçar nossas linhas gerais acerca da matriz constitucional de seleção de bens jurídicos.

²³⁵ Aqui, conforme leciona PASCHOAL (2003) destacamos Knut Amelung, Günther Jakobs, Harro Otto, J. Habermas, Winfried Hassemer, R.P. Calliess e Mir Puig.

²³⁶Sobre o tema, e com o máximo respeito a todos os autores, recomendamos a magnífica obra de Günther Jakobs e Manuel Cancio Meliá – Direito Penal do inimigo – para que o leitor entenda a ideia de proteção sistêmica a norma como função máxima do direito penal.

²³⁷ JAKOBS, G.; MELIA, M. C. **Direito penal do inimigo: noções e críticas**. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 90.

²³⁸apud POLAINO NAVARRETE, 2000, p. 597

²³⁹ Tendo dificuldades em definir o que seria danosidade social, Knut Amelung busca guarida em Binding para dar ao legislador a legitimidade de ditar aquilo que a sociedade não considera saudável para a vida social (SILVEIRA, 2003, p. 49).

²⁴⁰ HASSEMER, W. Derecho penal simbólico y proteccion de bienes jurídicos. Tradução de Elena Larrauri. Pena y Estado: función simbólica de la pena. Barcelona: PPU, n. 1, 1991, p. 23-36.

²⁴¹ Op. Cit. p. 29.

mais especificamente sobre os estudos das decepções normativas, Jakobs²⁴² entende que a violação dos preceitos normativos penais seria uma forma de decepcionar a essência mandamental da norma e, assim como Luhman, uma norma que decepciona várias vezes acaba por perder a sua credibilidade. Neste sentido as penas seriam o meio de reafirmar a validade da norma, fazendo com que esta retomasse sua credibilidade frente à sociedade.

Citando os estudos de Viviani Gianine Nikitenko²⁴³:

Segundo Jakobs, a sociedade torna toda pessoa portadora de um papel, o que se refere à ideia luhmanniana de expectativa, competindo, então, a todas as pessoas o dever de não produzir decepções, isto é, de não violar as normas penais. É somente assim, portanto, cada pessoa portando um papel, que a vida em sociedade é possível, ainda mais hoje, com a frequência de contatos anônimos, pois se para cada contato social todos tivessem de analisar as múltiplas consequências a sociedade ficaria paralisada.

Ainda nos ensinamentos da autora:

Ressalte-se que a concepção de Jakobs também se aproxima do pensamento de Hegel, que aduz ser “a pena a negação da negação do Direito” (apud Bitencourt, 2003, p. 72), fundamentando-a como necessidade para o restabelecimento da ordem jurídica violada.

O conceito sociológico de bem jurídico afastou-se cada vez mais de formular um conceito de bem jurídico, o que fragiliza todo o ideal de se limitar o poder/dever²⁴⁴ punir do Estado.

Enquanto as teorias sociológicas inserem o bem jurídico na seara da realidade social, merecem destaque as teorias constitucionais que, de acordo com Luiz Regis Prado²⁴⁵, buscam criar critérios que sejam hábeis a impor ao legislador limites de atuação no momento da construção da lei penal.

Claus Roxin²⁴⁶ é, sem dúvida, o maior pensador e estudioso dessa teoria sendo que ele próprio afirma que o único limite existente à eleição de bens jurídicos são os próprios delineios constitucionais. Para ele o Estado Democrático de Direito impõe ao direito penal o exercício de uma dupla função: primeiro a proteção dos bens jurídico com as respectivas punições nos

²⁴² Ibidem., p 59.

²⁴³ NIKITENKO, V. G. **Funcionalismo-sistêmico Penal de Günther Jakobs**: uma abordagem à luz do Direito Penal mínimo e garantista. Revista Direito em Debate, Ano XIV nº 25, jan./jun. 2006, p. 123-135.

²⁴⁴ Entendemos que a melhor expressão é “poder/dever punir” e não “direito de punir” vez que o Estado não pune como sendo detentor de um direito de infringir o mal aos cidadãos, mas sim de cumprir o seu dever de punir os transgressores da norma a fim de garantir a paz e a ordem social.

²⁴⁵ PRADO, L. R. **Bem Jurídico-penal e constitucional**. 6ª ed. São Paulo - SP: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p. 62.

²⁴⁶ Op. Cit. p. 20.

casos de violação e, segundo a garantia das prestações públicas necessárias.

A ideia de bem jurídico não é algo exclusivo do direito penal. É de se notar, entretanto, que a elevação de um bem jurídico aos status de bem jurídico-penal não pode se afastar da execução de uma atividade seletiva dos valores existenciais estritamente ligada ao caráter fragmentário e subsidiário do Direito Penal, pois somente assim a atuação legiferante penal poderá ser considerada legítima e em consonância com os valores do Estado Democrático de Direito.

Recorde-se que os bens jurídicos não devem receber uma proteção absoluta e uniforme do Direito, senão seletiva e fragmentária: o Direito penal só protege os bens mais valiosos para a convivência e o faz, ademais, exclusivamente frente aos ataques mais intoleráveis de que possam ser objeto (a natureza 'fragmentária' da intervenção penal); e mesmo assim quando não existem outros meios eficazes, de natureza não penal, para salvaguardá-los (natureza 'subsidiária' do Direito penal)

O bem jurídico, destarte, para merecer a tutela penal, necessita revelar dignidade penal, a qual é o atributo que reveste direitos e bens jurídicos, os quais, por serem relevantes e fundamentais para o indivíduo e a sociedade, são, em razão disso, merecedores da tutela penal.

Conquanto se encontra intimamente ligado aos valores indispensáveis ao pleno desenvolvimento social, os bens jurídicos sofrem constantes mutações e tendem a acompanhar a alteração do pensamento social acerca dos valores socialmente aceitos, passando, constantemente, por uma análise de adequação social.

Logo, os bens jurídicos não têm uma validade natural e infinita; preferentemente, estão submetidos às mudanças dos fundamentos jurídico-constitucionais e das relações sociais.

Em suma, denota-se que bens jurídicos são interesses vitais para a existência de uma convivência social pacífica e plena, os quais, por sua imprescindibilidade, gozam de proteção jurídica.

Quando essa proteção é conferida pelo Direito Penal, por meio da previsão de crimes e cominação de sanções penais, sempre em consonância com os ideais da fragmentariedade e subsidiariedade deste modelo de controle social, está-se diante de um bem jurídico-penal, noção que constitui todo o alicerce do Direito Penal democrático e da ofensividade.

Ferrajoli, em sua obra “Por uma teoria dos Direitos e dos Bens Fundamentais”, propõe uma nova conceituação do termo “bem” dentro do léxico jurídico. Algo que podemos (e preferimos) entender como um aperfeiçoamento epistemológico e hermenêutico na nomenclatura proposta por Roxin através da obra do retro mencionado jurista italiano.

A ideia de bens fundamentais traduz a noção de situações jurídicas indispensáveis ao

indivíduo. Porém, Ferrajoli identifica que, inclusive na legislação italiana, a ideia de bens enquanto derivativo do instituto jurídico das coisas apenas conseguia traduzir os bens aceptívies de direitos que circundavam a órbita patrimonial.

Embora Roxin já houvesse ultrapassado tal discussão, Ferrajoli aponta para a necessidade de uma distinção formal entre aquele rol de bens que integram a qualidade de patrimoniais e daqueles bens que, por ele, serão tidos como fundamentais.

Sobre isso, leciona o jurista:

Sob este aspecto, a distinção entre “bens patrimoniais” e outras “coisas” (inclusive os bens fundamentais) exige a distinção marxiana entre “valor de uso” e “valor de troca”. De fato, pode-se dizer, sobre a base desta distinção, que as coisas são todas e tão somente as entidades que possuem um valor de uso, no sentido de que podem ser utilizadas; enquanto os bens patrimoniais são somente as coisas que têm, além de um valor de uso, um valor de troca, no sentido de que é possível dispor e trocar no mercado.²⁴⁷

Evoca ainda a ideia de que esses bens fundamentais extrapolam o fomento material e a simplória definição através de seu valor ou aspecto patrimonial. Citando os ensinamentos romanistas, percebemos que são bens carentes de valor e que circundam entre a sociedade fora do comércio.²⁴⁸

Ao entendermos que Roxin propõe como fundamento do direito penal (finalidades e missões) a proteção de bens jurídicos, e que esses são tidos por aqueles de máximo valor para a sociedade, podemos alcançar a compreensão de que o aspecto mais relevante da tipificação penal é a fragmentariedade, ou seja, é papel do legislador pinçar do aglomerado de situações jurídicas existentes apenas as mais relevantes e carecedoras de tutela criminal.

Nesta linha de raciocínio a noção de bens fundamentais proposta por Ferrajoli²⁴⁹ destaque justamente este caráter de essencialidade que é traço distintivo dos bens patrimoniais. A saber:

Chamarei por outro lado de bens fundamentais os bens cuja acessibilidade é garantida a todos e a cada um porque objeto de outros tantos direitos fundamentais e que por isso, da mesma forma que estes, são subtraídos à lógica do mercado: o ar, a água e outros bens do patrimônio ecológico da humanidade e, ainda, os órgãos do corpo humano, os fármacos considerados “essenciais” ou “salva-vidas” e similares.

A existência de um bem é sempre anexa a um direito. A um bem patrimonial integra-

²⁴⁷ FERRAJOLI, L. **Por uma teoria dos direitos e dos bens fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2011. P. 32

²⁴⁸ Sobre isso, Ferrakoli (*sic*): como chamados pelos romanos, *extra commercium e extra patrimonium*.

²⁴⁹ É de muita valia ressaltarmos que Ferrajoli não escreve para o Direito Penal, especificamente, mas para o Direito como um todo.

se um direito patrimonial, logo, a um bem fundamental integra-se um direito fundamental que lhe dá origem e fundamentação de existência. Logo, seria algo sem sentido atribuir à existência de um bem sem que por de trás existisse um direito que lhe desse sustentáculo dentro das legislações.

Assim, trata-se a vida com um bem fundamental, pois a Constituição introduz em sua matriz axiológica valorativa o direito à vida como direito inviolável e universal.

Daí podemos extrair o grande significado que possuem os bens fundamentais para os ordenamentos jurídicos: sendo derivativos dos direitos fundamentais, carregam as suas características inerentes da indivisibilidade e universalidade.

Analogamente, também os direitos fundamentais são universais, no sentido de que seu desfrute é acessível a todos pro indiviso ou igualmente reservado a todos e a cada um de maneira exclusiva; são além disso, também qualificados como tais imediatamente por normas “téticas”, e precisamente “tético-constitutivas”, são também, finalmente, subtraídos à disposição e à apropriação privada.²⁵⁰

Analisar as normas que criam as situações tidas como fontes de bens fundamentais nos fazem ter uma melhor compreensão da relevância jurídica em não apenas considerar jurídicos os bens de que tratamos no Direito Penal. Explico: uma norma de direito civil que cria uma situação obrigacional somente estará revestida de eficácia (ser vigente não implica ser eficaz) quando dois ou mais sujeitos circundarem seus interesses em determinado bem patrimonial, constituindo relação jurídica de direitos e obrigações é tida como hipotética, ou seja, busca resguardar situações jurídicas que sabem-se possíveis, mas não certas (daí o caráter individual dos direitos patrimoniais²⁵¹). Já uma norma de direito penal incriminadora (tida por Ferrajoli como tética²⁵²) é revestida de indisponibilidade, tendo em vista sua relação íntima de proteção com bens fundamentais.

Os bens fundamentais, portanto, não podem ser todos os bens. O manto que reveste determinadas situações jurídicas de modo a defini-las como indispensáveis para a sociedade não pode ser utilizado ao bel prazer do legislador apenas para pacificar situações sociais (como ocorre com o direito penal simbólico).

²⁵⁰ FERRAJOLI, L. **Por uma teoria dos direitos e dos bens fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2011. P. 32

²⁵¹ FERRAJOLI, L. **Por uma teoria dos direitos e dos bens fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2011. p. 35 - “Podemos chamar de *bens patrimoniais* os bens disponíveis no mercado através de atos de disposição ou de troca, a par dos direitos patrimoniais dos quais são o objeto, a cujos titulares é, portanto, reservado o seu uso e gozo.”

²⁵² São téticas as normas que impõe de imediato relações jurídicas que devem ser obedecidas.

Ao contrário, são os bens, enquanto vitais e por isso fundamentais, que são assumidos como objeto de garantia, em acréscimo aos respectivos direitos fundamentais, através da introdução de proibições de sua lesão ou de obrigações de sua prestação, mais do que as funções e instituições de garantia voltadas à sua tutela ou à sua distribuição.²⁵³

Ferrajoli adverte sobre a transformação desenfreada de quaisquer bens em bens fundamentais:

Estas mudanças de status, das coisas e dos bens, requerem, todas elas, a intervenção do direito. Diversamente das transformações dos objetos em coisas e de coisas em bens patrimoniais, determinadas ambas pela sua crescente escassez e valorização, a garantia de novas coisas e novos bens como bens fundamentais requer de fato uma escolha política civilizatória: a decisão de submeter ao direito as relações de mercado. A simples valorização econômica, com efeito, na ausência de uma intervenção pública, pode muito bem determinar – e de fato tem frequentemente determinado –, em contraste com interesses públicos vitais, o processo exatamente oposto: a privatização desses mesmos bens, transformados de bens comuns e, portanto, fundamentais, em bens patrimoniais.²⁵⁴

E segue o autor:

Hoje é, sobretudo, esta última transformação, a de transformar em bens fundamentais muitas coisas e muitos bens patrimoniais, a que é exigida pelas mudanças tecnológicas e pelo desenvolvimento da cultura jurídica; em primeiro lugar, por causa do desenvolvimento das técnicas cirúrgicas de transplantes, a necessidade do reforço das garantias dos bens personalíssimos contra as muitas possibilidades, no passado nem sequer imagináveis, de atos de disposição e de alienação.²⁵⁵

Essa questão, para Dias²⁵⁶ não pode ser nem contornada. Tal indagação terá que ser respondida afirmativamente se considerar, para que o bem jurídico (para nós já identificado como bem fundamental) cumpra a função de critério legitimador e de padrão necessário de incriminação, que por força lhe tem de ser assinalada dentro do paradigma penal atual.

Algo que torna indispensável guardar seu caráter extremamente antropocêntrico, que dele só permite falar quando estão em causa interesses tanto reais como tangíveis e, ainda que assim, também atuais no que diz respeito ao indivíduo e à sociedade.

Não constitui nenhuma novidade para a dogmática jurídico-penal, e passando da dogmática ao direito legislador, é seguro que a maioria dos códigos penais deveria assumir sua construção com base no ideal de bem fundamental individual e também social.

Mas verdade também que, sobretudo nos últimos tempos, cada vez mais a dogmática se centra (e se limita) sobre bens jurídicos individuais e cada vez menos sobre aqueles

²⁵³ FERRAJOLI, L. **Por uma teoria dos direitos e dos bens fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 42

²⁵⁴ Idem.

²⁵⁵ Idem.

²⁵⁶ DIAS, J. de F. **Temas Básicos da doutrina penal**. Coimbra: Coimbra Editora, 2001. p. 173-174.

coletivos, e isto, portanto, quando se parte de uma reconsideração profundada dos chamados bens coletivos.

A análise das discussões teóricas acerca das novas tendências do risco no Direito Penal permite identificar como cerne do problema a contradição entre adaptação do Direito Penal à sociedade do risco e a ameaça aos princípios clássicos conforme já analisado.

A bem da verdade, ainda que existam algumas posições intermediárias, bem como diferentes, construções e argumentações, é possível vislumbrar duas tendências de pensamento principais.

De um lado, sob o ponto de vista da teoria do bem jurídico estritamente individualista, sustenta-se que o Direito Penal deve dedicar-se, tão somente, à proteção subsidiária e repressiva dos bens jurídicos essenciais ao desenvolvimento do indivíduo.

E isto se diga que mediante os instrumentos tradicionais de imputação de responsabilidade e segundo os princípios e regras clássicas de garantia. Devendo, portanto, afastar-se da expansão descontrolada rumo à proteção de bens jurídicos universais.

Na posição oposta, postula-se a flexibilização dos instrumentos dogmáticos e das regras de atribuição de responsabilidades, a fim de que o direito penal angarie condições para atuar na proteção aos bens jurídicos supra individuais e no controle dos novos fenômenos do risco,²⁵⁷ como a criação de tipos de mera conduta ou perigo abstrato, onde se proíbe e se pune um comportamento, sem que qualquer bem jurídico seja lesionado ou mesmo exposto a um real perigo.²⁵⁸

Ferrajoli chama a atenção para a incorporação de bens ao status de fundamentais e sua consequência:

A natureza desses limites e vínculos e seu grau de rigidez dependem naturalmente do caráter mais ou menos vital dos bens fundamentais que se tenta proteger e das formas de sua possível utilização: do caráter regenerável ou não regenerável tanto das partes do corpo humano como dos bens ecológicos, do caráter gratuito da sua cessão e dos usos aos quais são destinados. Proteger um bem como fundamental quer dizer em todo caso torná-lo indisponível, isto é, inalienável e inviolável e, portanto, subtrai-lo ao mercado e ao arbítrio das decisões políticas, portanto de maioria. Também sob este aspecto, os bens fundamentais reafirmam o paradigma dos direitos fundamentais – dado que as suas garantias também equivalem a limites e a vínculos impostos para a tutela de todos e de cada um, seja aos poderes privados, através da estipulação da sua indisponibilidade, seja aos poderes públicos, através da estipulação da sua inviolabilidade, – e ao mesmo tempo, a obrigação de garantir a todos a sua fruição.

²⁵⁷ MACHADO, M. R. de A. **Sociedade do risco e direito penal**: uma avaliação de novas tendências político-criminais. São Paulo: IBCCRIM, 2005. p. 179.

²⁵⁸ GRECO, L. **Modernização do direito penal, bens jurídicos coletivos e crimes de perigo abstrato**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 3.

4.3.1 A Finalidade do Direito Penal frente a tutela de bens fundamentais: Roxin, Jakobs e a busca pela racionalização da legislação criminal.

O funcionalismo caracteriza-se por teorias que constroem o Direito Penal a partir da função que lhe é conferida. É fundamental a análise das funções e missões do Direito Penal, caracterizando-se a missão os seus propósitos desejados, e sua função as consequências, desejadas ou não.²⁵⁹ Para o funcionalismo, o estudo do direito penal precisa ser direcionado, não para os elementos que fazem parte da estrutura fundamental do crime, mas sim das finalidades principais de sua construção. Segundo Busato:

A origem de todo o funcionalismo se encontra na obra *Kriminalpolitik und Strafrechtssystem*, de Claus Roxin, considerada pedra fundamental dessa nova maneira de interpretar a teoria do delito e de compor as bases do sistema de imputação.²⁶⁰

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

Para Roxin, a função do Direito Penal seria a proteção subsidiária de bens jurídicos²⁶¹. Dada essa função, bem jurídico seria ‘todo objeto legitimamente protegido sob tais condições’. Mais especificamente, seria ‘toda realidade ou fim necessário a uma vida social livre e segura, que garanta os direitos humanos dos indivíduos, ou ao funcionamento do sistema estatal erigido para tal objetivo’.²⁶²

Ainda neste sentido, o próprio Roxin aduz que “o bem jurídico recebe uma dupla proteção: através do direito penal e ante o direito penal, cuja utilização exacerbada provoca precisamente as situações que pretende combater”.²⁶³ A definição, e principalmente, utilização da baliza ‘bem jurídico’ para determinar a necessidade de tutela penal é um mecanismo de freio ante à intervenção punitiva estatal, em criminalizar somente ataques a tais bens.

Na verdade, essa inserção de elementos políticos-criminais, a inserção dogmática-

²⁵⁹ HASSEMER, W.; CONDE, F. M. **Introducción a la criminología y al derecho penal**. Valencia: Tirant lo Blanch, 1989. p. 99.

²⁶⁰ BUSATO, P. C. **Direito penal**: parte geral. São Paulo: Atlas, 2013. p. 240.

²⁶¹ Remetemos o leitor ao capítulo destinado à construção do pensamento sobre a origem do termo bem jurídico e suas variadas acepções ao longo da doutrina.

²⁶² LUZ, Y. C. da. **Entre bens jurídicos e deveres normativos**: um estudo sobre os fundamentos do direito penal contemporâneo. São Paulo: IBCCRIM, 2013. p. 62.

²⁶³ ROXIN, C. **Problemas fundamentais de direito penal**. 3. ed. Lisboa: Vega, 2004. p. 28.

penal, ponto nodular da sistemática teleológica, à exemplo do conceito de bem jurídico, é mais um método de construção do sistema do que uma nova teoria do delito.²⁶⁴ No seu manifesto funcionalista Roxin prega que:

De todo o exposto, fica claro que o caminho correto só pode ser deixar as decisões valorativas político-criminais introduzirem-se no sistema do direito penal, de tal forma que a fundamentação legal, a clareza, a previsibilidade, as interações harmônicas e as consequências detalhadas deste sistema não fiquem a dever nada à versão formal-positivista de proveniência lisztiana. Submissão ao direito e adequação a fins político-criminais não podem contradizer-se, mas devem ser unidas numa síntese, da mesma forma que o Estado de Direito e Estado Social não são opostos inconciliáveis, mas compõem uma unidade dialética: uma ordem jurídica sem justiça social não é um Estado de Direito material, e tampouco pode utilizar-se da denominação Estado Social um Estado planejador e providencialista que não acolhe as garantias de liberdade do Estado de Direito.²⁶⁵

Como referido inicialmente, existe certa prevalência na doutrina em admitir como missão essencial do Direito penal a proteção de bens jurídicos.²⁶⁶ O problema é que em face desta política criminal de tutela do bem jurídico vai gerar certa oposição a tal concepção em face de sua falta de clareza, já que o próprio conceito de bem jurídico é algo demasiado fluido, e foi mudando no decorrer da história do Direito. O conceito de proteção de bens jurídicos em direito penal aparece já nos primeiros textos²⁶⁷ de teoria do delito de mais de dois séculos atrás.²⁶⁸

Porém, hoje em dia, a concepção de bem jurídico então defendida já não tem cabimento. Enquanto as primeiras codificações de Direito Penal se ocupavam da proteção da vida, do patrimônio, da honra e pouco mais, o Moderno Direito penal tem como tarefa ocupar-se da proteção de bens jurídicos que não só não encontram correspondência com um objeto material corpóreo, como às vezes são de complexa identificação, tais como o ambiente, as relações jurídicas de consumo, o mercado de capitais ou a economia popular.²⁶⁹

Percebe-se então que a teoria de Roxin, que defende que “o risco criado deve, ademais, ser juridicamente desaprovado, o que estará excluído especialmente nas hipóteses de riscos

²⁶⁴ PRADO, L. R. **Curso de direito penal brasileiro**: parte geral. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 106.

²⁶⁵ ROXIN, C. **Política criminal e sistema jurídico penal**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 20.

²⁶⁶ BUSATO, P. C. **Direito penal**: parte geral. São Paulo: Atlas, 2013. p. 14-15.

²⁶⁷ Novamente chamamos nosso leitor à importância da leitura do tópico relacionado à evolução do conceito de bem jurídico.

²⁶⁸ LUZ, Y. C. da. **Entre bens jurídicos e deveres normativos**: um estudo sobre os fundamentos do direito penal contemporâneo. São Paulo: IBCCRIM, 2013. p. 46.

²⁶⁹ MACHADO, M. R. de A. **Sociedade do risco e direito penal**: uma avaliação de novas tendências político-criminais. São Paulo: IBCCRIM, 2005. p. 118-136.

permitidos.”²⁷⁰

Os riscos advindos com a globalização, comuns a sociedade do risco que impulsionam a expansão penal em face da necessidade de tutela desses novos riscos não atende aos princípios que orientam o Direito Penal. Não há como comprovar que as condutas criminalizadas nessa expansão irracional criem efetivamente um risco proibido ou aumentem um risco não permitido. Na sociedade do risco é comum à ocorrência da “auto colocação em perigo responsáveis e heterocolocações em perigo consentidas”²⁷¹, perigo que por vezes nem é concreto ou real, mas apenas abstrato. Em contraponto ao movimento expansionista penal Roxin define que:

Esta rápida marcha pela história de nossa metodologia jurídico-penal mostrou-nos que as três exigências principais, com as quais se pode construir um sistema frutífero – ordem e clareza conceitual, proximidade à realidade e orientação por fins político-criminais.²⁷²

Hassemer é enfático em criticar a constante criação de novos bens jurídicos coletivos vagos, sem referência individual, e em razão deste caráter indeterminado e turvo, tais bens jurídicos se mostram especialmente inidôneos a serem protegidos pelo Direito Penal formalizado.²⁷³

Definir alguns destes bens coletivos como segurança nacional, meio ambiente equilibrado, economia popular, segurança virtual, saúde pública, são bens genéricos e extremamente abstratos. Bens estes que podem criar aberrações legislativas que venham incriminar pessoas que sequer tenham atentado contra tais interesses, mesmo porque nem o legislador, nem o próprio agente tem condição de delimitá-lo. Dentre as principais características do Direito Penal na era da globalização, Gomes e Bianchini²⁷⁴ apresentam as seguintes:

a deliberada política de criminalização; as frequentes e parciais alterações pelo legislador das leis penais com incremento de sanções; a proteção funcional dos bens jurídicos coletivos, com preferência para os bens difusos, forjados muitas vezes de forma vaga e imprecisa; a ampla criação e difusão dos crimes de perigo abstrato, com uma relativização do conceito de bem jurídico-penal; o menosprezo ao princípio da ofensividade ou lesividade, intervenção mínima, subsidiariedade e proporcionalidade; o uso do Direito Penal como mecanismo de controle social em contradição a sua

²⁷⁰ ROXIN, C. **Novos estudos de direito penal**. São Paulo: Marcial Pons, 2014. p. 26.

²⁷¹ ROXIN, C. **Novos estudos de direito penal**. São Paulo: Marcial Pons, 2014. p. 26.

²⁷² ROXIN, C. **Política criminal e sistema jurídico penal**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 28.

²⁷³ HASSEMER, W. **Direito penal: fundamentos, estrutura, política**. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 2008. p. 220.

²⁷⁴ GOMES, L. F.; BIANCHINI, A. **O direito penal na era da globalização**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p.25-33. (As Ciências Criminais no Século XXI. v. 10).

natureza subsidiária; a transformação funcionalista de clássicas diferenciações dogmáticas (autoria, dolo, imprudência, etc.) fundadas na imputação objetiva e subjetiva do delito, inclusive porque a imputação individual acaba constituindo obstáculo para a eficácia da nova política criminal de prevenção.

Todas essas características do Direito Penal da expansão não podem forjar-se na teoria de Roxin²⁷⁵, na funcionalidade do Direito Penal no sentido de se proteger bens jurídicos, de se proibir a criação ou incremento de riscos proibidos. O Direito Penal moderno criticado por Hassemer²⁷⁶ é resultado de um completo desvirtuamento do direito penal, de uma interpretação errônea da essência de sua finalidade. Atualmente o Direito Penal é a *prima ratio* em buscar um controle social²⁷⁷. Ele na verdade deveria ser uma forma de transformação social dos conflitos desviantes, pois mesmo fazendo parte dos instrumentos de controle social, não deveria ser seu instrumento mais importante.

O dever de buscar o controle social²⁷⁸ por parte do Estado não é algo que se possa invocar sem limites. Nenhum Estado Democrático encontra-se autorizado a utilizar o Direito Penal como instrumento precípua de controle social. Essa legitimação nasce da correspondência entre as aspirações sociais, portanto a legitimidade do aparato de controle normativo é medida pela aceitação racional de tais pretensões.²⁷⁹

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

A disfunção social oriunda das questões advindas com a sociedade do risco, o discurso punitivista alardeando que o Direito Penal é a solução imediata e mais eficaz da maioria dos conflitos sociais da modernidade, fomenta a expansão do Direito Penal, seja ela fundada na proteção de bens jurídicos ou apenas outra matriz ideológica. Em verdade esse movimento

²⁷⁵ ROXIN, C. **A proteção de bens jurídicos como função do direito penal**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p.19-25.

²⁷⁶ HASSEMER, W. **Direito penal libertário**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. p.140-146. (Coleção Del Rey Internacional, v. 6).

²⁷⁷ HASSEMER, W. **Introdução aos fundamentos do direito penal**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2005. p. 413.

²⁷⁸ É uma condição fundamental irrenunciável da vida em sociedade. Por ele cada grupo, cada sociedade assegura as normas, as expectativas de conduta, sem as quais eles não poderiam continuar existindo como grupo ou sociedade. O controle social assegura os limites da liberdade humana na vida cotidiana e nas rotinas. Ele é um instrumento de desenvolvimento cultural e de socialização dos membros dos grupos e sociedades. As normas que são estabelecidas pelo controle social, dão ao grupo ou à sociedade a sua face e a seu auto compreensão. Não há alternativas para o controle social, no entanto para a utilização do Direito Penal como instrumento principal do controle social há, e esta é a crítica feita por Hassemer. Em HASSEMER, W. **Introdução aos fundamentos do direito penal**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2005. p. 414-415.

²⁷⁹ BUSATO, P. C. **Direito penal**: parte geral. São Paulo: Atlas, 2013. p. 22.

expansionista, desencadeado por inúmeros fatores já relatados não satisfaz às reais necessidades de um Estado Democrático de Direito. Segundo Silva:

Se analisar os fins aos quais o Direito Penal do risco pretende servir sociologicamente segundo a ideia de risco, a saber; por um lado, a minimização do risco e, por outro, a produção de segurança, circunscrevendo-se na linguagem jurídico-penal, trata-se da ideia de prevenção, de proteção dos bens jurídicos através de uma orientação pelo risco e de estabilização da norma.²⁸⁰

Passa-se então da discussão em torno dos bens jurídicos para um direcionamento do risco em face da estabilidade normativa. É exatamente esse o quadro da moderna dogmática penal: a transição do Direito Penal da ‘sociedade industrial’ para o Direito Penal da ‘sociedade do risco’ constitui o principal objetivo das modernas teorias funcionalistas, ainda tidas como pré-paradigmáticas.²⁸¹

As respostas a tais dilemas de certa forma foram buscadas pela Teoria dos Sistemas de Niklas Luhmann, e a pretensão luhmanniana foi utilizada por Günther Jakobs para justificar sua metodologia funcionalista e a finalidade preventivo-integradora da sanção penal: o Direito somente pode desempenhar a função garantidora de expectativas normativas.²⁸² Segundo Luhmann:

O comportamento social em um mundo altamente complexo e contingente exige a realização de reduções que possibilitem expectativas comportamentais recíprocas e que são orientadas a partir das expectativas sobre tais expectativas. Na dimensão temporal essas estruturas de expectativas podem ser estabilizadas contra frustrações através da normatização.²⁸³

O direito, na visão de Luhmann, é uma estrutura através da qual se facilita a orientação social, e a norma, uma generalização de expectativas.²⁸⁴

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

²⁸⁰ SILVA, P. R. A. da. **Leis penais em branco e o direito penal do risco**: aspectos críticos e fundamentais. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p. 95-96.

²⁸¹ MORAES, A. R. A. de. **Direito penal do inimigo**: a terceira velocidade do direito penal. Curitiba: Juruá, 2011. p. 89.

²⁸² Ibidem., p. 87-88.

²⁸³ LUHMANN, N. **Sociologia do direito I**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983. p. 109.

²⁸⁴ CALLEGARI, A. L. et al. **Direito penal e funcionalismo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p.13.

normativa.²⁸⁵

Surge então o funcionalismo sistêmico, que na realidade são originadas no âmbito das ciências naturais, mais precisamente nos trabalhos de Maturana e Varela.²⁸⁶ Segundo esses autores, estudando a biologia molecular como sistemas autopoieticos,²⁸⁷ passaram depois ao campo das ciências sociais, sendo os sistemas sociais como sistemas auto-referenciais de comunicação, através da obra de Luhmann²⁸⁸.

O Direito então é um subsistema social autopoietico de comunicação, ou seja, um sistema comunicativo normativamente fechado. O alicerce de Jakobs é considera-lo um sistema social normativo. O Direito, como regulador social, delimita o âmbito das expectativas normativas da conduta humana.²⁸⁹ Para Luhmann:

Além disso formam-se, tanto na esfera das expectativas cognitivas quanto na das normativas, estratégias de minimizações de riscos. No âmbito das expectativas cognitivas persiste a possibilidade de que desapontamentos não sejam assimilados. Com relação às expectativas normativas existem possibilidades de assimilação. A minimização do risco, portanto, é obtida através de um momento estranho ao estilo da expectativa, através da introdução encoberta da possibilidade do comportamento oposto.²⁹⁰

A sociedade moderna, para Jakobs, é uma sociedade de massas, multifacetada, o que no contexto atual significa que se tem de administrar comportamentos de massa distintos, mas também uniformes dos cidadãos que a compõem.²⁹¹ Segundo Jakobs, a sociedade é a construção de um contexto de comunicação que em todo caso poderia estar configurado de modo diverso de como está configurado no caso concreto (de outro modo, não se trataria de uma construção). Visto que se trata da configuração, e não da constatação de um estado, a identidade da sociedade se determina por meio das regras de configuração, vale dizer, por meio de normas, e não por determinados estados ou bens (ainda que, certamente, pode ser que em determinados âmbitos se deduza de modo correto a partir do reflexo da norma, isto é, por

²⁸⁵ BUSATO, P. C. **Direito penal**: parte geral. São Paulo: Atlas, 2013. p. 242.

²⁸⁶ MATURANA, H.; VARELA, F. **De máquinas e seres vivos**. 3. ed. Porto Alegre: Artes Médicas, 1997.

²⁸⁷ Os sistemas autopoieticos são auto-organizados, autopoieses quer dizer autoprodução, atividade própria. Constitue uma forma particular de autoprodução, pela qual se mantém a unidade e totalidade do organismo celular, logo a autopoiese é a operação de auto-reprodução de um sistema, mediante a qual o sistema cria sua própria estrutura e os elementos que a compõem. Neste sentido em: ROCHA, L. S.; SCHWARTZ, G.; CLAM, J. **Introdução à teoria do sistema autopoietico do direito**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

²⁸⁸ PRADO, L. R. **Curso de direito penal brasileiro**: parte geral. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 108.

²⁸⁹ PRADO, L. R. **Curso de direito penal brasileiro**: parte geral. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 109.

²⁹⁰ LUHMANN, N. **Sociologia do direito I**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983. p. 62-63.

²⁹¹ JAKOBS, G. **Ciência do direito e ciência do direito penal: estudos de direito penal**. Barueri: Manole, 2003. p. 44.

exemplo, a partir de bens, a própria norma).²⁹²

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

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

No entanto, para que alguém seja tratado como cidadão, é preciso que confirme, através de seu comportamento habitual, que se aplica às expectativas normativas anteriormente ditas, é dizer, que ofereça garantias de que procede normalmente assim. Se esse é o caso, a realização ocasional de um delito por sua parte não lhe priva da sua condição de cidadão, e a pena que se aplica desempenhará a função acima mencionada.²⁹³

Jakobs é quem modernamente representa uma tendência a defender uma ideia de que a missão da pena estatal - e, por consequência, do Direito Penal – é prevenção geral positiva, confirmando o recolhimento normativo. Isso significa, basicamente, defender que tanto o instrumento (pena) quanto a organização jurídica (direito penal) têm por função buscar a estabilidade do reconhecimento social a respeito da validade da norma, que é violada pelo ato criminoso.

Jakobs parte do reconhecimento da não fidelidade ao direito demonstrada por cada autor de delito, para concluir que o Direito Penal serve para confirmar o reconhecimento normativo e preservar a confiança geral da população na vigência da norma atacada pelo autor do delito como prática criminosa.²⁹⁴

Desde uma perspectiva sistêmica, diz Jakobs que “não pode se considerar missão da

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

293 RIPOLLÉS, J. L. D. **La política criminal em la encrucijada**. República Argentina: Julio Cesar Faira, 2007.

294 BUSATO, P. C. **Direito penal**: parte geral. São Paulo: Atlas, 2013. p. 14-15.

pena evitar lesões de bens jurídicos. Sua missão é, na verdade, reafirmar a vigência da norma devendo equiparar-se, a tal efeito, vigência e reconhecimento”.²⁹⁵

Quando algum componente daquela interação social se comporta de forma diversa ao esperado, o homem pode seguir confiando nessa expectativa apesar de seu descumprimento porque o sistema social tem um mecanismo para que se mantenha como modelo da orientação social: a sanção.²⁹⁶ A proposta funcionalista sistêmica inverte a ordem lógica, definindo o delito e suas categorias a partir dos fins da pena, com função eminentemente preventiva geral positiva,²⁹⁷ logo a pena é uma reação diante da infração normativa, através da qual é reafirmada a sua vigência como ordem jurídica. Conforme Jakobs: “A missão da pena é a manutenção da norma como modelo de orientação para os contatos sociais. O conteúdo da pena é uma réplica, que tem lugar à custa do infrator, frente ao questionamento da norma.”²⁹⁸

Com esta concepção, tem-se o Direito Penal como instrumento de proteção do sistema ao qual ele está atrelado, ou seja, visa promover a estabilidade social, buscando para isso a estabilização da norma, que é seu elemento estrutural.²⁹⁹ A aplicação das sanções penais visa, portanto, precipuamente forjar um sentimento de confiança da população no sentido que caso a norma seja desafiada, o desviante será punido. Em relação à questão da proteção jurídico-penal de bens jurídicos, Jakobs apresenta uma crítica a tal posição em face de diversos motivos:

O direito penal já não garante a existência dos bens jurídicos em si, mas sim, que as pessoas não ataquem esses bens e, de maneira correspondente, unicamente dessa forma, tratar-se-á de bens jurídicos como meros bens que poderão perecer. Isso nos leva a uma concepção mais coerente: a morte por senilidade é a perda de um bem, mas a punhalada de um assassino é uma lesão a um bem jurídico; [...] Portanto o direito penal não serve para a proteção genérica de bens que são considerados como jurídicos, serve sim, para a proteção de bens contra certos ataques, e só no que se refere a essa proteção de bens, aparecerão na ótica do direito, e, portanto, serão considerados, bens jurídicos. Partindo dessa perspectiva, chega-se a uma concepção coerente do ordenamento jurídico: o direito não é um muro construído para proteger os bens, é, sim, a estrutura que garante a relação entre as pessoas.³⁰⁰

De acordo com Greco³⁰¹, pergunta ainda Jakobs se é possível legitimar criminalizações

295 JAKOBS, G. **Fundamentos do direito penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 13-14.

296 CALLEGARI, A. L. et al. **Direito penal e funcionalismo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 33. p.14.

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

298 JAKOBS, op. cit., p. 14.

299 BUSATO, P.C. **Direito penal: parte geral**. São Paulo: Atlas, 2013. p. 244.

300 CALLEGARI, A. L. et al. **Direito penal e funcionalismo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 33.

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

postulando uma lesão a bens jurídicos antecipados ou adjacentes, isto é, a um bem jurídico coletivo. Jakobs refere-se especialmente aos crimes de proteção à paz pública. A delimitação conceitual desta espécie de bem, assim como os novos interesses advindos na sociedade globalizada já foi abordado, ressaltando a insegurança jurídica que a ausência legal de delimitação pode gerar.

Mas segundo o autor, em relação a esses bens seria preciso criminalizar os atos contrários a eles, uma vez que, a ação proibida agride condições de vigência de outras normas, as chamadas normas principais.

Em outras palavras, para Jakobs³⁰², embora o comportamento delitivo não possa ser antecipado de modo discricionário ao prejuízo de um bem jurídico, talvez resulte possível antecipar a própria lesão de um bem jurídico. Nesse ponto não está se pensando em rebaixar o ataque ao bem jurídico da lesão posta em perigo, mas sim em um fracionamento do bem jurídico.

Pode-se fragmentar o injusto correspondente ao estado de lesão em diversos injustos parciais e, renunciando à completa reunião de todos os injustos parciais, definir o injusto do fato por alguns fragmentos de injustos produzidos precocemente, ou, também, por somente um deles.

Então, para Jakobs a tutela de tais bens, na verdade, ao buscar assegurar a vigência daquelas normas principais, o seu efeito preventivo geral positivo estará assegurado. Por considerar o Direito Penal como parte da sociedade, Jakobs enuncia que:

Apenas sobre a base de uma compreensão comunicativa do fato entendido como afirmação que contradiz a norma e da pena entendida como resposta que confirma a norma se pode encontrar uma relação iniludível entre ambas e, nesse sentido, uma relação racional, e tudo isso sob condições das quais aqui teremos que falar. A prestação que realiza o Direito Penal consiste em contradizer por sua vez a contradição das normas determinantes da identidade da sociedade. O Direito Penal confirma, portanto, a identidade social. O delito não é tomado como princípio de uma evolução nem tampouco como evento que deva solucionar-se de modo cognitivo, mas como falha de comunicação, sendo imputada essa falha ao autor como culpa sua.³⁰³

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

³⁰² JAKOBS, G. **Fundamentos do direito penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 132.

³⁰³ JAKOBS, G. **Sociedade, norma e pessoa**. Barueri: Manole, 2003. p. 3-4. (Coleção Estudos de Direito Penal. v. 6).

relação entre a norma e os potencialmente afetados.³⁰⁴

Conforme leciona Prado³⁰⁵, a teoria funcionalista sistêmica de Jakobs está em perfeita sintonia com a doutrina luhmanniana, pois nela o sujeito passa a ser representado pelo sistema e não pelo indivíduo, sendo que o Direito Penal não tem finalidade protetiva de bens jurídicos, mas visa tão somente a tutela da função que cumpre determinada norma, segundo as necessidades sociais e os fins da pena.

Buscando a finalidade do Direito Penal em face da tutela de bens jurídicos, fazendo um paralelo Roxin e Jakobs, procurando um critério de racionalidade legislativa num Estado Democrático de Direito, antes de tentar chegar a uma resposta adequada, é interessante entrelaçar alguns aspectos dos pensamentos dos dois autores. Conforme Busato,³⁰⁶ são inúmeras as diferenças entre os sistemas de Roxin e de Jakobs, dentre elas as principais são:

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

Essa falta de orientação político-criminal enseja um caráter artificial e abstrato dessa construção teórica, pois sendo alheia à natureza do ser humano, indiferente aos valores, em que a punição se surdina somente ao social, às expectativas que a sociedade tem ou espera de alguém, ou então às necessidades do sistema³⁰⁷, é demasiadamente perigosa.

Essa admissibilidade de intervenção penal em face de satisfazer necessidades sociais, do sistema, implica em total falta de legitimidade da concepção funcionalista sistêmica.

Neste sentido critica Roxin:

³⁰⁴ JAKOBS, G. **Fundamentos do direito penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 133.

³⁰⁵ PRADO, L. R. **Curso de direito penal brasileiro**: parte geral. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 110.

³⁰⁶ BUSATO, P. C. **Direito penal**: parte geral. São Paulo: Atlas, 2013. p. 246-247.

³⁰⁷ PRADO, L. R. **Curso de direito penal brasileiro**: parte geral. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 111.

A especial originalidade metodológica de sua concepção de sistema consiste em estruturar a dogmática jurídico-penal com base nos conceitos e categorias da teoria dos sistemas sociais. No que toca ao conteúdo, a mais controvertida peculiaridade de sua teoria do crime está em deixar Jakobs a culpabilidade ser completamente absorvida pelo conceito de prevenção geral, em consonância com sua teoria dos fins da pena. [...] Para Jakobs, a culpabilidade não é algo objetivamente dado, mas simplesmente adscrito ao autor sem qualquer consideração às suas capacidades concretas, na medida daquilo que seja necessário para o exercício de fidelidade ao direito.³⁰⁸

O fim de assegurar a simples vigência normativa, base do funcionalismo sistêmico, é algo temerário em tempos de expansão legislativa penal no mundo globalizado.

A adoção da teoria de Jakobs pode nos levar a círculo normativo vicioso e perigoso, capaz de inflar ainda mais o próprio sistema penal, tendo em vista que uma vez sendo a finalidade da norma penal a tutela da autopoiese, mais normas deveriam ser criadas para tutelar novas normas, logo, este processo poderia causar a inflação do sistema, levando ao fenômeno da hiperlegalização.

Em um Estado Democrático de Direito, a função do Direito Penal deve ser subsidiária, não a de assegurar a vigência do texto normativo. Ele deve buscar assegurar os valores estatuídos no texto maior daquele Estado, não simplesmente buscar reafirmar o próprio Direito.

É necessário estudar o pensamento de Roxin em face da necessidade de se delimitar o conceito de bem jurídico, quais são aqueles que realmente demandam uma proteção da esfera penal. A desmaterialização dos bens jurídicos não pode levar a uma desmaterialização do Direito Penal, a humanidade vive hoje, segundo Bauman,³⁰⁹ em tempos líquidos, tempo onde:

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

Com o movimento expansionista penal é preciso muito cuidado para que o Direito Penal não venha também a se tornar um Direito Penal líquido, é preciso ressaltar o pensamento de Liszt³¹⁰ que o Direito Penal deve ser utilizado como instrumento de garantia das liberdades do cidadão, não como instrumento de controle social meramente punitivo, segregador.

³⁰⁸ ROXIN, C. **Funcionalismo e imputação objetiva no direito penal**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 209.

³⁰⁹ BAUMAN, Z. **Tempos líquidos**. Rio de Janeiro: Zahar, 2007. p. 7.

³¹⁰ LIZST, F. V. **Tratado de direito penal alemão**. Rio de Janeiro: F. Briguiet & C., 1899. t. 1.

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

Os bens jurídicos individuais em concreto, vistos como núcleo do Direito Penal assim ‘modernizado’, são simplesmente ridículos (a conversa agora é sobre vastos bens jurídicos universais, sobre ‘funções’, sobre ‘grandes perturbações aos sistemas’, conjuntos de múltiplos riscos); Os crimes de dano sobreviveram como tipo central da imputação penal (para nossa sensação constante de ameaça, parece mais razoável punir já o mero perigo abstrato); Os vetustos princípios da retribuição e da ênfase no fato punível tornam a vida moderna mais perigosa (hoje não podemos esperar que a criança caia no poço, é preciso deste antes prevenir); Princípio da responsabilidade individual torna-se anacrônico (o ilícito penal moderno resulta muito mais de processos entrelaçados e complexos de decisões); É preciso repensar o princípio in dubio pro reo (um Direito penal que pretenda apresentar-se adulto diante do mundo moderno, precisa ser capaz de agir com rapidez precisamente nas situações mais obscuras).³¹¹

A expansão penal irracional leva a uma intervenção desmedida e, por vezes, desnecessária do Estado em face dos indivíduos e, uma vez que a estrutura prática do Direito Penal é cíclica (lei – aplicação da lei – execução da lei), percebe-se que a falha em um dos pontos deste processo acarreta a falha de todo o processo.

Vivemos, hodiernamente, um caos no que tange o sistema punitivo. A mídia divulga que a falha se encontra no processo de execução das penas, que o sistema carcerário se encontra superlotado e que o Estado não consegue atingir o fim de ressocialização ao qual se pretende.

Pois bem, não é de se negar a deficiência do sistema carcerário, mas antes de tudo precisamos entender que várias das pessoas que se encontram sob a tutela do Estado lá estão em decorrência a existência de leis incriminadoras que autorizaram o dever punir estatal. Assim, a variável “tipicidade formal” deve ser levada em consideração, tendo em vista ser ela o ingresso dos atos humanos para o interesse do Direito Penal. Logo, quanto mais condutas forem incriminadas, maior a porta de entrada para o sistema penal, maior o número de pessoas que dele irão sair.

A legitimação desta em razão da proteção normativa é temerária em face da possibilidade de se criar a cada dia novas normas para se proteger as já existentes. Seria a

³¹¹ HASSEMER, W.; CONDE, F. M. **Três temas de direito penal**. Porto Alegre: Publicações Fundação Escola Superior do Ministério Público do Rio Grande do Sul, 1993. p. 56.

criminalização de ações que possivelmente resultem em perigo a uma norma, perigo geralmente abstrato.

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

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

A proteção do bem jurídico torna-se, no direito penal moderno, de um conceito negativo para um conceito positivo da incriminação. O que foi formulado classicamente com crítica ao legislador, o qual não poderia se reportar à proteção de um bem jurídico, torna-se, a partir de agora, em um apelo a ele, legislador, para que este imponha uma pena a determinados tipos de comportamento. Com isso, o princípio da proteção do bem jurídico se modifica totalmente.³¹²

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

³¹² HASSEMER, W.; CONDE, F. M. **Três temas de direito penal**. Porto Alegre: Publicações Fundação Escola Superior do Ministério Público do Rio Grande do Sul, 1993. p. 56.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante de tudo o que foi explanado, precisamos entender que os processos de comunicação existentes entre o Direito Penal e o sistema social é por vezes distorcido, o que torna a expansão a qualquer custo irracional por parte do legislador penalista.

Em consonância com a concepção de Luhmann, a ordem jurídica é uma construção pela qual a orientação social pode ser facilitada. A norma seria, neste contexto, um emaranhado organizado das expectativas (dever ser). Porém, com a crescente evolução, e com o processo de globalização constante havido na sociedade o medo se instaura, o poder legislativo busca reagir com a criação de leis, principalmente leis penais, a fim de pacificar os anseios sociais por segurança e paz.

Este mesmo medo transforma a atividade legiferante em uma verdadeira máquina de dispositivos cujo modal normativo é a proibição e a crescente criminalização de condutas (até mesmo as minimamente potenciais) que possam ameaçar o senso comum de vitimização.

A codificação criminal altamente expansiva tem por finalidade desenvolver a crise social do medo constante, porém não passa de um compêndio vazio de palavras cuja essência é puramente simbólica. São leis vinculadas a cunho político, idealizadores de um futuro sem violência, os quais possuem a única e exclusiva tarefa de eleger os seus proponentes.

O Brasil possui um arcabouço legislativo criminal altamente simbólico; nossa política pública em matéria penal circunda o discurso do medo e do punitivismo extremo, dando a entender que a mera criminalização, por si só, cumpre o papel necessário para fazer cessar as condutas que não alcançam a aceitação social.

Como definir e, qual a fundamentação para delimitar, uma conduta como crime, sendo adotada a teoria da proteção dos bens jurídicos, mas como definir quais bens jurídicos.

Encontramos em Ferrajoli referências e argumentos teóricos que nos permitem alçar novos voos na teoria do bem jurídico, podendo denomina-los, em uma nova concepção, de bens fundamentais, vez que a criação de uma matriz constitucional de referência no processo de seleção e determinação de quais bens se relacionam intimamente com os direitos fundamentais mais importantes elencados pela Carta Magna é medida que permite a estrita vinculação do legislador penalista aos interesses íntimos e essenciais esculpidos pelo Poder Constituinte.

Em face dessa política criminal expansiva dos tipos, os princípios norteadores do Direito Penal não são observados e seguidos na elaboração destes. O Brasil desde a promulgação da atual Constituição tem seguido essa política. Comportamento legislativo

contraditório em face do texto constitucional, a criação de uma legislação penal ampla vai de encontro aos princípios penais inseridos na Constituição de 1988.

Podemos, inclusive, sob a ótica criminológica, dizer que a expansão penal tem sido baseada em um processo seletivo de etiquetamento penal. Aquelas condutas que possam gerar riscos àqueles que fazem parte daquela sociedade economicamente globalizada devem ser punidas, o Direito Penal vindo a ser deturpado por uma política criminal de punir aqueles que, por não estarem ainda integrados, inseridos naquela sociedade de consumo, possam vir a merecerem maior atenção e controle para não atentar contra a mesma. O atual estágio de conflitos sociais, de falta de compreensão e comunicação entre sociedade e Estado tem elevado ainda mais o fenômeno expansivo a uma irracionalidade manifesta. Tal fato se deve a que o Estado fora idealizado para proteger o cidadão, os ideais democráticos devem ser utilizados para coibir práticas despóticas e sectárias. O Estado onde a expansão penal prevalece não observa a nenhum destes caracteres e fins estatais. Aquele que deveria ter o dever de zelar, proteger, respeitar os direitos fundamentais (que limitam as pretensões acusatórias, executórias, etc.), utiliza-se da legislação penal para controlar uma sociedade permeada de novos conflitos, interesses e bens a serem administrados.

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

Essa prática chega a criar um paradoxo: como diminuir a prática de crimes se a fórmula mais usual é a criação de novos crimes? A cada dia, o legislador criminaliza mais condutas que antes eram um indiferente penal e recrudesce penas e medidas encarceradoras. Com essa política criminal voltada para o punitivismo, à segregação, torna-se difícil diminuir a prática de crimes.

Quando o Estado, ao invés de investir em políticas sociais de inserção, em resolução de conflitos, parte de forma imediata para o aumento da legislação penal com o intuito de segregar e punir aqueles dissonantes do sistema faz com que o mesmo já nasça fadado ao insucesso de suas finalidades. Transformar o direito penal na principal forma de combate aos problemas sociais, retirando seu caráter subsidiário não resolve tais problemas.

O Estado parece ter sido criador da fórmula “tipifica, prende e julga”, sem se preocupar com as finalidades esculpidas no processo de ressocialização do indivíduo e nem

mesmo no objetivo precípua de prevenir a ocorrência de novos delitos por parte da sociedade em geral. Esquece-se o poder público de que punir a qualquer custo não é punição, mas sim a exoneração explícita da responsabilidade estatal e do compromisso com a eficácia das penas.

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

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

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

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

problema fenomenológico, concernente aos efeitos que a aplicação de uma definição de criminosos teria sobre o comportamento do indivíduo.

Por fim, tem-se que ser considerado que o fim do Direito Penal seria, como o fim de todo direito, decidir conflito de interesses. É de se notar que o interesse de punir em excesso é intrínseco às pessoas que, partindo do senso comum, acreditam que jamais viriam a cometer uma conduta criminalizada. Mas se cada dia se criminaliza mais e mais chegará a um determinado momento onde a maioria dos conflitos serão solucionados pelo direito penal. A lei penal, antes vista como uma garantia do cidadão ante a intervenção estatal, é vista na sociedade atual como uma forma de proteção, primeira e mais necessária. O Estado tem-se utilizado da lei penal como forma de controle social, não de proteção de bens jurídicos.

Para tal fim foram apresentadas algumas noções sobre o que vem a ser ‘bem jurídico’, no entanto, o enfoque dado ao instituto foi predominantemente sob o aspecto político-criminal.

Considerar que a finalidade do Direito Penal seja assegurar o cumprimento das normas penais é renunciar a ideais mais relevantes do texto constitucional. Ao definir direitos fundamentais, a Constituição o faz de modo a criar ao próprio Estado a necessidade de tutela de tais direitos. Sendo derivativos destes, os bens fundamentais também carecem de tutela. Logo, é de se notar, que a lei penal incorpora em seu bojo normativo os interesses mais extremos elencados na ordem constitucional, criando assim uma tutela mais severa para as transgressões que a esses bens afetarem.

A lei penal deve existir não para assegurar o cumprimento dela mesma, ou de outras leis penais, mas em razão de um valor maior (bens fundamentais). Esses novos interesses devem representar valores, que segundo a dogmática penal seriam considerados bens jurídicos.

Caso consideremos que a lei penal seja um fim em si mesma, ou seja, existe para tipificar crimes que não podem ser transgredidos para que não se comprometa a própria eficácia da lei, estaríamos caindo em um vórtice tautológico sem fim de um sistema de proteção completamente ineficaz aos olhos da ordem constitucional. Sendo, portanto, leis irracionais aquelas nascidas em face de atender necessidades psicológicas da coletividade, em ver punidas, através de cominações abstratas, sem um conteúdo normativo preciso, através da previsão legal de sanção a todos aqueles que possivelmente criem uma situação de risco ainda não administrado ou assimilado por aquela sociedade.

Outro ponto a destacar desta irracionalidade seria a necessidade de se punir visando retribuir o mal causado, tal comportamento desnatura a função estatal punitiva e a resume a

uma mera vingança. Criar tipos com sanções severas, com intenção de criar o medo aos possíveis infringentes daquele dispositivo não surte o efeito de tutelar nem de assegurar sua vigência normativa, nem mesmo assegura a preservação dos bens jurídicos. Conforme as lições de Beccaria, perfeitamente aplicáveis na atualidade, não é a gravidade da sanção, mas a certeza de sua aplicabilidade que podem dissuadir alguém de agir contrariando uma lei penal. As sanções penais devem buscar precipuamente o fim ressocializador, a saber que aquela pessoa deve ser punida pelo seu ato, mas que deverá ser tratada de forma se tornar apto ao convívio social.

Nos parece que devolver o mal com um mal maior é um retrocesso que deixaria Hamurabi imensamente satisfeito.

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

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

Uma racionalização legislativa deve ser buscada com base nos preceitos filosóficos e sociológicos e não meramente jurídico-penais, considerando aqueles preceitos como delimitadores dos bens fundamentais necessários a uma vida digna em um Estado Democrático de Direito. A racionalização das legislações criminais é ponto intrinsecamente relacionado com a ideia de um direito penal garantidor daquilo de mais precioso aos cidadãos. Permitir que o Estado atue com limites rígidos e de forma minimalista é garantir máxima efetividade dos principais e mais importantes preceitos constitucionais.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

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

ATIENZA, M. **Contribución a una teoria de la legislación**. Madrid: Civitas, 1997.

AZEVEDO, A. M. L.; FACCINI NETO, O. **O bem jurídico-penal**: duas visões sobre a legitimação do direito penal a partir da teoria do bem jurídico. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

BARATTA, A. **Criminologia crítica e crítica do direito penal**: introdução à sociologia do direito penal. 6. ed. Rio de Janeiro: Revan: Instituto Carioca de Criminologia, 2011.

BATISTA, N. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**. 12. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Revan, 2011.

BAUMAN, Z. **Medo líquido**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2008.

_____. **Tempos líquidos**. Rio de Janeiro: Zahar, 2007.

_____. **Vidas a crédito**: conversas com Citlali Rovirosa-Madrazo. Rio de Janeiro: Zahar, 2010.

_____. **Vigilância líquida**. Rio de Janeiro: Zahar, 2013.

_____. **Confiança e medo na cidade**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2009.

_____. **O mal-estar da pós-modernidade**. Rio de Janeiro: Zahar, 1998.

BECCARIA, C. **Dos delitos e das penas**. 5. ed. São Paulo: Atena, 1956.

BECK, U. **Sociedade de risco**: rumo a uma outra modernidade. São Paulo: Editora 34, 2010.

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

BITENCOURT, C. R. **Tratado de direito penal**: parte geral. 14. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2009.

BORDIEU, P. **O poder simbólico**. 16. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2012.

_____. **Sobre a televisão**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1997.

BRASIL. (Constituição, 1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Texto Atualizado. Brasília, DF: Presidência da República, 2015.

_____. **Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Código Penal. Texto Atualizado. Brasília - DF: Presidência da República, 2014.

_____. **Lei nº 7.210 de 11 de Julho de 1984.** Lei de Execução Penal. Texto Atualizado. Brasília - DF: Presidência da República, 2014.

_____. Senado Federal. **Projeto de lei do Senado nº 236, de 2012** - (Novo Código Penal). Brasília, DF: Senado Federal, 2013.

BRUNO, A. **Direito penal.** Rio de Janeiro: Forense, 1967.

_____. **Direito penal:** parte geral: pena e medida de segurança. 3. ed. São Paulo: Forense, 1967. t. 3.

BUSATO, P. C. **Direito penal:** parte geral. São Paulo: Atlas, 2013.

CALLEGARI, A. L. et al. **Direito penal e funcionalismo.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

CALLEGARI, A. L.; WERMUTH, M. Â. D. **Sistema penal e política criminal.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

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

CARRARA, F. **Programa do curso de direito criminal.** São Paulo: Saraiva, 1956.

CONDE, F. M. **Direito penal e controle social.** Rio de Janeiro: Forense, 2005.

COELHO, E.. **Manual de Direito Penal: Parte Geral.** 2 Ed. rev. aum. São Paulo: Juarez de Oliveira.

DELMAS-MARTY, M. **Os grandes sistemas de política criminal.** Barueri: Manole, 2004.

DIAS, J. de F. **Questões fundamentais do direito penal revisitadas.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

DIAS, J. de F. **Temas básicos da doutrina penal.** Coimbra: Coimbra Editora, 2001.

FERRAJOLI, L. **Por uma teoria dos direitos e dos bens fundamentais.** São Paulo: Livraria do Advogado, 2011. (Estado e Constituição. v. 11).

FERRI, H. **Princípios de direito criminal.** Trad. Luiz L. D'Oliveira. São Paulo: Saraiva, 1931.

FOUCAULT, M. **Microfísica do poder.** 28. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2014.

_____. **Vigiar e punir:** nascimento da prisão. 37. ed. Petrópolis: Vozes, 2009.

FRAGOSO, H. C. **Lições de direito penal:** parte geral. Rio de Janeiro: Forense, 1985.

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

GARCIA, B. **Instituições de direito penal.** 4. ed. São Paulo: Max Limonad, 1977.

GIORGI, A. de. **A miséria governada através do sistema penal**. Rio de Janeiro: Revan, 2006. (Coleção Pensamento Criminológico. v. 12).

GOMES, L. F.; BIANCHINI, A. **O direito penal na era da globalização**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. (As Ciências Criminais no Século XXI. v. 10).

GRECO, L. **Modernização do direito penal, bens jurídicos coletivos e crimes de perigo abstrato**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

GRECO, R. **Direito Penal do Equilíbrio: uma visão minimalista do Direito Penal**. 6. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2011

_____. **Código Penal comentado – Doutrina e jurisprudência**. Rio de Janeiro: Impetus, 2013.

HASSEMER, W. **Direito penal: fundamentos, estrutura, política**. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 2008.

_____. **Introdução aos fundamentos do direito penal**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2005.

_____. **Direito penal libertário**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. (Coleção Del Rey Internacional, v. 6).

HASSEMER, W.; CONDE, F. M. **Introducción a la criminología y al derecho penal**. Valencia: Tirant lo Blanch, 1989.

_____. **Três temas de direito penal**. Porto Alegre: Publicações Fundação Escola Superior do Ministério Público do Rio Grande do Sul, 1993.

HEGEL, G. W. F. **Princípios da filosofia do direito**. 2. ed. São Paulo: Ícone, 1997.

HEIDEGGER, M. **Ontologia: hermenêutica e facticidade**. Petrópolis: Vozes, 2012.

_____. **Os problemas fundamentais da fenomenologia**. Petrópolis: Vozes, 2012.

HESSE, K.. **A Força Normativa da Constituição**. Traduzido por Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 1991.

HOMMERDING, A. N.; LYRA, J. F. D. da C. **Racionalidade das leis penais e legislação penal simbólica**. Rio de Janeiro: LMJ Mundo Jurídico, 2014.

HUNGRIA, N. **Comentários ao código penal**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1958.

INGENIEROS, J. **Criminologia**. São Paulo: Monteiro Lobato & Co., 1924.

JAKOBS, G. **Derecho penal - parte general. Fundamentos e teoria de la imputación**. 2ª ed. Madrid: Marcial Pons, 1992.

JAKOBS, G. **Sociedade, norma e pessoa**. Barueri: Manole, 2003. (Coleção Estudos de direito penal. v. 6).

_____. **Ciência do direito e ciência do direito penal**: estudos de direito. Penal. Barueri: Manole, 2003.

_____. **Fundamentos do direito penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

JAKOBS, G.; MELIA, M. C. **Direito penal do inimigo**: noções e críticas. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

KANT, E. **Fundamentação da metafísica dos costumes**. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1964.

_____. **Doutrina do direito**. São Paulo: Ícone, 1993.

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

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

_____. **A ideia do fim no direito penal**. São Paulo: Rideel, 2005. (Biblioteca Clássica).

LUHMANN, N. **A realidade dos meios de comunicação**. 2. ed. São Paulo: Paulus, 2011.

LUHMANN, N. **Sociologia do direito I**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983.

LUÑO, A. E. P. **Derechos humanos, estado de derecho y constitución**. Madrid: Tecnos, 1995.

LUZ, Y. C. da. **Entre bens jurídicos e deveres normativos**: um estudo sobre os fundamentos do direito penal contemporâneo. São Paulo: IBCCRIM, 2013.

LYRA, R. **Comentários ao código penal**. 2. ed. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1955. v. 2.

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

MARTÍN, L. G. **Prolegômenos para a luta pela modernização e expansão do Direito Penal e para a crítica do discurso de resistência**. Porto Alegre: Sergio Antonio Frabris, 2005.

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

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

MORAES, A. R. A. de. **Direito penal do inimigo**: a terceira velocidade do direito penal. Curitiba: Juruá, 2011.

MORIN, E.; VIVERET, P. **Como viver em tempo de crise?** Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2013.

NEVES, M. **A constitucionalização simbólica.** São Paulo: WMF Martins fontes, 2007.

OLIVEIRA, R. T. A política e o Direito para além das meras relações de poder. **Revista Eletrônica Consultor Jurídico**, São Paulo, dez. 2014.

PRADO, L. R. **Bem jurídico-penal e constitucional.** 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

_____. **Curso de direito penal brasileiro: parte geral.** 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

QUEIROZ, P. de S. **Curso de direito penal: parte geral.** 8. ed. Salvador: Juspodivm, 2012.

_____. **Funções do direito penal: legitimação versus deslegitimação do sistema penal.** Belo Horizonte - MG: Del Rey, 2001.

RADBRUCH, G. **Filosofia do direito.** 4. ed. Coimbra: Editora Sucessora, 1961. (Coleção Stvdivm: Temas Filosóficos, jurídicos e sociais. v. 2).

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

RIPOLLÉS, J. L. D. **A Racionalidade das leis penais.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

ROCHA, L. S.; SCHWARTZ, G.; CLAM, J. **Introdução à teoria do sistema autopoietico do direito.** 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

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

_____. **Derecho penal, parte general: fundamentos. La estructura de la teoria del delito.** 2. ed. Madrid: Civitas, 1997.

_____. **Funcionalismo e imputação objetiva no direito penal.** Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

_____. **Novos estudos de direito penal.** 1. ed. São Paulo: Marcial Pons, 2014.

_____. **Política criminal e sistema jurídico penal.** Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

_____. **Problemas fundamentais de direito penal.** 3. ed. Lisboa: Vega, 2004.

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

_____. **Aproximação ao direito penal contemporâneo.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. (Coleção Direito e Ciências Afins. v. 7).

_____. **Eficiência e direito penal**. Barueri: Manole, 2004. (Coleção Estudos de Direito Penal, v. 11).

SCHÜNEMANN, B. **Estudos de direito penal, direito processual penal e filosofia do direito**. São Paulo: Marcial Pons, 2013.

SILVA, I. L. P. e. **Princípios penais**. Salvador: Juspodivm, 2012.

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

STRECK, L. L.; MORAIS, J. L. B. (Org.). **Constituição, sistemas sociais e hermenêutica**: anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito da UNISINOS: Mestrado e Doutorado. Porto Alegre - RS: Livraria do Advogado, 2008. p. 24045.

STRECK, M. L. S. **Direito penal**: a face oculta da proteção dos direitos fundamentais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

TOLEDO, F. de A. **Princípios básicos de direito penal**. São Paulo: Saraiva, 1986.

WACQUANT, L. **As prisões da miséria**. 2. ed. Rio de Janeiro: Zahar, 2011.

WARAT, L. A. **Introdução geral ao direito**: interpretação da lei: temas para uma reformulação. Porto Alegre - RS: Sergio Antonio Fabris Editor, 1994.

WERMUTH, M. Â. D. **Medo e direito penal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011.

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

ZAFFARONI, E. R. **O inimigo no direito penal**. 3. ed. São Paulo: Livraria do Advogado, 2011. (Estado e Constituição. v. 14).

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