



DEPARTAMENTO DE DIREITO
MESTRADO EM DIREITO
ESPECIALIDADE EM CIÊNCIAS JURÍDICO-CRIMINAIS
UNIVERSIDADE AUTÓNOMA DE LISBOA
“LUÍS DE CAMÕES”

**LEGITIMIDADE DO DIREITO PENAL, FRENTE AO FENÔMENO
EXPACIONISTA CONTEMPORÂNEO**

Dissertação para a obtenção do grau de Mestre em Direito

Autora: Helen Salvaro Beal

Orientador: Professor Doutor Manuel Monteiro Guedes Valente

Número da candidata: 30000307

Dezembro de 2021

Lisboa

Dedico este trabalho aos meus pais, ao meu irmão Rodrigo e ao meu marido Guilherme, pelo apoio e carinho fundamentais durante esta jornada.

1. AGRADECIMENTOS

Aos meus pais, Suzete e Cláudio, por serem fontes de inspiração e de admiração.

Ao meu irmão, Rodrigo, por ser um grande parceiro.

Ao meu marido, Guilherme, pelo incentivo e companheirismo.

Deixo registrado também meus agradecimentos aos meus avós Isaura e Isauro pelos momentos agradáveis de convívio e por serem exemplos de virtudes.

À minha amiga Thaise, pela força e incentivo na vida acadêmica e fora dela.

À banca e, em especial, ao ilustre Professor Doutor e orientador Manuel Monteiro Guedes Valente, que é responsável pelo engrandecimento do presente trabalho.

2. RESUMO

Considerando as transformações sociais que foram ocorrendo ao longo do tempo e suas diferentes influências, torna-se relevante compreender as mudanças no âmbito do Direito Penal, uma vez que ele é instrumento fundamental de proteção aos bens jurídicos e tem como princípio a intervenção mínima. Nesse sentido, o presente trabalho busca diferentes análises e reflexões frente a sedimentação da sociedade de risco, a qual gera impactos na esfera penal que passa a ter uma demanda expansionista e de administrativização, abrangendo a tutela de novos bens jurídicos, bem como se transformando em instrumento de segurança que repercute em maior intervenção penal. Essa crise, por assim dizer, está atrelada à dificuldade de se estabelecer legitimidade penal e observância de princípios que são irrenunciáveis e defendidos por meio desta pesquisa, dentre os quais o garantismo que assegura racionalidade e confiabilidade de juízo, afastando arbitrariedades.

Palavras-chaves: Sociedade de risco, Direito Penal, Expansão, Bem jurídico, Administrativização.

3. ABSTRACT

Considering social transformation that have been happening during time and it different influences, became relevant to understand Penal Law change of scope, once it's a fundamental tool for juridic assets protection and have as principle minimum intervention. In this meaning, the following paper searches different analysis and reflections face off subsidence of Society risk, which generate impacts on the penal sphere that starts to have an expansionist demand and administrativeization, including guardianship of new juridic assets, as well becoming an safety instrument that generates in a bigger penal intervention. This called crisis, is directly related to the difficulty of stablish a penal legitimacy and the principle observance that are unwaivable and protected by this research, which guarantees rationality and trust in judgement, avoiding arbitrary act.

Keywords: Risk society, Penal Law, Expansion, Juridic assets, Administrativeization.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	7
CAPÍTULO 1 – MODERNIDADE, RISCO E PERIGO	10
1.1 Introdução.....	10
1.2 Linha teórica baseada na modernização reflexiva.....	11
1.3 Passagem da modernidade sólida para fluida.....	15
1.4 Aspectos da modernidade, caracterizações e globalização do risco	18
CAPÍTULO 2 – DIREITO PENAL E A SOCIEDADE DE RISCO	25
2.1 Introdução.....	25
2.2 Efeitos concebidos pelos fenômenos sociais, políticos e jurídicos	27
2.3 Manifestação minimalista da escola de Frankfurt.....	38
2.4 Outras perspectivas no âmbito do Direito Penal e novos riscos	42
CAPÍTULO 3 – BENS JURÍDICOS E PARADIGMA PENAL	46
3.1 Introdução.....	46
3.2 Sentidos conceituais de bens jurídicos	47
3.3 Delimitação e concepções dos bens jurídicos	51
3.4 Paradigma penal na tutela dos bens jurídicos.....	53
CAPÍTULO 4 – ADMINISTRATIVIZAÇÃO DO DIREITO PENAL E PRINCÍPIOS POLÍTICOS CRIMINAIS	64
4.1 Introdução.....	64
4.2 Manifestações da administrativização frente à da expansão do Direito Penal.....	65
4.3 Administrativização como aspecto político-criminal contemporâneo	73
4.4 Legitimidade penal e eficácia.....	80
4.5 O movimento da Descriminalização	82
CONSIDERAÇÕES FINAIS	92
BIBLIOGRAFIA	98

INTRODUÇÃO

A humanidade passou por muitas mudanças, dentre elas podemos citar a substituição de ferramentas por máquinas, energia corpórea pela motriz, trabalho artesanal pelo fabril. Nesse conjunto de transformações experimentadas, a aceleração na esfera produtiva ganha destaque e a exploração dos recursos naturais e controle da técnica atingem níveis que vão bem além do nível de subsistência humana.

Nesse compasso, efeitos de uma revolução tecnológica vão se instalando e caracterizando as sociedades pós-industriais que passam a estar inseridas num modelo social que traz reflexos na produção e na forma de vislumbrar riscos e perigos. Uma configuração social vai se instaurando em meio a supressão de fronteiras e globalização de novos riscos potenciais

Embora a história da humanidade seja permeada por riscos, a modernização remete a diferentes experiências, dentre as quais se destacam as que trazem benefícios, mas também as que geram ameaças que são até um certo ponto ocultas, no entanto, passam a ser reflexivas e acarretam mudanças na percepção dos riscos.

Diante desse contexto, o risco na sua diversidade passa a ser um elemento medular na organização social. A transformação e a incorporação da noção de risco geram uma nova figuração e valorização da segurança. Tais efeitos concebidos pelo fervor dos fenômenos sociais despertam uma necessidade protetiva em relação aos perigos induzidos, introduzidos e fabricados. Esse caráter sistêmico e imensurável do risco acaba impondo a necessidade da expansibilidade de atuação do Direito Penal.

O ponto de partida do nosso estudo se dá frente a esse fenômeno expansionista do Direito Penal o qual gera algumas reflexões que dizem respeito a legitimidade dessa expansão como meio de controle social. Desse modo, perguntas vão aflorando e conduzem para diferentes análises. Seria legítimo ampliar a atuação do Direito Penal para abarcar novos riscos? Quais as consequências jurídicas da expansão do Direito Penal, partindo dos aspectos da política-criminal? Quais os bens jurídicos que devem ser protegidos com a expansão do Direito Penal? A administrativização do Direito Penal conflita com princípios políticos-criminais?

Tais questionamentos no âmbito das ciências penais não apresentam respostas prontas e simplistas. Estando atreladas a complexos desafios impostos pela pós-modernidade, tais questões envolvem reflexões, análises e discussões profundas acerca do objetivo do Direito Penal que passa, nos últimos tempos, a ter uma ampliação significativa das suas capacidades.

É suscitada uma mobilização voltada para a busca de uma gestão e controle do risco, bem como pela instauração da segurança, de forma a responder aos anseios da sociedade. Nesse sentido, se promove a expansão do Direito Penal, não resguardando-o para situações que agridam de forma significativa os bens jurídicos individuais, mas ampliando-o para a pretensiosa e desafiadora intenção de tutelar bens supraindividuais.

Diante desse quadro surge uma crise de legitimidade do Direito Penal pois se coloca em voga a proteção de bens difusos, macrossociais, o que dificulta a determinação mais precisa do que deve ser tutelado, bem como a descrição da norma penal. Também se destaca o fenômeno da administrativização do Direito Penal que por vezes o afasta de seu princípio norteador, repercutindo em repressão penal relacionada com o descumprimento de regras que são administrativas.

A metodologia utilizada para o desenvolvimento do trabalho científico foi a pesquisa bibliográfica, operando-se etapas iniciais importantes, assim relacionadas: levantamento bibliográfico, leitura e seleção dos referenciais teóricos, compilação e fichamento das informações, ideias e conhecimentos. A pesquisa recebeu tratamento interpretativo e abordagem reflexiva, desdobrando-se numa pesquisa qualitativa.

A proposta de dissertação se desenvolve em quatro capítulos, sendo o primeiro voltado para a compreensão das transformações sociais pautadas nos processos de racionalização, tecnologia e transformação do trabalho, processos tais que se tornam reflexivos no sentido de produzir efeitos, ou seja, novos riscos se apresentam numa medida até então desconhecida. Novas percepções vão se estabelecendo e caracterizações do risco passam a ter representatividade, tanto no sentido de intensidade, consciência da sua existência e globalidade.

No segundo capítulo são destacados os discursos que vão sendo construídos e delineados frente a modernidade reflexiva, tornando-se evidente que não é possível se distanciar

de efeitos advindos do dinamismo, imprevisibilidade e ambivalência do contexto social. Dessa forma, a ideia de segurança passa a ter novas conotações que impactam no meio jurídico.

Considerando o bem jurídico como critério determinante e princípio orientador de decisões em matéria penal, o terceiro capítulo busca os sentidos conceituais, a delimitação e concepções dos bens jurídicos, bem como um enfoque no paradigma penal na tutela de bens jurídicos.

Por fim, o quarto capítulo abarca as manifestações da administrativização, frente ao fenômeno da expansibilidade do Direito Penal, como aspecto político-criminal contemporâneo. Também entra em pauta a legitimidade penal e a eficácia do Direito Penal na sua versão hipertrofiada, assim como o discurso da criminalização e o movimento de descriminalização.

Com essência, no decorrer da pesquisa bibliográfica nos deparamos com diferentes abordagens, enfoques e perspectivas que passaram a fazer parte das análises e reflexões acerca dos temas que envolvem os modos de manifestação do moderno Direito Penal e seus desdobramentos.

CAPÍTULO 1 – MODERNIDADE, RISCO E PERIGO

1.1 Introdução

A partir da industrialização, processo histórico e social que representa um pilar da modernização, identifica-se o surgimento de uma série de transformações e da denominada sociedade de risco¹. Esse modelo social de grande impacto em vários campos, inclusive nas ciências jurídicas, trouxe uma análise diferente diante de certezas que pareciam existir, destacando a ideia de que há muitas incertezas em torno de várias questões e que precisam ser apreciadas para que possamos chegar ao conhecimento, o qual está sempre em expansão e não se esgota.

Isso nos instiga ao estudo desse modelo social instaurado e seus reflexos na produção e na maneira de vislumbrar o risco² e o perigo modernos, os quais são frutos de avanços que trazem à tona uma diversidade de situações para a análise.

Para a compreensão desse contexto da sociedade de risco, a qual gera mudanças na percepção dos riscos em que a sociedade está submetida, é necessária uma fundamentação e análise teórica sobre a modernização³, processo que vai além da transformação do trabalho e organização, pois com ela emanaram mudanças dos caracteres sociais, a partir de novas formas políticas, estilos de vida e concepção da realidade.

Diante de cenários variados e de novos paradigmas, sociólogos como Ulrich Beck, Zygmunt Bauman e Anthony Giddens buscam analisar os fenômenos decorrentes do processo

¹ Modelo social desenvolvido, dentre outros, pelo sociólogo da Universidade de Munich, Ulrich Beck, em sua obra, *Risikogesellschaft: auf dem Weig in eine andere Moderne*, originalmente publicada em 1986.

² Na tese modernista do alemão Niklas Luhmann (1993) e do britânico Anthony Giddens (1992), se propõe que a palavra risco foi difundida com o desenvolvimento do capitalismo, a partir da expansão do comércio, maturação das técnicas contábilísticas e reforma religiosa. No entanto, para Pierre-Charles Pradier (2004) isso não procede, porque a palavra risco foi usada antes do final da Idade Média, sendo a Itália o local onde apareceu documentada a palavra pela primeira vez. A diversidade do uso do termo e aplicação ocorre com o desenvolvimento científico e técnico no século XX. (MENDES, José Manuel – *Sociologia do risco: uma breve introdução e algumas lições*. Imprensa da Universidade de Coimbra, 2015, p. 15-17).

³ Ulrich Beck, no seu livro traduzido “Sociedade de Risco: rumo a uma outra modernidade”, traz o termo modernização vinculado ao salto tecnológico de racionalização e a transformação do trabalho, englobando, também, a mudança dos caracteres sociais, de biografias padrão, de estilos e formas de vida, das políticas de opressão e participação, das concepções da realidade e normas cognitivas. (BECK, Ulrich – *Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade*. Trad. Sebastião Nascimento. São Paulo: Editora 34, 201, p. 23).

de modernização, chamando a atenção para o aumento da sua reflexividade nas práticas sociais e procurando caracterizações para um modelo de sociedade que se concebe⁴.

1.2 Linha teórica baseada na modernização reflexiva

Ulrich Beck, alguns meses antes do acidente de Chernobyl, publica sua obra *Risikogesellschaft* (1986) e expõe, numa primeira parte, a sua visão mais sombria que denomina de vulcão civilizatório para discorrer sobre os contornos da sociedade de risco.

O sociólogo BECK⁵ faz uma relação entre a lógica de distribuição de riquezas e de riscos e nos faz refletir que na modernidade a produção social que gera bens e, conseqüentemente, riqueza está intimamente ligada com a produção social de riscos. Ressalta que os problemas e conflitos que surgem da produção e distribuição de riscos científicos e tecnológicos gerados se sobrepõem aos conflitos e problemas da distribuição de bens.

A passagem da lógica de distribuição da riqueza, na sociedade da escassez, para a lógica da distribuição de riscos, na modernidade tardia histórica, está atrelada a pelo menos duas condições. BECK⁶ apresenta-nos que a primeira condição é quando tal passagem “[...] é objetivamente reduzida e socialmente isolada a autêntica carência material”. Isso ocorre por meio das “forças produtivas humanas e tecnológicas”, bem como, “pelas garantias e regras jurídicas e do Estado Social.” A segunda condição abordada se deve ao fato de que “[...] são

⁴ O sentido amplo de “sociedade que se concebe” abre um leque de possibilidades, mas destacamos aqui, além da chamada sociedade de risco, a concepção da sociedade tardo-moderna abordada por Faria Costa, o qual menciona que vivemos um momento da tardo-modernidade e que o Direito Penal tem dificuldade de acompanhar essa nova dimensão, em que os fenômenos sociais se desenvolvem de modo a influenciar as instituições e se impor no sentido de prevenção e repressão, buscando encerrar o risco e perigo (FARIA COSTA, José Francisco de – *Direito Penal e Globalização: reflexões não locais e pouco globais*, 2010, p. 7-9). Também destacamos a *sociedade internético-personocêntrica*, conceito construído por Guedes Valente e apresentado no Seminário do IBADPP: Democracia e Processo Penal (*Os Desafios do processo penal do Estado Democrático de Direito: A Sociedade Internético-Personocêntrica*). [Consult. 16 jan. 2021]. Disponível em <http://ibadpp.com.br/category/artigosinternacionais>).

Num editorial dossiê, Guedes Valente aborda uma sociedade inserida numa dinâmica tecnológica digital ou intra-social que pode ser uma opção usada em investigações e obtenção de prova. Na busca de justiça rápida, atendendo ao clamor de cidadãos que bradam pelo imediatismo, a investigação penal passa a se centralizar e esgotar o processo penal, assolando de certa forma a segurança jurídica e dogmática reivindicada pela doutrina penal garantista e humanista (VALENTE, Manuel Monteiro Guedes – Investigação preliminar, meios ocultos e novas tecnologias. *Revista Brasileira De Direito Processual Penal*. Porto Alegre: vol. 3, n. 2 (mai.-ago. 2007), p. 473-482. [Consult. 18 Jan. 2021]. Disponível em <http://www.ibraspp.com.br/revista/index.php/RBDPP/article/view/82/72>).

⁵ BECK, Ulrich – **Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade**. Trad. Sebastião Nascimento. São Paulo: Editora 34, 2011, p. 23.

⁶ *Idem*, p. 23.

desencadeados riscos e potenciais de autoameaça numa medida até então desconhecida”, frente as forças produtivas crescentes, de forma exponencial, no processo de modernização.

Na sociedade industrial, a riqueza socialmente produzida é distribuída de forma desigual e ao mesmo tempo é legítima. Outro raciocínio também nos faz refletir sobre as ameaças e riscos produzidos no processo da modernização, questionando se eles podem ser evitados, minimizados, de tal forma que não comprometam a modernização⁷. Não há como responder taxativamente uma questão tão complexa, a qual envolve situações variadas e relacionadas com a transformação do trabalho e diferentes caracteres sociais.

É perceptível que a modernização remete experiências diferenciadas e benefícios para a sociedade, mas, também, produz resquícios com diferentes categorizações e de diferentes níveis, com maior e menor potenciais destrutivos, não havendo uma garantia de ordem social ao longo desse processo. A produção de riscos é inerente aos processos acelerados que modernizam a sociedade, sendo que tais riscos passam a ser reconhecidos pela sociedade que passa a se deparar com eles.

Tal condição nos leva a considerar sobre os diversos riscos em que a sociedade passa a estar submetida na modernidade, indo além do pensamento sobre a distribuição social desigual de bens e de como ela passa a ser legítima, chegando ao fato de que os progressos da industrialização geram reflexos.

Dessa forma, a modernização passa a ser algo reflexivo e, como diz BECK⁸, converte-se em si mesmo como tema e problema em que se desencadeia riscos e ameaças numa medida, até então, oculta. A teoria da modernidade reflexiva procura explicar a configuração da sociedade de risco como sendo uma reação às consequências negativas do processo de modernização e industrialização.

O que se percebe é um movimento e faz sentido identificar e entender a ruptura da sociedade industrial clássica e o seu encaminhamento para uma sociedade industrial de risco, para melhor compreender a denominada modernização reflexiva.

⁷ BECK, Ulrich – **Sociedade de risco**: rumo a uma outra modernidade. Trad. Sebastião Nascimento. São Paulo: Editora 34, 2011, p. 24.

⁸ *Idem*, p. 24.

Esse período, denominado de “etapa da modernização reflexiva” em que o progresso se transforma em algo destrutivo foi descrito por BECK⁹ quando ele menciona da “possibilidade de uma autodestruição criativa para toda uma era: aquela da sociedade industrial. O sujeito dessa destruição criativa não é a revolução, não é a crise, mas a vitória da modernização ocidental”.

Diante desta vitória, temos a imprevisibilidade das ameaças produzidas e impactos em diversos níveis, os quais são abordados por Beck quando ele dá continuação a citação anterior, dizendo que a “sociedade moderna está acabando com suas formações de classe, camadas sociais, ocupação, papéis dos sexos, família nuclear, agricultura, setores empresariais”. Ressalta, ainda, que a sociedade moderna também acaba afetando “os pré-requisitos e as formas contínuas do progresso técnico-econômico”.

Ao analisar o tema da modernização reflexiva, em que o progresso da industrialização acarreta consequências, podemos trazer à tona algumas ideias, as quais são discorridas a seguir.

Em um primeiro momento, o desenvolvimento tecnológico e científico fez com que, sistematicamente, ocorresse a produção de novos riscos, os quais foram sendo legitimados na medida em que o Estado buscava conhecer e controlar tais riscos.

Podemos destacar fases distintas envolvendo a cientificidade na modernidade. Uma das fases se refere ao emprego da ciência como algo já existente da natureza, do indivíduo e da sociedade. Outra é uma fase reflexiva, quando a ciência passa a ser confrontada com aquilo que produz de forma atribulada. Nesse sentido, temos a ciência como sendo algo que não apenas soluciona problemas, algo benéfico, mas que também é gerador de problema.¹⁰

JOSÉ MENDES¹¹, ao discorrer sobre os posicionamentos de BECK, nos traz que “os riscos são dependentes do conhecimento científico” e que as posições de risco, comumente, são invisíveis, citando como exemplo os efeitos da radioatividade. No entanto, tais menções não

⁹ BECK, Ulrich; GIDDENS Anthony, LASH, Scott – **Modernização reflexiva**: política, tradição e estética na ordem social moderna. 1944. Trad. Magda Lopes; revisão técnica Cibele Saliba Rizek. São Paulo: Editora Unesp, 2012, p. 12.

¹⁰ BECK, Ulrich – **Sociedade de risco**: rumo a uma outra modernidade. Trad. Sebastião Nascimento. São Paulo: Editora 34, 2011, p. 235-236.

¹¹ MENDES, José Manuel – **Sociologia do risco**: uma breve introdução e algumas lições. Imprensa da Universidade de Coimbra, 2015, p. 24.

são suficientes para definir os riscos, uma vez que as afirmações sobre “os perigos nunca são redutíveis à simples afirmação e descrição de fatos”. Acrescenta ainda, que nos riscos há dois componentes, um teórico e outro normativo.

Em relação aos riscos, numa linha do tempo, podemos refletir e traçar um paralelo entre os riscos assumidos no passado, usando como exemplo os navegadores e descobridores, e os riscos da modernização.

Primeiramente, temos um contexto no passado de risco relacionado a ousadia, desbravamento, em que se destacam riscos pessoais. Em contrapartida, os riscos atuais se diferenciam pelo alcance global e causas decorrente da modernidade. Como cita BECK¹², os riscos “são um produto de série do maquinário industrial do progresso, sendo sistematicamente agravados com seu desenvolvimento ulterior”.

Os riscos industriais fabricados são “efeitos colaterais latentes¹³” e com eles emanam várias questões posteriores, ou seja, há um futuro desconhecido adiante e situações de ameaça que alcançam tanto os que produzirem tais riscos, e lucram com eles, como os demais indivíduos. BECK¹⁴ menciona que tais riscos contêm um “efeito bumerangue” o que derruba o esquema de classes, ou seja, desfaz a ilusão de imunidade de uma ou outra classe social.

O futuro, representado por uma incógnita naquele momento, tem como protagonista um desenvolvimento industrial acelerado, o qual provoca efeitos que não são possíveis de previsão antecipada e os riscos se tornam reais e incontroláveis, ocasionando o fracasso das condições e instituições básicas da primeira modernidade.

Num segundo momento, podemos destacar que o contexto de modernidade se confronta com as consequências do seu desenvolvimento, sendo possível traçar um paralelo

¹² BECK, Ulrich – **Sociedade de risco**: rumo a uma outra modernidade. Trad. Sebastião Nascimento. São Paulo: Editora 34, 2011, p. 26.

¹³ Beck menciona que o raciocínio desse efeito equivale “a uma espécie de licença, a um *destino natural* civilizatório, que simultaneamente reconhece, distribui seletivamente e justifica efeitos a serem evitados”. (BECK, Ulrich – **Sociedade de risco**: rumo a uma outra modernidade. Trad. Sebastião Nascimento. São Paulo: Editora 34, 2011, p. 41).

¹⁴ *Idem*, p. 27.

dos avanços, sucessos, fracassos e da exposição aos riscos, os quais passam a ter um novo papel numa sociedade diversificada e dinâmica¹⁵.

De forma sintetizada, o sociólogo MENDES¹⁶ nos apresenta de forma assertiva as ideias de Beck, mencionando que para o autor o risco é *um estágio intermediário entre a segurança e a destruição*, sendo que a percepção dos riscos que ameaçam é o que *determina o pensamento e a ação*. Nos remete ainda ao fato dos riscos serem sempre locais e globais, caracterizando uma dimensão transescalar. E, num jogo de palavras, destaca os tempos passado, presente e futuro discorrendo que: *No risco o passado perde o seu poder de determinar o presente. É o futuro, algo que é construído, não existente, que constrói o presente [...]*.

1.3 Passagem da modernidade sólida para fluida

Dando continuidade à análise do processo relacionado com a modernidade, além das ideias de BECK podemos destacar o pensamento do sociólogo ZYGMUNT BAUMAN que destaca a passagem de uma modernidade sólida para uma modernidade líquida, considerada pós-modernidade para alguns autores, a qual acarretou profundas mudanças em vários aspectos da vida humana.

A modernidade compreendida como sólida se caracterizava pela rigidez e pela solidificação das relações sociais, das relações humanas, da ciência e do pensamento. No entanto, com o processo de industrialização, a modernidade sólida foi sendo suplantada e passou a ser “líquida”, ganhou uma ideia de fluidez, movendo-se com facilidade diante de sua capacidade de estar em constante mudança¹⁷.

Assim, a modernidade líquida passou a ser vista como sendo uma possibilidade de causar “derretimento dos sólidos”¹⁸, ocasionando mudanças de ordem econômica e

¹⁵ BECK, Ulrich – **Sociedade de risco**: rumo a uma outra modernidade. Trad. Sebastião Nascimento. São Paulo: Editora 34, 2011, p. 235.

¹⁶ MENDES, José Manuel – **Sociologia do risco**: uma breve introdução e algumas lições. Imprensa da Universidade de Coimbra, 2015, p. 24.

¹⁷ BAUMAN, Zygmunt – **Modernidade líquida**. Tradução: Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Zahar, 2001, p. 8-9.

¹⁸ A expressão “tudo que era sólido e estável se esfuma”, mencionada por Karl Marx e Friedrich Engels na obra *Manifesto comunista*, parece inspirar a ideia de “derreter os sólidos” usada por Bauman. Marx e Engels apregoam a expressão quando se destaca a revolução contínua da produção, o abalo de todo o sistema social e a dissolução

transformações na sociedade, a qual, a seu tempo, conseguiu renovar sua ordem, reanalisar seus processos, dando um teor de mais liberdade¹⁹. Desta maneira, o derretimento dos sólidos passou a ser uma característica da modernidade, ganhando um novo sentido e, principalmente, redirecionando para um novo enfoque, cujo efeito foi a dissolução das forças que poderiam preservar a questão da ordem.

Segundo BAUMAN²⁰ os sólidos que estão para ser lançados num recipiente e os que derretem neste momento e que se referem modernidade fluida, “são os elos que entrelaçam as escolhas individuais em projetos e ações coletivas – os padrões de comunicação e coordenação entre as políticas de vida conduzidas individualmente, de um lado, e as ações políticas de coletividade humanas de outro”.

Podemos dizer, assim, que o advento da “modernidade fluida” gerou profunda transformação na condição humana. O fato de que a estrutura sistêmica seja longínqua e inatingível, combinado ao estado fluido e não organizado do cenário atual da política-vida, muda a condição humana de uma maneira radical e requer uma reflexão dos antigos conceitos que costumavam envolver suas relações²¹.

A compreensão da estrutura social, dentro da qual se concebe as relações humanas, está envolta de nuances tempestuosas e torna-se possível a partir da observação da organização social. Algumas características e aspectos do contexto social atual são predominantes e influenciam, de maneiras variadas, as diferentes camadas sociais e suas relações.

Nesse contexto todo, chegamos no ponto em que a sociedade atual, resultante de um processo complexo histórico-social, se caracteriza como “sociedade de risco”. Isso não quer dizer que os riscos atualmente são maiores ou mais significativos que antigamente, mas, sim, que há diferentes percepções do risco.

das relações antigas e cristalizadas (MARX, K.; ENGELS, F. – *Manifesto comunista*. Edição Ridendo Castigat Mores. Fonte digital: RocketEdition de 1999, p. 12. [Consult. 16 de jan.2021] Disponível em <http://www.ebookbrasil.orgadobeebook/manifestocomunista.pdf>).

¹⁹ BAUMAN, Zygmunt – **Modernidade líquida**. Tradução: Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Zahar, 2001, p. 11.

²⁰ *Idem*, p.13.

²¹ *Idem*, p 15.

BOTTINI²² nos traz que o risco tem um novo papel e, de forma consequente, o perigo também. Esse papel “é o norte em relação ao qual se orientam os principais instrumentos de interação social, caracterizando os tempos atuais”. A interação social, processo que vai se desenvolvendo com vários padrões diante dos avanços da atualidade, está envolta pelos novos riscos e perigos, de naturezas diversas, que emergem das novas realidades.

A relação do risco e perigo é notável, sendo o agir diante do perigo, ou da possibilidade dele, uma forma de se colocar em risco. Dessa forma, percebemos que a premissa para o entendimento do que é risco é a compreensão da definição de perigo. Vale ressaltar que na doutrina penal, risco e perigo podem aparecer como sinônimos também, todavia, entendemos que cabem distinções para melhor caracterizar tais representações.

O perigo como uma construção subjetiva do indivíduo é exposto quando se considera numa linha de pensamento positivista. Nessa concepção, os fenômenos ficam à mercê das causas naturais. Sem a total compreensão do mundo a sua volta, o indivíduo consegue apenas compreender generalizações, não sendo possível a certeza absoluta de resultados de uma ação. O ser humano não consegue prever a causalidade natural, talvez consiga estabelecer probabilidades e isso se deve ao fato de não haver estabilidade de causa e efeito²³.

Deixando de lado o campo subjetivo, destacamos também o fato de o perigo passar a ter uma ligação com uma realidade objetiva em que há probabilidade de ocorrer uma lesão ou dano, sendo nesse caso o perigo algo real que pode ser quantificado.

Nesse sentido, o risco passa a ser algo relacionado a uma situação que o antecede. Assim, temos o risco como sendo uma forma consciente do perigo futuro. Em outras palavras, BOTTINI²⁴ cita o perigo como “destino” e o risco como algo relacionado a “medição, planejamento e estratégia”.

²² BOTTINI, Pierpaolo Cruz – **Crimes de perigo abstrato**. 3ª. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 22.

²³ Além do tema da causalidade natural descrita, BOTTINI ainda acrescenta que o perigo se refere à assimilação subjetiva do acontecimento danoso, que ocorre por conta da falta de conhecimento, por parte do homem, da relação de causalidade exata que é decorrente dos fatos (BOTTINI, Pierpaolo Cruz – *Crimes de perigo abstrato*. 3ª. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 23).

²⁴ BOTTINI, Pierpaolo Cruz – **Crimes de perigo abstrato**. 3ª. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 24.

No quesito da subjetividade, estendemos as colocações de FARIA COSTA²⁵ quando o autor aborda que a menção de que “esteve em perigo” não uma elabora uma “opinião subjetivística”, e sim, de forma subjetiva, elabora “um juízo de realidade”. Defende a ideia de que há formulação de um julgamento daquilo que é visível, não havendo interpretação subjetiva ou valores pessoais.

Mesmo com parâmetros variados, percebemos que risco e perigo são representações conectadas, sem capacidade de independência, e que são inerentes a existência humana e suas diferentes atividades. Devemos levar em conta que o entendimento dessas representações no passado era diferente do entendimento atual e que a sensação de suscetibilidade e a percepção em relação a eles, estão mais acentuadas na atualidade.

1.4 Aspectos da modernidade, caracterizações e globalização do risco

Os efeitos resultantes da modernidade se tornam mais universalizados e radicalizados, sendo que os modos de vida gerados nos afastam de modelos tradicionais de ordem social. Com a destradicionalização, a modernidade altera as características íntimas e pessoais da existência humana no cotidiano²⁶.

Entendemos que essa ruptura com o tradicionalismo não se dá de forma imediata e completa, mas a partir de um processo dinâmico e contínuo que vai ganhando amplitude e se torna capaz de afetar práticas sociais e comportamentos, impactando, também, nas esferas jurídicas e políticas. Essa nova realidade pós-moderna passa a lidar com diferentes situações, dentre elas os riscos produzidos pela ação do homem.

Em relação ao risco, ANTHONY GIDDENS²⁷ explica que a noção do termo tem sua origem a partir da compreensão de que efeitos inesperados podem ser resultantes de decisões e atividades próprias do homem, ao invés de serem resultantes de natureza oculta ou divindade.

²⁵ FARIA COSTA, José Francisco de – **O perigo em direito penal**: contributo para sua fundamentação e compreensão dogmáticas. Coimbra: Coimbra Editora, 1992, p. 581.

²⁶ *Idem*, p. 9-11.

²⁷ GIDDENS, Anthony – **As consequências da modernidade**. Trad. Raul Fiker. São Paulo: Unesp, 1991, p. 33. Acrescentamos que o autor menciona que o *‘Risco’ substitui em grande parte o que antes era pensado como*

No debate da modernidade, há controvérsias da segurança *versus* perigo e da confiança *versus* risco e os fenômenos trazem boas estimativas e também circunstâncias ruins. O desenvolvimento das instituições sociais e a propagação globalizada geraram oportunidades maiores para os indivíduos desfrutarem de uma existência mais satisfatória diante de um sistema pré-moderno. Por outro lado, a modernidade trouxe consigo uma face sombria, que se tornou muito mais visível no século atual²⁸.

As ideias de MARX, DURKHEIM e MAX WEBER são expostas, a seguir, por GIDDENS²⁹ e permitem uma análise da ambiguidade dos efeitos da modernidade.

A era moderna como sendo algo turbulento é exposto por MARX e DURKHEIM, porém, ambos eram adeptos da ideia de que os benefícios superavam os pontos negativos resultantes da modernização. Para MARX a luta de classes seria a fonte de desavenças na ordem do capitalismo, mas ao mesmo tempo, enxergava um sistema social mais voltado para o humano. DURKHEIM, mais otimista, entendia que a expansão do industrialismo era gratificante e apregoava uma harmonia na vida social, com divisão do trabalho e individualismo moral. Já, MAX WEBER, mais pessimista, via a era moderna de forma paradoxal, ou seja, entendia o progresso material ocorrendo por meio de uma expansão burocrática que aniquila a criatividade e autonomia individual. Mas, mesmo com essa visão negativa, WEBER não conseguiu prever os efeitos mais destrutivos da modernidade.

Os três pensadores clássicos da sociologia expuseram as suas ideias em relação aos aspectos positivos e negativos, no entanto, eles não conseguiram prever que as consequências iam além dos aspectos sociais e econômicos. A perspectiva de que os avanços a partir de uma produção intensa teriam uma capacidade destrutiva e abrangente em relação ao meio ambiente, não foi dimensionada naquele momento histórico.

Outro aspecto negativo da modernidade é o que diz respeito ao uso arbitrário do poder político, o qual levou aos episódios de totalitarismo, com controle da vida pública e privada.

fortuna (ou destino) e torna-se separado das cosmologias. A confiança pressupõe consciência das circunstâncias de risco, o que não ocorre com a crença. Tanto a confiança como a crença se referem a expectativas que podem ser frustradas ou desencorajadas.

²⁸ GIDDENS, Anthony – **As consequências da modernidade**. Trad. Raul Fiker. São Paulo: Unesp, 1991, p. 12.

²⁹ *Idem*, p. 13.

Para GIDDENS³⁰ o governo totalitário é capaz de combinar poderes (político, militar e ideológico) “de forma mais concentrada do que jamais foi possível antes da emergência dos estados-nação modernos”. Para o autor, “o desenvolvimento do poder militar como um fenômeno geral” pode ser citado como um outro exemplo. A partir desse embasamento podemos mencionar que a modernidade, por um lado, trouxe benefícios e uma segurança maior que a do período que a antecedeu, mas, por outro lado, foi considerada uma época turbulenta, a qual gerou o trabalho industrial moderno, o poder militar e que desenvolveu um sistema político totalitário, levando a conflitos.

Além dos contextos gerais de GIDDENS sobre a modernidade e seus desdobramentos, devemos explanar, também, o perfil de risco específico à modernidade abordado pelo autor, o que nos dará uma maior compreensão sobre a sociedade de risco, a partir das caracterizações do risco.

São destacadas sete formas de se caracterizar o risco, de acordo com GIDDENS³¹. Inicialmente, ele chama a atenção para a globalização do risco no sentido da intensidade, citando algo que pode ameaçar a humanidade, como por exemplo, a guerra nuclear.

Numa perspectiva global, podemos refletir sobre doenças pandêmicas e ameaçadoras e colocar à tona a pandemia que estamos vivendo atualmente com o Covid-19, a qual tem uma disseminação rápida e globalizada que traz uma crise mundial com reflexos não só na saúde, mas nos hábitos, comportamentos sociais, economia, política, ou seja, consequências de âmbito geral.

Após essa primeira forma de caracterização, vem a colocação da globalização de risco a partir da expansão da quantidade de eventos que afetam todos ou uma quantidade significativa de pessoas do planeta. Como exemplo, o autor traz as mudanças na divisão global do trabalho, o que nos remete ao fato de que os avanços tecnológicos fazem com que a mão-de-obra necessária seja reduzida.

³⁰ Podemos reiterar, de acordo com Giddens, que tanto o Durkheim como o Weber testemunharam a Primeira Guerra Mundial, tendo o primeiro falecido antes do término do conflito. Assim, a previsão de Durkheim de que a ordem harmoniosa e integrada estaria atrelada ao industrialismo, não se concretizou. Nenhum dos dois fundadores clássicos da sociologia, nem mesmo Marx, se atentaram para a industrialização da guerra (GIDDENS, Anthony - *As consequências da modernidade*. Trad. Raul Fiker. São Paulo: Unesp, 1991, p. 13).

³¹ GIDDENS, Anthony – **As consequências da modernidade**. Trad. Raul Fiker. São Paulo: Unesp, 1991, p. 111.

A terceira caracterização diz respeito ao risco do meio ambiente criado (natureza socializada), ou seja, a forma como o homem manipula e interfere na natureza. Temos exemplos variados como a interferência humana para a maior produção agrícola utilizando fertilizantes artificiais, a destruição da camada de ozônio a partir de substâncias utilizadas pelo homem, o efeito estufa ocasionado pela concentração de gás carbônico, a poluição de mares e redução do plâncton produtor de oxigênio, entre tantos outros exemplos.

A próxima caracterização também diz respeito a risco ambiental, mas no sentido de risco institucionalizado, ou seja, instalado a partir de atividades normatizadas como jogos de azar, esportes, mercado financeiro. Um exemplo que se destaca, a meu ver, é o que GIDDENS coloca em relação a corrida armamentista entre duas potências, onde se exclui o risco real de guerra, tornando-se mais relevante as tentativas de um se sobrepor em relação as estratégias do outro concorrente.

A quinta caracterização se refere a consciência do risco como risco, pois nem sempre o desconhecido permite a real consciência do perigo. Já, a sexta caracterização é a popularização do risco, ou seja, a consciência bem distribuída do risco, em que podemos refletir sobre dois pontos de vista: o grau de controvérsias das informações que recebemos, o que nos dá insensibilidade de quanto é ameaçador o que nos cerca, e o excesso de informações que dificulta uma resposta em relação ao risco.

Nesse quesito, vamos um pouco além tomando como base, novamente, o que vivemos em relação a pandemia atual. Inicialmente, com casos mais localizados, se disseminaram nos meios de comunicação informações variadas e de algo distante, como se existissem barreiras geográficas e o risco fosse somente em determinados pontos do planeta. Parecia existir um sentimento de insensibilidade ainda, de algo que ocorria de forma mais isolada, sem a percepção de que chegaria tão próximo de cada um de nós, e ainda, de algo que poderia não ocasionar maiores danos para a saúde, como gripes comuns. Em seguida, vem o bombardeio de casos, hospitalizações, informações cabíveis e não cabíveis, mas que não resultaram em ações efetivas e imediatas como resposta ao risco. A noção de risco foi se moldando na medida em que os efeitos foram se expandindo, se concretizando, afetando de forma coletiva, sem distinção e sem barreiras.

Retomando com GIDDENS, por último, ele coloca a consciência das limitações da perícia. Aqui se destaca o fato de nenhum sistema perito ser completamente perito em termos dos efeitos da adoção de princípios peritos. Comumente, os peritos assumem riscos a serviço dos clientes que são leigos, camuflando os riscos ou o fato deles existirem.

Enfim, percebemos que as diferentes caracterizações estão interligadas e nos remetem a muitas reflexões sobre riscos e sociedade. GIDDENS nos dá a clareza de que mecanismos de “desencaixe”³² nos trouxeram segurança para o mundo atual, mas também um elenco de riscos. Destaca ainda que, as quatro primeiras caracterizações alteram a distribuição objetiva dos riscos e a três últimas a percepção dos riscos.

Dessa maneira, após a exposição das análises sociológicas sobre fenômenos decorrentes do processo de modernização, podemos dizer que no passado o perigo era compreendido com um elemento alheio à sociedade, ou seja, apenas chamava as atenções de uma maneira acessória e periférica, tendo em vista que o cotidiano social não exigia uma avaliação dos riscos.

Para FARIA COSTA³³, o perigo era sentido a partir de uma consciência comunitária, sendo uma experiência de cada um dos membros, ou seja, como algo externo a comunidade. “O perigo ou vinha dos hostes, ou era desencadeado pela natureza”. Assim, não se considerava a própria comunidade como sendo possível de desencadear situações de perigo.

Desse modo, as guerras, as catástrofes, as variações climáticas, as epidemias, eram considerados fenômenos desencadeados de forma extrínseca à comunidade e que não marcavam o modo do convívio social, em razão da esporadicidade desses eventos³⁴.

Diferentemente do passado, atualmente a sociedade é caracterizada por uma nova dimensão do perigo. BOTTINI³⁵ coloca a sociedade de risco como sendo “fruto do

³² De acordo com GIDDENS, *por desencaixe me refiro ao deslocamento das relações sociais de contextos locais de interação e sua reestruturação através de extensões indefinidas de tempo-espaço* (GIDDENS, Anthony - *As consequências da modernidade*. Trad. Raul Fiker. São Paulo: Unesp, 1991, p. 111).

³³ FARIA COSTA, José Francisco de – **O perigo em direito penal**: contributo para sua fundamentação e compreensão dogmáticas. Coimbra: Coimbra Editora, 1992, p. 321.

³⁴ BOTTINI, Pierpaolo Cruz – **Crimes de perigo abstrato**. 3ª. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 25.

³⁵ *Idem*, p. 25.

desenvolvimento do modelo econômico que segue na Revolução Industrial, que organiza produções de bens por meio de um sistema de livre concorrência mercadológica.”.

Essa nova estrutura social clama pela inovação tecnológica, a qual dá condições de produção e distribuição de insumos em larga escala. Nesse formato, a produção de forma industrial se sobrepõe a artesanal, tendo custo mais baixo, maior produtividade, de forma a atingir diferentes mercados e mais consumidores. Em meio a esse processo, a sociedade passa a produzir riscos e se depara com as consequências decorrentes deles.

Numa outra abordagem a modernidade anuncia uma sociedade tecnológica e global. Nessa sociedade, na visão de FIGUEIREDO DIAS³⁶, a ação humana passa a produzir riscos globais, os quais se distanciam do tempo e lugar onde se originaram e geram consequências como a extinção da vida no planeta.

Num viés sociológico, também podemos destacar que os indivíduos que estão vivendo no meio de riscos, podem atribuir vulnerabilidade ao outro e não a si mesmo. JOSÉ MANUEL MENDES³⁷ destaca que as representações sobre os riscos, criadas por esses indivíduos, fazem com que eles tenham uma relativa sensação de segurança, o que se denomina “alteridade tranquilizadora”. Nessa lógica, há uma responsabilização do outro por catástrofes, epidemias, bem como, por comportamentos de risco. A degradação do outro, se contrapõe à segurança sentida com as pessoas mais próximas, consideradas semelhantes.

Cabe aqui ressaltar também a abordagem de LUHMANN³⁸, sociólogo alemão, que nos traz a ideia da complexidade do mundo que não pode ser gerenciável. Na sua perspectiva o risco se caracteriza pelos danos que resultam de decisões e ações dos indivíduos que se apresentam como atores sociais. O perigo é algo não controlado pelo homem, sendo resultado de um fator externo, ou seja, causas exteriores.

³⁶ DIAS, Jorge de Figueiredo – **O direito penal entre a “sociedade industrial” e a “sociedade do risco”**. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo: RT, ano 9, n. 33, jan.- mar. 2001, p. 44.

³⁷ MENDES, José Manuel – **Sociologia do risco: uma breve introdução e algumas lições**. Imprensa da Universidade de Coimbra, 2015, p.32.

³⁸ LUHMANN, Niklas – **Risk: a sociological theory**. With a new introduction by Nico Stehr and Gotthard Bechmann. New York: A.de Gruyter, 1993, p. 5.

Os posicionamentos de LUHMANN são abordados por MENDES³⁹, quando se menciona que a racionalidade ao risco deve ser mais presente e capaz de prevenir, tomando como base cálculos e responsabilidade. Se destaca a confiança no sistema, onde as decisões devem ter cunho de responsabilidade. Se pretende melhorar canais de comunicação que possibilitem esclarecer os que são afetados pelas decisões e intervenções provenientes dos poderes. As relações assimétricas são evidenciadas entre peritos e cidadãos comuns, reforçando a relação de poder desigual. Quem define quais são os problemas e riscos, bem como as estratégias preventivas, de intervenção e quem será intervencionado, são os peritos.

Com a incessante busca dos referenciais teóricos, foi possível refletir acerca da sociedade de risco e importantes pontos relacionados a modernização, incluindo o seu confronto com as consequências do seu desenvolvimento, bem como, o novo papel do risco e, conseqüentemente, do perigo uma vez que são representações conectadas.

A compreensão e o reconhecimento de reflexos instaurados com a modernidade nos permitem entender a necessidade por revalorizar a segurança, a qual passa a ser interpretada por muitos como uma condição da existência individual e coletiva. Não sendo possível, na dimensão da sociedade de risco, a garantia de segurança futura, torna-se imperiosa a busca de uma ideia de segurança jurídica. Nesse sentido, vamos discutir no próximo capítulo os desdobramentos que vão repercutindo no campo jurídico.

³⁹ MENDES, José Manuel – **Sociologia do risco**: uma breve introdução e algumas lições. Imprensa da Universidade de Coimbra, 2015, p. 28.

CAPÍTULO 2 – DIREITO PENAL E A SOCIEDADE DE RISCO

2.1 Introdução

As transformações advindas com o processo de modernização, assunto exposto anteriormente, nos remete a diferentes formas políticas, condições de vida e concepções da realidade. As crises da modernidade, caracterizadas como modernidade líquida, pós-modernidade e modernidade reflexiva, foram se estabelecendo e, independentemente, dos nomes atribuídos, foram delineando os variados discursos no campo do Direito contemporâneo.

A partir das análises e considerações da fundamentação teórica do capítulo anterior, podemos dizer que o dinamismo e a materialidade das relações sociais interferem nos discursos e isso não seria diferente para os discursos relacionados aos meios jurídicos. Desse modo, fica evidente que não é possível se limitar apenas ao entendimento dos conceitos técnicos do Direito.

A sociedade de risco tão abordada por BECK, a passagem da modernidade sólida para fluida, defendida por BAUMAN, a globalização do risco caracterizada por GIDDENS, dentre outras abordagens que vão surgindo, desde a sociedade tardo-moderna (FARIA COSTA) e a sociedade internético-personocêntrica (GUEDES VALENTE), nos remetem a efeitos advindos da imprevisibilidade, dinamismo e ambivalência. Tais efeitos geram mudanças no cotidiano e, conseqüentemente, incertezas e desconfortos diante da destruição dos pilares convencionais da ideia de segurança. Em meio a um contexto de metamorfoses contínuas, vão se desmembrando várias questões que repercutem no meio jurídico.

O que permitiu e envolveu a ascensão industrial, como a ciência e a tecnologia, não levou em consideração que, na mesma medida, era necessário avaliar e medir as conseqüências das aplicações técnicas para a produção contínua e em larga escala. Foi nesse descompasso que surgiu a insegurança e a necessidade de lidar com o risco numa perspectiva diferente. Assim, o risco passa a ter um papel importante na organização da sociedade que está inserida num novo contexto político e econômico.

No que se refere a insegurança, a sociedade pós-industrial ganha traços bastante significativos de enfrentamento dos riscos, havendo uma maior sensibilidade para se encarar

riscos novos. A vivência subjetiva dos riscos ganha superioridade em relação a própria existência objetiva deles⁴⁰. No novo modelo social, o Estado é convocado a resolver novos conflitos e ao mesmo tempo precisa assegurar a fluidez do capital mundial. Com isso, o Estado se vê na obrigação de atender as necessidades sociais, em meio a produção e capital circulante, mas, sem conseguir atender de forma suficiente, usa o Direito Penal como uma forma simbólica para o controle social.

Diante dessas manifestações e conflitos, frutos da crise da sociedade e Estado pós-modernos, o Direito Penal foi sendo produzido e reproduzido. Nesse sentido, o conceito de sociedade de risco⁴¹, tão estudado nos limites da filosofia e política, transpôs as fronteiras das ciências sociais e penetrou no campo do Direito.

A sociedade como um todo vai se apropriando, a partir das relações, de maneiras de agir, sentir, pensar, compreender a realidade e se expressar. Portanto, as sociedades vão se formando como resultado da história social e se inserindo nesta história. Os discursos vão sendo moldados diante das circunstâncias e no âmbito do Direito não foi diferente. Assim, as manifestações jurídicas vão atribuindo significados à realidade, significados estes que são, ao mesmo tempo, elaborados historicamente e apropriados pelos discursos numa relação dialética.

A partir desse contexto, fica mais notório que o Direito Penal foi ganhando maior amplitude e potencialidade. As transformações nas estruturas sociais foram emergindo e, conseqüentemente, a compreensão e a construção do Direito Penal também foram sofrendo modificações, uma vez que este ramo do Direito é um instrumento que tem acompanhado os anseios de uma sociedade dinâmica, ou seja, tenta responder às mudanças sociais.

Caracterizar a sociedade atual como reflexo de efeitos da sociedade de risco não significa classificar a atualidade com mais riscos e perigos do que existiam no passado.

⁴⁰ SILVA SÁNCHEZ, Jesús María – **A expansão do direito penal**. 3.^aed. ver. atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 46.

⁴¹ Vale destacar aqui a perspectiva de Luhmann, o qual traz a ideia de que a sociedade de risco é um mundo escuro em que a visão não tem muito alcance. O risco se apresenta como medida civilizatória, sendo um eventual dano, resultante da decisão humana. Já o perigo se apresenta como dano causado pelo mundo exterior (natureza). A segurança, na opinião do autor, deveria apresentar repulsão ao risco, sendo capaz de evitar o perigo (LUHMANN, Niklas – *El concepto de riesgo*. In *Las consecuencias perversas dela modernidade*. Barcelona: Anthropos, 1996, p. 123-125).

Provavelmente, há uma diferente percepção do risco e ideia de perigo, conferindo um novo papel aos discursos jurídicos.

Com o ineditismo, o desenvolvimento científico e dinâmica do novo, o risco passa a ser um elemento central na organização social. No entanto, o reconhecimento de ameaças nas atividades que são inovadoras é dificultado pelo fato de não se estabelecer relações de causalidade, assim não se percebe de imediato um estado de risco, porém, ele passa a ser nuclear na organização da sociedade e ganha um viés de referencial político.

2.2 Efeitos concebidos pelos fenômenos sociais, políticos e jurídicos

A forma como os riscos são percebidos ganha um novo olhar, pois a noção de risco deixa de ser periférica e passa a ser protagonista na organização social. Diante desse novo cenário, em que há uma transformação na noção de risco e novos efeitos concebidos pelo conjunto de fenômenos sociais, políticos e jurídicos, configura-se a chamada “expansão do Direito Penal”⁴².

Esse tema é bastante explorado por Silva Sánchez, intenso analista das dinâmicas evolutivas do Direito Penal, o qual busca descrever o movimento moderno dessa expansão que tem sua origem a partir de variados fatores sociais e jurídicos e que, conseqüentemente, acaba por influenciar de forma gradativa a dogmática-jurídico penal.

Para SILVA SÁNCHEZ⁴³ esse fenômeno expansionista se apresenta como produto de uma certa perversidade do aparato estatal, o qual busca solução facilitada para os problemas presentes na sociedade, mas sem oferecer uma proteção efetiva e, sim, um plano simbólico para tranquilizar a opinião pública.

O Estado, por meio da política criminal, estabelece orientações que têm finalidade de prevenir a criminalidade e emprega o recurso do Direito Penal. Assim essa área do Direito tenta

⁴² SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María – **A expansão do direito penal**: aspectos da política criminal na sociedade pós-industriais. 2 ed. Trad. Luiz Otavio de Oliveira Rocha. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 141.

⁴³ *Idem*, p. 141.

responder às mudanças sociais, abrangendo a proteção de novos bens jurídicos, para a solução de problemas sociais e maior segurança.

Discorrendo sobre o caráter simbólico do Direito Penal, ROXIN⁴⁴ assevera que o termo se refere a dispositivos penais que não geram, num primeiro momento, efeitos protetivos de concretude. Eles atendem manifestações de alguns grupos, tanto políticos como ideológicos, declarando certos valores ou repudiando atitudes consideradas lesivas. Busca-se passar uma impressão de que se faz algo para combater ações e situações não desejadas.

GUEDES VALENTE⁴⁵ menciona HASSEMER, estudioso penal alemão, que numa linha crítica à funcionalização do Direito Penal expõe que essa área do Direito está a se transformar em instrumento de segurança. Nesse sentido, reforça a preocupação da ideia de que a segurança é a primeira das liberdades, pois defende a construção Kantiana da “liberdade como valor mais elevado da justiça”, reconstruído, pelo autor português, num novo teorema *jus* filosófico intitulado a “liberdade é a primeira das seguranças”. Afastando a ideia de um Direito Penal material e processual como instrumento de segurança, o teorema recoloca a segurança como um bem jurídico fundamental, sendo ela que deve se converter em instrumento da atividade jurídico penal e não a forma contrária.

Entendemos, a partir das reflexões expostas, que a segurança não deve ser uma causa e, sim, uma consequência da justiça processual penal e da liberdade.

Considerando a atribuição de instrumento de segurança, por muitas vezes imposta ao Direito Penal, a norma criminal passa a exercer a função de instrumento de contenção de risco e, em razão disso, sofre o paradoxo que recai sobre os outros mecanismos de controle de atividades novas. A incerteza de que condutas de fato interessam para o Direito Penal, de quais medidas, graus de penas e quais os conflitos políticos que estarão implícitos à atividade de gerenciamento de riscos, são dúvidas presentes em todas as fases que vão desde a construção à aplicação dos tipos penais, da atividade ao trabalho interpretativo⁴⁶.

⁴⁴ ROXIN, Claus – **Estudos de direito penal**. Trad. Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p.47.

⁴⁵ VALENTE, Manuel Monteiro Guedes – **Processo Penal, Segurança e Liberdade**: uma provocação. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*. Porto Alegre, vol. 1, n. 1, p. 108, 2015. [Consult 20 jan. 2021]. Disponível em <http://dx.doi.org/10.22197/rbdpp.v1i1.6>.

⁴⁶ BOTTINI, Pierpaolo Cruz – **Crimes de perigo abstrato**. 3ª. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 67.

Diante das novas características dos riscos modernos, a expansão do Direito Penal vai se estabelecendo, mas junto com o discurso voltado para a ampliação dessa área do Direito, também surgem discursos contrários, que vão desde a ordem econômica, que tendem a limitar o âmbito de abrangência da norma penal (essa limitação busca menor influência nas atividades produtivas necessárias para o crescimento industrial) até questões mais diretas que dizem respeito a exacerbação e ampliação de meios para combater a criminalidade, como solução de problemas sociais. Assim, diante da tendência expansionista⁴⁷, é traçado um conflito que perpassa toda a política criminal.

Dessa forma, o sistema criminal sofre influências, pois em meio a argumentações de ordem econômica que sugerem uma redução na abrangência da norma criminal, com a justificativa de estagnação das atividades produtivas, deve-se levar em conta também a necessidade de controle dos riscos. Assim o gestor de riscos também se vê diante de conflitos que estão relacionados com toda uma política criminal.

Partindo da premissa que o risco tem procedência humana, considera-se que é possível limitá-lo a partir da inibição de certas ações humanas, as quais são influenciadas por normas de conduta. Dessa maneira, o gerenciamento de atividades que tem risco passa a ter maior conexão com o Direito, o qual atua como um mecanismo de controle do desenvolvimento de condutas perigosas⁴⁸.

Nessa linha de raciocínio, o Direito Penal tende a orientar suas instituições no sentido preventivo, tendendo para a inibição de ações que antecedem a realização de um ato que venha afetar um bem jurídico. Temos aqui a demonstração de uma tutela penal para estágios prévios⁴⁹

⁴⁷ Vale esclarecer, que a atual tendência expansionista do Direito Penal se distingue do movimento da “Lei e Ordem” que teve origem norte-americano (década de 60). O movimento clamava por maior intervenção penal e tinha apoio de um setor da sociedade, enquanto outro setor se opunha ao movimento (esferas sociais marginalizadas e correntes defensoras de direitos humanos). Hoyos destaca que diferente do movimento mencionado, a tendência expansionista do Direito Penal, apresenta um carácter de unanimidade (HOYOS, Gustavo Balmaceda – Consideraciones crítica sobre el derecho penal moderno y su legitimidad. *Revista Brasileira de Ciências Criminales*. São Paulo, n. 65, 2007, p. 68).

⁴⁸ *Idem*, p. 67.

⁴⁹ No que diz respeito a prematura prevenção da lesão de bens jurídicos ou a colocação em lesão dos bens jurídicos que são dignos de proteção, bem como, a antecipação de investigação ou campo avançado nos processos penais, Guedes Valente, numa linha crítica, menciona um regresso o fato de trazer à tona a ideia de “delinquentes pré-estabelecidos e pré-identificados”, antecipando a vigilância e investigações de condutas para evitar crimes posteriores. O autor nos remete a reflexão, quanto ao processo preventivo de lesão de bens jurídicos, mencionando que podemos estar diante *a violação do princípio do risco permitido e do princípio da adequação social da conduta*, pois tais comportamentos, além de estarem no limiar de risco permitido pela sociedade, podem se enquadrar no campo da adequação social da conduta, não chegando a uma lesão concreta de um bem jurídico digno de proteção penal (VALENTE, Manuel Monteiro Guedes – Processo Penal, Segurança e Liberdade: uma

e com distanciamento de uma eventual lesão. Com essa tutela antecipada, pode-se dizer que há uma tendência de criminalização em âmbito prévio, o que acaba por culminar como recursos de delito de perigo e, conforme já comentamos, adiantando a proteção de bens jurídicos antes de haver lesão.

Para tanto, a norma penal busca a repressão de comportamentos com potencial de dano. Para BOTTINI⁵⁰, “o desvalor do resultado é substituído pelo desvalor da ação, o prejuízo concreto é substituído pela probabilidade de afetação de bens e interesses”. Ele ressalta ainda que “os tipos penais deixam de abrir a lesão em sua redação” e acabam por direcionar os seus elementos ao perigo, ao risco.

Retomando a ideia de Direito Penal no sentido preventivo, destacamos que a intervenção como medida de prevenção com base na suspeita de perigo, é algo um tanto preocupante. Esse julgamento é afastado pela tese de GUEDES VALENTE⁵¹, o qual menciona o fato dessa ideia permitir certa expansão no conceito de perigo e nos poderes de intervenção, sem a devida limitação legal e subordinação à Constituição e ao Direito em si.

Tal ideia nos remete ao fato de que vai surgindo um sistema legal para lidar com o incerto, enquanto uma ideia mais próxima do plausível, para restringir direito e liberdade, deve estar pautada na defesa de um interesse maior, aliado a um *factum criminis*, atentando contra bens jurídicos fundamentais como a integridade física, liberdade individual e a vida⁵².

Nesse âmbito, vai de delineando um Direito Penal de riscos em que, independentemente de concretude real, há inibição de ações tipificadas como perigosas. Assim, o Direito Penal na sociedade de risco passa a ter um papel de destaque na gestão⁵³ de riscos, se

provocação. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*. Porto Alegre, vol. 1, n. 1, 2015, p. 111-112. [Consult.20 jan.2021]. Disponível em <http://dx.doi.org/1022197/rbdpp.v1i1.6>).

⁵⁰ *Idem*, p. 68.

⁵¹ VALENTE, Manuel Monteiro Guedes – **Do ministério público e da polícia**. Prevenção criminal e acção penal como execução de uma política criminal do ser humano. Lisboa: UCE, 2013. p. 318.

⁵² *Idem*, p. 318.

⁵³ No que se refere ao surgimento da figura de um gestor do risco, podemos caracterizar esse papel com a organização e a regulamentação das fontes de perigo. Na gestão se faz necessária a avaliação do risco e a tomada de decisão acerca dos seus limites e essas atividades passam a ser realizadas tanto na esfera pública quanto na privada. Bottini, destaca no âmbito público o legislador, quando este fixa regras para a execução de certas atividades e a autoridade judicial, quando o mesmo se depara com a concretude de um conflito. No âmbito privado, o autor relaciona a gestão de risco com o mercado de seguros, modelos de negócios que fazem prevenção de riscos (contratos a prazo, negociação de títulos e bens de acordo com preços futuros), setores empresariais específicos para a minimização de perigos, com regulamentos e normas. Diante desses mecanismos há o conflito de interesses que permeiam as atividades de contenção de riscos, não havendo neutralidade. O Direito Penal, sem dúvida, é

antecipando a real produção de danos ou perigos concretos, ou seja, há inibição de ações arriscadas antes de consequências reais.

A tutela antecipada passa a ter relação com o caráter reflexivo dos riscos produzidos e culmina com a expansão do Direito Penal. A repercussão dos efeitos das atividades produtivas e a reflexividade dos riscos ampliaram a sensação de insegurança por parte da sociedade e isso reflete numa demanda de intervenção penal. No entanto, entendemos que é preciso se pautar numa intervenção⁵⁴ de base concreta de sustentação para não incorrer na exacerbação da intervenção com pena por meio dos crimes de perigo.

A esse respeito, CERVINI⁵⁵ nos certifica que nem sempre o temor toma como base fatos concretos e, sim, “uma percepção subjetiva de uma possível ameaça, que se vê fomentada, muitas vezes, através de campanhas orquestradas pelos meios de comunicação”. Reitera que isso não ocorre por acaso, o temor surge como sendo uma “consequência social do delito”, e “converte-se em um precipitador coletivo facilmente manipulável”. Sem contar o viés econômico, envolvendo custos na prevenção e segurança, seja de pessoas, empresas, instituições e do próprio Estado.

A busca funcionalista de resultados para que a sociedade seja comunicada e se obtenha uma aquietação da comunidade insegura, acaba por fomentar uma política criminal e, por consequente, um Direito Penal que serve de instrumento para políticas públicas⁵⁶.

afetado pelas diferentes nuances que envolvem a mediação e administração dos riscos e a sua compreensão como sistema gerenciador de riscos é importante para a determinação dos seus paradigmas e de seus limites (BOTTINI, Pierpaolo Cruz – *Crimes de perigo abstrato*. 3ª. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 39-42).

⁵⁴ Não se pode correr o risco de ser algo abstrato e vago, necessita de demarcação e limites do sistema. Assim, não basta apontar a pena, mas também destacar o que está sendo efetivamente protegido - teoria do bem jurídico (BUSATO, Paulo César – *Fundamentos para um Direito Penal democrático*. 5 ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 42).

⁵⁵ CERVINI, Raúl – **Os processos de descriminalização**. Trad. 2 ed. espanhola. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 86-89.

⁵⁶ Esse viés é abordado por Guedes Valente, o qual também apresenta seu posicionamento a não adoção das teses fundamentalistas que reagem ao perigo abstrato e não ao fato concreto. Especifica ainda que o Direito Penal passa a atuar aos estados genéricos de perigosidade de um fato jurídico face a fenômeno de terrorismo, por exemplo. No caso da criminalidade organizada transnacional e criminalidade violenta, opta-se pelo Direito belicista ou pelo Direito Penal do Inimigo, assunto que vamos discorrer mais adiante (VALENTE, Manuel Monteiro Guedes - *Do ministério público e da polícia*. Prevenção criminal e ação penal como execução de uma política criminal do ser humano. Lisboa: UCE, 2013. p. 89).

Retomando o que diz respeito a insegurança, apresentamos as ideias de SILVA SÁNCHEZ⁵⁷ mencionando que surgem de forma clara “as demandas de uma ampliação da proteção penal que ponha fim, ao menos nominalmente, à angústia da insegurança. Ao questionar-se essa demanda, nem sequer importa que seja preciso modificar as garantias clássicas do Estado de Direito [...]”. Acrescenta ainda que, de forma contrária, elas são por vezes “taxadas de excessivamente ‘rígidas’” e se promove a sua ‘flexibilização’.

Num contexto onde se torna fundamental gerar um consenso e reforço à comunidade, o autor espanhol menciona que parece ser razoável buscar elementos normativos e o Direito Penal passa a ter um papel significativo. Complementa ainda, que “em uma sociedade que carece de consenso sobre valores positivos, parece que corresponde ao Direito Penal⁵⁸”.

Na sociedade de risco, os referenciais éticos parecem perder a sua força, levando o indivíduo a se distanciar de uma corrente positiva necessária para a boa convivência social. Considerando o que Silva Sánchez diz, quando cita que a sociedade parece carecer de valores, podemos traçar um paralelo com o que BOTTINI⁵⁹ apresenta quando menciona que o “cidadão global não pertence a qualquer comunidade, não se vincula a nenhuma cultura regional e, portanto, perde a capacidade de respeito a normas tradicionais”.

A desconstrução dos ambientes de convívio social, intensificada pelo aumento e fortalecimento da comunidade virtual, resulta numa desconjuntura dos modelos de comportamento que permitem este mesmo convívio. Conforme BOTTINI⁶⁰, temos menção de que “a aparente ineficácia dos meios usuais de contenção dos riscos” acaba por repercutir nas diferentes propostas que culminam na expansão do Direito Penal.

Numa abordagem ampla, GUEDES VALENTE⁶¹ nos traz que o Direito Penal, num Estado de Direito formal, era centrado no sistema, com viés para a proteção dos direitos de um indivíduo perante o poder estatal. Com a evolução para um Estado de Direito material, social e

⁵⁷ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María – **A expansão do direito penal**: aspectos da política criminal na sociedade pós-industriais. 2 ed. Trad. Luiz Otavio de Oliveira Rocha. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 51.

⁵⁸ *Idem*, p. 52.

⁵⁹ BOTTINI, Pierpaolo Cruz – **Crimes de perigo abstrato**. 3ª. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 70.

⁶⁰ *Idem*, p. 70.

⁶¹ VALENTE, Manuel Monteiro Guedes – **Do ministério público e da polícia**. Prevenção criminal e ação penal como execução de uma política criminal do ser humano. Lisboa: UCE, 2013. p. 90-91.

democrático, o Direito Penal deixa a formalidade e passa a ter a função de resolução de problemas jurídicos, passando para uma dogmática do sistema para o problema.

Com essa mudança ideológica e filosófica passamos a ter uma busca pela resolução de problemas jurídico-criminais que são decorrentes de um desenvolvimento dinamizado, tanto tecnológico e científico, que repercute no âmbito econômico, social, político e ambiental.

Há uma demanda social pela expansão, mas também há dificuldades por parte do Direito Penal para cumprir plenamente a gestão de risco. Ao mesmo tempo que tem que conter ações que envolvem perigo, o Direito Penal se depara com um enraizamento da estrutura do sistema social atual. Esse confronto faz com que a concepção do Direito Penal na atividade de gestão de riscos seja bastante complexa, uma vez que, no modelo social da atualidade, se depara com os diferentes potenciais e extensão do perigo.

Diante desse modelo de estrutura social, o sistema penal não se restringe apenas para os conflitos mais graves, de maior relevância e que justifiquem intervenção de sanções jurídicas mais invasivas, ele passa a ser utilizado para a resolução de diversas questões sociais e que ganham repercussão pública. Com isso, percebe-se um incremento de poder punitivo, com ações criminalizantes que aparentam ser a solução de problemas e que, na verdade, só encobrem problemas sociais.

Em resumo, o Direito Penal, nos últimos tempos, amplia sua capacidade de atuação de forma crescente e deixa “cair a bagagem democrática⁶²”, a qual é um obstáculo na execução de novas tarefas, sacramentando criminalizações.

Dentre essa ampliação de capacidade, HASSEMER⁶³ nos traz que temos a proteção de bens jurídicos universais e não individuais, sendo que o legislador se depara com bens jurídicos que não são mais precisos, determinados. A ampliação também é observada frente a forma delitiva dos crimes de perigo abstrato que vai ganhando espaço. Esse caminho, por vezes, facilita a aplicação do Direito Penal, pois, renunciando à prova de um dano, não é possível achar a prova de causalidade e, conseqüentemente, se insiste na conduta incriminada. O autor

⁶² HASSEMER, Winfried – **Características e crises do moderno direito penal**. Revista de Estudos Criminais, Porto Alegre, v. 2, n. 8, p. 59, 2003. [Consult. 21 abr. 2021] Disponível http://200.205.38.50/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=41282.

⁶³ *Idem*, p. 60.

ainda reitera que “se reduz, a longo prazo, a clareza e a percepção do injusto”, bem como uma orientação pela criminalidade “sem vítimas ou com vítimas rarefeitas”.

Nossa reflexão acerca da expansão do Direito Penal pode ser estendida, quando se discorre sobre outras causas que ampliam essa área. Dentre elas, a configuração de uma sociedade de “sujeitos passivos” é destacada por SILVA SÁNCHEZ⁶⁴ como uma das possíveis relações com o processo de expansão.

Na perspectiva citada anteriormente, a maneira de se posicionar das classes mais ativas, empreendedoras e menos numerosas mudam em relação a sociedade de sujeitos passivos que estão a mercê do mercado. Essa mudança denota uma perda de espaço das classes ativas e a sociedade passiva passa a se posicionar no limite dos riscos permitidos.

O conceito de risco permitido é abordado por SILVA SÁNCHEZ⁶⁵, o qual aborda que ele “expressa uma ponderação dos custos e benefícios da realização de uma determinada conduta”. O autor reitera também que a redução dos riscos permitidos se deve a supervalorização da segurança frente a liberdade de ação, algo mais característico de sujeitos passivos. A sociedade passiva busca responsabilizar, de forma civil ou penal, um terceiro e, dessa forma, novas maneiras de apreciação de infrações emanam e, conseqüentemente, passa a haver uma tipificação dos delitos de perigo.

A partir dos contextos percorridos, destaca-se o fato da intervenção penal surgir como um reforço ao descrédito a outras instâncias de proteção. Outras formas de intervenção estatal ou de responsabilidade jurídica (ética social, Direito Administrativo ou Civil) não expressam sua credibilidade. Nas palavras de SILVA SÁNCHEZ⁶⁶ “tais opções ou são inexistentes, ou parecem insuficientes, ou se acham desprestigiadas”.

As fragilidades do mecanismo estatal induzem a sociedade a ter uma ideia de que a impunidade se deve ao abrandamento das garantias penais, não havendo envergadura suficiente

⁶⁴ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María – **A expansão do direito penal**: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais. Tradução: Luiz Otávio de Oliveira Rocha. 3 ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 52.

⁶⁵ *Idem*, p. 52.

⁶⁶ *Idem*, p. 75.

para a segurança. Há muito se discute a questão do punir e a finalidade da pena que envolve todo o sistema penal⁶⁷.

Dando continuidade, podemos ressaltar a relação entre Direito Penal e o Estado. Considerando que o Direito Penal se apresenta com o propósito de tutelar interesses que são fundamentais da comunidade e que são convertidos pela ordem jurídica em bens dignos e carentes de proteção tutelar, essa área do Direito passa a ser limitadora da ação do Estado soberano, apregoando a manutenção da paz jurídica e social que permite ao homem uma liberdade própria, bem como, legítima, para o exercício dos seus direitos fundamentais⁶⁸.

GUEDES VALENTE⁶⁹ aborda que o equilíbrio desejado por parte do Direito Penal, cujo espaço é concedido ao Estado para atuar sempre que ocorra uma conduta que lese ou coloque em perigo de lesão os bens fundamentais que garantem a harmonia da sociedade, “encontra-se hoje, em perigo de colisão com os valores que se sedimentaram durante os dois últimos séculos de construção de uma dogmática jurídico-criminal imbuída pelo princípio do humanismo”.

Entendemos que o equilíbrio que se busca pode ficar comprometido em meio a certas tendências penalistas. Um indivíduo que age de maneira criminoso e que não se reinsere passa a ser mal visto numa comunidade, a qual passa a visualizar o Direito Penal como sendo um meio de proteção. O delincente deixa de ser visto como pessoa e, sim, como um inimigo, passando a existir um paradigma do inimigo e se deixando de lado o paradigma garantista⁷⁰.

Vale ressaltar que a teoria garantista penal busca um foco no social, sem se prender nas formas de observação do fenômeno e sim no caráter procedimental. É uma doutrina filosófica-política que tem sua essência na tutela de direitos fundamentais de todos, de modo a minimizar a violência na sociedade relacionada não só aos delitos, mas também as penas, as

⁶⁷ A finalidade da pena entra na pauta de Figueiredo Dias quando ele assevera 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* (DIAS, Jorge de Figueiredo – *Questões Fundamentais de Direito Penal Revisitadas*. São Paulo: RT, 1999, p. 89).

⁶⁸ VALENTE, Manuel Monteiro Guedes – **Direito Penal do inimigo e Terrorismo**: do progresso ao retrocesso. 4.^a ed. Portuguesa. Coimbra: Editora Almedina, 2020, p. 271 (versão e-book).

⁶⁹ *Idem*, p. 272.

⁷⁰ VALENTE, Manuel Monteiro Guedes – **Direito Penal do inimigo e Terrorismo**: do progresso ao retrocesso. 4.^a ed. Portuguesa. Coimbra: Editora Almedina, 2020, p. 273 (versão e-book). Guedes Valente aborda essa questão como sendo uma hipertrofia legislativa do Direito Penal, a qual origina o fenômeno da *popularização* e *vulgarização* desse Direito, acompanhados dos fenômenos da *securitização* e *justicialismo*.

quais entendemos ser instrumento de repressão para a tutela de bens, interesses e valores importantes para uma sociedade, mas que devem ser aplicadas adequadamente e de acordo com princípios norteadores.

Essa teoria, no viés de FERRAJOLI⁷¹, é considerada um modelo, tanto teórico como normativo do Direito Penal, com capacidade de “minimizar la violencia de la intervención punitiva - tanto en la previsión legal de los delitos como en su comprobación judicial - someténdola a estrictos limites impuestos para tutelar los derechos de la persona”. A teoria normativa do garantismo penal busca assegurar o máximo de racionalidade e confiabilidade de juízo e, nesse sentido, uma limitação do poder punitivo, protegendo o indivíduo contra arbitrariedades.

É importante destacar que a aclamação popular para que haja uma amplificação dos limites de incidência do Direito Penal se faz presente em vários setores sociais, isto é, toda a sociedade proclama o controle penal de riscos, consolidando uma união entre as várias classes sociais que se encontram ou se sentem, igualmente submetidas aos impactos das atividades perigosas. Em razão disso, o que se pretende é o controle dessas atividades em resposta a uma situação de emergência estruturada, que advém da própria organização produtiva⁷².

O precursor italiano da criminologia crítica, ALESSANDRO BARATTA⁷³ expõe sobre a contenção de atividades, solicitada para atender uma urgência originada da própria organização produtiva. Mediante esse contexto, o autor menciona que o “‘Estado de segurança’ seria então o resultado da transformação da estrutura política adequada sobre as características de uma sociedade que, num ritmo cada vez mais acelerado, conduz a situação de risco.”. Podemos dizer que a sociedade dinâmica e produtiva abre caminho para a situação de risco sendo o “Estado de segurança”, abordado por BARATTA, o resultado da transformação da estrutura política adequada sobre essa sociedade.

⁷¹ FERRAJOLI, Luigi – **Garantias y derecho penal**. Jurídica: Anuário del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana. n. 31, 2001 p. 165-166. O autor também defende três teses, as quais se resumem em: existência de uma ligação indissociável entre garantismo e justificação externa do direito penal; ligação indissociável entre garantias e legitimação interna de jurisdição; garantismo como base de uma teoria crítica e também uma filosofia política do Direito Penal.

⁷² BOTTINI, Pierpaolo Cruz – **Crimes de perigo abstrato**. 3.^a ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 71.

⁷³ BARATTA, Alessandro – **Funções instrumentais e simbólicas do direito penal**: lineamentos de uma teoria do bem jurídico. Revista Brasileira de Ciências Criminais. São Paulo, fasc. 5, p. 5-24, jan.-mar.1994, p. 13.

A sociedade, frente ao risco e violência, exige do Estado a solução dos conflitos sociais que geram riscos e insegurança. A partir dessa expectativa social, o Estado passa a tomar decisões políticas criminais, no entanto, as decisões nem sempre são tomadas buscando soluções reais. O que se observa não está relacionado propriamente dito com o atendimento da vontade e necessidade dos cidadãos, mas ir ao encontro da “opinião pública”⁷⁴.

Em relação ao clamor social pela maior incidência do Direito Penal, podemos enunciar que a sociedade embrandece o discurso político e a opinião pública passa a ser um elemento gerador da expansão do sistema jurídico, atuando na confecção legislativa e orientando na construção de um Direito Penal de novos contornos. Nesse sentido a sociedade passa, indiretamente, a remeter normas jurídicas e não apenas receber tais normas.

Contudo a demanda social pela expansão do Direito Penal não requer a ruptura do padrão produtivo e nem transformações radicais nos basilares da economia, mas, simultaneamente, em perceptível paradoxo, pleiteia a supressão do risco. Ocorre que, a contradição implícita deste discurso da sociedade traz resultados sobre a norma penal, a qual não pode definir a eliminação da base da produção destes riscos, mas deve determinar critérios de redução dos mesmos, por meio de certos mecanismos de contenção⁷⁵.

Há uma dificuldade em estabelecer definições dogmáticas, critérios e parâmetros claros perante o Direito Penal de risco. Nesse âmbito, alguns itens podem ser destacados, como: a falta de nitidez na escrita dos tipos penais; a ampla utilização de normas abertas ou em branco⁷⁶ e a liquidez dos bens jurídicos protegidos. Tais itens são resultantes do antagonismo do risco em si, isso porque, ao mesmo tempo que a sociedade civil requer a sua eliminação, ele também se faz necessário na manutenção da estrutura, tanto econômica como social, da conjuntura atual⁷⁷.

Diante desse paradoxo e desafios trazidos pelos novos riscos emergentes de uma nova realidade e de natureza diversa, os discursos jurídicos variam, aprovando, em alguns sentidos,

⁷⁴ *Idem*, p. 22.

⁷⁵ BOTTINI, Pierpaolo Cruz – **Crimes de perigo abstrato**. 3.^a ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 71.

⁷⁶ Para adequar a legislação penal alemã à sua organização federativa, de forma a distribuir a competência concorrente entre as unidades federativas, as *normas penais em branco* surgem. Tal termo foi utilizado primeiramente por Karl Binding e adiante vamos discorrer mais sobre o assunto (BOTTINI, Pierpaolo Cruz – *Crimes de perigo abstrato*. 3.^a ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 152).

⁷⁷ *Idem*, p. 71.

e repelindo, em outros, a direção e a orientação do sistema penal de riscos. Por fim, resulta numa crítica jurídica, com o posicionamento de escolas metodológicas e autores, sobre a finalidade do Direito penal mediante a sociedade.

2.3 Manifestação minimalista da escola de Frankfurt

Além da manifestação expansionista do Direito Penal abordada anteriormente, em que Silva Sánchez se inclui no sentido descritivo, também temos a manifestação minimalista, representada por autores da *Escola de Frankfurt*⁷⁸, os quais oferecem resistência as propostas expansionistas.

Autores do Instituto de Ciências Criminais (Universidade de Frankfurt, Alemanha) ganham destaque e seguem a linha da menor intervenção estatal possível. O Direito Penal deve se apresentar de forma limitada, isto é, ele somente deverá incidir sobre aquelas condutas que ofendam, de forma agressiva, os bens fundamentais para a vida em sociedade, como por exemplo a vida, propriedade e a saúde.

Ao buscar as ideias de um dos principais representantes da *Escola de Frankfurt*, o estudioso alemão HASSEMER⁷⁹, constatamos que ele se atenta para o fato de haver um distanciamento do Direito Penal atual e da sua respectiva missão original. Em vez de assegurar valores indispensáveis para vida social, ele passa a ter uma aproximação com o controle de problemas que vão desde a ordem econômica, ambiental⁸⁰, saúde pública, entre outros.

⁷⁸ Representada por Winfried Hassemer, Cornelius Prittwitz, Felix Herzog, Wolfgang Naucke, Peter-Alexis Albrecht e Francisco Muñoz Conde.

⁷⁹ HASSEMER, Winfried – **Derecho penal simbólico y protección de bienes jurídicos**. Pena y Estado, Barcelona, fasc. 1, 1991, p. 34.

⁸⁰ Para Hassemer há questões que afastam o Direito Penal como instrumento de resolução de problemas relacionados a tutela ambiental. Dentre elas são destacadas: a acessoriedade administrativa, uma vez que o Direito Penal não atua sozinho, recorrendo ao ramo administrativo; imputação de responsabilidade criminal, já que há na maioria dos casos ambientais apuração de responsabilidade coletiva; predomina a atuação simbólica do Direito Penal que acaba desviando a obrigação do poder público de estabelecer e agir com políticas de proteção ao ambiente. (HASSEMER, Winfried – *A preservação do ambiente por meio do direito penal*. Conferência ministrada na Universidade Lusíada – Porto, no âmbito do I Congresso Internacional de direito do Ambiente, com tradução simultânea do alemão por Carlos Eduardo Vasconcelos, adaptada para publicação por Paulo de Sousa Mendes. In: Notícias do Direito brasileiro. Nova Série. UNB, n° 4, 2° Sem. 1997. p. 92.)

HASSEMER e NAUCKE⁸¹ se referem ao Direito Penal clássico e ao Direito Penal moderno, sendo este último, nas suas visões, de expansão exagerada e problemas de eficácia.

Quanto ao ‘clássico’, HASSEMER⁸² expressa o que quer dizer com o termo, mencionando “que o objeto indicado situa-se na tradição da filosofia política do Iluminismo. "Clássico" no Direito Penal não se esgota, como de costume, em uma determinada época ou em um determinado número de objetos; "clássico" é também um ideal, uma representação de fim pela qual pode ser determinada para onde deve ir uma viagem, quais passos seguem na direção correta e quais na direção errada e quantos passos ainda há que se percorrer antes que se possa julgar pela proximidade do fim.”.

O autor alemão também defende que o Direito Penal deve ser excluído das condutas que não lesem, consideravelmente, aquilo que está relacionado com o básico dos direitos individuais. Na sua visão, pode haver uma outra categoria de regulamentação de risco, oferecendo o Direito da Intervenção para a contenção do crescimento do Direito Penal⁸³.

Na ótica de HASSEMER, no enfrentamento dos novos riscos, outra esfera fora do Direito Penal pode se apresentar e desempenhar o seu papel, o que ele denomina Direito de Intervenção⁸⁴. Para os novos bens jurídicos que emergem, esse novo campo do Direito pode ter notoriedade de atuação, sem a aplicação de sanções penais, nem a pena privativa de liberdade, somente menos garantias. O autor defende o Direito Penal mínimo, então, o Direito de Intervenção atuaria apenas nos casos que envolvem bens jurídicos supraindividuais que correspondem a bens coletivos.

⁸¹ HASSEMER, Winfried; NAUCKE, Wolfgang; LÜDERSEN, Klaus – **Principales problemas de la prevención general**. Buenos Aires: B de F, 2006, p.56.

⁸² HASSEMER, Winfried – **Características e crises do moderno direito penal**. Revista de Estudos Criminais, Porto Alegre, v. 2, n. 8, p. 56, 2003. [Consult. 21 abr. 2021] Disponível http://200.205.38.50/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=41282.

⁸³ HASSEMER, Winfried – **Derecho penal simbólico y protección de bienes jurídicos**. Pena y Estado, Barcelona, fasc. 1, 1991, p. 34.

⁸⁴ No âmbito de delitos ambientais, Hassemer considera que a *priori* o Direito Penal não deve configurar. A proteção do meio ambiente, na sua visão, exige algo mais preventivo do que reparador, uma vez que a reparação não é possível num nível de degradação. Assim defende o Direito de Intervenção, sendo que, primeiramente, se deve definir quais as metas para a proteção ambiental caberiam ao Direito Penal, analisar se a pena seria capaz de evitar as degradações do ambiente, bem como as condutas que ocasionem novas lesões. Nesse ponto, os princípios constitucionais estabelecidos em um Estado devem nortear as penas para não incorrer em penas desproporcionais (HASSEMER, Winfried – *A preservação do meio ambiente através do direito penal*. In: Revista Brasileira de Ciências Criminais. vol. 6, 222, 1998, p. 33-34).

No entendimento de BOTTINI⁸⁵, ainda que a ideia do autor mencionado anteriormente demonstre uma alternativa viável de organização legislativa, a ausência de parâmetros levaria a um Direito Administrativo sancionador⁸⁶, em que não há regras claras e limites, o que poderia culminar na prática de arbitrariedade para a contenção de riscos.

Em resumo a proposta de HASSEMER vislumbra um distanciamento do Direito Penal em relação ao gerenciamento de risco, resguardando-o para situações que agridam de forma bastante significativa os bens jurídicos individuais⁸⁷. Nesse viés, temos a defesa de uma linha pela qual o Direito Penal deve estar voltado para a tutela subsidiária de bens jurídicos que são fundamentais ao indivíduo, por meio de instrumentos de imputação de responsabilidade e princípios clássicos de garantia. Assim, o minimalismo da *Escola de Frankfurt* é um marco político-filosófico que representa uma forma de restringir o Direito Penal ao modelo clássico e não expansionista.

Numa linha crítica, FEIJOO SANCHEZ⁸⁸ se refere ao Direito Penal clássico como sendo disfuncional porque seu modelo penal está desconectado do contexto histórico-social. Para o autor, tanto HASSEMER como o NAUCKE não defendem um modelo penal que realmente tenha existido historicamente, mas o desvio que acaba por protagonizar a nova política criminal

⁸⁵ BOTTINI, Pierpaolo Cruz – **Crimes de perigo abstrato**. 3ª. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 78.

⁸⁶ O Direito Administrativo sancionador é abordado por Claus Roxin quando o autor reitera que o Direito Penal deve sofrer uma limitação frente a política-criminal, segundo a qual a pena deve ser usada quando lesões não podem ser evitadas por meio de medidas menos invasivas. Cita, inclusive, que há situações que incomodam no convívio humano, como estacionar em local proibido, ruídos perturbadores, no entanto, o uso de multas do Direito Administrativo sancionador, “de caráter menor e sem conteúdo discriminatório do direito penal” podem evitá-las (ROXIN, Claus – *Fundamentos político-criminais e dogmáticos do direito penal*. Trad. Alaor Leite. Revista Brasileira de Ciências Criminais, n. 112, cad. esp., 20º Seminário Internacional de Ciências Criminais, 2015, p. 34).

⁸⁷ Na contramão de Hassemer, que advoga pelos bens individuais que devem ser tratados como bens relevantes de proteção por parte do Direito Penal, destacamos aqui a linha defendida por Bernd Schünemann, a qual aborda que não deve haver distinção para a tutela de bens individuais e bens coletivos. Ele os iguala no sentido de relevância de proteção, entendendo essa necessidade para o desenvolvimento tanto do indivíduo como da sociedade como um todo. Schünemann alega que deve ser considerado o movimento do modelo de delito de resultado clássico para o delito de perigo frente uma evolução que é natural. Ele sustenta uma real necessidade de adaptação do Direito Penal às mudanças sociais (SCHÜNEMANN, Bernd – *Sobre la dogmática y la política criminal del Derecho Penal del medio ambiente*. Libro homenaje a José Rafael Mendoza Troconis. Tomo 2. Universidad Central de Venezuela: Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Caracas 1998, p. 347 – 370).

⁸⁸ FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo – **Sobre la administrativización del derecho penal em la sociedade de riesgos**. In: Revista de Derecho Penal. n. 19, abr-jun/2007. [Consult 18 jul 2020]. Disponível em <http://legal.legis.com.co/document/Index?obra=rpenal&document=rpenal7680752a8077404ce0430a010151404c>.

diante do que “consideran los postulados del derecho penal liberal e ilustrado que inició el nuevo programa del derecho penal moderno y que entienden que se está traicionando.”.

Reforçando a citação, FEIJOO SANCHEZ se estende na sua abordagem mencionando que a escola de Frankfurt, ingenuamente, pretende encaixar a sociedade existente a um modelo social ideal que pode ser contemplado pelo modelo penal ideal (o qual se aproxima do clássico), mas que na verdade não existiu e que não seria agora, na atualidade, que passaria a ser funcional.

Para GUEDES VALENTE⁸⁹ a escola de Frankfurt não deixa de reconhecer as novas necessidades sociais que demandam uma intervenção estatal por meio de um Direito Administrativo Penal, no entanto, a escola impõe que o conceito base do Direito Penal, edificado pelo Iluminismo, “deve-se manter incólume à mutação imprimida e que o Direito penal clássico, sob pena de perda de identidade, deve resistir às inaceitáveis transformações inculcadas pela ‘sociedade de risco’”. O autor reitera que a escola defende a manutenção de um Direito Penal de núcleo mínimo e que uma tutela de bens coletivos (supraindividuais) só tem legitimidade se acarretarem direta ou indiretamente uma tutela jurídico-criminal relacionada a bens jurídicos-individuais e, nesse sentido, a escola defende um Direito Penal de *ultima et extrema ratio*.

Nessa abordagem, BOTTINI⁹⁰ discorre a visão de HASSEMER citando que o sistema penal tem a sua missão diferente dos demais instrumentos relacionados com a gestão de risco, pois, enquanto o Direito Administrativo deve desenvolver institutos flexíveis que minimizem efeitos resultantes das técnicas de produção, com regras que venham a proteger a coletividade, o Direito Penal tem a função de assegurar e proteger os elementos pessoais (núcleo básico de direitos individuais), não sendo seu objetivo a seguridade geral, mas a responsabilização punível a um indivíduo de acordo com os limites impostos pelos princípios da Constituição.

Por fim, cabe destacar uma abordagem comparativa vislumbrada por HASSEMER⁹¹, entre o Direito Penal clássico, termo já explicado pelo autor, e o moderno Direito Penal. As

⁸⁹ VALENTE, Manuel Monteiro Guedes – **Do ministério público e da polícia**. Prevenção criminal e ação penal como execução de uma política criminal do ser humano. Lisboa: UCE, 2013. p. 148-149.

⁹⁰ BOTTINI, Pierpaolo Cruz – **Crimes de perigo abstrato**. 3ª. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 78.

⁹¹ HASSEMER, Winfried – **Características e crises do moderno direito penal**. Revista de Estudos Criminais, Porto Alegre, v. 2, n. 8, p. 57-58, 2003. [Consult. 21 abr. 2021] Disponível http://200.205.38.50/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=41282.

relações podem ser feitas em torno de três pontos básicos. O primeiro ponto diz respeito a proteção dos bens jurídicos, pois no Direito Penal clássico o legislador não invocaria a tutela de um bem jurídico, ao passo que no moderno Direito Penal o legislador tem o desafio de colocar certas condutas sob uma pena. Outro ponto se refere a prevenção que no viés clássico “era um fim paralelo da justiça penal”, enquanto no moderno “torna-se o paradigma penal dominante”. O terceiro ponto se relaciona com a orientação pelas consequências que apresenta no Direito Penal clássico “critério complementar da legislação adequada e, no moderno, passa a ser um fim predominante”. A orientação pelas consequências “desloca a igualdade e a retribuição do injusto para margem da política criminal”.

O autor também nos faz refletir ao expor que algumas exigências atuais são estabelecidas e requerem do Direito Penal um viés pedagógico, no sentido de sensibilizar os indivíduos. Isso se apresenta de forma frequente no campo da proteção do ambiente. A consideração principal não é se o “emprego do meio jurídico é ‘adequado’ ou inteiramente ‘justo’”, quando se tem o objetivo de chamar a atenção da sociedade para o fato de se “deve reparar na beleza do meio ambiente”.

A partir das exposições feitas se consolida uma base importante que torna possível a análise de novas perspectivas do Direito Penal, bem como discussões acerca de bem jurídico, paradigma penal, frente ao fenômeno expansionista, e políticas criminais.

2.4 Outras perspectivas no âmbito do Direito Penal e novos riscos

Trazendo à tona outras perspectivas, diferentemente da proposta de HASSEMER, podemos perceber que SILVA SÁNCHEZ⁹² não se manifesta por um Direito Penal mínimo, mas defende um sistema que se imponha diante dos novos riscos e que, simultaneamente, atenda os princípios de um Estado Democrático de Direito. Para o referido, a expansão do Direito Penal deve estar acompanhada da diminuição do rigor das sanções, ou seja, a flexibilização dos princípios penais apenas será aceita quando correspondida com a

⁹² SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María – **A expansão do direito penal**: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais. Tradução: Luiz Otávio de Oliveira Rocha. 3 ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 105.

generalização das penas privativas de direitos, pecuniárias ou da reparação penal, em detrimento da pena privativa de liberdade.

O autor espanhol propõe o denominado Direito Penal de duas velocidades (dois níveis), considerando que: a primeira velocidade fica reservada para a tutela de bens individuais e com penas privativas de liberdade; a segunda velocidade seria o Direito Penal para tutelar novos bens jurídicos, sobretudo os coletivos (difusos), com garantias penais e processuais, ou seja, uma postura mais flexibilizada.

Desse modo, os pensamentos de SILVA SÁNCHEZ⁹³ no que diz respeito a violação de bens jurídicos, reforçam que fica preservado no âmbito penal tanto as condutas que violam bens jurídicos individuais, bem como aquelas que afetam os bens jurídicos coletivos ou que demonstrem certa periculosidade aos interesses tutelados pela norma penal.

No entanto, para os casos de condutas que afetem os bens jurídicos individuais utilizaria as regras e os mecanismos dogmáticos de um Direito Penal mais severo e fundado em penas privativas de liberdade, enquanto para aquelas condutas que violassem os bens jurídicos coletivos prevaleceria, um Direito Penal mais brando, com instrumentos mais flexíveis para amparar os contextos dos novos riscos e com penas alternativas.

A partir do que já foi discorrido, é perceptível que tanto SILVA SÁNCHEZ como o minimalista HASSEMER propõem uma diferenciação para tratamento das condutas ilícitas, sendo que o autor da Escola de Frankfurt cria o Direito de Intervenção, numa perspectiva à parte do Direito Penal, enquanto SILVA SÁNCHEZ vislumbra duas velocidades para atender situações diferentes, mas que estão envoltas pela norma penal.

As diferentes abordagens nos referenciam para a temática da expansão, mediante a sociedade de risco, e as propostas apresentadas têm como objetivo inibir ações com potencial lesivo, mas a partir de princípios penais flexibilizados.

⁹³ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María – **A expansão do direito penal**: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais. Tradução: Luiz Otávio de Oliveira Rocha. 3 ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 141-142.

Dando continuidade à análise de outras perspectivas, trazemos a ótica de FIGUEIREDO DIAS⁹⁴, o qual assevera que a sociedade da atualidade assume uma ruptura com o seu passado recente, ou seja, “ruptura epocal” e isso é decorrente do colapso entre tecnologia e instituição, no que se refere a segurança. Dessa maneira, isso envolve o Direito Penal em uma “nova ética, uma nova racionalidade, uma nova política”.

Desse modo, não se pode negar a legitimação de uma parcela do Direito Penal para a tutela das gerações futuras. Segundo FIGUEIREDO DIAS⁹⁵ a proteção dos novos e maiores riscos em que a sociedade passa a estar submetida na modernidade, deverá realizar-se por intermédio do Direito Penal, porém, o autor menciona que não é necessária uma mudança radical do paradigma penal, a partir de uma nova política criminal e uma nova dogmática jurídico-penal.

Entretanto, o autor compreende que a proteção que o Direito Penal pode oferecer não é absoluta, devendo se relacionar com a criminalização daquelas ofensas consideradas inadmissíveis. Também considera que o Direito Penal também deve tutelar os bens jurídicos coletivos, mesmo que de maneira auxiliadora, ou seja, subsidiária⁹⁶.

FIGUEIREDO DIAS⁹⁷ expõe que o Direito Penal não poderá reconhecer “a mínima capacidade de contenção dos mega-riscos que ameaçam as gerações futuras, caso persista em manter a responsabilidade penal num nível individualizado. Reitera que para haver a proteção jurídico-penal das futuras gerações diante dos mega-riscos que pesam sobre a humanidade torna-se pois indispensável a aceitação, clara e sem tergiversações, de um princípio de responsabilização penal dos entes coletivos como tais”.

Considerando a relevância da não individualização e sim da coletividade, no que tange a responsabilidade penal, FIGUEIREDO DIAS defende o paradigma jurídico-iluminista na sociedade de risco tendo papel tutelar importante nos interesses das gerações futuras⁹⁸.

⁹⁴ FIGUEIREDO DIAS, Jorge de– **O papel do direito penal na proteção das gerações futuras**. Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 75, 2003, p. 1124.

⁹⁵ FIGUEIREDO DIAS, Jorge de – **O direito penal entre a “sociedade industrial” e a “sociedade do risco”**. Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo: RT, ano 9, n. 33, jan.- mar. 2001, p. 48-55.

⁹⁶ FIGUEIREDO DIAS, Jorge de– **O papel do direito penal na proteção das gerações futuras**. Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2003, 75, p.1129-1130.

⁹⁷ *Idem*, p. 1132.

⁹⁸ *Idem*, p. 1138.

Outras linhas também podem ser apresentadas, como a do jurista GÜNTER STRATENWERTH, o qual demonstra a ideia de afastamento do Direito Penal liberal, se aproximando da ideia de um Direito Penal que proteja as relações de vida, a partir de uma nova dogmática penal com viés para antecipação e prevenção de situações de perigo. Nessa dogmática, há uma tendência para a expansão do Direito Penal, como uma resposta a falta de políticas públicas de intervenção e prevenção, e o Poder Executivo teria a responsabilidade pelas normas penais em branco⁹⁹.

Vale ressaltar também a aceitação do Direito Penal do risco vinda por GRACIA MARTÍN¹⁰⁰ que assegura que esse Direito é consequência do modo político pelo qual o atual Estado resolve enfrentar os conflitos sociais que são decorrentes da dinâmica da sociedade moderna.

Perante os contextos explanados, vários pontos nos instigam a aprofundar os estudos sobre o Direito Penal à luz da sociedade de risco. Um momento histórico de crises que ganham dimensão alargada e de crescente relevância, as quais passam a fazer parte da discursividade jurídica e das atuações penais.

As abordagens que seguem estão atreladas a função do Direito Penal de tutelar os bens jurídicos, por isso, buscaremos analisar e discorrer sobre os bens jurídicos e a função do Direito Penal mediante os paradigmas estabelecidos pela modernidade.

⁹⁹ BOTTINI, Pierpaolo Cruz – **Crimes de perigo abstrato**. 3ª. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 81.

¹⁰⁰ GARCIA MARTÍN, Luis – **Prolegónomos para la lucha por la modernización y expansion del derecho penal y para la critica del discurso de resistència**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2003, p. 47.

CAPÍTULO 3 – BENS JURÍDICOS E PARADIGMA PENAL

3.1 Introdução

De acordo com as análises anteriores, percebemos que em face à sociedade que se concebe há algumas questões acerca do Direito Penal que merecem destaque, uma vez surgem desdobramentos variados que repercutem no meio jurídico. Aos poucos a noção de representações, como o risco e perigo, vai se transformando e novos efeitos vão surgindo, os quais são projetados a partir de diferentes fenômenos sociais.

Nesse caminho trilhado vai se configurando a expansão do Direito Penal e em vista desse processo cabem questionamentos, sendo um deles relacionado ao bem jurídico. Diante das novas realidades e cenários estabelecidos pela modernidade, que bens jurídicos que devem ser protegidos? Temos a certeza de que a noção de bem jurídico é de grande importância para o ordenamento jurídico e, de certa forma, há polêmicas quando nos deparamos com contextos de bens jurídicos que não eram considerados como tais, como o meio ambiente, sistemas econômicos, saúde pública, relações de consumo etc.

Vale ressaltar que a partir do princípio do bem jurídico traçamos um limite ao poder punitivo estatal, pois delitos e penas só são estabelecidos perante uma estrutura de base que possui a vertente de proteção a um bem jurídico.

Nesse sentido, a identificação do bem jurídico como sendo uma referência da dimensão do injusto representa um limite a ação repressiva do Estado¹⁰¹. Na mesma linha, o bem jurídico pode ser entendido como um critério determinante e princípio orientador de decisões em matéria penal¹⁰².

¹⁰¹ BUSATO, Paulo César - **Fundamentos para um Direito Penal democrático**. 5 ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 170.

¹⁰² MUNÓZ CONDE, Francisco; GARCIA ARÁN, Mercedes – **Derecho penal**: parte general. 5 ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2002, p. 78.

De forma breve, apontamos que a ideia de “bens” apareceu em meio a uma contestação da concepção clássica do crime como ofensa a um direito subjetivo¹⁰³. Dessa forma, discussões acerca de uma concepção de crime¹⁰⁴ como “ofensa a bens” vão se estabelecendo e explicações surgem, permitindo uma melhor compreensão sobre o bem jurídico que gera tantas opiniões e aparece claramente em códigos penais.

3.2 Sentidos conceituais de bens jurídicos

Conceituar bem jurídico envolve vários modos. Desde “bem vital”, “valor jurídico”, no sentido de interesse juridicamente reconhecido, e, ainda, “unidade funcional valiosa”, bem como, “valores institucionais e estados jurídico-penalmente protegidos”¹⁰⁵.

FIGUEIREDO DIAS¹⁰⁶ assevera que o bem jurídico é a “expressão de um interesse, da pessoa ou da comunidade, na manutenção ou integridade de um certo estado, objeto ou bem em si mesmo socialmente relevante e por isso juridicamente protegido como valioso”. No entendimento de WELZEL¹⁰⁷, “bem jurídico é um bem vital da comunidade ou do indivíduo, que por sua significância social é protegido juridicamente (...) é todo estado social desejável que o Direito quer resguardar de lesões”.

¹⁰³ Penalistas da primeira metade do século XIX entendiam o Direito Penal como defensor de direitos, sendo o delito uma lesão de um direito. Feuerbach, formulador de um direito minimamente intervencionista (com forte raiz liberal), sustentou a proteção de “direitos subjetivos” pelo Direito Penal e não o cumprimento de um dever para com o Estado. Este último deve criar meios eficazes para conservar os direitos subjetivos. Já, Johann Birnbaum afastou a ideia de delito como lesão de um direito, colocando que se o delito está relacionado a lesão, esta deve estar relacionada a bens dos cidadãos e não aos direitos (BUSATO, Paulo César - *Fundamentos para um Direito Penal Democrático*. 5 ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 45-46).

¹⁰⁴ Destacamos aqui que o Código Penal português vigente não define *crime*, mas nos Códigos Penais de 1852 e 1986 aparece a definição como sendo um *facto voluntário declarado punível pela lei penal*, presente no artigo 1.º do CP/52 e CP/86. Germano Marques da Silva nos traz que o crime, além de ser fenômeno social, é um *feito* de uma pessoa, um comportamento do ser humano, e dessa forma não haverá dois do mesmo tipo, pois cada crime tem sua história e a sua individualidade. O autor ainda destaca o aspecto analítico, destacando três notas fundamentais que considera no fato crime: *tipicidade, ilicitude e culpabilidade* (SILVA, Germano Marques da - *Direito Penal Português: teoria do crime*. Lisboa: UCE, 2015, p. 12).

¹⁰⁵ ROXIN, Claus – **Derecho penal**. Trad. Diego Manuel Luzón Penã; Miguel Díaz e García Conlledo; Javier de Vicente Remesal, Madrid: Civitas, 1997, p. 70-71.

¹⁰⁶ FIGUEIREDO DIAS, Jorge de – **Questões Fundamentais de Direito Penal Revisitadas**. São Paulo: RT, 1999, p. 63.

¹⁰⁷ WELZEL, Hans – **Derecho penal alemán: parte geral**. 4. ed. Santiago do Chile: Jurídica de Chile, 1997, p. 5.

O conceito de bem jurídico se apresenta um tanto variado, passando por prático, preciso, crítico, metódico e inconsistente. Mas mesmo diante de algumas variações, não se descarta a importância da garantia político-criminal dos bens jurídicos.

Referenciando a “imprecisão do conceito de bem jurídico”, na opinião de MOLINA¹⁰⁸, tomar como base somente bem jurídico em matéria penal não é suficiente. Para ele seria possível a fuga ao Direito Penal e um caminhar para o fenômeno que chama de “perversão do bem jurídico”, por isso, entende necessário outros limites materiais (político-criminais) do poder punitivo do Estado.

Alguns autores consideram inadequado restringir o âmbito de atuação do Direito Penal a lesões de bens jurídicos. Dentre eles, HIRSCH coloca que o conceito de bem jurídico não se caracteriza como idôneo para limitar o Direito Penal. STRATENWERTH não afasta totalmente o conceito da proteção de bens jurídicos, mas nos traz que definir de forma material e universal o bem jurídico, seria equivalente a deixá-lo num “círculo quadrado”, ou seja, é impossível; sustentando que a elaboração de um tipo penal não é motivada pela proteção do bem jurídico, mas pela inconveniência de um comportamento. Na forma funcionalista, JAKOBS assevera que a função do Direito Penal é a confirmação da vigência da norma (norma como centro de interesse) e não a proteção de bens jurídicos, sendo assim, o fato é punível é a negação da norma. No seu ponto de vista a execução da pena alcança o seu fim¹⁰⁹.

Por outro lado, temos HASSEMER como defensor da ideia da tutela de bens jurídicos como um instrumento que delimita a intervenção do Direito Penal. Para o autor, que protagoniza o conceito de bem jurídico “crítico ao sistema”, seria desastroso proibir um comportamento, a partir de uma ameaça punitiva, sem se apoiar em bem jurídico. A intervenção não teria legitimidade. No mesmo viés, renunciar à capacidade crítica de proteção de bens

¹⁰⁸ MOLINA, Antonio García-Pablos – **Sobre el principio de intervención mínima do Derecho penal como limite do ius puniendi**. In: RUS, Juan José González (Coord.). **Estudios penales e jurídicos**: homenaje al Prof. Dr. Enrique Casa Barquero. Córdoba: Secretariado de Publicaciones Universitarias de Córdoba, 1996, p. 249.

¹⁰⁹ Quanto ao último item defendido por Jakobs, Claus Roxin se posiciona e não compartilha com a ideia. Para o autor, o sistema social deve atender aos homens que vivem na sociedade do momento e não manter um sistema social por ele ter um valor em si mesmo. A norma não pode pretender apenas a obediência dos indivíduos, ela deve estar atrelada a uma ação ou omissão (ROXIN, Claus - *A proteção de bem jurídico como função do direito penal*/Claus Roxin; org. e trad. André Luís Callegari, Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 14-15; 33- 34).

jurídicos, na opinião de SCHÜNEMANN, seria um retrocesso, pois ele defende a preservação da posição central do conceito de bem jurídico na dogmática penal¹¹⁰.

Um dos defensores do conceito do bem jurídico é ROXIN¹¹¹, mas ele destaca que discussões acerca do tema só são corretas quando fica claro “o que se entende por bem jurídico e de onde se deduz uma restrição do Direito penal à proteção de ditos bens”.

Considerando que os bens jurídicos não precisam possuir uma realidade material, ROXIN¹¹² define os bens jurídicos como sendo “circunstâncias reais dadas: a vida, a integridade corporal ou o poder de disposição sobre os bens materiais (propriedade)”. Para o autor, os direitos fundamentais e humanos, como o livre desenvolvimento da personalidade, assim como a liberdade religiosa e de opinião, também são considerados bens jurídicos. Complementa ainda que os bens jurídicos são “finalidades necessárias para uma vida segura e livre”, de modo a garantir todos os direitos humanos e também civis de cada um na sociedade ou para o funcionamento estatal que tenha como base estes objetivos.

Nessa linha, o bem jurídico não pode ser limitado ao individual, o conceito abrange bens jurídicos gerais, mas estes só são legítimos quando servem ao cidadão do Estado. Um dever de proteção do Estado só faz sentido se houver uma ligação com a ideia de bem jurídico, a qual serve de referência para definir o rumo da ação protetora do Estado.

De acordo com ROXIN¹¹³, o Estado deve garantir as condições individuais necessárias, como: proteção da vida e corpo, da propriedade, da liberdade de atuação voluntária. Mas, além das condições individuais, também deve garantir instituições estatais adequadas, que permitam um sistema eficiente de administração da justiça, sistemas monetário e de impostos coerentes, bem como a ausência de corrupção. O autor menciona que os objetos que são legítimos de proteção, bens, jurídicos, não são “elementos portadores de sentido como frequentemente se supõe”, pois se realmente fossem vistos assim não poderiam ser lesionados de nenhuma forma.

¹¹⁰ ROXIN, Claus – **A proteção de bem jurídico como função do direito penal**/ Claus Roxin; org. e trad. André Luís Callegari, Nereu José Giacomolli – Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 15-16.

¹¹¹ *Idem*, p. 17.

¹¹² *Idem*, p. 18-19.

¹¹³ ROXIN, Claus – **A proteção de bem jurídico como função do direito penal**/ Claus Roxin; org. e trad. André Luís Callegari, Nereu José Giacomolli – Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 18.

Nesse viés, o conteúdo jurídico-penal relacionado a proteção de bem jurídicos apresenta fundamentação um tanto insegura. Dessa forma, tanto o conceito material de delito, como a teoria do bem jurídico, representam problemas básicos em torno do Direito Penal. Quando CLAUS ROXIN expõe a concepção de que a finalidade do Direito Penal é a proteção de bens jurídicos, também aborda: “Compreendo por bens jurídicos todos os dados necessários para uma convivência livre e pacífica dos cidadãos sob a égide dos direitos humanos. Complementa ainda que estes são pressupostos para o funcionamento do aparato estatal e da Justiça¹¹⁴”.

O bem jurídico pode ser compreendido numa perspectiva dogmática e, neste caso, ele está relacionado ao interesse protegido por uma determinada norma. O bem jurídico passa a ter um conceito político-criminal quando está à disposição do legislador, ou seja, este é quem decide o que será o bem jurídico. No nosso entendimento, para que o bem jurídico cumpra a sua função de legitimar uma intervenção penal, é necessário interpretá-lo no contexto da sociedade, pois o bem jurídico é um valor que deve ser tutelado pela norma penal. Valor este que tem a função de resguardar a convivência de indivíduos em sociedade.

Considerando uma sociedade de classes, podemos refletir que os bens jurídicos podem se expressar de acordo com o interesse de classes, garantindo a reprodução das relações de dominação, principalmente, daquelas relacionadas à estrutura econômica. Também podemos destacar que a relação do Direito Penal e interesses de grupos de poder se manifesta quando grupos sociais procuram a cooperação do Estado, por meio de leis incriminadoras, para a proteção de valores que são entendidos como ameaçados por outros grupos. Essa cooperação se dá por meio de sanções que acabam por ampliar conflitos e dar continuidade a eles¹¹⁵.

¹¹⁴ ROXIN, Claus - **Fundamentos político-criminais e dogmáticos do direito penal**. Trad. Alaor Leite. Revista Brasileira de Ciências Criminais, n. 112, cad. esp., 20.º Seminário Internacional de Ciências Criminais, 2015, p. 34.

¹¹⁵ BARATTA, Alessandro – **Funções instrumentais e simbólicas do direito penal**: lineamentos de uma teoria do bem jurídico. Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, fasc. 5, p. 5-24, jan.- mar.1994, p. 13.

3.3 Delimitação e concepções dos bens jurídicos

Vale ressaltar, nessa sequência de ideias, um outro ponto que está relacionado com a delimitação de bens jurídicos e que diz respeito a postura frente ao monismo ou dualismo. Nessas delimitações se distingue os bens jurídicos individuais e os bens jurídicos coletivos.

Como noção de bem jurídico individual temos aqueles relacionados a pessoa, como a sua saúde, patrimônio, ou seja, a sua vida de forma geral. Já os coletivos estão atrelados, por exemplo, com a ordem econômica, segurança, saúde pública e meio ambiente¹¹⁶.

Na postura dualista se faz a distinção dos bens jurídicos individuais dos coletivos, enquanto na postura monista, há apenas uma concepção de bem jurídico, a qual congrega os bens pertencentes a um mesmo indivíduo e os bens jurídicos pertencente a todos.

De acordo com BUSATO¹¹⁷, essa diferença terminológica não resulta de algo sem justificativa, mas evidencia um modelo de Estado, uma vez que nos debates entre as duas posturas, frente a concepção de bem jurídico, não se tem diferenças somente de sistemas e métodos, mas sim de diferenças sobre o que é ou deve ser o Estado.

Percebe-se uma fragilidade na postura dualista no que diz respeito a colocação clara de um conceito comum que possa compreender os bens jurídicos individuais e os que pertencem a todos, ou seja, coletivos. Sem contar que essa última classificação gera polêmica, pois temos bens coletivos que são aparentes, uma vez que se resultam da soma de bens jurídicos individuais.

¹¹⁶ Smanio traz uma classificação para bens jurídicos, citando a vida, a integridade física, a propriedade e a honra como bens de natureza individual (sem afetar os demais indivíduos, dizendo respeito somente ao titular). No caso de coletivos, outros indivíduos são afetados além do titular, são bens compreendidos dentro do interesse público (cita a tutela de incolumidade pública, da segurança/paz pública). O autor ainda chama a atenção para os bens difusos que também se referem a sociedade como um todo e ao fato dos indivíduos afetarem a coletividade. Ele acrescenta que são bens que criam *conflituosidade social que contrapõe diversos grupos dentro da sociedade, como na proteção ao meio ambiente, que contrapõe, por exemplo interesses econômicos industriais e o interesse na preservação ambiental [...], a proteção da saúde pública [...], a proteção da economia [...]* (SMANIO, Gianpaolo Poggio - *O conceito de bem jurídico penal difuso*. Doutrina Adcoas, v. 7, n. 20, 2. Quinz. out. 2004, p. 394).

¹¹⁷ BUSATO, Paulo César - **Fundamentos para um Direito Penal democrático**. 5 ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 58.

Na referência monista, para HAMESSER e MUÑOZ CONDE¹¹⁸ há duas possibilidades de conceber o bem jurídico e elas se excluem entre si: os bens jurídicos individuais são atribuições jurídicas derivadas das funções do Estado, numa visão de Estado, e os bens jurídicos universais só são legítimos quando servem ao desenvolvimento pessoal de um indivíduo. Nesse sentido, a teoria monista personalista pretende “funcionalizar os interesses gerais desde o ponto de vista da pessoa, deduzindo os bens sociais e estatais do indivíduo. Para esta teoria, os interesses gerais só podem ser reconhecidos legitimamente na medida em que sirvam aos interesses pessoais”.

O ponto de concordância de BUSATO¹¹⁹ com os autores anteriormente mencionados está na questão abordada por eles, no sentido de que só uma teoria personalista do bem jurídico pode invocar de forma legítima uma concepção liberal de Estado. Dessa forma, posiciona a preferência pela teoria monista personalista, justificando que é a teoria que melhor responde aos pressupostos democráticos adequados para a proteção do indivíduo.

Coadunamos com a ideia de uma política de proteção penal baseada em princípios voltados para a tutela de interesses humanos dignos de proteção. Vale aqui destacar que as discussões não são apenas acadêmicas, há todo um contexto prático. Sendo assim, reconhecer os bens jurídicos coletivos envolve reflexões importantes acerca dos interesses da sociedade e do Estado e, ainda, se estes interesses devem ter preferência frente aos interesses individuais ou não.

Uma reflexão relevante é trazida por BUSATO¹²⁰ quando ele menciona que tratar os bens coletivos como prioridade, fará com que bens jurídicos como meio ambiente e relação jurídica de consumo, sejam identificados independentemente dos seus reflexos ao nível de lesão ou perigo à saúde ou ao patrimônio do indivíduo. Dessa forma, qualquer acometimento aos bens coletivos passa a estar classificado como delito de lesão. Exemplifica a partir do bem jurídico meio ambiente, colocando que a sua proteção estaria voltada para evitar um dano à pureza da água ou do ar, não estando vinculada com a proteção de um conjunto de condições que são fundamentais para a vida. Adotando uma linha monista personalista poderia haver o

¹¹⁸ HAMESSER, Winfried e MUÑOZ CONDE, Francisco – **Introducción a la Criminología e al Derecho penal**. Valencia: Tirant lo Blanch, 1989, p. 108-109.

¹¹⁹ BUSATO, Paulo César - **Fundamentos para um Direito Penal democrático**. 5 ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 59.

¹²⁰ BUSATO, Paulo César - **Fundamentos para um Direito Penal democrático**. 5 ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 60.

reconhecimento do delito de lesão ao meio ambiente ou, no outro exemplo, contra a relação jurídica de consumo, na medida em que um dano efetivo ou de perigo existisse para o indivíduo.

A partir da reflexão anterior, a ideia que prevalece é de que os interesses individuais devem primar frente aos interesses da sociedade e do Estado. A legitimidade de interesses gerais só tem reconhecimento a partir do momento que servem aos interesses pessoais.

Os bens jurídicos coletivos são colocados por FIGUEIREDO DIAS¹²¹ como, certamente, vagos e carentes de definição, levando em conta a sua própria natureza, e, ainda, de duvidosa corporização e impossível tangibilidade.

Quando se trata de bens coletivos, outras reflexões são possíveis e ultrapassam a carência de definição. Como bem coloca FIGUEIREDO DIAS, estamos diante de uma corporização incerta e característica não tangível, portanto, certas problemáticas são aparentes na aplicação de regras penais. Dentre elas, temos a impossibilidade de prever todas as condutas lesivas, a difícil comprovação de causalidade entre conduta e o resultado, bem como a dificuldade de verificação de resultados, os quais podem estar bem distanciados no tempo em relação a conduta realizada.

Na sociedade atual, marcada por uma grande teia de condutas que podem gerar riscos e atingem bens jurídicos que vão além do individual, a afetação dos bens coletivos não obedece a uma lógica causal e delineável, por isso nos deparamos com tantas adversidades.

3.4 Paradigma penal na tutela dos bens jurídicos

Após as explanações acerca do conceito de bem jurídico, delimitações e concepções, reiteramos a função do Direito Penal como sendo, exclusivamente, a proteção subsidiária de bens jurídicos e, nesse viés, destacamos o pensamento de FIGUEIREDO DIAS¹²², quando o ele menciona que não cabe ao Direito Penal, a proteção de qualquer bem jurídico, “mas só de bens jurídico-penais, entendendo por tais os bens jurídicos fundamentais à vida comunitária e

¹²¹ FIGUEIREDO DIAS, Jorge de – **O direito penal entre a “sociedade industrial” e a “sociedade do risco”**. Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo: RT, ano 9, n. 33, jan.-mar. 2001, p. 57.

¹²² *Idem*, p. 41-42.

ao livre desenvolvimento da pessoa e que, por isso mesmo, hão de encontrar refração no texto e na intencionalidade da Constituição”. A orientação da norma para a proteção de bens jurídicos definidos é indispensável, pois evita a utilização inadequada de sanção penal em âmbitos que não são necessários.

Os valores relevantes para uma sociedade, num certo momento histórico, devem estar salvaguardados pela Constituição. Inclusive, nesse viés destacamos FERRAJOLI¹²³ quando aborda que o Direito penal deve encontrar nas Constituições “os bens que lhe cabe proteger com suas sanções”. Reitera que o penalista deve se orientar no documento norteador, a partir “das valorações criadoras dos bens jurídicos”. Assim, em função da importância social dos bens, cabe ao penalista levá-los em consideração, limitando-se a eles, durante o processo de tipologia criminal.

Além de referenciar a Constituição, FIGUEIREDO DIAS¹²⁴ também nos remete a duas outras teses que fundamentam um paradigma penal. Uma delas oferece destaque para a política-criminal de hoje que define o “se” e o “como” da punibilidade. A outra tese do autor menciona que a aplicação de penas e medidas de segurança são lideradas de forma exclusiva com o propósito de prevenção, a qual é denominada prevenção geral positiva¹²⁵, de integração ou de socialização.

¹²³ FERRAJOLI, Luigi – **Direito e Razão**: teoria do garantismo penal. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2002, p. 372.

¹²⁴ FIGUEIREDO DIAS, Jorge de – **O direito penal entre a “sociedade industrial” e a “sociedade do risco”**. Revista Brasileira de Ciências Criminais. São Paulo: RT, ano 9, n. 33, 2001, p. 41-42.

Aqui também merece destaque a abordagem de Figueiredo Dias quando cita Liszt e sua menção: *o direito penal constitui a barreira inultrapassável da Política Criminal*. O autor português, ainda, reforça a inclinação estrita do Direito Penal num Estado de Direito formal, vertente liberal, descrevendo-o como tendo a perspectiva de ordem de proteção do indivíduo, em especial dos seus direitos subjetivos, perante o poder do Estado, e como uma consequente ordem de limitação deste poder estatal. Assim, cabia ao direito penal a competência de determinar o ‘que’, o ‘se’ e o ‘como’ do punível. Para a Política Criminal ficava atribuição de dirigir ao legislador as recomendações e diretivas (FIGUEIREDO DIAS, Jorge de - *Os novos rumos da política criminal e o direito português do futuro*. Coimbra: ROA, 1983, p. 9).

¹²⁵ Günther Jakobs, elaborador da doutrina do Direito Penal do Inimigo, apresenta fundamentos que sustentam a teoria da prevenção geral positiva (destaca-se a influência de Luhmann na teoria de Jakobs, a qual se orienta como funcional-sistêmica e que pode ser melhor compreendida a partir da análise de três elementos – sociedade, normas e indivíduo). Jakobs menciona que o Direito Penal não está ligado à proteção atual e nem mediata de bens jurídicos, servindo sim, para assegurar as expectativas normativas da sociedade (norma como centro de interesse). Nesse sentido, a missão do Direito Penal passa a ser o de promover a confiança dos cidadãos no ordenamento jurídico violado pelo crime. Salienta-se de forma breve, a comunicação simbólica e o caráter de reforçar as normas como destaque da teoria da prevenção geral positiva. Nesse viés, as penas servem para que ocorra uma intimidação (prevenção geral negativa) e justapondo-se a esse impacto, por assim dizer, a prevenção geral positiva reafirma a vigência das normas que evitam crimes. Alessandro Baratta nos traz que a reação punitiva tem o papel de restabelecer a confiança, além de reparar ou prevenir os efeitos negativos que a violação da norma acarreta para a estabilidade do sistema e a integração social. O autor destaca que, para Jakobs, a pena não significa retribuição de

Em relação a prevenção geral positiva, são destacados dois pontos na ótica de FIGUEIREDO DIAS¹²⁶ os quais merecem exposição, um deles é que a pena deve ser determinada como se houvesse uma moldura de prevenção positiva, em que há um limite superior e inferior, “cujo limite superior é oferecido pelo ponto ótimo de tutela dos bens jurídicos e cujo limite inferior é constituído pelas exigências mínimas de defesa do ordenamento jurídico”. Para o autor, dentro dessa moldura com prevenção geral positiva, a medida para a pena “deverá ser em função de exigências de prevenção especial, maxime, de socialização”.

Analisando a citação, podemos mencionar que a medida da pena deve corresponder às necessidades de socialização do indivíduo em questão. A pena num caso em que não se considera a necessidade da socialização fica restrita a uma advertência, havendo um limiar mínimo de defesa jurídica.

O outro ponto destacado por FIGUEIREDO DIAS¹²⁷ se refere ao fato de que considerações de prevenção geral positiva, relacionadas com a manutenção da tranquilidade da sociedade e de confiança nas normas, “podem desempenhar papel essencial também no domínio da aplicação das ‘medidas de segurança’, nomeadamente das privativas da liberdade”.

Na corrente da teoria preventiva (relativa), a pena passa a ser entendida como um meio para a obtenção de fins que passam a ser úteis. Vale ressaltar que essas penas são aplicadas em indivíduos e que, em nome de fins utilitários, elas podem transformar o homem em objeto, atingindo a dignidade humana. Voltamos- nos para a defesa de que a aplicação da pena deve levar em conta a ideia de prevenção geral com sentido de integração, não podendo deixar marginalizada a justiça na aplicação de sanções.

FIGUEIREDO DIAS¹²⁸ também nos instiga outras reflexões a partir do paradigma penal ancorado nas suas teses, levantando o questionamento no sentido de entender se haverá

um mal com outro mal, é uma prevenção negativa que prevê a prevenção positiva. A pena é a prevenção-integração no sentido de que sua função primária é fazer com que haja o reconhecimento da norma e a fidelidade por parte dos membros da sociedade (BARATTA, Alessandro - *Integración-Prevención: Una “Nueva” Fundamentación de la Pena Dentro de la Teoría Sistémica*. Revista Doctrina Penal. año 8, n. 29,1985, p. 9-26).

¹²⁶ Figueiredo Dias destaca que isso pode soar de forma estranha para quem desconhece o sistema legislativo português, mas é algo que hoje encontra suporte em jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem (FIGUEIREDO DIAS, Jorge de – *O direito penal entre a “sociedade industrial” e a “sociedade do risco”*. Revista Brasileira de Ciências Criminais. São Paulo: RT, ano 9, n. 33, 2001, p. 42).

¹²⁷ FIGUEIREDO DIAS, Jorge de – **O direito penal entre a “sociedade industrial” e a “sociedade do risco”**. Revista Brasileira de Ciências Criminais. São Paulo: RT, ano 9, n. 33, 2001, p. 42.

¹²⁸ FIGUEIREDO DIAS, Jorge de – **O direito penal entre a “sociedade industrial” e a “sociedade do risco”**. Revista Brasileira de Ciências Criminais. São Paulo: RT, ano 9, n. 33, 2001, p. 42 – 43.

necessidade de novos entendimentos das concepções básicas, no que diz respeito: a legislação penal, função do direito penal e finalidades de aplicação das penas e medidas de segurança. Nesse sentido, emergem num horizonte questionamentos bastante pertinentes acerca da necessidade ou não de uma nova dogmática jurídico penal e uma nova política criminal.

Notoriamente, a sociedade de risco engendra ao Direito Penal novos impasses, os quais têm maiores dimensões. Convém perguntar até que ponto há preparo do Direito Penal para esse enfrentamento, uma vez que há situações paradoxais.

A resposta não é tão literal e envolve a análise de vários pontos importantes. O Direito Penal pode ser visto como não preparado quando se considera o seu modo próprio de produção legislativa que não é capaz de acompanhar as transformações sociais frente as inovações tecnológicas e científicas¹²⁹.

Diante de tal questão, podemos dizer que o Direito Penal não estaria preparado para proteger grandes riscos, havendo a necessidade de uma nova dogmática jurídico penal? Vale ressaltar que esses ‘novos’ ou ‘grandes’ riscos ameaçam grupos indeterminados de pessoas, de forma não generalizada ou a humanidade como um todo. Tais riscos surgem a partir de atuações diversificadas, tanto no espaço, quanto no tempo¹³⁰.

Primeiramente, vamos refletir algo amplo que envolve a superação de um modelo de razão para chegarmos ao ponto mais específico de entendimento da necessidade ou não de uma nova dogmática jurídico-penal.

As ideias expostas por FIGUEIREDO DIAS¹³¹ nos remetem a importância da superação do dogma da razão técnico-instrumental, uma vez que esse dogma envolve domínio da natureza, predominando a razão. Ele menciona que a superação desta razão envolve o “reconhecimento dos benefícios que, para a humanidade, a tecnociência permitiu. Mas também, e sobretudo, daquilo que constitui o legado da modernidade e das suas conquistas irrenunciáveis: os direitos humanos, a secularização, a razão crítica”. O autor ainda aborda que

¹²⁹ *Idem*, p. 44.

¹³⁰ *Idem*, p. 45.

¹³¹ *Idem*, p. 47.

a superação desta razão também passa pela conscientização progressiva dos perigos e das ameaças que afetam a humanidade, colocando “em risco a própria sobrevivência do planeta”.

Ao comentar sobre a razão técnico-instrumental, podemos recorrer a ANSELMO BORGES¹³², o qual menciona que essa razão se concentra na lógica do domínio da ação, envolvendo a manipulação de meios para o controle do universo. Assim, nos deparamos com um poderio, em que há um domínio da natureza e do mundo. Nas palavras do referido “extremamente poderosa no domínio dos meios, a razão instrumental é de uma penúria extrema na ordem e no reino dos fins humanos”.

Um ensaio para a superação da razão perpassa a imagem do homem como um ser dotado de liberdade, o que inclui o seu modo de ser e o faz participar da humanidade histórica.

Nas palavras de FIGUEIREDO DIAS¹³³, nada se apresenta como neutro, menos ainda “ciências do espírito, ou do homem, como as que compõem a ciência conjunta do direito penal”. A neutralidade obviamente não pode ser considerada, uma vez que prevalecerá a produção de sentidos que estão relacionados com contextos culturais e ideológicos. Sendo assim, deve-se levar em conta a concepção do Homem, bem como valores individuais e coletivos, incluindo a natureza.

Dessa forma, o ilustre autor dá continuidade mencionando que se pode ter esperança de superar a crise da razão moderna e seu imperialismo, e, ainda, considerando os pensamentos de ANSELMO BORGES, ele nos traz que diante da ameaça que é comum a todos e, seguramente, ainda mais para as gerações futuras, é necessário que a humanidade tenha que se tornar sujeito comum da responsabilidade pela vida.

Retomando o questionamento realizado anteriormente, sobre uma nova dogmática jurídico penal e uma nova política criminal frente a tutela dos novos ou grandes riscos típicos da sociedade de riscos, a resposta de FIGUEIREDO DIAS¹³⁴ é de que não há necessidade de

¹³² BORGES, Anselmo - **O crime económico na perspectiva filosófico-teleológica**. Revista Portuguesa de Ciências Criminais. Coimbra, ano 10, fasc. 1, p. 13, jan./mar. 2000.

¹³³ FIGUEIREDO DIAS, Jorge de- **O direito penal entre a “sociedade industrial” e a “sociedade do risco”**. Revista Brasileira de Ciências Criminais. São Paulo: RT, ano 9, n. 33, 2001, p. 48.

¹³⁴ *Idem*, p. 55. Acrescentamos aqui que o autor cita e converge, nesta conclusão, das ideias de Augusto Silva Dias, o qual se dedicou aos estudos dos grandes riscos e debate questões no âmbito da proteção jurídico-penal do consumidor na sua escrita intitulada “*Entre ‘comes e bebes’ : debate de algumas questões polémicas no âmbito da protecção jurídico-penal do consumidor* (1998, p. 45).

uma nova versão, ou seja, de nenhuma mudança radical de paradigma penal. Para tanto, é preciso que uma visão diferenciada prevaleça.

Nessa discussão algumas questões são levantadas, sendo uma delas do ponto de vista político criminal, que tem relação direta com a dogmática penal. A questão elementar aqui é entender se a “sociedade de risco na função do direito penal tem por força de significar o fim da protecção de bens jurídicos”, conforme nos apresenta FIGUEIREDO DIAS¹³⁵, o qual responderia afirmativamente à questão levantada se considerar que para o bem jurídico cumprir o papel de critério legitimador e de padrão crítico da incriminação no paradigma penal da atualidade, é necessário guardar o seu carácter antropocêntrico, ou seja do indivíduo em si (teoria monista do bem jurídico entendida como legítima numa concepção liberal).

A confirmação afirmativa persistiria, ainda, se considerar que os bens jurídicos coletivos só são aceitáveis quando se constituem em mediadores de interesses individuais, Com esse entendimento, os bens jurídicos coletivos só existem por causa do ser humano, dessa forma, dificilmente se coloca em xeque a seguinte asserção: “isso sucede com tudo que é fruto do espírito e do labor humano, com as suas construções e instituições, nelas incluído o próprio Estado¹³⁶”.

A compreensão de que a noção do coletivo só se sustenta por conta do trabalho do homem parece ser evidente, mas o autor discorre que: outra questão é pretender que entre os bens jurídicos ditos supraindividuais, só possam ser reconhecidos em bens jurídicos aqueles que a razão de protecção retorne a questão de protecção de bens jurídicos individuais, ou seja, reconduzido a bens dotados de uma referência pessoal. A consequência seria de subordinação dos bens jurídicos ditos coletivos aos bens individuais, sendo a sua violação menos grave¹³⁷.

A partir dessa concepção, parece suscitar a dúvida relacionada ao tratamento jurídico penal dos problemas da sociedade de risco e mudança de paradigma na função de protecção subsidiária de bens jurídicos.

¹³⁵ FIGUEIREDO DIAS, Jorge de – **O direito penal entre a “sociedade industrial” e a “sociedade do risco”**. Revista Brasileira de Ciências Criminais. São Paulo: RT, ano 9, n. 33, 2001, p. 55.

¹³⁶ FIGUEIREDO DIAS, Jorge de – **O direito penal entre a “sociedade industrial” e a “sociedade do risco”**. Revista Brasileira de Ciências Criminais. São Paulo: RT, ano 9, n. 33, 2001, p. 56.

¹³⁷ *Idem*, p. 56.

Retomando a questão elementar que é de entender se na sociedade de risco o Direito Penal não atuará na proteção de bens jurídicos, FIGUEIREDO DIAS¹³⁸ nos aponta como resposta um “não”, ou seja, ele nos reforça que ao lado dos bens jurídicos individuais e “ao mesmo nível de exigência tutelar autônoma”, estão presentes os autênticos bens jurídicos sociais, ditos como transpessoais, coletivos ou transindividuais.

Nesse contexto, assume-se uma concepção dualista do bem jurídico, a qual é assumida em vários códigos penais, inclusive o português. Mesmo considerando a dogmática mais voltada para bens jurídicos individuais do que para bens coletivos, faz-se necessária uma progressão nos estudos que envolvem estes últimos, estabelecendo os contornos dos bens jurídicos coletivos afins de que possamos ter mais clareza. Como diz FIGUEIREDO DIAS¹³⁹, os progressos que estão sendo alcançados no Direito Penal secundário ou econômico-social e ambiental, mesmo sendo de tarefa difícil, não é de inatingível cumprimento. O autor corrobora com o fundamento da divisão do Direito Penal em dois âmbitos relativamente autônomos, tanto que se propôs a diferenciar o Direito Penal clássico do Direito Penal secundário, bastante explorado nos seus estudos.

O referido autor também aborda que se quisermos dar ao Direito Penal a função de tutelar os mega-riscos que ameaçam a subsistência da humanidade, ainda é necessário “assentar em que o problema jurídico-penal é, modestamente um problema de ordenação social, concretamente, o de saber como é possível promover ou conservar os bens públicos relativos aos fundamentos naturais da vida¹⁴⁰”. Chama-nos atenção para o fato de que a criminalização aqui é legítima e necessária¹⁴¹.

Quanto a um novo paradigma penal, FIGUEIREDO DIAS¹⁴² reitera que não há necessidade de um novo paradigma e sim da tutela efetiva de bens jurídicos comunitários, que

¹³⁸ FIGUEIREDO DIAS, Jorge de – **O direito penal entre a “sociedade industrial” e a “sociedade do risco”**. Revista Brasileira de Ciências Criminais. São Paulo: RT, ano 9, n. 33, 2001, p. 56-57.

¹³⁹ *Idem*, p. 57-58.

¹⁴⁰ *Idem*, p. 58.

¹⁴¹ Para Figueiredo Dias a criminalização é legítima porque os bens *encontram refração legitimadora mais que bastante na ordem axiológica constitucional relativa aos direitos sociais, econômicos, culturais e ecológicos*. Coloca ainda que é necessária tanto no ponto de vista de prevenção geral positiva como, também, negativa. Neste último ponto, se espera que a punibilidade influencie o cálculo no que se refere a vantagem e prejuízo, em que a escolha racional e as técnicas de neutralização passam a ter força. Dessa forma, há uma promoção de obediência à norma. No ponto de vista de prevenção geral positiva, reforça a obediência, por parte do indivíduo, à norma (FIGUEIREDO DIAS, Jorge de – *O direito penal entre a “sociedade industrial” e a “sociedade do risco”*. Revista Brasileira de Ciências Criminais. São Paulo: RT, ano 9, n. 33, 2001, p. 58).

¹⁴² *Idem*, p. 58.

nas suas palavras podem ser “ameaçados por acções individuais abstratamente perigosas ou por acções em si mesmo e individualmente destituídas de perigo”. No que diz respeito a dogmática penal, entende que é possível manter os critérios tradicionais quando se trata de um Direito Penal na sociedade de risco, no entanto, retoma o ponto sobre o dogma da “individualização da responsabilidade penal¹⁴³”, o qual não pode persistir quando se coloca o Direito Penal frente a contenção de mega-riscos emergentes da sociedade de risco.

Na dogmática penal do risco, vem à tona os crimes relacionados a omissão e negligência e, para estes casos, o complexo de normas vigentes parece que deve ter algo diferenciado, mas, no entendimento de FIGUEIREDO DIAS¹⁴⁴, não parece necessário, provavelmente, o que precisa é reconhecer alguma fragilidade e a necessidade de uma evolução para a resolução de problemas atuais. Essa abordagem é feita por quando ele menciona a urgência e necessidade de “reconhecer algumas deficiências da dogmática que aí está e trabalhar afincadamente na sua superação[...]”, destacando que para isso não parece ser necessária “qualquer ‘dogmática alternativa’”.

Outras abordagens, no sentido de paradigma penal na tutela de bens jurídicos, farão parte das nossas análises e reflexões. Uma delas se refere ao delito de perigo abstrato¹⁴⁵, tema demasiadamente extenso, mas que de forma breve vamos discorrer, uma vez que é utilizado no enfrentamento de novos contextos de riscos.

A utilização de novas tecnologias desencadeia resultados que podem afetar bens jurídicos e, nesse viés, busca-se evitar ou controlar condutas com potencial lesivo. A norma penal surge aqui como um elemento de antecipação da proteção, ou seja, parece ter um papel preventivo.

Essa prevenção é algo ponderado por FARIA COSTA¹⁴⁶, o qual menciona que a antecipação de tutela penal a bens jurídicos por meio “de prefiguração de crimes de perigo não

¹⁴³ *Idem*, p. 60.

¹⁴⁴ FIGUEIREDO DIAS, Jorge de – **O direito penal entre a “sociedade industrial” e a “sociedade do risco”**. Revista Brasileira de Ciências Criminais. São Paulo: RT, ano 9, n. 33, 2001, p. 63.

¹⁴⁵ O legislador pode atribuir qualidade de crime a determinados comportamentos ou condutas, independentemente da produção de um efeito, e essa técnica utilizada é que relacionamos ao crime de perigo abstrato (BOTTINI, Pierpaolo Cruz – *Crimes de perigo abstrato*. 3ª. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 87).

¹⁴⁶ FARIA COSTA, José Francisco de - **O perigo em direito penal**: contributo para a sua fundamentação e compreensão dogmáticas. Coimbra: Coimbra Editora, 1992, p.575.

significa prevenção criminal, significa, sim, aumento de proteção àqueles precisos bens jurídicos e não a prevenção”.

Nessa seara, trazemos as considerações de SILVA SÁNCHEZ¹⁴⁷, o qual aponta as transformações na dogmática e na prática penal, resultantes do surgimento de novos riscos, têm como um dos pontos a criação de novos tipos penais de perigo abstrato e a ausência de formalidades no processo de persecução. O autor também recomenda uma cautela maior diante deste novo contexto, visto que, em vários momentos, ele contrapõe com princípios penais, como da culpabilidade, presunção da inocência, legalidade, entre outros.

Outro fator que expõe o crime de perigo abstrato se refere a proteção de bens jurídicos classificados como coletivos, os quais requerem do Direito Penal moderno uma intervenção, conforme motivos já abordados anteriormente.

Em relação a pena, nos crimes de perigo abstrato, ela não surge como uma ameaça as condutas que afetam bens jurídicos, mas como um mecanismo de controle da vigência de regras voltadas para a organização. Os tipos penais de perigo abstrato, descrevem o comportamento típico de forma mais precisa, porque é por meio conduta que se comunica, sendo assim, esse tipo penal é visto como mais adequado para organizar contextos de risco¹⁴⁸.

Quando trazemos a temática dos crimes de perigo abstrato, adequá-los ao princípio da lesividade gera um conflito, já que nesse tipo de crime não se considera o momento da ação e, sim, o que é prévio à ação e que poderá levar o bem jurídico a perigo. Isso, *a priori*, pode conduzir para um posicionamento de inconstitucionalidade dos crimes de perigo abstrato, pois a adoção do princípio da lesividade pelo Direito Penal impede que haja criminalização de condutas que não lesionem ou não coloque em risco efetivo o bem jurídico.

Prever delitos sem resultado material, não é compatível com um Direito Penal garantista, sendo a incriminação de uma conduta não pertencente a esfera do ilícito. Por outro

¹⁴⁷ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María – **A expansão do direito penal**: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais. Tradução: Luiz Otávio de Oliveira Rocha. 3 ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 72.

¹⁴⁸ BOTTINI, Pierpaolo Cruz – **Crimes de perigo abstrato**. 3ª. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 96.

lado, também há reconhecimento da legitimidade e a superação da incompatibilidade do crime de perigo abstrato com o princípio da lesividade¹⁴⁹.

Se considerarmos que os tipos penais de perigo abstrato precisam estar voltados para proteção de valores centrais que envolvam a dignidade humana, as normas analisadas devem estar vinculadas a ações que violem bens jurídicos correlacionados a este pressuposto, ou seja, com a dignidade do homem. A ideia de que proteger bens difusos, sem que tenha referentes imediatos nos interesses humanos concretos, não é compatível com um poder punitivo voltado para a defesa da dignidade do ser humano. Destacamos aqui uma linha em que a proteção penal dos bens jurídicos por meio dos tipos de perigo abstrato deve respeitar garantias fundamentais¹⁵⁰.

Cabe questionar como certos comportamentos serão valorados legislativamente, ou seja, um ponto relacionado com a legitimação, quando se considera bens jurídicos coletivos como dignos de proteção penal. Nesse quesito, FIGUEIREDO DIAS¹⁵¹, que aceita a legitimidade e constitucionalidade de princípio dos crimes de perigo abstrato, menciona que uma vez tomada a decisão de criminalização, não há porque intervir critérios diferentes de imputação, que coloquem em questionamento os princípios da legalidade e da culpa jurídico-penal.

Não se desconsidera que novos problemas são suscitados pela sociedade de risco, desde a tipologia das sanções até a o do direito processual penal. Também se leva em conta a erupção de novos bens jurídicos e a necessidade de estabelecimento dos seus contornos, sejam eles no âmbito ambiental, econômico, social ou de saúde. Todavia, a função exclusiva do

¹⁴⁹ Nesse viés trazemos GRASSO que ao reconhecer a constitucionalidade menciona que o substrato material deve ser a periculosidade da conduta capaz de lesionar os bens jurídicos tutelados pela norma penal (GRASSO, Giovanni - *L'anticipazione della tutela penale: i reati di pericolo e i reati di attentato*. Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale. Milano, 29, p. 689-728, 1986). Concedendo legitimidade ampla para os delitos de perigo abstrato, KINDHÄUSER se posiciona mencionando que não bastaria ao Direito Penal a proteção dos bens jurídicos, mas a garantia de que os indivíduos cumpram a sua função social mediante as suas ações. Assim, estaria envolvido com a inibição de condutas que possam resultar em perigo potencial (KINDHÄUSER, Urs - *Derecho penal de la culpabilidad y conducta peligrosa*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1996, p. 68 e 80). Bottini, ressalta que a busca da legitimidade também aparece na Espanha e cita PAREDES CASTAÑON que defende a linha de que o perigo abstrato está mediado pela lesão de um bem jurídico intermediário, de caráter coletivo, o que justifica a sua materialidade - como exemplo, é citado o meio ambiente que é tutelado pelo Direito Penal por assegurar e preservar bens como a saúde e a vida (BOTTINI, Pierpaolo Cruz. - *Crimes de perigo abstrato*. 3ª. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 109).

¹⁵⁰ BOTTINI, Pierpaolo Cruz. – **Crimes de perigo abstrato**. 3ª. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 228.

¹⁵¹ FIGUEIREDO DIAS, Jorge de – **O direito penal entre a “sociedade industrial” e a “sociedade do risco”**. Revista Brasileira de Ciências Criminas, São Paulo: RT, ano 9, n. 33, 2001, p. 61 e 62.

Direito Penal deve persistir, seja na tutela de bens jurídicos penais individuais, como supraindividuais e sociais. Para tanto, a superação da razão técnico- instrumental se faz necessária, pois nos referimos a um momento histórico em que há mudanças radicais na relação entre o homem e a natureza.

Imbuídos dos posicionamentos de autores, referenciados nas discussões acerca do paradigma penal e a sociedade de risco, entendemos que a dogmática penal deve evoluir, no entanto, não precisa de dogmáticas alternativas que poderiam levar a uma incompatibilidade com o Estado de Direito e, conseqüentemente, de um afastamento da democracia e legitimidade.

Após discorrer sobre os fenômenos relacionados com a expansão do Direito Penal, bens jurídicos e paradigma penal, vamos abordar a dinâmica representada pelo processo de administrativização do Direito Penal e suas correlações.

CAPÍTULO 4 – ADMINISTRATIVIZAÇÃO DO DIREITO PENAL E PRINCÍPIOS POLÍTICOS CRIMINAIS

4.1 Introdução

Diante de novas demandas que influenciam e reivindicam o Direito Penal na resolução de problemas da sociedade atual, alguns princípios políticos criminais vão se estabelecendo com ideologias que visam o controle social.

Nesse cenário dinâmico, o caráter expansionista do Direito Penal passa a ter relevância nos debates político criminais, motivo pelo qual buscamos reflexões sobre o tema que tem relação com um processo crescente de criminalização na sociedade de risco e dinâmicas evolutivas que envolvem o que denominamos de administrativização, em que há incorporação de novas pautas de intervenção para o Direito Penal que passa atuar na prevenção de riscos e na implementação de interesses em nível administrativo.

O Direito Penal vai ganhando novos contornos, se amplifica de forma gradativa para tutelar contextos cada vez mais genéricos. Isso se dá mediante as características da sociedade moderna, as quais acarretam, sob um ponto de vista, uma desnaturalização do Direito Penal que deixa de ter função de *ultima ratio*¹⁵², ou seja, de último recurso do Estado para tutelar certos valores.

A política criminal e a evolução do Direito Penal, tanto no sentido de avanços como de recuos, são complexas e têm relação com as concepções doutrinárias que vão desde os estudos da escola de Frankfurt, já abordada anteriormente, até outros estudos de doutrinas que vão se estabelecendo e influenciam diferentes institutos.

A sociedade de risco passa a ser algo “macro” em que os riscos são disseminados e coletivos, de caráter estrutural e de origem humana. Tais riscos, embora sejam provenientes de decisões do homem, não são atribuídos só de forma objetiva e individualmente, mudando os

¹⁵² Expressão utilizada por Claus Roxin em sua obra: **Derecho penal: parte general**. Tomo I: Fundamentos. La teoría de la teoría del delito, 2006, p. 65.

critérios relacionados a causa e atribuição de responsabilidade o que acaba vislumbrando formas diferenciadas de atuação do Direito Penal, que a escola de Frankfurt chama de novo Direito Penal, o qual não se congratula com os postulados de um Direito Penal mínimo.

Haveria uma intenção de qualificar todo o Direito Penal como sendo Direito Penal de risco? Provavelmente, não seria essa a intenção e, sim, a imputação de âmbitos que clamam pela proteção de bens jurídicos coletivos afastando a ideia do Direito Penal clássico e preponderando o Direito Penal moderno, o qual HASSEMER¹⁵³ menciona ter uma expansão exagerada e apresentar problemas de eficácia.

Estamos diante de uma situação em que o bem jurídico deixa de se circunscrever a interesses pessoais que tem uma certa referência e passa a abarcar novas necessidades coletivas. O processo de administrativização vai surgindo em meio a essa dinâmica e o legislador passa a assumir posturas políticos-criminais¹⁵⁴ frente ao controle social.

4.2 Manifestações da administrativização frente à da expansão do Direito Penal

Considerando todo o contexto já discorrido, que corrobora com a expansão do Direito Penal, nos deparamos com a tutela penal voltada para situações sociais diversas, declarando este ramo do Direito na gestão punitiva de riscos e não apenas atuando contra um fato lesivo delimitado individualmente, assim vai se evidenciando a administrativização do Direito Penal.

¹⁵³ HASSEMER, Winfried; NAUCKE, Wolfgang; LÜDERSEN, Klaus – **Principales problemas de la prevención general**. Buenos Aires: B de F, 2006, p. 56.

¹⁵⁴ Figueiredo Dias nos traz que num Estado formal (de vertente liberal e teoria de base positivista), o Direito Penal estava voltado para a proteção do indivíduo perante o poder estatal e restava para a política criminal a função de oferecer recomendações ao legislador, propondo-lhe as diretivas para reforma. No entanto, a evolução para um novo estágio frente a política criminal, se faz presente logo que nos deparamos com um Estado de Direito material, de semblante *social e democrático*. Para o autor, trata-se de um Estado que mantém de forma íntegra a sua ligação com o Direito, legalidade, bem como, o seu propósito de garantir os direitos e liberdade fundamentais das pessoas. Assim, o *pensamento do problema* deve se sobrepor ao *pensamento do sistema*: *é do problematismo próprio de cada situação da vida que há de partir-se para determinação da totalidade normativa*. (FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *Os novos rumos da política criminal e o direito português do futuro*. Coimbra: ROA, 1983, p. 10 -11).

Uma das manifestações da administrativização podem ser percebidas no conceito de Direito Penal secundário cunhado por FIGUEIREDO DIAS¹⁵⁵, quando o autor analisa o contexto em que o conjunto de normas penais para repressão de condutas que afrontam regras estão relacionadas com atividades administrativas do Estado. A criação de um Direito Penal secundário, o qual possui características próprias, é marcada pelo estabelecimento de critérios que identificam condutas ilícitas, a partir de um sistema jurídico penal autônomo.

Destacamos a menção de FIGUEIREDO DIAS¹⁵⁶, quando ele coloca que o “legislador foi-se deixando seduzir pela ideia perniciosa, mas difícil de evitar, de pôr o aparato das sanções criminais a serviço dos mais diversos fins da política social”. Diante disso, o controle social¹⁵⁷ passa a ter o amparo do sistema jurídico penal e normas penais vão sendo desenvolvidas, com características específicas quanto aos seus conteúdos materiais, e ramos no sistema do Direito Penal vão emergindo.

O autor português nos seus estudos busca analisar o Direito Penal denominado secundário, identificando seu conceito, origens e sua dimensão. Para ele, no ponto de vista jurídico-formal, esse modelo é “um conjunto de normas de natureza punitiva que constituem objeto de legislação extravagante e contém, na sua generalidade, o sancionamento de ordenações de caráter administrativo¹⁵⁸”.

Formular uma caracterização para o Direito Penal secundário significa relacioná-lo com ordenações de caráter administrativo, envolvendo normas punitivas vinculadas a legislação extravagante que, na linguagem jurídica, significa estar fora do Código Penal. Destacamos a natureza administrativa que envolve o Direito Penal secundário, esclarecendo

¹⁵⁵ O conceito de Direito Penal Secundário é apresentado por Jorge de Figueiredo Dias na sua dissertação intitulada *Um contributo para a reforma do direito penal económico. Para uma dogmática do direito penal secundário social português* (1982) e na obra *Direito Penal económico europeu: textos doutrinários* (1998).

¹⁵⁶ FIGUEIREDO DIAS, Jorge de - **Um contributo para a reforma do direito penal económico. Para uma dogmática do direito penal secundário social português**. In *Direito penal secundário: estudo sobre crimes económicos, ambientais, informáticos e outras questões*. Coord. Fabio Roberto d’Avila, Paulo Vinícius Spordeler de Souza. Coimbra: Ed. Coimbra, 2006, p. 16.

¹⁵⁷ Vale ressaltar que no ponto de vista de Busato, o Direito Penal não exercerá um papel ideal no controle social. O autor nos remete a reflexão trazendo que há os instrumentos informais de controle social que vem antes da ocorrência de um desvio de conduta e que podem ser mais importantes do que o Direito Penal em si. Tais controles informais perpassam pela religião, escola, sistema laboral, família, meios de comunicação etc (BUSATO, Paulo César. *Fundamentos para um Direito Penal democrático*. 5 ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 66).

¹⁵⁸ FIGUEIREDO DIAS, Jorge de – **Um contributo para a reforma do direito penal económico**. Para uma dogmática do direito penal secundário social português. In *Direito penal secundário: estudo sobre crimes económicos, ambientais, informáticos e outras questões*. Coord. Fabio Roberto d’Avila, Paulo Vinícius Spordeler de Souza. Coimbra: Ed. Coimbra, 2006, p. 27.

que ele traz sanções com penas para a violação de normas administrativas, portanto, a proteção de direitos sociais e relativos a ordem econômica, nessa proposta, passa a ter relação com o Direito Penal secundário e não com o Direito Penal clássico.

As legislações denominadas extravagantes são fruto da necessidade que o legislador encontra de atender novos interesses sociais que surgem e que julga passíveis de criminalização¹⁵⁹. Podemos destacar aqui a ameaça de legitimidade da lei penal quando se atribui competência legislativa a instâncias que são administrativas. O princípio da legalidade é indispensável e, a partir disso, há uma busca de respaldos para a sua aplicabilidade no Direito Penal secundário.

No contexto da necessidade de criminalização no Direito Penal secundário, podemos destacar uma linha mais crítica de PALMA¹⁶⁰, abordando que há uma controvérsia entre a relação do crime relacionado aos direitos fundamentais e a mera conexão do crime com as necessidades sociais atreladas as questões ambientais, econômicas, financeiras e fiscais.

Há uma perda do sentido de autonomia do Direito Penal perante algumas políticas, assim como uma abordagem economicista da sociedade em questão. Sendo assim, há intervenção penal em áreas que visam garantir o funcionamento de um sistema. Pode-se destacar que isso ocorre, de acordo com PALMA, em alguns casos como na corrupção desportiva, mercado mobiliário e no domínio societário¹⁶¹.

Dessa forma, a crítica nos remete a uma reflexão da influência do campo econômico nas normas do Direito Penal, servindo de base para as exigências de medidas econômicas e administrativas do Estado e, por consequência, o que tange o Direito Penal secundário. Para que ocorra o funcionamento de um sistema, a intervenção penal passa a atuar, tendendo para

¹⁵⁹ Nesse sentido, Raúl Pariona Arana sustenta que com o objetivo de atender os interesses sociais frente a sociedade de risco, o legislador recorre ao Direito Penal e tem como objetivo ampliar os comportamentos penalmente relevantes. Paralelamente, a descriminalização é deixada à margem e isso é observado no agravamento do Direito Penal político em face as atividades terroristas, no Direito Penal ambiental, econômico, no combate do crime organizado, no controle de pesquisa científica e expansão do Direito Penal sobre drogas (ARANA, Raúl Pariona. El derecho penal “moderno”: sobre la necesaria legitimidad de las intervenciones penales. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n. 68. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 115).

¹⁶⁰ PALMA, Maria Fernanda – **Direito Constitucional Penal**. Coimbra: Ed. Almedina, 2006, p. 74.

¹⁶¹ *Idem*, p. 117.

uma criminalização sem que ocorra, de forma adequada, uma articulação no que diz respeito a defesa de direitos fundamentais.

Nas análises de FIGUEIREDO DIAS o Direito Penal pode ser utilizado para promover direitos de organização econômica, assim como sociais e administrativos, por considerá-los relevantes¹⁶². Nesse viés, se defende a ideia de que a função exclusiva de bens jurídicos continua sendo cumprida pelo Direito Penal independente das categorias destes bens. A categorização acaba somente por diferenciar um sistema penal primário, contido nos códigos penais, de um secundário que não está contido e apresenta leis especiais.

As sanções penais clássicas, como penas privativas de liberdade e medidas de segurança, não são aplicáveis quando envolve coletividade e, quanto a isso, FIGUEIREDO DIAS¹⁶³ parece entender que há como contornar esse problema com a utilização de outras sanções, adequadas para a prevenção geral de delito. O autor também aborda de forma breve a proposta de tipos gerais de culpa em oposição aos tradicionais processos de incriminação de culpa do tipo dolosa.

Estendendo o tema do Direito Penal secundário, trazemos a sua relação com a ofensividade, assunto que ganha relevância na análise de D'AVILA¹⁶⁴, o qual traz elementos para o reconhecimento da ofensividade como exigência constitucional de legitimidade do ilícito penal e, a partir disso, ressalta a importância da ofensividade como elemento de delimitação no âmbito do Direito Penal secundário. Para o autor, tal análise se justifica quando a crescente utilização de categorias de crime (reconhecidas, de forma tradicional, como hipóteses de ilícito não compatíveis com a noção de ofensa ao bem jurídico, algo que tem influenciado por interesses da política criminal, mais especificamente, de prevenção geral positiva), tem promovido “a manutenção de um significativo espaço de tensão que não raramente convida a uma relativização da ofensa como regra geral a todas as formas de aparição do ilícito-típico, em prol de espaços de livres disposição político-criminal”.

¹⁶² FIGUEIREDO DIAS, Jorge de – **Um contributo para a reforma do direito penal econômico**. Para uma dogmática do direito penal secundário social português. In: Direito penal secundário: estudo sobre crimes econômicos, ambientais, informáticos e outras questões. Coord. Fabio Roberto d'Avila, Paulo Vinícius Spordeler de Souza. Coimbra: Ed. Coimbra, 2006, p. 44-45.

¹⁶³ FIGUEIREDO DIAS, Jorge, de – **Direito penal**: parte geral. 1 ed. Brasileira. São Paulo: Ed. RT, 2007, p. 51.

¹⁶⁴ D'AVILA, Fabio Roberto – **O modelo de crime como ofensa ao bem jurídico**. Elementos para legitimação do Direito Penal Secundário. Revista Opinião Jurídica. v.4, n.7, 2006, p.85-87. [Consult. 21 mar. 2021]. Disponível em: <https://periodicos.unichristus.edu.br/opiniaojuridica/article/view/2129/650>.

Defendendo em seus trabalhos a tutela do meio ambiente, D'AVILA coloca que a ofensividade é importante critério de orientação legislativa para leis que serão criadas (*lage ferenda*) e critério de validade e delimitação do ilícito na aplicação da lei (*lage lata*). Ressalta ainda que no Direito penal secundário a exigência constitucional deste princípio aumenta de forma significativa devido as particularidades dos bens jurídicos protegidos, normalmente do tipo supra-individuais. Nesse aspecto, chama a atenção para uma maior valorização do trabalho interpretativo (hermenêutico), destacando os crimes de perigo abstrato como sendo, “susceptíveis de recuperação hermenêutica, não constituindo uma categoria, necessariamente, desprovida de ofensividade¹⁶⁵”.

Dando continuidade as análises das manifestações da administrativização, destacamos o Direito Administrativo sancionador e a sua relação de aproximação com o Direito Penal. Essa relação se torna mais evidente, ganhando relevância na resolução de conflitos que são oriundos do exercício do poder estatal.

A posição doutrinal penalista de SILVA SÁNCHEZ¹⁶⁶, em linhas gerais, se relaciona com a proteção de bens jurídicos lesados ou colocados em risco de lesão, devido as condutas que são decorrentes da sociedade de risco, por meio de um Direito Administrativo sancionador.

Este é um ramo que tem se apresentado como instrumento para o exercício do *ius puniendi* estatal. No Direito Administrativo as atividades sancionatórias passam a ter um espaço que antes era reservado à responsabilização penal. Na Espanha, o crescimento do Direito Administrativo sancionador foi se fortalecendo a partir de uma hipertrofia da atuação da administração pública e as sanções administrativas foram se estabelecendo em meio as normas penais.

O Direito Administrativo sancionador tem seu interesse voltado para a globalidade e, por esse motivo, tipifica as infrações e sanciona sob perspectivas que são gerais, não havendo, nesse sentido, um risco concreto imputável a um sujeito determinado. O determinante passa a

¹⁶⁵ D'AVILA, Fabio Roberto – **O modelo de crime como ofensa ao bem jurídico**. Elementos para legitimação do Direito Penal Secundário. Revista Opinião Jurídica. v.4, n.7, 2006, p.85-87. [Consult. 21 mar. 2021]. Disponível em: <https://periodicos.unichristus.edu.br/opiniaojuridica/article/view/2129/650>.

¹⁶⁶ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María – **A expansão do direito penal**: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais. Tradução: Luiz Otávio de Oliveira Rocha. 3 ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 152.

ter um âmbito macrossocial em que as condutas representam um perigo para um modelo setorial ou de atividade¹⁶⁷.

Esse quesito nos remete ao fato do Direito Administrativo sancionador estar relacionado ao ‘dano cumulativo’ ou ‘derivado da repetição’¹⁶⁸. O fenômeno de dano cumulativo, num debate político criminal, se relaciona com a proteção de bens jurídicos coletivos, não havendo uma vinculação causal entre conduta individualizada e consequente lesão. SILVA SÁNCHEZ¹⁶⁹ menciona que o dano cumulativo acaba dispensando “uma valoração do fato específico, requerendo somente uma valoração acerca de qual seria a transcendência global de um determinado gênero de condutas que viesse a ser considerado lícito”.

Tal citação nos remete ao entendimento de que no dano cumulativo não é viável a imputação de responsabilidade a um determinado sujeito. Não parece ser possível usar esse critério individual uma vez que não há como introduzir elementos de lesividade e perigo concretos e, sim, perigo global, presumido e estatístico¹⁷⁰.

A questão geral dos delitos cumulativos está intimamente conectada com o debate sobre a legitimidade e a determinação da lesividade social dos delitos relacionados com bens jurídicos coletivos. FEIJOO SANCHEZ¹⁷¹ prefere denominar tal questão de tipificação de danos acumulativos e comenta que tal estrutura implica em sanção de conduta não por criar um risco ou perigo, mas pelos efeitos nocivos de repetição ou reiteração do mesmo comportamento. Temos aqui um método de imputação estatístico (número de vezes que se realiza) para problemas macrossociais.

Após as análises que demonstram uma progressiva redução de fronteiras entre as funções preventivas do Direito Penal e do Direito Administrativo sancionatório, percebemos

¹⁶⁷ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María – **A expansão do direito penal**: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais. Tradução: Luiz Otávio de Oliveira Rocha. 3 ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 150.

¹⁶⁸ *Idem*, p. 151.

¹⁶⁹ *Idem*, p. 151.

¹⁷⁰ Alguns exemplos podem ser expressos no âmbito tributário, proteção ambiental, veículo e ingestão de álcool, entorpecentes, e lavagem de dinheiro - âmbito econômico (SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María – *A expansão do direito penal*: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais. Tradução: Luiz Otávio de Oliveira Rocha. 3 ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 152).

¹⁷¹ FEIJOO SANCHEZ, Bernardo – **Sobre a “administrativização” do direito penal na “sociedade de risco”**. In Revista Liberdades n.7, (mai.-ago.2011) p. 42. [Consult. 10 jan. 2021]. Disponível em: <https://www.ibccrim.org.br/publicacoes/visualizar-pdf/447/1>.

que, diante do cenário imposto pelas sociedades contemporâneas, o Direito Penal cria novos tipos penais que vão proteger funções estatais. Ao não manter seu âmbito clássico de tutela, enfraquecem princípios que remetem a individualização de responsabilidade.

Esse viés entende que a incidência de riscos e perigos reais que surgem nas sociedades dinâmicas, não viabilizam um idealismo minimalista para o Direito Penal, uma vez que não se percebe um Estado mínimo e, sim, características que mudam o perfil do Estado a partir de um processo dinâmico e evolutivo. No entanto, numa abordagem em que o Direito Penal pode atender novas necessidades que são decorrentes da atual sociedade, fica o desafio de não se desvirtuar da sua função primordial e do papel que a penalidade legitimamente deve desempenhar.

Para nortear a trajetória do Direito punitivo, algumas propostas são apresentadas e destacamos, nesse viés, os caminhos descritos por SILVA SÁNCHEZ como sendo de duas velocidades¹⁷², o qual já mencionamos brevemente no segundo capítulo. O caminho de primeira velocidade prima pela tutela bens jurídicos que são considerados tradicionais, mantendo os princípios das políticas-criminais clássicos, as regras de imputação e os princípios processuais (Direito Penal clássico ou da prisão). O outro caminho, de segunda velocidade, com penas de privação de direitos (pecuniária), sem prisão, com flexibilização proporcional de sanção. O Direito Penal de segunda velocidade intenciona atuar no âmbito das perturbações sociais modernas presentes na sociedade de risco, ou seja, atuará na criminalidade moderna, protegendo bens jurídicos supraindividuais¹⁷³.

¹⁷² FEIJOO SANCHEZ, Bernardo – **Sobre a “administrativização” do direito penal na “sociedade de risco”**. In Revista *Liberdades* n.7, (mai.-ago.2011) p. 193. [Consult. 10 jan. 2021]. Disponível em: <https://www.ibccrim.org.br/publicacoes/visualizar-pdf/447/1>.

¹⁷³ VALENTE, Manuel Monteiro Guedes - **Do ministério público e da polícia**. Prevenção criminal e ação penal como execução de uma política criminal do ser humano. Lisboa: UCE, 2013. p. 150.

Podemos destacar, ainda, uma terceira velocidade abordada por SILVA SÁNCHEZ¹⁷⁴ a do “Direito Penal do Inimigo”, assim abordada por GÜNTHER JAKOBS¹⁷⁵, em que o inimigo é aquele que não se submete as regras do convívio social (ausência da segurança mínima de condutas) e que tem os direitos e garantias fundamentais relativizadas ou até suprimidas. A partir dessa ideia o Estado confronta não os seus cidadãos, mas seus inimigos, sendo assim, quem por princípio se conduz de modo desviado, deve ser combatido como inimigo.

GUEDES VALENTE¹⁷⁶ nos chama a atenção na sua literatura, mencionando que os dois autores citados anteriormente defendem uma nova classificação (*tertium genus*) do Direito Penal material e processual “com menos garantias processuais (e menos direitos e liberdades processuais) para os designados crimes hediondos como forma de garantir a segurança comunitária”. O autor deixa clara a sua discordância dessa linha, pois não abre mão de um modelo garantista e humanista¹⁷⁷.

Para o autor português, o modelo garantista não tem relação com impunidade ou irresponsabilidade. O garantismo democrático é norteador “da legitimidade e da limitação da intervenção penal”. Se enfatiza que a tutela de bens jurídicos fundamentais à harmonia comunitária é importante, mas não é o único valor da justiça. O ser humano não pode ser

¹⁷⁴ Silva Sánchez nos remete a definição de inimigo de Jakobs, que é o indivíduo que abandona o Direito de modo duradouro, mediante o seu comportamento, ocupação profissional ou, ainda, vinculação a uma organização. Para Silva Sánchez o inimigo, nesse viés, é *alguém que não garante a mínima segurança cognitiva de seu comportamento pessoal e manifesta esse déficit por meio de sua conduta*. Alguns pontos permitem a transição do ‘cidadão’ ao ‘inimigo’, sendo eles: reincidência do delinquente, habitualidade, profissionalismo voltado para o crime, organizações estruturadas para delitos. Nesse processo se manifesta uma dimensão fática de periculosidade (SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María – *A expansão do direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais*. Tradução: Luiz Otávio de Oliveira Rocha. 3 ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 152 p. 194-195).

¹⁷⁵ Günther Jakobs, alemão e professor catedrático da Universidade de Bonn (Alemanha) de Direito Penal e Filosofia do Direito. Fundante do Direito Penal do Inimigo, doutrina que tem como base os seguintes elementos: amplo adiamento da punibilidade (prevalecendo a prospectiva – ponto de referência o fato futuro – sobre a retrospectiva – ponto de referência o fato cometido); penas desproporcionalmente altas; garantias processuais relativizadas ou até suprimidas (MELIÁ, Manuel Cancio - *Direito Penal do Inimigo*. Noções Críticas. Porto Alegre: Advogado, 2008, p. 67). Também vale destacar a menção de Zaffaroni, jurista argentino, quanto a negação a condição de pessoa ao que se considera inimigo – *uma sociedade que aspire à segurança com relação à conduta posterior de cada um de nós como valor prioritário, projetada para o futuro [...] aspiraria a converter-se numa sociedade robotizada e, por consequência, despersonalizada* (ZAFFARONI, Eugenio Raúl - **O inimigo no direito penal**. Trad. Sérgio Lamarão. 2.ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007, p. 18-21).

¹⁷⁶ VALENTE, Manuel Monteiro Guedes - **Do ministério público e da polícia**. Prevenção criminal e acção penal como execução de uma política criminal do ser humano. Lisboa: UCE, 2013. p. 300.

¹⁷⁷ *Idem*, p. 63.

mudado e tratado como *coisa*. O exercício de todos os poderes deve estar pautado na dignidade humana que inspira a Constituição da República Portuguesa.

Vale ressaltar também que o sistema punitivo democrático, vinculado à teoria do garantismo, só assegura-se por meio de barreiras que vão desde do convencionalismo penal, atrelado a descrição taxativa de ações delitivas (legislação), até a jurisdicionalidade estrita que evita arbitrariedades¹⁷⁸.

A partir desse contexto chegamos ao ponto de associar o garantismo ao estado constitucional do direito, o qual só pode admitir um modelo penal garantista que envolve racionalização, legitimidade de intervenção punitiva, justiça e uma tutela máxima de direitos, limitando o poder punitivo estatal.

4.3 Administrativização como aspecto político-criminal contemporâneo

Após os breves posicionamentos frente as manifestações da administrativização, retomamos o tema nos seus aspectos políticos criminais. A partir da modernização do Direito Penal, como consequência do pós-industrial que passa a gerar demanda na tutela de bens coletivos (supraindividuais), figura a administrativização, fenômeno característico do Direito Penal moderno, que pode ser considerado como um dos aspectos contemporâneos que geram polêmica, uma vez que o Direito Penal assume, em parte, uma forma de raciocínio que é própria do Direito Administrativo.

Diante desse contexto, SILVA SÁNCHEZ¹⁷⁹ assevera que o Direito Penal, que “regia *a posteori* contra a um fato lesivamente delimitado (quanto ao sujeito ativo e ao passivo), se converte em um direito de gestão (punitivista) de riscos e gerais e, nessa medida, está administrativizado”.

¹⁷⁸ FERRAJOLI, Luigi – **Direito e Razão**: teoria do garantismo penal. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2002, p. 30-33.

¹⁷⁹ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María – **A expansão do direito penal**: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais. Tradução: Luiz Otávio de Oliveira Rocha. 3 ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2013, p. 148.

É possível expor que a administrativização do Direito Penal se traduz na convocação do Direito Penal para ser subsidiário ao Estado no controle de parcelas da sociedade, especialmente, nos assuntos relacionados ao meio ambiente, saúde e economia, isto é, o Direito Penal passa a ser uma base de apoio para o Direito Administrativo.

A ideia de administrativização da tutela penal tem distanciado cada vez mais o Direito Penal de sua principiologia clássica, a qual orienta a intervenção punitivista como *ultima ratio*¹⁸⁰. Nota-se que a noção de subsidiariedade e fragmentariedade¹⁸¹ do Direito Penal, pontos importantes para o estabelecimento de limitação da punição por meio da intervenção mínima, também tem sido afastada quando se trata da tutela dos interesses coletivos.

Numa tese clássica, o ilícito penal e o ilícito administrativo apresentam a sua distinção. Ao ilícito penal é conferido um caráter de lesão reprovável de um bem jurídico, enquanto no administrativo há um ato de desobediência ético-valorativamente neutro. Com o tempo, foi se firmando outra tese de diferenciação entre os ilícitos, num nível quantitativo, em que o administrativo é aquele que tem menor conteúdo injusto¹⁸².

Nesse sentido, para as teses clássicas a diferença entre o ilícito penal e o administrativo está no grau de reprovabilidade, ou seja, na intensidade que cada ilícito infringe as normas morais resguardadas pelo Estado.

¹⁸⁰ Vale destacar aqui uma visão de Schünemann que diz respeito a *ultima ratio*. Para ele o princípio não deve ser usado em abordagens globalizantes, mas por meio da elaboração de grupos de casos, que partam do bem jurídico tutelado, levem em consideração as trajetórias que promovem a sua lesão, dentro de um contexto histórico-social, assim como os recursos necessários para a sua proteção. De acordo com o autor, deve haver uma análise tridimensional para a tutela do bem jurídico (SCHÜNEMANN, Bernd - *O Direito Penal é a ultima ratio de proteção dos bens jurídicos!* Sobre os limites invioláveis do direito penal em um Estado de Direito liberal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo, ano 13, n. 53, mar.-abr. 2005, p.23).

¹⁸¹ A ideia do Direito ser fragmentário e não abarcar todos os conteúdos jurídicos de forma indistinta, foi considerada uma falha no Tratado de Direito Penal alemão de Binding (1896). Com o tempo se percebe a importância do princípio da fragmentariedade. BUSATO traz Muñoz Conde e García Arán, os quais mencionam que o caráter fragmentário do Direito penal aparece em forma tripla: o princípio defende bens jurídicos somente mediante ataque graves; tipificando apenas uma parte do que nos demais ramos do ordenamento jurídico se estima como antijurídico; o castigo não se aplica, em princípio, as ações consideradas meramente imorais. Partindo da intervenção mínima também se destaca a subsidiariedade, a qual promove a intervenção do Direito Penal somente diante da comprovação de que outros meios são na resolução do problema. Aqui BUSATO destaca García-Pablos de Molina que menciona a intervenção subsidiária do Direito penal com sendo um postulado limitador do *ius puniendi*. O princípio tem como fundamento político-criminal um uso parcimonioso e atento dos gravosos recursos penais, sendo possível outros meios eficazes e de menor custo social. (BUSATO, Paulo César - *Fundamentos para um Direito Penal democrático*. 5 ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 169-173).

¹⁸² *Idem*, p. 148-149.

Entretanto, para SILVA SÁNCHEZ¹⁸³ esse entendimento, que foca apenas no injusto e em seu ato de efeito, é equivocado para diferenciar os dois âmbitos. Ainda, segundo o autor, “também resulta incompleta a moderna teoria da diferenciação (meramente) qualitativa”. Nessa linha, para distinguir o âmbito penal e o administrativo, não se faz determinante apenas a configuração do injusto, mas sim aspectos complementares. Há uma consolidação qualitativa e isso passa a refletir na forma de entender a lesividade das infrações e os critérios utilizados para a sua imputação.

No que tange o critério de lesividade ou periculosidade, o autor espanhol discursa que o Direito Penal visa a proteção de bens concretos, em casos que são concretos, de acordo com critérios de lesividade ou periculosidade também concretos de imputação individual de injusto. Enquanto isso, temos o Direito Administrativo sancionador que visa ordenar, de forma geral, setores da atividade, não seguindo critérios de lesividade ou periculosidade concretos. Seu reforço está voltado para globalidade, uma visão macrossocial¹⁸⁴.

Diante de um processo de movimentação e evolução há um direcionamento para a proteção de contextos amplos o que leva o Direito Penal a se relacionar com questões bastante abrangentes que brotam em meio a uma sociedade dinâmica e com crises constantes.

Explorando o tema, citamos novamente FEIJOO SANCHEZ¹⁸⁵ expondo a sua opinião, a qual expressa que frente as características de um Estado moderno, não é adequado querer equilibrar o minimalismo do Direito Penal com um Estado que não apresenta uma concepção liberal e que está em Estado máximo. Reforça, ainda, que não é considerável um puro e ideal Direito Penal, presente nas sociedades pré-industriais, atuando em um Estado pós-industrial.

Para o autor mencionado anteriormente, o Direito Penal não é “independente da forma, da problemática e das características de sua sociedade”, ele destaca que o Direito Penal, considerado como controlador de uma sociedade, “não pode ser impermeável nem às novas

¹⁸³ *Idem*, p. 149-150.

¹⁸⁴ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María – **A expansão do direito penal**: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais. Tradução: Luiz Otávio de Oliveira Rocha. 3 ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 125.

¹⁸⁵ FEIJOO SANCHEZ, Bernardo – **Sobre a “administrativização” do direito penal na “sociedade de risco”**. In Revista Liberdades n.7, (mai.-ago.2011) p. 37. [Consult. 10 jan. 2021]. Disponível em: <https://www.ibccrim.org.br/publicacoes/visualizar-pdf/447/1>.

situações que os avanços técnicos vão configurando, nem à existência de interesses coletivos relacionados com o papel social e intervencionista do Estado”.

A partir dessa linha de raciocínio do autor, ao se deparar com um novo cenário estabelecido, não é possível o Direito Penal desconsiderar um maior papel intervencionista do Estado. Um dos papéis que o Estado moderno deve cumprir é o de proteger interesses públicos supraindividuais e, frente as novas intervenções políticas jurídicas, surge a necessidade do Direito Penal intervir em caso considerados mais graves.

Para tanto, o conjunto de leis vigentes tem que ser ancorado por uma maior juridificação dos problemas presentes na sociedade atual, na visão de FEIJOO SANCHEZ¹⁸⁶, o qual também destaca o fato da evolução do Direito Penal não ser isolada, mas alinhada com a evolução das sociedades modernas. O posicionamento do autor remete a questão de que não se trata de desqualificar o processo de funcionalização social do Direito Penal, mas do desenvolvimento de critérios que possibilitem identificar quando não é legítima a intervenção do Direito Penal para proteger as novas funções políticas ou modelos organizativos do Estado. Nesse cenário, deslegitimar as normas penais que apresentem relação com as novas características sociais, perde notoriedade se pensarmos que o caminho adequado pode estar vinculado a identificação de situações em que há um uso da pena sem legitimidade.

Essa abordagem leva em conta que o Direito Penal pode atender às novas necessidades impostas pela sociedade contemporânea, mas desde que as funções desse ramo do Direito não se desnaturalizem, bem como o papel que deve exercer legitimamente a pena estatal¹⁸⁷.

A crise da legitimidade do Direito Penal na sociedade atual é um tema que requer análises importantes e críticas. O fenômeno do expansionismo penal envolve bens jurídicos supraindividuais, com proteção de bens difusos, macrossociais que se apresentam com amplo perfil, dificultando a determinação do que realmente deve ser tutelado, em meio as expectativas sociais de contenção de riscos.

¹⁸⁶ FEIJOO SANCHEZ, Bernardo – **Sobre a “administrativização” do direito penal na “sociedade de risco”**. In Revista Liberdades n.7, (mai.-ago.2011) p. 37. [Consult. 10 jan. 2021]. Disponível em: <https://www.ibccrim.org.br/publicacoes/visualizar-pdf/447/1>.

¹⁸⁷ *Idem*, p. 38.

Para tanto, destaca-se a relevância da existência de políticas criminais mais detalhadas e de concretude, que permitam delinear as expansões do Direito Penal suportáveis, das que não são consideradas adequadas, em vez de discursos que passam a ser retóricos e pouco consistentes na prática.

Partindo do pressuposto que a administrativização do Direito Penal afasta o Direito Penal das suas principais características, com uma ilegítima utilização das normas e da pena, temos esse fenômeno como sendo uma disfunção¹⁸⁸.

Nesse sentido, a opinião de FEIJOO SANCHEZ¹⁸⁹ é de que se partirmos da ideia de que a pena só pode precaver a lesão durante o vigor da norma, por meio de uma “retribuição de um fato concreto o qual se possa definir como injusto que encerra uma lesividade social merecedora de pena”, torna-se possível encontrar alguma forma de limite a estes processos patológicos aos quais nos referimos como disfunção.

Uma vez que se considere que há diferenças estruturais entre os dois ordenamentos, administrativo e penal, teremos a percepção de uma teoria sobre a diferenciação de como esses dois ordenamentos tratam da proteção dos bens jurídicos, caso contrário, ficamos à mercê de uma ideia não esclarecedora.

Por conseguinte, podemos entender que a sanção de uma conduta a executar algo que, simplesmente, é estatisticamente perigoso, mas que no plano concreto não se sustenta, deve canalizar-se por meio do Direito Administrativo. Desse modo, quando houver a necessidade de preservar a vigência formal de normas que, estatisticamente, se demonstram úteis na prevenção de lesão de bens jurídicos, não faz sentido a intervenção com penas¹⁹⁰.

¹⁸⁸ FEIJOO SANCHEZ, Bernardo – **Sobre a “administrativização” do direito penal na “sociedade de risco”**. In Revista Liberdades n.7, (mai.-ago.2011) p. 38. [Consult. 10 jan. 2021]. Disponível em: <https://www.ibccrim.org.br/publicacoes/visualizar-pdf/447/1>. Feijoo Sanchez intitula um dos tópicos do seu material como *A Admisnistrativização como Patologia*.

¹⁸⁹ *Idem*, p. 38-39.

¹⁹⁰ Nesse contexto, o autor Feijoo Sanchez comenta que a questão estatística, no que tange a periculosidade, significa [...] *uma fundamentação suficiente para criar normas que desvalorem esse tipo de condutas, mas não serve para fundamentar a intervenção do direito penal com penas frente aos cidadãos concretos*. Para o autor, o injusto penal deve ir bem além da simples [...] *desobediência administrativa e implicar um ‘plus’ que justifique a pena*. (FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo – *Sobre la administrativización del derecho penal em la sociedade de riesgos*. In: Revista de Derecho Penal n. 7, maio-agosto/2011. Disponível em <http://www.revistaliberdades.org.br/_upload/pdf/8/artigo1.pdf>. Acesso em: 03 out. 2020, p. 39-40).

Cumpra asseverar que utilizar as penas para finalidades que não se relacionam com a preservação de valores fundamentais, que podem ou não estar mediados por bens intermediários de caráter coletivo, não culmina com a estabilização da ordem social.

Contextualizando, podemos destacar que importantes diferenças devem ser observadas entre o Direito Penal e o Direito Administrativo no que tange questões qualitativas e quantitativas. Podemos dizer que nas suas raízes e essências são sistemas jurídicos que possuem suas especificidades de diretrizes e princípios. Da mesma forma, acabam por ter suas competências e limitações.

Nesse viés, FARIA COSTA¹⁹¹ faz a distinção entre o ordenamento administrativo e penal, mencionando que “só a intencionalidade de cuidado de perigo que arranca da comunidade e é mediatizada pelo detentor histórico do ‘ius puniendi’ é que se beneficia da relevância ético-social e por isso se reveste de dignidade penal”. Para o autor, todo o restante acaba sendo objeto relacionado ao direito administrativo.

Por outro lado, os dois ordenamentos jurídicos não são totalmente desconectados, ou seja, não se pode dizer que não há pontos de contato, mas suas bases normativas e interpretativas são diversas. Com relação ao Direito Administrativo, a sua função está atrelada a regulamentação e organização do funcionamento social de modo a proteger as instituições estatais, com normas mais generalizadas e flexíveis, já que as sanções não têm relação com a violação da dignidade humana e passam a ser mais relacionadas com advertência e reparação¹⁹².

Dessa forma, já é perceptível uma diferença, pois o Direito Administrativo ao tutelar esferas mais coletivas se distancia do indivíduo que compõe tal esfera, enquanto o Direito Penal visa proteger bens jurídicos fundamentais. Vale lembrar vertentes que relacionam ao Direito Penal as ações que afetam bens coletivos, mas com sanções que não privam a liberdade e com institutos e limites mais flexíveis.¹⁹³

¹⁹¹ FARIA COSTA, José Francisco de – **O perigo em direito penal**: contributo para sua fundamentação e compreensão dogmáticas. Coimbra: Coimbra Editora, 1992, p. 466.

¹⁹² BOTTINI, Pierpaolo Cruz – **Crimes de perigo abstrato**. 3ª. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 151.

¹⁹³ Relembramos aqui a abordagem de Silva Sánchez frente aos riscos que surgem com a modernidade, respeitando o Estado Democrático de Direito. O autor destaca o Direito Penal de duas velocidades, já abordado anteriormente. Como vantagem de manter certas condutas dentro do âmbito penal, se coloca o vigor deste ordenamento, com superior capacidade de repressão.

A disfuncionalidade da administrativização do Direito Penal, na visão de BOTTINI¹⁹⁴, “[...] decorre da proteção criminal de preceitos administrativos que não visam proteger bens jurídicos com referente último na dignidade humana”. Dessa forma, a repressão penal ocorre devido um descumprimento da regra administrativa. O autor também nos remete ao fato da administrativização do Direito Penal ter uma relação com a problemática das normas penais em branco¹⁹⁵, as quais estão atreladas a tipos penais incompletos que encaminham o ato ilícito para outras esferas, ou seja, a complementação da norma penal será dada por áreas que podem melhor descrever.

O uso desordenado de leis penais em branco é criticado por HASSEMER e MUNÔZ CONDE que alertam para a condução a uma desformalização do controle social. Também destacam a tendência para leis indeterminadas que utilizam conceitos vagos ou que deixam margens obscuras para os limites da criminalização e descriminalização. Acrescentam ainda “[...] que deixam em mãos do juiz a responsabilidade final de castigar dentro de uma ampla margem de discricionariedade¹⁹⁶”.

A descrição taxativa das condutas arriscadas, diante das novas e variadas atividades e dos novos riscos, se torna mais difícil e também dificulta a descrição da norma penal. Ocorre que a intervenção demasiada do Direito Penal em outros ramos do Direito, em especial no Direito Administrativo, tem gerado um composto de legislações mistas de caráter administrativo, mas com a coercibilidade de ordem penal, ou seja, uma hibridização vai se estabelecendo e tornando o processo questionável em alguns pontos.

¹⁹⁴ BOTTINI, Pierpaolo Cruz – **Crimes de perigo abstrato**. 3ª. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 151.

¹⁹⁵ Como conceito primário de norma penal em branco temos que ela seria aquela que remete seu complemento a uma norma de categoria legislativa inferior. No entanto, o conceito ganha amplitude quando se aceita a possibilidade de que o complemento normativo ao qual remete a norma em branco está contido na própria lei que a estabelece, ou ainda, numa legislação diferente, mas de mesmo nível legislativo que a completa. (MEZGER, Edmund - *Strafrecht, ein Lehrbuch*. 2. Ed. Berlin: Duncker e Humblot, 1993, p. 196 *apud* BUSATO, Paulo César - *Fundamentos para um Direito Penal democrático*. 5 ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 105).

¹⁹⁶ HASSEMER, Winfried; MUNÔZ CONDE, Francisco – **Introducción a la criminología y derecho penal**. Valencia: Tirant lo Blanch, 1989, p. 22.

4.4 Legitimidade penal e eficácia

Após discorrer sobre a administrativização processo relacionado ao evento expansionista do Direito Penal, podemos mencionar que a hipertrofia dessa área do Direito faz com que entre em pauta a sua legitimidade e eficácia e, ainda, traz à tona o discurso da criminalização, o qual envolve itens importantes como: a identificação de uma conduta danosa, o questionamento da legitimidade e da necessidade de atuação jurídico-penal do Estado, bem como a análise do sistema penal para que ele não se torne um fator criminal. No que se refere a legitimação da criminalização, pode-se afirmar que os critérios estão envoltos de críticas. No contexto da sociedade democrática, dois pontos são usados para a legitimidade de intervenção penal. Um deles é a dignidade penal¹⁹⁷ e o outro ponto é a necessidade (carência) de tutela penal¹⁹⁸.

Traçando alguns caminhos do discurso da criminalização, entendemos que assume dignidade penal as condutas socialmente danosas, isto é, que lesem bens jurídicos fundamentais. No entanto, para a legitimidade da criminalização, não é possível se apegar apenas neste ponto, pois ele é capaz de impor a descriminalização ou contrariar a criminalização, mas não para impor, muito menos legitimar a criminalização. Faz-se necessário a complementação a partir da análise da carência ou necessidade de tutela. FIGUEIREDO DIAS e COSTA ANDRADE nos trazem a lição de SAX¹⁹⁹, quando ele afirma que a necessidade de tutela penal exprime “o juízo de que, em relação a determinados comportamentos que directa e indirectamente lesam bens jurídicos, sendo, portanto, dignos de sanção criminal, esta sanção é também de facto o único meio para, de forma eficaz, proteger a ordenação comunitária”. Dessa forma, o conceito de necessidade de tutela penal está atrelado ao princípio de subsidiariedade do Direito Penal, o qual se constitui em *ultima ratio* do controle social.

¹⁹⁷ O conceito de dignidade penal envolve princípios, sendo um deles de *imanência social* e outro de *consenso*. Quanto a imanência social, significa que se deve recorrer das sanções criminais a *prossecação de finalidades socialmente transcendentais, designadamente moralistas ou ideológicas*. Quanto ao princípio do consenso, é postulado a redução do direito criminal ao núcleo irreduzível [...] *dos valores ou interesses que contam com o apoio generalizado da comunidade* (FIGUEIREDO DIAS, Jorge de; COSTA ANDRADE, Manuel da – **Criminologia: O homem Delinquente e a Sociedade Criminógena**. Coimbra: Coimbra Editora, 1.ª ed. Reimpressão, 2013, p. 406).

¹⁹⁸ FIGUEIREDO DIAS, Jorge de; COSTA ANDRADE, Manuel da – **Criminologia: O homem Delinquente e a Sociedade Criminógena**. Coimbra: Coimbra Editora, 1.ª ed. Reimpressão, 2013, p. 404.

¹⁹⁹ SAX, W. (n. 14), p. 935 *apud* FIGUEIREDO DIAS, Jorge de; COSTA ANDRADE, Manuel da - **Criminologia: O homem Delinquente e a Sociedade Criminógena**. Coimbra: Coimbra Editora, 1.ª ed. Reimpressão, 2013, p. 407.

A partir dessas ideias, temos a compreensão de que a dignidade penal e a necessidade de tutela penal permitem a legitimação da criminalização. No entanto, com ordenamentos jurídicos que refletem a tendência expansionista do Direito Penal, seja devido as novas formas de criminalidade, seja pelo uso excessivo de instrumentos de punição como uma resposta aos conflitos presentes na sociedade, nos deparamos com posturas legislativas de criminalização de condutas que não possuem pressupostos mínimos de tutela penal, mas que se apresentam, de forma simbólica²⁰⁰, para causar uma impressão de controle da criminalidade e da violência. Dessa forma vai se firmando o “fenômeno da hipercriminalização”, o qual FIGUEIREDO DIAS²⁰¹ nos chama a atenção, quando menciona que o legislador se deixou levar, colocando as sanções criminais a serviço dos diferentes fins de uma política social.

Quando trazemos à tona as relações políticas e de poder, o crime passa a ser um tópico em destaque. Nesse viés, FIGUEIREDO DIAS e COSTA ANDRADE nos remetem a MORRIS e HAWKINS²⁰², que expõem que a lei criminal é de extrema confiança para os políticos que “gostam de invocar as sanções criminais a propósito dos mais variados problemas sociais, que mais não seja para declinar o seu fervor moral e as suas virtudes políticas”.

Desse modo, entendemos a necessidade de se rever os sistemas penais, tomando como base os conceitos de dignidade penal e necessidade de tutela penal, que são norteadores do processo de descriminalização, conceito que, no sentido exato, entende-se como a desqualificação de uma conduta como sendo crime. Para FIGUEIREDO DIAS e COSTA

²⁰⁰ No que diz respeito a função simbólica e numa perspectiva crítica, o autor Alessandro Baratta nos traz que as funções simbólicas do Direito Penal acabam prevalecendo sobre as funções instrumentais. A falta de tutela real de bens jurídicos é compensada por um processo ilusório de segurança por parte do público, que acaba confiando no ordenamento e instituições. Na sua visão, *a pretendida função instrumental do direito sempre serviu para estender esses limites, para ocultar as funções simbólicas e políticas de ação punitiva, para mistificar a realidade da pena, como violência institucional e sua ‘função latente’, ou seja, a de reproduzir o subsistema de justiça penal [...] e servir à reprodução ideológica e material das relações de desigualdade na sociedade.* (BARATTA, Alexandro - *Funções instrumentais e simbólicas do direito penal*. Lineamentos de uma teoria do bem jurídico. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo, n. 5, 1994, p. 23).

²⁰¹ FIGUEIREDO DIAS, Jorge de - **Um contributo para a reforma do direito penal econômico**. Para uma dogmática do direito penal secundário social português. In *Direito penal secundário: estudo sobre crimes econômicos, ambientais, informáticos e outras questões*. Coord. Fabio Roberto d’Avila, Paulo Vinícius Spordeler de Souza. Coimbra: Ed. Coimbra, 2006, p. 16.

²⁰² MORRIS; HAWKINS, n.14, p.2 *apud* FIGUEIREDO DIAS, Jorge de; COSTA ANDRADE, Manuel da - **Criminologia: O homem Delinquente e a Sociedade Criminógena**. Coimbra: Coimbra Editora, 1.ª ed. Reimpressão, 2013, p. 414.

ANDRADE²⁰³ a descriminalização é uma redução formal – sc. ‘legal’ – da competência do sistema penal em relação a determinadas expressões do comportamento humano.

A seguir, vamos discorrer sobre a perspectiva da descriminalização, a qual pode se apresentar como barreira à expansão do ordenamento penal e inflação de normas punitivas, a partir da exclusão de certos tipos de comportamento da competência do sistema penal.

4.5 O movimento da Descriminalização

Quando nos referimos ao movimento jurídico da descriminalização, temos esse fenômeno como sendo uma aquisição vigorosa dentre as tendências da política criminal, frente ao descontentamento com o funcionamento do sistema penal²⁰⁴ como um todo.

O significado político criminal da descriminalização envolve dois modelos, sendo um deles quando o Estado renuncia o controle da conduta e excede com a tolerância. Isso pode ocorrer porque a conduta passa a não ser indesejável ou porque, mesmo sendo indesejável, não se atribui ao Estado legitimidade para o controle da conduta. Num outro modelo, a descriminalização está relacionada com alternativas de controle consideradas mais eficazes e menos onerosas em relação ao que o sistema penal oferece²⁰⁵.

²⁰³ FIGUEIREDO DIAS, Jorge de; COSTA ANDRADE, Manuel da – **Criminologia**: O homem Delincente e a Sociedade Criminógena. Coimbra: Coimbra Editora, 1.ª ed. Reimpressão, 2013, p. 399.

²⁰⁴ Há tempo, algumas perspectivas do sistema penal foram abordadas por Hulsman, o qual parte de problemas presentes nas democracias ocidentais pluralistas e industrializadas, mais particularmente na Holanda. Tais perspectivas estão num relatório, de 1973, preparatório para o XI Congresso Internacional de Direito Penal e são muito presentes no sistema penal atual, merecendo destaque. Dentre elas estão: a diferença entre capacidade do sistema penal e as tarefas que lhe são atribuídas, sendo que tal diferença é tanto de natureza qualitativa (capacidade das sanções penais para atingir o resultado esperado), quanto quantitativa; a falta de controle do funcionamento do sistema penal, o qual não conta com escolha racional de objetivos, prioridades e meios utilizados; custos sociais bastante consideráveis, tanto no nível social como um todo, como também no nível individual (HULSMAN, Louk – *Descriminalização*. Relatório apresentado ao Colóquio realizado em Bellagio, em maio de 1973, preparatório ao XI Congresso Internacional de Direito Penal. Tradução de Yolanda Catão. Revista de Direito Penal. Órgão oficial do Instituto de Ciências Penais da Faculdade de Direito Cândido Mendes. Diretor: Prof. Heleno C. Fragoso n.º 9/10. Editora Revista dos Tribunais. Jan – Jun, 1973, p. 8-9.)

²⁰⁵ FIGUEIREDO DIAS, Jorge de; COSTA ANDRADE, Manuel da – **Criminologia**: O homem Delincente e a Sociedade Criminógena. Coimbra: Coimbra Editora, 1.ª ed. Reimpressão, 2013, p. 403.

Sobre o tema, cabe trazer o entendimento de HULSMAN²⁰⁶ que menciona ser a descriminalização:

[...] o ato e a atividade pelos quais um comportamento em relação ao qual o sistema punitivo tem competência para aplicar sanções é colocado fora da competência desse sistema. Assim a descriminalização pode ser realizada através de um ato legislativo ou de ato interpretativo (do juiz).

O assunto dos modelos de descriminalização também é abordado por CERVINI²⁰⁷, o qual menciona o primeiro como ‘descriminalização formal ou legal’ (legislativa, com a revogação de uma lei, decreto ou ato ilícito) e o segundo como ‘descriminalização substitutiva’ (infração penal é transferida para outro ramo do Direito ou há alteração na penalidade). Destaca também a descriminalização de fato, em que se elimina a aplicação de pena, mas se mantém a ilicitude do fato. Esse modelo de descriminalização tem como algumas das causas hipotéticas o sistema penal sobrecarregado e a falta de reconhecimento social de um comportamento como delito. O autor ainda nos instiga a refletir sobre a colocação do Comitê Europeu quando aponta que “a descriminalização não significa desinteressar-se da sorte da população, mas tratar sua situação de maneira diferente, substituindo o sistema penal que nem sempre é muito efetivo, por um leque diversificado de alternativas extrapenais”.

Vale ressaltar que a crença na solução penal e a lógica da ação eficiente têm como impulsor os meios midiáticos de comunicação em massa que passam a exercer um papel ideológico. A descriminalização tem contra si as representações e as crenças do público em geral, além do fato de enfrentar a resistência de políticos que costumam invocar sanções criminais para diferentes problemas sociais, objetivando um destaque político que agrade seus seguidores.

FIGUEIREDO DIAS e COSTA ANDRADE²⁰⁸ nos chamam a atenção para tais resistências à descriminalização, as quais por vezes são emotivas e irracionais, e também

²⁰⁶ HULSMAN, Louk – **Descriminalização**. Relatório apresentado ao Colóquio realizado em Bellagio, em maio de 1973, preparatório ao XI Congresso Internacional de Direito Penal. Tradução de Yolanda Catão. Revista de Direito Penal. Órgão oficial do Instituto de Ciências Penais da Faculdade de Direito Cândido Mendes. Diretor: Prof. Heleno C. Fragoso n.º 9-10. Editora Revista dos Tribunais. Jan – Jun, 1973, p. 7.

²⁰⁷ CERVINI, Raúl – **Os processos de descriminalização**. Trad. 2 ed. espanhola. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p.73-84 e 106.

²⁰⁸ FIGUEIREDO DIAS, Jorge de; COSTA ANDRADE, Manuel da – **Criminologia: O homem Delinquente e a Sociedade Criminógena**. Coimbra: Coimbra Editora, 1.ª ed. Reimpressão, 2013, p. 414.

mencionam outras que têm se somado em nome a motivações mais racionais: “invocando-se tanto os princípios do direito criminal clássico, como os ensinamentos da criminologia e da sociologia, como ainda o próprio sentido da evolução histórico-civilizacional”. Os referenciados ainda nos remetem ao fato que não se deve subvalorizar as reservas que se têm deparado à institucionalização de sistemas alternativos de controle informais, mencionando o *Betriebsjustiz*²⁰⁹, o direito das contra-ordenações, que acabam por reproduzir maior desigualdade social que o sistema penal.

A descriminalização pode ocorrer de uma forma mais direta, mas também pode se dar de forma indireta. Na forma direta há revogação da norma incriminadora ou, ainda, há manipulação dos elementos que integram uma descrição típica. Na forma indireta, há uma ação mediante a parte geral do código penal (destaca-se aqui o *princípio de bagatelas* com um limiar do ilícito criminal – modelo *stricto sensu*)²¹⁰.

Quando se refere a formas alternativas de sistema penal, podemos discorrer sobre soluções de controle social, de tecno-prevenção e de (re)organização social. No âmbito do controle social, temos a linha punitiva (direito das contra-ordenações), compensatória (sanções jurídicos-civis), terapêutica e conciliatória²¹¹.

Para discorrer sobre o direito da contra-ordenação ou de mera ordenação social é necessário entender que há todo um contexto anterior a ele, o qual é bastante complexo, no entanto, vamos nos ater aqui em alguns pontos gerais.

No pós-guerra, a intervenção Administrativa se intensifica, havendo a transformação de uma Administração estadual numa Administração dita de “bem-estar social” em que os direitos dos cidadãos passaram a ter maior importância. No início do século XX, emerge o Direito Penal Administrativo proclamado por autores alemães (JAMES GOLDSCHMIDT, ERIK WOLF e EDERHARD SCHMIDT), os quais tendiam a caracterizar o Direito Penal Administrativo

²⁰⁹ Investigações empíricas relacionadas ao *Betriebsjustiz* demonstraram um tratamento discriminatório com prejuízo de *blue-collars* (pessoas menos favorecidas economicamente que praticam furto, roubo, estelionato – termo vem do uso de macacões com golas nas fábricas). Tal desigualdade atinge proporções que são incompatíveis com o Estado de Direito na área de segurança privada com o recuo de controles formais. A segurança passa a ser uma mercadoria e um privilégio (FIGUEIREDO DIAS, Jorge de; COSTA ANDRADE, Manuel da – *Criminologia: O homem Delinquente e a Sociedade Criminógena*. Coimbra: Coimbra Editora, 1.ª ed. Reimpressão, 2013, p. 415-416).

²¹⁰ FIGUEIREDO DIAS, Jorge de; COSTA ANDRADE, Manuel da – *Criminologia: O homem Delinquente e a Sociedade Criminógena*. Coimbra: Coimbra Editora, 1.ª ed. Reimpressão, 2013, p. 417-418.

²¹¹ *Idem*, p. 421.

por oposição ao Direito Penal Clássico, defendendo que o Estado também deveria atuar na tutela de interesses relativos com o bem-estar social, além da função de tutelar bens fundamentais à vida em sociedade. Passa a ser notória a hipertrofia do Direito Penal, embora o que se pretendia era uma descriminalização de ilícitos administrativos²¹².

Buscando diferenciação do ordenamento jurídico, em Portugal, surge o Decreto Lei n.º 232/79 de 24 de julho por meio do então Ministro da Justiça Eduardo Correia, o qual introduz a Lei-quadro com as contra-ordenações, pretendendo eliminar a figura das contravenções. No entanto, o desaparecimento das contravenções foi refreado pelo Decreto Lei n.º 411 – A/79, de 01 de outubro. Posteriormente, o Decreto Lei n.º 433/82, de 27 de outubro, institui em definitivo o Regime Geral do ilícito de mera ordenação social ou também denominado Regime Geral das contra-ordenações, o qual vai sofrendo alterações em 1989, 1995 e 2001.

O direito de mera ordenação social surge com o movimento de descriminalização que tinha como intuito evitar a ação da legislação penal em infrações de menor relevância, de ordem administrativa ou por estarem relacionados com questões de ordem social que não afetam bens fundamentais, diminuindo o excesso judicial nos tribunais e evitando a desvirtuação do Direito Penal. Nesse sentido, duas esferas passam a atuar, a penal, minimalista, e a administrativa sancionadora, plural e organizada para atuar nos ilícitos administrativos, penais e contravençionais. Na contra-ordenação a sanção aplicada é denominada coima, a qual não pode ser revertida em pena de prisão, para casos menos graves²¹³.

Atualmente, esse sistema repressivo se constitui num sistema distinto do Direito Penal. FIGUEIREDO DIAS e COSTA ANDRADE²¹⁴ asseveram que as virtualidades do direito de mera ordenação social, no viés da descriminalização e no que se refere ao ilícito relacionado com o intervencionismo estadual são óbvios:

[...] por um lado o estigma é alheio tanto a natureza do ilícito como à especificidade das sanções (de natureza pecuniária e meramente admonitória, com exclusão da

²¹² PEREIRA, Ana Marta Dias Crespo – **Algumas considerações sobre o princípio da culpa enquanto fator de autonomização do Direito das Contra-ordenações**. Dissertação de Mestrado em Direito Judiciário. Trabalho realizado sob orientação do Professor Doutor Mário Ferreira Monte, 2015, p. 1 e 2.

²¹³ LUMBRALES, Nuno B. M. – **Sobre o conceito material de contra-ordenações**. Lisboa: Universidade Católica, 2006, p. 99.

²¹⁴ FIGUEIREDO DIAS, Jorge de; COSTA ANDRADE, Manuel da – **Criminologia: O homem Delinquente e a Sociedade Criminógena**. Coimbra: Coimbra Editora, 1.ª ed. Reimpressão, 2013, p. 422.

prisão); por outro lado, o respectivo processamento, confiado em primeira instância à Administração, pode contribuir decisivamente para a desmassificação da justiça criminal.

Para GOMES DIAS²¹⁵ o Direito da contra-ordenação não é considerado nem Direito Penal, nem Direito Administrativo, mas sim uma terceira via no Direito Público Sancionador. No entanto, a sua origem legislativa e a evolução desse Direito, além de fortalecerem de maneira plena a autonomia também a danificaram, ocasionando, assim, uma aproximação dos institutos penais.

Vale ressaltar ainda que o efetivo processo de descriminalização no regime ordenacional mencionado anteriormente se apresenta com opiniões divididas. Para alguns autores, como por exemplo FARIA COSTA, nesse sistema há uma despenalização de conduta, ou seja, ainda há punição, embora não se classifique a conduta como criminosa. Para classificar como descriminalização a conduta deixaria de ser alvo de um direito sancionatório.

Também se faz importante a sustentação de FARIA COSTA²¹⁶ quando coloca que a proteção de bens jurídicos penais não é a finalidade do direito contra-ordenacional. Sua finalidade é a “ordenação e proteção de condutas benéficas ao desenvolvimento da complexa ou hipercomplexa teia relacional que caracteriza a sociedade dos nossos dias”. Tal sistema não tem “qualquer finalidade de promoção específica, directa e imediata, de bens jurídico-penais pessoais ou mesmo supra-individuais de radical pessoal”.

Após as explanações anteriores, seguimos para outras soluções de controle social que são abordadas por FIGUEIREDO DIAS e COSTA ANDRADE²¹⁷, dentre as quais se destaca a linha compensatória onde se encaixam as sanções jurídico-civis. Dentre as vantagens do sistema jurídico-civil, salienta-se que ao contrário do que ocorre com o processo penal, o processo civil “não rouba conflito às partes”. Essa abordagem se apresenta nos posicionamentos de HUSLMAN, referencial do movimento abolicionista citado pelos autores portugueses, que assevera na

²¹⁵ DIAS, Mário Gomes – **Breve reflexões sobre o processo de contra-ordenação**. In contraordenações, notas e comentários ao DL n.º 433/82, de 27 de outubro. Lisboa: Escola Superior de Polícia 1ª ed., 1985, p. 138

²¹⁶ FARIA COSTA, José Francisco de – **Noções Fundamentais de Direito Penal**. (Fragmenta Iuris Poenalis), 3.ª ed., Coimbra: Coimbra Editora, 2012 In Crimes e Contra-Ordenações: Da cisão à convergência material ensaio para uma compreensão da relação entre o Direito Penal e o Direito Contraordenacional. Tese de Doutoramento em Ciências Jurídico-Criminais orientada pela Senhora Prof. Doutora Maria João da Silva Baila Madeira Antunes e apresentada na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2013, p. 243.

²¹⁷ FIGUEIREDO DIAS, Jorge de; COSTA ANDRADE, Manuel da – **Criminologia: O homem Delinquente e a Sociedade Criminógena**. Coimbra: Coimbra Editora, 1.ª ed. Reimpressão, 2013, p. 400-401 e 422-423.

defesa da não necessidade do sistema penal, o qual *rouba os conflitos* às pessoas que estão diretamente implicadas, além de reproduzir e ampliar as desigualdades. No seu ponto de vista, intervenções exteriores não devem se multiplicar com a justificativa de controle, desconfiando de estruturas autoritárias e infantilizantes.

No entanto, não seria adequado ignorar as insuficiências de um processo civil tradicional, mas também não se pode, obrigatoriamente, encarar modelos processuais como algo cristalizado de forma definitiva e intangível. Sendo assim, cabe ao legislador a possibilidade de modelação e reformulações em função de novas atividades e exigências.

Dando continuidade, cabe destacar também as alternativas classificadas como terapêuticas que podem ser indicadas para situações em que há uma conotação médico-social envolvida com o ato infracional. Salienta-se a embriaguez em local público e consumo de entorpecentes. Não havendo vítima, parece disfuncional a criminalização. Para FIGUEIREDO DIAS e COSTA ANDRADE²¹⁸ esse tipo de criminalização não logra êxitos de forma significativa para diminuir o consumo, sendo que, essa prática legislativa acaba por estimular o:

[...] aparecimento de subculturas de legitimação e apoio e subsistemas organizacionais para o exercício das solidariedades necessárias à obtenção da droga no mercado negro, para a resistência às autoridades e para a eventual exploração do comércio ilícito; e tudo isto em termos de comprovado impacto criminógeno.

Enfim, o assunto em questão é vasto e cercado de uma quebra de paradigmas. Entendemos que o acerto deste tipo de descriminalização depende de questões complexas e que, embora não seja a panaceia para resolver os problemas acerca do tema, a descriminalização pode alavancar políticas que visam a preservação da saúde e segurança, com base em prevenção, tratamento e reinserção social. Vale ressaltar que o tratamento em questão deve levar em conta o consentimento dos interessados para que não se transformem em forma desmedidas e punitivas.

Numa outra linha alternativa, temos a conciliatória, em que há estruturas que tendem para uma natureza não institucional, ou seja, as soluções de conciliação envolvem

²¹⁸ FIGUEIREDO DIAS, Jorge de; COSTA ANDRADE, Manuel da – **Criminologia**: O homem Delinquente e a Sociedade Criminógena. Coimbra: Coimbra Editora, 1.^a ed. Reimpressão, 2013, p. 423.

movimentos de deslegalização e informalização da justiça, também caracterizadas por justiça comunitária ou justiça informal.

Para BOAVENTURA SANTOS²¹⁹ esse sistema, de interação face-a-face dos intervenientes envolvidos no conflito, se caracteriza por uma ênfase em resultados que são de acordo mútuo, não havendo assim obediência normativa. Além disso, se destaca a mediação, reconhecimento da competência das partes para proteção dos próprios interesses, opção de um não-jurista como terceira parte e, ainda, diminuição ou nulidade de poder de coerção que a instituição pode mobilizar em seu próprio nome. Nesse contexto, são lembrados os *community boards*, organizações informais, presentes no Canadá e Estados Unidos, que são formadas por indivíduos próximos dos intervenientes no conflito que auxiliam no reconhecimento do conflito e superação.

Até o momento, grupos alternativos ao sistema penal de soluções de controle social foram sendo explanados (direito de mera ordenação social, sanções jurídico-civis, terapêuticas e conciliatórias). Outro grupo também merece relevo, a tecno-prevenção, que nos remete, numa certa medida, aos *substitutivos penais* de Enrico Ferri (1856-1929), criminologista italiano e um dos fundadores da Escola Italiana Positivista²²⁰.

Vale mencionar que para os positivistas o indivíduo seria pré-determinado ao crime por razões que vão desde fatores psíquicos, fisiológicos, antropológicos até os sociais. A sanção não seria proporcional ao ato em si, mas no sentido de promover a prevenção ao crime e a segurança social.

Na tecno-prevenção as situações consideradas indesejáveis não podem ser atreladas, em um primeiro momento, aos indivíduos e sim às estruturas, por esse motivo, a prevenção deve estar vinculada à mudança do ambiente físico. Exemplificando, num acidente, em que não caberia somente atribuição de culpa ao condutor, mas também a estrada e ao veículo,

²¹⁹ BOAVENTURA SANTOS, n. 23. p. 17 In FIGUEIREDO DIAS, Jorge de; COSTA ANDRADE, Manuel da – **Criminologia: O homem Delinquente e a Sociedade Criminógena**. Coimbra: Coimbra Editora, 1.^a ed. Reimpressão, 2013, p. 425

²²⁰ FIGUEIREDO DIAS, Jorge de; COSTA ANDRADE, Manuel da – **Criminologia: O homem Delinquente e a Sociedade Criminógena**. Coimbra: Coimbra Editora, 1.^a ed. Reimpressão, 2013, p. 427.

alternativas de política criminal podem incidir. De forma semelhante, sistemas vigilantes, como o de câmeras, pode ter efeito inibitório em furtos²²¹.

Não podemos deixar de evidenciar um terceiro grupo alternativo ao sistema penal que envolve a reorganização social ou legal, a qual pode se revelar como fator de prevenção de relevância. FIGUEIREDO DIAS e COSTA ANDRADE²²² nos trazem que esse sistema pode assumir diferentes níveis que vão desde “os projectos mais ambiciosos de uma sociedade sem alienação e perfeitamente integrada, tanto no plano dos valores como das oportunidades, até às formas mais modestas de reordenação de certas relações sociais”. Os autores destacam que o princípio inspira algumas ações que freiam fraudes, como pré-pagamento no transporte público e restaurantes, a substituição da punição por cheque sem fundo, pelo procedimento do cheque garantido (o banco cobre até um certo valor e pode privar o uso de cheque do seu cliente na falta de acerto) usado na Holanda, Alemanha, Áustria e Dinamarca.

Após a exposição do tema como um todo, entendemos que a descriminalização de certas condutas, as quais não seriam relevantes o suficiente para a uma incidência da tutela penal, é reconhecer que alguns comportamentos além de não serem dignos de proteção penal, podem ser melhor tratados no âmbito extrapenal ou, ainda, é possível confiar a prevenção de certos comportamentos à outras instâncias.

A descriminalização deve alcançar condutas que são criminalizadas por motivos de viés puramente moral, “por força de uma indevida identificação do crime com o pecado, o mal, a imoralidade. Isso vale sobretudo sobre as práticas sexuais²²³”. Cabe aqui destacar a impossibilidade de uso do princípio da criminalização para condutas que decorrem de um sistema de valores de certas culturas de grupos sociais. Assim, FIGUEIREDO DIAS²²⁴ nos apresenta que o Direito Penal não tem a função, “nem primária nem secundária tutelar a virtude ou a moral: quer se trate da moral estatualmente imposta da moral dominante, ou da moral específica de um qualquer grupo social”. Sem dúvida, deve se considerar o pluralismo ético-

²²¹ *Idem*, p. 427.

²²² *Idem*, p. 428.

²²³ FIGUEIREDO DIAS, Jorge de; COSTA ANDRADE, Manuel da – **Criminologia**: O homem Delinquente e a Sociedade Criminógena. Coimbra: Coimbra Editora, 1.ª ed. Reimpressão, 2013, p. 429.

²²⁴ FIGUEIREDO DIAS, Jorge de- **Direito penal**: parte geral. São Paulo: Revista dos Tribunais. Portugal: Coimbra, 2007, p. 112.

social presente na sociedade, não usando o Direito Penal como meio de proteção às infrações relacionadas à moral objetiva.

Seguindo o clamor pela descriminalização, podemos citar delitos envolvendo jogo, prostituição, bem como manifestações de “evasão subcultural ou marginalidade social”, citadas por FIGUEIREDO DIAS e COSTA ANDRADE²²⁵, como vadiagem, mendigação, embriaguez. Nesses casos, a criminalização viola o direito à liberdade de viver e ser diferente, significando a “imposição coactiva de um particular eudemonismo, isto é, duma concepção sobre a felicidade e a perfeição”.

Ademais, sem o intuito de se estender, podemos trazer à tona a opinião de FIGUEIREDO DIAS e COSTA ANDRADE²²⁶ sobre o caso específico do aborto, considerado, de forma irrecusável, correspondente à categoria criminológica dos crimes sem vítima. Essa categorização se deve “ao teor específico da interação dos diferentes intervenientes; pelo ter elevadíssimo das cifras negras e pelo grau de seleção e desigualdade que elas traduzem; pela comprovada ineficácia preventiva da lei incriminatória; pelas condições degradantes e riscos do aborto clandestino”. De forma conclusiva, os autores ainda nos fazem refletir que a lei incriminatória acaba funcionando como um ato de boa consciência para alguns, mas acaba acarretando um desserviço aos valores que são fundamentais no que diz respeito a própria vida humana.

Em face a tendência na linha da descriminalização, por fim, podemos ressaltar o campo da pequena criminalidade patrimonial em mercados e lojas de modo geral (*shoplifting*). A descriminalização em casos de furtos nesses estabelecimentos, embora de avanços modestos, se justifica ao aliviar o efeito massivo de casos para a justiça criminal, poupar o contato desses indivíduos furtadores com o traumatizante sistema penal e, ainda, deve se destacar que a tutela de propriedade pode contar com a proteção jurídico-civil²²⁷.

²²⁵ FIGUEIREDO DIAS, Jorge de; COSTA ANDRADE, Manuel da – **Criminologia**: O homem Delinquente e a Sociedade Criminógena. Coimbra: Coimbra Editora, 1.ª ed. Reimpressão, 2013, p. 430.

²²⁶ *Idem*, p.430.

²²⁷ *Idem* p. 432. Nesse contexto, também destacamos os apontamentos dos autores quando mencionam que não se alcançou muito nesse âmbito e que há apenas soluções indiretas de descriminalização, assim por dizer, operadas com base no ‘princípio de bagatelas’ - parágrafo 42 do Código Penal austríaco que aflora o Código Penal português no seu artigo 302.º, por via processual, do ‘furto por necessidade e formigueiro’.

Após as reflexões feitas acerca do discurso da descriminalização, podemos sintetizar que há princípios que regem a decisão de descriminalizar ou criminalizar. Nessa racionalização, temos que distinguir algumas questões. Uma delas é a determinação de que comportamentos são indesejáveis e desejáveis e, também, quais são as competências de julgamento que se quer reconhecer ao Estado.

De acordo com HULSMAN²²⁸, “criminalizar um comportamento é colocar este comportamento na esfera de influência do Estado e reconhecer que o Estado é competente na matéria”. Desse modo, o autor exemplifica com entorpecentes, que ao se considerar o uso como uma infração por afetar a saúde, é reconhecer que o Estado tem o direito de cobrar do indivíduo que ele viva de forma mais saudável e afaste o que não é adequado para a saúde, com o enquadramento de outras questões como alimentar-se mal e sono inadequado, ou seja, o Estado tem poder de decidir. No entanto, essa decisão tem influências, seja da população numa menor medida, seja de institutos como Ministério da Justiça, Ministério Público e polícia.

Outra questão que deve ser levada em conta para des(criminalizar) se refere a relação entre vantagens (possibilidade de influenciar o comportamento e resolver conflitos, bem como as possibilidades que o sistema penal oferece para o desenvolvimento do Direito) e custos sociais (promoção de comportamentos secundários, efeitos adversos que o sistema acarreta ao indivíduo e próximos) de uma ação penal²²⁹.

Não menos importante, temos uma terceira questão que se refere a sobrecarga e qualidade oferecida pelo sistema, a qual chega a níveis absurdamente baixos e assustadores em alguns países. A expansão da população carcerária cresce e não produz efeito na redução da violência.

²²⁸ HULSMAN, Louk – **Descriminalização**. Relatório apresentado ao Colóquio realizado em Bellagio, em maio de 1973, preparatório ao XI Congresso Internacional de Direito Penal. Tradução de Yolanda Catão. Revista de Direito Penal. Órgão oficial do Instituto de Ciências Penais da Faculdade de Direito Cândido Mendes. Diretor: Prof. Heleno C. Fragoso n.º 9-10. Editora Revista dos Tribunais. Jan – Jun, 1973, p. 20.

²²⁹ HULSMAN, Louk – **Descriminalização**. Relatório apresentado ao Colóquio realizado em Bellagio, em maio de 1973, preparatório ao XI Congresso Internacional de Direito Penal. Tradução de Yolanda Catão. Revista de Direito Penal. Órgão oficial do Instituto de Ciências Penais da Faculdade de Direito Cândido Mendes. Diretor: Prof. Heleno C. Fragoso n.º 9-10. Editora Revista dos Tribunais. Jan – Jun, 1973, p. 20.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao desenvolver a pesquisa nos deparamos com diferentes referenciais, os quais passaram a fazer parte das análises e reflexões acerca dos temas que envolvem o Direito Penal e nos fundamentaram para considerações importantes pautadas na defesa de um Direito Penal mínimo e de princípios garantistas, levando em conta, ainda, os princípios da dignidade e necessidade de tutela penal.

Iniciamos reflexões bases para poder compreender a sociedade atual e as tendências expansionistas do atual Direito Penal. Partimos do ponto que as transformações de diferentes categorizações e níveis estabelecidos no processo de modernização, com influência do marco histórico social da industrialização, foram caracterizadas pela racionalização, tecnologia e transformação do trabalho. Tais fenômenos ganham reflexividade nas sociedades que se concebem.

Na modernização reflexiva de BECK passamos a analisar e entender sobre o confronto da ciência com o que ela própria produz e sobre os efeitos colaterais, a partir dos riscos e perigos que se apresentam numa medida até então desconhecida.

No viés de BAUMAN, vem à tona a passagem da modernidade que se caracterizava pela solidez das relações humana e social, da ciência e do pensamento, para a modernidade fluida, líquida, em constante mudança e com diferentes percepções do risco (forma consciente do perigo futuro) e do perigo (construção subjetiva, sem possibilidade de prever a causalidade natural, e construção objetiva, quando o perigo é algo real e que pode acarretar lesão). Valemos do pressuposto que o risco e perigo são representações que não possuem capacidade de independência, sendo inerentes a existência humana e suas atividades.

As caracterizações do risco foram sustentadas pelas ideias de GIDDENS que nos chama a atenção desde a perspectiva global do risco no sentido de intensidade até a expansão da quantidade de eventos, o que acaba por afetar muitas pessoas. Se expande para o risco do meio ambiente criado ao institucionalizado; consciência do risco e popularização do risco e, por fim, a camuflagem do risco ou do fato dele existir.

Torna-se notório que, de forma mais universalizados e radicalizados, os efeitos da modernidade afastam modelos tradicionais de ordem social, impactando nas esferas políticas e jurídicas.

Reconhecendo os reflexos instaurados na sociedade de risco, a segurança passa a ser revalorizada e tem seus pilares convencionais abalados. Interpretada como condição da existência individual e coletiva, a segurança não é garantida de forma suficiente pelo Estado na sociedade de risco e a busca pela ideia de segurança jurídica, por meio do Direito Penal, vai ganhando repercussão para o controle social.

Dessa forma, podemos considerar que os impactos da sedimentação da sociedade de risco (também compreendida numa perspectiva histórico social como segunda fase da modernidade) refletem no Direito Penal, o qual se transforma em mecanismo de gestão de risco, destoando do seu paradigma classicamente concebido. Um processo expansivo de atuação do Direito Penal e, conseqüentemente, do poder punitivo, vai se instituindo frente a nova demanda estabelecida.

A noção de risco passa a ser protagonista na organização social deixando de lado o viés periférico. Novos efeitos concebidos pelos fenômenos sociais configuram a expansão do Direito Penal e despertam a necessidade protetiva, uma vez que o aparato estatal usa esse ramo do Direito como um plano simbólico para acalmar a opinião pública. De certo modo, esse processo expansionista vai delineando situações as quais questionamos ao longo da pesquisa.

Ao responder as novas demandas sociais, o Direito Penal passa a abranger a tutela de novos bens jurídicos e vai se transformando em instrumento de segurança. Ele também é colocado à frente do controle de condutas perigosas, tendendo a orientar suas instituições no sentido preventivo, com tutela penal para estágios prévios e sem eventual lesão, o que pode violar o princípio do risco permitido e culmina como recurso de delito de perigo. Tal fato nos preocupa no sentido de haver uma expansão do conceito de perigo e poderes de intervenção, sem limites legais e subordinação à Constituição.

A fomentação dos meios de comunicação para a percepção subjetiva dos indivíduos de uma possível ameaça também é questionada por nós, pois acaba por funcionar como um precipitador coletivo. Isso influencia na prática de políticas criminais produzindo políticas

públicas que atendam certas demandas, não importando, por vezes, a necessidade de modificações no que tange as garantias clássicas do Estado Direito.

Com a reivindicação social pela expansão, o Direito Penal não se restringe aos conflitos mais graves. Ações criminalizantes se apresentam como soluções de problemas que outras instâncias de proteção, como Direito Administrativo e Civil, poderiam dar suporte, no entanto, há um descrédito delas e a intervenção penal vai ganhando espaço.

Diante de novos riscos emergentes, os discursos jurídicos vão variando e há posicionamentos de escolas metodológicas e autores sobre a finalidade do Direito Penal. Nos deparamos com a manifestação minimalista, em que HASSEMER se destaca na crítica da expansão exagerada do Direito Penal e do seu problema de eficácia. Uma perspectiva à parte do Direito Penal é sugerida, um Direito de Intervenção para o enfrentamento de novos riscos e proteção de bens jurídicos supraindividuais.

Essa perspectiva não deixa de reconhecer as necessidades sociais que invocam por uma intervenção, mas está atrelada a um sistema de regras e procedimentos mais flexíveis. O Direito de Intervenção dispõe de possibilidades de sancionamento, no entanto, o foco é de fins preventivos e não repressivos. Nesse sentido, o Direito de Intervenção não substitui de forma sistemática o Direito Penal. O posicionamento por um núcleo mínimo em que o Direito Penal deve estar voltado para a tutela subsidiária de bens jurídicos fundamentais ao indivíduo se mantém.

Coadunamos com este posicionamento de *ultima ratio*, uma vez que o Direito Penal não tem objetivo de seguridade geral, mas responsabilização punível a um indivíduo, respeitando limites impostos pelos princípios da Constituição. Nos deparamos, nos últimos tempos com um Direito Penal que tem ampliado significativamente suas capacidades, deixando a mercê sua essência democrática.

Para HASSAMER²³⁰, a solução concreta relacionada aos problemas do moderno Direito Penal se refere a retirada parcial da modernidade desta área do Direito, a partir de uma redução do Código Penal a um núcleo mínimo (Direito Penal nuclear – *kernstrafrecht*), sendo

²³⁰ HASSEMER, Winfried – **Características e crises do moderno direito penal**. Revista de Estudos Criminais, Porto Alegre, v. 2, n. 8, p. 65, 2003. [Consult. 21 abr. 2021] Disponível http://200.205.38.50/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=41282.

os limites discutidos isoladamente. Nesse núcleo estão as lesões a bens jurídicos individuais e clássicos e perigos graves e visíveis.

Não se renuncia aos bens jurídicos universais, mas precisam ser formulados de forma mais precisa. Vários problemas que foram atribuídos para o Direito Penal podem ser resolvidos por outros ramos jurídicos, com regulamentações menos exigentes e com mais garantias, sendo o Direito de Intervenção uma forma de se atingir esse patamar.

Também fez parte das análises teóricas a ruptura epocal abordada por FIGUEIREDO DIAS que nos traz um Direito Penal atual envolto de uma nova racionalidade em que não se nega a legitimação de uma parcela do Direito Penal para a tutela de gerações futuras. Para tanto, não precisa de uma mudança radical de paradigma penal e a criminalização deve estar somente atrelada a ofensa consideradas inadmissíveis.

Entendemos que a expansão do Direito Penal deve ser freada por uma racionalidade do direito de punir, pois parece haver um déficit de efetividade na vinculação entre a dogmática jurídica-penal e a política interventiva punitiva. Muitas leis são editadas a partir da crença de eficácia frente a uma demanda social e não a partir de fundamentações de normas sancionadoras e adequações necessárias.

Considerando o bem jurídico uma estrutura de base norteadora de delitos e penas, destacamos sua importância como um critério determinante e orientador de decisões no quesito de matéria penal. Embora alguns autores não restrinjam o âmbito de atuação do Direito Penal a lesões de bens jurídicos, entendemos que a tutela de bens jurídicos deve ser um instrumento que delimita a intervenção do Direito Penal, nos apoiando nas ideias que HASSEMER defende.

No que se refere a postura dualista e monista nos posicionamos preferencialmente pela teoria monista personalista, reconhecendo que os interesses gerais só podem ser legitimados na medida que servem aos interesses pessoais, ou seja, esta teoria é a que melhor responde de forma democrática para a proteção do indivíduo.

Ao considerar bens jurídicos coletivos, entendemos estar diante da impossibilidade de prever todas as condutas lesivas e de difícil comprovação de causalidade entre conduta e

resultado. Dessa forma, a afetação de bens jurídicos supraindividuais não obedece a uma lógica causal e delineável, o que nos demonstra dificuldades para tratamento.

Ao questionarmos se o Direito Penal está preparado para os impasses engendrados na sociedade de risco, entendemos como não pronto, pois a produção legislativa não está sendo capaz de acompanhar, no mesmo ritmo, as transformações sociais relacionadas à tecnologia e cientificidade. Ao atender os interesses sociais se recorre ao Direito Penal, mas passa a existir intervenção penal em áreas que visam a garantir o funcionamento de um sistema, com tendência para a criminalização que nem sempre está articulada com a defesa de direitos fundamentais.

Buscamos entender na pesquisa o posicionamento de FIGUEIREDO DIAS quando ele corrobora com o fundamento de diferenciar o Direito Penal clássico do Direito Penal secundário, o qual está relacionado com ordenações de caráter administrativo, com normas punitivas atreladas a legislação extravagantes (fora do Código Penal), atendendo novos interesses sociais que julga passível de criminalização.

O Direito Penal secundário é uma manifestação da administrativização do Direito Penal que oferece a possibilidade de intervenção nos espaços jurídicos da atualidade. Aqui questionamos o fato do Direito Penal secundário enfraquecer garantias fundamentais, sem contar a controvérsia entre a relação de crime relacionado aos direitos fundamentais e a mera conexão do crime com interesses sociais. Destacamos nesse ponto a legitimidade da lei penal quando se atribui competência legislativa a instâncias que são administrativas e, dessa forma, há necessidade de respaldos para aplicabilidade do princípio de legitimidade no Direito Penal secundário.

Nas análises da administrativização também nos deparamos com o Direito Administrativo sancionador em que sanções administrativas vão se estabelecendo em meio as normas penais, sendo o interesse desse Direito voltado para a globalidade, não havendo um risco concreto imputável a um sujeito e sim um âmbito macrossocial.

Em meio ao processo de expansão do Direito Penal temos a justaposição das funções preventivas desta área do Direito e do Direito Administrativo sancionatório. Devido à dificuldade de estabelecer diferenças claras o que percebemos é um processo progressivo de diluição de fronteiras entre esses ordenamentos. Isso nos preocupa pois entendemos que a

vinculação do Direito Penal não pode desvirtuar a sua função primordial, bem como o papel que a penalidade legitimamente deve desempenhar.

A crise da legitimidade do Direito Penal na sociedade atual é um dos pontos que levantamos ao longo do trabalho e o que se torna claro para nós é a necessidade relevante de políticas criminais mais detalhadas e de concretude para que o fenômeno da expansão dessa área do Direito não seja algo patológico.

A disfuncionalidade da administrativização do Direito Penal passa a ser notória e acaba por desviar a proteção de bens jurídicos com referente último na dignidade humana, bem como ter uma relação com normas em branco que podem conduzir para uma desformalização do controle social, havendo margens obscuras nos limites da criminalização.

O discurso da criminalização é um ponto importante do trabalho, e no que se refere a legitimidade da intervenção penal, dois pontos são destacados, o da dignidade penal e a necessidade de tutela penal. Fica aqui questionamentos em relação ao fato das sanções criminais se colocarem a serviço dos diferentes fins da política criminal e, também, ao fato da descriminalização ter contra si representações e crenças do público no geral, muitas vezes influenciados por meios midiáticos que exercem um papel ideológico.

Ressaltamos que a descriminalização de certas condutas que não seriam relevantes o suficiente para necessidade de tutela penal, significa no nosso entendimento reconhecer comportamentos que podem ser tratados no âmbito extrapenal ou confiados à outras instâncias.

É inegável a contínua necessidade de aprofundamento das diferentes abordagens realizadas a partir das fundamentações teóricas do Direito Penal. Não se renuncia um sistema garantista de grande importância a dignidade e liberdade humana. O modelo garantidor do Estado deve ser compatível com as necessidades sociais atuais, de modo a não utilizar o Direito Penal como caráter puramente simbólico para a resolução de problemas sociais.

Dessa forma, pautamo-nos nos princípios do Direito Penal mínimo (nuclear), prevalecendo a este ramo do Direito assegurar valores indispensáveis a vida, e princípios estruturais da intervenção penal garantista.

BIBLIOGRAFIA

ARANA, Raúl Pariona - El derecho penal “moderno”: sobre la necesaria legitimidad de las intervenciones penales. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 68, 2007.

BARATTA, Alessandro - Funções instrumentais e simbólicas do direito penal: lineamentos de uma teoria do bem jurídico. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo: fasc. 5, p. 5-24, jan.-mar.,1994.

_____ - Integración-Prevención: Una “Nueva” Fundamentación de la Pena Dentro de la Teoría Sistémica. *Revista Doctrina Penal*. Buenos Aires: año 8, n. 29, 1985.

BAUMAN, Zygmunt - *Modernidade líquida*. Tradução: Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Zahar, 2001.

BECK, Ulrich - *Risikogesellschaft. Auf dem Weg in eine andere Moderne*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1986.

_____ - *Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade*. Trad. Sebastião Nascimento. São Paulo: Editora 34, 2011.

BECK, Ulrich; GIDDENS Anthony, LASH, Scott – *Modernização reflexiva: política, tradição e estética na ordem social moderna*. 1994. Trad. Magda Lopes; revisão técnica Cibele Saliba Rizek. São Paulo: Editora Unesp, 2012.

BOAVENTURA SANTOS, n. 23. p. 17. In FIGUEIREDO DIAS, Jorge de; COSTA ANDRADE, Manuel da - *Criminologia: O homem Delinvente e a Sociedade Criminógena*. Coimbra: Coimbra Editora, 1.^a ed. Reimpressão, 2013.

BORGES, Anselmo - O crime económico na perspectiva filosófico-teleológica. *Revista Portuguesa de Ciências Criminais*. Coimbra: ano 10, fasc. 1, jan./mar. 2000.

BOTTINI, Pierpaolo Cruz - *Crimes de perigo abstrato*. 3.^a ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

BUSATO, Paulo César - *Fundamentos para um Direito Penal democrático*. 5 ed. São Paulo: Atlas, 2015.

CERVINI, Raúl - Os processos de descriminalização. Trad. Espanhola 2 ed. São Paulo: *Revista dos Tribunais*, 1995, p. 86-89.

D'AVILA, Fabio Roberto - O modelo de crime como ofensa ao bem jurídico. Elementos para legitimação do Direito Penal Secundário. *Revista Opinião Jurídica*. v. 4, n. 7, 2006. [Consult. 21 mar. 2021]. Disponível em: <https://periodicos.unichristus.edu.br/opiniaojuridica/article/view/2129/650>.

DIAS, Mário Gomes - Breve reflexões sobre o processo de contra-ordenação. In *contraordenações, notas e comentários ao DL n.º 433/82, de 27 de outubro*. Lisboa: Escola Superior de Polícia 1ª ed., 1985.

DIAS, Jorge de Figueiredo; COSTA ANDRADE, Manuel da - *Criminologia: O homem Delinquente e a Sociedade Criminógena*. Coimbra: Coimbra Editora, 1.ª ed. Reimpressão, 2013.

DIAS, Jorge de Figueiredo - *Direito penal: parte geral*. 1 ed. Brasileira. São Paulo: Ed. RT, 2007.

_____ - O direito penal entre a “sociedade industrial” e a “sociedade do risco”. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo: RT, ano 9, n. 33, jan.- mar. 2001.

_____ - *Os novos rumos da política criminal e o direito português do futuro*. Coimbra: ROA, 1983.

_____ - *O papel do direito penal na proteção das gerações futuras*. Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, n. 75, 2003.

_____ - *Questões Fundamentais de Direito Penal Revisitadas*. São Paulo: RT, 1999, p. 89.

FARIA COSTA, José Francisco de - *Direito Penal e Globalização: reflexões não locais e pouco globais*. Coimbra: Coimbra Editora, 2010.

_____ - Noções Fundamentais de Direito Penal. (Fragmenta Iuris Poenalis). Coimbra: Coimbra Editora, 3 ed., 2012 In *Crimes e Contra-Ordenações: Da cisão à convergência material ensaio para uma recompreensão da relação entre o Direito Penal e o Direito Contraordenacional*. Tese de Doutoramento em Ciências Jurídico. Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2013.

_____ - *O perigo em direito penal: contributo para a sua fundamentação e compreensão dogmáticas*. Coimbra: Coimbra Editora, 1992.

_____ - Um contributo para a reforma do direito penal econômico. Para uma dogmática do direito penal secundário social português. In *Direito penal secundário: estudo sobre crimes econômicos, ambientais, informáticos e outras questões*. Coord. Fabio Roberto d'Avila, Paulo Vinícius Spordeler de Souza. Coimbra: Ed. Coimbra, 2006.

FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo - Sobre la administrativización del derecho penal em la sociedade de riesgos. In *Revista de Derecho Penal*. n. 19, abr-jun/2007. [Consult 18 jul 2020]. Disponível em http://legal.legis.com.co/document/Index?obra=rpenal&document=rpenal_7680752a8077404ce0430a010151404c.

_____ - Sobre la administrativización del derecho penal em la sociedade de riesgos. In *Revista de Derecho Penal* n. 7, maio-agosto/2011. [Consult 03 out 2020]. Disponível em <http://www.revistaliberdades.org.br/upload/pdf/8/artigo1.pdf>.

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

_____ - Garantias y derecho penal. *Jurídica: Anuário del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana*. n. 31, 2001.

GARCIA MARTÍN, Luis - *Prolegónemos para la lucha por la modernización y expansión del derecho penal y para la crítica del discurso de resistencia*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2003.

GIDDENS, Anthony – *As consequências da modernidade*. Trad. Raul Fiker. São Paulo: Unesp, 1991.

GRASSO, Giovanni - *L'anticipazione della tutela penale: i reati di pericolo e i reati di attentato*. Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale. Milano, n. 29, 1986.

HASSEMER, Winfried - A preservação do ambiente por meio do direito penal. Conferência ministrada na Universidade Lusíada – Porto. In *Congresso Internacional de direito do Ambiente*, trad, simultânea do alemão por Carlos Eduardo Vasconcelos, adaptada para publicação por Paulo de Sousa Mendes. In *Notícias do Direito brasileiro*. Nova Série. UNB, n. 4, 2. Sem. 1997.

_____ - *A preservação do meio ambiente através do direito penal*. In *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 6, 222, 1998.

_____ - Características e crises do moderno direito penal. *Revista de Estudos Criminais*. Porto Alegre, v. 2, n. 8, p. 59, 2003. [Consult. 21 abr. 2021]. Disponível http://200.205.38.50/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=41282.

_____ - *Derecho penal simbólico y protección de bienes jurídicos*. Pena y Estado, Barcelona, fasc. 1, 1991.

HASSEMER, Winfried e MUÑOZ CONDE, Francisco - *Introducción a la Criminología e al Derecho penal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1989.

HASSEMER, Winfried; NAUCKE, Wolfgang; LÜDERSEN, Klaus - *Principales problemas de la prevención general*. Buenos Aires: B de F, 2006.

HOYOS, Gustavo Balmaceda - Consideraciones crítica sobre el derecho penal moderno y su legitimidad. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo, n. 65, 2007.

HULSMAN, Louk - Descriminalização. Bellagio, 1973. *Revista de Direito Penal*. Trad. Yolanda Catão. Editora Revista dos Tribunais. Jan. - Jun., 1973.

KINDHÄUSER, Urs - *Derecho penal de la culpabilidad y conducta peligrosa*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1996.

LUHMANN, Niklas - El concepto de riesgo. In *Las consecuencias perversas dela modernidade*. Barcelona: Anthropos, 1996.

_____ - *Risk: a sociological theory*. With a new introduction by Nico Stehr and Gotthar Bechmann. New York: A.de Gruyter, 1993.

LUMBRALES, Nuno B. M. - *Sobre o conceito material de contra-ordenações*. Lisboa: Universidade Católica, 2006.

MARX, K.; ENGELS, F. *Manifesto comunista* (1848). Edição Ridendo Castigat Mores. Fonte digital: RocketEdition de 1999. [Consult. 21 março 2021]. Disponível em <http://www.ebookbrasil.orgadobeebook/manifestocomunista.pdf>.

MELIÁ, Manuel Cancio - *Direito Penal do Inimigo*. Noções Críticas. Porto Alegre: Advogado, 2008.

MENDES, José Manuel - *Sociologia do risco: uma breve introdução e algumas lições*. Imprensa da Universidade de Coimbra, 2015.

MEZGER, Edmund - *Strafrecht,ein Lehrbruch*. 2. ed. Berlin: Duncker e Humblot, 1993 *apud* BUSATO, Paulo César - *Fundamentos para um Direito Penal democrático*. 5 ed. São Paulo: Atlas, 2015.

MOLINA, Antonio García-Pablos - Sobre el principio de intervención mínima do Derecho penal como limite do ius puniendi. In RUS, Juan José González (Coord.) - *Estudios penales e jurídicos: homenaje al Prof. Dr. Enrique Casa Barquero*. Córdoba: Secretariado de Publicaciones Universitárias de Córdoba, 1996.

MORRIS; HAWKINS, n.14, p. 2 *apud* FIGUEIREDO DIAS, Jorge de; COSTA ANDRADE, Manuel da - *Criminologia: O homem Delinquente e a Sociedade Criminógena*. Coimbra: Coimbra Editora, 1.ª ed. Reimpressão, 2013.

MUNÕZ CONDE, Francisco; GARCIA ARÁN, Mercedes - *Derecho penal: parte general*. 5 ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2002.

PALMA, Maria Fernanda - *Direito Constitucional Penal*. Coimbra: Ed. Almedina, 2006.

PEREIRA, Ana Marta Dias Crespo - *Algumas considerações sobre o princípio da culpa enquanto fator de autonomização do Direito das Contra-ordenações*. Dissertação de Mestrado em Direito Judiciário, 2015.

ROXIN, Claus - *A proteção de bem jurídico como função do direito penal*/ Claus Roxin; org. e trad. André Luís Callegari, Nereu José Giacomolli – Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

_____, - *Derecho penal: parte general*. Tomo I: Fundamentos. La teoria de la teoria del delito. Madri: Editora Civitas, 2006.

_____ - *Estudos de direito penal*. Trad. Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

_____ - Fundamentos político-criminais e dogmáticos do direito penal. Trad. Alaor Leite. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n. 112, cad. esp., 20º Seminário Internacional de Ciências Criminais, 2015.

SAX, W. (n. 14), p. 935 *apud* FIGUEIREDO DIAS, Jorge de; COSTA ANDRADE, Manuel da - *Criminologia: O homem Delinquente e a Sociedade Criminógena*. Coimbra: Coimbra Editora, 1.ª ed. Reimpressão, 2013, p. 407

SCHÜNEMANN, Bernd - *Sobre la dogmática y la política criminal del Derecho Penal del medio ambiente*. Libro homenaje a José Rafael Mendoza Troconis. Tomo 2. Universidad Central de Venezuela: Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Caracas 1998.

SILVA, Germano Marques da - *Direito Penal Português: teoria do crime*. Lisboa: UCE, 2015.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María - *A expansão do direito penal: aspectos da política criminal na sociedade pós-industriais*. 2 ed. Trad. Luiz Otavio de Oliveira Rocha. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

_____ - *A expansão do direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais*. Tradução: Luiz Otávio de Oliveira Rocha. 3 ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

SMANIO, Gianpaolo Poggio - *O conceito de bem jurídico penal difuso*. Doutrina Adcoas, v. 7, n. 20, 2. Quinz. out. 2004.

VALENTE, Manuel Monteiro Guedes - *Direito Penal do inimigo e Terrorismo: do progresso ao retrocesso*. 4.^a ed. Portuguesa. Coimbra: Editora Almedina, 2020 (versão e-book).

_____ - *Do ministério público e da polícia*. Prevenção criminal e acção penal como execução de uma política criminal do ser humano. Lisboa: UCE, 2013.

_____ - Investigação preliminar, meios ocultos e novas tecnologias. *Revista Brasileira De Direito Processual Penal*. Porto Alegre: vol. 3, n. 2 (mai.-ago. 2007), p. 473-482. [Consult 18 Jan. 2021]. Disponível em <http://www.ibraspp.com.br/revista/index.php/RBDPP/article/view/82/72>.

_____ - Processo Penal, Segurança e Liberdade: uma provocação. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*. Porto Alegre, vol. 1, n. 1, p. 108, 2015. [Consult 20 jan. 2021]. Disponível em <http://dx.doi.org/10.22197/rbdpp.v1i1.6>.

_____ - *Os Desafios do processo penal do Estado Democrático de Direito: A Sociedade Internético-Personocêntrica*. [Consult. 16 jan. 2021]. Disponível em <http://ibadpp.com.br/category/artigosinternacionais>.

WELZEL, Hans - *Derecho penal alemán: parte geral*. 4. ed. Santiago do Chile: Jurídica de Chile, 1997.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl - *O inimigo no direito penal*. Trad. Sérgio Lamarão. 2.ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007.