

CENTRO UNIVERSITÁRIO CURITIBA
PROGRAMA DE MESTRADO EM DIREITO

**O DIREITO PENAL NA SOCIEDADE DO RISCO:
REFLEXOS SOBRE OS TIPOS PENAIIS**

CURITIBA
2007

CENTRO UNIVERSITÁRIO CURITIBA
PROGRAMA DE MESTRADO EM DIREITO

**O DIREITO PENAL NA SOCIEDADE DO RISCO:
REFLEXOS SOBRE OS TIPOS PENAIS**

CURITIBA
2007

FABIANO DA ROSA

**O DIREITO PENAL NA SOCIEDADE DO RISCO:
REFLEXOS SOBRE OS TIPOS PENAIIS**

Dissertação apresentada ao Programa de
Mestrado em Direito Empresarial e
Cidadania Do Centro Universitário
Curitiba, como requisito parcial para
obtenção do Título de Mestre em Direito.
Orientador: Professor Doutor Fábio André
Guaragni.

**CURITIBA
2007**

FABIANO DA ROSA

**O DIREITO PENAL NA SOCIEDADE DO RISCO:
REFLEXOS SOBRE OS TIPOS PENAIIS**

**Dissertação apresentada como requisito parcial para obtenção do Título de Mestre em Direito pelo Centro Universitário Curitiba.
Banca Examinadora constituída pelos seguintes professores:**

Presidente:

DR. FÁBIO ANDRÉ GUARAGNI

Membro:

DR. LUIZ ANTÔNIO CÂMARA

Membro:

DR. JOSÉ LAURINDO DE SOUZA NETTO

Curitiba, 30 de janeiro de 2007.

Dedico esta obra aos meus amados pais FRANCISCO e JANETE, porque, como mestres da vida que são, despertaram em mim a paixão pelos estudos.

AGRADECIMENTOS

À Caroline, com eterna gratidão, por ter-me auxiliado a encontrar as obras mais difíceis nas livrarias de Buenos Aires, a supervisionar as atividades na Banca de Advocacia durante o tempo em que me dediquei aos estudos, e por ter revisado, de modo muito responsável, os aspectos formais do texto final.

Aos colegas de Escritório, advogada Alexandra e assistentes Louvaine, Lolita, Bia e Darley, porque deram o melhor de si e deste modo possibilitaram a finalização desta dissertação. Ao colega de Mestrado, companheiro Luiz, pelo incentivo que ajudou decisivamente na última etapa dos estudos. Aos compreensivos e pacientes clientes.

Ao pessoal da Biblioteca do Centro Universitário Curitiba, agradecendo-os na pessoa da sempre cordial Izabel. Às gentis servidoras da Biblioteca do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. À atenciosa Vera, da FEMPAR. À sempre simpática Mara, da Secretaria do Mestrado.

Ao colega de docência Christiano, Professor da Pontifícia Universidade Católica do Paraná, por ter cedido sua excelente dissertação e livros da biblioteca particular, material que foi de extrema valia para o encaminhamento dos estudos ora apresentados.

Ao Aldo e ao Herman, os quais subtraíram horas de seus afazeres e de suas famílias para prestarem auxílio nas discussões dos textos estrangeiros, tudo em nome da amizade, existente desde os tempos da graduação na Universidade Federal do Paraná.

Por fim, especial agradecimento ao erudito Orientador, Professor Doutor Fábio André Guaragni, pela lhanza no trato, pela motivação, pelas provocações teóricas, pelo incondicional e diuturno apoio ao fornecer o norte, e, é possível dizer, todas as demais direções deste trabalho que, se acaso se desviaram da orientação, devem-se unicamente às faltas deste orientando.

RESUMO

O Direito Penal sofreu intensa influência da chamada “sociedade do risco”, na qual os problemas decorrentes dos altos avanços industriais podem ameaçar a existência humana (Beck). Para viabilizar o estudo do Direito Penal do risco, consistente no Direito Penal conformado pelo novo paradigma sociológico, é imprescindível o estudo do Direito Penal nuclear, dos princípios garantistas e da criminologia correspondente. Observou-se particular impacto do novo paradigma sobre as ciências penais, notadamente sobre a criminologia e o Direito Penal econômico. Os reflexos específicos sobre os tipos penais, e outros fenômenos expansivos, constituem tema de singular interesse. Entre outros expedientes permitem visualizar o adiantamento da tutela penal por meio da proliferação de modelos típicos antes utilizados excepcionalmente, tais como os tipos de perigo abstrato e os tipos penais em branco. Em adição, é imprescindível apontar os delitos de acumulação como reveladores de um novo molde penal. O futuro do Direito Penal depende de trabalho voltado a verificar a compatibilidade da tutela penal influenciada pelo novo paradigma, com os princípios dogmáticos e garantistas vigentes. Os resultados propiciarão um quadro no qual se poderá analisar com mais clareza se o Direito Penal está pronto a enfrentar os grandes desafios apresentados às instituições humanas.

Palavras chaves: direito penal – sociedade do risco – tipos penais – paradigma da modernidade – paradigma do risco – princípios garantistas – criminologia – fenômenos expansivos – expansão típica.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	10
2 PARADIGMA DA SOCIEDADE DO RISCO	10
2.1 O AMBIENTE DA SOCIEDADE DO RISCO	2
2.2 DIAGNÓSTICO DOS “NOVOS” RISCOS	12
2.2.1 <i>Lineamentos dos novos riscos</i>	12
2.2.2 <i>As Grandes Espécies de Riscos</i>	15
2.2.3 <i>O Risco Nuclear</i>	18
2.2.4 <i>O Risco da Biotecnologia</i>	22
2.2.5 <i>Características dos Riscos</i>	24
2.3 INSEGURANÇA E OPINIÃO PÚBLICA	26
3 DIREITO PENAL NUCLEAR, PRINCÍPIOS GARANTISTAS, CRIMINOLOGIA CLÁSSICA .30	
3.1 DIREITO PENAL NUCLEAR	30
3.1.1 <i>Missão do Direito Penal</i>	30
3.1.2 <i>Bem Jurídico</i>	39
3.2 PRINCÍPIOS GARANTISTAS	45
3.3 CRIMINOLOGIA CLÁSSICA	70
3.3.1 <i>Lineamentos de Criminologia</i>	70
3.3.2 <i>Escolas Clássica e Positiva</i>	72
3.3.3 <i>Escolas sociológicas do crime</i>	83
3.3.4 <i>Teoria Crítica ou Radical</i>	92
4 IMPACTOS DA SOCIEDADE DO RISCO NAS CIÊNCIAS PENAIS	1
4.1 A CRIMINOLOGIA E A SOCIEDADE DO RISCO	100
4.1.1 <i>Descriminalização e Neocriminalização</i>	100
4.1.2 <i>Tendência contemporânea: Modelo de Segurança Cidadã</i>	103
4.2 DIREITO PENAL ECONÔMICO E DIREITO PENAL DO RISCO	105
4.2.1 <i>Autonomia e Conceito</i>	105
4.2.2 <i>Âmbito de regulação</i>	109
4.2.3 <i>Influência do paradigma do risco no Direito Penal econômico</i>	117
4.2.4 <i>Aspectos criminológicos do Direito Penal Econômico na sociedade do risco</i>	120
4.3 A PESSOA JURÍDICA DELINQUENTE	123
4.3.1 <i>Teoria da ficção x Teoria da realidade</i>	123
4.3.2 <i>Dificuldades teóricas adicionais: compatibilização das (in)capacidades de ação e da (in)culpabilidade com o tradicional conceito de delito</i>	127
4.3.3 <i>Responsabilidade penal da pessoa jurídica na sociedade do risco</i>	128
5 FENÔMENOS EXPANSIVOS E EXPANSÃO TÍPICA	139
5.1 FENÔMENOS EXPANSIVOS E ANTECIPAÇÃO DA TUTELA PENAL	139
5.2 A EXPANSÃO TÍPICA	144
5.2.1 <i>O tipo tradicional</i>	144
5.2.2 <i>Tipo de perigo abstrato</i>	149
5.2.3 <i>Tipos penais em branco</i>	161
5.2.4 <i>Alargamento do âmbito de regulação e tipo penal supra-individual</i>	166
5.2.5 <i>A tipologia dos delitos de acumulação</i>	172
5.3 PERIGOS DO DIREITO PENAL DO RISCO	177
5.3.1 <i>Direito Penal do risco como Direito Penal do inimigo</i>	177
5.3.2 <i>Tipo expandido e tendências do Direito Penal</i>	186
6 CONCLUSÃO	197
7 REFERÊNCIAS	211

1 INTRODUÇÃO

Parece existir unanimidade quando se afirma que Direito Penal, baseado no paradigma da modernidade, está em crise. Não é necessário longo explicativo dos porquês. É clássica a ressalva no sentido de que não há crise porque, justamente por não funcionar, o sistema funciona.

É preciso fugir desse pessimismo e buscar a superação da crise. Com este objetivo observa-se a dedicação de muitos estudiosos ao exame do referencial representado pelo paradigma do risco, pretensamente superador do paradigma vigente. O resultado das reflexões pertinentes foi apropriado às discussões penais.

Os riscos que estão na base da sociedade observada sob a perspectiva do paradigma do risco, são ligados à degradação ambiental acentuada, à manipulação genética, aos riscos nucleares, entre outros, e estas ameaças colocam em risco a própria existência da humanidade. O alemão Beck realizou importantes observações acerca da sociedade do risco, e muitas delas serviram de substrato para o trabalho dos *experts* do Direito Penal, criando-se a expressão Direito Penal do risco.

Com base em toda a discussão que o tema enseja busca-se resposta a alguns questionamentos: i) É possível a utilização do Direito Penal como instrumento de solução dos novos problemas que se apresentam na sociedade do risco? ii) Sua dogmática atual é compatível com as modificações propostas pelos doutos? iii) A expansão que está ocorrendo dentro e fora do tipo penal está em consonância com o sistema garantista?

O registro da persecução das respectivas respostas, permeado pela adição de temas correlatos, fez nascer os quatro capítulos que compõem este trabalho. Ressalve-se, por oportuno, que as traduções dos textos estrangeiros utilizados foram todas livres, pelo que eventuais equívocos devem ser atribuídos unicamente ao ora monografista.

2 PARADIGMA DA SOCIEDADE DO RISCO

2.1 O AMBIENTE DA SOCIEDADE DO RISCO

Consoante registra SANTOS a sociedade está posta em cheque por novos paradigmas, e o paradigma da modernidade só estaria a perdurar como dominante em função da inércia histórica.¹

Esta sociedade em construção é chamada por SANTOS, num ambiente de transição paradigmática, de “sociedade intervalar”.² A respeito dela são feitos questionamentos chaves, relacionados a temas sensíveis do mundo atual: i) Se o problema mundial não é a produção de riquezas, supostamente resolvido, qual a razão para a exacerbada concentração de rendas e a existência da miséria e da fome? ii) Considerando a existência de “cidadãos enfraquecidos”³, qual a razão para isto e contra quem ou o quê se deve lutar para superar esta condição?

Constata-se que embora haja cada vez mais riqueza circulando mundialmente, esta não melhora a vida da esmagadora maioria das populações. Por isto parcela considerável do senso comum teórico apontou que o nó fundamental na busca do bem-estar da humanidade não está mais na criação de riquezas, mas em sua distribuição. Corrobora tal entendimento HOBBSAWM ao aduzir que:

“... precisamos encontrar outros modos de distribuir a riqueza nacional e internacional... Esse é o maior problema que temos à frente. Não se trata de aumentar a produção, pois isto já conseguimos resolver de modo satisfatório. A verdadeira dificuldade está na forma de distribuir a riqueza produzida”.⁴

¹ SANTOS, Boaventura de Souza. **Para um novo senso comum: a ciência, o direito e a política na transição paradigmática**, vol. 1, p. 15 (prefácio).

² SANTOS, B. Idem, p. 16.

³ Juan Ramón Capella os chama de “cidadãos servos”. In CAPELLA, Juan Ramón. **Os cidadãos servos**, p. 131 e 146.

⁴ HOBBSAWN, Eric J. **O novo século: entrevista a Antonio Polito**, p. 98.

Simultaneamente e em correlação com o problema da desproporcional distribuição de riquezas, cidadãos enfraquecidos estão prostrados diante de um poder que não entendem e desconhecem como se manifesta, porém sentem dia-a-dia sua influência sobre suas vidas. Neste sentido SANTOS esclarece:

“o correlato da dificuldade em identificar os campos é a indefinição ou indeterminação do inimigo ou do adversário, uma síndrome reforçada pela descoberta da multiplicidade das opressões, das resistências e dos agentes atrás referidos”.⁵

CAPELLA parece identificar um dos “inimigos”, entre outros, como o “poder privado carente de deveres”⁶. Esta idéia está intrinsecamente vinculada à globalização em geral e em especial à econômica, na qual ressalta a dominação dos “cidadãos-servos” pelo poder político e econômico privado. Isto teria ocorrido porque:

“os cidadãos se dobraram em servos ao ter dissolvido seu poder, ao confiar só ao Estado a tutela de seus ‘direitos’, ao tolerar uma democratização falsa e insuficiente que não impede o poder político privado modelar a ‘vontade estatal’, que facilita o crescimento, supra-estatal e extra-estatal, desse poder privado”.⁷

Nesse aspecto os cidadãos paradoxalmente poderiam ser denominados “livremente servos”.⁸ O poder privado carente de deveres modelaria inclusive a “vontade estatal”, valendo registrar que quando se discorre sobre a neo-servidão é devido atribuir às megacorporações privadas papel destacado nesta conjuntura de dominação *versus* exploração.

BECK examinou a mesma sociedade sob uma perspectiva focada na “produção social de riscos”.⁹ Partiu do seguinte pressuposto:

“... somos testemunhas (sujeito e objeto) de uma fratura dentro da modernidade, a qual se desprende dos contornos da sociedade

⁵ SANTOS, B. S. Obra citada, p. 28.

⁶ CAPELLA, J. R. Obra citada, p. 147.

⁷ CAPELLA, J. R. Idem, p. 147.

⁸ CAPELLA, J. R. Idem, p. 146.

⁹ BECK, Ulrich. *La sociedad del riesgo: hacia una nueva modernidad*, p. 25.

industrial clássica e cunha uma nova figura, a que aqui chamamos 'sociedade (industrial) do risco'¹⁰ ou sociedade de risco mundial".¹¹

O estudo de BECK analisa a produção dos riscos e seus desdobramentos, como determinantes de uma radical mudança na sociedade: "... a produção social de riqueza é acompanhada sistematicamente pela produção social de riscos".¹² Atualmente, a contribuição ampla do autor, de interesse de vários ramos do conhecimento, tem sido vista como referência obrigatória quando se avaliam as novas tendências do Direito Penal.

Ao tratar dos riscos civilizatórios BECK dedica atenção a um aspecto peculiar da nova sociedade. Não olvida a existência de diferenças entre níveis sociais distintos no tocante à exposição aos riscos, na vida cotidiana, nos estudos, saúde, e demais aspectos da vida em geral – aludindo aos riscos específicos de classes. Percebe, da mesma forma, a existência de novas desigualdades internacionais, registrando neste sentido que as indústrias geradoras de maior risco se deslocaram para os países em que se pagam menores salários.¹³ Por pertinente, observa-se o mesmo fenômeno de deslocamento de empresas "sujeitas" incentivado pela precária defesa ambiental, no mais das vezes coincidentemente para os países que remuneram pouco sua mão-de-obra.

A respeito disso, é válida a lição de STELLA, segundo o qual há novas ameaças "imponderáveis" e "incontroláveis", decorrentes das escolhas industriais e agrícolas, potencializadas no quadro da globalização da indústria de alto risco. O acidente de Bhopal (Índia/Union Carbide) revelou ao mundo que as produções de alto risco foram transferidas para países de baixos salários. Mas o que fazer quando um ministro do planejamento de país em desenvolvimento, o Brasil, faz a seguinte afirmação: "o Brasil pode importar poluição porquanto o único problema ecológico do Brasil é a pobreza".¹⁴

STELLA alerta para a impotência diante dos mega-riscos: "... defronte à circularidade planetária do risco, os sistemas jurídicos dos países

¹⁰ BECK, U. *Sociedade del riesgo: hacia una nueva modernidad*, p. 14

¹¹ BECK, Ulrich. *O que é globalização? Equívocos do globalismo e respostas à globalização*, p. 66

¹² BECK, U. *La sociedad del riesgo: hacia una nueva modernidad*, p. 25

¹³ BECK, U. *Idem*, p. 47.

¹⁴ STELLA, Frederico. *Direito penal e sociedade do risco*, p. 59.

industrialmente mais avançados são obviamente impotentes”. A impotência se manifesta nos próprios territórios dos países avançados (v.g. na Europa, não há dados precisos sobre os tratamentos dos resíduos industriais). Na agricultura, a situação é semelhante, com o uso de agrotóxicos e a erosão do solo com o aumento da salinidade dos terrenos, entre outros gravíssimos problemas.¹⁵

Em que pese o reconhecimento dos riscos específicos de classes, ao centralizar a discussão no paradigma do risco, BECK relativiza tais diferenças. Em certo sentido, pontua que a submissão dos débeis e dos poderosos aos mesmos mega-riscos possui um efeito igualador. Com base nesse pensamento a sociedade do risco não seria posta como sociedade de classes e as situações de perigo e de conflitos não poderiam ser pensadas tendo por chave a oposição de classes.¹⁶ A sociedade de classes teria como ideal a solidariedade na luta contra a miséria e pela igualdade. A sociedade do risco teria como ideal a solidariedade na luta contra o medo e em favor da segurança.¹⁷ Além disso, indaga sobre como:

“... evitar, minimizar, dramatizar, canalizar os riscos e perigos produzidos sistematicamente no processo avançado de modernização, limitá-los e reparti-los... de tal modo que não impeçam o processo de modernização nem ultrapassem os limites do ‘suportável’ (ecológica, médica, psicológica, socialmente)?”.¹⁸

A indagação permite antever que problemas e conflitos tradicionais são substituídos por aqueles decorrentes da produção, definição e divisão dos riscos produzidos técnico-cientificamente.¹⁹

É possível destacar-se no processo de modernização a liberação de forças destrutivas, diferenciadas substancialmente daquelas de outras épocas, e.g. relacionadas ao desenvolvimento químico e atômico, cujo potencial de auto-ameaça civilizatória não encontra paralelo em nenhum momento

¹⁵ STELLA, F. Idem, p. 59.

¹⁶ BECK, U. **La so**

histórico.²⁰ É a posição de STELLA, partindo da diferenciação entre “perigo” e “risco”. Para o estudioso italiano o conceito de risco expressaria aqueles perigos perceptíveis, que foram analisados e delineados; a sociologia europeia, nos últimos 20 anos, interrogou sobre a controlabilidade dos riscos que afetam a sociedade moderna, apontando, entre outras, como característica típica desta nova sociedade a ameaça causada pela incontabilidade do perigo de autodestruição.²¹

Os perigos atuais se diferenciam essencialmente dos da Idade Média pela globalização de sua ameaça e por suas causas modernas: “São riscos da modernização. São um produto global da maquinaria do progresso industrial e são acentuados sistematicamente por seu desenvolvimento posterior”.²² Tratam-se de problemas ensejados pelo próprio desenvolvimento técnico científico.²³ Desta forma “o processo de modernização se torna reflexivo, e torna a si mesmo como tema e problema”²⁴, valendo frisar que o conceito de modernidade reflexiva é estruturante da obra de BECK e esta, por sua vez, oferece sustentáculo teórico ao marco doutrinário representado pela sociedade do risco.

Segundo STELLA os riscos atuais são catastróficos porque estão ligados à necessidade de energia demandada pela população mundial, bem como em razão da própria natureza da energia. Relacionam-se, exemplificativamente, à combustão de materiais fósseis, que provocam o aquecimento global e podem resultar no aumento do nível dos oceanos, provocando enormes inundações; as reservas de matérias-primas estão se esgotando, e, no caso da fissão nuclear, há o risco radioativo; a energia solar, por outro lado, não atende a toda a demanda mundial.²⁵

No tocante ao tema vale apresentar interessante contribuição de MARCUSE, ao tratar da ideologia da sociedade contemporânea, denominada pelo mesmo de “industrial”. Indaga o autor se “... a ameaça de uma catástrofe atômica, que poderia exterminar a raça humana, não servirá, também, para proteger as próprias forças que perpetuam esse perigo?”, e acresce:

²⁰ BECK, U. *La sociedad del riesgo: hacia una nueva modernidad*, p. 28.

²¹ STELLA, F. Obra citada, p. 51.

²² BECK, U. *La sociedad del riesgo: hacia una nueva modernidad*, p. 26.

²³ BECK, U. Idem, p. 26.

²⁴ BECK, U. Idem, p. 26.

²⁵ STELLA, F. Obra citada, p. 56.

“Os esforços para impedir tal catástrofe ofuscam a procura de suas causas potenciais na sociedade industrial contemporânea. Essas causas ainda não foram identificadas, reveladas e consideradas pelo público porque refluem diante da ameaça do exterior, demasiado visível – do Oriente contra o Ocidente, do Ocidente contra o Oriente. É igualmente óbvia a necessidade de se estar preparado, de se viver à beira do abismo, de se aceitar o desafio. Nós nos submetemos à produção pacífica dos meios de destruição, à perfeição do desperdício, a ser educados por uma defesa que deforma os defensores e aquilo que êstes (sic) defendem”.²⁶

MARCUSE aduz em adição que a dominação da sociedade sobre o indivíduo é muitíssimo maior do que em qualquer outra época, e que esta conquista as “forças sociais centrífugas mais pela Tecnologia do que pelo Terror”.²⁷ A respeito, afirma:

“o progresso técnico, levado a todo um sistema de dominação e coordenação, cria formas de vida (e de poder) que parece reconciliar as fôrças que se opõem ao sistema e rejeitar ou refutar todo protesto em nome das perspectivas históricas de liberdade de labuta e de dominação”.²⁸

O texto de MARCUSE, datado de 1967, faz refletir sobre o fato de que temas cujas bases formam as raízes da obra de BECK, e contidos em suas clássicas obras, relacionados às armadilhas do progresso tecnológico, muito tempo antes constituíram objeto de preocupação de doutrinadores de escol. Por isto é que, aparentemente, o que talvez devesse causar surpresa é a enorme repercussão desse novo impacto do que se convencionou chamar paradigma do risco.

De todo modo, como retro referido, o conjunto da obra de BECK tornou-se um referencial. Isto motivou STELLA a enfatizar alguns pontos relevantes das obras do autor alemão, assinalando inicialmente que o debate

²⁶ MARCUSE, Herbert. **A ideologia da sociedade industrial**, p. 13.

²⁷ MARCUSE, H. Idem, p. 13.

²⁸ MARCUSE, H. Idem, p. 15-16.

sobre a sociedade do risco, que depois serviu de base para discussões penais, foi precedido de pesquisas sociológicas.²⁹

Segundo STELLA, na primeira obra BECK em 1986 este percebe o direito como espaço de esperança que realiza o necessário contrapeso à política³⁰. Em 1988 o sociólogo alemão teria aprofundado sua pesquisa e, nessa obra, a justiça passou a ser vista como um dos principais agentes da “irresponsabilidade organizada”, auxiliando no entorpecimento da opinião pública mundial.³¹ De acordo com STELLA, apegada ao modelo da velha sociedade industrial, a justiça desenvolver-se-ia em torno do princípio anacrônico da imputação individualizante (por exemplo, em caso de transporte de substâncias tóxicas, quem sofresse dano deveria, em primeiro lugar, provar o dano; segundo, apresentar a prova que a substância “X” provocou o dano “A”; terceiro, provar a origem da substância e, quarto, superar a impossibilidade de atribuir a responsabilidade jurídica do fato a uma pessoa “Z”).³²

Na obra de 1997, de BECK, o “direito doméstico” é indicado como um dos principais obstáculos à solução do “risco globalizado”.³³ BECK afirma que a natureza transnacional de certos delitos impede a formação de prova concernente a um só lugar e a um só réu. Conclui BECK que na sociedade do risco “outras regras” deveriam e poderiam prever outras atribuições de responsabilidade.³⁴

BECK teria radicalizado seus conceitos na obra de 1997.³⁵ Segundo o sociólogo alemão as ameaças ecológicas:

“...são globais e colocam em discussão os esquemas de segurança tradicionais; os danos perdem a limitação espaço-temporal, são globais e duradouros (...) e o princípio da individualização da responsabilidade perde sua capacidade de operar distinções precisas”.³⁶

²⁹ STELLA, F. Obra citada, p. 51.

³⁰ STELLA, F. Idem, p. 51-52.

³¹ STELLA, F. Idem, p. 51-52.

³² STELLA, F. Idem, p. 52.

³³ STELLA, F. Idem, p. 51.

³⁴ STELLA, F. Idem, p. 52.

³⁵ STELLA, F. Idem, p. 52.

³⁶ STELLA, F. Obra citada, p.52.

Tais eventos catastróficos de ordem global, e. g., buraco da camada de ozônio, efeito estufa, destruição ecológica decorrente da miséria, desmatamento tropical, uso de tecnologias químicas ou atômicas obsoletas em países em desenvolvimento de modo a causar tragédias, perigo de contaminação por armas químicas ou biológicas, enfim, tais catástrofes contradizem com o “protecionismo verde” de alguns Estados-nação, pois apesar de pensarem globalmente, tais Estados atuam localmente. BECK aduz que a sociedade do risco necessita de novos atores transnacionais de modo a formar uma opinião pública mundial tendente à auto-regulamentação (v.g. ação do Grupo GREENPEACE).³⁷

A obra de BECK contribuiu para a de outros autores: WOLF (1987) e BOCK (1989), os quais preocuparam-se com os caminhos do direito na sociedade do risco. WOLF denuncia a “antiguidade” do direito na sociedade do risco, pois a sociedade do risco anula a categoria da culpa e também a relação de causalidade, sendo que o conceito jurídico da responsabilidade individual teria se tornado uma instituição patriarcal. Um direito desta nova sociedade deveria se destacar das regras de atribuição da responsabilidade individual, por meio de um direito amplamente “especializado”. O objeto deste direito seriam as organizações sociais de produtores de risco, grupos sujeitos a risco de interessados, classes de espécies e ecossistemas.³⁸

BOCK acentua que a política do direito, sempre traduzida na escolha de alguns “males sociais”, defrontar-se-ia com dois grandes obstáculos. O primeiro consiste em que, no Estado Democrático de Direito, constitucionalizado, a lei é a espinha dorsal do sistema e das liberdades individuais. Normas “não-calculáveis” contrariariam a função da lei neste tipo estatal. O segundo obstáculo é o de que há a exigência de que a lei seja aceita pelos cidadãos. Leis mais radicais só seriam aceitas por aqueles que dispõem de prévia consciência ecológica e que crescem em uma nova ética de sustentabilidade da vida na Terra.³⁹

Ao registrar os importantes estudos sociológicos contemporâneos torna-se imprescindível a referência à LUHMANN (1991), e sua “Sociologia do

³⁷ STELLA, F. Idem, p. 53.

³⁸ STELLA, F. Idem, p. 53-54.

³⁹ STELLA, F. Obra citada, p. 54.

Risco”.⁴⁰ O sociólogo sustenta que uma *praxis* jurídica orientada ao futuro constituiria um sintoma do fato de que do direito salta uma pretensão de

“As prescrições de comportamento que tais normas estabelecem estão desvinculadas de conexões extra – (ou pre-) positivas: o significado de sua existência e sua legitimação residem exclusivamente no ordenamento que as cria. Formam parte de uma ordem normativa programada, artificial; são o resultado de uma escolha: por isso são dificilmente identificáveis, difíceis de intuir”.⁴³

Segundo o pensamento do autor do conceito do delito como risco social, do crime como algo produzido, disto decorreriam sérias conseqüências, dentre elas a crise do princípio da reserva legal; a queda da taxatividade, desaparecimento do fato e seu desvalor em direção à atipicidade do ilícito penal e a desvalorização do elemento psicológico, tudo isto com carga altamente modificativa da dogmática penal vigente.⁴⁴

Os fenômenos tratados por SGUBBI, no âmbito do Direito Penal, vetor das preocupações centrais contidas neste trabalho, foram também estudados por PRITTWITZ, BUERGO, SILVA SÁNCHEZ, TIEDEMANN, SCHÜNEMANN, FIGUEIREDO DIAS e MACHADO, entre outros, os quais analisaram o Direito Penal em correlação com a nova sociedade, tendo como constante referencial a obra de BECK. Isto não significou necessária concordância dos autores com muitas das idéias esboçadas pelo estudioso alemão, como se verá.

SILVA SÁNCHEZ rotulou esta “nova” sociedade como pós-industrial.⁴⁵ É válido, antes de desenvolver o tema, ressaltar: em que pese a possibilidade de questionar o caráter de pós-industrial de alguns países do globo, o importante é o pertencimento hipotético de todos ao ambiente mencionado – ou a possibilidade dos países não enquadráveis neste conceito de sofrerem conseqüências em razão da igual submissão aos riscos de mega-dimensão atômicos, biológicos, químicos etc.

Nesta posição - de teórica submissão igualitária aos mega-riscos - as fronteiras nacionais são relativizadas. Pelo mesmo motivo deixou-se de atribuir elevada relevância à diversidade de estágios de desenvolvimento dos países em tela posto que, sob a perspectiva do “risco”, tanto os países centrais quanto os periféricos estariam expostos, em tese, aos mesmos mega-riscos. Oportuno

⁴³ SGUBBI, F. Idem, p. 99.

⁴⁴ SGUBBI, F. Idem, p. 102-112.

⁴⁵ SÁNCHEZ, Jesús-María Silva. **A expansão do direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós- mega**

ressalvar o comentário de BUERGO acerca da terminologia adequada. Segundo a doutrinadora falar-se de sociedade risco ou falar-se de sociedade industrial é problema secundário relacionado tão somente à rotulação do tema.⁴⁶

O conceito de sociedade de risco mundial desenvolvido por BECK lançou luzes sobre diversas perspectivas do conhecimento. O direito, como subproduto da sociedade do risco, intervalar, pós-industrial, não poderia refugir das complexidades e perplexidades desta mesma sociedade.

Consoante ZAFFARONI e PIERANGELI o Direito Penal é meio de controle social. E este “... se vale, pois, desde meios mais ou menos ‘difusos’ e encobertos até meios específicos e explícitos, como é o sistema penal (polícia, juízes, agentes penitenciários etc.)”.⁴⁷ Como meio de controle social que possui nas palavras de FRAGOSO a “mais reforçada tutela jurídica”, quer dizer, como meio mais contundente posto à disposição do Estado para a preservação dos bens mais importantes à vida em sociedade, foi afetado diretamente pela discussão do paradigma da sociedade do risco.

“... O Direito Penal, que, na ordem jurídica, dispõe da mais grave sanção e, portanto, proporciona a mais reforçada tutela jurídica, é disposto à preservação daqueles bens de maior significação e relevo, indispensáveis à vida em comum, visando assegurar a existência da sociedade e dos valores fundamentais da vida para o corpo social”.⁴⁸

Em face da complexidade da reflexão parece oportuno, antes de verticalizar o estudo do tema, preparar o terreno por meio da realização de um diagnóstico objetivo dos novos riscos.

2.2 DIAGNÓSTICO DOS “NOVOS” RISCOS

2.2.1 Lineamentos dos novos riscos

⁴⁶ BUERGO, Blanca Mendoza. *El derecho penal en la sociedad del riesgo*, p. 171.

⁴⁷ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro: parte geral*, p. 61.

⁴⁸ FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de direito penal: parte geral*, p. 4.

Para iniciar a análise dos novos riscos é importante afirmar que nem todos os fenômenos a serem estudados merecem esta denominação. A destruição do meio-ambiente, por exemplo, principiou no momento em que o primeiro homem habitou a terra e passou a “servir-se” da natureza para sobreviver. A respeito da relação entre homem e natureza vale citar DESCARTES:

“(…) pode-se chegar a uma filosofia prática, mediante a qual, conhecendo a força e as ações do fogo, da água, do ar, dos astros, dos céus e de todos os outros corpos que nos rodeiam, tão distintamente como conhecemos os diversos ofícios de nossos artesãos, poderíamos empregá-las do mesmo modo em todos os usos a que são adequadas e assim nos tornarmos como que senhores e possesores da natureza. Isso é de se desejar não somente para a intervenção de uma infinidade de artifícios que nos fariam usufruir, sem trabalho algum, os frutos da terra e de todas as comodidades que nela se encontram (...).⁴⁹

Se alguns riscos efetivamente podem ser rotulados como novos em relação à sociedade industrial e pré-industrial, tais como a ameaça atômica, biogenética, bioterrorismo etc., outros apenas ganharam maior relevo e investigação sob foco diverso, a exemplo da inquietação científica relacionada à degradação ambiental. Sobre esse tema é significativo referir que a destruição ecológica ganhou nova importância a partir da observação de que a industrialização catalisou de modo impactante a degradação ambiental.

Vale, a propósito, transcrever o prefácio de NALINI relativo à obra de MILARÉ e DA COSTA JÚNIOR:

“A industrialização imprimiu intensidade ao fenômeno destrucionista. Quantas florestas não arderam para sustentar caldeiras? Exacerbada a urbanização, o solo passa a ser não mais o local saudável para moradia, cercado de verde, chão amigo e acolhedor. Terra é dinheiro. Qualquer metro quadrado é disputado para sediar residência, nem sempre compatível com a dignidade do morador. Amontoam-se favelas, barracos, cortiços, habitações toscas e improvisadas. Em busca do lucro, empreendimentos habitacionais favelizam os edifícios

⁴⁹ DESCARTES, René. **Discurso do método**, p. 69.

e os loteamentos de baixo padrão. Empilham-se as construções, reduzem-se os espaços, sacrifica-se a ventilação e esquece-se do verde. Não é por acaso que a metrópole se torna campo fértil para a angústia, o estresse, a neurose, a violência e o crime. Flagelos de uma humanidade que rompeu seus laços com natureza”.⁵⁰

Visualizando a relação entre homem e natureza, BECK não entende rotos os laços que os ligam, porém não discorda da intensa destruição causada pela agudização do desenvolvimento industrial:

“Com a destruição industrial das bases ecológicas e naturais da vida se põe em marcha uma dinâmica social e política de desenvolvimento historicamente sem precedentes e que até agora não foi compreendida, a qual nos obriga a repensar a relação entre natureza e sociedade... Em resumidas contas, as reflexões precedentes significam: o final da contraposição entre natureza e sociedade. É dizer: a natureza já não pode ser pensada sem a sociedade e a sociedade já não pode ser pensada sem a natureza”.⁵¹

E ainda:

“A consequência central é que na modernidade avançada a sociedade com todos seus sistemas parciais (economia, política, família, cultura) já não se pode compreender de uma maneira ‘autônoma a respeito da natureza’. Os problemas de meio ambiente não são problemas de entorno, senão (em sua gênese e em suas consequências) problemas sociais, problemas do ser humano, de sua história, de suas condições de vida, de sua referência ao mundo e à realidade, de seu ordenamento econômico, cultural e político... Ao final do século XX deve-se dizer que a natureza é sociedade, que a sociedade é (também) natureza. Quem hoje segue falando da natureza como não sociedade fala com as categorias de outro século, as quais já não captam nossa realidade”.⁵²

⁵⁰ MILARÉ, Edis; COSTA JÚNIOR, Paulo José. **Direito penal ambiental: comentários à Lei nº 9.605/98**, p. XII (prefácio).

⁵¹ BECK, U. *La sociedad del riesgo: hacia una nueva modernidad*, p. 89.

⁵² BECK, U. *La sociedad del riesgo: hacia una nueva modernidad*, p. 90.

No mesmo sentido STRATENWETH (*in* STELLA), ao realizar proposições voltadas a um novo desenho do Direito Penal, adaptado à sociedade do risco, quando registra a necessidade de modificar radicalmente algumas bases do Direito Penal clássico e individualista com um sistema dogmaticamente seguro.⁵³ Com esta perspectiva aponta como primeiro passo a superação da distinção da ciência moderna (DESCARTES e LOCKE) entre “norma” e “natureza”, pois tal paradigma individualista só atine ao “homem consigo mesmo”. A conotação cartesiana norteia o pensamento ocidental até os dias de hoje, todavia a crise da “civilização técnica” imporia uma mudança de viés, uma vez que homem não vive no alheamento, é parte da natureza, intimamente conectado a ela.⁵⁴

BECK reconhece a destruição da natureza no contexto da sociedade superindustrializada e evidencia os reflexos nocivos globais de tal fenômeno:

“... as destruições da natureza, integradas na circulação universal da produção industrial, deixa de ser ‘mera’ destruição da natureza e se converte num componente integral da dinâmica social, econômica e política. O efeito secundário inadvertido da socialização da natureza é a socialização das destruições e ameaças da natureza, sua transformação em contradições e conflitos econômicos, sociais e políticos: as lesões das condições naturais de vida se transformam em ameaças médicas, sociais e econômicas globais para os seres humanos, com desafios completamente novos às instituições sociais e políticas da sociedade mundial superindustrializada”.⁵⁵

Assim expostos superficialmente alguns aspectos importantes dos novos riscos, é válido analisar com mais vagar as espécies dos riscos.

2.2.2 As Grandes Espécies de Riscos

BECK apontou a existência de três grandes espécies de riscos, bem sintetizados na obra de MACHADO:

⁵³ STELLA, F. Obra citada, p. 44.

⁵⁴ STELLA, F. Idem, p. 45.

⁵⁵ BECK, U. *La sociedad del riesgo: hacia una nueva modernidad*, p. 89.

a) Riscos de perigos globais

Estão vinculados à destruição ecológica causada pelo alto desenvolvimento industrial. São exemplos a destruição da camada de ozônio, o efeito estufa, os efeitos da manipulação genética, a manipulação da energia nuclear, a indústria química, etc. Notadamente são encontrados nas sociedades ricas e com avançada industrialização. Geram consequências globais e sua identificação pode ser feita por meio de *experts*, escapando da percepção imediata das pessoas.⁵⁶

b) Riscos que derivam da pobreza:

BECK distingue problemas ambientais provenientes da riqueza e os derivados da pobreza. Estes relacionam-se à destruição ecológica reflexo do subdesenvolvimento e riscos de um processo não concluído de industrialização. Tais riscos podem ser exemplificados ao mencionar o risco originário da utilização de tecnologia ultrapassada. Eles têm limite geográfico melhor delimitado daí porque se manifestam localmente e podem ser sentidos ou observados diretamente. As consequências globais ocorrem apenas em médio prazo (sob a forma de efeitos secundários).⁵⁷

São igualmente exemplos dessa categoria

“... os riscos provenientes de tecnologias ultrapassadas, como as formas de produção que geram elevado índice de poluentes, os acidentes em usinas atômicas e químicas em países subdesenvolvidos, os problemas causados por lixo e resíduos tóxicos, acidentes relacionados com produtos perigosos e derramamento de óleo, além do desmatamento de florestas tropicais”.⁵⁸

c) Riscos das armas de alto poder destrutivo.

Tais riscos estão ligados ao arsenal de poder destrutivo de elevada magnitude,

⁵⁶ MACHADO, Marta Rodriguez de Assis. **Sociedade do risco e direito penal: uma avaliação de novas tendências político-criminais**, p. 45.

⁵⁷ MACHADO, M. R. A. Obra citada, p. 45.

⁵⁸ MACHADO, M. R. A. Idem, p. 45-46.

“... tais como armas químicas, biológicas e nucleares, que escaparam das antigas estruturas de controle das superpotências e tornaram-se uma ameaça destrutiva muito presente. Em razão dessas circunstâncias, teme-se, além dos riscos de conflito militar entre Estados, os riscos advindos do terrorismo fundamentalista ou privado”.⁵⁹

Interessante notar, para ilustrar, que o fim da guerra fria e a desvinculação de países anteriormente ligados ao bloco comunista liderado pela União Soviética e até então unidos militarmente pelo Pacto de Varsóvia - dissolvido em 07 de junho de 1990 - fez despertar o medo, fundado, de que artefatos atômicos fossem parar em “mãos erradas”.

Sobre contrabando nuclear e terrorismo, e sobre o perigo de manipulação de artefatos nucleares e radiativos geradores de riscos de mega-dimensão, oportuno registrar o seguinte:

“Para alguns, a maior ameaça é que algum grupo terrorista ponha a mão numa arma nuclear e decida explodi-la - ou pelo menos ameace fazê-lo - para promover a sua causa política. Teme-se também que uma organização criminosa use material radioativo para extorquir em larga escala de um governo ou de uma empresa. Um artigo em *Scientific American* explica: ‘Para ganhar credibilidade, bastaria o chantagista enviar uma amostra [do material nuclear] para análise. Subseqüentes ameaças de poluir o ar ou os reservatórios de água, ou mesmo de detonar uma pequena arma nuclear, poderiam ter poderosos efeitos. Órgãos de repressão já descobriram tentativas de contrabandear material nuclear. Isso intensifica os temores de que grupos clandestinos possam de fato estar tentando desenvolver armamentos nucleares’”.⁶⁰

Acerca do perigo relativo à manipulação indevida de estoques de material radiativo é válido transcrever apontamento obtido no mesmo *site*:

“Quando mal protegidos, como muitos especialistas afirmam que estão, os estoques de material radioativo tornam-se mais vulneráveis

⁵⁹ MACHADO, M. R. A. Idem, p. 46.

⁶⁰ <http://www.energiatomica.hpg.ig.com.br/krieg.htm>, informação capturada em 01JAN07, às 17h00min.

ao roubo do que a maioria das pessoas imagina. Mikhail Kulik, uma autoridade russa, ironizou: 'Hoje em dia, até mesmo batatas provavelmente são mais bem guardadas do que materiais radioativos'".⁶¹

Talvez pela dificuldade de classificação, talvez pela relativa importância desta, MACHADO arremata:

"Na prática, na sociedade mundial do risco, esses tipos de ameaça se complementam e se acentuam, devendo ser consideradas, portanto, as interações entre destruição ecológica, conflitos armados e consequências da modernização incompleta".⁶²

Sem a pretensão de esgotar o elenco de riscos importantes, mas objetivando apenas destacar a magnitude de alguns e a vital importância de estudá-los, serão analisados com mais vagar o risco nuclear e o risco biotecnológico. Tais riscos são tratados com especial cuidado pelos doutrinadores que se ocupam do tema, e sua análise permite formar uma noção mais concreta do impacto dos mega-riscos sobre a vida das pessoas.

2.2.3 O Risco Nuclear

Trata-se de risco ligado estreitamente aos progressos técnico e científico. STELLA salienta que os riscos incumbidos às vítimas do futuro são divididos com o risco atômico, risco este irreversível, global e não controlado, mas aos olhos do estado, controlável. A concreção do perigo nuclear é evidente (ex. o risco Chernobyl). Há – igualmente – o problema do despojo nuclear, pois nenhum Estado sabe onde colocá-lo.⁶³ Os Estados com centrais nucleares não demonstram nenhuma reação às manifestações populares contra o risco atômico (ex. EUA).⁶⁴

Neste passo torna-se necessário aprofundar os estudos atinentes ao esgotamento das fontes energéticas e, em especial, do risco nuclear. O

⁶¹ <http://www.energiatomica.hpg.ig.com.br/krieg.htm>, informação capturada em 01JAN07, às 17h00min.

⁶² MACHADO, M. R. A., Obra citada, p. 47.

⁶³ STELLA, F. Obra citada, p. 57.

⁶⁴ STELLA, F. Idem, p. 58.

raciocínio de Paulo Figueiredo, exposto por RIBEIRO no sentido de que “a natureza não repõe os recursos dela provenientes na mesma velocidade em que o homem os destrói”⁶⁵, atualmente parece ser de conhecimento comum. Em reforço a esta idéia vale lembrar a cotidiana discussão sobre o futuro e não tão remoto esgotamento do petróleo como fonte energética.

Observando a necessidade de energia, sua escassez, e prospectando-se novas fontes energéticas é que a energia nuclear foi descoberta em 1938, constando que, segundo Dorst, “... a nova e potente fonte energética surgiu para a humanidade como solução única e primordial para os problemas de escassez dessa ordem”.⁶⁶ Como contraponto, com o adiantamento dos estudos foram antevistos problemas políticos, econômicos e ambientais, alertando-se para a destruição que a energia nuclear poderá causar.⁶⁷

Para se entender melhor as instalações nucleares é pertinente distinguir-se inicialmente instalação nuclear e instalação radioativa. Aquela é “... a instalação na qual o material nuclear é produzido, processado, reprocessado, utilizado, manuseado ou estocado em quantidades relevantes, a juízo da CNEN”.⁶⁸ Esta é o “... estabelecimento ou instalação onde se produzem, utilizam, transportam ou armazenam fontes de radiação”.⁶⁹

Ao fazer a distinção RIBEIRO lembrou exemplos paradigmáticos dos riscos nucleares: num caso brasileiro, em setembro de 1987 um acidente em Goiânia-GO com o elemento Césio-137, proveniente de uma cápsula violada e abandonada numa clínica médica deixou quatro mortos, dois mutilados “... e muitas outras pessoas tiveram suas vidas abaladas em razão do desleixo e do descaso dos responsáveis pela clínica”.⁷⁰ Este foi considerado um acidente de natureza radioativa gravíssimo.

Como acidente nuclear é devido citar que o maior caso de repercussão internacional ocorreu em 26 de abril de 1986, na ex-URSS, na usina de Chernobyl localizada na Ucrânia. No acidente morreram de imediato 31 pessoas e 135 mil foram evacuadas para áreas mais seguras. Dois dias

⁶⁵ RIBEIRO, Viviane Martins. **Tutela penal nas atividades nucleares**, p. 23.

⁶⁶ *Apud*: RIBEIRO, V. M. *Idem*, p. 23-24.

⁶⁷ RIBEIRO, V. M. *Idem*, p. 25.

⁶⁸ RIBEIRO, V. M. Obra citada, p. 34. Cf. nota de rodapé “a sigla CNEN significa Comissão Nacional de Energia Nuclear. Esse órgão foi criado no Brasil pelo Decreto 40.110, de 10.10.1956...”.

⁶⁹ RIBEIRO, V. M. *Idem*, p. 36.

⁷⁰ RIBEIRO, V. M. *Idem*, p. 37.

depois, "... nuvens altamente radioativas foram detectadas por autoridades dos países nórdicos, a muitas centenas de quilômetros distantes da Ucrânia".⁷¹

É válido transcrever para rememorar detalhes e conseqüências do trágico acidente:

"ÁREA EDUCACIONAL. Os Acidentes... considerado o maior acidente nuclear de todos os tempos, ocorreu em 26 de abril de 1986, no reator 4, durante um teste de rotina, onde várias regras de segurança foram desrespeitadas e a reação em cadeia atingiu níveis incontroláveis. O sistema de circulação de água do sistema primário, responsável pelo resfriamento do núcleo do reator, foi interrompido, gerando assim um superaquecimento do reator, que criou uma verdadeira bola de fogo dentro do edifício da planta, resultando em uma explosão de destruiu sua cobertura. Devemos lembrar que, diferente do que muitos pensam, esta explosão foi térmica e não nuclear... Depois do acidente surgiram vários casos de câncer, principalmente na glândula tireóide de crianças. Chernobyl liberou para a atmosfera 400 vezes mais material radioativo do que a bomba atômica de Hiroshima. Ainda assim, liberou o equivalente a um milionésimo de todo o material radioativo liberado pelos testes nucleares realizados nas décadas de 50 e 60. A cidade de Pripyat (que acomodava uma população de aproximadamente 45.000 pessoas, basicamente em função da usina nuclear) foi totalmente evacuada, e outra cidade, Slavutich, foi construída fora do perímetro da zona de exclusão para sediar essa população. O governo russo, devido às barreiras políticas, procurou esconder o ocorrido da comunidade mundial, até que a radiação em altos níveis começou a ser detectada ao longo da Europa, principalmente na França, forçando-os a esclarecer os acontecimentos da usina nuclear de Chernobyl...".⁷²

RIBEIRO lançou em nota de rodapé interessante registro do alcance do acidente de Chernobyl feito por MUKAIBO, o qual merece relevo:

"poucos dias depois do acidente os sistemas de vigilância do Japão detectaram a precipitação radioativa, mas como os níveis de

⁷¹ *Apud*: RIBEIRO, V. M. *Idem*, p. 37.

⁷² <http://www.nuctec.com.br/educacional/acidentes.html>, informação capturada às 20h24min de 01JAN07.

radioatividade eram tão baixos, esta não teve efeitos danosos para a saúde humana nem para o meio ambiente. Não obstante, esse acontecimento nos fez recordar que um acidente em um reator pode ter repercussões ambientais globais”⁷³ (grifos nossos).

A pressão internacional obrigou o pronunciamento da URSS, apesar do regime restritivo às informações. Põe-se em destaque a perplexidade do líder GORBACHEV diante da força da energia nuclear descontrolada, valendo transcrever parcialmente seu pronunciamento, ao povo russo, acerca da tragédia:

“Boa tarde, meus camaradas. Todos vocês sabem que houve um inacreditável erro - o acidente na usina nuclear de Chernobyl. Ele afetou duramente o povo soviético, e chocou a comunidade internacional. Pela primeira vez, nós confrontamos a força real da energia nuclear, fora de controle”.⁷⁴

Os estudos sobre a energia nuclear foram incrementados com a segunda guerra mundial (1939-1945), voltados eminentemente a fins bélicos, culminando na utilização das bombas atômicas em Hiroshima e Nagasaki, em 1945. A utilização das bombas atômicas para o fim de causar destruição e dissuasão refletiu, ironicamente, no entendimento das grandes potências no sentido de sua necessidade, em especial como elemento de dissuasão do inimigo no xadrez das relações diplomáticas e militares. Como contraponto, surgiram negociações objetivando a cessação da utilização deste tipo de artefato militar, pois ficou evidente que uma guerra nuclear poderia devastar o planeta Terra e eliminar toda a vida humana nele existente.⁷⁵ Em aliança com outros problemas vinculados ao emprego deste tipo de energia surgiram importantes questionamentos acerca da utilização da energia nuclear. Vale transcrever a pertinente reflexão de BECK:

“A queda em desgraça da física e tecnologia nuclear não é uma casualidade. Tampouco está condicionada de maneira individual, nem

⁷³ RIBEIRO, V. M. Obra citada, p. 93.

⁷⁴ <http://www.nuctec.com.br/educacional/acidentes.html>, informação capturada às 20h24min de 01JAN07.

⁷⁵ RIBEIRO, V. M. Obra citada, p. 48-50.

se trata de um único 'acidente de funcionamento' de uma disciplina científico-natural. Precisamente, por sua radicalidade, nos faz muito mais conscientes da origem central e institucional dos defeitos das ciências técnicas no trato com os riscos autoproduzidos: no esforço por incrementar a produtividade, sempre se fez abstração dos riscos vinculados a ela. A primeira prioridade da curiosidade técnico-científica é a utilidade da produtividade, somente depois, e com frequência ainda que nem sequer em segundo lugar, se pensa nos perigos vinculados a ela".⁷⁶

RIBEIRO, após discorrer sobre inúmeros benefícios da utilização pacífica da energia nuclear, expôs perdurar a dúvida acerca da manutenção da utilização da radioatividade, a qual deve ser avaliada por meio do binômio risco-benefício, lembrando que a tecnologia nuclear, como avanço que é, e como atividade humana que é, naturalmente apresenta riscos.⁷⁷ Finaliza o raciocínio aduzindo ser "... preciso preocupar-se com a segurança humana e planetária, adotando-se as medidas cabíveis, para que a sua utilização pacífica possa dar-se da melhor maneira".⁷⁸

2.2.4 O Risco da Biotecnologia

Segundo MINAHIM

"... as pessoas vivem um sentimento de insegurança em face de ameaças, que são identificadas como provenientes da própria ciência e de ações vinculadas ao manejo das novas tecnologias, sobretudo quando estas são aplicadas no campo da medicina e da genética".⁷⁹

E ainda:

"Desde as possibilidades de inseminação artificial ao mapeamento do genoma e à engenharia genética, tem-se questionado, de forma por vezes alarmista, o destino da humanidade em face das possibilidades de manipulação proporcionadas por tais técnicas. O medo de

⁷⁶ BECK, U. *La sociedad del riesgo: hacia una nueva modernidad*, p. 67.

⁷⁷ RIBEIRO, V. M. Obra citada, p. 93.

⁷⁸ RIBEIRO, V. M. Idem, p. 94.

⁷⁹ MINAHIM, Maria Auxiliadora. *Direito penal e biotecnologia*, p. 24.

destruição da espécie – que reflete o temor de perda da própria identidade – tem dado causa a uma série de reflexões sobre as dimensões morais das técnicas resultantes desse desenvolvimento e enfatizado o compromisso do direito com a concretização de uma ética voltada para preservação da dignidade humana... O temor de uma tecnologia que desumanize e crie homúnculos é uma reação natural que permite ao homem defender-se dos imprevistos, que são próprios do desconhecido, região, aliás, onde se visualiza a morte”.⁸⁰

MARTINEZ, ao tratar dos riscos implícitos das novas biotecnologias, após realizar reflexão sobre o bem jurídico protegido e ensejador da intervenção penal relativa à biotecnologia, expõe:

“... é uma realidade – embora em espécies inferiores – a possibilidade de obtenção de um organismo vivo geneticamente idêntico a outro. Este procedimento, denominado clonagem ou clonagem é, em teoria, de implementação perfeitamente viável para a espécie humana, sendo, inaplicável no momento, exclusivamente, por razões técnicas”.

81

E ainda:

“A magnitude destes avanços demonstra a possibilidade real de levar a cabo programas de eugenia ativa, nos quais, mediante manipulação genética, se defina o sexo, a cor dos olhos ou a contextura física dos indivíduos por nascer. E mais ainda: não é demais desacertado imaginar a seleção hipotética de um indivíduo perfeito – segundo os cânones culturais vigentes em determinado momento histórico – e a subsequente produção, mediante clonagem, de seres humanos em série, idênticos ao modelo; ou, ao contrário, supor a criação de seres de baixíssimo nível intelectual, mas dotados de extraordinária força física, aos quais se destine a realização das tarefas mais rudes. Aprofundando a análise e excluindo qualquer tipo de intervenção ética, nada impede a possibilidade de que se criem, com a capacidade econômica suficiente, conglomerados de tecidos vivos destinados a servir como eventuais bancos de órgãos, geneticamente

⁸⁰ MINAHIM, M. A. Idem, p. 25-26.

⁸¹ MARTÍNEZ, Stella Maris. **Manipulação genética e direito penal**, p. 30.

idênticos ao patrimônio celular do doador do esquema cromossômico a clonar.⁸²

Além dos riscos mencionados, existem riscos ligados à fabricação, distribuição e utilização de produtos perigosos, tais como produtos químicos⁸³; farmacológicos⁸⁴, ecológicos, entre outros, os quais seguem a mesma lógica aplicada ao estudo realizado sobre os riscos nucleares e biotecnológicos.

2.2.5 Características dos Riscos

Dentro do rol de características a serem destacadas relativamente aos riscos algumas merecem ser evidenciadas:

a) Os riscos são de mega-dimensão: BUERGO esclarece que os perigos da chamada sociedade do risco são de grandes dimensões, e “... ameaçam um número indeterminado e potencialmente enorme de pessoas...”.⁸⁵

b) Os riscos estão ligados à possível auto-destruição humana: diferentemente de outras épocas, em que os grandes riscos eram representados pelas forças da natureza, então colocadas como contrapostas às forças humanas, aqueles enfatizados na sociedade do risco são produzidos pela própria ação humana, fato que ganha especial interesse. A ação humana ensejadora dos pujantes avanços tecnológicos gera paralelamente riscos que desafiam a ciência e colocam em risco o próprio gênero humano.

Neste sentido BUERGO assevera que tratar de grandes riscos tecnológicos, “... ligados à exploração e manejo de energia nuclear, de produtos químicos, de recursos alimentícios, de riscos tecnológicos, ou dos que possa decorrer da tecnologia genética, supõem possibilidades de

⁸² MARTÍNEZ, S. M. Idem, p. 31.

⁸³ Segundo o dicionário Novo Aurélio, o adjetivo químico tem por referência a química, a “ciência que estuda a estrutura das substâncias, correlacionando-a com as propriedades macroscópicas, e se investigam as transformações dessas substâncias” (*in* FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Novo Aurélio Século XXI**: o dicionário da língua portuguesa, 1999)

⁸⁴ Segundo o dicionário Novo Aurélio, o adjetivo farmacológico tem por referência a farmacologia, a qual é a “parte da medicina que estuda os medicamentos em todos os seus aspectos” (*in* FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Novo Aurélio Século XXI**: o dicionário da língua portuguesa, 1999).

⁸⁵ BUERGO, B. M. Obra citada, p. 26.

autodestruição coletiva”.⁸⁶ E adiciona que eles “... inclusive ameaçam a existência da humanidade como tal”.⁸⁷

c) Os riscos são globais: os riscos afetam débeis e poderosos e não respeitam fronteiras estatais. Exemplifica-se com a supranacionalidade do tráfico de substâncias nocivas que impedem que um país atue sozinho e obtenha sucesso.⁸⁸ Existem países que produzem substâncias nocivas, a exemplo da poluição em níveis elevados, e não pretendem limitar as atividades poluidoras aos níveis considerados tolerados pela comunidade de países. As discussões e o desfecho das tratativas concernentes ao protocolo de Kyoto corroboram o entendimento exposto e estão em sintonia com a base do raciocínio desenvolvido por BECK.⁸⁹

RIBEIRO assinala:

“os problemas ambientais estão, a cada dia, acentuando-se mais e tomando dimensões que ultrapassam as fronteiras dos Estados. O mundo atual trata de questões de cunho globalizado. Não se fala mais em conseqüências regionais para o planeta⁹⁰. Vale dizer, ‘é cada vez mais evidente que as origens e causas da poluição são muito mais difusas, complexas e inter-relacionadas – e seus efeitos muito mais disseminados, cumulativos e crônicos – do que se julgara até então. Os problemas de poluição, antes localizados, agora se apresentam em escala regional ou mesmo global’”.⁹¹

d) Os riscos não são evidentes: em diversas passagens da obra de BECK destaca-se a “invisibilidade” dos riscos. “As situações de perigo contém, pelo contrário, um tipo muito diferente de afetação. Não há nada de evidente nelas. São de alguma maneira universais e inespecíficas”.⁹² O próprio autor, por outro lado, aponta a existência de um “despertar” para tais riscos, seja em sua concepção científica, seja em seu conhecimento pelas pessoas do povo, por intermédio da mídia. e) Os riscos são criados pela própria globalização:

⁸⁶ BUERGO, B. M. Idem, p. 26.

⁸⁷ BUERGO, B. M. Idem, p. 26.

⁸⁸ BECK, U. *La sociedad del riesgo: hacia una nueva modernidad*, p. 46.

⁸⁹ BECK, U. *La sociedad del riesgo: hacia una nueva modernidad*, p. 46.

⁹⁰ RIBEIRO, V. M. Obra citada, p. 92.

⁹¹ Comissão mundial sobre meio ambiente e desenvolvimento. Apud: Viviane Martins Ribeiro, Obra citada, p. 92.

⁹² BECK, U. *La sociedad del riesgo: hacia una nueva modernidad*, p. 59.

segundo BECK os perigos atuais se diferenciariam essencialmente dos da Idade Média pela globalização de sua ameaça e por suas causas modernas. Como já aludido, seriam riscos da modernização causados pelo avanço industrial e acentuados pelo desenvolvimento posterior deste.⁹³ Não se trata (ao menos exclusivamente) do aproveitamento da natureza, mas igualmente e de forma essencial de problemas ensejados pelo próprio desenvolvimento técnico científico, desembocando na questão da modernização reflexiva, tema e problema simultaneamente.⁹⁴

2.3 INSEGURANÇA E OPINIÃO PÚBLICA

Segundo MINAHIM, além dos riscos decorrentes da utilização de novas tecnologias, a globalização da sociedade, a virtualização da realidade, a sociedade industrial gravita em torno do anseio pela novidade e pela superação do antigo.⁹⁵ Em contradição, no entanto, vive-se um sentimento de permanente insegurança originada justamente em decorrência dos avanços e produtos decorrentes da ciência, por meio da qual transformam-se as novidades em realidades.⁹⁶

No Direito Penal da Sociedade do Risco é possível perceber o início do tratamento de outros problemas até então desfamiliarizados de seu campo de atuação, tais como o direito ambiental, do consumo, entre outros, surgindo o denominado Direito Penal simbólico.⁹⁷ Este seria ineficaz para o combate da real criminalidade. No entanto, revelaria uma reação imediata do legislador supostamente tranquilizadora da insegura comunidade. A política criminal atual estaria a preocupar-se com a pseudo-eficiência no pretendido combate à criminalidade, deixando em segundo plano a justificação e o custo da intervenção.⁹⁸

⁹³ BECK, U. Idem, p. 28.

⁹⁴ BECK, U. Idem, p. 26.

⁹⁵ MINAHIM, M. A. Obra citada, p. 23.

⁹⁶ MINAHIM, M. A. Idem, p. 24.

⁹⁷ SCHMIDT, Andrei Zenkner. **A criminalidade moderna nas concepções de Hassemer e Silva Sánchez**, p. 63.

⁹⁸ SCHMIDT, A. Z. Idem, p. 64-65.

Para corroborar este posicionamento vale transcrever o abalizado entendimento de SILVA SÁNCHEZ:

“Não é infreqüente que a expansão do Direito Penal se apresente como produto de uma espécie de perversidade do aparato estatal, que buscaria no permanente recurso à legislação penal uma (aparente) solução fácil aos problemas sociais, deslocando ao plano simbólico (isto é, ao da declaração de princípios, que tranqüiliza a opinião pública) o que deveria resolver-se no nível da instrumentalidade (proteção efetiva). Sem negar que a tal explicação possa atribuir-se alguma razão... Ao contrário, é minha opinião que em boa medida nos encontramos aqui ante causas mais profundas, que fundam suas raízes no modelo social que vem se configurando no decorrer, pelo menos, das duas últimas décadas, na conseqüente mudança da expectativa que amplas camadas sociais têm em relação ao papel que cabe ao Direito Penal”.⁹⁹

É questão importante verificar a relação entre aumento da criminalidade e insegurança da comunidade com a efetiva necessidade de criminalização de novas condutas e o endurecimento de penas. Também no espaço do processo penal foram propiciadas variadas reflexões acerca da restrição a direitos conquistados e consolidados como garantias do cidadão.

A sociedade do risco com sua complexidade, por evidente, gera sensação de insegurança e enseja contrapartida legislativa. Alerta RENATO SILVEIRA, referindo-se aos estudos de HASSEMER, que, ao se aceitar o Direito Penal como instrumento de ampla proteção contra a violação de bens coletivos, arrisca-se a tê-lo como primeira, senão *sola ratio* de proteção dos bens jurídicos.¹⁰⁰ Apesar da resistência teórica existente no trabalho de reconhecidos estudiosos e *experts*, o legislador atual tem atendido a demanda por maior resposta estatal com o emprego do Direito Penal e o estabelecimento de diversos crimes de perigo, não raro de perigo abstrato.¹⁰¹

Pondera-se em favor da intervenção penal o fato de que os direitos difusos, tão importantes à sociedade, não devem ficar ao desamparo, desde

⁹⁹ SÁNCHEZ, J. M. S. **A expansão do direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais**, p. 23.

¹⁰⁰ SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. **Direito penal supra-individual: interesses difusos**, p. 31-32.

¹⁰¹ SILVEIRA, R. M. J. *Idem*, p. 31.

que o Direito Penal tenha balizas e respeite as garantias individuais, devendo-se deixar

“ao Direito Penal, as reprimendas necessárias a atitudes estritamente reprováveis, deslocando-se, a outras áreas do Direito, as demais questões... Enfim, o Direito Penal não pode mais servir de mero amparo a políticas como as de ‘Lei e Ordem’”.¹⁰²

Como resultado da demanda por maior intervenção estatal, e da correspondente expansão do Direito Penal, vale adiantar determinados contornos penais da moderna criminalidade, que teria como premissa, para SCHMIDT, a crise do paradigma do bem jurídico como limitador da intervenção estatal: a) o privilegiamento do combate rápido aos problemas mais amplamente divulgados na mídia; b) o emprego de tipos de perigo abstrato, c) eliminação de graus da imputação jurídico-penal, enfraquecendo-se os conceitos “tentativa” e “autoria”, d) exasperação de penas.¹⁰³

Tal cenário está claramente em confronto com o princípio da intervenção mínima (*ultima ratio*). Por ele a tutela penal dos bens jurídicos protegidos através do controle penal estatal só se legitimaria se insuficientes os demais meios de controle social, inclusive aqueles praticados por outros ramos do Direito. O Direito Penal interviria na vida dos cidadãos apenas em última instância. Utilizando-se da analogia, o Direito Penal como remédio mais forte de todo o sistema, com seus intrínsecos e nefastos efeitos colaterais, só deveria ser ministrado se nenhum outro fosse suficiente para proteger o tecido social.

Observado este confronto e a existência de coerente defesa do Direito Penal minimizado, devido sobretudo ao propugnado pelos *experts* da “Escola de Frankfurt”, em sentido contrário não parece difícil observar uma tendência dominante nas legislações no sentido da introdução de novos tipos penais, além do agravamento de tipos já existentes, conferindo-se nova interpretação a

¹⁰² SILVEIRA, R. M. J. Idem, p. 33.

¹⁰³ SCHMIDT, Andrei Zenkner. **A criminalidade moderna nas concepções de Hassemer e Silva Sánchez**, p. 65.

garantias clássicas do Direito Penal substantivo e ao Direito Processual Penal.¹⁰⁴

RENATO SILVEIRA considera ingênuo concentrar a totalidade do problema na instância estatal, dividindo-o com causas mais profundas ligadas ao modelo social que se vem desenhando nas últimas duas décadas, notadamente na exagerada expectativa das camadas populares voltadas à missão do Direito Penal. Aponta que apesar da supra referida real demanda por proteção, é questão diversa se a sociedade canaliza tal pretensão em termos mais ou menos irracionais como demanda punitiva. Ressalva que a responsabilidade deve ser dividida com os formadores de opinião, mediadores no entendimento do autor. Critica o fato das agências estatais acolherem tais demandas sem reflexão, sem a introdução de elementos de racionalização, infelizmente realimentando-as em termos populistas.¹⁰⁵

SILVA SÁNCHEZ, no mesmo sentido, enfatiza ser uma realidade a demanda social como ponto de partida real, exigindo uma resposta igualmente real do Direito Penal. Ressalva, no entanto, que as bases sociais deste novo movimento de expansão são diversas daquelas fundantes, na década de 70 e posteriores o movimento, inicialmente norte-americano, de *law and order*, e que atualmente há uma quase unanimidade sobre as virtudes do Direito Penal como instrumento de proteção aos cidadãos.¹⁰⁶

Para dimensionar as novas respostas oferecidas pelos defensores de um Direito Penal expandido, imerso nas águas do paradigma do risco, torna-se preciso observá-lo previamente a essa travessia, ainda não banhado, e agasalhado pelos princípios garantistas.

¹⁰⁴ SÁNCHEZ, J. M. S. **A expansão do direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais**, p. 21.

¹⁰⁵ SÁNCHEZ, J. M. S. **A expansão do direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais**, p. 23.

¹⁰⁶ *Apud*: SÁNCHEZ, J. M. S. *Idem*, p. 24.

3 DIREITO PENAL NUCLEAR, PRINCÍPIOS GARANTISTAS, CRIMINOLOGIA CLÁSSICA

3.1 DIREITO PENAL NUCLEAR

3.1.1 Missão do Direito Penal

Antes de esclarecer o conceito de “Direito Penal nuclear”, possui significativo valor esclarecer o conceito básico ou geral de Direito Penal, bem como sua missão. Assim se poderá, além de compreender o qualificativo “nuclear”, realizar-se a transição ao estudo do bem jurídico e, ainda, dos princípios garantistas. A melhor compreensão do Direito Penal ambientado na sociedade do risco somente será possível se confrontado com o significado de Direito Penal nuclear.

FRAGOSO conceitua o Direito Penal como “o conjunto de normas jurídicas mediante as quais o Estado proíbe determinadas ações ou omissões, sob ameaça de característica sanção penal”.¹⁰⁷ O Direito Penal é instrumento do Estado voltado ao controle social e direcionado - por isso - à consecução e manutenção do bem comum. Sua função básica é a defesa social, realizada através da tutela jurídica, “mecanismo com o qual se ameaça com uma sanção jurídica (no caso, a pena criminal) a transgressão de um preceito, formulado para evitar dano ou perigo a um valor da vida social (bem jurídico)”.¹⁰⁸

A defesa social, segundo esclarecimento do autor, se operaria em três momentos: a) na ameaça penal a todos os destinatários da norma, b) na aplicação da pena e c) na execução da pena aplicada. Apesar dos nobres objetivos da intervenção penal levanta-se vigorosa crítica sinalizadora de que o sistema penal encontra-se em crise. Afirma-se ser o sistema seletivo e injusto e que a pena não emenda o criminoso (objetivo ideal), mas avilta, deforma, corrompe sua personalidade (resultado real). A fria observação do funcionamento do sistema penal evidencia a existência de um abismo entre os fins propostos e a realidade diuturna.¹⁰⁹

¹⁰⁷ FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de direito penal: parte geral**, p. 4.

¹⁰⁸ FRAGOSO, H. C. Idem, p. 04.

¹⁰⁹ FRAGOSO, H. C. Obra citada, p. 5.

Ainda acerca da missão do Direito Penal aduz DOTTI que ela “consiste na proteção de bens jurídicos fundamentais ao indivíduo e à comunidade”.¹¹⁰ Do mesmo autor, apontando áreas de interesse da proteção:

“Incumbe-lhe, através de um conjunto de normas (incriminatórias, sancionatórias e de outra natureza), definir e punir as condutas ofensivas à vida, à liberdade, à segurança, ao patrimônio e outros bens declarados e protegidos pela Constituição e demais leis”.¹¹¹

Adiciona-se ser o Direito Penal ciência de garantia do cidadão, motivo pelo qual chancela determinados comportamentos justificados ou cuja culpabilidade é afastada pelo sistema (v.g. hipóteses de exclusão da ilicitude e de isenção de pena).¹¹²

TOLEDO esclarece ser o Direito Penal “aquela parte do ordenamento jurídico que estabelece e define o *fato-crime*, dispõe sobre quem deva por ele responder e, por fim, fixa as penas e medidas de segurança a serem aplicadas”.¹¹³ Ao fazer referência a Maurach e Bruno expõe que a missão do Direito Penal é “a luta contra o crime”.¹¹⁴ Pormenorizando suas idéias ressalva o caráter subsidiário da proteção penal (*ultima ratio regum*) e expõe que “a tarefa imediata do direito penal é, portanto, de natureza eminentemente jurídica e, como tal, resume-se à proteção de bens jurídicos”.¹¹⁵

BATISTA corrobora o entendimento referido:

“Entre os autores brasileiros, prevalece o entendimento de que o fim do direito penal é a defesa de bens jurídicos: assim Aníbal Bruno, Fragoso, Damásio, Toledo, Mirabete. Alguns colocam a defesa de bens jurídicos com o meio empregado para a defesa da sociedade (Bruno, Fragoso), concebida eventualmente como combate ao crime (Mirabete)... ”.¹¹⁶

¹¹⁰ DOTTI, René Ariel. **Curso de direito penal: parte geral**, p. 3.

¹¹¹ DOTTI, R. A. Idem, p. 3.

¹¹² DOTTI, R. A. Idem, p. 3.

¹¹³ TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos de direito penal**, p. 1.

¹¹⁴ TOLEDO, F. A. Idem, p. 6.

¹¹⁵ TOLEDO, F. A. Idem, p.13-14.

¹¹⁶ BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**, p. 114.

Ao tratarem do “conceito geral de direito penal” ZAFFARONI e PIERANGELI esclarecem que a expressão “direito penal” refere-se a duas entidades diferentes, quais sejam: “1) o conjunto de leis penais, isto é, a legislação penal; e 2) o sistema de interpretação desta legislação, isto é, o saber do direito penal”.¹¹⁷ Na primeira acepção expõem

“... o direito penal (legislação penal) é o conjunto de leis que traduzem normas que pretendem tutelar bens jurídicos, e que determinam o alcance de sua tutela, cuja violação se chama ‘delito’, e aspira a que tenha como consequência uma coerção jurídica particularmente grave, que procura evitar o cometimento de novos delitos por parte do autor”.¹¹⁸

No mesmo sentido dos penalistas referidos DAMÁSIO DE JESUS - rememorando o preceituado por Carrara - aduz que o Direito Penal visa proteger bens jurídicos.¹¹⁹ PRADO conceitua o Direito Penal como

“... o setor ou parcela do ordenamento jurídico público que estabelece as ações ou omissões delitivas, cominando-lhes determinadas consequências jurídicas – penas ou medidas de segurança (*conceito formal*). Enquanto sistema normativo, integra-se por normas jurídicas (mandatos e proibições) que criam o injusto penal e suas respectivas consequências”.¹²⁰

O mesmo autor alude a um conceito substancial assinalando referir-se, também, “... a comportamentos considerados altamente reprováveis ou danosos ao organismo social, que afetam gravemente bens jurídicos indispensáveis à sua própria conservação e progresso (*conceito material*)”.¹²¹ Noutra obra, em sintonia com este entendimento, PRADO preceitua ser missão do Direito Penal a “... proteção de bens jurídico-penais – bens do Direito – essenciais ao indivíduo e à comunidade”.¹²²

¹¹⁷ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro**, p. 84.

¹¹⁸ ZAFFARONI, E.; PIERANGELI, J. H. Idem, p. 85.

¹¹⁹ JESUS, Damásio E. de. **Direito penal: parte geral**, v. 01, p. 4.

¹²⁰ PRADO, Luiz Regis. **Elementos de direito penal**, v. 01, p. 23.

¹²¹ PRADO, L. R. Idem, p. 23.

¹²² PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro: parte geral**, v. 01, p. 51.

BITENCOURT enuncia que o Direito Penal apresenta-se como “um conjunto de normas jurídicas que tem por objeto a determinação de infrações de natureza penal e suas sanções correspondentes – penas e medidas de segurança”.¹²³ Ao tratar dos caracteres do Direito Penal expõe que “o Direito Penal tem igualmente *caráter finalista*, na medida em que visa a proteção dos bens jurídicos fundamentais, como garantia de sobrevivência da ordem jurídica”.¹²⁴

ENRIQUE BACIGALUPO indaga acerca da missão do Direito Penal, questionando três vertentes diversas: a) estabilização de expectativas normativas; b) proteção de valores ético-sociais de ação ou c) proteção de bens jurídicos. Aduz que a partir de Binding o Direito Penal moderno desenvolveu-se a idéia de proteção de bens jurídicos e, de acordo com ela, o legislador ameaça com a pena as ações que lesionam ou põem em perigo determinados interesses de uma determinada sociedade.¹²⁵ Os interesses se convertem em bens jurídicos através de seu reconhecimento como tal no ordenamento jurídico positivo. Desta idéia decorreriam limites ao direito punitivo estatal.¹²⁶

Esclarece o autor que, em contrário, não protegeria nenhum bem jurídico “... as ameaças penais arbitrárias, as normas que estabelecem finalidades puramente ideológicas ou morais, aquelas que criem distinções indevidas entre as pessoas ou impõem pena à expressão de opinião”.¹²⁷ ENRIQUE BACIGALUPO argumenta no sentido de que a teoria do bem jurídico é insuficiente para limitar o uso do Direito Penal tão somente para a proteção de bens jurídicos, na medida em que “... praticamente todo interesse, toda finalidade ou qualquer função do sistema social se pode considerar um bem jurídico, a capacidade limitadora do conceito de bem jurídico é, na verdade, nula”.¹²⁸

ENRIQUE BACIGALUPO aduz que as limitações do *ius puniendi* surgem dos valores superiores do ordenamento jurídico estabelecidos na

¹²³ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal: parte geral**, v. 01, p. 2 (itálico do original).

¹²⁴ BITENCOURT, C. R. Idem, p. 2 (itálico do original).

¹²⁵ BACIGALUPO, Enrique (coord.). **Derecho penal económico: parte general**, p. 43.

¹²⁶ BACIGALUPO, E. Idem, p. 44.

¹²⁷ *Apud*: BACIGALUPO, E. Idem, p. 4.

¹²⁸ BACIGALUPO, E. Obra citada, p. 44.

norma constitucional, v.g. a dignidade da pessoa humana, os direitos invioláveis conexos e o livre desenvolvimento da personalidade e que diante deste ponto de vista, que entende dominante na doutrina atual, sustenta que “a tarefa do direito penal consiste na proteção de bens jurídicos através da proteção de valores ético-sociais elementares da ação”.¹²⁹

A propósito expõe WESSELS:

“a missão do direito penal consiste em proteger os valores elementares fundamentais da vida em comum dentro da ordem social e em garantir a salvaguarda da paz jurídica. Como ordenamento de proteção e paz, serve à proteção de bens jurídicos e à salvaguarda da paz jurídica”.¹³⁰

Segundo o autor, no entanto, “as raízes do direito penal se encontram nas representações ético-sociais valoradas pela comunidade jurídica; constituem o fundamento para que surjam bens jurídicos, normas jurídicas e tipos penais”.¹³¹

Na mesma esteira de idéias WELZEL fez importantes registros acerca da missão do Direito Penal:

“... o Direito Penal quer proteger, antes de mais nada, determinados bens vitais da comunidade (valores materiais), como, por exemplo, a integridade do Estado, a vida, a saúde, a liberdade, a propriedade, etc. (os chamados bens jurídicos), e por isto impõe consequências jurídicas a sua lesão (ao desvalor de resultado)”.¹³²

Ao desenvolver seu raciocínio esclareceu que a proteção do bem jurídico é feita por meio da proibição e apenamento das ações dirigidas à lesão de bens jurídicos, arrematando com substancial síntese:

“Logo, se impede o desvalor material ou de resultado mediante a punição do desvalor do ato. Deste modo se assegura a vigência dos

¹²⁹ BACIGALUPO, E. Idem, p. 44-45.

¹³⁰ WESSELS, Johannes. **Derecho penal: parte general**, p. 3.

¹³¹ WESSELS, J. Obra citada, p. 3.

¹³² WELZEL, Hans. **Derecho penal aleman**, p. 2.

valores de ato ético-sociais de caráter positivo, como o respeito à vida alheia, à saúde, à liberdade, à propriedade, etc.”.¹³³

Destaca-se assim que, embora se mencione ser missão do Direito Penal a proteção do bem jurídico, entende o autor que isto deve ser feito tendo por chave a punição do desvalor de ação.¹³⁴ Mais do que isto, ressalva que a proteção de bens jurídicos possui caráter preventivo (de caráter policial e negativo), e que a missão mais substancial seria de natureza ético-social e de caráter positivo. A previsão proibitiva e o efetivo sancionamento das condutas violadoras dos valores fundamentais da consciência jurídica, com base na utilização da intervenção penal, a mais contundente disponibilizada ao Estado, revelaria a “...vigência inquebrantável destes valores positivos de ato, junto à conformação do juízo ético social dos cidadãos e o fortalecimento de sua consciência de permanente fidelidade jurídica”.¹³⁵

Após discorrer sobre o entendimento de WELZEL em favor da proteção de bens jurídicos por meio da proteção de valores ético-sociais elementares da ação, ENRIQUE BACIGALUPO passa a observar o tema sob a perspectiva do funcionalismo sistêmico, embora sem evidenciar concordância com o consignado:

“A função do direito penal não é a consolidação de um estado de coisas, mas a configuração da identidade de uma sociedade; o decisivo são as regras que estabelecem esta identidade, e não os bens ou situações. Em razão disso o direito penal tem a missão de assegurar normas”.¹³⁶

E ainda:

“Em suma: as normas são objeto de proteção das normas. Os valores superiores do ordenamento jurídico (liberdade, justiça, igualdade e pluralismo político), assim como os chamados fundamentos da ordem política, da paz social e dos direitos fundamentais deles derivados,

marcam os limites do legislador para a criação de normas penais (arts. 1º, 10, 14 e ss. e 53, CE)”¹³⁷

Assevera-se que em certos casos é autorizada a lesão de bens e a produção de certos perigos se isto for necessário ao desenvolvimento da sociedade. Ilustra-se tal afirmação mencionando-se a autorização para o trânsito de veículos automotores.¹³⁸ Segundo o mesmo autor, o difícil é circunscrever os limites de atuação do direito penal até a medida em que efetivamente se possa sancionar ações geradoras de real ou potencial infração das normas que protegem interesses importantes. Coloca-se sob suspeita determinadas normas que adiantam a proteção penal e normas de perigo abstrato, assinalando que estas podem dar lugar a uma limitação incompatível constitucionalmente com a garantia de direitos fundamentais.¹³⁹

Diante da perspectiva funcionalista de JAKOBS percebe-se que seu entendimento sobre a missão do Direito Penal não tem seu núcleo na proteção de bens jurídicos, “... o funcionalismo jurídico-penal se concebe como aquela teoria segundo a qual o Direito Penal está orientado a garantir a identidade normativa, a garantir a constituição da sociedade”.¹⁴⁰ Segundo o mesmo autor, com nítida inspiração hegeliana:

“Apenas sobre a base de uma compreensão comunicativa do fato entendido como afirmação que contradiz a norma e da pena entendida como resposta que confirma a norma se pode encontrar uma relação iniludível entre ambas e, nesse sentido, uma relação racional... A prestação que realiza o Direito Penal consiste em contradizer por sua vez a contradição das normas determinantes da identidade da sociedade”.¹⁴¹

Setor importante da doutrina vê com desconfiança a conformação funcionalista do Direito Penal. Significativo, a respeito, transcrever a lição de GUARAGNI relativa ao descompasso das linhas funcionalistas com a realidade:

¹³⁷ BACIGALUPO, E. Obra citada, p. 45-46.

¹³⁸ BACIGALUPO, E. Idem, p. 45-46.

¹³⁹ BACIGALUPO, E. Idem, p. 46.

¹⁴⁰ JAKOBS, Günther. **Sociedade, norma e pessoa**, p. 1.

¹⁴¹ JAKOBS, G. Obra citada, p. 4.

“... se o direito penal recebeu a pecha de *fechado* na base welzeliana, como acusam Roxin e Schünemann, as linhas funcionalistas erigem conceitos orientados sob bases teológicas tão diversas e despreocupadas com a realidade dentro da qual opera o direito penal que se torna inseguro o manejo do conceito analítico de crime como método de trabalho para o operador do direito penal”.¹⁴²

ZAFFARONI e PIERANGELI registram interessante ponderação entre o que chamam de falso dilema decorrente da controvérsia “proteção de bens jurídicos x proteção de valores ético-sociais”, e asseveram:

“Dentro do setor daqueles que entendem que a função do direito penal deve ser a segurança jurídica, alguns sustentam que o direito penal deve provê-la tutelando primordialmente bens jurídicos, enquanto outros afirmam que a tutela penal deve ser tutela de valores ético-sociais. De uma ou outra opinião costuma-se concluir que o decisivo é o resultado do delito ou a conduta delitiva em si, respectivamente”.¹⁴³

Segundo os autores as abordagens referidas, se tidas como excludentes, são parciais e carecem de adequada base filosófica centrada na antropologia. As respostas consistiriam em falsos dilemas, e seriam condicionadas por “... circunstâncias socioeconômicas de determinados momentos políticos dos países centrais, totalmente estranhos a nossas próprias e particulares circunstâncias”.¹⁴⁴ Discorre-se sobre este outro falso dilema segurança jurídica x defesa social, partindo-se da idéia de que o direito busca viabilizar a existência humana, e esta só é realizável com coexistência. Fica esclarecido que, no âmbito jurídico:

“a função de segurança jurídica não pode ser entendida, pois, em outro sentido que não o da proteção de bens jurídicos (direitos), como forma de assegurar a coexistência (...) a função de garantia de coexistência se cumprirá na medida em que se garanta a cada um a

¹⁴² GUARAGNI, Fábio André. **As teorias da conduta em direito penal: um estudo da conduta humana do pré-causalismo ao funcionalismo pós-finalista**, p. 324.

¹⁴³ ZAFFARONI, E. R.; PIERANGELI, J. H. Obra citada, p. 91.

¹⁴⁴ ZAFFARONI, E. R.; PIERANGELI, J. H. Obra citada, p. 91-92.

possibilidade de dispor – de usar – o que considere necessário para sua auto-realização”.¹⁴⁵

Preceitua-se ser objetivo da privação de bens jurídicos do autor do delito (liberdade, na pena de prisão; patrimônio, na pena de multa; direitos, na pena restritiva) o asseguramento dos bens jurídicos dos demais componentes da comunidade jurídica, e que isto deve ter limitação e proporcionalidade.¹⁴⁶ Acerca da seleção dos bens jurídicos critica-se, com olhos atentos à realidade, o fato de que a lei penal tutela de modo mais eficiente os bens jurídicos de uns do que de outros. Afirma que o sentimento de segurança jurídica é um mito por causa da formação plural do grupo social, sendo intrínseco a este fenômeno a existência de divergências e mesmo o antagonismo de interesses.¹⁴⁷

Sobre o falso dilema explica-se, em adição, que a coerção penal possui o intuito ético de evitar o cometimento de condutas aflitivas dos bens jurídicos submissos à tutela penal. No entanto, “... a inspiração ética não é um fim em si mesma, e sim que sua razão (seu ‘porquê’ e ‘para quê’) sempre deverá ser a prevenção de futuras afetações dos bens jurídicos”.¹⁴⁸ Deste modo assenta-se que “... o fim de prover à segurança tutelando bens jurídicos é o que marca um limite racional à aspiração ética do direito penal”.¹⁴⁹

Os autores realizam importante alerta, a ser analisado com maior detalhamento na seção pertinente, valendo transcrever a preocupação relacionada à utilização do argumento do perigo:

“Cabe esclarecer que, em geral, quando se pretende desvalorar uma conduta prescindindo do resultado ou, ao menos, minimizando o resultado, acentuando o desvalor ‘ético’ da mesma, o que freqüentemente se dissimula com o argumento do ‘perigo’, difusamente manipulado, o direito penal sai de seu território e se presta em ser um simples servo de grupos de poder. Isto acontece porque, em tais casos, a conduta assume um valor simbólico para tais grupos, independentemente do que significa em si mesma”.¹⁵⁰

¹⁴⁵ ZAFFARONI, E. R.; PIERANGELI, J. H. Idem, p. 92.

¹⁴⁶ ZAFFARONI, E. R.; PIERANGELI, J. H. Idem, p. 92-93.

¹⁴⁷ ZAFFARONI, E. R.; PIERANGELI, J. H. Idem, p. 93.

¹⁴⁸ ZAFFARONI, E. R.; PIERANGELI, J. H. Idem, p. 96.

¹⁴⁹ ZAFFARONI, E. R.; PIERANGELI, J. H. Idem, p. 96.

¹⁵⁰ ZAFFARONI, E. R.; PIERANGELI, J. H. Obra citada, p. 97-98.

Não se deve confundir uma equivocada utilização da norma penal amparada no argumento do perigo com a impossibilidade de proteção de bens não tradicionalmente protegidos. Os bens jurídicos mais importantes incluem bens jurídicos universais, asseverando HASSEMER que um Código Penal da atualidade não pode renunciar aos mesmos, defendendo, no entanto, a necessidade de formulá-los "... do modo mais preciso possível e que é preciso funcionalizá-los pelos bens jurídicos individuais".¹⁵¹

Numa síntese dos raciocínios concatenados até então, e observadas as ponderações formuladas neste estudo, é razoável afirmar que o Direito Penal nuclear é voltado à proteção dos bens jurídicos mais importantes ao indivíduo e à comunidade, pautado pela observância estrita dos princípios conformadores do Direito Penal, denominados princípios garantistas.

Como a missão do chamado Direito Penal nuclear - na doutrina pátria - passa necessariamente pela investigação do bem jurídico, a discussão merece transitar por uma análise mais profunda do tema.

3.1.2 Bem Jurídico

Na doutrina pátria o conceito de bem jurídico-penal possui especial importância. Serve de farol a orientar a direção e o caminho do Direito Penal. Ressalvadas as controvérsias verificadas supra, mormente no tocante à doutrina estrangeira, parte-se da premissa de ampla aceitação do conceito de que o Direito Penal serve para proteger bens jurídicos de lesão ou de exposição ao perigo. Se existe crítica no sentido da imprecisão conceitual¹⁵², no presente estágio de estudos parece difícil reconhecer estrutura substancial que, ancorada firmemente na realidade, seja mais difundida e aceita como válida pela opinião comum dos doutos.

Segundo PRADO:

"A idéia de bem jurídico é de extrema relevância, já que a moderna ciência penal não pode prescindir de uma base empírica nem de um

¹⁵¹ HASSEMER, Winfried. **Características e crises do moderno direito penal**, p. 147.

¹⁵² PRADO, L. R. **Bem jurídico-penal e Constituição**, p. 44.

vínculo com a realidade que lhe propicia a referida noção. Também não pode renunciar a um dos poucos conceitos que lhe permitem a crítica do direito positivo”.¹⁵³

STRATENWERTH esclarece que o conceito de bem teria sido introduzido na doutrina em 1834 por Birnbaum, o qual buscava expressamente uma definição natural de delito, sem dependência com o direito positivado.¹⁵⁴

SANTOS esclarece que o tipo penal, como descrição legal da ação proibida em suas dimensões subjetiva e objetiva é confeccionado “...para proteção de bens jurídicos, os interesses e/ou necessidades considerados essenciais para a existência das estruturas civis e instituições jurídicas e políticas de organização social”¹⁵⁵.

HASSEMER corrobora o entendimento centrado no bem-jurídico, assinalando que “... o bem jurídico conserva um lugar sistemático como critério negativo de criminalização legítima: sem uma lesão palpável a um bem jurídico não há ato punível”.¹⁵⁶ O autor ressalta a importância de voltar-se a lei penal à proteção de bens jurídicos, enumerando alguns:

“A lei penal protege os bens jurídicos e, sem esse seu reconhecimento, não poderíamos mais, atualmente, viver em comunidade, em conformidade com nosso entendimento social e de acordo com nossa opinião constituída democraticamente: a segurança fundamental dos pressupostos da dignidade humana, acima de tudo, da vida, da liberdade, da saúde, da honra, da propriedade e das condições necessárias para uma coletivização ao mesmo tempo libertária e exitosa”.¹⁵⁷

Apesar do acolhimento do conceito de bem jurídico, AGUIRRE critica sua realidade seletiva fornecendo impactantes estatísticas que salientam a orientação penal patrimonialista argentina.¹⁵⁸ Segundo o autor, com base em dados oficiais da Direção Nacional de Política Criminal estudados por

¹⁵³ PRADO, L. R. Idem, p. 21.

¹⁵⁴ STRATENWERTH, Günther. *Derecho penal: parte general*, p. 65.

¹⁵⁵ SANTOS, Juarez Cirino. *Teoria do Crime*, p. 21.

¹⁵⁶ HASSEMER, W. *Características e crises do moderno direito penal*, p. 147.

¹⁵⁷ HASSEMER, Winfried *Direito penal libertário*, p. 89.

¹⁵⁸ AGUIRRE, Eduardo Luis. *Bienes jurídicos y sistema penal: una investigación acerca de la racionalidad de la tutela normativa estatal (penal) respecto de los distintos bienes jurídicos*, p. 82.

Dammert, os crimes contra a propriedade constituem-se na maioria das infrações penais, informando-se que na década de 90 o percentual de tal modalidade delitiva foi de 63% e em 2001 de 66%¹⁵⁹. Com base em sua investigação científica preceitua o autor, dentre outros pressupostos, a existência de seletividade do sistema penal, cujo objetivo substancial é reproduzir as condições de exploração da sociedade, resultando em deslegitimação do Direito Penal.¹⁶⁰

No mesmo sentido BATISTA, o qual descreve a deficiência da proteção realizada ao bem jurídico numa sociedade dividida em classes:

“Podemos, assim, dizer que a missão do direito penal é a proteção de bens jurídicos, através da cominação, aplicação e execução da pena. Numa sociedade dividida em classes, o direito penal estará protegendo relações sociais (ou ‘interesses’, ou ‘estados sociais’, ou ‘valores’) escolhidos pela classe dominante, ainda que aparentem certa universalidade, e contribuindo para a reprodução dessas relações. Efeitos sociais não declarados também configuram, nessas sociedades, uma espécie de ‘missão secreta’ do direito penal”.¹⁶¹

Aludindo a Peña Cabrera, BATISTA sustenta ser “inegável que numa sociedade dividida, o bem jurídico, que opera nos lindes entre a política criminal e o direito penal, tem caráter de classe”.¹⁶²

Observando de outra perspectiva a existência de divergência entre os interesses das pessoas na sociedade, em que “... cada indivíduo leva consigo um sistema de preferências e desdêns, armado e pronto a disparar, contra ou a favor de cada coisa, uma bateria de simpatias e de repulsões...”¹⁶³, é que TOLEDO – utilizando-se das felizes expressões de Ortega y Gasset, vê como necessária a eleição de determinados bens indispensáveis à vida em comunidade, sob pena de impossibilitar a paz social.

A seleção dos bens jurídicos mais importantes foi e continua sendo questão de alta indagação, motivo pelo qual PRADO, após registrar que somente os bens jurídicos fundamentais podem ser escolhidos como bens

¹⁵⁹ *Apud*: AGUIRRE, E. L. *Idem*, p. 82.

¹⁶⁰ AGUIRRE, E. L. *Idem*, p. 82.

¹⁶¹ BATISTA, N. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**, p. 116.

¹⁶² *Apud*: BATISTA, N. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**, p. 116.

¹⁶³ *Apud*: TOLEDO, F. A. *Obra citada*, p. 15.

jurídicos penais, questionou quais seriam eles e o modo de sua escolha ou seleção.

TOLEDO, ao tratar da matéria, esclarece que o direito seleciona dentre o imenso número de bens existentes aqueles entendidos dignos de proteção.¹⁶⁴ No âmbito penal seriam selecionados bens insuficientemente protegidos na esfera extra-penal. E “... mesmo em relação aos bens jurídico-penalmente protegidos, restringe o direito penal sua tutela a certas espécies e formas de lesão, real ou potencial”.¹⁶⁵

PRADO assinala, com enfoque constitucionalizado, que apenas em consequência da entrada em vigor da Constituição Federal de 1988 é que a questão “bem jurídico/norma constitucional” ganhou impulso no cenário jurídico.¹⁶⁶ Em sua abalizada opinião o conceito ganhou força e atualmente “... o postulado de que o delito constitui lesão ou perigo de lesão a um bem jurídico não encontra praticamente oposição, sendo quase um verdadeiro axioma – ‘princípio da exclusiva proteção de bens jurídicos’”.¹⁶⁷

Em reforço ao preconizado, expõe:

“A doutrina do bem jurídico, erigida no século XIX, dentro de um prisma liberal e com o nítido objetivo de limitar o legislador penal, vai, passo a passo, se impondo como um dos pilares da teoria do delito. Surge ela, pois, ‘como evolução e ampliação da tese original garantista do delito como lesão de um direito subjetivo e com o propósito de continuar a função limitativa do legislador, circunscrevendo a busca dos fatos merecedores de sanção penal àqueles efetivamente danosos à coexistência social, mas lesivos de entidades reais – empírico-naturais – do mundo exterior’”.¹⁶⁸

Expõe o autor que a contínua evolução e fortalecimento do conceito de bem jurídico, ressalvada a exceção representada pela Escola de Kiel¹⁶⁹ que teria refutado e após deturpado a noção de bem jurídico, continua com

¹⁶⁴ TOLEDO, F. A. Idem, p. 16.

¹⁶⁵ TOLEDO, F. A. Idem, p. 16.

¹⁶⁶ PRADO, L. R. **Bem jurídico-penal e Constituição**, p. 24-25.

¹⁶⁷ PRADO, L. R. Idem, p. 31.

¹⁶⁸ PRADO, L. R. **Bem jurídico-penal e Constituição**, p. 39.

¹⁶⁹ No mesmo sentido: TOLEDO, F. A. Obra citada, p. 18.

qualificadas contribuições até o aparecimento das concepções modernas, em especial as sociológicas.

Um apontamento importante a fazer é relativo à determinabilidade do conceito de bem jurídico. FIGUEIREDO DIAS assim esclarece a questão:

“A noção de bem jurídico (seja ela embora, como já se vê, fulcral de toda a nossa disciplina) não pôde, até o momento presente, ser determinada – e talvez jamais o venha a ser – com uma nitidez e segurança que a permita converter em conceito fechado e apto à subsunção, capaz de traçar, para além de toda a dúvida possível, a fronteira entre o que legitimamente pode e não pode ser criminalizado. Há todavia, hoje, um consenso relativamente largo sobre o seu *núcleo essencial*.”¹⁷⁰

Assim afirmado FIGUEIREDO DIAS apresenta seu conceito de bem-jurídico:

“Antecipando desde já a conclusão das considerações seguintes, creio poder definir bem jurídico como a *expressão de um interesse, da pessoa ou da comunidade, na manutenção ou integridade de certo estado, objeto ou bem em si mesmo socialmente relevante e por isso juridicamente reconhecido como valioso*. A esta conclusão só se chegou, porém, depois de uma evolução longa, muitas vezes pluri-significativa ou mesmo equívoca e quase sempre eivada de dúvidas e controvérsias”.¹⁷¹

É válido enumerar as funções atribuídas ao bem jurídico tidas por mais importantes: a) de garantia ou de limitar o direito de punir do Estado; b) teleológica ou interpretativa; c) individualizadora; d) sistemática.¹⁷²

Além disso, nos tempos modernos, tem-se reconhecido, segundo PRADO, que o objetivo imediato do Direito Penal está voltado à proteção de bens jurídicos essenciais ao indivíduo e à comunidade, e ao norte de tal missão estão princípios fundamentais: a) dignidade humana; b) personalidade e

¹⁷⁰ DIAS, Jorge de Figueiredo. **Questões fundamentais do direito penal revisitadas**, p. 62-63.

¹⁷¹ DIAS, Jorge de Figueiredo. **Questões fundamentais do direito penal revisitadas**, p. 62-63.

¹⁷² PRADO, L. R. **Bem jurídico-penal e Constituição**, p. 60.

individualização da pena; c) humanidade; d) insignificância; e) culpabilidade; f) intervenção penal legalizada; g) intervenção mínima e h) fragmentariedade.¹⁷³

Após este estudo de conceitos de Direito Penal e sua missão foi possível verificar, na doutrina nacional, notória prevalência pelo entendimento de que ele se encontra voltado à proteção de bens jurídicos, entendidos estes como os bens essenciais ao indivíduo e à comunidade.

No tocante à doutrina estrangeira merece registro a crítica realizada por ENRIQUE BACIGALUPO no sentido da facilidade em enquadrar quase todo interesse, finalidade ou função do sistema social como bem-jurídico, pelo que supostamente restaria enfraquecido o conceito. De qualquer modo parece ser possível asseverar que qualquer conceito, produzido pelo homem e limitado por condições de natureza histórica, criminológica, política, entre outras, ao ser submetido ao estudo criterioso e aprofundado, dificilmente ficará imune a críticas.

Neste sentido, embora pareça um caminho interessante e seguro a ser seguido, a afirmação de um Direito Penal limitado pelos “valores superiores” do ordenamento jurídico constitucional, antes aludido, pode padecer de problema similar ao do conceito de bem jurídico. Quer dizer, dependerá da busca de seu significado a ser realizada por meio da hermenêutica humana, cujo acerto quanto ao resultado é sempre incerto e relativo. Mais do que isso, não pode ser desconsiderada a densidade do conceito resultante da resposta à indagação “que são valores superiores?”, pois dela dependerá a resposta a outra pergunta não menos importante “que condutas devem ser incriminadas a partir deste conceito?”.

Ainda em favor do conceito de bem jurídico é possível fazer referência à não admissão, *prima facie*, de que este conceito, atualizado, esteja em dissonância com os valores mais importantes extraídos da norma constitucional. Ao contrário, é difícil senão impossível acolher um conceito de bem jurídico que não esteja em fina sintonia com as normas constitucionais, suporte de validade das normas penais infraconstitucionais. É a posição de PRADO: “... a linha reguladora constitucional de ordem hierarquicamente superior deve servir para impor contornos inequívocos ao direito de punir”.¹⁷⁴

¹⁷³ PRADO, L. R. Idem, p. 65-66.

¹⁷⁴ PRADO, L. R. **Bem jurídico-penal e Constituição**, p. 91.

A respeito, vale transcrever o pensamento de ILHA DA SILVA acerca do Direito Penal moderno:

“a legitimidade da intervenção penal só poderá ser vista sob o enfoque da dignidade da pessoa humana e dos direitos fundamentais daí decorrentes, os quais são inerentes ao Estado Democrático de Direito e reclamam certos princípios penais e uma política criminal voltada a resguardar tais valores”.¹⁷⁵

Ao tratar da seleção dos bens jurídicos que devem merecer a proteção penal, PRADO reforça que o legislador necessita levar em conta princípios considerados “vigas mestras – fundantes e regentes – de todo o ordenamento penal”.¹⁷⁶ Tais princípios estariam contidos, na maioria, de modo explícito ou não, na Constituição Federal e formaria, o chamado

“... *núcleo gravitacional*, o *ser constitutivo* do Direito Penal. Princípio e fim. A idéia de princípio não pode ser entendida enquanto fim, objetivo a alcançar, no sentido legitimador, como muitas vezes ocorre, visto que aquele não representa intenção, propósito ou tendência voltada para o porvir, mas fundamenta e conforma o Direito Penal, delineia sua constituição e seus limites”.¹⁷⁷

A conexão entre o conceito de bem jurídico e os princípios fundamentais será feita no bojo da análise do conjunto dos denominados “princípios garantistas”.

3.2 PRINCÍPIOS GARANTISTAS

O conceito de norma pode ser dividido, segundo CANOTILHO, entre “regras” e “princípios”. Diferem segundo alguns critérios sugeridos: pelo grau de abstração, de determinabilidade, pelo caráter de fundamentalidade, pela

¹⁷⁵ SILVA, Ângelo Roberto Ilha da. **Dos crimes de perigo abstrato em face da Constituição**, p. 24.

¹⁷⁶ PRADO, L. R. **Bem jurídico-penal e Constituição**, p. 66.

¹⁷⁷ PRADO, L. R. **Bem jurídico-penal e Constituição**, p. 66.

“proximidade” da idéia de direito e pela natureza normogenética.¹⁷⁸ Os princípios são mais abstratos do que as regras; os princípios são menos determinados, enquanto as regras são aplicáveis diretamente; os princípios fundamentam a ordem jurídica, tendo posição estruturante e superior à das normas; os princípios são *standards* de direito fundados nas exigências da justiça enquanto que as regras são normas vinculativas de conteúdo funcional; por fim, por terem natureza normogenética, os princípios estão na base ou constituem a razão de ser das regras jurídicas.¹⁷⁹

CANOTILHO afirma existir particular tipologia de princípios, elencando: princípios jurídicos fundamentais, princípios políticos constitucionalmente conformadores, princípios constitucionais impositivos e, finalmente, os princípios-garantia.¹⁸⁰ Sobre os princípios-garantia assevera o autor que os mesmos visam:

“... instituir directa e imediatamente uma garantia dos cidadãos. É-lhes atribuída uma densidade de autêntica norma jurídica e uma força determinante, positiva e negativa. Refiram-se, a título de exemplo, o princípio de *nullum crimen sine lege* e de *nulla poena sine lege*...”¹⁸¹

E ainda:

“Princípios são normas que exigem a realização de algo, da melhor forma possível, de acordo com as possibilidades fáticas e jurídicas. Os princípios não proíbem, permitem ou exigem algo em termos de ‘tudo ou nada’; impõem a optimização de um direito ou de um bem jurídico, tendo em conta a ‘reserva do possível’, fática ou jurídica”.¹⁸²

Como tais princípios consistem em estabelecimento de garantias diretamente ao cidadão isto motiva que “... os autores lhes chamem ‘princípios em forma de norma jurídica’ (Larenz) e considerem o legislador estreitamente

¹⁷⁸ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**, p. 1124.

¹⁷⁹ CANOTILHO, J. J. G. *Idem*, p. 1124-1125.

¹⁸⁰ CANOTILHO, J. J. G. *Idem*, p. 1128-1131.

¹⁸¹ CANOTILHO, J. J. G. *Obra citada*, p. 1131.

¹⁸² CANOTILHO, J. J. G. *Idem*, p. 1215.

vinculado na sua aplicação”.¹⁸³ Sobre o conceito de “garantias” esclarece CANOTILHO:

“Rigorosamente, as clássicas garantias são também direitos, embora muitas vezes se salientasse nelas o *caráter instrumental* de proteção dos direitos. As garantias traduziam-se quer no direito dos cidadãos a exigir dos poderes públicos a protecção dos seus direitos, quer no reconhecimento de meios processuais adequados a essa finalidade: (ex.: direito de acesso aos tribunais para defesa dos direitos, princípios do *nullum crimen sine lege* e *nulla poena sine crimen*, direito de *habeas corpus* e princípio do *non bis in idem*).”¹⁸⁴

Garantista deriva de garantia. Sobre as garantias materiais do Direito Penal, BATISTA elenca cinco princípios:

“Em nossa opinião, são cinco os princípios básicos do direito penal: 1. princípio da legalidade (ou da reserva legal, ou da intervenção legalizada); 2. princípio da intervenção mínima; 3. princípio da lesividade; 4. princípio da humanidade; 5. princípio da culpabilidade”.¹⁸⁵

Sob outro aspecto, percebe-se ser recorrente o entendimento no sentido de que os princípios impõem limites. Nessa ótica seriam ao mesmo tempo a inspiração e o limite das normas. Como princípios limitadores PRADO enumera-os, tratando-os por igual como instrumentos de proteção de bens jurídicos. São eles:

“... a) princípio da adequação dos meios do Direito Penal para uma proteção efetiva de bens jurídicos; b) princípio da utilização do meio relativamente mais grave (sic); c) princípio da intervenção mínima; d) princípio do interesse preponderante – que considera ilegítima uma sanção penal que direta ou indiretamente provoque maiores danos do que aqueles que pretende evitar. Esses princípios, entre outros,

¹⁸³ CANOTILHO, J. J. G. Idem, p. 1131.

¹⁸⁴ CANOTILHO, J. J. G. Idem, p. 390.

¹⁸⁵ BATISTA, N. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**, p. 64.

apontam para uma limitação da tutela jurídico penal e para uma aplicação mais correta e racional do Direito Penal”.¹⁸⁶

BITENCOURT os denomina de “princípios reguladores do controle penal”, “princípios fundamentais de garantia do cidadão”, “princípios fundamentais de um Estado Social e Democrático de Direito”, “princípios limitadores do poder punitivo estatal”, e esclarece que tais princípios garantem o cidadão perante o poder punitivo estatal e estão amparados pelo texto constitucional de 1988.¹⁸⁷ Segundo o autor os ideais de igualdade e liberdade, basilares ao Iluminismo, abrandaram o Direito Penal que prevaleceu no Estado Absolutista, tendo havido efetiva limitação à intervenção penal.¹⁸⁸ Os “princípios limitadores” passaram a fazer parte dos Códigos e, por fim, em sua quase totalidade foram albergados pela Lei Máxima, motivo pelo qual estão atualmente insertos explícita ou implicitamente no texto constitucional. Afirma-se:

“Todos esses princípios, hoje insertos, explícita ou implicitamente, em nossa Constituição (art. 5º), têm a função de orientar o legislador ordinário para a adoção de um sistema de controle penal voltado para os direitos humanos, embasado em um Direito Penal da Culpabilidade, um *Direito Penal mínimo* e garantista”.¹⁸⁹

Nesta esteira de raciocínio o autor elege determinados princípios como fundamentais: a) da legalidade ou da reserva legal; b) da intervenção mínima; c) da fragmentariedade; d) da culpabilidade; e) de humanidade; f) da irretroatividade da lei penal; g) da adequação social; h) da insignificância; i) da ofensividade; j) da proporcionalidade.¹⁹⁰

FERRAJOLI esclarece que o denominado garantismo penal poderá englobar aspectos penais como, igualmente, aspectos processuais penais¹⁹¹. Figurativamente parece adequada a alusão de que se tratam de duas faces da mesma moeda.

¹⁸⁶ PRADO, L. R. **Bem jurídico-penal e Constituição**, p. 101.

¹⁸⁷ BITENCOURT, C. R. Obra citada, p. 9.

¹⁸⁸ BITENCOURT, C. R. Idem, p. 9.

¹⁸⁹ BITENCOURT, C. R. Obra citada, p. 9-10.

¹⁹⁰ BITENCOURT, C. R. Idem, p. 10-22.

¹⁹¹ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**, p. 91-92.

Destaca o autor: “... a função específica das garantias no direito penal... não é tanto permitir ou legitimar, senão muito mais condicionar ou vincular e, portanto, deslegitimar o exercício absoluto da potestade punitiva”.¹⁹² Aduz igualmente, utilizando termos que empregará na formulação dos princípios garantistas:

“... porque ‘delito’, ‘lei’, ‘necessidade’, ‘ofensa’, ‘ação’ e ‘culpabilidade’ designam requisitos ou condições *penais*, enquanto ‘juízo’, ‘acusação’, ‘prova’ e ‘defesa’ designam requisitos ou condições processuais, os princípios que se exigem aos primeiros chamar-se-ão *garantias penais*, e os exigidos para os segundos, *garantias processuais*”.¹⁹³

Após tal lineamento, o autor formula dez axiomas do garantismo penal, estruturando o “sistema garantista SG”:

“Denomino *garantista, cognitivo* ou de *legalidade estrita* o sistema penal SG, que inclui todos os termos de nossa série,(sic) Trata-se de um modelo limite, apenas tendencialmente e jamais perfeitamente satisfável. Sua axiomatização resulta da adoção de dez axiomas ou princípios analógicos fundamentais, não deriváveis entre si, que expressarei, seguindo uma tradição escolástica, com outras tantas máximas latinas”.¹⁹⁴

Passa o autor a elencar as máximas ou axiomas (A) garantistas:

“A1 *Nulla poena sine crimine*; A2 *Nullum crimen sine lege*; A3 *Nulla lex (poenalis) sine necessitate*; A4 *Nulla necessitas sine injuria*; A5 *Nulla injuria sine actione*; A6 *Nulla actio sine culpa*; A7 *Nulla culpa sine judicio*; A8 *Nullum judicio sine accusatione*; A9 *Nulla accusatio sine probatione*; A10 *Nulla probatio sine defensione*”.¹⁹⁵

¹⁹² FERRAJOLI, Luigi. Idem, 90-91.

¹⁹³ FERRAJOLI, Luigi. Idem, 90-91 (itálico do original).

¹⁹⁴ FERRAJOLI, Luigi. Obra citada, p. 91(itálico do original).

¹⁹⁵ FERRAJOLI, L. Idem, p. 91 (itálico do original).

Explica-se que os dez axiomas não derivam entre si e, apesar disso, estão concatenados de tal modo que cada um deles implique o sucessivo. O autor assim os traduz:

“1) princípio da *retributividade* ou da conseqüencialidade da pena em relação ao delito; 2) princípio da *legalidade*, no sentido lato ou no sentido estrito; 3) princípio da *necessidade* ou da economia do direito penal; 4) princípio da *lesividade* ou da ofensividade do evento; 5) princípio da *materialidade* ou exterioridade da ação; 6) princípio da *culpabilidade* ou da responsabilidade pessoal; 7) princípio da *jurisdicionalidade*, também no sentido lato ou no sentido estrito; 8) princípio *acusatório* ou da separação entre juiz e acusação; 9) princípio do *ônus* da prova ou da verificação; 10) princípio do *contraditório* ou da defesa, ou da falseabilidade”.¹⁹⁶

Esclarece o autor terem sido os dez princípios do modelo garantista de direito ou de responsabilidade penal desenvolvidos, notadamente, com base no pensamento jusnaturalista dos séculos XVII e XVIII, concebendo-os como “princípios políticos, morais ou naturais de limitação do poder penal ‘absoluto’”.¹⁹⁷ Atualmente, reconhece terem sido incorporados, quase na totalidade, “... às constituições e codificações dos ordenamentos desenvolvidos, convertendo-se, assim, em princípios jurídicos do moderno Estado de direito”.¹⁹⁸

Fica evidente nas máximas, de um a seis, sua vinculação direta ao Direito Penal e nas máximas sete a dez a vinculação ao Direito Processual Penal. Embora estejam todas as máximas imbricadas no sistema garantista, dar-se-á maior atenção ao conjunto de máximas ligadas ao Direito Penal, porque se entende, *prima facie*, tenham maior conectividade com o cerne do presente estudo.

As questões atinentes a “quando e como punir” estão contidas, para FERRAJOLI nos princípios ou axiomas A1 a A3.¹⁹⁹

¹⁹⁶ FERRAJOLI, L. Idem, p. 91 (itálico do original).

¹⁹⁷ FERRAJOLI, L. Obra citada, p. 91.

¹⁹⁸ FERRAJOLI, L. Idem, p. 91-92.

¹⁹⁹ FERRAJOLI, L. Idem, p. 92.

A1 *Nulla poena sine crimine*. Princípio da “retributividade” ou da “conseqüencialidade” da pena em relação ao delito. (Quando e como punir?): Segundo este princípio o delito é causa geradora da pena, sua conseqüência jurídica. Neste sentido expõe FERRAJOLI ter encontrado previsão desse axioma em texto de Ulpiano, que o teria enunciado de “forma completa e inequívoca: ‘*aliud fraus*’ est, *aliud ‘pena’*; *fraus enim sine poena esse potest, poena sine fraude esse non potest*”.²⁰⁰ Segundo o princípio da retributividade:

“A pena... nas célebres definições de GRÓCIO, PUFENDORF e THOMASIIUS, é uma sanção cominada *ab malis actionis*, ou *antegressi delicti*, ou *propter delictum*, isto é, aplicável quando se tenha cometido um delito, que constitui sua causa ou condição necessária e do qual se configura como efeito ou conseqüência jurídica. Trata-se do *princípio de retribuição* ou do caráter de conseqüência do delito que a pena tem, que é a primeira garantia do direito penal e que, como descreve HART, expressa não o fim mas justamente o critério de distribuição e de aplicação das penas. Graças a ele, a pena não é um *prius*, senão um *posterius*, não uma medida preventiva ou *ante delictum*, senão uma sanção retributiva ou *post delictum*”.²⁰¹

A2 *Nullum crimen sine lege*. Princípio da “legalidade”, *lato sensu* ou *stricto sensu* (Quando e como punir?): FERRAJOLI biparte este axioma em princípio da mera legalidade e princípio da estrita legalidade. O da mera legalidade é “... como uma regra de distribuição do poder penal que preceitua ao juiz estabelecer como sendo delito o que está reservado ao legislador predeterminar como tal”.²⁰² O princípio da estrita legalidade pode ser definido como

“... uma regra de formação da linguagem penal que para tal fim prescreve ao legislador o uso de termos de extensão determinada na definição das figuras delituosas, para que seja possível a sua aplicação na linguagem judicial como predicados ‘verdadeiros’ dos fatos processualmente comprovados”.²⁰³

²⁰⁰ *Apud*: FERRAJOLI, L. *Idem*, p. 339.

²⁰¹ FERRAJOLI, L. *Idem*, p. 339.

²⁰² FERRAJOLI, L. *Obra citada*, p. 348.

²⁰³ FERRAJOLI, L. *Idem*, p. 348.

“A fórmula latina foi cunhada e introduzida na linguagem jurídica pelo professor alemão Paulo João Anselmo Feuerbach (1775-1883), especialmente em seu tratado que veio a lume em 1801. Ao contrário do que se difunde freqüentemente, das obras de Feuerbach não consta a fórmula ampla ‘*nullum crimen nulla poena sine lege*’; nelas se encontra, sim, uma articulação das fórmulas ‘*nulla poena sine lege*’, ‘*nullum crimen sine poena legali*’ e ‘*nulla poena (legalis) sine crimine*’”.²⁰⁶

O princípio da legalidade é, segundo BATISTA, a pedra angular de todo Direito Penal que aspire à segurança jurídica,

“... compreendida não apenas na acepção da ‘previsibilidade da intervenção do poder punitivo do estado’, que lhe confere Roxin, mas também na perspectiva subjetiva do ‘sentimento de segurança jurídica’ que postula Zaffaroni”.²⁰⁷

Mais do que isto, o princípio da legalidade serve para excluir as penas ilegais (função garantidora), e também para constituir as penas legais (função constitutiva).²⁰⁸

Segundo TOLEDO o princípio da legalidade ou da reserva legal, pelo qual nenhum fato pode ser considerado crime e nenhuma pena aplicada sem anterioridade da lei para o tipo e para a pena, consiste em concreta limitação ao poder punitivo²⁰⁹. Por isso, na legislação pátria, encontra-se no art. 5º, XXXIX e XL da Constituição Federal, que respectivamente prevêem: “não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”²¹⁰ e “a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu”.²¹¹ No Código Penal em seu artigo 1º se pode visualizar disposição praticamente igual à constitucional: “Art. 1º. Não há crime sem lei anterior que o defina. Não há lei sem prévia cominação legal”.²¹²

²⁰⁶ *Apud*: BATISTA, N. Idem, p. 66.

²⁰⁷ *Apud*: BATISTA, N. Idem, p. 67.

²⁰⁸ BATISTA, N. Idem, p. 67.

²⁰⁹ TOLEDO, F. A. Obra citada, p. 21.

²¹⁰ BRASIL, **Constituição da República Federativa do Brasil, 1988**, Art. 5º, XXXIX.

²¹¹ BRASIL. Idem, Art. 5º, XL.

²¹² BRASIL, **Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal**, Art. 1º.

TOLEDO entende, ainda, que o princípio da legalidade pode ser expresso no brocardo latino “*Nullum crimen, nulla poena sine lege*” (Feuerbach – século XIX) e teria por precedentes a *Magna Charta Libertatum* (século XVIII), a *Bill of Rights* (colônias inglesas da América do Norte) e a *Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen* (Revolução Francesa), garantia que da França difundiu-se para outros países. Com base no princípio a elaboração das normas incriminadoras e sanções respectivas consistem em matéria reservada ou exclusiva da lei. Sabe-se, assim, que a noção segundo a qual somente a lei pode determinar o que é crime e qual a pena correspondente deriva da noção originária de que tudo o que não é proibido é permitido (*permititur quod non prohibetur*). Disto decorreria a necessidade de editarem-se proibições casuísticas, na esfera penal, exclusivamente possível, diante do princípio analisado, de serem realizadas por lei.²¹³

São desdobramentos do princípio da legalidade, em razão de sua função de garantia: a) *Nullum crimen, nulla poena sine lege praevia*. Com a *lex praevia* fica vedada a edição de leis retroativas que fundamentem ou agravem a punibilidade; *Nullum crimen, nulla poena sine lege scripta*. Com a *lex scripta* ficam esclarecidas as hipóteses de exclusão e de admissibilidade dos costumes, proibindo-se a fundamentação ou do agravamento da punibilidade pelo direito consuetudinário; c) *Nullum crimen, nulla poena sine lege stricta*. Com a *Lex stricta* há proibição da fundamentação ou do agravamento da punibilidade pela analogia (*in malam partem*), permitindo-as porém *in bonam partem*. d) *Nullum crimen, nulla poena sine lege certa*. Com a *Lex certa* são vedadas as leis penais indeterminadas, genéricas, vazias.

Para BATISTA, aludindo a Zaffaroni, é possível distinguir freqüentes violações do princípio da legalidade por meio da incriminação vaga e indeterminada, consistentes em ocultar núcleo do tipo; empregar elementos do tipo sem precisão semântica e realizar tipificações abertas e exemplificativas.

214

Ocultação do núcleo do tipo: na estrutura dos tipos comissivos dolosos o verbo que exprime a ação é considerado o núcleo:

²¹³ TOLEDO, F. A. Obra citada, p. 21-22.

²¹⁴ *Apud*: N. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**, p. 81.

“Esse verbo pode estar oculto por completo, como no art. 110 do decreto-lei n.º 73, de 21.nov.66²¹⁵, ou pode ocultar-se atrás de outro verbo que denote tão-somente um agir vago e indeterminado (...). Quase sempre, tais vícios são devidos ao equívoco observado por Soler: ter sido o tipo ‘construído sobre a consequência’ e não sobre a ação. Veja-se, por exemplo, o art. 149 CP²¹⁶, inteiramente construído sobre o resultado lesivo da liberdade individual que pretende tutelar”.²¹⁷

Emprego de elementos do tipo sem precisão semântica. Nota-se a imprecisão semântica do chamado:

“estado de ‘perigo moral’ do art. 245 CP, ou a casa ‘mal-afamada’ à qual não se deve permitir o acesso do menor de 18 anos, que nela poderá conviver com ‘pessoa viciosa ou de má-vida’, e talvez assistir a um ‘espetáculo capaz de pervertê-lo’ (art. 247, inc. I e II CP)? Tais elementos normativos não dispõem de um sistema de referência que permita um nível aceitável de ‘certeza típica’, o que já não ocorrerá com elementos normativos jurídicos que remetam a conceitos anteriormente delineados. Costuma ser freqüente a imprecisão, mesmo em elementos descritivos, nas legislações de caráter político: pense-se nos ‘serviços públicos reputados essenciais para a defesa, a segurança ou a economia do país’, ou na incitação ‘à subversão da ordem política ou social’, dos artigos 15, §1º, al. b e 23, inc. I da lei n.º 7.170, de 14.dez.83”.²¹⁸

BATISTA afirma serem realizadas tipificações abertas e exemplificativas. Alerta ser este o maior perigo da atualidade para o princípio da legalidade. Os tipos abertos representam, aludindo-se a Zaffaroni:

²¹⁵ “Constitui crime contra a economia popular, punível de acordo com a legislação respectiva, a ação ou omissão, pessoal ou coletiva, de que decorra a insuficiência das reservas e de sua cobertura, vinculadas à garantia das obrigações das sociedades seguradoras”. Essa norma viola o princípio da legalidade também quanto à pena, já que a legislação de economia popular (Lei n.º 1.521, de 26.dez.51) prevê escalas penais diferentes para diferentes crimes, não se podendo precisar a qual delas quis referir-se o redator do texto acima transcrito (que consegue, em autêntico recorde, violar também o princípio da culpabilidade).

²¹⁶ “Reduzir alguém à condição análoga à de escravo”.

²¹⁷ BATISTA, N. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**, p. 81.

²¹⁸

“(...) ‘limites muito perigosos nos crimes dolosos de perigo’. Riscos existem também nos crimes comissivos por omissão, a despeito da previsão legal das fontes do dever jurídico de agir (art. 13, §2º, al. a, b e c CP). Formulações típicas ou majorantes de pena que se valem da enunciação descritiva de alguns elementos, seguida de uma cláusula de caráter analógico, são igualmente perigosas; para o primeiro caso, veja-se o artigo 147 CP; para o segundo, o artigo 226, inc. II CP”.²¹⁹

FERRAJOLI alerta que “na época contemporânea assistimos a uma profunda crise do princípio da legalidade, favorecida pela fragilidade teórica de sua formulação iluminista e alimentada por diversos impulsos irracionais e autoritários”.

Assim exposto de modo muito sintético o caráter fundante e limitador do princípio da legalidade, aduzidos determinados perigos que se apresentam nos dias correntes e vulneradores de sua base como princípio, anunciando-se sua crise, é possível partir para o estudo do novo axioma.

A3 *Nulla lex (poenalis) sine necessitate*. Princípio da “necessidade da pena” ou da economia do direito penal (Quando e como punir?): Se os dois primeiros princípios têm a ver com a pergunta “quando castigar”, este terceiro constitui resposta à pergunta “como punir”²²⁰. FERRAJOLI preceitua que a pena, “... segundo a já aludida tese que une MONTESQUIEU, BECCARIA, ROMAGNOSI, BENTHAM e CARMIGNANI – deve ser ‘necessária’ e a ‘mínima dentre as possíveis’ em relação ao objetivo de prevenção de novos delitos”.²²¹ Estes conceitos, embora aparentemente banais, foram recepcionados pelas primeiras cartas constitucionais e serviu de freio às sanções penais inutilmente excessivas.²²²

Em sintonia com o exposto BITENCOURT ressalva que, embora o princípio da legalidade imponha limites ao arbítrio judicial, não impede que o estado – observada a reserva legal – crie tipos penais iníquos e comine sanções cruéis e degradantes²²³. O princípio da intervenção mínima, conhecido também por *ultima ratio*,

²¹⁹ *Apud*: BATISTA, N. Idem, p. 82.

²²⁰ FERRAJOLI, L. Obra citada, p. 361-362.

²²¹ FERRAJOLI, L. Obra citada, p. 363.

²²² FERRAJOLI, L. Idem, p. 363.

²²³ BITENCOURT, C. R. Obra citada, p. 11.

“orienta e limita o poder incriminador do Estado, preconizando que a incriminação de uma conduta só se legitima se constituir meio necessário para a proteção de determinado bem jurídico. Se outras formas de sanção ou outros meios de controle social revelarem-se suficientes para a tutela desse bem, a sua criminalização é inadequada e não recomendável”.²²⁴

O Direito Penal, segundo Muñoz Conde aludido em BITENCOURT, tem feição subsidiária e só se justifica quando “fracassam as demais formas protetoras do bem jurídico previstas em outros ramos do direito”.²²⁵ No mesmo sentido HASSEMER, o qual acentua que pelo Direito Penal clássico a pena é um meio violento mas ao mesmo tempo instrumento de liberdade civil, “não é nenhum passaporte, mas apenas o último meio (*ultima ratio*) de solução dos problemas sociais”.²²⁶

De acordo com BATISTA ao princípio da intervenção mínima são relacionadas duas outras características do Direito Penal: a fragmentariedade e a subsidiariedade²²⁷. A fragmentariedade resulta dos princípios da intervenção mínima e da reserva legal. Nem todas as lesões são proibidas pelo Direito Penal, nem todos os bens jurídicos são por ele protegidos. Este ramo do direito limita-se a castigar as ações mais graves cometidas contra os bens jurídicos mais importantes, decorrendo daí seu caráter fragmentário.²²⁸

BATISTA, ao rememorar o objetivo da pena e no contexto da fragmentariedade assevera:

“... se o fim da pena é evitar o crime, cabe indagar da necessidade, da eficiência e da oportunidade de cominá-la para tal ou qual ofensa. Constitui-se assim o direito penal como um *sistema descontínuo de*

Ressalva-se, por oportuno, que o caráter subsidiário do Direito Penal dá ensejo ao debate sobre sua autonomia e sobre sua natureza (constitutiva ou sancionadora?).²³⁰ Nas lições de QUEIROZ predomina o seguinte entendimento:

“... não constitui, ele, ilícitos próprios, autônomos, limitando-se, assim, a reforçar, por meio de sua drástica intervenção, a proteção de bens jurídicos fundamentais ou pretendidamente fundamentais. Por isso se afirma ser sancionador, subsidiário, complementário, acessório, secundário, derivado, residual, etc., em relação aos demais ramos do direito, e especialmente em relação ao direito constitucional, não significando, com isso, entretanto, que não contenha a norma penal, preceito, para só se limitar à formulação de sanções”.²³¹

TOLEDO compreende que o ilícito penal projeta-se para todo o direito. Sugere a representação gráfica do ilícito penal e do ilícito extra-penal por meio de dois círculos concêntricos no qual o menor, dotado de mais exigências, seria o injusto penal e o maior, do injusto extra-penal. Com base nessa ilustração é possível concluir que o Direito Penal é nitidamente sancionador, e não constitutivo.²³² O autor ressaltou, no entanto, julgado do Supremo Tribunal Federal (RHC 59.716-PR, 11JUN82) que estabeleceu a não influência nem precedência lógica de uma sentença civil sobre o juízo criminal, mesmo ao negar a existência do fato e da autoria constitutivos da responsabilidade penal.²³³ Aduziu que a sentença foi calcada em princípios processuais porém o *decisum* poderia ter sido diverso se amparado nos princípios de direito material.

Apesar da consagração deste princípio pelo Iluminismo, os legisladores contemporâneos têm abusado da criminalização e da penalização, levando o direito penal e a sanção criminal ao descrédito. A *ultima ratio* transformou-se, aparentemente, na *prima ratio* ou *sola ratio*.²³⁴ Consoante assinalado por SCHMIDT, “a criminalidade de massas (furtos, roubos, homicídios,

²³⁰ BATISTA, N. Idem, p. 85.

²³¹ QUEIROZ, Paulo de Souza. **Do caráter subsidiário do direito penal: lineamento para um direito penal mínimo**, p. 67-68.

²³² TOLEDO, F. A. Obra citada, p. 165-166.

²³³ TOLEDO, F. A. Obra citada, p. 166.

²³⁴ BITENCOURT, C. R. Obra citada, p. 12.

estelionatos, etc.) agrega-se a criminalidade organizada e, nessa linha, a prevenção geral passa a ser quase que ilimitada”.²³⁵

Ao elaborar o questionamento “quais penas?” e “que quantidade de pena?” FERRAJOLI aborda os conceitos de humanidade e proporcionalidade, tratados por alguns autores, a exemplo de BITENCOURT, como princípios autônomos em razão de sua importância. Optando-se pela utilização da doutrina de FERRAJOLI como base ordenadora do presente item, os princípios referidos serão tratados no bojo do estudo dos princípios maiores.

Para BITENCOURT o princípio da humanidade é o maior entrave para a adoção da pena capital e da prisão perpétua. Sustenta-se que o poder punitivo estatal não pode aplicar sanções que atinjam a dignidade da pessoa humana ou que lesionem a constituição físico-psíquica dos condenados.²³⁶ Logicamente que no apenamento haverá dano e dor, em especial nas penas privativas de liberdade, até porque não se deve premiar a prática do delito. De qualquer modo é indubitosa a necessidade de preservar a incolumidade e a dignidade da pessoa como ser humano.

Quando formula a pergunta “que quantidade de pena?” FERRAJOLI esclarece que o princípio da proporcionalidade, expresso na máxima latina *poena debet commensurari delicto*, é corolário dos princípios da legalidade e retributividade.

Segundo BITENCOURT, o princípio da proporcionalidade consagrou-se com o constitucionalismo moderno, embora tivesse sido referido por Beccaria, e foi recepcionado pela Constituição Federal brasileira: art. 5º, XLVI (Regula a necessidade de individualização das penas e adoção das penas previstas constitucionalmente); XLVII (Veda a pena de morte, salvo em caso de guerra declarada, e veda igualmente as penas de caráter perpétuo, de trabalhos forçados, de banimento e cruéis); XLII (Prevê o racismo como crime inafiançável e determina a aplicação de pena de reclusão ao delito); XLIII (Endurece o tratamento penal aos crimes de tortura, tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os crimes hediondos) e XLIV (Endurece o tratamento penal aos crimes relacionados à ação de grupos

²³⁵ SCHMIDT, Andrei Zenkner. **A criminalidade moderna nas concepções de Hassemer e Silva Sánchez**, p. 64.

²³⁶ BITENCOURT, C. R. Obra citada, p. 15.

armados contra a ordem constitucional e o Estado Democrático), lembrando o autor do tratamento mais brando dado às infrações penais de menor potencial ofensivo, cuja competência foi fixada nos juizados especiais criminais (art. 98, I, CF).²³⁷

Após a visão deste panorama percebe-se que o Direito Penal, classicamente com caráter subsidiário em decorrência do princípio da intervenção mínima (*ultima ratio*), tende a ser expandido e ocupar-se de conflitos estatais não tradicionalmente afetos a sua área de controle (tecnologia, informática, meio-ambiente etc.), conformando-se a uma perspectiva funcionalista. O cuidado com esta observada opção pela expansão não deve descurar-se dos princípios da humanidade e da proporcionalidade.

Tudo parece indicar que a tendência expansiva esteja concretizando-se sem suficientes reflexões legislativas preocupadas com a higidez de um sistema penal assentado em princípios. Se o Direito Penal circunscrever-se ao seu aspecto simbólico e o Estado desvincular-se de sua necessária incumbência de fomentar um clima favorável à prevenção ampla dos ilícitos da modernidade (através dos mais variados meios de controle social – e demais armas do arsenal jurídico), as conseqüências de tal prática ensejadora de maior invasividade e exacerbação do Direito Penal devem levar ao seu descrédito e a deslegitimação.

Para o desenvolvimento destas idéias imprescindível abordar as questões atinentes a “quando e como proibir” contidas nos princípios ou axiomas A4 a A6, de FERRAJOLI.²³⁸

A4 *Nulla necessitas sine injuria*. Princípio da “lesividade” ou da ofensividade do evento (quando e como proibir?): Tem-se que “a liberdade dos cidadãos depende principalmente de que as leis criminais sejam boas”.²³⁹ É devido indagar do que depende a bondade das leis penais e de suas proibições. Para se saber disso é preciso recorrer às definições substanciais de crime, pois as meramente formais são tautológicas, segundo FERRAJOLI, e tais questões possuem legitimação predominantemente externas.²⁴⁰

²³⁷ BITENCOURT, C. R. Obra citada, p. 22-23.

²³⁸ FERRAJOLI, L. Obra citada, p. 92.

²³⁹ *Apud*: FERRAJOLI, L. Idem, p. 421.

²⁴⁰ FERRAJOLI, L. Idem, p. 422.

O entendimento do princípio da lesividade passa pelo registro da filosofia utilitarista, valendo citar que

“O princípio de ‘utilidade penal’, tal como foi formulado por GRÓCIO, HOBBS, PUFENDORF, THOMASIIUS e BECCARIA, e mais extensamente por BENTHAM, é idôneo para justificar a limitação da esfera das proibições penais – em coerência com a função preventiva da pena como *precautio laesionum* – apenas às ações reprováveis por ‘seus efeitos’ lesivos a terceiros”.²⁴¹

Em razão da não confusão entre o direito e a moral veda-se “... a proibição de condutas meramente imorais ou de estados de ânimos pervertidos, hostis ou, inclusive, perigosos”.²⁴²

Segundo FERRAJOLI existe dupla limitação do poder proibitivo do Estado, a primeira vem ditada pelo princípio da necessidade ou de economia das proibições penais, verificada na axioma A3, retro. A segunda deriva da secularização do direito e de sua separação da moral e está consubstanciada no princípio da lesividade, por meio do qual a necessidade das leis penais fica condicionada pela lesividade a terceiros dos comportamentos proibidos.²⁴³

CARVALHO esclarece o que se entende por “secularização”. Explica que com o Iluminismo houve a negação do fundamento teísta do Direito Penal pelas doutrinas contratualistas, operando-se “... uma irreversível lesão na espinha dorsal da estrutura repressiva”.²⁴⁴ A ruptura havida à época representou um radical realinhamento do Direito Penal, bem como fomentou a criação de um arcabouço teórico racional e duradouro, apto a sustentar a pesada estrutura interventiva penal estatal. A isto se chamou secularização do Direito Penal. De acordo com a inversão havida:

“Se o homem era punido por aquilo que era (*quia peccatum*), segundo a fórmula de que o desvio deveria ser refutado conforme o grau de periculosidade/perversidade do seu autor – a conduta é ontologicamente má -, o pensamento laicizado direciona os aparatos formais de controle social à punição da conduta do infrator que

²⁴¹ FERRAJOLI, L. Idem, p. 426.

²⁴² FERRAJOLI, L. Idem, p. 426.

²⁴³ FERRAJOLI, L. Obra citada, p. 427-428.

²⁴⁴ CARVALHO, Salo; CARVALHO, Amilton Bueno de. **Aplicação da pena e garantismo**, p. 4.

resultou dano, exterior e perceptível, a um terceiro envolvido no conflito”.²⁴⁵

Em razão disso verificou-se que o processo de secularização operou uma diminuição da intervenção penal, retirando de seu âmbito a criminalização da consciência, e legitimando o poder de proibir no “contrato social”.²⁴⁶

No mesmo sentido QUEIROZ, pelo qual:

“A exigência como pressuposto político-jurídico – de ser lesivo o comportamento para poder assumir significação penal segue-se à separação (ou distinção, se preferir), já referida, entre direito e moral, porquanto, não perseguindo o direito o infundir valores morais aos seus destinatários, mas a só proteção subsidiária de bens jurídicos fundamentais, por meio da cominação e execução de penas, caber-lhe-á, por consequência, exclusivamente, a disciplina das ações humanas exteriores ofensivas desses bens, sempre que delas resultem ou possam resultar, concretamente, danos a terceiros”.²⁴⁷

No mesmo sentido o autor esclarece que a intervenção somente se justifica - jurídica ou politicamente - quando determinado comportamento invada a esfera de liberdade, direito ou interesse de outrem. Quando a pessoa, excedendo sua própria esfera de liberdade de ação, fere “... a liberdade de seu co-associado, ferindo-lhe, com certa intensidade, um interesse particularmente relevante e merecedor de proteção penal”.²⁴⁸

A partir desta posição outras reflexões surgem, iniciando no entendimento restritivo de que a proibição do comportamento fica condicionada à lesividade. O princípio da lesividade é descriminalizador devendo-se referir em particular a três classes de crimes: a) delitos de bagatela, havendo restrição de caráter quantitativo; b) delitos “abstratos”, descritos normalmente em termos vagos ou valorativos (v.g., na Itália, delitos contra a personalidade do Estado); c) delitos de atentado, relacionados aos “atos dirigidos a”, incluindo-se os atos preparatórios e a cogitação, independentemente do efetivo perigo.²⁴⁹

²⁴⁵ CARVALHO, S. e CARVALHO, A. B. Idem, p. 4.

²⁴⁶ CARVALHO, S. e CARVALHO, A. B. Idem, p. 5.

²⁴⁷ QUEIROZ, P. S. Obra citada, p. 105.

²⁴⁸ QUEIROZ, P. S. Idem, p. 110.

²⁴⁹ FERRAJOLI, L. Obra citada, p. 438-439.

Por isso, com apoio no princípio da lesividade, e suas decorrências, podem ser encadeados novos raciocínios tendentes à redução do âmbito de incidência da intervenção penal, v.g. o princípio da insignificância, pelo qual somente se justificaria a intervenção penal quando a lesão ou o perigo de lesão tivessem especial intensidade e a reflexão séria acerca da efetiva necessidade de intervenção em determinados setores (v.g. intervenção realizada por meio das chamadas contravenções penais). Baseada igualmente no princípio da lesividade somente é legítima a intervenção penal se houver a afetação com significativa intensidade de um bem jurídico fundamental, afastando-se a hipótese de intervenção relacionada à moral.

Aponta-se que apesar da tentativa de fornecer os contornos dos bens jurídicos fundamentais protegidos pelo Direito Penal com lastro no conjunto de raciocínios ora encadeados, é mais fácil excluir as ações não lesivas aos bens jurídicos do que indicar, positiva e exaustivamente, quais são aqueles a serem tutelados²⁵⁰.

Salienta FERRAJOLI que a função limitadora e garantística atribuída à categoria do bem jurídico "... consiste precisamente no fato de que a lesão de um bem deve ser condição necessária, embora não suficiente, para justificar sua proibição e punição como delito".²⁵¹

Ressalvadas as ponderações realizadas, no sistema garantista proposto por FERRAJOLI nada afasta a compreensão na qual o princípio da lesividade tem destacada importância. Vale assinalar, enfim, que as limitações ao poder do Estado de proibir penalmente condutas humanas, derivadas do princípio da necessidade e da lesividade, proporcionam diversas outras limitações extremamente úteis à conformação de um sistema penal legítimo e respeitável.

A5 *Nulla injuria sine actione*. Princípio da "materialidade" ou exterioridade da ação (quando e como proibir?): O dano, deste modo, deve ser causado por uma ação humana (material, física, externa – fisicamente observável e descritível) expondo FERRAJOLI que "de acordo com esse princípio, nenhum dano, por mais grave que seja, pode-se estimar penalmente

²⁵⁰ FERRAJOLI, L. Obra citada, p. 432.

²⁵¹ FERRAJOLI, L. Idem, p. 432-433.

relevante, senão como efeito de uma ação”.²⁵², sendo impossível criminalizar estados de ânimo e fatos não correspondentes ao atuar humano. Os fundamentos deste princípio também derivam da secularização e da separação axiológica entre direito e moral. É preciso ser verificável o nexos de causalidade entre a ação e o resultado (danoso ou perigoso). Exclui-se do nexos causal a responsabilidade objetiva “por fatos de outro” ou “por caso fortuito”.²⁵³

Na segunda metade do século XIX, sob o influxo da Escola Positiva e doutrinas que com ela possuem afinidade, voltou-se a perquirir sobre a “periculosidade do réu”, de seu “caráter”, de sua “capacidade para delinquir”, e tais reflexões antagonizavam com os estudos desenvolvidos pelas idéias da Escola Clássica. Ao discorrer sobre o assunto FERRAJOLI alude a Enrico Pessina: “o homem delinqüente não pelo que é, senão pelo que faz”.²⁵⁴

O princípio de materialidade é nuclear ao garantismo penal e tem estreita ligação com o princípio da legalidade. Ele exige o respeito à diferença e à liberdade de consciência, devendo destacar-se que “...à diferença de estados de ânimo ou das inclinações, as ações, tanto comissivas quanto omissivas, são acontecimentos empíricos, taxativamente descritíveis, cuja verificação é questão de fatos e não de valores...”.²⁵⁵

Alerta-se para o fato de que o princípio de materialidade sofreu duros ataques. A relevância da ação ficou diminuída nas doutrinas positivistas do delinqüente natural e da defesa social, ao valorizar a subjetividade do conceito de periculosidade. Com o mesmo problema o Direito Penal soviético e seu modelo de periculosidade social dos desviados. Ocorreu igualmente subjetivação do conceito de ação na Alemanha nazista, cujo enfraquecimento resultou na doutrina do tipo de autor.²⁵⁶ FERRAJOLI afirma que estes ataques deixaram marcas no Direito Penal, assinalando que “... a desvalorização finalista da ação e/ou do resultado, e, mais em geral, a subjetivação das formas de desviação constituem, de fato, os traços distintivos do subsistema penal de polícia e do atual direito penal de emergência”.²⁵⁷

²⁵² FERRAJOLI, L. Idem, p. 440.

²⁵³ FERRAJOLI, L. Idem, p. 441.

²⁵⁴ FERRAJOLI, L. Obra citada, p. 442-443.

²⁵⁵ FERRAJOLI, L. Idem, p. 444.

²⁵⁶ FERRAJOLI, L. Idem, p. 445-446.

²⁵⁷ FERRAJOLI, L. Idem, p. 446-447.

Neste sentido se faz referência à multiplicação dos crimes de perigo abstrato e às expressões utilizadas na legislação italiana – “atos idôneos para”, “atos dirigidos à”, “pelo objetivo de cometer”, notando-se por igual a influência de aspectos subjetivos (periculosidade, arrependimento etc.), tanto na fase processual como de execução da pena, bem como nas decisões sobre a manutenção ou não das prisões.²⁵⁸

O princípio da materialidade, apesar de ser diuturnamente desrespeitado por conta de impulsos derivados da prática policial e judicial, precisa ser mantido e reforçado como estruturante do sistema garantista. Se a prática, por vezes, distancia-se da realidade, deve-se crer na singular relação de recíproca influência entre teoria e prática nas ciências penais para se buscar incansavelmente um arcabouço teórico em sintonia com o garantismo.

Com a mesma perspectiva garantista ensina GUARAGNI que a conduta possui, além das clássicas funções como elemento teórico básico, de enlace, e limite, uma importante função ligada a sua dimensão política.²⁵⁹ Esta torna imprescindível a formulação de um “... conceito de ação humana pré-típico que atue como elemento de garantia perante o poder punitivo do Estado, em favor do indivíduo,ps

desvalorização, deve-se manter fiel à realidade pela qual se estrutura este objeto (conduta), pois do contrário sua seleção estará dirigida a objetos diversos daqueles que originariamente pretendia tutelar; (b) que a ponte com o universo do *ser*, derivada de um conceito ontológico de ação, implica facilidade de compreensão do direito penal pelos seus destinatários, pois a visão destes corresponderá à visão do direito penal acerca da conduta: afinal, ambos tomá-la-ão segundo sua expressão ôntica e pré-jurídica”.²⁶²

Este dúplice aspecto, lealdade “à natureza ôntica do objeto da conduta humana”²⁶³ e sintonia entre a concepção do leigo e a do direito penal, consistem em efetiva garantia do indivíduo perante o poder punitivo estatal.²⁶⁴

A6 *Nulla actio sine culpa*. Princípio da “culpabilidade” ou da responsabilidade pessoal (quando e como proibir?): Esta condição material do modelo garantista atrela-se a um elemento “subjetivo” ou “psicológico” do crime, pois

“... nenhum fato ou comportamento humano é valorado como ação se não é fruto de uma decisão; conseqüentemente, não pode ser castigado, nem sequer proibido, se não é intencional, isto é, realizado com consciência e vontade por uma pessoa capaz de compreender e de querer”.²⁶⁵

Sobre o princípio assevera CERVINI:

“Nosso Direito Penal comum obedece ao princípio da responsabilidade pela culpabilidade e essa pode ser definida, a partir do professor Cairoli (1985:191, nota n. 1), como uma valoração sobre o autor em sua relação com o fato, sobre a qual funciona a reprovação a quem atuou de determinada maneira”.²⁶⁶

De acordo com o autor o princípio da imputação pessoal, derivado da exigência *nullum crimen sine culpa*, entra na pauta descriminalizadora por meio

²⁶² GUARAGNI, F. A. Idem, p. 321.

²⁶³ GUARAGNI, F. A. Obra citada, p. 321.

²⁶⁴ GUARAGNI, F. A. Idem, p. 321.

²⁶⁵ FERRAJOLI, L. Obra citada, p. 447.

²⁶⁶ CERVINI, Raúl. **Os processos de descriminalização**, p. 131.

da exclusão das figuras da responsabilidade objetiva ou por fato de outro e, ainda, o apenamento por fatos que não possuam relação direta com o comportamento de pessoas físicas. Esta idéia afastaria toda forma de responsabilidade de pessoas jurídicas ou entes morais, consoante será melhor esclarecido em item próprio deste trabalho.²⁶⁷

O conceito de culpabilidade, tal como desenhado atualmente, foi desenvolvido através dos tempos, evoluindo ora com contornos libertários, ora autoritários. Para se ter idéia de como se comportou a responsabilização penal na evolução da humanidade basta lembrar que no primitivo direito grego a punição prescinde da voluntariedade do delito e pode alcançar o ofensor e também sua família. No direito hebreu não se distinguia entre delitos voluntários e ações involuntárias havendo previsão de penas para os descendentes do réu até a sétima geração.²⁶⁸

Na idade média a pena recaía sobre o ofensor e seus agregados, podendo chegar-se ao confronto armado. Atualmente o conceito de culpabilidade na doutrina pátria leva em conta, tradicionalmente, a imputabilidade do agente, seu conhecimento (potencial ou real) da ilicitude, e a possibilidade de, no caso concreto, dele ser exigível um comportamento em conformidade com o direito.

Segundo BITENCOURT o Direito Penal atribui tríplice sentido à culpabilidade: a) Como fundamento da pena: refere-se à possibilidade de aplicação ou não da pena àquele que cometeu um fato típico e antijurídico, exigindo-se a presença de capacidade de culpabilidade, consciência – ainda que potencial – da ilicitude, e ainda exigibilidade de conduta diversa. A ausência de algum destes elementos impede a aplicação de uma sanção penal; b) Como elemento de determinação ou medição da pena a culpabilidade funciona como limite e não como fundamento da pena, e assim o indivíduo pode ser mais ou menos culpável, ou seja, podem haver graus de culpabilidade de acordo com a conduta, aliada a outros critérios e c) Como conceito contrário à responsabilidade objetiva veda-se a responsabilização objetiva,

²⁶⁷ CERVINI, R. Idem, p.132-135.

²⁶⁸ FERRAJOLI, L. Obra citada, p. 447.

assegurando-se que ninguém responderá por um resultado absolutamente imprevisível se não tiver atuado com dolo ou culpa.²⁶⁹

Em decorrência dos sentidos atribuídos à culpabilidade BITENCOURT conclui com as respectivas conseqüências materiais: “a) Não há responsabilidade objetiva pelo simples resultado; b) A responsabilidade penal é pelo fato e não pelo autor; c) A culpabilidade é a medida da pena”.²⁷⁰ Alude-se à Jeschek quando trata do conceito de culpabilidade. JESCHECK, ao tratar do princípio da culpabilidade, expõe que na Alemanha ele é considerado postulado supremo da Política criminal.²⁷¹ Aduz, em adição, que:

“a pena criminal somente pode fundar-se na constatação de que cabe formular ao autor uma reprovação pela formação de vontade que o conduziu a decidir pelo cometimento do fato, e nunca pode ser mais grave do que o autor mereça segundo sua culpabilidade”.²⁷²

Com isto se ressalta a dupla finalidade no princípio: a) como fundamento da pena e do *jus puniendi* e, b) como limite da intervenção punitiva do estado.²⁷³ Segundo o mesmo autor o princípio da culpabilidade extrairia suas raízes constitucionais no princípio da intangibilidade da dignidade humana (dignidade da pessoa humana). Não estaria expresso nas Constituições, incluindo a argentina, porque os legisladores da época estavam imbuídos das idéias sobre a concepção da pena como prevenção especial, impregnada pelo conceito positivista de periculosidade social do delinqüente, pelo que não se restringiu os poderes sancionatórios estatais e, por conseguinte, tornando-se totalitário ao negar a dignidade do ser humano.²⁷⁴

Aponta-se como muito importante o entendimento de que somente as ações culpáveis poderão ser objetos de reprovação, previsão, prevenção, proibição. Isto pressupõe a possibilidade de sua observância ou violação por parte de seus destinatários, “a cujo conhecimento e vontade se dirigem, com a

²⁶⁹ BITENCOURT, C. R. Obra citada, p. 14.

²⁷⁰ BITENCOURT, C. R. Idem, p. 15.

²⁷¹ JESCHECK, Hans-Heinrich. **Tratado de Derecho Penal: parte general**, p. 561.

²⁷² JESCHECK, H. H. Idem, p. 561-562.

²⁷³ TOZZINI, Carlos. A. **Garantias constitucionales en el derecho penal**, p. 84.

²⁷⁴ TOZZINI, C. A. Idem, p. 87-88.

função pragmática de orientá-los e condicioná-los; e seriam insensatas, além de inúteis, se tal possibilidade não existisse”.²⁷⁵

No mesmo sentido JESCHECK:

“O princípio da culpabilidade pressupõe logicamente a liberdade de decisão do homem, pois somente se existe a capacidade de atuar de outra forma poderá responsabilizar-se o autor por haver realizado o fato antijurídico ao invés de dominar os impulsos criminais. Se a conduta estiver determinada em definitivo pela possibilidade causal de forças objetivas subtraídas ao influxo da vontade, ao modo dos processos naturalísticos, reprovar aos homens suas ações teria tão pouco sentido como fazê-lo responsável por suas enfermidades.”²⁷⁶

De acordo com o princípio da culpabilidade a proibição somente se poderia dar por meio de normas regulativas, não constitutivas. As normas constitutivas não vetam, mas castigam imediatamente. FERRAJOLI lembra que o preceito bíblico previsto no Êxodo (22, 18) “Não permitirás viver às bruxas”²⁷⁷ é exemplo do modelo constitutivo de norma penal. Salienta-se que o lugar das bruxas, de vez em quando, tem sido ocupado

“... pelos hereges, os judeus, os infiéis e, na época moderna, pelas classes e sujeitos perigosos, ociosos e vagabundos, pelos propensos a delinquir e os afeitos a transações ilícitas, pelos inimigos do povo e os subversivos, por desordeiros e mafiosos e por outros tipos de autor ou de delinqüente”.²⁷⁸

O alerta de FERRAJOLI acerca do pensamento penal autoritário centra-se na idéia de que este tende a substituir tipologias e classificações de ações e de delitos por tipologias e classificações de autores e delinqüentes. Para finalizar critica as formas “disciplinares e captatórias” que revestem a execução da pena, afirmando que as mesmas, “aliadas à crise da taxatividade e da regulatividade dos tipos delituosos e à introdução de pactos no processo,

²⁷⁵ FERRAJOLI, L. Obra citada, p. 451.

²⁷⁶ JESCHECK, H. H. Obra citada, p. 562.

²⁷⁷ FERRAJOLI, L. Obra citada, p. 463.

²⁷⁸ FERRAJOLI, L. Idem, p. 463.

estão produzindo, no nosso país, a obsolescência do modelo penal garantista e a deformação policial e totalizante das instituições penais”.²⁷⁹

Não revela qualquer novidade a afirmação de que o quadro e a crítica de FERRAJOLI aplicam-se, no todo, ao ambiente de intervenção penal brasileiro. Para aprofundar o estudo das causas da nova moldura penal, e suas conseqüências, vale recordar, em visão panorâmica e sintética, a evolução da criminologia.

3.3 CRIMINOLOGIA CLÁSSICA

3.3.1 Lineamentos de Criminologia

O objetivo deste específico estudo é assentar as bases criminológicas do sistema penal atual, preparando o terreno para o estudo do impacto do paradigma do risco nas ciência penais. A análise partirá de conceitos científicos da denominada criminologia moderna iniciada com Cesare Lombroso em 1876²⁸⁰, com a edição do *Homem delinqüente*, culminando com a observação de algumas tendências contemporâneas. Ressalve-se, por oportuno, que não serão estudadas as contribuições pré-científicas pertinentes à criminologia, posto que tal aprofundamento não se coaduna com os objetivos propostos nesse estudo.²⁸¹

SHECAIRA expõe ser insuficiente o estudo do Direito Penal se não estiver em correlação com o estudo das ciências criminais. Aduz que a falta de estudo da criminologia, no mais das vezes omitida do currículo mínimo das Faculdades de Direito (visão positivista e isolacionista), cria determinado viés na abordagem do fenômeno criminal. Independentemente da ressalva esclarece ser o estudo dos criminosos e respectivos comportamentos objeto de interesse de psiquiatras, psicólogos, sociólogos, antropólogos e também de juristas. Sobre estes aduz que, não fosse pelo próprio interesse no estudo da criminologia, deveriam nela interessar-se em razão da curiosidade natural do

²⁷⁹ FERRAJOLI, L. Idem, p. 468.

²⁸⁰ SHECAIRA, Sérgio Salomão. **Criminologia**, p. 74.

²⁸¹ Na obra de Osvaldo N. Tieghi, in **Criminalidad: ciência, filosofía y prevencion**, são vistos interessantes registros da “criminologia” pré-científica, tratadas em revisão histórica.

estudioso do Direito Penal acerca dos motivos que levam os homens a delinquir – a comportarem-se de modo a violar o Direito Penal. A relação da criminologia com a política criminal é igualmente próxima pelo fato de que sinaliza a ela as medidas tendentes a impedir ou diminuir o cometimento de novos delitos. Mais do que isto, a criminologia deve ser de interesse do jurista porque fornece o arcabouço pré-jurídico que lhe permite trabalhar com a dogmática.²⁸²

Para contextualizar vale referir que a criminalidade é um fenômeno natural e não sobrenatural.²⁸³ Deixa-se de lado o criminoso como pecador, a pena como penitência, a mulher feita que rotulada de bruxa, as fogueiras que incendiaram os malfeitores da época, entre eles hereges, bruxas, gênios, para se tratar de modo científico o fenômeno.

Neste sentido, já que se aludiu às fogueiras, oportuno se faz o registro de POSTERLI, a título de curiosidade, ao lembrar de situação vivida por Sigmund Freud, pai da psicanálise, quando em 1938 teve sua biblioteca incendiada em praça pública pelos nazistas. Teria ele (que era judeu) dito: “Estamos progredindo! Há cem anos, eu seria queimado!”²⁸⁴. De tal comentário podem ser retirados muitos sentidos, um deles é que a história da criminologia, e da respectiva reação do Estado à conduta e às pessoas tidas por criminosos, revela uma seqüência na qual são verificados avanços e retrocessos. Se é verdadeira a história referida, Freud, que morreu em 23 de setembro de 1939 em Londres, não acompanhou nem sofreu as graves conseqüências decorridas da Conferência de Wannsee em 20 de janeiro de 1942, na qual os nazistas teriam optado pela *solução final*, retomando a prática brutal do *holocausto*, o qual teria sido cometido contra os inimigos das raças consideradas inferiores²⁸⁵.

Realizadas as considerações preliminares sobre a matéria vale conceituar criminologia a partir da obra de CASTRO:

²⁸² SHECAIRA, S. S. **Criminologia**, p. 33-35.

²⁸³ POSTERLI, Renato. **Temas de criminologia**, p. 7.

²⁸⁴ POSTERLI, R. Idem, p. 7.

²⁸⁵ Datas históricas retiradas da enciclopédia eletrônica Wikipédia, em 10 de janeiro de 2007, às 22h00min.

“Segundo a sua função explícita, a Criminologia é a atividade intelectual que estuda os processos de criação das normas penais e das normas sociais que estão relacionadas com o comportamento desviante; os processos de infração e de desvio destas normas; e a reação social, formalizada ou não, que aquelas infrações ou desvios tenham provocado: o seu processo de criação, a sua forma e conteúdo e os seus efeitos”.²⁸⁶

Segundo a professora CASTRO, o estudo criminológico englobaria três ramos:

“1. A sociologia do Direito Penal e do comportamento desviante. 2. A

modificar 'a reação à delinquência'; a criminologia radical propõe-se contestar o 'sistema social'".²⁹⁰

Expõem FIGUEIREDO DIAS e COSTA ANDRADE que o termo criminologia foi utilizado pela primeira vez, em 1879, pelo antropólogo francês Topinard e como título de uma obra, em 1885, com Garófalo e sua *Criminologia*, sob o influxo das idéias da escola positiva. Com a publicação de *L'uomo delinquente* surgiu a escola positiva italiana, num ambiente de decepção com as propostas e reformas apregoadas pelo iluminismo²⁹¹, que não haviam conseguido reduzir a criminalidade crescente e que se diversificava.²⁹²

De acordo com SHECAIRA embora as escolas clássica e positivista tenham-se formado e distinguido uma da outra, o lastro cultural subjacente a ambas seria iluminista.²⁹³ A escola clássica partia do entendimento da racionalidade do homem, indagando acerca da racionalidade da lei.²⁹⁴ Não obstante ter-se situado o pensamento clássico no século XIX, é com Cesare Bonesana (Marquês de Beccaria), e sua obra *Dei delitti e delle pene* (1764), que se permite ancorar a base teórica que sustentaria o classicismo.²⁹⁵

É nítida a influência dos enciclopedistas sobre BECCARIA. O autor realizou instigantes reflexões, e a justeza de seu raciocínio influencia indelevelmente o pensamento penal até os dias correntes:

“... Qual a origem das penas, e em que se funda o direito de punir? Quais as punições que se devem aplicar aos diferentes crimes? A pena de morte será, realmente, útil, necessária, imprescindível para a segurança e a estabilidade social? Serão justos os tormentos e as torturas? Levarão ao fim proposto pelas leis? Quais os meios mais apropriados para prevenir os delitos? As mesmas penas serão,

²⁹⁰ DIAS, J. G.; ANDRADE, M. C. Idem, p. 4.

²⁹¹ Talvez – ao invés de iluminismo – ficasse melhor o termo “classicismo” ou “movimento da escola clássica”, no entanto, manteve-se a palavra em fidelidade ao trabalho dos autores. A propósito, ver referência de Salomão Shecaira sobre a matéria.

²⁹² DIAS, J. G.; ANDRADE, M. C. Obra citada, p. 10-11.

²⁹³ SHECAIRA, S. S. **Criminologia**, p. 90.

²⁹⁴ SHECAIRA, S. S. Idem, p. 90.

²⁹⁵ SHECAIRA, S. S. Idem, p. 91 e 93.

igualmente, úteis em todas as épocas? Qual a influência que exercem sobre os costumes”.²⁹⁶

Esclareceu o autor que os preceitos essenciais do direito de punir deveriam ser questionados ao coração do homem, e que tão somente a necessidade obriga a humanidade a abrir mão de parte do direito individual à liberdade, “... exatamente o necessário para empenhar os outros em mantê-lo na posse do restante”.²⁹⁷ Aduziu:

“A reunião de todas essas pequenas parcelas de liberdade constitui o fundamento do direito de punir. Todo exercício do poder que deste fundamento se afaste constitui abuso e não justiça; é um poder de fato e não de direito; constitui usurpação e jamais um poder legítimo”.²⁹⁸

BECCARIA defendeu vigorosamente, ainda, a divisão das tarefas de legislar e de julgar, e que os castigos previstos fossem despidos de crueldade.²⁹⁹ Combateu a arbitrariedade nas interpretações penais e a obscuridade das leis, pugnando pela confecção de leis claras e acessíveis à compreensão popular.³⁰⁰ Defendeu a idéia de que somente a lei poderia determinar os casos de prisão, e que um menor rigor desta ensejaria melhor possibilidade de determiná-la, de acordo com a razoabilidade.³⁰¹ Lutou contra as acusações secretas, os interrogatórios “sugestivos”, o juramento do acusado de dizer a verdade, “... quando o seu maior interesse é escondê-la”.³⁰² BECCARIA protestou de modo veemente contra a tortura, pois:

“... ou o crime é certo, ou é incerto. Se é certo, apenas deve ser punido com a pena que a lei fixa, e a tortura é inútil, porque não se tem mais precisão das confissões do réu. Se o crime é incerto, não é

²⁹⁶ BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**, p. 13.

²⁹⁷ BECCARIA, C. Obra citada, p. 15.

²⁹⁸ BECCARIA, C. Idem, p. 15.

²⁹⁹ BECCARIA, C. Idem, p. 16.

³⁰⁰ BECCARIA, C. Idem, p. 19.

³⁰¹ BECCARIA, C. Idem, p. 21.

³⁰² BECCARIA, C. Idem, p. 31.

hediondo atormentar um inocente? Efetivamente, perante as leis, é inocente aquele cujo delito não está provado”.³⁰³

O autor destaca que a tortura iguala inocentes e culpados, e que “... a tortura é, freqüentemente, um meio certo de condenar o inocente débil e absolver o criminoso forte”.³⁰⁴ Defendeu a moderação e a proporcionalidade das penas e apontou que a pena de morte não é calcada na racionalidade, “...não se apóia em nenhum direito”.³⁰⁵ O livro de BECCARIA, pode-se dizer, constituiu verdadeiro marco na história do Direito Penal.

Sobre *Dei delitti e delle pene* BARATTA afirma:

“Este tratado é, como há muito a crítica amplamente demonstrou, menos a obra original de uma genial personalidade do que a expressão de todo um movimento de pensamento, em que conflui toda a filosofia política do iluminismo europeu e, especialmente, o francês. A consequência relutante para a história da ciência penal, não só italiana mas européia, é a formulação pragmática dos pressupostos para uma teoria do delito e da pena, assim como do processo, no quadro de uma concepção liberal do estado de direito, baseada no princípio utilitarista da maior felicidade para o maior número, e sobre as idéias do contrato social e da divisão dos poderes”.³⁰⁶

Vale transcrever o pensamento utilitarista da época:

“... pena era uma forma de curar uma enfermidade moral, disciplinando o instinto dos pobres com prêmios e castigos, em uma espécie de talião disciplinador. Para a escola criminológica clássica, fundada no contratualismo de uma burguesia em ascensão, a pena era a reparação do dano causado pela violação de um contrato (o contrato social de Rousseau). No direito civil, quando uma parte viola o contrato, surge a reparação como resultado inevitável daquele descumprimento. No direito penal de uma sociedade baseada metaforicamente nesse mesmo contrato, não há como evitar a

³⁰³ BECCARIA, C. Idem, p. 31-32.

³⁰⁴ BECCARIA, C. Idem, p. 33.

³⁰⁵ BECCARIA, C. Obra citada, p. 45.

³⁰⁶ BECCARIA, C. Idem, p. 33.

necessária reparação por meio da pena. Daí é que surgem penas certas e determinadas, como decorrência dessa matemática reparatória fixa”.

BARATTA expõe que toda a elaboração filosófica do Direito Penal italiano do iluminismo, com a influência iluminista, racionalista e jusnaturalista, de BECCARIA, FILANGIERI, ROMAGNOSI, ROSSI, MAMIANI, MANCINI, “... encontra uma síntese logicamente harmônica na clássica construção de Francesco Carrara, nos densos volumes do *Programma del corso di diritto criminale*, dos quais o primeiro (parte geral) teve a primeira edição em 1859”³⁰⁷. Segundo o autor, com Carrara nasceria a moderna ciência do Direito Penal italiano, apadrinhada pela filosofia.³⁰⁸

De acordo com BARATTA, aludindo a Carrara,

“...Toda a imensa trama de regras que, ao definir a suprema razão de proibir, reprimir e julgar as ações dos homens circunscreve, dentro de limites devidos, o poder legislativo e judicial, deve (no meu modo de entender) remontar, como à raiz mestra de uma árvore, a uma verdade fundamental”.³⁰⁹

Para Carrara o delito não é um ente de fato, é um ente jurídico. E sua essência está na violação de um direito, este não confundível com as mutantes leis postas, pois consiste em “... uma lei que é absoluta, porque constituída pela única ordem possível para a humanidade, segundo as previsões e a vontade do criador”.³¹⁰ A verdade deveria ser descoberta não nos códigos humanos, mas no “código imutável da razão”.³¹¹ Na obra do autor a conduta decorre do livre arbítrio e a consideração dos aspectos objetivos do delito prevalecem sobre os aspectos subjetivos do réu. Por isso, “... a distinção entre consideração jurídica do delito e consideração ética do indivíduo torna-se, pois,

³⁰⁷ BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do direito penal: introdução à sociologia do direito penal**, p. 35.

³⁰⁸ BARATTA, A. Idem, p. 35.

³⁰⁹ BARATTA, A. Idem, p. 36.

³¹⁰ BARATTA, A. Idem, p. 35.

³¹¹ BARATTA, A. Idem, p. 36.

a base da qual parte para proceder a uma nova afirmação da tese de que a função da pena é, essencialmente, a defesa social".³¹²

SHECAIRA realiza a seguinte síntese do pensamento de Carrara:

"o crime não é um ente de fato, é um ente jurídico; não é uma ação, é

“Longe de levar a cabo a aplicação prática de nossas conclusões, essa tarefa restringe-se a divisar o *tipo*. A detenção perpétua, a pena capital, que são as últimas expressões de nossas pesquisas, seriam impraticáveis ao ver de um grande número de homens, enquanto se lhes pode muito bem aplicar a um número restrito e ver como um indício de criminalidade a presença desse *tipo* entre os indivíduos suspeitos”.³¹⁶

Da obra de LOMBROSO extraiu-se o conceito de criminoso nato, consistindo naquele delinqüente que apresentaria um maior número de indícios de anomalias, orgânicas e psíquicas, descobertas pela antropologia criminal.³¹⁷ O autor ainda refere ao “louco moral”, o qual nada teria a ver com o alienado, com o enfermo real, mas seria um “cretino do senso moral”.³¹⁸ Aponta, por igual, o atavismo como um dos indícios do homem delinqüente, podendo-se citar a respeito algumas ponderações do autor positivista:

“De resto, nesta edição³¹⁹, demonstrei, além de caracteres verdadeiramente atávicos, os adquiridos e completamente patológicos: a assimetria facial, por exemplo, que não existe no selvagem, o estrabismo, a desigualdade das orelhas, a discromatopsia, a paresia unilateral, os impulsos irresistíveis, a necessidade de fazer o mal pelo mal, etc. e essa alegria sinistra que se faz notar na gíria dos criminosos e que, alternada com uma certa religiosidade, encontra-se tão freqüente entre os epiléticos. Acrescentem-se as meningites, os amolecimentos do cérebro que não provém, certamente, de atavismo. É por isso que venho a relacionar o louco moral e o criminoso nato na família dos epileptóies”.³²⁰

A escola positiva substituía a responsabilidade moral, da escola clássica, pelo determinismo biológico. Com esta visão LOMBROSO centrou seus estudos nos caracteres antropológicos, adicionando-se após a contribuição de Garófalo com o destaque dos aspectos psicológicos (1905) e

³¹⁶ LOMBROSO, César. **O homem delinqüente**, p. 23 (itálico do original).

³¹⁷ LOMBROSO, C. Obra citada, p. 22.

³¹⁸ LOMBROSO, C. Idem, p. 24.

³¹⁹ Refere-se à 2ª edição de seu livro.

³²⁰ LOMBROSO, C. Obra citada, p. 24-25.

de Ferri que salienta os fatores sociológicos.³²¹ É acentuado o fato de que o homem não é independente do meio em que vive e seu comportamento é a expressão da ligação com este meio. A perspectiva da escola dá relevo aos estudos do autor do delito e da tipologia dos autores. Prestigia-se, igualmente, o estudo das “... características do delito como elemento sintomático da personalidade do autor”.³²²

BARATTA destaca que os autores da escola positiva:

“... partiam de uma concepção do fenômeno criminal segundo a qual este se colocava como um dado ontológico préconstituído à reação social e ao direito penal; a criminalidade, portanto, podia tornar-se objeto de estudo nas suas ‘causas’, independentemente do estudo das reações sociais e do direito penal”.³²³

No mesmo sentido SHECAIRA, para o qual LOMBROSO afirmava ser o crime um fenômeno biológico (não um ente jurídico); pugnava pela utilização do método experimental (indutivo e não dedutivo); segundo sua teoria se explicariam os impulsos criminosos pelo atavismo, pela degeneração do criminoso/doente, pela teoria do criminoso nato.³²⁴ Acreditava no determinismo, pelo qual o homem nascia marcado para cometer crimes.³²⁵

Para entender um pouco mais da teoria positivista vale mencionar FERRI, ao retratar o criminoso:

“Sob o ponto de vista natural, não pode ser delinqüente senão quem seja um anormal. Anormal por razões congênitas ou adquiridas, permanentes ou transitórias, por anormalidade morfológica, ou biopsíquica, ou por doença, mas sempre, mais ou menos, anormal. Se o homem normal é o homem adaptado à vida social (De Sanctis), quem na vida social reagir aos estímulos externos com uma ação delituosa, não pode ser senão um anormal”.³²⁶

³²¹ BARATTA, A. Obra citada, p. 39.

³²² BARATTA, A. Idem, p. 39.

³²³ BARATTA, A. Obra citada, p. 43.

³²⁴ SHECAIRA, S. S. **Criminologia**, p. 96-97.

³²⁵ SHECAIRA, S. S. Idem, p. 98.

³²⁶ FERRI, Enrico. **Princípios de direito criminal: o criminoso e o crime**, p. 203.

Para FERRI, a condição original para que um homem possa tornar-se delinqüente “... social e legalmente, delinqüente, está nisto: que o crime ou delito por ele realizado seja a expressão genuína da sua personalidade”.³²⁷ Para o autor, é importante verificar a “periculosidade” do delinqüente, pelo que se torna necessário “... examinar a exterioridade física de sua ação e, desta, chegar à sua intimidade psíquica”.³²⁸

Ainda segundo FERRI, o Direito Penal deveria, com sua reação, amparar a idéia de responsabilidade social em contraposição à de responsabilidade moral da escola clássica. De fato, a postura do autor é preventiva:

“A Escola Positiva, pelo contrário, sustenta que não podendo a justiça humana – porquanto não tem a onisciência de Deus – medir a culpa moral dos indivíduos (o que, depois, é problema respeitante à *religião* e à *filosofia moral* e não ao direito), e devendo, ao contrário, prover à defesa social contra todos os autores de crimes, estes são subordinados às normas jurídicas de tal defesa, isto é, sofrem as conseqüências e respondem perante a sociedade pelo seu modo de agir, qualquer que seja a condição psíquica de sua pessoa ao praticar o crime”.³²⁹

No que toca à tipologia dos autores, ele renovou a teoria. Sobre os tipos criminosos afirmava previamente que, “... na própria opinião, como revelam as intuições da linguagem popular ‘cara da galé’, ‘fera humana’, ‘homem sem coração’, e semelhantes, o tipo criminal é uma viva realidade.”³³⁰ FERRI dividiu o gênero em cinco categorias antropológicas de delinqüentes: “I. *Delinqüente nato* ou instintivo ou por tendência congênita; II. *Delinqüente louco*; III. *Delinqüente habitual*; IV. *Delinqüente ocasional*; V. *Delinqüente passional*”.³³¹

Garofalo (1851-1934) encerra a tríade dos grandes juristas mais importantes da escola positiva. Para ele o crime está no indivíduo, como revelação de uma natureza degenerada, introduzindo o conceito de

³²⁷ FERRI, E. Idem, p. 210.

³²⁸ FERRI, E. Obra citada, p. 211.

³²⁹ FERRI, E. Idem, p. 223.

³³⁰ FERRI, E. Idem, p. 247.

³³¹ FERRI, E. Idem, p. 255.

temibilidade, concebida como a “... perversidade constante e ativa do delinqüente e a quantidade do mal previsto que se deve temer por parte do mesmo delinqüente”³³². SHECAIRA aponta como a grande contribuição criminológica de Garofalo a tentativa de conceber o conceito de delito natural, investigando se dentre os delitos previstos pelas leis da época existiam alguns puníveis em todos os tempos e lugares.³³³ Seu conceito de delito natural ficou assim definido como:

“... a violação daquela parte do sentido moral que consiste nos sentimentos altruístas fundamentais de piedade e probidade, segundo o padrão médio em que se encontram as raças humanas superiores, cuja medida é necessária para a adaptação do indivíduo à sociedade”.³³⁴

O pensamento exposto teria influenciado significativamente autores nacionais, cujos reflexos se fazem sentir até os tempos hodiernos. Apesar de reconhecer distinções nos posicionamentos dos pensadores positivistas SHECAIRA concebe importantes pontos de sintonia entre eles:

“O crime passa a ser reconhecido como um fenômeno natural e social, sujeito às influências do meio e de múltiplos fatores, exigindo o estudo da criminalidade o método experimental. A responsabilidade penal é responsabilidade social, por viver o criminoso em sociedade, tendo por base a periculosidade. A pena será, pois, uma medida de defesa social, visando à recuperação do criminoso. Tal medida, ao contrário do que pensavam os clássicos, defensores da pena por tempo determinado, terá denominação de medida de segurança e será por tempo indeterminado, até ser obtida a recuperação do condenado. O criminoso será sempre psicologicamente um anormal, temporária ou permanentemente”.³³⁵

BATISTA critica severamente a criminologia positivista, ressaltando seu caráter parcial, posto que estudaria apenas a etiologia do comportamento

³³² SHECAIRA, S. S. **Criminologia**, p. 100-101.

³³³ SHECAIRA, S. S. **Criminologia**, p. 101.

³³⁴ *Apud*: SHECAIRA, S. S. *Idem*, p. 101.

³³⁵ SHECAIRA, S. S. *Idem*, p. 102-103.

delitivo, deixando de lado todos os demais aspectos de interesse da criminologia retro apontados.³³⁶

Seria equivocada a omissão positivista por não questionar a construção política do Direito Penal, faltando indagar:

“...(como, por quê e para quê se ameaçam penalmente determinadas condutas, e não outras, que atingem determinados interesses, e não outros, com o resultado prático, estatisticamente demonstrável, de se alcançar sempre pessoas de determinada classe, e não de outra), nem a aparição social de comportamentos desviantes (seja pelo silêncio estratégico do doutrinador, que não converte aquilo que a maioria desaprova – desviante – em delituoso, seja pelo descompasso entre vetustas bases morais, a partir das quais se instalaram instrumentos de controle social, e sua incessante transformação histórica, seja até pela própria etiologia enquanto processo social individualizável)...”³³⁷

Critica-se por igual o não questionamento da reação social:

“... desde as representações do delito, do desvio, da pena e do sistema penal, dispersas no movimento social, ou sinalizadas na opinião pública e nos meios de comunicação, até o exame das funções, aparentes e ocultas, que a pena desempenha, nomeadamente a pena privativa de liberdade, tal como existe e é executada pelas diversas instituições que dela participam...”³³⁸

Esclarece BATISTA que, ao não perquirir nenhuma das questões destacadas a criminologia positivista cumpre um papel político legitimador da ordem positivada.³³⁹ Isto se explicaria porquê para o positivista existe uma aparente neutralidade do cientista social, produtor singelo de saberes insensível às tensões inerentes à realidade social.³⁴⁰

Apontando os marcos científicos da criminologia SHECAIRA ressalta que no primeiro momento a criminologia dominante instrumentalizou o saber

³³⁶ BATISTA, N. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**, p. 29.

³³⁷ BATISTA, N. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**, p. 29-30.

³³⁸ BATISTA, N. *Idem*, p. 29.

³³⁹ BATISTA, N. *Idem*, p. 29.

³⁴⁰ BATISTA, N. *Idem*, p. 31.

por meio do contrato - decorrência da idéia do contrato social de Rousseau - coincidindo tal fato com a ascensão da burguesia à classe dominante. Com a Revolução Industrial e o desenvolvimento tecnológico surgiram graves problemas, tendo havido vertiginoso crescimento da criminalidade e da miséria, esta catalisada pelo deslocamento dos camponeses para as grandes urbes: da teoria contratual passou-se ao paradigma científico.³⁴¹ Tal pensamento gestado nos países centrais teve notável influência nos países periféricos, ressaltando-se a pouca influência nos Estados Unidos, no qual a escola de Chicago desenvolveu um conjunto diferenciado de idéias ao observar a mesma realidade de base.³⁴²

3.3.3 Escolas sociológicas do crime

Em estágio mais recente de discussão, SHECAIRA trata das chamadas escolas sociológicas do crime, referindo, numa perspectiva macrocriminológica, à criminologia do consenso e à criminologia do conflito. “A escola de Chigago, a teoria da associação diferencial, a teoria da anomia e a teoria da subcultura delinqüente podem ser consideradas do consenso”.³⁴³ As teorias do *labelling* (interacionistas) partem de visões conflitivas das sociedade.

A primeira ótica trata das teorias do consenso ou da integração e tem corte funcionalista. Em sua perspectiva:

“... a finalidade da sociedade é atingida quando há um perfeito funcionamento das suas instituições de forma que os indivíduos compartilham os objetivos comuns a todos os cidadãos, aceitando as regras vigentes e compartilhando as regras sociais dominantes”.³⁴⁴

Para a teoria do conflito a coesão e a ordem da sociedade são lastreadas na força e na coerção, em que alguns dominam e outros submetem-se à dominação. Um dos principais defensores da idéia de que a sociedade

³⁴¹ SHECAIRA, S. S. **Criminologia**, p. 103.

³⁴² SHECAIRA, S. S. Idem, p. 103-104.

³⁴³ SHECAIRA, S. S. Idem, p. 133.

³⁴⁴ SHECAIRA, S. S. Idem, p. 134.

funda-se no conflito foi Marx, ao pugnar pela existência de histórica luta de classes.³⁴⁵

A escola de *Chicago* (consensual - teoria da ecologia criminal) focou seus estudos em investigações empíricas dentro de cada cidade. Prima pela ação preventiva e conseqüente minimização da ação repressiva. Pugna pelo reforço do controle social informal, reduzindo e tornando subsidiária a importância do controle social formal. Foi importante à política criminal ao contribuir na prevenção da criminalidade de massas e teve intensa influência no Direito Penal, notadamente no tocante às questões ecológicas.³⁴⁶

Ao tratar da influência da escola de *Chicago*, SHECAIRA cita um exemplo de sua influência sobre o ordenamento jurídico brasileiro, em específico o art. 65 da Lei 9.605/98, pelo qual para quem “pichar, grafitar ou por outro meio conspurcar monumento urbano” é prevista pena de três meses a um ano³⁴⁷. Vale mencionar a pertinente motivação:

“Pune-se um pequeno ato, para reforçar a tutela de controle social informal, usando-se simbolicamente – é verdade – o direito penal para instar mais pessoas a preservarem a sociedade, o patrimônio urbano e as próprias relações sociais”.³⁴⁸

A teoria da *associação diferencial* tem decisiva contribuição teórica de Edwin Sutherland (1883-1950) e critica a ótica exclusivamente biológica do fenômeno criminal, voltando o foco de observação para a criminalidade dos poderosos, ressaltando a forma diferenciada de tratamento que os criminosos do colarinho branco (*white collar crime*) recebiam da justiça criminal.³⁴⁹

O ambiente de surgimento da teoria envolvia o pós-primeira guerra mundial, no qual os Estados Unidos desfrutaram de um clima econômico confortável, rompido com o *crack* da Bolsa de Valores de Nova York (1929) em razão do jogo desenfreado e insustentável de negócios na bolsa. Eleito o presidente democrata Franklin Delano Roosevelt (1932) este implementou, com base nas idéias do economista inglês Keynes, um amplo plano de

³⁴⁵ SHECAIRA, S. S. Idem, p. 134-135.

³⁴⁶ SHECAIRA, S. S. **Criminologia**, p. 364.

³⁴⁷ SHECAIRA, S. S. Idem, p. 185.

³⁴⁸ SHECAIRA, S. S. Idem, p. 185.

³⁴⁹ SHECAIRA, S. S. Idem, p. 364.

combate à depressão econômica que previa forte intervenção pública no domínio econômico visando alavancar os negócios do país. Esta política recebeu o nome de *New Deal*.³⁵⁰

Nesse período revogou-se a Lei Seca, foco de corrupção e gangsterismo. No entanto os esforços somente tiveram melhores resultados às vésperas da segunda guerra mundial. A mudança de modelo, da não-intervenção para a pungente intervenção, sofreu resistências do empresariado, entre outros fatores, por causa da permissão dos sindicatos atuarem em favor dos empregados e da maior regulamentação das atividades empresariais, medidas que resultavam em diminuição da lucratividade. Também sofreu resistência da Suprema Corte, vencida apenas em 1937 com a adoção de duas novas leis constitucionais, uma tratando da atividade sindical, outra do seguro social.³⁵¹ Observou SHECAIRA:

“O mundo dos negócios possui uma firme organização no sentido de permitir a infração das normas que o regem, enquanto a sociedade não está tão organizada para impedir tal violação. Assim, as normas têm pouca importância no controle dos comportamentos negociais, a menos que sejam suportadas por uma administração empenhada em impedir o comportamento ilegal. O que Roosevelt fez foi exatamente traduzir, mediante sua política intervencionista, o substrato legal para o controle destas atividades chamadas ilícitas. O projeto do *New Deal* traz em seu bojo o fermento necessário para o crescimento do controle da atividade³⁵² empresarial, denominada por Sutherland de crime do colarinho-branco, por meio de sua teoria da associação diferencial”³⁵³.

A perspectiva da associação diferencial, como referido, foi utilizada e em particular no estudo da criminalidade do colarinho branco. Sutherland criticou radicalmente as teorias sobre o comportamento criminoso amparadas nas débeis condições econômicas, psicopatológicas ou sociopatológicas.³⁵⁴ De acordo com Sutherland:

³⁵⁰ SHECAIRA, S. S. Idem, p. 189-190.

³⁵¹ SHECAIRA, S. S. Obra citada, p. 191-192.

³⁵² Certamente, o controle das atividades empresariais ilícitas.

³⁵³ SHECAIRA, S. S. Idem, p. 193

³⁵⁴ BARATA, A. Obra citada, p. 71.

“A hipótese aqui sugerida em substituição das teorias convencionais, é que a delinquência de colarinho branco, propriamente como qualquer outra forma de delinquência sistemática, é aprendida; é aprendida em associação direta ou indireta com os que já praticaram um comportamento criminoso, e aqueles que aprendem este comportamento criminoso não têm contatos freqüentes e estreitos com o comportamento conforme a lei. O fato de que uma pessoa torne-se ou não um criminoso é determinado, em larga medida, pelo grau relativo de freqüência e de intensidade de suas relações com os dois tipos de comportamento. Isto pode ser chamado de processo de associação diferencial”.³⁵⁵

O crime é cometido após aprendizado – mediante comunicação - o qual envolve motivação, ocasião, modo e, enfim, o processo e a “técnica” completa, e depende da associação entre o “aprendiz” e o “mestre”. Esta se dá num ambiente de pessoas que tenham intimidade, seja em razão de laços de sangue ou de afinidade. Como as sociedades não são totalmente regradas

cometido por *peessoas respeitáveis. Com elevado estatuto social. Ele é praticado no exercício da sua profissão*, o que evidentemente exclui todos os demais crimes que, embora realizados por aqueles agentes acima nomeados, relacionam-se com sua vida privada. Ocorre, em regra, com *uma violação de confiança*".³⁵⁸

Existem outras características ligadas a este tipo de crime: a) não pode ser explicado por condições de base desfavoráveis (pobreza, má-habitação, falta de educação e lazer etc.); b) é difícil formar um quadro estatístico, posto que a condescendência com tal modalidade delituosa estimula as cifras negras; c) as pessoas comuns, via de regra, não percebem tal modalidade delituosa, não captam a essência danosa dos atos; d) a legislação (e, pode-se acrescentar, os julgamentos) seriam mais condescendentes.³⁵⁹

Para expor sua tese Sutherland estudou as 70 principais corporações norte-americanas por um período de 24 anos (1920 a 1944) e evidenciou que todas elas haviam praticado atos nocivos à comunidade e que 91,7% delas eram reincidentes, obtendo uma média de 14 infrações por empresa. No entanto, notou haver uma recepção diferenciada da população em relação àquelas atitudes dos grandes industriais e comerciantes.³⁶⁰

São elencados alguns fatores para essa recepção diferenciada: a) o *status* destas pessoas não era o mesmo das pessoas tidas normalmente por "praticantes" de delitos – notando-se que o juízo normal acerca dos criminosos poderosos mescla medo e admiração; vale lembrar que os legisladores admiram os homens de negócios e, por isso, não os tratam como delinqüentes; b) as respostas aos crimes cometidos pelos poderosos são diferenciadas, e atenuadas em relação às sanções penais comuns; tudo com base na idéia de que, se a pena é ressocializadora, os poderosos estão muito bem socializados e, portanto, não a merecem, ao menos não a privativa da liberdade – esta sim dessocializadora; c) existe um terceiro fator que revela uma circunstância merecedora de especial destaque, e consiste no entendimento de que as conseqüências de tais delitos não serem diretamente sentidas pela comunidade. Isto porque:

³⁵⁸ SHECAIRA, S. S. Idem, p. 198.

³⁵⁹ SHECAIRA, S. S. Obra citada, p. 198-199.

³⁶⁰ SHECAIRA, S. S. Idem, p. 199.

“As violações da lei feitas pelos poderosos são complexas e seus efeitos são difusos. Não são ataques simples e diretos de uma pessoa a outra, como em um assalto ou em uma agressão pessoal, ou mesmo um furto. Muitas vezes uma grande empresa viola uma norma por uma década ou mais antes que as agências administrativas de controle ou a própria comunidade identifiquem a violação. Todos esses fatores, convergentes, levam a comunidade jurídica a não querer punir da mesma forma o crime de colarinho-branco, ainda que suas conseqüências possam ser muito, muito mais lesivas à comunidade, atingindo difusamente a sociedade e produzindo lesões a inúmeras vítimas”³⁶¹.

A explicação do crime de colarinho branco descredenciou as corriqueiras teses centradas na antropologia criminal de natureza pessoal, chamando a atenção para a criminalidade das pessoas bem-sucedidas, decididamente “não-anormais” e “não-dessocializadas”, antes, ao contrário, normais e aparentemente melhor ajustadas à sociedade do que a grande maioria das pessoas.³⁶²

A teoria do *white collar crime* teve contribuições posteriores. A partir da teoria de Pavlov na qual dividiu-se o comportamento em dois: o reativo e o operante, observou-se que o crime seria aprendido pelo comportamento operante. Após isso, registrou-se de modo especial a influência persuasiva, sobre as pessoas, da imprensa, cinema, rádio e televisão, notadamente sobre a delinquência juvenil.³⁶³ A arte imita a vida, e a vida imita a arte, podendo-se dizer que os meios de comunicação “... formam e deformam o comportamento social”³⁶⁴.

Vale destacar o registro de SHECAIRA acerca da criminalidade econômica a, qual, associada ao centro de imputação chamado empresa, deve ter importância destacada. Assinala-se que a responsabilidade penal das pessoas jurídicas é realidade em diversos países e que o nascedouro do pensamento combativo à criminalidade empresarial encontra-se no período sob questão. Salienta-se que “... a máquina, produto da técnica, é um elemento

³⁶¹ SHECAIRA, S. S. **Criminologia**, p. 201.

³⁶² SHECAIRA, S. S. Idem, p. 201.

³⁶³ SHECAIRA, S. S. Idem, 202-203.

³⁶⁴ *Apud*: SHECAIRA, S. S. Idem, p. 205.

potencializador dos perigos...” e que o homem “... pela utilização das tecnologias, pode, pela primeira vez na história da humanidade, pôr em perigo a própria escala humana, destruir a si próprio e se destruir enquanto espécie”³⁶⁵. No entendimento do autor este fenômeno enseja uma relação “dialético-interativa”, quer dizer, a lei não apenas como resultado social, mas também como produtora de modificações. Defende que o direito pode e deve dar resposta a estas situações, ainda que “... permitindo modificações em alguns de seus dogmas tradicionais”³⁶⁶. Nesta esteira de idéias preceitua a defesa de direitos difusos e coletivos, modificação de responsabilidade, preponderância de valores públicos sobre o privado, entre outros, todos com início no pensamento de Sutherland.³⁶⁷

O autor torna clara a possibilidade de críticas à teoria, v. g. porque pessoas submetidas aos mesmos estímulos e possibilidades de “aprendizado” criminal agem diferentemente; que a teoria não considera adequadamente fatores individuais de personalidade; o fato de estar dirigida somente aos modelos de comportamento criminal ou comportamentos desviados etc. Ainda assim, foi muito importante ao desenvolvimento da criminologia e abre espaço para a discussão central do presente trabalho.³⁶⁸

Sobre a teoria da *subcultura delinqüente* aduz SHECAIRA:

“... decorre das chamadas sociedades complexas, contemplando a existência de padrões normativos divergentes daqueles que presidem a cultura dominante. Os atos criminais praticados pelos agentes, nessas circunstâncias, são não-utilitários, maliciosos e negativistas. A abordagem da teoria subcultural permite um melhor equacionamento do problema das minorias, bem como da criminalidade juvenil; é que, dadas as suas características particulares, o combate a essa criminalidade não se pode fazer por meio dos mecanismos tradicionais de enfrentamento do crime. Primeiramente, pelo fato de que a idéia central dessa forma de prática delituosa tem certas particularidades que são dessemelhantes de outras formas mais corriqueiras. Ademais, algumas dessas manifestações não se combatem com a pura repressão, mas sim com um processo de

³⁶⁵ SHECAIRA, S. S. Idem, 210-211.

³⁶⁶ SHECAIRA, S. S. **Criminologia**, p. 210-211.

³⁶⁷ SHECAIRA, S. S. Idem, p. 211.

³⁶⁸ SHECAIRA, S. S. Idem, p. 211.

cooptação dos grupos, envolvendo-os com o mercado de trabalho e com o acesso à sociedade produtiva. Mais uma vez o caminho da pura repressão é abandonado, tendo uma função acessória de controle desses delitos”.³⁶⁹

A teoria das subculturas criminais não aceita que o delito seja considerado como conduta contrária aos valores e regras sociais gerais, porque destaca a existência de valores e normas específicas dos grupos sociais, que são variados, os quais constituem as subculturas.³⁷⁰ De acordo com esta teoria:

“Só aparentemente está à disposição do sujeito escolher o sistema de valores ao qual adere. Em realidade, condições sociais, estruturas e mecanismos de comunicação e de aprendizagem determinam a pertença de indivíduos a subgrupos ou subculturas, e a transmissão aos indivíduos de valores, normas, modelos de comportamento e técnicas, mesmo ilegítimos”.³⁷¹

A *teoria da anomia* entende o crime não como anomalia, não como patologia social, mas como fisiologia da sociedade. Anormal seria o súbito incremento do fenômeno criminal, decorrente de debilitação da consciência coletiva. A grande contribuição da teoria está na concepção da *pena funcional*, com três manifestações, “... como meio de intimidação individual se dirige ao delinqüente ocasional; como instrumento de reinserção social, ao delinqüente habitual corrigível; e, enfim, como mecanismo de neutralização, ao delinqüente incorrigível”³⁷² valendo citar que tal entendimento teria inspirado a Lei de Execução Penal pátria.

A teoria do *labeling approach*, *interacionista* ou da *rotulação social* parte da premissa do conflito social. Inverte-se a pergunta, questionando-se o porquê de todas as pessoas não seguirem os impulsos desviantes existentes naturalmente. O desvio é considerado não como qualidade ontológica da ação, mas como resultado de uma reação da sociedade a ela. A contribuição da teoria seria a defesa da não-intervenção (teoria da *ultima ratio*), valendo citar a

³⁶⁹ SHECAIRA, S. S. Idem, p. 365.

³⁷⁰ BARATTA, A. Obra citada, p. 73.

³⁷¹ BARATTA, A. Idem, p. 74.

³⁷² SHECAIRA, S. S. **Criminologia**, p. 365-366.

influência no Direito Penal brasileiro no tocante às leis que atenuaram a resposta penal, v. g. o sistema dos juizados especiais criminais e a normatização das penas alternativas (Leis 9.099/95; 7.209/84 e 9.714/98).³⁷³

De acordo com o interacionismo simbólico a realidade social consiste numa complexa teia de interações concretas entre os indivíduos. A etnometodologia destaca o entendimento segundo o qual a realidade social (dentro deste fenômeno, v. g., o desvio) é construída, por meio de um processo de etiquetamento ou rotulação que parte de indivíduos e grupos diversos. O interacionismo simbólico e a etnometodologia – duas correntes da sociologia americana estreitamente ligadas - proporcionam o âmbito de pesquisa no qual desenvolveu-se a teoria do *labeling approach*.³⁷⁴

Nas lições de BARATTA, as perguntas dos criminólogos tradicionais são do tipo “quem é criminoso?”, “como se torna desviante?”, “em quais condições um condenado se torna reincidente?”, “com que meios se pode exercer controle sobre o criminoso?”. Estas são substituídas pelos interacionistas por: “quem é definido como desviante?”, “que efeito decorre desta definição sobre o indivíduo?”, “em que condições esse indivíduo pode se tornar objeto de uma definição?” e, ainda, “quem define quem?”.³⁷⁵ Oferece amostra do resultado desse conjunto de reflexões o seguinte entendimento:

“... a *distância social* e o isolamento de um indivíduo é uma reação oficial que pode ser desencadeada não somente por definições informais, mas é muito freqüentemente um efeito indireto da pena, especialmente da prisão, inflingida a um indivíduo”.³⁷⁶

BARATTA compreende que as teorias do *labeling approach* são de médio alcance e ensejam uma mudança do ponto de partida para a interpretação do fenômeno criminal, “...do próprio fenômeno para a estrutura social, historicamente determinada, em que aquele se insere”³⁷⁷. Aduz ser necessária a transição do estudo da criminologia liberal à criminologia crítica,

³⁷³ SHECAIRA, S. S. Idem, p. 366.

³⁷⁴ BARATTA, A. Obra citada, p. 87.

³⁷⁵ BARATTA, A. Idem, p. 88.

³⁷⁶ BARATTA, A. Idem, p. 98 (itálico do original).

³⁷⁷ BARATTA, A. Idem, p. 99.

que consiste num trabalho baseado na teoria materialista (econômico-política) do desvio, dos comportamentos negativos, da criminalização.³⁷⁸

3.3.4 Teoria Crítica ou Radical

No passo da transição apontada, da criminologia liberal à crítica, BATISTA realiza severa crítica à denominada criminologia tradicional:

“A criminologia conheceu, nos últimos vinte anos, uma verdadeira revolução, que lhe permitiu superar o impasse positivista. Chamemos, de modo genérico, Criminologia Crítica ao conjunto das tendências (...) que realizaram tal superação e tornaram acessível ao estudioso do direito penal conhecimentos até então camuflados ou distorcidos, inclusive sobre seu próprio ofício. Ao contrário da Criminologia Tradicional, a Criminologia Crítica não aceita, qual *a priori* inquestionável, o código penal, mas investiga como, por quê e para quem (em ambas as direções: *contra quem e em favor de quem*) se elaborou este código e não outro”.³⁷⁹

É a posição de LYRA e ARAÚJO JUNIOR, entendendo-se que criminologia crítica:

“... é expressão genérica, sinônima de Nova Criminologia, Criminologia Radical, Economia Política do Crime, Criminologia Moderna. Trata-se do movimento criminológico que importa numa reação à chamada Criminologia Tradicional, que fulcrada no pensamento positivista, preocupa-se, apenas, com a etiologia do delito e com os aspectos psicológicos da passagem ao ato, a partir de conceitos estratificados na lei”.³⁸⁰

BATISTA expõe que a criminologia crítica não fica circunscrita às definições legais do delito e dos comportamentos delituosos e se importa com os denominados comportamentos desviantes, relativamente aos quais exista forte desaprovação social. Ela procura verificar o desempenho efetivo do

³⁷⁸ BARATTA, A. Idem, p. 159.

³⁷⁹ BATISTA, N. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**, p. 32 (itálico do original).

³⁸⁰ LYRA, Roberto; ARAÚJO JUNIOR, João Marcelo de. **Criminologia**, p. 224.

sistema penal, sua verdadeira missão, “... em cotejo funcional e estrutural com outros instrumentos formais de controle social (hospícios, escolas, institutos de menores, etc.)”.³⁸¹

De modo contundente preceitua BATISTA:

“A criminologia crítica insere o sistema penal – e sua base normativa, o direito penal – na disciplina de uma sociedade de classes historicamente determinada e trata de investigar, no discurso penal, as funções ideológicas de proclamar uma igualdade e neutralidade desmentidas pela prática. Como toda teoria crítica, cabe-lhe a tarefa de ‘fazer aparecer o invisível’”.³⁸²

No cumprimento desta tarefa de “fazer aparecer o invisível” vale transcrever a abalizada crítica de AGUIRRE, amparada nos estudos realizados em face do sistema penal argentino, com enfoque no resultado dos dados estatísticos fornecidos pela Direção Nacional de Política Criminal daquele país. Percebeu o autor:

“a) o caráter seletivo do sistema e sua crescente deslegitimação; b) sua condição de aparato ideológico e repressivo do Estado, destinado a reproduzir as condições de exploração da sociedade; c) o duvidoso privilégio das doutrinas repressivas, consistente em ser o único segmento da política institucional que continua gerando significativos gastos públicos para a segurança (este um aspecto crucial que também merece tratamento diferenciado), ao mesmo momento em que este estado se retira de funções sociais que lhe competiram historicamente (em âmbitos onde se expressa uma percentagem determinante dos delitos convencionais ou de sobrevivência) e que resultam essenciais para a manutenção de certa coesão social; d) o abandono coletivo da idéia de viver em um ‘mundo justo’, como ponto de partida para a averiguação e análise dos fatores que determinam a criminalidade; e) a incidência deste cenário em um dos contextos de maior vulnerabilidade social: dos jovens que cometeram delitos (por isso é que a noção de ‘insegurança’ e a questão relativa à delinquência juvenil têm um espaço próprio reservado na investigação, precisamente pela dramática realidade atual e pelas

³⁸¹ BATISTA, N. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**, p. 32.

³⁸² BATISTA, N. Obra citada, p. 32.

espantosas consequências que podemos avistar num futuro próximo)”.³⁸³

Segundo LYRA e ARAÚJO JUNIOR três correntes estariam consolidadas no seio da criminologia crítica, as quais teriam-se iniciado “... a partir da obra de Ian Taylor, Paul Walton e Jock Young, denominada *The New Criminology*, aparecida em 1975”.³⁸⁴ São elas: “a criminologia abolicionista; a criminologia do minimalismo ou teoria do Direito Penal Mínimo e a Criminologia Neo-Realista de esquerda”.³⁸⁵

No abolicionismo pugna-se pelo desaparecimento das prisões e do Direito Penal, e sua “substituição por intervenções comunitárias e institucionais de caráter alternativo”.³⁸⁶ Seus teóricos referem que numa sociedade repleta de desigualdades e diferenciadas relações de poder o Direito Penal acaba por realçar tais distinções e injustiças.³⁸⁷ Três são as subcorrentes do abolicionismo: o Anarquismo Penal, cujo líder é Hulsman, fundamentando-se nos primitivos valores da sociedade e na idéia de que o Estado é uma instituição estranha aos participantes da situação problemática³⁸⁸; outra corrente, tendo como um dos representantes Christie, fundamenta o abolicionismo em regras morais, as quais não admitiriam a imposição de sofrimento aos indivíduos, devendo-se limitar a dor – tida por comportamento moral não suportável; a terceira corrente é motivada politicamente, e por ela o abolicionismo deve decorrer de “ações políticas no âmbito das classes sociais mais débeis”.³⁸⁹ De acordo com o exposto, a solução abolicionista não teve boa acolhida na América Latina por força da realidade social do continente, para a qual não seria adequado o pretendido modo de solução das situações-problema.³⁹⁰

³⁸³ AGUIRRE, E. L. Obra citada, p. 82-83.

A criminologia minimalista ou do Direito Penal mínimo, no entanto, foi bem recebida na América Latina e seus fundamentos não diferem do abolicionismo.³⁹¹ No minimalismo:

“... o Sistema Penal é fragmentário e seletivo, atuando somente sobre as classes sociais mais débeis, servindo, apenas, para sustentar a violência estrutural. Assim, o sistema punitivo representaria, tão-somente um subsistema funcional de reprodução material e ideológica do sistema social global, isto é, das relações de poder e propriedade existentes”.³⁹²

Deste modo, como o sistema punitivo criaria talvez mais problemas do que soluções, e porque é seletivo, injusto, desigual, violento, deve ser chamado minimamente para intervir na sociedade, reconhecendo-se que é “... absolutamente inadequado para desenvolver as funções socialmente úteis declaradas em seu discurso oficial”.³⁹³

A terceira corrente teria sido denominada “neo-realismo de esquerda” porque, em primeiro lugar, se contrapunha ao anterior idealismo que na década de 80 dominou a criminologia crítica, segundo porque antagonizava com o realismo de direita, que fundava o discurso da “lei e da ordem”.³⁹⁴

“O Neo-realismo pretende ocupar-se com todos os aspectos do delito, centrando sua atenção sobre a vítima, o autor, a reação social contra o delito e sobre o próprio comportamento delitivo, desde uma perspectiva socialista, porém com uma estratégia realista”.³⁹⁵

Os neo-realistas indicam que a principal chave da criminologia está no retorno do estudo das causas do crime,

“... a injustiça estrutural da qual o delito seria uma expressão (...) a pobreza não é fator único na comissão de delitos, pois a ela agregam-se outros fatores existentes na sociedade, tais como, o

³⁹¹ LYRA, R; ARAÚJO JUNIOR, J. M. Idem, p. 228.

³⁹² LYRA, R; ARAÚJO JUNIOR, J. M. Obra citada, p. 228.

³⁹³ LYRA, R; ARAÚJO JUNIOR, J. M. Idem, p. 229.

³⁹⁴ LYRA, R; ARAÚJO JUNIOR, J. M. Idem, p. 230.

³⁹⁵ LYRA, R; ARAÚJO JUNIOR, J. M. Idem, p. 230.

individualismo, a competitividade, o desejo de bens materiais e o machismo”.³⁹⁶

Para os seguidores desta corrente a criminologia deveria ser desenvolvida no âmbito de uma política social ampla, em que a intervenção estatal faria “... parte de uma política ampla, que compreenderia tanto o controle de contaminação ambiental, quanto a segurança industrial, o delito de trânsito etc.(...)”.³⁹⁷

SANTOS expõe que as contradições apresentadas pelas teorias antecedentes à da criminologia radical não podem ser resolvidas sem mudanças na base da estrutura social, nas quais as concretas contradições efetivam e esclarecem as contradições teóricas. Propõe luta em duplo nível³⁹⁸:

“a) no nível formal, a rejeição da ideologia da *esquerda idealista*, expressa em *slogans* como ‘o direito burguês é uma vergonha’, ou ‘a legalidade é uma forma de cooptação’ etc., argumentando que a conquista formal da igualdade nas áreas da proteção individual, do direito criminal e da prisão, por exemplo, pode determinar uma redução da população das prisões, a reconstituição de sua ‘clientela’ e a progressiva transformação da prisão, de instituição *sem lei* para instituição *legalizada* – o que coincide com os interesses das classes trabalhadoras e de todos os marginalizados sociais e oprimidos, em geral, no capitalismo,³⁹⁹”

E ainda:

“no *nível material*, a rejeição da posição *reformista* da luta formal como fim-em-si, omitindo-se das questões políticas e ideológicas do capitalismo contemporâneo. Paralelamente, a construção de uma concepção de crime fundada na posição de classe do autor e orientada para a definição de responsabilidades coletivas, capaz de superar os critérios individualistas e pessoais da moderna teoria do

³⁹⁶ LYRA, R; ARAÚJO JUNIOR, J. M. Idem, p. 231.

³⁹⁷ LYRA, R; ARAÚJO JUNIOR, J. M. Obra citada, p. 231.

³⁹⁸ SANTOS, Juarez Cirino dos. **A criminologia radical**, p. 32.

³⁹⁹ SANTOS, J. C. Idem, p. 32.

crime e da pena, como alternativas para o trabalho criminológico radical (Young, 1979, p. 26-28; Cirino, 1980)”⁴⁰⁰.

A criminologia radical, como visto, abebera-se na teoria marxista e seus conceitos sobre base e superestrutura. Vale abrir um parênteses para registrar o esclarecimento de CAPELLA de que o *Manifesto comunista* (Marx e Engels) teria sido originariamente escrito às vésperas da maré revolucionária de 1848 e visava liberar os trabalhadores da dependência intelectual e moral da burguesia.⁴⁰¹ Naquilo que chama de “núcleo” do *Manifesto* afirma que o primeiro componente foi reformulado no prólogo da *Contribuição à crítica da economia política* (1859) e se refere a ele como “estrutura econômica da sociedade”. Qualifica essa estrutura – referente à necessária interação entre as pessoas voltadas à produção do necessário para a vida – de *base real* da sociedade, sobre a qual erguem-se as *superestruturas* política e jurídica (instituições de organização e domínio) e a consciência social, reflexo da base real.⁴⁰²

Com a contribuição destes conceitos SANTOS aduz que a concepção da sociedade como construção econômico-social alicerçada numa base real constituída pelas relações de classes nos processos produtivos, costuradas por sistemas ideológicos jurídicos e políticos superestruturais estatais, autorizam a “definição da fábrica como *instituição principal* da sociedade capitalista, e da definição da prisão e do conjunto dos sistemas de controle social como *instituições acessórias* da fábrica”⁴⁰³. Na fábrica haveria um processo cíclico de expropriação da *mais valia* (exploração), por meio da compra e venda da força do trabalhador observando-se que “as relações de classe nos processos produtivos são o ponto de incidência, o centro de convergência e o objetivo real das instituições e mecanismos de controle social”⁴⁰⁴.

O sistema punitivo, tido por SANTOS como o mais importante aparelho de controle social, assegura e reproduz as condições de produção existentes na fábrica e que distanciam os trabalhadores dos meios de produção.⁴⁰⁵ Ao

⁴⁰⁰ SANTOS, J. C. Idem, p. 32-33.

⁴⁰¹ CAPELLA, Juan Ramon. **Os cidadãos servos**, p. 150-151.

⁴⁰² CAPELLA, J. R. Idem, p. 152-153.

⁴⁰³ SANTOS, J. C. **A criminologia radical**, p. 130.

⁴⁰⁴ SANTOS, J. C. Idem, p. 130.

⁴⁰⁵ SANTOS, J. C. Idem, p. 130.

mesmo tempo os demais meios de controle social - família, escola, igreja, partidos etc. - cuidam da formação da massa de trabalhadores voltada às necessidades materiais e intelectuais dos processos produtivos.⁴⁰⁶

Aponta-se que a política criminal alternativa – crítica, radical – busca reduzir as desigualdades de classes no processo de criminalização e limitar a marginalização no processo de cumprimento da pena, lançando fortes luzes sobre a realidade ao evidenciar a diferenciação entre a criminalidade das classes dominantes, percebida como articulação entre base e superestrutura, e a criminalidade das classes dominadas, tida como resposta individual inadequada de sujeitos em posição social desvantajosa.⁴⁰⁷

SANTOS aduz que a doutrina da criminologia radical propõe o seguinte:

“a) no processo da criminalização, (1) a *penalização* da criminalidade econômica e política das classes dominantes, com ampliação do sistema punitivo e (2) a *despenalização* da criminalização típica das classes e categorias sociais subalternas, com contração do sistema punitivo e substituição de sanções estigmatizantes por não-estigmatizantes; b) no processo de execução penal, mediatizada pela mais ampla extensão das medidas alternativas da pena e pela abertura do cárcere para a sociedade, a abolição da prisão: se o crime é resposta pessoal de sujeitos em condições sociais adversas, a correção do criminoso – e a prevenção do crime – depende do desenvolvimento da consciência de classe e da reinserção do condenado nas lutas econômicas e políticas de classe”⁴⁰⁸.

Conforme se verifica, a criminologia crítica é multifacetada. Possui desde corrente que prega o desaparecimento da criminalização e da penalização do rol de reações postos à disposição do Estado, até a que propõe uma guinada radical à esquerda, para criminalizar condutas supostamente ilícitas pertencentes aos estratos sociais dominantes, descriminalizando, de outro lado, a criminalização de condutas atribuídas tipicamente às classes subalternas. Após tais teorias, não pareceu fácil recolher material confiável e

⁴⁰⁶ SANTOS, J. C. Idem, 130-131.

⁴⁰⁷ SANTOS, J. C. **A criminologia radical**, 131.

⁴⁰⁸ SANTOS, J. C. Idem, 131-132.

que autorizasse a apregoar a existência de uma nova criminologia, acolhida e sustentada pela doutrina, no ambiente da sociedade do risco. Consoante LYRA e ARAÚJO JUNIOR, poderia dizer-se que pelos “... quadros gerais da criminologia crítica (...) verificamos uma espécie de retorno às origens ou um caminhar sobre os próprios passos, em busca da verdade”.⁴⁰⁹

É nesta busca da verdade que se analisará, panoramicamente, alguns dos escritos confeccionados na era do risco, aparentemente influenciados, ainda que de modo tímido, pelo paradigma respectivo. Ao fim destes passos observa-se a necessidade de nova e importante caminhada, em face da agitação das ciências criminais causada pela inserção do paradigma do risco nos discursos penais. Neste caminho ter-se-á a oportunidade de refletir sobre a adaptabilidade, a legitimidade e a conveniência de mudanças estruturais da dogmática em função do impacto dos novos riscos sobre os sistemas penais.

⁴⁰⁹ LYRA, R.; ARAÚJO JUNIOR, J. M. Obra citada, p. 231.

4 IMPACTOS DA SOCIEDADE DO RISCO NAS CIÊNCIAS PENAIS

4.1 A CRIMINOLOGIA E A SOCIEDADE DO RISCO

4.1.1 Descriminalização e Neocriminalização

Ao tratar dos movimentos de descriminalização e de neocriminalização aduzem FIGUEIREDO DIAS e COSTA ANDRADE a existência, na histórica e dialética superação de uma definição oficial da realidade por outra, de tensões entre a descriminalização e neocriminalização.⁴¹⁰

A descriminalização é o fenômeno pelo qual o comportamento que era considerado ilícito penal deixa de sê-lo. Não importa se persiste sua qualificação de ilícito em outro ramo do direito e nem se confunde com a despenalização. Esta é entendida como processo de redução das sanções criminais, e relaciona-se às alternativas à pena de prisão.⁴¹¹

O discurso da descriminalização parte da constatação da crise de sobrecriminalização, da hipertrofia do direito penal que enseja questionamento tanto da legitimidade quanto da eficácia de tal controle. Indaga-se da efetiva necessidade de tal ou qual conduta serem controladas pela intervenção estatal. Na sociedade democrática tem-se partido normalmente de dois conceitos básicos para definir os parâmetros da legitimidade da intervenção estatal: conceito de dignidade penal (*Strafwürdigkeit*) e conceito de carência/necessidade de tutela penal (*Strafbedürftigkeit*).⁴¹²

A dignidade penal estaria relacionada à lesividade dos bens jurídicos ou, em outros termos, que as condutas sejam socialmente danosas. Tal conceito implicaria um princípio de imanência social e um princípio de consenso. Pelo primeiro não se deve tutelar finalidades transcendentais (moralidade, idealismos). Pelo segundo a tutela somente se dará em relação

⁴¹⁰ DIAS, Jorge de Figueiredo; ANDRADE, Manuel da Costa. **Criminologia: o homem delinqüente e a sociedade criminógena**, p. 398.

⁴¹¹ DIAS, J. F. e ANDRADE, M. C. Idem, p. 399-401.

⁴¹² DIAS, J. F. e ANDRADE, M. C. Idem, p. 405.

ao núcleo irreduzível dos valores que contam com o apoio social generalizado.⁴¹³

A criminologia mais recente relativizou o Direito Penal como apenas mais um sistema de controle, "... nem sempre necessário, nem sempre eficaz, mas sempre o mais gravoso"⁴¹⁴, daí porque existências e experiências amplamente favoráveis à redução da esfera de intervenção penal estatal.

Ao mesmo tempo em que existe a descriminalização existe um movimento de neocriminalização, devido em parte ao fato de que,

"forçados a verter direito sobre domínios novos e progressivamente mais extensos, os legisladores contemporâneos terminam normalmente os seus diplomas pela já ritual criminalização das condutas que se afastam dos padrões de conformidade que pretendem instaurar".⁴¹⁵

Vale referir importante passagem de Merkel, datada de 1873 e ainda intensamente atual, aludida por FIGUEIREDO DIAS e COSTA ANDRADE, indicativa da posição do Direito Penal em relação à nova expansão legislativa:

"Onde se registou a expansão do domínio do direito, verifica-se que, por via de regra, a justiça criminal teve parte no empreendimento. À semelhança dos *lictores* que seguiam permanentemente na peugada dos cônsules romanos, como símbolos e garantes da sua autoridade; também a justiça criminal segue, com a corte dos seus servidores e instrumentos, os avanços do direito, garantindo que a sua vigência não será efêmera"⁴¹⁶

Ao lado da desnecessária intervenção penal sobre alguns comportamentos, os autores entendem que as transformações tecnológicas, económico-sociais, políticas e culturais, vêm reclamando um crescimento no específico sistema de controle penal. As áreas cujo emprego do Direito Penal

⁴¹³ DIAS, J. F. e ANDRADE, M. C. Obra citada, p. 405-406.

⁴¹⁴ DIAS, J. F. e ANDRADE, M. C. Idem, p. 408-409.

⁴¹⁵ DIAS, J. F. e ANDRADE, M. C. Idem, p. 435.

⁴¹⁶ *Apud*: DIAS, J. F.; ANDRADE, M. C. Idem, p. 399. O texto está em conformidade com o português da época, e foi colacionado tal como no original.

tem sido recomendadas, segundo os autores, voltam-se à redução dos riscos causados pelo avanço tecnológico, ao equilíbrio ambiental, à integridade física e moral do homem (e sua reserva de privacidade), aos domínios relacionados à inseminação artificial, locação do ventre, crimes contra a humanidade, terrorismo etc.⁴¹⁷

Além disso, FIGUEIREDO DIAS e COSTA ANDRADE adicionam que o Estado tem elevado vários “... interesses relacionados com o intervencionismo dirigista ou salutista à categoria de bens jurídicos fundamentais”⁴¹⁸. Neste sentido menciona-se que, a par da proteção dos bens de matriz individual tende-se a utilizar o aparato do Direito Penal para assegurar as prestações públicas necessárias ao indivíduo no contexto de assistência social estatal. Outro âmbito de expansão apontado desloca o centro de gravidade do direito penal ao privilegiar os interesses coletivos. Apontamento adicional se faz no interesse de movimentos feministas, notadamente visando coibir a violência sobre as mulheres e sua violação em particular.⁴¹⁹

Importante registro é feito no tocante à técnica da neocriminalização. Expõe-se que, diante de razões técnicas de codificação e a cotidiana mutabilidade das novas normas o que ocorre é que a intervenção penal neocriminalizadora raramente se instala diretamente nos Códigos Penais. Existe propensão a que tais normas se instalem no “direito penal secundário”, denominado no Brasil correntemente por leis especiais ou extravagantes. Nota-se serem nestes veículos normativos que a criminalidade econômica, contra o meio-ambiente, a questão laboral, de saúde etc. encontram sistematização.⁴²⁰

FIGUEIREDO DIAS e COSTA ANDRADE fornecem a chave para se aferir a conveniência da neocriminalização:

“O critério decisivo, para analisar a legitimidade de um processo de neocriminalização será o de saber, por um lado, se se trata de fenómenos sociais novos, ou em todo o caso anteriormente raros, que desencadeiam consequências insuportáveis e contra as quais só o direito penal é capaz de proporcionar protecção suficiente. Ainda aqui, assim, deparemos com os critérios da dignidade penal e da

⁴¹⁷ DIAS, J. F. e ANDRADE, M. C. Obra citada, p. 436-437.

⁴¹⁸ DIAS, J. F. e ANDRADE, M. C. Idem, p. 436.

⁴¹⁹ DIAS, J. F. e ANDRADE, M. C. Idem, p. 437-438.

⁴²⁰ DIAS, J. F. e ANDRADE, M. C. Idem, p. 440.

carência de tutela penal. Também aqui pois – e sobretudo perante fenómenos sociais ainda mal conhecidos na sua estrutura e nas suas consequências – se deverá evitar uma intervenção prematura da

exacerbação e substantividade dos interesses das vítimas; d) populismo e politização partidária; e) endurecimento do rigor penal e revalorização do componente afliitivo punição; f) confiança ilimitada nos órgãos estatais do ius puniendi e desprezo pelo sistema de garantias que o controla; g) implicação direta da sociedade na luta contra a delinquência; h) do paradigma 'etiológico' para o paradigma do 'controle'".⁴²⁴

Segundo os autores tal teoria significa retrocesso e deturpa os esforços envidados para atribuir maior justiça à reação ao fenômeno criminal. Em sintonia com tal entendimento está SHECAIRA, o qual aduz que ante a ausência de outras alternativas de controle social, notadamente em relação aos crimes cometidos com violência ou grave ameaça à pessoa, o Estado responde à criminalidade com mais aprisionamento. Este é caro para a sociedade, seja no aspecto financeiro, seja no aspecto das conseqüências sociais. O delinqüente não pratica crime apenas quando está encarcerado. Quando deixa o sistema o ex-preso sai mais debilitado financeiramente, rompeu laços familiares e de afinidade e tem baixíssimas chances de colocação ou recolocação no mercado de trabalho. De outro lado, ao tempo da prisão viabilizou conexões propiciadoras de um clima tendente ao crime. Segundo SHECAIRA, investir em maior criminalização e penalização não é uma estratégia inteligente porque as cadeias continuarão superlotadas e o fenômeno criminal não se resolverá. O sistema fechado poderia ser comparado a um barril de pólvora, prestes a explodir sob o comando dos criminosos organizados.⁴²⁵

O mesmo autor defende uma política preventiva séria, multifacetada, apontando como pacífico o entendimento que a contramotivação ou dissuasão proporcionados pela pena depende de sua efetividade, de sua certeza, não de sua severidade. Quanto mais rápida a resposta ao delito dada pelo sistema penal e sua gama de agentes e mais firme for a associação com sérias medidas preventivas, melhor, valendo transcrever algumas medidas apontadas pelo autor:

⁴²⁴ PABLOS DE MOLINA, A. G. e GOMES, L. F. Obra citada, p. 418-421.

⁴²⁵ SHECAIRA, Sérgio Salomão. **Criminologia**, p. 22.

“neutralização das variáveis espaciais e ambientais mais significativas (com programas de base ecológica, arquitetônico-urbanística, territorial); melhora das condições de vida dos estratos sociais mais oprimidos (luta contra as disparidades sociais e a pobreza); informação e conscientização junto aos grupos de risco (prevenção vitimária); criação de programas sociais que potencializem a reinserção social do ex-recluso; supressão de valores sociais criminógenos (racismo, discriminação de gênero etc.)”.⁴²⁶

Ao final pode-se alegar que medidas como a melhor distribuição de renda auxiliariam nessa cruzada em favor de uma sociedade melhor e menos desejosa do controle social penal do Estado. Em adição se poderia referir uma preocupação de se agir com ainda mais critério ao legislar, punindo-se exemplarmente tanto os criminosos das classes baixas quanto dos altos estratos sociais.

Apesar de referir à existência de controvérsias, PAGANO expõe que o Direito Penal econômico é um ramo do Direito Penal. Possui, além do caráter sancionatório e repressivo, ressaltado aspecto preventivo.⁴²⁹

PIMENTEL esclarece que a preocupação com o chamado “Direito econômico” e seus desdobramentos deu-se por força do intervencionismo estatal nas atividades econômicas. Conceitua a disciplina como um “... conjunto de normas que tem por objeto sancionar, com as penas que lhes são próprias, as condutas que, no âmbito das relações econômicas, ofendam ou ponham em perigo bens ou interesses juridicamente relevantes”.⁴³⁰ Este conceito parece adequado aos estudos ora desenvolvidos. No tocante à autonomia da matéria em foco aponta o autor a existência de notáveis controvérsias entre os estudiosos. Alude a Goldschmidt para destacar a defesa da diferenciação qualitativa e quantitativa entre as infrações comuns e as infrações administrativas penais, as quais inclusive invalidariam muitos princípios garantistas penais clássicos, atinentes à reserva legal, irretroatividade, culpabilidade, tentativa e responsabilidade subjetiva.⁴³¹

Com referência a essa questão o autor destaca a ponderação de Aftalion, clássico estudioso do tema. Este assevera que as conquistas apontadas foram frutos de alongada elaboração no decorrer de lento processo histórico, e que não é possível desconsiderar tão valioso repositório de normas de tutela sem acarretar graves riscos aos direitos e garantias mencionados. Isto pode resultar na debilidade dos acusados frente às possíveis arbitrariedades dos órgãos do Estado. Aftalion conclui, apesar de demonstrar simpatia à diferenciação, que somente com a teoria do Direito Penal administrativo como mero Direito Penal especial, e não como ramo autônomo, se assegura efetivamente o Estado de Direito e as garantias das pessoas.⁴³² A conclusão de Aftalion evidenciou seu compromisso com o garantismo ao revés da defesa teórica intransigente da autonomia do Direito Penal econômico.

PIMENTEL está convencido de que, sendo o Direito Penal econômico dependente do Direito Penal comum, dele extrai os mesmos princípios

⁴²⁹ PAGANO, José Leon. *Derecho penal económico*, p. 11-12.

⁴³⁰ PIMENTEL, Manoel Pedro. *Direito Penal Econômico*, p. 10.

⁴³¹ PIMENTEL, M. P. *Idem*, p. 12-13.

⁴³² PIMENTEL, M. P. Obra citada, p. 13.

fundamentais. Reconhece, porém, determinadas peculiaridades em decorrência de seu nascimento sob a influência de novas necessidades, pelas quais foi instado a tutelar bens e interesses afetos à política econômica estatal. Enfatiza que os compromissos dogmáticos do Direito Penal econômico não se desvinculam de sua base, do Direito Penal comum, notadamente porque se utiliza da sanção mais severa de todo o sistema jurídico, a pena criminal. Nesta esteira de idéias entende que ninguém poderá defender “de boa mente” o afastamento do Direito Penal econômico dos princípios penais norteadores do Direito Penal comum, pois se assim o fosse “... a pretendida autonomia (...) se converteria em intolerável arma de opressão estatal, um poderoso instrumento coercitivo capaz de esmagar as maiores conquistas da humanidade, no campo da liberdade”.⁴³³ O autor conceituou os delitos econômicos como “...condutas típicas sancionadas penalmente pelas leis editadas com o fim de prover a segurança e a regularidade da política econômica do Estado”.⁴³⁴

Na obra de BUJÁN PEREZ é possível perceber seu claro entendimento – partilhado nesta dissertação - no sentido da não autonomia do Direito Penal econômico e da existência de inequívoca ligação dogmática e principiológica como dependente do Direito Penal comum. De qualquer modo observa o autor, no que corrobora o entendimento de PIMENTEL, estar-se diante de uma “família delitiva” que oferece determinadas peculiaridades diferenciadoras daqueles grupos delitivos tradicionalmente afetos ao chamado Direito Penal “clássico” ou “nuclear”.⁴³⁵ Tais peculiaridades ensejam reflexões atinentes à interpretação diferenciada de fenômenos relativos ao Direito Penal econômico, chegando-se a propor, conforme o autor, a ideação de “... novos princípios jurídico-penais de imputação diferentes dos tradicionais”⁴³⁶. Segundo o mesmo autor isto torna compreensível ao se verificar que o legislador da atualidade

“... tem ampliado paulatinamente seu âmbito de intervenção, criando novas figuras de delito que cada vez mais se distanciam mais do que historicamente se constituiu o núcleo do Direito Penal. Desemboca-se deste modo numa situação de tensão ao pretender-se projetar sobre os novos delitos econômicos determinados princípios gerais de

⁴³³ PIMENTEL, M. P. Idem, p. 15-16.

⁴³⁴ PIMENTEL, M. P. Idem, p. 25.

⁴³⁵ BUJÁN PEREZ, Carlos Martinez-. ***Derecho penal económico: parte general***, p. 20.

⁴³⁶ BUJÁN PEREZ, C. M. Obra citada, p. 20.

imputação e estruturas dogmáticas que foram elaboradas para a exegese dos delitos tradicionais, quando o Direito penal não havia iniciado sequer sua moderna fase de expansão à tutela de novos bens jurídicos”.⁴³⁷

Neste contexto de crítica atualizada, já influenciada pelo Direito Penal de risco, BUJÁN PEREZ destaca a densa crítica dos doutrinadores vinculados ao que se conhece como “Escola de Frankfurt” (Hassemer, Herzog, Naucke, Albrecht). Estes posicionam-se contra a expansão do Direito Penal além dos lindes tradicionalmente existentes, censurando uma tendência à conversão funcionalista da resposta penal estatal, voltada à “defesa da sociedade” contra os riscos criados pelo próprio sistema social moderno. O lastro da crítica se situa na idéia de que a intervenção penal estatal nos novos setores - um dos mais significativos o econômico - supõe o sacrifício de garantias essenciais do Estado de Direito.⁴³⁸

BUJÁN PÉREZ assinala que a crítica referida não tem sido majoritariamente partilhada pela doutrina no território germânico, e que doutrinadores de estirpe têm contra-argumentado e defendido, sim, a intervenção penal estatal em novos domínios, inclusive o econômico. Na defesa deste posicionamento cita Tiedemann, Schünemann, Bottke e Kindhäuser.⁴³⁹ Neste sentido, aludindo a Schünemann, entende o autor que um regresso ao núcleo histórico do Direito Penal seria defender um Direito Penal classista e que serve somente para castigar os setores da população sociologicamente mais desfavorecidos. Segue dizendo existirem outros setores, v. g. meio ambiente e tecnologia genética, e igualmente o econômico, com bens jurídicos de natureza coletiva e supra-individual, os quais sem qualquer hesitação devem ser tutelados pelo Direito Penal nuclear ante a possibilidade de agressões intoleráveis à vida em comunidade.⁴⁴⁰

Segundo o mesmo autor o ponto de vista esboçado implica modificações no Direito Penal, ilustrando-se com a necessidade de acomodar os tradicionais princípios de imputação às características dos novos delitos e,

⁴³⁷ BUJÁN PEREZ. C. M. Idem, p. 21-22.

⁴³⁸ BUJÁN PEREZ. C. M. Idem, p. 22.

⁴³⁹ BUJÁN PEREZ. C. M. Idem, p. 23.

⁴⁴⁰ BUJÁN PEREZ. C. M. Obra citada, p. 26.

excepcionalmente, criar novas estruturas de imputação, resultando, por exemplo, na atual discussão sobre a responsabilização penal da pessoa jurídica, sem o que fracassaria a intervenção penal nessa área.⁴⁴¹ Em que pese tal registro o autor ressalva o pensamento de Roxin sobre o tema, no sentido de que a intervenção penal, em especial no combate à delinquência econômica moderna, deve continuar submissa ao princípio da subsidiariedade, salientando-se o papel dos diversos instrumentos de política social do Estado nesta luta.⁴⁴²

4.2.2 Âmbito de regulação

Sobre o tema são assinalados por PAGANO dois aspectos: a extraordinária variedade de matérias aparentemente não similares que compõem seu âmbito de atuação e a imprecisão de seus limites. Alerta que, em se adotando critérios muito amplos até mesmo delitos tradicionais contra o patrimônio restariam compreendidos pelo Direito Penal Econômico. Adverte, no entanto, que seu campo de atuação deve ser indagado às leis e suas interpretações jurisprudenciais e doutrinárias.⁴⁴³

Em reconhecimento à apontada imprecisão pondera BALCARCE: “quando os espanhóis falam de ‘*delitos económicos*’, os ingleses de ‘*business crimes*’, os franceses de ‘*délits d’affaires*’, os suecos de ‘*ökonomist brottsliget*’ e os alemães de ‘*wirtschaftsdelikte*’, não se alude ao mesmo assunto”.⁴⁴⁴

Na obra de PAGANO percebe-se o estudo dos delitos de contrabando e infrações aduaneiras a ele correlacionados, delitos cometidos por meio de cheques, negociação indevida de títulos e ações, informações e balanços falsos, monopólios e trustes, agiotagem, defesa do consumidor, delitos cambiários.⁴⁴⁵ Isto fornece noção do tratamento clássico dos delitos econômicos. PIMENTEL, além das questões pertinentes à parte geral do Direito Penal econômico, em sua obra dedicou-se de modo especial ao Direito Penal financeiro e tributário e dos crimes societários e cambiários, como

⁴⁴¹ BUJÁN PEREZ. C. M. Idem, p. 28.

⁴⁴² BUJÁN PEREZ. C. M. Idem, p. 28-29.

⁴⁴³ PAGANO, José Leon. ***Derecho penal económico***, p. 1.

⁴⁴⁴ BALCARCE, Fabián I. (coord.). ***Derecho penal económico: parte general***, p. 21.

⁴⁴⁵ PAGANO, J. L. Obra citada, p. IX-XIII.

âmbitos de regulação.⁴⁴⁶ VALLEJO, em recente obra, registra o impacto da influência do paradigma da sociedade do risco (Beck) no Direito Penal e, após consignar a transição da sociedade industrial para a pós-industrial elencou algumas áreas de evidente interesse de tutela penal, ressaltando serem aceitos socialmente, dentro de certos limites:

“...os riscos que decorrem do tráfico rodoviário, ferroviário e aéreo; da utilização de gases, das grandes construções, da existência de centrais nucleares, necessárias para facilitar a obtenção da energia elétrica, porém que ameaçam parte da civilização; da produção e comercialização de produtos de caráter alimentício em grandes quantidades, com grave risco para os consumidores; de manipulação genética, com perigo de seleção de raças, através da clonagem de seres humanos, etcétera”.⁴⁴⁷

FIGUEIREDO DIAS oferece importante contribuição teórica à discussão ao evidenciar o fenômeno da administrativização do Direito Penal. Recorda que com a Revolução Francesa e o advento do Estado de Direito formal, as vocações da administração - que passou a ser estruturada por regras jurídicas - e as vocações do Direito Penal, se colocam de modo tal que a administração passa a concentrar sua atividade de polícia na proteção antecipada de perigos para “a consistência dos direitos subjectivos dos particulares”⁴⁴⁸ enquanto no Direito Penal perdura a tradição jusnaturalista. Com base nesta sancionam-se os comportamentos que lesionem direitos subjetivos individuais. As ofensas à atividade policial da administração ganham relevo, motivo pelo qual se emprega o Direito Penal para assegurá-la, surgindo o Direito Penal policial ou Direito Penal administrativo.⁴⁴⁹ O Direito Penal administrativo diferenciou-se do Direito Penal tradicional (Direito Penal de justiça) porque se transformou em sua linha avançada, realizando-se uma

⁴⁴⁶ PIMENTEL, M. P. Obra citada, p. VIII-IX.

⁴⁴⁷ VALLEJO, Manuel Jaén. *Cuestiones actuales del derecho penal económico*, p. 75.

⁴⁴⁸ DIAS, Jorge de Figueiredo. *Para uma dogmática do Direito Penal secundário. Um contributo para a reforma do Direito Penal económico e social português*, p. 13. In PODVAL, Roberto (org.) Temas de direito penal económico.

⁴⁴⁹ DIAS, J. F. Idem, p. 13.

modificação da tutela, de direitos subjetivos determinados para “...uma série mais ou menos indeterminada de perigos de violação daqueles direitos”.⁴⁵⁰

Após a primeira guerra mundial e a crise que se seguiu uma vez mais foi necessária a forte intervenção estatal no domínio econômico visando reerguer as economias destruídas ou debilitadas com o conflito. Assinala FIGUEIREDO DIAS que, por causa dessa decisiva intervenção o problema das relações intrincadas entre o Direito Penal tradicional e o Direito Penal administrativo ganham corpo, salientando que o resultado disso não se revela claro até os dias correntes. O Estado cada vez mais intervém na economia e, para isto, serve-se do Direito. Como as penas são medidas coativas de particular efetividade

“... inscreveu-se um pouco por toda a parte a tendência para ameaçar com elas a violação de zonas cada vez mais alargadas da ordem jurídica e para as fazer intervir onde e sempre que se julgue necessário dotar os imperativos estaduais, mesmo os de carácter administrativo, de uma particular força de vigência”.⁴⁵¹

Em razão desse fenómeno cria-se, segundo FIGUEIREDO DIAS, o Direito Penal extravagante, acessório ou secundário. Observa o autor que a intervenção estatal nessa área é feita, sobretudo, no domínio da economia, resultando que tal Direito Penal extravagante possa apresentar-se como Direito Penal econômico.⁴⁵² Enfim, a idéia que norteia a administrativização do Direito Penal serve de inspiração à ampliação do Direito Penal, diante do alargamento dos âmbitos de preocupação em face do impacto do paradigma do risco.

Neste diapasão é pertinente notar certo receio relativo à amplitude dos contornos da intervenção penal estatal em certos âmbitos. Nota-se no atual Direito Penal uma tendência de utilizar a tutela penal como reforço de vontades estatais, como facilitador da realização de funções estatais. Isto colocaria em segundo plano a importância limitadora da garantia proveniente do princípio da exclusiva proteção de bem jurídicos⁴⁵³, supra analisado. Esta tendência homenagearia uma tutela de funções, ao invés da tutela de bens jurídicos. A

⁴⁵⁰ DIAS, J. F. Idem, p. 13.

⁴⁵¹ DIAS, J. F. Idem, p. 13.

⁴⁵² DIAS, J. F. Idem, p. 14-15.

⁴⁵³ PRADO, L. R. **Bem jurídico-penal e Constituição**, p. 60.

respeito, vale transcrever as notas de PRADO distintivas entre bem jurídico-penal e função: “Em termos fenomenológicos, pode-se dizer que o bem jurídico-penal, enquanto objeto cultural (*ser* real não sensível), *é* e *existe*, ao passo que a *função*, como objeto ideal objetivo, *não é* e *não existe*”.⁴⁵⁴

Neste caminho PRADO alude aos ensinamentos de Gracia Martín, atinente aos riscos de uma conversão dos tipos penais em puras infrações de dever:

“Nessa linha de pensar, assevera-se, com razão, que não se pode acolher a tese de que a função tributária é o bem jurídico protegido no Direito Penal Tributário, por sua incapacidade de cumprir a função de garantia que se atribui ao bem jurídico, ou, de outra forma, ‘em sua capacidade de pôr em perigo dita função de garantia’, o que pode levar ao esvaziamento do sentido real da proteção jurídica, e converter os tipos penais em pura infração de dever”.⁴⁵⁵

Existe repulsa à colocação do Direito Penal como reforço de alguma vontade estatal que não procure tutelar especificamente o chamado bem jurídico-penal. Sobre a matéria vale transcrever o entendimento de TAVARES:

“A necessária vinculação de um bem jurídico estatal à sua origem e finalidade pessoal é uma garantia do indivíduo de que sua liberdade não será molestada por mera adoção de políticas públicas, no âmbito administrativo, econômico ou social, ou por finalidades eleitoreiras. Será preciso demonstrar, para tornar válida a eleição desta categoria de bem jurídico, que sua lesão signifique um dano igualmente à pessoa e às suas condições sociais. Por isso se deve descartar da noção de bem jurídico a noção de função, que encerra atividades administrativas do Estado, referentes ao controle sobre determinado setor da vida de relação ou de seu próprio organismo”.⁴⁵⁶

TAVARES esclarece sobre o principal motivo de confusão entre bem jurídico e função, a qual estaria situada:

⁴⁵⁴ PRADO, L. R. Obra citada, p. 59.

⁴⁵⁵ *Apud*: PRADO, L. R. Idem, p. 59.

⁴⁵⁶ TAVARES, Juarez. **Teoria do injusto penal**, p. 203.

“... na indefinição acerca do objeto de referência da norma. O bem jurídico constitui, ao mesmo tempo, objeto de preferência, como valor vinculado à finalidade da ordem jurídica em torno da proteção da pessoa humana, e objeto de referência, como pressuposto de validade da norma, bem como de sua própria eficácia. Neste último caso, ao subordiná-la à demonstração de lesão ou colocação em perigo do bem jurídico. A doutrina normalmente tem trabalhado, indistintamente, com essas duas categorias, ou modos de expressão do bem jurídico, sem atentar para o fato de que a segunda (objeto de referência) constitui um objeto dependente da primeira (objeto de preferência)”.⁴⁵⁷

Deste modo, segundo TAVARES:

“Na medida em que se toma o bem jurídico apenas como objeto de referência, é fácil confundi-lo com qualquer função, pois na condição de objeto de referência desempenha o bem jurídico, efetivamente, uma função de validade e eficácia da norma. A fim de torná-lo objeto de garantia e não simplesmente de incriminação, é indispensável pensá-lo como objeto de preferência, vinculado a um valor. Uma vez concebido como valor, torna-se imperioso estabelecer sua diferença para com o conceito de função”.⁴⁵⁸

O entendimento de que a função deve servir apenas como marco de referência no âmbito penal é corroborado por PRADO.⁴⁵⁹ TAVARES explica a diferenciação da condição do bem jurídico como objeto de referência ou de preferência nem sempre é tranqüila, notadamente nos domínios “... econômico, fiscal, ambiental e urbanístico em que o objeto específico de proteção está muitas vezes envolto em um entrançamento complexo”.⁴⁶⁰

O fenômeno da tutela de funções estatais pelo Direito Penal é denominado por alguns de funcionalização, e. g. BUERGO⁴⁶¹. Segundo a autora, com a disposição do Direito Penal na sociedade de risco de diminuir a

⁴⁵⁷ TAVARES, J. Idem, p. 205.

⁴⁵⁸ TAVARES, Juarez. Obra citada, p. 205.

⁴⁵⁹ PRADO, Luiz Regis. **Bem jurídico-penal e Constituição**, p. 60.

⁴⁶⁰ PRADO, L. R. Obra citada, p. 56

⁴⁶¹ BUERGO, Blanca Mendoza. **El Derecho Penal en la sociedad del riesgo**, p. 50.

insegurança, seria possível reconhecer ameaças suas estruturas básicas e, ainda, aos princípios e garantias próprios do Estado de Direito⁴⁶²:

“Segundo tal visão, os efeitos na consecução dessa meta haveriam alcançado não só a política criminal, mas também a outros terrenos, com a teoria da pena e a doutrina do bem jurídico, produzindo uma indubitável *funcionalização* do Direito Penal, quer dizer, sua instrumentalização pelos fins político-criminais”.⁴⁶³

Greco, aludido em GUARAGNI, refere à existência de diversos funcionalismos, revelando-se adepto ao de Roxin, e defendendo que a finalidade do Direito Penal é dada pela Constituição e volta-se à proteção de bens jurídicos.⁴⁶⁴

É preciso não confundir a idéia da tutela de funções por meio do Direito Penal referido nos apontamentos supra de PRADO, TAVARES e BUERGO com o “*funcionalismo-teleológico político-criminalmente orientado*”⁴⁶⁵, de Roxin. Ao discorrer sobre o assunto GUARAGNI ressalta que o livro “Política criminal e sistema jurídico-penal” (1970) tem sido apontado por significativa parcela dos doutrinadores, historicamente, como o inaugural apoio do pensamento chamado funcionalista no Direito Penal. Com base nele ROXIN parte da premissa “... de que cada categoria do delito – tipicidade, antijuridicidade, culpabilidade - deve ser observada, desenvolvida e sistematizada sob o ângulo de sua função político-criminal”⁴⁶⁶. Segundo GUARAGNI, com amparo nesta idéia Roxin “... continua a sustentar funcionalmente a construção dos conceitos fundamentais da teoria do crime, orientando-os para o cumprimento de finalidades derivadas da política criminal”.⁴⁶⁷

Após o breve parêntesis representado pelo alerta do perigo representado pelo Direito Penal como instrumento tão somente de tutela de funções, deve-se retornar à discussão específica do Direito Penal econômico. Vale referir que no entendimento de BUJÁN PEREZ existem dois âmbitos de

⁴⁶² BUERGO, B. M. Idem, p. 50.

⁴⁶³ BUERGO, B. M. Idem, p. 50. Itálico do original.

⁴⁶⁴ GUARAGNI, Fábio André. **As teorias da conduta em Direito Penal. Um estudo da conduta humana do pré-causalismo ao funcionalismo pós-finalista**, p. 248.

⁴⁶⁵ GUARAGNI, F. A. Obra citada, p. 248.

⁴⁶⁶ ROXIN, Claus. **Política criminal e sistema jurídico-penal**, p. 29.

⁴⁶⁷ GUARAGNI, F. A. Obra citada, p. 253.

estudo do Direito Penal econômico: um estrito, outro ampliado. Naquele estariam compreendidas as infrações atentatórias à atividade interventiva e reguladora do Estado na economia, ou seja, o chamado “Direito Penal administrativo econômico”. No conceito ampliado seriam incluídas

“... as infrações que vulneram bens jurídicos supraindividuais de conteúdo econômico que, se não afetam diretamente a regulação jurídica do intervencionismo estatal na economia, transcendem a dimensão puramente individual (...) chegando a incluir-se também aquelas infrações que, ainda que afetando em primeira linha a bens jurídicos puramente individuais, comportam um abuso de medidas e instrumentos da vida econômica” .⁴⁶⁸

Concretamente, em se tratando de delitos em espécie, BUJÁN PEREZ volta seus estudos proeminentemente às seguintes modalidades delitivas, pertencentes ao Direito Penal econômico: a) delitos relativos à propriedade industrial, ao mercado e aos consumidores; b) delitos societários; c) branqueamento de capitais; d) delitos contra a Fazenda Pública e à seguridade social; e) contra os direitos dos trabalhadores; f) de contrabando; g) monetários etc.⁴⁶⁹

Ao discorrer sobre problemas de especial importância do Direito Penal econômico da atualidade VALLEJO elegeu os seguintes temas: a) criminalidade informática; b) falsificação de cartões de crédito ou débito, entendendo que a alteração de dados contidos na banda magnética constitui falsificação de moeda; c) fraudes de subvenções; d) delitos fiscais; e) administração desleal de patrimônios alheios; f) falsidade ideológica em delito de falsidade documental; g) delitos contra a propriedade industrial e intelectual.⁴⁷⁰ Tal elenco fornece noção significativa do que entende o autor como âmbito de regulação dessa disciplina, asseverando a respeito:

⁴⁶⁸ BUJÁN PEREZ. C. M. Obra citada, p. 33.

⁴⁶⁹ BUJÁN PEREZ, C. M. Idem, p. 7-10.

⁴⁷⁰ VALLEJO, M. J. Obra citada, p. 9-10.

“... o crescente protagonismo no Direito Penal atual dos delitos econômicos, que tem a ver com as formas de administração, com o prejuízo que os administradores podem causar ao patrimônio da empresa, com os novos meios de pagamento, com complicadas valorações sobre a contabilidade, com os documentos utilizados e sua possível falsidade, com as promessas não cumpridas, com delegações de deveres e posições de garante, com manipulações informáticas etc. se estabeleceu na prática novos problemas, entre eles o do sujeito mesmo do direito penal, que a dogmática e a jurisprudência devem resolver para uma melhor aplicação da lei penal”.⁴⁷¹

AGUADO esclarece que um dos especiais âmbitos de inter-relação entre Direito Penal do risco e Direito Penal econômico no qual existe grave complexidade é o das tecnologias da informação. Expõe que a intervenção do Direito Penal nesta área é significativamente “arriscada” mas necessária. Discorre sobre várias atitudes nocivas que podem ser realizadas por meio da informática mas acentua que as questões “que estão sendo objeto de análise se centram na interação comunicativa social gerada pela tecnologia da comunicação”.⁴⁷² Sobre o tema a autora possui instigante posicionamento:

“A intervenção penal, como *ultima ratio*, exige um esforço doutrinário de aprofundamento no conhecimento de uma nova realidade social que permita, do ponto de vista técnico-jurídico, delimitar, com a maior precisão possível, os interesses em jogo e os equilíbrios entre os mesmos, que sejam dignos de proteção, sem esquecer que, pela transcendência para o futuro de cada uma das sociedades e dos estados que têm o domínio da tecnologia da informação, por trás dos sujeitos que intervêm no mercado global da informação, ocultam-se tensões políticas de domínio interestatais e de manutenção de posições de supremacia econômica e militar”.⁴⁷³

Tal posicionamento de AGUADO pressupõe um exame do Direito Penal, considerando interesses, pessoais e institucionais, que movem o direito e o mundo.

⁴⁷¹ VALLEJO, M. J. Idem, p. 17.

⁴⁷² AGUADO, Paz Mercedes de la Cuesta (coord.). **Derecho Penal Económico**, p. 37.

⁴⁷³ AGUADO, P. M. D. C. Obra citada, p. 40.

4.2.3 Influência do paradigma do risco no Direito Penal econômico

Na obra dirigida por ENRIQUE BACIGALUPO, após discorrer sobre as noções tradicionais de Direito Penal econômico DEL VALLE assevera, apropriando-se dos ensinamentos de BECK, que o desenvolvimento da sociedade pós-industrial conduziu à chamada “sociedade de riscos” como um novo paradigma. Esta matriz possui duas vertentes, uma relacionada aos “riscos da modernização” em que os lindes dessa sociedade abarcam os perigos irreversíveis para as plantas, os animais e as pessoas e, a outra, relacionada às contradições intrínsecas entre a modernidade e a contra-modernidade no plano da sociedade industrial.⁴⁷⁴

Segundo DEL VALLE a perspectiva da “sociedade de riscos” permite explicar a criminalidade econômica em “... sua relação com a atividade econômica das sociedades modernas e negar sua redução ao âmbito dos delitos contra os bens”.⁴⁷⁵ O autor esclarece o raciocínio ao aduzir que a criminalidade econômica engloba tanto o fenômeno da criminalidade contra as pessoas quanto os delitos de perigo (direito alimentar ou de medicamentos, meio-ambiente e riscos aos trabalhadores), estes estabilizando, indiretamente, expectativas normativas sobre os mesmos interesses (vida, saúde, integridade corporal, condições de vida), quando houver conexão com comportamentos próprios da atividade econômica e de empresa.⁴⁷⁶ Aponta o autor que a burocratização do sistema econômico fomenta o comportamento delitivo de dois modos: a) regulando deveres econômicos relacionados ao Estado (evasão de impostos, fraudes de subvenções, infrações próprias da economia ‘submersa’) e b) sancionando atividades irregulares no âmbito da atividade econômica com intervenção estatal (corrupção de funcionários com deveres relacionados à intervenção econômica estatal).⁴⁷⁷

Ao tratar-se da moderna criminalidade vale introduzir na discussão o novo âmbito vinculado aos modernos instrumentos da vida econômica.

⁴⁷⁴ BACIGALUPO, Enrique (coord.). *Derecho penal económico: parte general*, p. 31-32.

⁴⁷⁵ *Apud*: BACIGALUPO, E. Idem, p. 32.

⁴⁷⁶ BACIGALUPO, E. Idem, p. 32.

⁴⁷⁷ BACIGALUPO, E. Idem, p. 32-33.

BALCARCE alude a Righi⁴⁷⁸ referindo que este também utiliza como critério para considerar delitos econômicos as condutas criminais que supõem abuso de instrumentos da moderna vida econômica. Exemplifica com o uso indevido de cheques e cartões, e notadamente os crimes cometidos por meio da informática. Do mesmo modo se poderia reconhecer como novo objeto do Direito Penal econômico ilícitos relativos à transferência de tecnologia.⁴⁷⁹

AGUADO discorre sobre o importante desenvolvimento, nos últimos vinte anos, da ciência penal e da intervenção penal. Aponta a receptividade desses âmbitos a aportes de outras ciências sociais, alavancando a confecção de instrumentos jurídicos que permitam dar resposta a novas situações. Isto ensejou um Direito Penal ampliado, para fazer frente às novas demandas sociais decorrentes da “sociedade de risco”, altamente industrializada, cujos riscos são derivados diretamente da nova modernidade (Beck).⁴⁸⁰ Refere que a explicação do Direito Penal do risco tendo por chave o aspecto econômico é insuficiente pois não são em todos os casos que a proteção do bem jurídico está voltada ao asseguramento de interesses econômicos. Aduz que no panorama da sociedade de risco as condutas empresariais podem pôr em risco tanto bens personalíssimos como interesses econômicos. Indaga sobre a possibilidade de estender o nome de delitos socioeconômicos a todos aqueles ilícitos derivados, no âmbito penal, à interação entre empresa e indivíduo.

Retomando a questão da relação entre o Direito Penal do risco e o Direito Penal econômico aduz:

“os delitos relativos à energia nuclear, os relacionados com a bioética ou as tecnologias da informação, do mesmo modo que os delitos contra o meio ambiente e algumas modalidades delitivas lesivas para a saúde dos consumidores, partilham características e problemas dogmáticos com os delitos econômicos – bens jurídicos coletivos, estruturas típicas de perigo, etc. – porém ensejam problemas específicos, entre os quais se destaca o relativo à configuração dos bens jurídicos, onde, os bens jurídicos individuais como a vida ou a saúde das pessoas aparecem em íntima conexão com outros

⁴⁷⁸ *Apud*: BALCARCE, F. Obra citada, p. 31.

⁴⁷⁹ *Apud*: BALCARCE, F. *Idem*, p. 31.

⁴⁸⁰ AGUADO, P. M. D. C. Obra citada, p. 21-22.

aspectos eminentemente econômicos ou relacionados ao mercado”.⁴⁸¹

Deste modo a autora conclui que, se o Direito Penal do risco não é em sentido estrito um setor do Direito Penal econômico, partilha com ele objetos de proteção, técnicas legislativas, problemas de execução e, “... *em definitivo, se o risco é um elemento que transcende o mercado, também o Direito Penal do risco incide no mercado*”.⁴⁸²

Vale ainda transcrever o entendimento de AGUADO, tocante aos novos riscos, no sentido de que em razão das características específicas da sociedade do risco o jurista deverá imiscuir-se em questões técnicas alheias à ciência jurídica. Isto por vários motivos: a) a contínua evolução tecnológica enseja a correspondente evolução da lei; b) a criação de riscos globais obriga o estado a buscar modelos superadores do princípio da territorialidade da lei penal; c) o controle administrativo da atividade exige fórmulas de coordenação entre o Direito Penal e o Direito Administrativo. Não olvida, por igual, a necessidade de se inovar em modelos de sistemas sancionadores que unifiquem fórmulas e sistemas de controle.⁴⁸³

RENATO SILVEIRA aponta alguns aspectos importantes desta influência, aduzindo:

“O chamado Direito Penal da Sociedade do Risco, aliado a todos os problemas da globalização imperante, acabou por transformar o referencial clássico. Crises sociais, como é o trágico fenômeno do terrorismo, ou a incerteza do trato das novas tecnologias, ou, ainda, situações como a da presente investigação, guardando fenômenos econômicos, dão importância ao novo momento explicativo da antecipação penal”.⁴⁸⁴

Esclarece, ademais, que além do adiantamento do momento da tutela existe proliferação da utilização

melhor tratado, neste trabalho, quando se analisar a expansão típica por meio do crime de perigo abstrato.⁴⁸⁵

4.2.4. Aspectos criminológicos do Direito Penal Econômico na sociedade do risco

PIMENTEL pontua a importância da criminologia como inspiradora da política criminal e faz ponderação acerca de preocupante fenômeno da criminalidade econômica. Cita Frontini para ressaltar que os delitos de maior repercussão econômica ocorrem nos grandes centros e decorrem de uma sucessão em cadeia de atos camuflados na teia de relações da atividade empresarial, nas quais intervêm diversos intermediários. A má-fé, salienta, se encontra na cúpula da estrutura.⁴⁸⁶

No plano criminológico, de acordo com o DEL VALLE ao aludir TIEDEMANN, a origem do estudo da criminalidade econômica indiscutivelmente relaciona-se à denominada “delinqüência do colarinho branco”.⁴⁸⁷ No entanto, afirma que atualmente o *white collar crime* se democratizou e a teoria perdeu força, de modo que o conceito contemporâneo de Direito Penal econômico não mais se identifica com suas raízes originais. Mesmo a criminologia moderna (ou crítica, ou radical), apoiada na idéia de uma sociedade conflituosa, numa luta de classes em que os poderosos são beneficiados e os estratos baixos prejudicados pela intervenção penal estatal, não consegue explicar a nova criminalidade. Isto porque a gama de fenômenos abarcados pela nova criminalidade inclui pessoas tradicionalmente “não poderosas”, não pertencentes aos estratos superiores, mas que se encontram numa especial posição e dela se utilizam para delinqüir. Dizendo-se em outras palavras:

“... o conceito de ‘criminalidade dos poderosos’ – além de discutível em seu fundamento – não poderia ser trasladado diretamente ao âmbito da criminalidade econômica: por um lado, porque abarca

⁴⁸⁵ SILVEIRA, R. M. J. Idem, p. 96.

⁴⁸⁶ *Apud*: PIMENTEL, M. P. Obra citada, p. 28-

aspectos da criminalidade que não guardam relação com a criminalidade econômica; por outro, porque existe um amplo espectro da criminalidade econômica cujos autores não são pessoas ‘poderosas’”.⁴⁸⁸

Em ilustração ao aduzido aponta-se como importante o estudo da corrupção para a contemporânea criminologia voltada à investigação e compreensão do fenômeno do Direito Penal econômico. Expõe-se que os delitos cometidos no âmbito da administração pública e em relação às atividades econômicas constituem parte fundamental da criminalidade econômica e, portanto, integram o objeto de interesse do Direito Penal econômico. Explica-se:

“... na medida em que a sanção destes comportamentos está vinculada à ratificação da confiança na vigência das normas que regem a ordem econômica constituem também criminalidade econômica, independentemente de que no caso concreto exista uma conexão ou plano delitivo comum entre os autores destes delitos e as pessoas que desempenham uma atividade econômica e se beneficiam dos efeitos da infração”.⁴⁸⁹

Enfim, ao tratar da corrupção de agentes públicos vinculados à tarefa de intervenção penal do Estado na ordem econômica como delito econômico o autor evidencia, de modo contundente, a existência de uma nova perspectiva criminológica a explorar. Esta põe em cheque as teorias vigentes, aparentemente insuficientes para explicar os novos fenômenos decorrentes da sociedade do risco e, em especial, do novo Direito Penal econômico.

Partindo da perspectiva de uma globalização ou mundialização na qual existem pólos de países centrais beneficiados - UE, EUA, Japão – e países periféricos, marginalizados, em processo de pauperização, BASOCO esclarece que os motores da criminalização estão intimamente ligados aos interesses econômicos envolvidos, cuja influência das potências mundiais e megacorporações é evidente. Após discorrer sobre o descaso relacionado à tutela dos direitos dos trabalhadores (foco privilegiado de seu estudo) aduz

⁴⁸⁸ BACIGALUPO, E. Idem, p. 38.

⁴⁸⁹ BACIGALUPO, E. Obra citada, p. 38.

que, em razão da globalização, é notável o desconhecimento do caráter criminal de condutas gravemente lesivas, enquanto que de outro lado se recorre a técnicas de criminalização sintonizadas com novas formas de delinquência, podendo redundar em riscos à garantias tradicionais.⁴⁹⁰

Depois de revolver os porquês da criminalização decorrente da globalização, com viés crítico e significativo para uma nova criminologia, BASOCO realiza o alerta à debilitação das garantias clássicas do Direito Penal:

“O modelo que se exporta, se acompanha de um paralelo empobrecimento do sistema de garantias nas próprias metrópoles, nas quais a ideologia da exceção pugna por impregnar as estruturas de todo o direito penal, enquanto que se tende a criminalizar a marginalidade provocada pelo desemprego ou pela imigração, e seguem deixando imune à punição quem encobre sua atividade delitiva com uma complexa engenharia financeira, que corrompe, instrumentalizando-a, a vida pública”.⁴⁹¹

O autor finaliza sua crítica aduzindo que a pretendida desregulamentação, intrínseca à globalização, é parcial e se identifica com a condescendência com os ilícitos “nas áreas em que pode o mercado disciplinar de acordo com os interesses do contratante mais forte”. Como contraponto, assinala uma rígida intervenção no tocante ao asseguramento da *pax publica* requerida pelo mesmo mercado. Em adição pontua que inexiste preocupação com a razoabilidade dos meios empregados para a obtenção de tal *pax* em cotejo com o exigido pela dignidade da pessoa humana.⁴⁹²

O marco da globalização, que no atual estágio de desenvolvimento da sociedade pressupõe os avanços tecnológicos, enseja uma nova perspectiva criminológica que supere a criminologia gerada até aqui. A teoria do *white collar crime* (associação diferencial), com importantes reflexões voltadas ao estudo dos crimes do colarinho branco cometidos normalmente por meio das empresas, se historicamente forneceu subsídios ao estudo da criminalidade dos poderosos, não pode ser acolhida sem ressalvas e atualizações. Também

classes, não pode ser acatada sem reservas. Isto porque, embora se evidencie o aumento do profundo fosso social entre ricos e pobres nas sociedades capitalistas, os novos riscos conformam um novo paradigma cujas conseqüências, conforme Beck, acarretam uma igualitária exposição de todos os extratos sociais aos mesmos mega-riscos.

Pergunte-se, para ilustrar: o cidadão que mora numa luxuosa cobertura de andar inteiro no Bairro dos Jardins, em São Paulo, está menos imune à degradação ambiental criminosamente causada na capital paulista pelas indústrias do que aquele que mora numa casa simples num bairro periférico como Guaianases ou no Jardim Ângela? Está menos exposto ao buraco da camada de ozônio? A resposta aponta para o sentimento de que as construções criminológicas realizadas até então não mais servem para explicar, por completo, o fenômeno criminal atual confrontado com o paradigma do risco.

A investigação realizada até então não permite visualizar contornos mais definidos de uma nova construção criminológica, sabendo-se, no entanto, que indagar as raízes do fenômeno criminal na sociedade do risco é fundamental para se fornecer opções de atualização de seu desenho científico. Ilustrando a necessidade de novos estudos, com particular interesse na intervenção estatal penal nos domínios econômicos, vale analisar os raciocínios que amparam o conceito da pessoa jurídica delinqüente. Ressalte-se que ele é um dos que mais sofreu a ingerência do novo ambiente social.

4.3 A PESSOA JURÍDICA DELINQÜENTE

4.3.1 Teoria da ficção x Teoria da realidade

As duas teorias básicas que buscam explicar a pessoa jurídica como sujeito de direitos são a teoria da ficção e a teoria da realidade, esta também conhecida como da personalidade real ou teoria orgânica.

De acordo com a teoria da ficção, atribuída a Savigny, a personalidade é vista desde um ponto de vista ético-individualista. Nesta ótica somente poderia ser sujeito de direitos o ser humano. Decorre disto que a pessoa

jurídica “ainda que expresse por meio de seus representantes uma vontade que lhe é imputada como vontade própria, não tem uma vontade real em sentido ético, mas tão somente fictícia”.⁴⁹³ Segundo esta teoria somente em Direito Civil seria possível a representação sem vontade própria, mas não em Direito Penal. Este trata as pessoas como seres dotados de raciocínio e vontade. “A pessoa jurídica não tem essas qualidades e, por isso, deve restar excluída do âmbito do Direito Penal”.⁴⁹⁴

Binder assinalou que o erro da teoria da ficção teria sido confundir o sujeito psicológico com o sujeito ético, fundamentando a personalidade na individualidade psicológica. A teoria desconsiderou que as comunidades organizadas são fenômenos da existência social do homem. Esta realidade fez com que a ordem jurídica outorgasse às pessoas jurídicas personalidade jurídica, tratando-as como sujeito de direitos.⁴⁹⁵

A concepção do sujeito de direito apoiada numa consideração unicamente psicológica do problema impõe a legitimidade para atribuir direitos apenas à pessoa física, afastando-a da pessoa jurídica porque esta não possui individualidade psicológica, resultando no brocardo *societas delinquere non potest*.⁴⁹⁶

Como oposição à teoria da ficção surgiu a teoria orgânica, tendo como maior expoente Gierke. Em seu discurso de posse como Reitor da Universidade de Berlim em 1902 apresentou novas reflexões sobre a teoria, incluindo seu próprio posicionamento. Este novo cabedal teórico constituiu fundamentação dogmática que permitiu afirmar a responsabilidade penal da pessoa jurídica, contrariamente ao defendido pela teoria então dominante.⁴⁹⁷

O ponto de partida de Gierke não se distancia muito da concepção sustentada pelos romanistas, porém leva em conta, por igual, a realidade social. Nela se encontram expressões vitais pertencentes tanto aos indivíduos quanto às pessoas jurídicas, com significado social idêntico. Essas expressões vitais possuem finalidades e conseqüências iguais, pelo que seria razoável

⁴⁹³ *Apud*: BACIGALUPO, Silvina. **Responsabilidad penal de las personas juridicas**, p. 57-58.

⁴⁹⁴ *Apud*: BACIGALUPO, S. Idem, p. 58.

⁴⁹⁵ *Apud*: BACIGALUPO, S. Idem, p. 59-60.

⁴⁹⁶ BACIGALUPO, S. Obra citada, p. 60.

⁴⁹⁷ *Apud*: BACIGALUPO, S. Idem, p. 62.

compreender que as pessoas jurídicas, como fenômenos da vida social, são pessoas sociais com a mesma capacidade jurídica que os indivíduos.⁴⁹⁸

Gierke sustenta que a pessoa jurídica tem, tal como a física, vontade, e à semelhança da pessoa individual se manifesta por meio de seus órgãos, desenvolvendo o conceito de organismo e personificando a pessoa jurídica. Segundo o autor em ambas as pessoas “... a personalidade é um conceito jurídico que tem lugar por meio de uma abstração da consciência jurídica baseada na idéia de organismo”.⁴⁹⁹ Segundo Zitelman a capacidade de vontade estaria no cerne da questão, pois enquanto o corpo das pessoas é irrelevante para a personalidade, esta depende da eficácia da vontade, e as pessoas jurídicas têm vontade eficaz.⁵⁰⁰ O reflexo desta teoria para o Direito Penal permite afirmar a responsabilidade penal das pessoas jurídicas:

“A teoria da personalidade real da empresa considera as pessoas jurídicas tanto capazes de ação como de culpabilidade; estas atuam e delinqüem através de seus órgãos, na medida em que os órgãos atuem dentro do âmbito de suas competências delimitadas estatutariamente”.⁵⁰¹

Aceitando a responsabilização penal das pessoas jurídicas no direito brasileiro ROTHENBURG ressalta que para que isto fosse possível, além da necessidade de defesa de interesses difusos também foi fundamental a aceitação de novos conceitos favoráveis a esta possibilidade. Um exemplo disto é o abandono da teoria da ficção, na qual pessoas jurídicas só existiam ficticiamente, e a adoção da teoria da realidade:

“O abandono da teoria da ficção pela adoção das teorias realistas implicou conseqüentemente a aceitação de que as pessoas jurídicas têm uma vontade própria. Sendo a pessoa jurídica uma realidade jurídica (normativa), sua vontade seria também aquela prevista pelo Direito. Este aceita (define) pacificamente a vontade da pessoa jurídica para contratar, fazer propaganda, dissolver-se...”⁵⁰²

⁴⁹⁸ *Apud*: BACIGALUPO, S. Idem, p. 63.

⁴⁹⁹ *Apud*: BACIGALUPO, S. Idem, p. 65.

⁵⁰⁰ *Apud*: BACIGALUPO, S. Idem, p. 66.

⁵⁰¹ *Apud*: BACIGALUPO, S. Obra citada, p. 66.

⁵⁰² ROTHENBURG, Walter Claudius. **A pessoa jurídica criminosa**, p. 46.

Em consequência da adoção da teoria da realidade, como refere o autor, passou-se a compreender a existência de vontade própria nas pessoas jurídicas, inclusive no Direito Penal. É a posição de SANCTIS:

“Vale dizer que a personalidade jurídica atribuída aos entes coletivos pelo direito decorre do fato de considerá-los seres reais, os quais se exprimem por meio de características especiais. Possuem patrimônio diverso de seus membros, vontade própria e manifestam-se pelos seus órgãos, de molde que a sua existência é fruto de uma realidade, não só no plano jurídico, mas também na seara social. Agem, portanto, independentemente, apresentando-se como perfeitos sujeitos de direito, já que podem contrair obrigações e possuir direitos, tanto quanto as pessoas físicas”.⁵⁰³

A consequência da adoção da teoria da realidade resulta no entendimento de que tanto as pessoas físicas quanto as jurídicas merecem tratamento pelo direito criminal pois ambas são sujeitos de direito. No entanto, convém registrar ressalva por parte dos defensores da responsabilização, destacando que “sustentar a sujeição criminal da pessoa jurídica implica admitir-lhe um responsabilidade própria e peculiar”.⁵⁰⁴ Deste modo, em que pese a necessidade de tratamento jurídico equiparado entre pessoa física e jurídica, é indiscutível que ambas possuem características muito singulares, as quais devem ser consideradas pelo direito.

No desenvolvimento da teoria da realidade, Hafter desenvolve as idéias de Gierke, com especial tratamento às suas consequências sobre o Direito Penal. Tal como Gierke, exige a punição não só da pessoa jurídica, mas também do indivíduo que concretamente praticou a ação. A vontade do órgão é conjunta, mas, em parte é do indivíduo. Admite assim um sistema de dupla responsabilidade. Sustenta-se que os membros não culpáveis, relacionados à pessoa jurídica, deveriam receber indenização do Estado em razão das consequências prejudiciais que essa penalização da pessoa jurídica causou-lhes.⁵⁰⁵

⁵⁰³ SANCTIS, Fausto Martins de. **Responsabilidade penal da pessoa jurídica**, p. 40.

⁵⁰⁴ ROTHENBURG, W. C. Obra citada, p. 133.

⁵⁰⁵ *Apud*: BACIGALUPO, S. Obra citada, p. 79.

Outros autores trataram com habilidade da questão atinente à responsabilidade penal da pessoa jurídica, porém, foi na Alemanha da década de 50 que uma rediscussão significativa da matéria foi realizada, possuindo duas origens. Uma delas foi a crescente importância das pessoas jurídicas na vida pública e em especial na economia e, a outra, decorreu da imposição da responsabilidade da pessoa jurídica no âmbito do direito de ocupação das Forças Aliadas. Apesar da resistência dogmática então vigente, como o direito ditado pelo Governo Militar das Forças Aliadas passou a ser considerado direito alemão, prevendo mencionada responsabilização, isto constituiu combustível para o ressurgimento e imposição do tema.⁵⁰⁶

4.3.2 Dificuldades teóricas adicionais: compatibilização das (in)capacidades de ação e da (in)culpabilidade com o tradicional conceito de delito

Partindo-se de um conceito analítico consagrado de delito como ação típica, ilícita e culpável, duas dificuldades dogmáticas colocavam-se de imediato ao acolhimento da responsabilidade penal da pessoa jurídica: sua (in)capacidade de ação e a respectiva (in)capacidade de culpabilidade. Vale mencionar neste ponto crítica adicional de DOTTI, no sentido da dificuldade de indicar "... quais os entes coletivos que seriam capazes de ação e de culpa no sentido jurídico-penal".⁵⁰⁷ SILVINA BACIGALUPO atribui a Rotberg a superação da primeira dificuldade com base no entendimento de que "... o reconhecimento da participação das pessoas jurídicas no tráfico jurídico com o devido reconhecimento de direitos e obrigações necessários para o mesmo..."⁵⁰⁸ implicaria na correspondente aceitação da pessoa jurídica como capaz de agir. Tal compreensão foi contrariada por Engisch, Jescheck e Schmitt, para os quais as ações somente podem ser praticadas por pessoas físicas na qualidade de membros dos órgãos existentes na pessoa jurídica.⁵⁰⁹

Ao lado da discussão mencionada a maior dificuldade encontrada para compatibilizar a responsabilização penal da pessoa jurídica com a dogmática

⁵⁰⁶ *Apud*: BACIGALUPO, S. Idem, p. 125-127.

⁵⁰⁷ DOTTI, René Ariel. **A incapacidade criminal da pessoa jurídica: uma perspectiva do direito brasileiro**, p. 186.

⁵⁰⁸ *Apud*: BACIGALUPO, S. Obra citada, p. 128.

⁵⁰⁹ *Apud*: BACIGALUPO, S. Idem, p. 128-129.

tradicional deu-se no campo da culpabilidade. Isto ocorrerá "... sempre que se entender por culpabilidade a capacidade de decidir-se a favor do Direito em função da livre capacidade de autodeterminação".⁵¹⁰ Constatou-se que o conceito normativo de culpabilidade era voltado ao ser humano e, por consequência, adaptado às capacidades humanas. Reprova-se o autor por não ter se comportado conforme ao direito quando lhe era possível, na situação concreta, assim comportar-se. O conteúdo emocional de tal conceito não pode ser transferido à pessoa jurídica. A culpabilidade como fracasso ético-social do autor é unicamente admissível na responsabilização penal individual.⁵¹¹

Weber sustenta que a dificuldade relativa à culpabilidade dá-se por conta do conceito psicológico de culpabilidade. Em seu entendimento "... somente seria aplicável uma pena a uma pessoa jurídica, se esta tiver usado incorretamente a liberdade social e jurídica que lhe foi outorgada", concluindo que tal juízo compatibiliza-se tranqüilamente com o conceito normativo de culpabilidade.⁵¹²

4.3.3 Responsabilidade penal da pessoa jurídica na sociedade do risco

Reconhecendo a existência de posições e argumentos conflitantes, nota-se que no direito alienígena e no brasileiro grande parte dos doutrinadores - nem todos satisfeitos com o fato - observam que os ordenamentos jurídicos cada vez mais vêm admitindo responsabilização penal da pessoa jurídica. No tocante à dogmática, embora cada vez mais novas obras tratem do assunto, e talvez influenciado pelo novo paradigma, parece existir tendência favorável ao acolhimento da responsabilidade penal da pessoa jurídica. Aparentemente isto decorre em parte da força dos fatos, representados pelas previsões constitucionais e infraconstitucionais, mas também em parte por conta de uma maior aceitação doutrinária, da qual decorre preocupação renovada com a construção de novos modelos de imputação permissivos da responsabilização aludida. Se os fundados receios relativos a este fenômeno vão se confirmar, ou

⁵¹⁰ BACIGALUPO, S. Idem, p. 130.

⁵¹¹ BACIGALUPO, S. Idem, p. 131.

⁵¹² *Apud*: BACIGALUPO, S. Obra citada, p. 132.

não, somente o futuro do Direito Penal está habilitado a responder esta grave questão.

Na opinião de FERNANDO GALVÃO tocante à legislação nacional sobre o tema, isto foi uma “opção política do constituinte”.⁵¹³

A Constituição Federal de 1988 prevê em no §5º do art. 173 a responsabilização criminal da pessoa jurídica, como uma de suas formas. Não destoia desta assertiva FERNANDO GALVÃO, afirmando que “com certeza, a responsabilidade a que se referiu o constituinte foi a responsabilidade penal, pois é a ela que se refere à (sic) pretensão punitiva”.⁵¹⁴ Há ainda a previsão do artigo 225 § 3º, aduzindo o autor que “nesse dispositivo ficou ainda mais evidente a opção político-criminal de utilizar o direito penal contra as pessoas jurídicas”.⁵¹⁵ Vale transcrever o conteúdo dos respectivos dispositivos constitucionais mencionados:

“A lei, sem prejuízo da responsabilidade individual dos dirigentes da pessoa jurídica, estabelecerá a responsabilidade desta, sujeitando-a às punições compatíveis com sua natureza, nos autos praticados contra a ordem econômica e financeira e contra a economia popular” (art. 173 §5º).⁵¹⁶

“As condutas atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados” (art. 225 § 3º).⁵¹⁷

DOTTI, em sintonia com um robusto conjunto de argumentos contrários à responsabilização, assevera o entendimento favorável à responsabilização penal da pessoa jurídica como interpretação literal da Constituição, da qual discorda:

“Porém a melhor compreensão da norma nos leva à conclusão de que tanto a pessoa física como a pessoa jurídica podem responder

⁵¹³ ROCHA, Fernando A. N. Galvão da. **Responsabilidade penal da pessoa jurídica**, p. 7.

⁵¹⁴ ROCHA, F. A. N. G. Idem, p. 5.

⁵¹⁵ ROCHA, F. A. N. G. Idem, p. 5.

⁵¹⁶ BRASIL, Constituição, 1998. **Constituição da República Federativa do Brasil, 1988**, Art. 173, §5º.

⁵¹⁷ BRASIL. Obra citada, Art. 225, §3º.

nas ordens civil, administrativa e tributária pelos seus atos; mas a responsabilidade penal continua sendo de natureza e caráter estritamente humanos”.⁵¹⁸

A corrente favorável à admissão da responsabilidade aduz que seu acolhimento no ordenamento pátrio estaria de acordo com uma tendência mundial, em sintonia com os avanços tecnológicos e industriais. Com o fortalecimento da globalização, as pessoas coletivas foram adquirindo novos espaços e finalidades dentro da sociedade. Neste cenário começou-se a discutir mais intensamente a necessidade da responsabilização criminal da pessoa jurídica. Na visão de SHECAIRA:

“Essa tendência fortaleceu-se depois da Primeira Guerra Mundial por duas razões: o estado passou a ser mais intervencionista, regulando a produção e distribuição de produtos e serviços e prevendo punições mais graves para as violações a essas determinações; as empresas passaram a ser, em face do seu poderio resultante da formação de grandes oligopólios, as principais violadoras das determinações estatais”.⁵¹⁹

No âmbito legislativo, a positivação de uma verdadeira responsabilidade penal das pessoas jurídicas ocorreu, segundo TIEDEMANN,

“com o Novo Código Penal francês a partir de 1.3.94, assim como a proposta correspondente do ante-projeto suíço e as propostas da lei belga, finlandesa e canadense em 1993, além da Recomendação 18 do Conselho da Europa de 1988 e o mandato ao legislador da Constituição Federal do Brasil do mesmo ano (art. 173, §5)”.⁵²⁰

Como visto, vale destacar a menção do autor à Constituição Brasileira, no marco do acolhimento da responsabilização em tela. É perceptível que o crescimento da importância dos entes coletivos na sociedade trouxe inúmeros problemas a serem solucionados. Isto porque há uma tendência desses entes

⁵¹⁸ DOTTI, R. A. **A incapacidade criminal da pessoa jurídica: uma perspectiva do direito brasileiro**, p. 187.

⁵¹⁹ SHECAIRA, Sérgio Salomão. **Responsabilidade penal da pessoa jurídica**, p. 43

⁵²⁰ TIEDEMANN, Klaus. **Responsabilidad penal de personas jurídicas y empresas em derecho comparado**, p. 21.

de sempre buscarem crescimento e desenvolvimento. No entanto, o que muitas vezes acontece é que o interesse destes diverge dos interesses coletivos, situação que no entendimento de FERNANDO GALVÃO deve ser combatida pelo direito criminal, quando desarrazoada e prejudicial:

“Outro caminho não resta senão construir novo edifício dogmático para, paralelamente ao que define os limites da responsabilidade individual, reprimir as atividades desenvolvidas por pessoas jurídicas em prejuízos de bens e interesses juridicamente tutelados”.⁵²¹

Consoante este pensamento se posiciona ROTHENBURG, favorável à criminalização da pessoa jurídica. Registra o autor o fortalecimento das pessoas jurídicas dentro da sociedade, pois “representam forças sociais na vida moderna”.⁵²²

Ainda no sentido favorável à responsabilização SHECAIRA apresenta outro problema atual a ser solucionado com a admissão da responsabilidade penal da pessoa jurídica. Isto ensejaria a necessidade de punição diretamente ao ente coletivo, revelando-se ineficiente, em determinados casos, a aplicação da pena à pessoa física. Para ele a pessoa coletiva só poderá ser responsabilizada penalmente se preenchidos alguns requisitos. O ilícito deve favorecer a pessoa jurídica, ser cometido por pessoa ligada a ela, com seu auxílio e por meio de atividades nela desenvolvidas, apresentando uma estrutura interna que favorece o cometimento de crimes em proveito próprio:

“Além disso, é a utilização da infra-estrutura fornecida pela empresa que propicia o cometimento do crime. Sem a reunião dos esforços de várias pessoas, agrupadas sob manto da pessoa jurídica, o cometimento do crime não seria possível. É o poder, que se oculta por detrás da pessoa jurídica, e a concentração de forças econômicas do agrupamento que nos permitem dizer que tais infrações tenham uma robustez e força orgânica impensáveis em uma pessoa física”.⁵²³

⁵²¹ ROCHA, F. A. N. G. Obra citada, p. 7.

⁵²² *Apud*: ROTHENBURG, W. C. Obra citada, p. 36.

⁵²³ SHECAIRA, S. S. **Responsabilidade penal da pessoa jurídica**, p. 100.

Tais condições alertam para a situação na qual muitas vezes uma empresa utiliza-se de um funcionário qualquer, sem a consciência deste acerca do caráter e das conseqüências de seus atos, para cometer crimes. Além de não ser justa a responsabilização do funcionário torna-se possível que a empresa, única que se beneficiou com o crime, não sofra sanção alguma, o que servirá de estímulo para a reiteração criminosa. Adverte SHECAIRA:

“A atual sistemática de responsabilidade individual é insuficiente para dissuadir o cometimento de delito no âmbito das grandes empresas. Quando ocorre um delito de natureza econômica o agente imediato é punido, mesmo não obtendo qualquer benefício direto com o cometimento do delito. No mais das vezes, a verdadeira beneficiária – a empresa – obtém as vantagens sem sofrer qualquer conseqüência legal ou patrimonial”.⁵²⁴

Referido autor acolhe tranqüilamente a necessidade de punição de cunho criminal à pessoa jurídica, a fim de inibi-la do cometimento de outros delitos. Ressalte-se que mesmo havendo mentores dentro da pessoa coletiva, autores mediatos dos delitos, se esta for penalizada todos que dela dependem sofrerão conseqüências indiretamente.

Nesse sentido, BALCARCE aduz que

“A pessoa jurídica pode estar vinculada ao delito de duas formas. Primeiramente, uma *centrífuga*, que compreende aquela criminalidade que, surgida em seu seio, projeta-se ao exterior a partir da empresa. A outra, *centrípeta*, ainda quando emanam da estrutura societária, os efeitos se voltam contra a empresa ou seus membros. O problema ocorre essencialmente na centrífuga. Esta, por sua vez, pode se manifestar de suas formas diferentes: Um grupo de casos onde o uso da personalidade societária constitui uma modalidade especial de burlar alguma disposição legal; outra, na qual a estrutura societária reflete uma orientação em direção a uma atividade permitida como tal e de cujo exercício se derivam uma ou várias transgressões que podem configurar contravenções ou delitos.”⁵²⁵

⁵²⁴ SHECAIRA, S. S. **Responsabilidade penal da pessoa jurídica**, p. 148.

⁵²⁵ BALCARCE, F. I. Obra citada, p.111 (itálico do original).

Seguindo essa linha de pensamento, TIEDEMANN pontifica que

“De um lado, a sociologia nos ensina que o grupo cria um ambiente, um clima que facilita e fomenta os autores físicos (ou materiais) a cometer delitos em benefício do grupo. Daí a idéia de não sancionar somente estes autores materiais (que podem trocar e ser realocados), mas também, e sobretudo, o próprio grupo. Por outro lado, novas formas de criminalidade como os delitos de negócios, nos quais estão compreendidos aqueles contra o consumidor, atentados ao meio ambiente e o crime organizado, se instalam nos sistemas e meios tradicionais do Direito Penal ante dificuldades tão grandes que uma nova aproximação parece indispensável”.⁵²⁶

Ademais, quanto à necessidade de criação de tipos penais voltados especificamente a pessoas jurídicas diante de suas características próprias, ROTHENBURG assinala que:

“... Sendo a pessoa jurídica uma realidade analógica à pessoa humana, o tratamento dispensado pelo Direito Criminal àquela pode aproximar-se, em muitos pontos, do tradicionalmente emprestado a esta, sem se confundirem necessariamente porém. Portanto, o fenômeno criminal da atividade de grupos reclama também a admissão de infrações próprias às pessoas jurídicas (crimes cujo sujeito ativo não pode ser senão um ente coletivo), sempre que isso se verificar adequado à proteção jurídica”.⁵²⁷

Outra solução no mesmo sentido é apresentada por TIEDEMANN, segundo o qual é possível aplicar às pessoas jurídicas um sistema de medidas de segurança, tais como confisco e encerramento do estabelecimento empresarial, já recomendadas para esta finalidade no Congresso da Associação Internacional de Direito Penal, celebrada em Bucareste em 1929. Trata-se de um sistema adotado pela doutrina italiana como expressão da periculosidade da empresa, critério base das medidas de segurança, as quais ainda não foram positivadas na Parte Geral do Código Penal Brasileiro.⁵²⁸

⁵²⁶ TIEDEMANN, K. Obra citada, p. 22.

⁵²⁷ ROTHENBURG, W. C. Obra citada, p. 38.

⁵²⁸ TIEDEMANN, K. Obra citada, p. 24.

Há ainda grande preocupação tocante às penas aplicáveis aos entes coletivos, entretanto, as mais cogitadas são as penas de multa, prestação de serviços à comunidade, interdição temporária de direitos, fechamento temporário ou definitivo, tudo dependendo da gravidade do ilícito. Neste sentido, BASOCO pugna pela possibilidade de fazer com que a pessoa jurídica diretamente seja afligida pelas conseqüências penais, a exemplo do permissivo contido no art. 129 do Código Penal espanhol:

“Art. 129: 1. O juiz ou tribunal, nos casos previstos neste Código, e prévia audiência dos titulares ou de seus representantes legais, poderá impor, motivadamente, as seguintes conseqüências: a) Fechamento da empresa, seus locais ou estabelecimentos, com caráter temporário ou definitivo... b) Dissolução da sociedade, associação ou fundação. c) Suspensão das atividades da sociedade, empresa, fundação ou associação por um prazo que não poderá exceder de cinco anos. d) Proibição de realizar futuramente atividades... da classe daquelas em cujo exercício se haja cometido, favorecido ou dissimulado o delito. Esta proibição poderá ter caráter temporal ou definitivo... e) A intervenção na empresa para salvaguardar os direitos dos trabalhadores ou dos credores pelo tempo necessário... 2. O fechamento temporal... e a suspensão..., poderão ser acordadas pelo juiz instrutor também durante a tramitação da causa. 3) As conseqüências acessórias previstas neste artigo estarão orientadas a prevenir a continuidade da atividade delitiva e seus efeitos”.⁵²⁹

BASOCO, além de mencionar as “conseqüências acessórias” do Direito Penal espanhol, realiza proposições adicionais tocantes às penalidades possíveis de serem aplicadas às empresas:

“À lista do art. 129 poderiam adicionar-se outras, como a já conhecida em nosso ordenamento da publicidade da sentença condenatória, que por apontar a estimação social do sujeito e restringir sua capacidade de atuação no tráfico econômico, ao pôr em evidência os “não leais”, pode ser especialmente idônea. Também poderia incluir-se neste elenco a multa, se bem que o prognóstico sobre sua

⁵²⁹ BASOCO, J. M. T. Obra citada, p. 122-123.

eficiência 'tem que ser extraordinariamente moderado e discreto', pela facilidade de converter-se num fator de custos empresariais que podem ser amortizados no marco do cálculo do preço, máxime quando uma posição de preeminência ou monopólio no mercado permitir repercutir este custo nos consumidores. A possibilidade de repercussão sobre os sujeitos não culpáveis é ainda mais evidente nos casos em que a multa imposta à sociedade (...) castiga os sócios não partícipes do delito, pelo que se comporta como uma autêntica pena aberrante negadora do princípio da personalidade".⁵³⁰

Em razão da junção do novo conceito de pessoa coletiva com as reformulações sofridas pelo direito criminal, é possível constatar que há uma tendência cada vez mais presente no sentido de se admitir a responsabilidade penal da pessoa jurídica. No Brasil, conforme já mencionado, esta se manifesta em especial na direção de dois institutos que preocupam os estudiosos, quais sejam, a economia popular e o meio ambiente:

"Atualmente existem sensíveis movimentos - internacionais até - no sentido da consagração da responsabilidade criminal da pessoa jurídica, ante a evidência de seu potencial danoso, face sobretudo a importantíssimos bens seriamente ameaçados como o ambiente natural e a economia popular".⁵³¹

SILVINA BACIGALUPO aduz que segundo a doutrina dominante uma norma destinada a responsabilizar penalmente a pessoa jurídica teria como fim precípuo impedir os benefícios eventualmente advindos de um delito que lhe favorecesse. Além disso, tem-se a idéia de fomentar a tomada de medidas pelos órgãos internos da empresa, voltadas ao impedimento da realização de atividades delituosas, que violem deveres empresariais ou enriqueçam indevidamente a empresa. Neste sentido se esclarece que uma teoria do delito calcada na finalidade preventivo-geral da pena facilita consideravelmente a admissão desta responsabilidade. Os preceitos penais destinar-se-iam ao restabelecimento da vigência da norma infringida.⁵³² Aponta-se que atualmente as pessoas jurídicas são mais favorecidas do que os indivíduos, ao não serem

⁵³⁰ BASOCO, J. M. T. Obra citada, p. 123-124.

⁵³¹ ROTHENBURG, W. C. Obra citada, p. 222.

⁵³² BACIGALUPO, S. Obra citada, p. 352-353.

consideradas como passíveis de responsabilização criminal fato que, consoante a autora, leva a resultados indesejáveis na seara político-criminal.⁵³³

Sustenta ainda que, para viabilizar a responsabilização dos entes jurídicos, alguns autores propugnam pela elaboração de novos conceitos de ação e de culpabilidade voltados às pessoas jurídicas. Concomitantemente, existe ainda a busca de um novo sistema de imputação que permita punir a pessoa jurídica sem a culpabilidade (Schünemann). Além disso:

“... apresentou-se uma proposta de um sistema de responsabilidade penal específico para as pessoas jurídicas fundamentado sobre princípios de imputação elaborados a partir das características específicas das pessoas jurídicas (Heine)”.⁵³⁴

Segundo TIEDEMANN,

“Tradicionalmente, parece muito difícil imputar a uma pessoa, ou a uma entidade jurídica, a culpa de outra pessoa. Com relação aos autores físicos, é o princípio (procedente do Direito Constitucional) da culpabilidade que proíbe, exceto o mundo anglo-saxão, tal imputação. A culpa deve ser a própria culpa da pessoa a ser condenada. Sem embargo, considerando os grupos, o Tribunal constitucional federal alemão não tem vacilado ao declarar a possibilidade, sob o ponto de vista constitucional, de imputar a culpa de uma pessoa física a uma pessoa jurídica (caso Bertalsmann). Por outro lado, a Corte de Justiça das Comunidades Européias tem a tendência de sustentar uma culpa própria da empresa, culpa determinada, mas segundo critérios e padrões conhecidos no Direito Civil e no Direito Administrativo, onde a estrutura, a importância, etc. da empresa decide as obrigações, p. ex. informar-se sobre as regras de direito existentes. Os ordenamentos jurídicos dos Estados Unidos, Japão, Países Baixos, Noruega, etc., por sua vez, assinalam que é esta falta de organização que torna possível as infrações em favor dos grupos e determina a responsabilidade penal.”⁵³⁵

⁵³³ BACIGALUPO, S. Idem, p. 354.

⁵³⁴ BACIGALUPO, S. Idem, p. 353.

⁵³⁵ TIEDEMANN, K. Obra citada, p. 30.

Independentemente de cogitar da flexibilização de dogmas tradicionais do Direito Penal centrados no autor, pessoa física, SILVINA BACIGALUPO assevera que no Estado de Direito não há como admitir o sancionamento penal das pessoas jurídicas sem a observância das devidas garantias constitucionais. Menciona tal ressalva tendo em consideração os novos problemas das modernas sociedades de risco.⁵³⁶

A autora assinala o impacto decorrente dos novos riscos:

“... As dificuldades penais no trato com processos técnicos coletivos e situações de risco surgem, fundamentalmente, pela perda de uma situação de responsabilidade determinável temporal e pessoalmente. Os casos perturbadores dentro da empresa são o resultado de uma evolução defeituosa sistemática que não se pode reconduzir de forma pontual a uma única decisão, senão que tem lugar, pelo geral, devido a um déficit de consciência de risco e prevenção do mesmo durante um prolongado período”.⁵³⁷

Tem força destacada, segundo a autora, o fato de que diante dos novos desafios o Direito Penal individual encontra-se no final de suas possibilidades. Os elementos de responsabilização do Direito Penal clássico precisariam ser modificados porque ante a nova situação mostram-se desfuncionais. Conclui dizendo que ante a perda da dita racionalidade do sistema duas possibilidades se apresentam: ou exigir um Direito Penal específico das pessoas jurídicas ou a reformulação da dogmática tradicional, e “qualquer das duas situações permitirá que o Direito Penal possa responder aos conflitos sociais que se apresentam e que se possa adaptar, na medida do racionalmente possível, às novas situações”.⁵³⁸

Examinou-se o fenômeno da pessoa jurídica delinqüente, travando-se significativa discussão sobre tema que se encontra no centro das controvérsias relacionadas à intervenção do Direito Penal no âmbito econômico, num ambiente de sociedade do risco. Neste passo torna-se devido focar a análise dos reflexos desta sociedade, e seu novo paradigma, especificamente sobre os

⁵³⁶ BACIGALUPO, S. Obra citada, p. 354.

⁵³⁷ BACIGALUPO, S. Idem, p. 354.

⁵³⁸ BACIGALUPO, S. Idem, p. 355.

tipos penais, o qual é considerado molde legal estruturante da dogmática penal.

5 FENÔMENOS EXPANSIVOS E EXPANSÃO TÍPICA

5.1 FENÔMENOS EXPANSIVOS E ANTECIPAÇÃO DA TUTELA PENAL

O Direito Penal tem mostrado na atualidade uma face expansionista. Isto despertou a atenção dos estudiosos para a notória tendência de antecipar o momento da tutela penal. Além disso, outros fenômenos expansivos são manifestos e, entre outros, podem ser destacados: a) o incremento da utilização dos tipos de perigo abstrato e das normas penais em branco; b) o alargamento do Direito Penal a novos âmbitos em correspondência com a supra-individualidade de novos bens jurídicos; c) a flexibilização dos critérios de imputação.⁵³⁹ Todos estes assuntos passam pelo prisma representado pelo paradigma do risco.

Sobre a matéria vale transcrever a visão de Batista, concernente à importância do risco, consignada no prefácio à obra de CABRAL:

“... não é que haja hoje mais riscos do que há cinquenta anos; hoje, porém, o risco dá muito mais suporte discursivo ao poder punitivo do que antes. Os penalistas costumam incorporar celeremente as novidades, e já existem teorias do delito nas quais esta fugidia percepção - o risco - desempenha as mais decisivas tarefas”.⁵⁴⁰

Para bem compreender o fenômeno estudado torna-se imprescindível recapitular que a tutela efetivada no Direito Penal clássico, liberal, secularizado, volta-se à proteção de bens jurídicos. Visa, submisso ao princípio da lesividade, proteger os bens selecionados como mais importantes ao convívio social, motivo pelo qual foram postos sob a tutela penal. Esta é dotada da pena privativa de liberdade, consistente na sanção mais forte do sistema jurídico.

Entende-se que o limite mínimo da punibilidade dá-se com o primeiro ato de execução. É este que possibilita a configuração - observadas as circunstâncias - da tentativa. Com esta se lesiona (ou se põe em perigo) o bem jurídico, embora não haja consumação do delito. Em ambas se considera legítima a intervenção penal. Uma das primeiras características a observar no

⁵³⁹ Ver supra, atinente à responsabilidade penal da pessoa jurídica, p. 140 e ss.

⁵⁴⁰ CABRAL, Juliana. **Os tipos de perigo e a pós modernidade**, p. 13.

chamado Direito Penal do risco é a tendência ao adiantamento da tutela penal. Esta se desloca à fase anterior àquela que configurava corriqueiramente o “início da execução”, na elaboração do conceito clássico do *iter criminis*.

A respeito do tema é válido citar BUERGO, a qual reconhece o fenômeno e seus efeitos colaterais na sociedade do risco, e delineia contornos desta movimentação, asseverando:

“... se caracterizaria por uma tendência ao Direito Penal preventivo com um acentuado adiantamento da proteção penal, o que leva, de outro lado, a um freqüente recurso à formulação de delitos de perigo, em boa medida de perigo abstrato, assim como a configuração de novos bens jurídicos universais e conteúdo vago, de outro”.⁵⁴¹

A autora bem equacionou o impacto do paradigma do risco sobre o Direito Penal ao salientar a tendência preventiva representada pelo adiantamento da proteção penal. Apontou igualmente o uso reiterado de modelo típico que se distancia do ideal teórico forjado sob a base do garantismo. Este é centrado no tipo penal de dano e assentado no princípio da lesividade/ofensividade. O receio salientado por BUERGO relaciona-se a uma possível funcionalização do Direito Penal do risco que, deste modo, “perderia sua função de garantia de liberdade e se transformaria em elemento de intervenção flexível do Estado”.⁵⁴² Os contornos de tal matéria foram visualizados quando se tratou do “Direito Penal Econômico”, ao se distinguir a tutela de funções ao invés da tutela de bens jurídico-penais.

No mesmo sentido posiciona-se MACHADO aduzindo serem:

“... tendências político-jurídicas da sociedade do risco: i) a de ampliar a proteção penal a bens jurídicos supra-individuais; ii) a de alargar e antecipar a tutela penal, abandonando a lesão ao bem jurídico como centro gravitacional do sistema para criminalizar as inobservâncias aos deveres de conduta e organização, mediante o uso habitual dos tipos de perigo abstrato; e iii) a de repensar o conceito de

⁵⁴¹ BUERGO, Blanca Mendoza. *El derecho penal en la sociedad del riesgo*, p. 44-45.

⁵⁴² BUERGO, B. M. Idem, p. 50. Destaque-se, uma vez mais, a distinção desta idéia das importantes construções dogmáticas assentadas no funcionalismo de Roxin.

culpabilidade para abarcar não só as pessoas físicas, mas também as pessoas jurídicas”.⁵⁴³

A opção legislativa pela utilização dos crimes de perigo abstrato não configura novidade, mesmo nas legislações criadas com a preocupação de respeito às garantias clássicas. Ressalve-se que nestas a utilização de tal espécie típica deve ser excepcional e parcimoniosa. Ocorre que, partindo-se da premissa de aceitação do paradigma do risco como orientador de um remodelado Direito Penal, do risco, a utilização dos crimes de perigo abstrato tende a se proliferar.

Outra preocupação refere-se ao tipo aberto, conceito amplo e que representa efetivo perigo de quebra da função de garantia do tipo penal porque favorece a ofensa ao princípio da lesividade, segundo RENATO SILVEIRA. O autor menciona, para ilustrar, o art. 4º da Lei n.º 7.492/86, atinente à gestão temerária, e assevera:

“... nesse passo, é sempre correta a assertiva de Jeschek e de Weigend, segundo a qual a teoria dos tipos abertos deve ser sempre rechaçada, especialmente porque a noção de tipo de injusto encerra uma idéia fechada, contraposta que é a uma colocação aberta. O posicionamento defensivo dessa modalidade típica firmaria em si uma contradição em termos. Do mesmo modo que a doutrina há de se postar refratária ao perigo abstrato, também de se questionar, sob o *prima ex post* relativo a uma lesividade, o tipo aberto”.⁵⁴⁴

FIGUEIREDO DIAS lembra de outro movimento expansivo afeto à presente discussão:

“... uma fatia substancialíssima dos crimes de que se quer ocupar a dogmática do direito penal do risco serão crimes de *omissão* e, sobretudo, crimes de *negligência*, sob a forma de *negligência grave* ou *grosseira*. Isso torna necessário e urgente reconhecer algumas

⁵⁴³ MACHADO, Marta Rodriguez de Assis. **Sociedade do risco e direito penal: uma avaliação de novas tendências político-criminais**, p. 99.

⁵⁴⁴ SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. **Direito penal econômico como direito penal de perigo**, p. 175.

deficiências da dogmática que aí está e trabalhar afincadamente na sua superação”.⁵⁴⁵

Realizando um apanhado geral de algumas mudanças do que denomina Direito Penal moderno, em confronto com o Direito Penal clássico, HASSEMER acentua as seguintes diferenças: a) aumento da moldura penal, referindo à elevação do peso das respostas penais aos crimes; b) criminalização territorialmente extensa, aludindo ao ato do legislador de tentar abarcar todas as hipóteses imagináveis de determinada conduta a ser tipificada; c) utilização de delitos abstratos, por meio de sua “utilização exagerada” pois “embora fosse utilizado pelo Direito Penal clássico, sempre constituiu exceção”.⁵⁴⁶

Destaque-se a menção de BUERGO e MACHADO à ampliação da tutela penal a outros bens jurídicos, não amparados pelo Direito Penal clássico. A extensão se daria na direção da tutela dos bens correlacionados aos altos avanços tecnológicos decorrentes da pós-modernidade, explicitados na obra de Beck. Merece relevo a crítica adicional de BUERGO no sentido de que esta ampliação poderia ensejar a proteção de determinados bens universais e de conteúdo vago.

É devido ponderar que a apropriação acrítica dos postulados de Beck no Direito Penal favorece a vulneração da idéia de que nos crimes de dano seja necessário comprovar o nexo causal entre a ação e o resultado. Na obra referida é relativizada a relação entre causa e efeito, possibilitando debilitar, no campo dogmático-penal, a clássica explicação da teoria da *conditio sine qua non* acerca da relação de causalidade. Corroborando o ora afirmado vale transcrever o entendimento do autor acerca da relação de causalidade no mundo moderno:

“...Haveria-se de criar autoridades e dotá-las das competências correspondentes, a fim de que possam combater eficazmente o espólio industrial da natureza. De forma parecida, um sistema de prevenção podia instaurar-se para combater os prejuízos no campo da saúde devidos à contaminação do ambiente e dos alimentos. Para

⁵⁴⁵ DIAS, Jorge de Figueiredo. **O direito penal entre a “sociedade industrial” e a “sociedade do risco**, p. 63.

⁵⁴⁶ HASSEMER, Winfried. **Perspectivas de uma moderna política criminal**, p. 46.

isto, naturalmente se exigiria mudar os fundamentos jurídicos de modo que os prejudicados não suportassem a carga de ter que demonstrar o nexo causal de seus problemas”.⁵⁴⁷

O autor não se referiu, especificamente, ao fenômeno criminal. No entanto referiu-se textualmente à questão dos fundamentos jurídicos da responsabilização decorrente dos prejuízos causados no ambiente da sociedade do risco. Como alertado, transplantando-se este corpo teórico para o âmbito do Direito Penal sem a verificação de compatibilidade, parece evidente que o resultado é sua rejeição dogmática, ao menos por parte dos estudiosos exigentes no tocante à observância do princípio da lesividade, sem olvidar outros princípios garantistas eventualmente maltratados.

Adaptar o posicionamento preconizado por BECK, no campo processual penal, induziria a uma inversão do ônus probatório relativo à causação do dano ao bem jurídico. Isto forçaria o acusado a produzir uma prova negativa, quer dizer, que não praticou o ilícito que lhe fora imputado, não causou ou expôs ao perigo de dano o bem jurídico tutelado. Este encargo processual, tudo indica, causaria imediatos reflexos sobre o direito substancial porque facilitaria a condenação, ainda que possível ou provavelmente injusta, do acusado.

Além das manifestações de BUERGO e MACHADO convém a adição da contribuição de PRITTWITZ acerca do assunto:

“Como é a realidade deste direito penal do risco? O que surgiu foi um direito penal do risco que, longe de qualquer ambição de permanecer fragmentário, sofreu uma mutação para um direito penal *expansivo*. Isto não é necessariamente assim em teoria, mas *empiricamente* comprovável. A insinuação de tridimensionalidade etimologicamente próxima e intencional obtida com o conceito expansão caracteriza do que se trata: de admitir *novos candidatos no círculo dos direitos* (como o meio ambiente, a saúde da população e o mercado de capitais), de deslocar mais para frente a *fronteira entre comportamentos puníveis e não-puníveis* – deslocamento este considerado em geral, um pouco precipitadamente, como um avanço na proteção exercida pelo direito penal - e finalmente em terceiro

⁵⁴⁷ BECK, Ulrich. **La sociedad del riesgo: hacia una nueva modernidad**, p. 294.

lugar de *reduzir as exigências de censurabilidade*, redução esta que se expressa na mudança de paradigmas, transformando lesão aos bens jurídicos em perigo aos bens jurídicos”.⁵⁴⁸

O particular aspecto apontado, relacionado às características do Direito Penal do risco, assinala a relativização da importância do tipo penal de dano (ou de perigo concreto) e o prestigamento do tipo penal de perigo abstrato por influência do paradigma do risco. Este, e outros fenômenos correlatos evidenciam a inclinação expansiva do Direito Penal na sociedade do risco. Tal fato, e seus reflexos, merecem singular análise.

5.2 A EXPANSÃO TÍPICA

5.2.1 O tipo tradicional

Para se viabilizar a compreensão dos fenômenos expansivos diversos da expansão típica, bem como a importante expansão do Direito Penal que desemboca no tipo penal, é imprescindível a recapitulação semântica do denominado tipo tradicional.

Parte-se da seguinte premissa: se é possível rotular-se alguma conformação típica de tradicional, isto se refere ao tipo penal construído sob os auspícios da teoria finalista da ação e delimitado pelo sistema garantista clássico. No entanto, até a constituição deste modelo típico houve necessário desenvolvimento da dogmática penal. É o que se pretende ilustrar nas breves linhas seguintes.

O *tatbestand* é referência obrigatória, pois, segundo LUISI ao aludir Huerta, representaria “a versão técnica do apotegma político *nullum crimen sine lege*”.⁵⁴⁹ Por esta técnica se exige a certeza ao delinear os contornos da conduta delituosa, limitando o arbítrio de governantes e julgadores.⁵⁵⁰ No entanto, para os penalistas alemães do século XIX, com algumas ressalvas, o *tatbestand* poderia confundir-se com o todo do crime, englobando elementos

⁵⁴⁸ PRITTWITZ, C. **O direito penal entre direito penal do risco e direito penal do inimigo: tendências atuais em direito penal e política criminal**, p. 38-39 (itálico do original).

⁵⁴⁹ *Apud*: LUISI, Luis. **O tipo penal, a teoria finalista e a nova legislação penal**, p. 13.

⁵⁵⁰ LUISI, L. Obra citada, p. 13.

objetivos e subjetivos. Nessa ótica não haveria como diferenciá-lo do próprio delito, confundindo-se os conceitos.⁵⁵¹

Em 1906 Beling publicou *Die Lehre vom Verbrechen*, e nele revisou o conceito de *tatbestand*, retirando deste todos os elementos com reflexos axiológicos, ou que se refiram a estados de ânimo e mesmo quaisquer situações subjetivas, mantendo intocado apenas seu caráter objetivo. O tipo não trata da realidade, mas descreve os dados que objetivamente a constituem e configuram o crime. De acordo com Beling “o tipo não é valorativo, mas descritivo, pertence à lei, e não à vida real”.⁵⁵² O tipo meramente descritivo, objetivo, sofreu severas críticas dos estudiosos, atribuindo-se a Binding as mais contundentes. Este autor destaca o conteúdo da vontade do agente para a valoração da conduta: “o fato, o acontecimento objetivo pode ser objeto de várias interpretações, seu valor ou desvalor será exclusivamente determinado pela direção volitiva do agente”.⁵⁵³ Binding não direciona suas críticas visando apenas ao esclarecimento do desacerto do tipo preconizado por Beling, o qual não reconhece elementos normativos e subjetivos, mas:

“procura demonstrar a insuficiência de uma posição que considera a conduta humana essencialmente como o dado objetivo causado por uma vontade, sem indagar se a realização daquele constitui, realmente, o conteúdo da vontade do agente causador”.⁵⁵⁴

Binding, com suas idéias, foi contrário ao conceito mecanicista da ação, em voga por força da teoria causalista da conduta. Seria um prenúncio da renovação da teoria do crime iniciada aproximadamente três décadas após, sob influência dos partidários da doutrina da ação finalista.⁵⁵⁵

Em 1930, tomando em consideração as críticas realizadas a sua teoria Beling a reformula, e as idéias renovadas podem ser conhecidas em seu *Die Lehre vom Tatbestand*. Nele, além de ambientar as críticas formuladas à teoria original que desenvolveu, evidenciou a necessidade de aprofundamento da distinção entre *Tatbestand* (delito-tipo) e o *Delitstypus* (figura de delito ou tipo

⁵⁵¹ LUISI, L. Idem, p. 14.

⁵⁵² *Apud*: LUISI, L. Idem, p. 15.

⁵⁵³ *Apud*: LUISI, L. Idem, p. 20.

⁵⁵⁴ LUISI, L. Idem, p. 21.

⁵⁵⁵ LUISI, L. Idem, p. 21.

de delito), por consequência tornando mais clara a função desempenhada pela adequação típica (*Tatbestandsmässigkeit*) em relação ao próprio *Tatbestand*.⁵⁵⁶ Beling define o *Delitstypus*, ou tipo de delito como “conduta culpavelmente antijurídica descrita previamente na lei, e punível na medida e na extensão das penas legalmente prefixadas”.⁵⁵⁷ Ao fixá-lo o legislador selecionaria, evidentemente valorando, o tipo de injusto a ser apenado.

Do exame da obra de Beling, reformulada, diz-se que seu *Tatbestand* continua sendo muito parecido com o anterior, quer dizer, extremamente objetivo, axiologicamente neutro e descritivo. Nesse sentido vale transcrever:

“O ‘novo’ (se esta expressão se pode usar) *Tatbestand* belinguiano, no fundo, embora espiritualizado, como mera e abstrata figura reitora, permanece com as mesmas e fundamentais características. Tem como base apenas a face externa da ação, não se incluindo em seu bojo qualquer elemento valorativo. Continua sendo uma generalização conceitual com base no conjunto dos elementos objetivos dos delitos singularmente considerados e previstos em normas incriminadoras, destituído de qualquer conotação axiológica, e sem qualquer referência ao estado anímico do agente”.⁵⁵⁸

O tipo belinguiano, ainda que renovado pelo autor, e de indiscutível importância na história do desenvolvimento do tipo penal, não obteve muitos seguidores e seguiu sua tendência de subjetivação após 1930. Em razão disto, ficou assentado o reconhecimento do tipo subjetivo, deslocando-se o dolo e a culpa do elemento culpabilidade para o plano da tipicidade. Foram precursores deste entendimento Weber e Dohna. Apesar disso, a conformação final dessa nova perspectiva deve-se a Welzel e seus seguidores, Maurach, Niese, Busch e outros.⁵⁵⁹

Segundo Dohna uma pena deve corresponder a uma ação humana. O delito é uma “ação adequada a um tipo, antijurídico e culpável”. Como o tipo subsume uma ação, e esta corresponde a uma vontade, aquele possui dois aspectos: o objetivo e o subjetivo. Ao tipo objetivo concernem “todas aquelas

⁵⁵⁶ LUISI, L. Obra citada, p. 22.

⁵⁵⁷ LUISI, L. Idem, p. 22-23.

⁵⁵⁸ LUISI, L. Idem, p. 27.

⁵⁵⁹ LUISI, L. Obra citada, p. 28.

características do delito que se realizam no mundo exterior’. Ao tipo subjetivo concernem ‘todos aqueles elementos que estão no interior do agente’”.⁵⁶⁰ A partir da obra de Welzel o novo entendimento ganha delineamentos de definitividade e denso lastro, com profundo estudo do condicionamento da lei penal às estruturas ontológicas e, em especial, da ação.⁵⁶¹

Ao desenvolver os conceitos de tipo e tipicidade, LUISI ressalta:

“são os bens jurídicos protegidos que servem de critério orientador e ordenador dos tipos nas legislações penais. Os delitos são, como é notório, classificados, distribuídos e dispostos nos estatutos penais, atendendo à natureza dos bens jurídicos tutelados pelo ordenamento jurídico penal”.⁵⁶²

Estudando-se o injusto penal, no sentido de totalidade dos elementos do tipo e da antijuridicidade (ou ilicitude)⁵⁶³, percebe-se que a concepção do tipo finalista deriva da idéia da ação finalista. O tipo seria “a *descrição legal da conduta proibida* e está, dessa forma, condicionado a como se possa compreender essa conduta em sua fase antecedente, ou seja, como conduta final”.⁵⁶⁴

Nos delitos dolosos há os aspectos objetivo e subjetivo. Nos delitos culposos o tipo consiste em “ação contrária às normas de cuidado, estabelecidas no âmbito da relação e do resultado proibido”. TAVARES, observando um modelo de subjetivação do injusto de Stratenwerth, seguido na doutrina pátria por Costa Júnior, inclui no âmbito do tipo questionamento relativo à capacidade subjetiva do agente no tocante à violação da norma de cuidado.⁵⁶⁵

Os delitos omissivos têm outro lastro sistemático. Derivam de uma norma de comando, daí porque o elemento essencial para configurar a realização típica “é a infração ao dever de agir ou de impedir o resultado proibido”. Welzel compreende o injusto como pessoal, deslocando o conteúdo

⁵⁶⁰ *Apud*: LUISI, L. *Idem*, p. 29.

⁵⁶¹ LUISI, L. *Idem*, p. 30.

⁵⁶² LUISI, L. *Idem*, p. 51.

⁵⁶³ TAVARES, J. **Teoria do injusto penal**, p. 112.

⁵⁶⁴ TAVARES, J. *Idem*, p. 137.

⁵⁶⁵ *Apud*: TAVARES, J. *Obra citada*, p. 137.

do ilícito penal calcado na lesão objetiva aos bens jurídicos para o desvalor pessoal da ação, “corolário de um substrato de dever jurídico imposto a todos os membros da sociedade pela ordem jurídica”.⁵⁶⁶

Explica-se que a teoria do injusto pessoal, de Welzel, pode fornecer amparo a uma teoria de tipo de autor em desarmonia com o direito liberal, debilitando a segurança do conceito. Segundo LUISI a teoria finalista influenciou outras teorias, como a social da ação (Jescheck e Wessels) e o funcionalismo (Jakobs, Roxin).⁵⁶⁷

Roxin observa o tipo sob três significados: a) sistemático, o qual possibilita a diferenciação, no delito, de seus elementos componentes, consubstanciados na tipicidade, na antijuridicidade e na culpabilidade; b) político criminal, consistente na função garantidora do tipo em consequência do princípio da legalidade; c) dogmático: permite identificar o erro de tipo e conseqüentemente o afastamento do dolo neste caso.⁵⁶⁸

O Direito Penal, segundo Sauer, “trabalha com tipos e pensa por meio de tipos”.⁵⁶⁹ Corroboram com este entendimento SHECAIRA e CORRÊA JUNIOR, ao salientar ser o tipo materializador do estruturante princípio da legalidade:

“A legalidade, ponto de partida do Direito Penal Moderno, que se materializa através da técnica da tipicidade, é valor essencial ao Estado Democrático de Direito e pode ser considerado como elemento garantidor do princípio básico da cidadania, posto que lhe fornece instrumentos a permitir a assecuração da liberdade”.⁵⁷⁰

Em que pese a influência de Welzel, e conforme verificado no capítulo dois, na doutrina pátria vigora o entendimento quase pacífico no sentido de que os tipos penais, como modelos legais de condutas proibidas,⁵⁷¹ voltam-se à proteção de bens jurídicos, com toda a carga de garantia, substancial, constitucionalmente delineada, que se procura atribuir a este conceito.

⁵⁶⁶ TAVARES, J. Idem, p. 140-141.

⁵⁶⁷ TAVARES, J. Idem, p. 141-142.

⁵⁶⁸ TAVARES, J. Idem, p. 144.

⁵⁶⁹ *Apud*: TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos de direito penal**, p. 127.

⁵⁷⁰ CORRÊA JUNIOR, Alceu; SHECAIRA, Sérgio Salomão. **Pena e Constituição: aspectos relevantes para sua aplicação e execução**, p. 127.

⁵⁷¹ TOLEDO, F. A. Obra citada, p. 127.

Após situar o desenvolvimento do tipo penal é preciso assinalar que o fenômeno da expansão do Direito Penal teve repercussões múltiplas e marcantes - embora não exclusivas - sobre este elemento da teoria analítica do crime. Vale mencionar, entre outras, o adiantamento da proteção penal pelo incremento dos tipos de perigo; a proliferação do uso das normas penais em branco, nas quais o preceito típico precisa ser completado noutra norma; o acolhimento da tendência de exacerbação no uso do tipo penal supra-individual; o reconhecimento do delito de acumulação aceitando-se, no molde típico, o afastamento da rigorosa comprovação do nexos entre ação e o resultado nos crimes de dano. Todos estes fenômenos revestem-se de especial importância.

Deste modo, além de posicioná-los por meio de referências obrigatórias dos doutrinadores que se acercam do problema, críticas serão oportunamente feitas para, ao final, refletir-se sobre a compatibilização da nova conformação típica e de alguns fenômenos expansivos com o Direito Penal garantista, num ambiente de tendências do Direito Penal pós-moderno.

5.2.2 Tipo de perigo abstrato

A antecipação da tutela penal, sob a influência do Direito Penal do risco, dá-se em especial por meio da utilização de tipos de perigo abstrato. Segundo CABRAL tal modalidade de tipificação existe no Brasil desde a proclamação do Código Penal dos Estados Unidos do Brasil, publicado em 1890, fornecendo-se, entre outros exemplos, o curioso exemplo do “Art. 307. Desafiar outrem para duello, ainda que o desafio não seja aceito”.⁵⁷² No entanto, a proliferação dos tipos de perigo ter-se-ia dado, para a autora, num ambiente de “pós-modernidade”, o qual teria como marco inicial os idos de 1985 e como “característica indiscutível a dessubstancialização da realidade em simulacros que, manipulados pela mídia e pela informática, disfarçam a tirania dos poderes econômicos internacionais”.⁵⁷³

⁵⁷² CABRAL, J. Obra citada, p. 75.

⁵⁷³ CABRAL, J. Idem, p. 40.

Apesar da histórica existência do crime de perigo abstrato na legislação brasileira MACHADO acentua o relevo que adquiriram no Direito Penal do risco:

“Se os delitos de perigo abstrato constituíam uma exceção ao modelo de direito penal que tinha por fundamento a lesividade do ato ilícito, passaram a integrar o centro da estratégia jurídico-penal voltada à proteção de bens jurídicos de caráter difuso em face dos novos riscos tecnológicos”.⁵⁷⁴

CABRAL aponta determinados fatores, como a erosão das fronteiras nacionais, o enfraquecimento do poder político estatal, o acolhimento do consumismo massificado, o afastamento do indivíduo de suas raízes culturais, tudo ensejando um clima de vácuo e insegurança, como propiciadores da incriminação via tipo de perigo:⁵⁷⁵

“Esta insegurança é manejada por políticas de legitimação do expansionismo punitivo, que, através de um Direito Penal simbólico, cujos tipos de perigo são peças centrais, se esforçam por criar o simulacro de um poder de controle estatal, já em ruínas”.⁵⁷⁶

RENATO SILVEIRA aduz ser necessário ao aprofundamento do estudo do adiantamento da tutela penal, e do perigo abstrato, lembrar do conceito de injusto, e que a doutrina majoritária o compreende como a lesão ou colocação em perigo de um dado bem jurídico, remetendo esta última hipótese à idéia do perigo concreto⁵⁷⁷. Em reforço à noção inicialmente lançada aduz o doutrinador que “a adoção de uma criminalização em âmbito prévio ao injusto dar-se-á mediante outra modalidade típica, vale dizer, através de tipos de perigo abstrato”.⁵⁷⁸ Neste sentido alerta que várias indagações são relacionadas à aplicação genérica do perigo abstrato vinculadamente a eventual quebra de princípios garantistas. Ressalta o autor o sentimento de

⁵⁷⁴ MACHADO, M. R. A. Obra citada, p. 130.

⁵⁷⁵ CABRAL, J. Obra citada, p. 40.

⁵⁷⁶ CABRAL, J. Idem, p. 40.

⁵⁷⁷ SILVEIRA, R. M. J. Obra citada, p. 91.

⁵⁷⁸ SILVEIRA, R. M. J. Idem, p. 91.

parcela significativa da doutrina no sentido da existência de uma face antigarantista do Direito Penal de risco, ou “de perigo”.⁵⁷⁹

“Tal assertiva, em última análise, mostra-se determinante tanto para a reconstrução do perigo abstrato como, eventualmente, para uma sua legitimação. Em caso contrário, poder-se-ia considerar a inconstitucionalidade do próprio tipo penal”.⁵⁸⁰

Com viés extremamente crítico CABRAL registra seu olhar sobre o “perigo” como ferramenta de poder. Expõe que a criação de delito de perigo é fonte de elevada insegurança aos indivíduos. No sentido da contenção daquilo que chama de “violência estatal” pugna necessário compreender melhor esta forma de tipificação que se contenta com a mera exposição do bem jurídico ao perigo. No entendimento da autora o perigo serve a mais de um modo de intervenção penal, pois, se fundamenta a resposta a uma ação tentada, estaria legitimado e seria razoável; caso contrário, se fundamenta a previsão de um delito no qual a mera exposição do bem ao perigo configure a consumação tipicamente prevista, entende que a incriminação poderia dar-se por meio do tipo culposos.⁵⁸¹ A nocividade da tipificação de perigo abstrato é tão nefasta para a autora que esta idealiza três opções de sua limitação:

“...a) pode-se realizar uma interpretação conforme a Constituição, com a declaração de nulidade parcial sem redução de texto dos delitos de perigo abstrato para excluir do seu âmbito de atuação, por inconstitucional violação dos princípios da intervenção mínima, proporcionalidade, presunção de inocência e ofensividade, os casos em que não tenha havido a efetiva ocorrência do perigo; b) inadmitir a tipicidade das condutas que, embora se adequem à descrição legal de um tipo de perigo abstrato, em uma avaliação *ex post* de perigosidade demonstrem não ter produzido nenhum perigo para um bem jurídico, por aplicação do art. 17 do Código Penal (crime impossível); inadmitir a tipicidade das condutas que, embora se adequem à descrição legal de um tipo de perigo abstrato, em uma avaliação *ex ante*, demonstrem absoluta falta de perigosidade a bens

⁵⁷⁹ SILVEIRA, R. M. J. *Idem*, p. 103.

⁵⁸⁰ SILVEIRA, R. M. J. *Idem*, p. 103.

⁵⁸¹ CABRAL, J. *Obra citada*, p. 15.

jurídicos, por aplicação do art. 17 do Código Penal (crime impossível).”⁵⁸²

Em sentido diverso, mostrando-se favorável à utilização do tipo de perigo abstrato, embora sob determinadas condições, convém conhecer a idéia de ILHA DA SILVA acerca da legitimidade de tal modo de tipificação. Com o intuito de se aferir a legitimidade da intervenção penal por meio da tipificação de perigo abstrato, parte da premissa que “... os bens jurídico penalmente tutelados deverão decorrer da Constituição, ou, ao menos, com ela não colidir”.⁵⁸³ Aprofundando a investigação defender ser necessário verificar a concreta compatibilidade do tipo penal com a Constituição e com os princípios constitucionais, valendo transcrever sua lição a respeito:

“O princípio aqui indicado, de que o bem jurídico deva emergir da Constituição, assim como os demais princípios aqui mencionados, e desta extraídos, como o da lesividade, o da proporcionalidade, o da intervenção mínima e o da culpabilidade, por serem princípios constitucionais, nos levam a concluir que o problema da legitimidade dos crimes de perigo abstrato somente pode ser analisado em face da Constituição”.⁵⁸⁴

Conclui do seguinte modo seu raciocínio: se houver legitimidade das infrações penais de perigo abstrato, serão consideradas constitucionais; caso contrário, inconstitucionais.⁵⁸⁵

Na análise de ILHA DA SILVA os crimes de perigo - nos quais o tipo penal se orienta ao perigo - “... são aqueles que expõem a perigo um bem jurídico tutelado pela lei penal, ou seja, cujo preceito de não turbação ao bem jurídico tenha por consequência uma pena”.⁵⁸⁶ Ao refletir sobre a natureza ontológica ou normativa do perigo aduz o mesmo autor que o direito recorta situações da realidade e as coloca no mundo jurídico por serem relevantes. Quer dizer, o direito não inventaria situações de perigo, mas as selecionaria

⁵⁸² CABRAL, J. Obra citada, p. 180.

⁵⁸³ SILVA, Ângelo Roberto Ilha da. **Dos crimes de perigo abstrato em face da Constituição**, p. 26.

⁵⁸⁴ SILVA, A. R. I. Idem, p. 27.

⁵⁸⁵ SILVA, A. R. I. Obra citada, p. 27-28.

⁵⁸⁶ SILVA, A. R. I. Idem, p. 50.

utilizando-se de critérios de experiência. De qualquer modo este recorte acentuaria ser perigoso para o mundo jurídico apenas aquilo que a lei considerar, destacando-se o caráter normativo do perigo, sem negar o aspecto ontológico.⁵⁸⁷

Três teorias são apontadas por ILHA DA SILVA para esclarecer o conceito de perigo: a) Subjetiva (Janka, Von Buri, Finger...). Para esta o perigo não existiria concretamente, sendo fruto da imaginação; b) Objetiva (Hälschnerf, Merkel, Von Kries, Binding, Von Liszt, Florian, Guyanga, Maggiore, Canelutti, Ranieri, Pinho...). O perigo seria um ente real e objetivo; c) Intermediária (Oppenheim). O perigo seria a um só tempo objetivo e subjetivo. Existiria como realidade e, sendo perceptível, evidenciaria seu caráter subjetivo.⁵⁸⁸

Questiona-se, da mesma forma, se o perigo abstrato conforma-se com a mera possibilidade, ou se é necessária a probabilidade de sua ocorrência. A probabilidade se encontraria num nível mais intenso do que aquela, refletindo numa situação de real potencialidade para a ocorrência do evento. A corrente que entende necessária a probabilidade é majoritária. Não se exige, porém, a probabilidade estatística, buscando-se aferir se houve mais de cinquenta por cento de fatos propícios, sendo suficiente a grande, a relevante potencialidade da ocorrência do efeito. Apontam os estudiosos que a análise desta questão tem-se mostrado mais fácil no plano prático do que no conceitual.⁵⁸⁹

Aduz ILHA DA SILVA que o crime de dano ou de perigo são constatáveis sempre em face do bem jurídico protegido. Sua distinção "... consubstancia-se na relevância da agressão ao bem jurídico resultante da ação delituosa, seja ela causadora de uma lesão ou propulsora de exposição ao perigo".⁵⁹⁰ O autor, ao tratar do tema, diferencia crime de dano de crime material, distinguindo por igual crime de perigo dos crimes formais e de mera conduta:

"Podemos resumir os conceitos da seguinte forma: os *crimes materiais* apresentam um *resultado naturalístico* relacionado com o

⁵⁸⁷ SILVA, A. R. I. Idem, p. 52.

⁵⁸⁸ SILVA, A. R. I. Idem, p. 53-54.

⁵⁸⁹ SILVA, A. R. I. Obra citada, p. 54-55.

⁵⁹⁰ SILVA, A. R. I. Idem, p. 56.

*objeto da ação, ou seja, com o suporte, substrato material sobre o qual recai a ação; os crimes formais enunciam um resultado previsto no tipo, mas que é desprezado para efeito de consumação do delito; os crime de mera conduta não exigem nem pressupõem qualquer resultado naturalístico relacionado com o objeto material da conduta; os crimes de dano consumam-se com a efetiva lesão imposta ao bem jurídico; por fim, nos crimes de perigo basta a turbação ao bem jurídico para seu aperfeiçoamento”.*⁵⁹¹

Sobre o dolo de perigo explica o mesmo autor que o

“...agente deve estar ciente de sua conduta, do resultado potencialmente lesivo, ou seja, da exposição de perigo ao bem juridicamente tutelado e do liame de causalidade entre aquela e este. Deve, pois, ter conhecimento da possibilidade do implemento do dano, sem que esteja sendo perseguido ou mesmo admitido por ele. O agente labora exclusivamente em busca de impor à vítima uma situação de perigo”.⁵⁹²

O autor fornece o exemplo do crime de gestão temerária, prevista no art. 4º da Lei 7.492/86: “Art. 4º. Gerir, fraudulentamente, instituição financeira: pena: reclusão, de 3 (três) a 12 (doze) anos, e multa. Parágrafo único: Se a gestão é temerária: pena – reclusão, de 2 (dois) a 8 (oito) anos, e multa”.⁵⁹³ Aponta que se trata, via de regra, de dolo de perigo e, excepcionalmente, dolo de dano. Aduz ainda que se trata de perigo concreto.⁵⁹⁴

Diferenciando crime de perigo concreto de crime de perigo abstrato aduz ILHA DA SILVA que naquele o perigo, constatável caso a caso, exige sua efetiva verificação, e vem em regra indicado no próprio tipo penal.⁵⁹⁵ Nos crimes de perigo abstrato, também chamados crimes de perigo presumido, o perigo está ínsito na conduta, segundo a doutrina majoritária, *juris et de jure*. Adiciona, aludindo a Hungria: “como se viu, os crimes de perigo concreto pressupõem a afirmação do perigo no caso concreto *a posteriori*, enquanto os

⁵⁹¹ SILVA, A. R. I. Idem, p. 60-61.

⁵⁹² SILVA, A. R. I. Idem, p. 61.

⁵⁹³ BRASIL, Constituição, 1998. **Constituição da República Federativa do Brasil, 1988**, art. 4º, Lei n º 7.492/86, p. 263.

⁵⁹⁴ SILVA, A. R. I. Obra citada, p. 62-63 e 69.

⁵⁹⁵ SILVA, A. R. I. Idem, p. 68.

delitos tratados neste capítulo já o têm definido *a priori*”.⁵⁹⁶ No tocante à técnica de tipificação assevera o autor que nos crimes de perigo abstrato “... as figuras delituosas assim tipificadas devem atender ao reclamo de tutela baseado na lesividade que a ação encerra, em razão da inerência do perigo que guarda em si”.⁵⁹⁷

Austeramente contra a criação do tipo de perigo, visto pela autora como lastro de ampliação indevida do poderio estatal, aduz CABRAL:

“O movimento doutrinário ainda constrói um discurso capaz de justificar mais poder: em algumas situações, exige-se a comprovação da ocorrência real desse perigo; mas, quando essa comprovação é difícil, contenta-se com uma presunção de perigo, que estaria localizado intrinsecamente na ação, chamam-no de perigo abstrato. Ou, dito de outro modo, se factualmente é difícil demonstrar a ocorrência real do perigo, poder-se-ia, partindo da consciência de que há em uma determinada conduta o perigo de que dela advenha o resultado perigoso para o bem jurídico tutelado, presumir este perigo. Já é possível prever um delito de perigo abstrato perfeito, consumado, com o ‘perigo do perigo’. E por que não um delito de perigo abstrato culposos ou, se for doloso, por que não uma tentativa de um delito de perigo abstrato (pena em resposta ao ‘perigo de perigo de perigo’)?”⁵⁹⁸

No mesmo sentido posiciona-se QUEIROZ. Após realizar perspicuas reflexões acerca do princípio da lesividade, aduziu:

“De tudo isso também resulta, por outro lado, que a intervenção penal não deve ter lugar senão em face de dano ou perigo de dano ocorridos, ou seja, dano ou perigo concretos, pois, do contrário, não se protegerá bem jurídico algum, mas, antes, se penalizará a só desobediência à norma penal. É preciso que se trate, portanto, de dano ou perigo verificável ou avaliável empiricamente, partindo das características de cada concreto comportamento proibido, repudiando, assim, os chamados delitos de perigo abstrato”.⁵⁹⁹

⁵⁹⁶ *Apud*: SILVA, A. R. I. *Idem*, p. 72.

⁵⁹⁷ SILVA, A. R. I. *Idem*, p. 73.

⁵⁹⁸ CABRAL, J. *Obra citada*, p. 16.

⁵⁹⁹ QUEIROZ, Paulo de Souza. **Do caráter subsidiário do direito penal**, p. 112.

ILHA DA SILVA mostra-se favorável ao acolhimento da tipificação de perigo abstrato. No entanto, destaca a necessidade da respectiva legitimidade da incriminação, e salienta ser imprescindível a investigação da conexão do bem jurídico com a ordem constitucional. O autor fixa que o bem jurídico-penal, segundo entendimento de grande aceitação nos dias correntes, fundamenta sua dignidade da Lei Maior. Estabelece duas dificuldades a superar, a primeira é que nem todo bem ou valor constitucional deve ser necessariamente tutelado pela lei penal e a segunda é que bem todo bem ou valor constitucional é aclarado de modo explícito. Para fixar o devido assento constitucional do bem jurídico embasou-se o autor em três ordens de considerações elencadas por Marinucci:

“a) a primeira está sem saber se da Constituição provêm vedações de incriminações; b) a segunda questão explora se apenas os bens relevantes para a Constituição dispõem de dignidade penal; c) a terceira indaga se a Lei Maior impõe a tipificação de tipos penais, ou seja, a tutela de certos bens pela via criminal”.⁶⁰⁰

Evidente que na Lei Maior brasileira efetivamente decorrem implicitamente diversas proibições de incriminações, tocantes aos bens e valores que a Constituição protege. Tal realidade é reconhecida pelo autor.⁶⁰¹ Este expõe, em adição, que a Constituição não oferecerá rol expreso a partir do qual serão criadas incriminações, mas que seria possível recortar tipos, com base na necessidade e outros princípios pertinentes, em cotejo com valores constitucionalmente conciliáveis⁶⁰²:

“...os bens jurídico-penais deverão estar pressupostos na Constituição, quando expressamente consagrados (de forma impositiva e impositiva), ou dela deduzidos mediante uma análise sistemática e teleológica, ou seja, excluindo-se as vedações impostas a certas incriminações, explícitas ou implícitas, e averiguando-se se a tutela de determinado bem não se põe em conflito com os valores

⁶⁰⁰ SILVA, A. R. I. Obra citada, p. 84.

⁶⁰¹ SILVA, A. R. I. Obra citada, p. 88.

⁶⁰² SILVA, A. R. I. Idem, p. 88.

que a Carta Política visa a afirmar e resguardar [...] há que se averiguar se o bem que se pretende tutelar consiste em meio necessário à tutela de bens fundamentais manifestos do ponto de vista da Constituição...”⁶⁰³

Sob o terceiro aspecto, indagando-se a possibilidade de determinações expressas constitucionais voltadas à incriminação, afigurando-se positiva a resposta vale mencionar a Constituição pátria, a qual em seu art. 5º incrimina o racismo (XLII), os crimes hediondos e assemelhados (XLIII), a ação de grupos armados contra a ordem constitucional e o Estado Democrático (XLIV), entre outros delitos.⁶⁰⁴

O autor pondera que o legislador tem-se utilizado, cada vez mais, da incriminação do tipo de perigo abstrato para a tutela de bens jurídicos. Que isto decorre da natureza das coisas, pois existem bens, v. g. meio-ambiente, que antes pareciam inesgotáveis e hoje fomentam preocupação, justificando e exigindo em certos casos tutela antecipada. Como contraponto expõe preocupação com a falta de técnica dos elaboradores da lei. À necessidade de incriminação via tipo de perigo abstrato soma a necessidade de inclusão de novos bens dignos de tutela, “diante das necessidades hodiernas”, tal como a ordem econômica.⁶⁰⁵

Salienta que o meio-ambiente é tão importante à vida humana que mereceu previsão expressa de tutela, citando o grave problema representado pela camada de ozônio. Cita, ainda, estudo no qual a poluição atmosférica teria custado para o sistema único de saúde (SUS), da cidade de São Paulo, a impressionante quantia de aproximadamente R\$ 2.000.000 (dois milhões de reais), direcionados ao tratamento de doenças diretamente vinculadas ao excesso de poluição. Por isso ILHA DA SILVA entende que no tocante à danosidade ao meio ambiente a incriminação por meio do tipo de perigo não violaria o princípio da lesividade da conduta, e que se poderia discutir, eventualmente, sobre os atendimentos dos princípios da proporcionalidade,

⁶⁰³ SILVA, A. R. I. Idem, p. 88.

⁶⁰⁴ SILVA, A. R. I. Idem, p. 91.

⁶⁰⁵ SILVA, A. R. I. Obra citada, p. 95.

necessidade, etc. Em seus comentários já se pode antever uma noção favorável aos delitos por acumulação.⁶⁰⁶

Parece ser evidente da obra do autor referido que, em matéria ambiental, prefere o entendimento de Schünemann ao de Hassemer, propugnando pela possibilidade de incriminação, via tipos de perigo abstrato, neste âmbito. Igualmente revela tendência positiva à criminalização, mediante tal recurso, no domínio econômico. Ao aludir Schünemann ressalta a crítica no sentido de que direcionar o Direito Penal apenas aos crimes de resultado fomentaria desproteger determinados bens jurídicos e ignorar determinadas realidades da sociedade moderna. No entanto, do texto do autor parece possível inferir simpatia à crítica que recomenda prudência na utilização de tal ferramental técnico-jurídico penal.⁶⁰⁷

No confronto da tipificação de perigo abstrato com o princípio da proporcionalidade expõe o autor:

“A nosso ver, portanto, não é correto afirmar que os crimes de perigo abstrato ferem o princípio da proporcionalidade só pelo fato de o perigo figurar de forma presumida. Isso porque há situações em que a experiência revela que o perigo é inerente à conduta, como ocorre com o tráfico de entorpecentes. Mas também não se poderá incorrer no erro de pretender que tal tipo de incriminação sirva a tutelar o bem jurídico de qualquer tipo de ação. O art. 273, CP, como vimos, não revela, em princípio, uma lesividade inata na conduta ali descrita, que é pressuposto de idoneidade, exigibilidade e razoabilidade do ato a incriminar-se, e o bem jurídico é o mesmo para ambas as incriminações aqui tratadas”.⁶⁰⁸

ILHA DA SILVA registra que todo seu estudo se faz sob o prisma do Direito Penal mínimo. Aduz que este se situa entre dois extremos, o Abolicionismo e o Movimento de Lei e Ordem. Que como movimento intermediário apresenta-se como “via de mão dupla”, por isso reclama atendimento às necessidades de segurança pública:

⁶⁰⁶ SILVA, A. R. I. Idem, p. 96-97.

⁶⁰⁷ *Apud*: SILVA, A. R. I. Idem, p. 98-99.

⁶⁰⁸ SILVA, A. R. I. Obra citada, p. 116.

“Isso implica descriminalizar condutas que não ofereçam nocividade social, ou adotar um sistema de penas alternativas à pena privativa de liberdade para os fatos de menor gravidade, mas ao mesmo tempo significa que se deva criminalizar novas condutas vulneradoras de bens de especial relevância e, quando necessário, por meio de tipos de perigo presumido”.⁶⁰⁹

O autor menciona em apoio ao entendimento mencionado a adoção, pelo Código Penal espanhol de 1995, determinadas incriminações via tipo de perigo abstrato nos âmbitos sócio-econômico, mercado e consumidores, além de mantê-las em âmbitos tradicionais, e. g. o crime de moeda falsa.⁶¹⁰

Pondera o mesmo autor, após fornecer exemplos efetivamente empregados em legislação recente, denominada liberal-democrática, que eles “revelam que a pronta recusa aos tipos de perigo abstrato, assim como uma radical oposição à criminalização de novas formas de ofensa a novos bens jurídicos, não está em consonância com uma visão realista”.⁶¹¹ Em suma o doutrinador aceita a incriminação por meio de tipo de perigo abstrato apenas e tão somente quando não comportar tipificação de dano ou de perigo concreto. Ainda assim, mencionando Padovani, ressalta que isto poderá ser feito “quando a tutela na forma de perigo concreto resulte insuficiente pela dificuldade de precisar os termos da probabilidade da lesão, respeitando assim o princípio da subsidiariedade”.⁶¹²

Evidencia-se entendimento de que a tipificação via perigo abstrato é compatível com o princípio da culpabilidade. Contudo, demonstra-se discordância com a afirmativa corrente de que, nestes casos, a culpabilidade é presumida. Defende-se ser adequada a realização do exame da conduta em todo seu *iter* para somente ao final aferir-se da culpabilidade ou não. Para ILHA DA SILVA a presunção do perigo circunscreve-se ao âmbito da ilicitude.⁶¹³ Vale transcrever o arremate realizado pelo autor atinente ao tema:

⁶⁰⁹ SILVA, A. R. I. Idem, p. 120-121.

⁶¹⁰ SILVA, A. R. I. Idem, p. 121-122.

⁶¹¹ SILVA, A. R. I. Idem, p. 123-124.

⁶¹² *Apud*: SILVA, A. R. I. Obra citada, p. 129.

⁶¹³ SILVA, A. R. I. Idem, p. 138.

“Os reclamos de política criminal devem, em certos casos, pôr em destaque o desvalor da ação, aceitando-se a adoção de tipos de perigo abstrato, tal como ocorre no crime tentado, e isso pelo fato de o direito penal possuir inegável caráter preventivo, de tutela antecipada. Para tanto, exige-se uma idônea seleção de condutas e também de bens, sendo o perigo a estes inerente àquelas, e uma construção típica que restrinja ao máximo os elementos normativos do tipo, bem como que fixe com rigorismo e precisão os limites do proibido, com uma bem demarcada taxatividade. Deve o direito penal, portanto, para que possa o bem cumprir sua função tuteladora de valores, e atendendo à necessidade de eficácia, assumir um papel preventivo a fim de evitar danos incorrigíveis e situações catastróficas, mas sempre respeitando as limitações sublinhadas e os princípios constitucionais”.⁶¹⁴

A conclusão de ILHA DA SILVA, ainda que se declare partidário do viés do Direito Penal minimalista e apresente limitações à incriminação via tipo de perigo abstrato, parece evidenciar concordância com a utilização dos tipos de perigo, bem como com muitas das construções jurídicas que o utilizaram no Direito contemporâneo.

A epílogo bem diverso chegou CABRAL. Partiu da observação da mudança do capitalismo industrial para o de serviços como causadora de reflexos na instância jurídica, dentro da qual:

“O paradigma pós-moderno do transitório e do simbólico, centrado na ação e no resultado – torna suficiente para que esteja consumado (pronto) o delito, uma conduta meramente perigosa, sem que seja necessária a referência a um resultado danoso. Este processo é peça fundamental para a expansão do poder punitivo e de controle, que, por meio de um direito penal simbólico, dissimula seu abstencionismo social, em um simulacro de um poder estatal curvado aos ditames econômicos internacionais”.⁶¹⁵

Sobre seu ponto de vista acerca do tipo de perigo abstrato, manifesta enfaticamente entendimento no sentido de contenção da função legitimante

⁶¹⁴ SILVA, A. R. I. Idem, p. 150.

⁶¹⁵ CABRAL, J. Obra citada, p. 187.

dos crimes de perigo, pugnando pelo banimento do ordenamento jurídico desta modalidade de tipificação. Com relação ao crime de perigo concreto, embora manifeste reservas, assevera não se pretender extirpá-lo do ordenamento jurídico penal, por ora, porque ele é “... útil em situações cuja efetiva lesão importaria em uma destruição massiva de bens jurídicos, tais como em desastres ecológicos ou em situações que envolvessem a energia nuclear”.⁶¹⁶

Dos estudos realizados até aqui verifica-se, relativamente à utilização do modelo típico de perigo no ambiente da sociedade de risco, que sua proliferação é uma tendência admitida de maneira pacífica pelos doutrinadores que se ocupam especificamente da matéria. Não obstante, existem sérias controvérsias sobre a conveniência e o acerto de efetiva utilização dos crimes de perigo, nas espécies de perigo concreto e de perigo abstrato.

Como visto, existem os defensores da extirpação dos crimes de perigo do ordenamento jurídico, até aqueles que fazem apologia de sua utilização. A tipificação por meio do perigo concreto é aceita sem muitas ressalvas, porém, em relação à tipificação de perigo abstrato é apresentada intensa oposição.

A preocupação dogmática com a proliferação dos crimes de perigo abstrato é pertinente, em que pese seu pragmático uso no ordenamento jurídico-penal brasileiro. Deste modo, ainda que se defenda como possível e até conveniente seu banimento do sistema jurídico pátrio, se isto não for possível (e espera-se que o seja), deve tal modelo típico ser utilizado, seja no momento de sua criação, seja no momento de sua interpretação, tendo em alta consideração as determinações baseadas nos princípios do sistema garantista.

Considerando, ao lado da reflexão sobre os tipos de perigo, que a temática dos tipos penais em branco guarda interessante pertinência com o Direito Penal do risco e com a possível debilitação do sistema garantista, torna-se imprescindível analisá-la sob o impacto do novo paradigma.

5.2.3 Tipos penais em branco

⁶¹⁶ CABRAL, J. Idem, p. 187-188.

A referência originária ao assunto, com seu nome característico, atribui-se a Binding segundo ALFLEN DA SILVA.⁶¹⁷ No decorrer dos estudos sobre a estrutura das normas e das leis penais Binding teria verificado a existência de *lex imperfectas*, as quais denominou “leis penais em branco” (*Blankettstrafgesetzen*).⁶¹⁸ Binding esclarece que a Constituição do Império Alemão (*Reichverfassung*), de 16 de abril de 1871, ressaltava que a competência imperial não poderia ser desviada aos estados individuais. Reforma constitucional posterior, no entanto, admitiu transferência de competência aos estados (*Länder*). Os estados puderam legislar sobre o Direito Penal, desde que as disposições não colidissem com autorizações ou proibições constitucionalmente previstas. Além disso, ficou atribuída aos estados competência complementar em matéria penal.⁶¹⁹ Assim se pronuncia Binding em célebre passagem acerca da lei penal em branco:

(*lex scripta*), seja do estrito (*lex stricta*), seja da anterioridade da lei penal (*lex praevia*), corolários do princípio da legalidade. Igualmente teria inexistindo problema relativo à constitucionalidade das leis penais em branco. Porém, a inquietação relativa ao caráter de certeza e clareza da lei (*lex certa*) parece ter ocorrido já na criação de tal instituto técnico-jurídico. Expõe, contudo, que a exigência de mais rigorosa determinação dos tipos penais foi realizada apenas a partir da elaboração do princípio da tipicidade.⁶²²

À Mezger é atribuída a inserção da problemática das leis penais em branco ao tipo penal, e “desse modo, ao elaborar a distinção entre tipos fechados e tipos que necessitam de complementação (*ergänzungs bedürftigen Tatbestände*), insere nestes as leis penais em branco”⁶²³. Os tipos fechados estariam completos, e conteriam todos os elementos do fato punível, enquanto que os tipos penais em branco remeteriam a complementações encontradas “desde fora”.⁶²⁴ Mezger incrementou o conceito inicial de lei penal em branco, posto que a bipartiu entre lei penal em branco em sentido amplo (*Blankettstrafgesetz im weiteren Sinne*), e lei penal em branco em sentido estrito (*Blankettstrafgesetz im engeren Sinne*). Naquela o complemento do tipo se encontra na mesma lei ou em outra lei de mesma instância legislativa. Nesta o complemento está contido numa lei de outra instância legislativa.⁶²⁵

Em razão do desenvolvimento econômico, notadamente a partir de meados do século XX, situações complexas nos âmbitos da economia, das relações de consumo, da tributação, entre outros, dependeram de regulação jurídica, dificilmente determinável em face da oscilação de tais atividades. Estas questões, adicionadas a outras decorrentes da denominada moderna sociedade do risco, tem ensejado o alargamento do âmbito de interesse do Direito Penal.⁶²⁶ Notável se tornou a incursão da intervenção penal nos âmbitos econômico e fiscal e isto induziu a criação de tipos penais adaptados a conjunturas ocasionais dependentes de decisões temporárias.⁶²⁷ De acordo com o autor, aludindo a Cury:

⁶²² *Apud*: SILVA, P. R. A. *Idem*, p. 42-43.

⁶²³ *Apud*: SILVA, P. R. A. *Idem*, p. 50.

⁶²⁴ *Apud*: SILVA, P. R. A. *Idem*, p. 50.

⁶²⁵ *Apud*: SILVA, P. R. A. *Obra citada*, p. 50-51.

⁶²⁶ SILVA, P. R. A. *Idem*, p. 52-53.

⁶²⁷ SILVA, P. R. A. *Idem*, p. 54-55.

“A partir de então, as leis penais em branco passaram a se constituir em uma solução muito cômoda (e, dessa forma, de uso freqüente por parte do legislador), pois, com a remissão a instâncias legislativas mais ágeis, possibilita-se a modificação à matéria de proibição – a cuja infringência vincula-se a pena – mais facilmente, de acordo com as vicissitudes que sofrem os acontecimentos a que se referem. E com isso se passou a reconhecer em grande parte que a técnica de ‘remissão’ e as leis penais em branco, afastados de seus riscos, eram um ‘mal necessário’.”⁶²⁸

Alerta-se para o excessivo emprego desta técnica na maior parte das legislações, debilitando sua noção e sua legitimidade, e gerando conseqüências incertas. Observa-se que os problemas concernentes à moderna sociedade do risco proporciona o uso cada vez maior deste expediente, “ao mesmo tempo em que objetivam a redução das garantias jurídico-penais”.⁶²⁹

Há movimento de política criminal que tem o Direito Penal como verdadeira panacéia. Pugna-se, por isso, pela flexibilização dos institutos penais e pela ampliação de sua área de abrangência, possibilitando-o reagir de maneira adequada às novas demandas. Tal técnica tem direcionado o Direito

A debilitação do princípio da *lex certa*, de acordo com ALFLEN DA SILVA, direciona ao uso de um Direito Penal simbólico. E os efeitos simbólicos são amparados na tendência do legislador de tentar demonstrar que é célere e está identificado com as demandas sociais para os quais está fornecendo pronta solução.⁶³² Ocorre que as soluções dadas, em tais circunstâncias, não raro padecem de legitimidade, proporcionalidade, sem olvidar do eventual descumprimento de outros princípios garantistas.

Apesar de todas as críticas e receios registrados, ALFLEN DA SILVA acolhe a possibilidade do legislador utilizar-se da técnica remissiva das leis penais em branco quando se verificar necessário incriminar determinados fatos, "... embora deva sempre ter em vista os limites constitucionais que lhe são estabelecidos, bem como as exigências decorrentes do princípio da legalidade".⁶³³

Muito antes da ampliação do Direito Penal em decorrência da expansão dos riscos sociais se empregava a técnica típica da lei penal em branco. Por conta do paradigma do risco, no entanto, sua utilização foi incrementada. O Direito Penal do risco, entre outras peculiaridades, amplia ou re-amplia o Direito Penal tradicional a novos âmbitos, e. g. econômico, fiscal,

‘externo’ em que a norma *ad quem* pertence a um outro texto legislativo...”⁶³⁴

E ainda:

“No entanto o chamado reenvio externo – que os participantes da reunião consideraram, obviamente, o mais grave – pode levar a uma transferência de competência, desde que a norma *ad quem* seja de força normativa inferior à da norma *a quo* (v. g., decreto regulamentar e lei) o que acarretaria, pensamos, à luz do nosso sistema contitucional, uma inconstitucionalidade material. Mas pior do que aquela situação jurídica é a que se pode traduzir no reenvio da norma sancionadora para uma ‘futura’ norma tipificadora da conduta proibida, facto que os relatórios nacionais não deixaram de pôr em destaque. Desta forma, estar-se-ia perante uma pura ‘norma penal em branco’ com todos os perigos a ela inerentes”.⁶³⁵

Mencionada a preocupação dos autores acerca da norma penal em branco, e reflexos decorrentes da adoção desta tipologia específica, vale observar outros fenômenos pertinentes.

5.2.4 Alargamento do âmbito de regulação e tipo penal supra-individual

A tendência expansiva do Direito Penal o amplia para novos âmbitos, bem como para âmbitos não tutelados pela clássica intervenção penal voltada aos bens tradicionais da sociedade liberal. No Direito Penal nuclear são tutelados o bem jurídico vida, patrimônio, liberdade etc., em observância ao preceito da mínima e necessária intervenção, por meio de um modelo legal punível individual.

Os novos setores em que houve incremento significativo de regulação penal, segundo BUERGO, são:

⁶³⁴ COSTA, José de Faria; ANDRADE, Manuel da Costa. **Sobre a concepção e os princípios do Direito Penal Económico. Notas a propósito do colóquio preparatório da AIDP (Freiburg, setembro de 1982)**, p. 109. In PODVAL, Roberto (org). Temas de Direito Penal econômico.

⁶³⁵ COSTA, José de Faria; ANDRADE, Manuel da Costa. Idem, p. 109.

“a) supostos derivados do progresso técnico e científico, como a técnica atômica, a informática ou a tecnologia genética, aos quais se poderia acrescentar os casos relacionados com a fabricação, distribuição e utilização de produtos potencialmente perigosos, ou com a biotecnologia aplicada direta ou indiretamente a elementos que podem chegar a incidir na saúde ou manutenção das condições de existência atual do gênero humano. b) o segundo setor tem por objeto formas de comportamento que já estavam, ao menos parcialmente, castigadas no Direito Administrativo sancionador ou no Direito Penal acessório, porém que por uma mudança de sua valorização incorporou-se ao Direito Penal, experimentando assim não só um endurecimento em sua regulação, mas também, freqüentemente, uma expansão da mesma que tem lugar, ademais, antecipando as barreiras da punibilidade; aqui se incluem sobre todo o Direito Penal ambiental e o Direito Penal econômico. (...) c) num terceiro grupo poderiam incluir-se os setores não estritamente novos nem ligados aos novos riscos tecnológicos, mas nos quais se incidem outros riscos da atual sociedade, como a globalização e o caráter transnacional de certas formas de delinquência”.⁶³⁶

Neste último caso, embora a autora reconheça não ser uma novidade a criminalização, ressalta o adiantamento e o endurecimento da punição, citando-se para ilustrar a criminalidade vinculada às drogas e à criminalidade organizada.⁶³⁷

Parece difícil negar o alargamento dos âmbitos de tutela do Direito Penal, mormente nos últimos anos em que houve notado crescimento da legislação, voltada em sua maioria para a tutela dos bens de especial interesse da sociedade do risco (e. g. L. 9.613/98 – Lavagem de Capitais; L. 9.609/98 – Dispõe sobre a proteção da propriedade intelectual de programa de computador; L. 9.605/98 – Define os crimes contra o meio ambiente etc.).

Além disso, observa-se certo prestígio dos bens penais supra-individuais, que passam a ser agasalhados e reforçados pela idéia do Direito Penal do risco. Lembre-se que o tipo penal clássico, adotado pelos defensores do Direito Penal mínimo, é o individual. Alguns defensores do Direito Penal de risco criticam com veemência tal posicionamento restritivo. Tal situação é

⁶³⁶ BUERGO, B. M. Obra citada, p. 41

⁶³⁷ BUERGO, B. M. Obra citada, p. 42

retratada por PRITTWITZ, o qual alude a Schünemann e sua afirmação de que os frankfurtianos colocaram-se do lado errado da batalha decisiva atinente ao conceito primário de delito, por apoiar um conceito de Direito Penal puramente referido ao indivíduo. Isto porque existiriam bens decorrentes da moderna conjuntura social que indiscutivelmente teriam primazia sobre aqueles, a exemplo dos bens jurídicos ecológicos.⁶³⁸

Sobre o tipo penal individual foi estruturado o edifício do Direito Penal liberal. Quando se trata de bens de cunho difuso a questão se torna complexa porque a lesão direciona-se a uma massa não definida tornando-se necessário um exame mais cauteloso do efeito lesivo em seus membros. Nesse contexto, muitos têm questionado a criminalização de bens característicos da sociedade pós-industrial.

A necessidade de lesão a bem individual para a proteção aos bens coletivos torna-se importante questão, se condicionante para a tutela criminal destes bens.⁶³⁹ PRITTWITZ manifesta reserva aos ataques de Schünemann visto que uma doutrina monista e pessoal de bens jurídicos reconhece bens jurídicos universais. Não concorda, por igual, com o antagonismo simplista estabelecido por esse, entre “a mais insensata vaidade do indivíduo egoísta” e “as condições de vida das futuras gerações”.⁶⁴⁰ PRITTWITZ pondera que o abandono da concepção estatal liberal deve vir acompanhada, o que parece não verificar no discurso de Schünemann, de uma explicação de como politicamente se evitar o potencial abuso que o posicionamento adotado pode ensejar.⁶⁴¹

RENATO SILVEIRA registra que a utilização da tutela penal para os interesses difusos é resultante de uma demanda política de satisfazer necessidades consideradas reais e essenciais de participação no processo econômico.⁶⁴² Sobre a nomenclatura bens difusos o autor esclarece que se poderia partir da idéia de bens coletivos e difusos como espécies dos bens supra-individuais, podendo os coletivos serem entendidos como difusos em

⁶³⁸ PRITTWITZ, Cornelius. ***Sociedad del riesgo y derecho penal***, p. 159. In DALBORA, José Luiz Gusmán (coord.). *El penalista liberal: controversias nacionales e internacionales en derecho penal, proceso penal y criminología*.

⁶³⁹ SILVEIRA, R. M. J. Obra citada, p. 53-54.

⁶⁴⁰ PRITTWITZ, C. Obra citada, p. 160.

⁶⁴¹ PRITTWITZ, C. Idem, p. 160.

⁶⁴² SILVEIRA, R. M. J. Obra citada, p. 56.

sentido impróprio e os demais difusos em sentido próprio.⁶⁴³ Distinguindo melhor, esclarece que enquanto os interesses coletivos tratam de uma coletividade de pessoas interagindo entre si (sociedade comercial, condomínio, família, sindicato...) os interesses difusos tratam de vínculo entre pessoas e fatos conjunturais genéricos, sem relação-base bem definida (habitar a mesma região, consumir o mesmo produto, sujeitar-se a determinados empreendimentos...).⁶⁴⁴ De acordo com este pensamento SMANIO lembra que os bens coletivos são reconhecidos desde a formulação do conceito de bem jurídico, e aludindo a Birnbaum para assentar a matéria aduz que a lei penal "... já não apenas deveria possibilitar a livre coexistência dos indivíduos, mas servir também de forma imediata aos fins sociais".⁶⁴⁵ Hoje em dia, segundo o mesmo autor, inexistente dificuldade para o reconhecimento dos bens coletivos.

Em reforço aos argumentos lançados, expõe que relevantes transformações da sociedade relacionadas ao capitalismo, ao modelo econômico e de Estado, e em face das relações sociais, têm despertado a doutrina para a proteção de interesses meta-individuais ou pluri-individuais.⁶⁴⁶ Com base nisso propôs o autor tríplice distinção dos bens jurídicos em individuais, coletivos e difusos:

a) Os bens jurídicos – classicamente - possuem natureza individual:

"primeiramente, os bens jurídico-penais de natureza individual, que são os referentes aos indivíduos, dos quais estes têm disponibilidade, sem afetar os demais indivíduos. São, portanto, bens jurídicos divisíveis em relação ao titular. Citamos como exemplo, a vida, a integridade física, a propriedade, a honra, etc.;"⁶⁴⁷

b) Os bens coletivos referem-se à coletividade:

"... de forma que os indivíduos não têm disponibilidade sem afetar os demais titulares do bem jurídico. São, dessa forma, indivisíveis em relação aos titulares. No Direito Penal, os bens de natureza coletiva estão compreendidos dentro do interesse público. Podemos

⁶⁴³ SILVEIRA, R. M. J. Idem, p. 60-61.

⁶⁴⁴ SILVEIRA, R. M. J. Idem, p. 61-62.

⁶⁴⁵ SMANIO, Gianpaolo Poggio. **Tutela penal dos interesses difusos**, p. 103.

⁶⁴⁶ SMANIO, G. P. Obra citada, p. 105.

⁶⁴⁷ SMANIO, G. P. Idem, p. 108.

exemplificar com a tutela da incolumidade pública, da paz pública etc.”⁶⁴⁸

c) Os bens de natureza difusa são criminalizados via tipo penal supra-individual:

“... também se referem à sociedade em sua totalidade, de forma que os indivíduos não têm disponibilidade sem afetar a coletividade. São, igualmente, indivisíveis em relação aos titulares. Ocorre que os bens de natureza difusa trazem uma conflituosidade social que contrapõe diversos grupos dentro da sociedade, como na proteção ao meio ambiente, que contrapõe, por exemplo, os interesses econômicos industriais e o interesse da preservação ambiental, ou na proteção das relações de consumo, em que estão contrapostos os fornecedores e os consumidores, a proteção da saúde pública, enquanto referente à produção alimentícia e de remédios, a proteção da economia popular, da infância e juventude, dos idosos etc.”

Relativamente aos bens supra-individuais RENATO SILVEIRA consigna a dificuldade de ajustá-lo ao princípio da lesividade, decorrente do conceito de bem jurídico, em situações nas quais a proteção é feita por meio de crimes de perigo abstrato. Para Kargl a lesividade não se deve entender como dano. Não é imprescindível o dano efetivo efetivando-se a lesão com a “mera situação de perigo a que é submetido o bem”.⁶⁴⁹

Neste ponto o autor aponta um perigo relacionado à criação de crimes de perigo abstrato, propugnando que eles devam ser limitados ao máximo sob pena da expansão penalística quebrar o princípio da fragmentariedade e de *ultima ratio*, de importância inegável ao Direito Penal.⁶⁵⁰ As ressalvas supra realizadas relativas à utilização do tipo de perigo abstrato para as novas incriminações devem ser reafirmadas e densificadas quando se trata da tutela de bens jurídicos supra-individuais.

No entendimento de SMANIO a proteção penal direcionada ao bem jurídico-penal difuso é de suma importância, e foi revalorizada com os novos tempos. Neste sentido:

⁶⁴⁸ SMANIO, G. P. Idem, p. 108.

⁶⁴⁹ *Apud*: SILVEIRA, R. M. J. Obra citada, p. 66.

⁶⁵⁰ SILVEIRA, R. M. J. Idem, p. 67.

“Basta a verificação diária das notícias veiculadas pela imprensa para apurarmos acidentes nucleares, poluição pelas mais diversas substâncias químicas, causando danos que poderão ser irreversíveis, pondo em risco a própria sobrevivência da espécie humana (...) daí a relevância ou dignidade penal das agressões aos interesses difusos e a imperiosa necessidade ou carência de tutela penal”.⁶⁵¹

Em contrário, evidenciando ressalvas à criminalização voltada à tutela de bens jurídicos supra-individuais, e à mudança da compreensão do conceito de bem jurídico de matriz individual, vale transcrever Müssig, em MACHADO:

“... na perspectiva da teoria do bem jurídico, as conseqüências disso referem-se a uma significativa mudança na compreensão do conceito de bem jurídico, consistente do seu distanciamento da objetividade natural, bem como do eixo individual, para focar a intervenção penal na proteção de bens jurídicos universais ou coletivos, de perfis cada vez mais vagos e abstratos – o que visivelmente destoa das premissas clássicas que dão o caráter antropocêntrico do bem a ser protegido. Trata-se do denominado processo de *desmaterialização* do bem jurídico”.⁶⁵²

HASSEMER também apresenta reservas relativamente à perda da característica individual do bem jurídico. Ele aduz que os âmbitos para os quais o moderno Direito Penal está direcionando-se somente indiretamente refere-se aos cidadãos e aos indivíduos. Diretamente estaria voltado à proteção de bens jurídicos universais, formulados “... de modo muito vago e trivial”.⁶⁵³ Assevera ainda:

“Deste modo, o moderno Direito Penal afasta-se de suas tradições em um duplo sentido. Ali se girava em torno da proteção dos bens jurídicos individuais, os quais eram determinados do modo mais concreto e preciso possível. Os bens jurídicos, os quais o moderno Direito Penal pode designar para a legitimação das cominações penais, não são mais discriminados; existem apenas alguns tipos de

⁶⁵¹ SMANIO, G. P. Obra citada, p. 113.

⁶⁵² *Apud*: MACHADO, M. R. A. Obra citada, p. 107.

⁶⁵³ HASSEMER, Winfried. **Características e crises do moderno direito penal**, p. 150.

comportamento humano, que hoje se deveriam descriminalizar com a invocação do princípio da proteção dos bens jurídicos”.⁶⁵⁴

As ressalvas realizadas são muito importantes para que se possa assimilar o impacto do paradigma do risco na sociedade moderna. Neste passo, torna-se conveniente analisar sinteticamente outro fenômeno que ganha cada vez mais notoriedade no contemporâneo Direito Penal, relacionados aos chamados delitos de acumulação.

5.2.5 A tipologia dos delitos de acumulação

Depois de estudar o espantoso incremento de modalidades típicas anteriormente excepcionais do Direito Penal clássico, na esteira da expansão do Direito Penal na sociedade do risco, vale investigar o fenômeno dos delitos de acumulação. Esta moldura penal revela fina sintonia com o ideal de parte da doutrina no tocante à tutela dos novos riscos.

Acerca do tema, após criticar o excessivo adiantamento da proteção penal e penalização de setores cuja lesão é cada vez menos evidente, BUERGO se refere aos delitos de acumulação (*kumulationstatbestände*). Estes aprofundariam a eliminação do requisito do nexo causal entre o comportamento proibido e os efeitos dele temidos. Isto porque se proíbe uma conduta sabidamente não lesiva, por si só, e que somente por múltipla acumulação de condutas similares poderia, eventualmente, produzir o perigo de dano.⁶⁵⁵ A autora esclarece que o escasso conteúdo lesivo da conduta propicia o questionamento da legitimidade da incriminação. Anota como característica marcante da sociedade do risco a inserção no ordenamento jurídico de novas leis incriminadoras que, pelo conteúdo lesivo, deviam ser reguladas como ilícitos administrativos, civis ou mercantis.⁶⁵⁶

A respeito, SILVA SÁNCHEZ discorre sobre este fenômeno na esteira do que denomina “administrativização” do Direito Penal⁶⁵⁷. Para ambientar a

⁶⁵⁴ HASSEMER, W. Idem, p. 150.

⁶⁵⁵ BUERGO, B. M. Obra citada, p. 103.

⁶⁵⁶ BUERGO, B. M. Idem, p. 103.

⁶⁵⁷ Ver supra, sobre “administrativização”, referida no item “âmbito de regulação” do Direito Penal econômico, p. 185 e ss.

matéria realiza distinção entre o Direito Penal e o Direito administrativo-sancionador, centrado no critério teleológico⁶⁵⁸:

“o primeiro persegue a proteção de bens concretos em casos concretos e segue critérios de lesividade ou periculosidade concreta e de imputação individual de um injusto próprio. O segundo persegue a ordenação, de modo geral, de setores da atividade (isto é, o reforço, mediante sanções, de um determinado modelo de gestão setorial). Por isso não tem que seguir critérios de lesividade ou periculosidade concreta, senão que deve preferencialmente atender a considerações de afetação geral, estatística; ainda assim, não tem por que ser tão estrito na imputação, nem sequer na persecução (regida por critérios de oportunidade não de legalidade)”⁶⁵⁹

O Direito administrativo-sancionador é visto pelo autor como “Direito do *dano cumulativo* ou, também, do dano derivado da *repetição*, que dispensa uma valoração do fato efetivo...”.⁶⁶⁰ SILVA SÁNCHEZ elege a seguinte pergunta-chave para vasculhar o tema: “o que aconteceria se todos os intervenientes neste setor de atividade realizassem a conduta X - quando existe, ademais, uma série probabilidade de que muitos deles o façam -, caso fosse considerada lícita?”.⁶⁶¹ Responde aludido autor que a indagação, singularmente genérica, estatística:

“...adquire todo seu sentido sob perspectivas de gestão de um determinado setor, seja este o do tráfico de veículos, o da posse de armas de fogo ou o do despejo de resíduos. Mas é inadmissível como critério para imputação penal de responsabilidade a um determinado sujeito, pelo concreto significado da conduta isolada que tenha realizado, pois uma sanção assim fundamentada não deixa de ser, na ótica do Direito Penal, uma sanção *ex iniuria terti*. Nela não há nenhuma possibilidade de introduzir elementos de lesividade concreta: nem lesão, nem perigo concreto, nem perigo abstrato entendido como perigo realmente existente, constatável na conduta

⁶⁵⁸ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. **A expansão do Direito Penal. Aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais**, p. 116.

⁶⁵⁹ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. *Idem*, p. 116.

⁶⁶⁰ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. **A expansão do Direito Penal. Aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais**, p. 116.

⁶⁶¹ SILVA SÁNCHEZ, J.-M. *Idem*, p. 117.

em virtude de um juízo *ex ante*. Simplesmente, perigo presumido, perigo estatístico ou - ainda melhor – perigo global”⁶⁶².

O autor fecha o raciocínio ao apontar ser característico do Direito Penal nas sociedades pós-industrializadas a aproximação com o modo de racionalização do Direito administrativo, levando-se em consideração “a lesividade global derivada de acumulações ou repetições”.⁶⁶³

SILVA SÁNCHEZ esclarece existir nos delitos cumulativos ou acumulativos, os quais chama ainda de *kumulationsdoikte* ou *accumulative harms*, a possibilidade de:

“sancionar penalmente uma conduta individual ainda quando não seja em si mesma lesiva do bem jurídico (nem o ponha por si só em perigo relevante), se se conta com a possibilidade certa de que dita conduta – não lesiva de *per se* – se realize também por outros sujeitos, de modo que o conjunto de comportamentos culminará certamente lesionando o correspondente bem jurídico”.⁶⁶⁴

Questiona-se “o que ocorreria se todos fizessem o mesmo”? pois individualmente considerada a conduta não provoca risco relevante, no entanto, entende-se que sua prática por uma pluralidade de agentes não consiste em mera hipótese, mas consubstancia realidade atual ou iminente.⁶⁶⁵ Alude-se a Kuhlen como principal defensor desta teoria, o qual desenvolve suas idéias referindo-se ao delito de contaminação de águas previsto na Lei alemã (§324 StGB), devendo-se realizar uma realização de adequação típica entre condutas concretas e o tipo penal, ainda que estas, observadas por si só, não ponham em perigo sequer abstratamente o bem jurídico.⁶⁶⁶

Critica-se o entendimento de Kuhlen, aduzindo-se que tal modo de pensar vulnera os princípios da culpabilidade e da proporcionalidade (não há dano ou perigo de lesão individualmente considerados), e ainda que ao voltar-se à tutela de grandes riscos não se pode equacioná-la sob a chave do atuar individual. Tudo parece encaminhar-se para novo equívoco, pois “novamente

⁶⁶² SILVA SÁNCHEZ, J.-M. Idem, p. 117.

⁶⁶³ SILVA SÁNCHEZ, J.-M. Idem, p. 120.

⁶⁶⁴ SILVA SÁNCHEZ, J.-M. Idem, p. 121.

⁶⁶⁵ SILVA SÁNCHEZ, J.-M. Idem, p. 121.

⁶⁶⁶ SILVA SÁNCHEZ, J.-M. Idem, p. 122.

parece manifestar-se uma fixação do Direito Penal com os ilícitos de menor entidade, ao passo que os ilícitos concretos de natureza autenticamente criminal por sua maior relevância escapam a sua ação”.⁶⁶⁷ Kuhlen objeta de modo contundente que procura a solução para grandes problemas, “mediante a proibição, sob ameaça de sanção, de ações que em suma fornecem pequenas contribuições a constituição destes problemas”.⁶⁶⁸

No Brasil a estatística desmente a idéia de que o Direito Penal sirva de solução aos grandes problemas, ao menos no que atine à incidência prática da legislação penal ambiental. MORAES ressalta o caráter seletivo do Direito Penal ambiental registrando que numa primeira fase, ao se examinar um universo de 572 pessoas, 46% referiam-

ou seja, a falta de lesividade seria desmentida apenas sob perspectivas temporais ampliadas.

Percebe-se a marca do Direito Penal do risco, administrativizado, optante pela corriqueira utilização dos tipos de perigo, da norma penal em branco, e dos delitos de acumulação, possui especial interesse no âmbito dos delitos econômicos e ecológicos, relativos biossegurança, entre outros. E. g. art. 29 da Lei 9.605/98 (prática da caça e outras condutas, “sem a devida permissão, licença ou autorização da autoridade competente); art. 64, da Lei 9.605/98 (promover construção em solo não edificável, entre outras condutas, “sem autorização da autoridade competente ou em desacordo com a ordem concedida”); art. 15 da Lei 7.802/89 (que trata da poluição por agrotóxicos, por haver descumprimento de exigências estabelecidas na legislação pertinente); art. 24 da Lei 11.105/05 (Lei de biossegurança, que incrimina a utilização de embrião humano em desacordo com o preceituado pelo art. 5º da mesma lei).⁶⁷⁴ Veja-se, em destaque, o disposto nos arts. 54 e 55 da Lei nº 9.605/98:

“Art. 54. Causar poluição de qualquer natureza em níveis tais que resultem ou possam resultar em danos à saúde humana, ou que provoquem a mortandade de animais ou a destruição significativa da flora: Pena – reclusão de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa.”⁶⁷⁵

Vê-se neste tipo, claramente, a relação próxima entre o Direito Penal e o Direito administrativo, notando-se a utilização das normas penais em branco, e uma referência ao dolo de dano ou de perigo de dano, enfraquecido pela submissão da conduta ao confronto com os “níveis” estabelecidos pelo poder público. Estes, dependendo de como sejam fixados, podem afastar-se substancialmente do dano ou do perigo concreto, descambando para o perigo abstrato (entendido existente num juízo *ex ante*), ou, numa situação pior, para um perigo presumido, ou ainda como mero reforço de uma vontade estatal entendida como muito importante.

Na situação do art. 55 da Lei nº 9.605/98 é estabelecida como delito a conduta de “Executar pesquisa, lavra ou extração de recursos minerais sem a

⁶⁷⁴ A respeito vale consultar PRADO, Luiz Regis. **Direito Penal do Ambiente**.

⁶⁷⁵ BRASIL, **Códigos Penal. Processo Penal e Constituição Federal. Lei 9.605/98**, 2007.

competente autorização, permissão, concessão ou licença, ou em desacordo com a obtida: Pena – detenção, de 6 (seis) meses a 1 (um) ano, e multa.”⁶⁷⁶

Neste caso é possível questionar, seriamente, a lesividade da conduta, podendo-se referir que até mesmo via satélite, atualmente, é viável a pesquisa de recursos minerais. Se isto ocorrer, cabe indagar sobre a existência do perigo, mesmo que abstrato. Há perigo de que, constatando-se a existência do minério, isto instigue o interessado em extraí-lo? Em caso positivo, não se deixa de estar privilegiando o combate do futuro ilícito (?) à fase demasiadamente antecipada de sua efetiva consumação. Isto colide com o sistema garantista tradicional, e assinala a conformação de um Direito Penal preventivo.

Tudo isto se apóia num Direito Penal expandido que está sendo construído e apresenta evidente sintonia com os postulados políticos de Beck. No entanto, severas críticas são notadas concernentes ao alegado equívoco caminho tomado pelo Direito Penal do risco, motivo pelo qual alguns o chamam Direito Penal do inimigo, e outros de Direito Penal do terror.

5.3 PERIGOS DO DIREITO PENAL DO RISCO

5.3.1 Direito Penal do risco como Direito Penal do inimigo

PRITTWITZ, ao estabelecer um paralelo entre o Direito Penal do risco e o denominado Direito penal do inimigo, reconhece em ambos muitos traços comuns. Isto é feito na esteira de uma crítica ao Direito Penal do risco que, no entendimento do autor, está desenvolvendo-se equivocadamente. Aduz o autor que Jakobs utilizou a expressão Direito Penal do inimigo em 1985, numa palestra em Frankfurt, mas somente em 1999, em outra importante manifestação, ela teve maior repercussão. Direito Penal do inimigo seria aquele Direito Penal “apontado” para os inimigos do Estado, não para seus cidadãos.⁶⁷⁷

⁶⁷⁶ BRASIL, **Códigos Penal. Processo Penal e Constituição Federal. Lei 9.605/98**, 2007.

⁶⁷⁷ PRITTWITZ, C. **O direito penal entre o direito penal do risco e o direito penal do inimigo**, p. 41-42.

Concretamente este entendimento desemboca numa postura penal em que se pune antes e de modo mais rígido, “do ponto de vista do direito material, a liberdade do cidadão de agir e (parcialmente) de pensar é restringida; ao mesmo tempo, subtraem-se direitos processuais ao inimigo”.⁶⁷⁸

Segundo o autor o Direito Penal do inimigo desenvolvido por Jakobs é um Direito Penal parcial. Parte da legislação penal alemã poderia ser, por isso, considerada Direito Penal do inimigo. PRITTWITZ aduz que na primeira oportunidade em que Jakobs se manifestou sobre o tema, em 1985, criticou acidamente o rotulado Direito Penal do inimigo. Em 1999 ele teria dito que o modelo de direito penal parcial rotulado como “do inimigo” deveria ser, efetivamente, “direito penal do inimigo”, tendo sido recebido com espanto por colegas e aplaudido por grupo não muito de seu agrado, obtendo maior repercussão.⁶⁷⁹ Neste sentido:

“... Jakobs essencialmente diz que aquele que se comporta como inimigo (e Jakobs realmente emprega, mal se pode crer, a expressão ‘não-pessoa’) também merece ser tratado como inimigo – portanto não como pessoa. O grande número de inimigos de dentro e de fora – e Jakobs apresenta também cenários ameaçadores vindos com a globalização – não deixam ao Estado Democrático outra chance senão reagir com o direito penal do inimigo”.⁶⁸⁰

Ao desenvolver tais idéias Jakobs bipartiria o Direito Penal em “do cidadão”, assegurado pelo Estado de Direito, e “do inimigo”, reservando a este a pesada intervenção penal já referida. PRITTWITZ expõe que, na prática, o Direito Penal na sua inteireza está infectado pelo Direito Penal do inimigo. Critica o termo ‘não-pessoa’ expondo que após 1945 tem a firme convicção de que ele não poderia ser mais usado. Aduz que mesmo sob a ótica normativa este conceito seria inaceitável. Combate a posição de Jakobs de que não se deveria tratar os inimigos como pessoas porque eles não reagiriam adequadamente a isto, ou seja, comunicando-se como pessoas, considerando tal entendimento pessimismo cultural sem lastro empírico. O autor entende que

⁶⁷⁸ PRITTWITZ, C. Idem, p. 41-42.

⁶⁷⁹ PRITTWITZ, C. **O direito penal entre o direito penal do risco e o direito penal do inimigo**, p. 42.

⁶⁸⁰ PRITTWITZ, C. Idem, p. 42.

Jakobs causou sérios danos ao sistema penal com suas idéias do Direito Penal do inimigo, quebrando o tabu entre Direito Penal e guerra, finalizando:

“Vêm à mente paralelos com a discussão havida (...) e que os juristas alemães consideravam quase impossível – sobre a possibilidade de eventualmente empregar até mesmo a tortura, em determinados casos excepcionais”.⁶⁸¹

Numa perspectiva crítica, e em apertado parêntesis, vale verificar as raízes no solo pátrio do correspondente Direito Penal do inimigo, ou Direito Penal do terror. Suas raízes não se encontram inicialmente na mesma base manifestada por PRITTWITZ, mas se firmam num “combate” aos inimigos da ordem, “soldados do crime” ligados à criminalidade patrimonial violenta.

Como ponto de partida para o estudo convém lembrar de conhecido movimento expansionista, no Brasil, derivado da criminalidade patrimonial violenta, e. g. a relacionada ao roubo e à extorsão mediante seqüestro, a qual é tida como a mais importante e tem sido objeto de especial preocupação. O fato registrado por RAMOS - que não manifesta necessária concordância com o pressuposto esboçado - estabeleceria uma premissa de que a impactante existência da criminalidade patrimonial violenta indicaria os principais problemas sociais pátrios, tais como “...a perversa distribuição de renda, o afastamento da massa das decisões de governo, a trágica situação em que se encontra a infância carente, etc.”⁶⁸²

Sem aprofundar o estudo da reação da população à criminalidade violenta, RAMOS assinala que de modo geral a reação demonstra concordância com maior e mais dura intervenção penal nessas áreas, evidenciando por igual “... desde a tímida simpatia até o entusiasmo incontido diante de idéias como a da pena de morte”.⁶⁸³ Aduz que parcialmente tal reação pode ser imputada à atuação da imprensa, que estaria funcionando como mecanismo de desarrazoada amplificação do caráter ameaçador dessa criminalidade.

⁶⁸¹ PRITTWITZ, C. Idem, p. 43.

⁶⁸² RAMOS, João Gualberto Garcez. **Textos selecionados: a inconstitucionalidade do “Direito Penal do Terror”**, p. 11.

⁶⁸³ RAMOS, J. G. G. Idem, p. 12.

Expõe o autor que de várias perspectivas, inclusive a dos estudiosos, existe certa histeria no trato da matéria. Tal histeria fomenta, a par de um recepção política de demandas midiáticas e populares igualmente históricas, uma proliferação abusiva de leis penais que procuram contrapor-se a tal tipo de criminalidade denominada pelo autor de “Direito Penal do Terror”, expressão que teria sido utilizada originariamente por Dotti.⁶⁸⁴

Na comunidade científica ocupada do estudo do Direito Penal aponta-se a existência de uma crise no sistema, acompanhada da atribuição da responsabilidade ao Direito Penal e ao Direito Processual Penal, “... pelo aumento ou pela não diminuição da mencionada criminalidade”.⁶⁸⁵ A existência da crise está de acordo com o pensamento de RAMOS. Este, porém, referindo a artigo de L. A. Machado, salienta que o Direito Penal não tem a missão de combater a criminalidade e por isso não poderia ser responsabilizado pelo mencionado problema.⁶⁸⁶

Extremando seu raciocínio esclarece haver uma expectativa por demais elevada em relação às possibilidades do Direito Penal e do Processo Penal no combate à criminalidade, e que a crise instaurada tem raízes muito mais profundas do que a suposta ineficácia destes ramos do Direito, e mesmo do Direito como um todo, apontando que a crise é de cidadania.⁶⁸⁷

Cidadania pode ser concebida em sentido estrito e em sentido amplo, conforme estabelecido por Sabadell no prefácio à obra de ANDRADE. O conceito estrito diz respeito a uma compreensão individualista e restrita dos autores liberais. Com base no conceito amplo:

“afirma-se que uma pessoa somente pode ser considerada efetivamente incluída no conceito de cidadania se tiver uma participação plena nos processos de discussão e decisão política sobre qualquer assunto de interesse público”.⁶⁸⁸

⁶⁸⁴ *Apud*: RAMOS, J. G. G. *Idem*, p. 7.

⁶⁸⁵ RAMOS, J. G. G. *Obra citada*, p. 12.

⁶⁸⁶ *Apud*: RAMOS, J. G. G., *Idem*, p. 13.

⁶⁸⁷ RAMOS, J. G. G. *Idem*, p. 13.

⁶⁸⁸ *Apud*: ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **Sistema penal máximo X Cidadania mínima: códigos da violência na era da globalização** (prefácio).

A cidadania tem sido tema privilegiado dos estudos de ANDRADE, a qual reflete sobre a relação que se estabelece entre o conceito amplo de cidadania e o sistema penal. Aponta a autora que nos países do capitalismo, sob o influxo do neoliberalismo, tem havido um surto de política criminal “terrorista”, implicando uma prática de terrorismo estatal, pensamento que se coaduna, em parte, com a tese do Direito Penal do terror. Expõe que a política social e o diálogo democrático voltado à solução de conflitos e a preocupação com os verdadeiros problemas sociais de fundo tem sido substituídos pelo discurso alarmista acerca da “ameaça da criminalidade”, sendo que tal estado de coisas propiciou o surgimento do chamado “Estado Penal”.⁶⁸⁹

Assevera que esta política tem estimulado uma cultura do pânico, e que isto ampara a idéia da existência saída única para o assecuramento da cidadania, a qual pressupõe segurança: seria a segregação de parcelas cada vez maiores da população e sua rotulação como bandidos. Com base nessa lógica se defende uma reforma radical da legislação e da política criminais objetivando-se:

“... eliminar os ‘privilégios’ dos réus e dos presos; aumentar as penas cominadas; criar novos delitos e regimes de execução de penas ao limite do isolamento total do preso; aumentar o rigor judiciário na fixação da pena; treinar os policiais para serem implacáveis contra a criminalidade, ou seja, para ‘lutar’ contra aqueles que não são mais percebidos como cidadãos brasileiros que (eventualmente) cometeram infrações, mas como ‘monstros’, ‘bandidos’, e ‘inimigos’”.⁶⁹⁰

Estar-se-ia a declarar verdadeira guerra civil contra os pobres e desviantes, inclusive com a participação do exército para a suposta garantia dos direitos fundamentais. Para assegurar a cidadania de alguns a solução é segregar outros, turbadores do pleno exercício da cidadania dos bons cidadãos.⁶⁹¹ O entendimento da autora tem sido reforçado pelos fatos. Para ilustrar, na cidade do Rio de Janeiro, mais de uma vez o Exército tomou a cidade a pretexto de recuperar armamento que lhe fora roubado. Numa dessas

⁶⁸⁹ *Apud*: ANDRADE, V. R. P. Obra citada (prefácio).

⁶⁹⁰ *Apud*: ANDRADE, V. R. P. Idem (prefácio).

⁶⁹¹ *Apud*: ANDRADE, V. R. P. Idem (prefácio).

invasões do espaço urbano ocorrida em 2004, o exército negociou com o tráfico a devolução de um fuzil, furtado por um soldado do próprio Exército e entregue “ao tráfico”. Somente após a retirada do Exército da favela de Antares, Rio de Janeiro, o armamento fora devolvido.⁶⁹² Em outra oportunidade, em 03 de março de 2006, o Exército começou a ocupar morros e favelas, inicialmente no complexo do Alemão e após em diversas favelas e morros de outras regiões, igualmente sob a alegação de recuperar armamento. Isto gerou conflitos, confrontos e diversos questionamentos acerca da legitimidade da operação.⁶⁹³

Atualmente há uma proposta do Colégio Nacional da Segurança Pública de pedir ao governo federal a utilização de tropas do exército, em parceria com as polícias estadual e federal, para reforçar a fiscalização de fronteira.⁶⁹⁴ O exercício das funções de polícia marítima, aeroportuária e de fronteiras, segundo o inciso III do art. 144 da Constituição Brasileira⁶⁹⁵ dá-se por meio da polícia federal. As Forças Armadas, por seu turno, destinam-se “... à defesa da Pátria, à garantia dos poderes constitucionais e, por iniciativa de qualquer destes, da lei e da ordem”.⁶⁹⁶ A hermenêutica é algo que passa pelo raciocínio dos homens e isto permite naturalmente entendimentos divergentes, mas reconhecer numa das situações constitucionais legitimadoras da atuação do Exército o amparo para a colaboração com as polícias - mesmo que nas distantes fronteiras – parece constituir reforço à teoria do Direito Penal do inimigo, ou do terror.

Ao fazer-se referência ao Exército nas ruas não se deve esquecer do confronto diário entre policiais e “suspeitos”, os quais se resultam em morte parecem receber apoio popular após o enfoque dado pelos meios de comunicação. Não raro, a polícia afirma ter sido recebida “à bala” em suas operações; de outro lado não é rara a reação contrária da população, com moradores alegando que a polícia entrou atirando e matou inocentes.⁶⁹⁷ As matérias jornalísticas apontadas corroboram a teoria do Direito Penal do

⁶⁹² Notícia capturada em 22JAN07, às 22h11min, no site www.folha.uol.com.br (ANEXO I).

⁶⁹³ Notícia capturada em 22JAN07, às 22h15min, no site www.folha.uol.com.br (ANEXO II).

⁶⁹⁴ Notícia capturada em 22JAN07, às 22h20min, no site www.aenoticias.pr.gov.br (ANEXO III).

⁶⁹⁵ BRASIL, Constituição, 1998. **Constituição da República Federativa do Brasil, 1988**, Art. 144, III.

⁶⁹⁶ BRASIL, Constituição, 1998. Obra citada, Art. 142, *caput*.

⁶⁹⁷ Notícia capturada em 22JAN07, às 22h 35min, no *clipping* do Ministério do Planejamento <http://clipping.planejamento.gov.br/noticiasimpressao.asp?NOTCod=332228> (ANEXO IV).

Inimigo, apontando a existência de uma guerra entre semelhantes, entre pessoas que habitam uma mesma cidade, um mesmo e delimitado espaço físico. As raízes do problema são profundas e não parecem resolver-se com base numa postura legislativa autoritária, de severa intervenção na área penal por meio de proliferação de leis de exacerbação punitiva geradoras de segregação. Tal postura bélica, segundo a autora, não se firma no âmbito da cidadania plena, a qual não fundamenta os direitos de certas pessoas na privação dos direitos das demais, citando-se a crítica de Baratta.⁶⁹⁸

É com este viés, com notada influência da criminologia crítica e da teoria do *labelling approach*, que ANDRADE aponta algumas mazelas da globalização neoliberal, tais como o desemprego estrutural, a radicalização da pobreza e da exclusão social. A autora esclarece ser este o preço da expansão do capital e do mercado sem fronteiras, aduzindo que o agigantamento da resposta penal está de acordo com tal movimento e com o vazio de respostas estatais substanciais. Adiciona que isto se verifica acompanhado de correspondente agigantamento midiático com o objetivo de relegitimar o sistema penal que, tanto na teoria quanto na prática, se mostram deslegitimados. Com base neste prisma rotula-se de modo simplista e equivocado a sociedade entre bons e maus, apontando-se que a verdadeira expansão não seria exatamente a da criminalidade mas a da criminalização seletiva, “... que a co-constitui e a produz”.⁶⁹⁹

Segundo ANDRADE a globalização como fenômeno de dominação impõe um controle penal orientado simbolicamente na direção da totalidade do problema e instrumentalmente aponta para os excluídos, referindo-se à influência da matriz norte-americana consistente nos movimentos de Lei e Ordem e Política de Tolerância Zero.⁷⁰⁰ Explica-se que o Movimento de Lei e Ordem ficou conhecido no âmbito das políticas criminais por seu gigantismo punitivo, preconizava o fortalecimento da criminalização e da penalização, juntamente com supressão de básicas garantias penais e processuais, violando o espírito que orienta o Estado Democrático de Direito.⁷⁰¹ Com esta política, de

⁶⁹⁸ *Apud*: ANDRADE, V. R. P. Obra citada (prefácio).

⁶⁹⁹ ANDRADE, V. R. P. *Idem*, p. 24.

⁷⁰⁰ ANDRADE, V. R. P. *Idem*, p. 25.

⁷⁰¹ ANDRADE, V. R. P. *Idem*, p. 25.

acordo com ANDRADE, prega-se a “...limpeza do espaço público e devolução das ruas aos cidadãos”.⁷⁰²

Ressalta a autora que o Direito Penal do terror, do inimigo, oferece sedutora solução penal para os mais diversos problemas sociais, resultando no denominado Direito Penal simbólico. Além dos tradicionais inimigos, outros seriam descobertos – terroristas, traficantes, sem-teto, sem-terra, e mesmo simbolicamente a burguesia nacional é visualizada pelo novo sistema. Neste âmbito volta-se aos sonegadores, corruptos, destruidores do meio-ambiente etc., sujeitos igualmente enfraquecidos diante do poder do capital globalizado.⁷⁰³

Diferentemente do Movimento de Lei e Ordem a expansão derivada da influência do Direito Penal do risco possui determinadas peculiaridades, embora de certo modo existam algumas semelhanças, valendo lembrar da crítica de Prittwitz sobre o rumo equivocado deste. A esse respeito SILVA SÁNCHEZ esclarece que a discussão sobre o Movimento de Lei e Ordem era plurívoca e o atual movimento de expansão do Direito Penal encontra rara unanimidade. Ressalva-se que embora nem as premissas nem a pretensão daquele movimento expansionista tenham desaparecido elas se integraram no novo consenso social sobre o papel do Direito Penal, tendo havido uma substituição das clássicas discussões sobre o Direito Penal por um consenso quase geral sobre “... ‘as virtudes’ do Direito Penal como instrumento de proteção dos cidadãos”.⁷⁰⁴

Segundo BUERGO, o Direito Penal do risco possui as seguintes características básicas, podendo-se inferir contornos diferenciados daquela expansão punitiva: a) ampliação do sistema penal para novos riscos, e para riscos de mega-dimensão⁷⁰⁵; b) dificuldade de atribuição de responsabilidade em razão da complexidade das relações existentes das organizações⁷⁰⁶; c) sensação de insegurança subjetiva.⁷⁰⁷

⁷⁰² ANDRADE, V. R. P. Idem, p. 25.

⁷⁰³ ANDRADE, V. R. P. Obra citada, p. 25.

⁷⁰⁴ SÁNCHEZ, Jesús-Maria Silva. **A expansão do direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais**, p. 24.

⁷⁰⁵ BUERGO, B. M. Obra citada, p. 25 e ss.

⁷⁰⁶ BUERGO, B. M. Idem, p. 28 e ss.

⁷⁰⁷ BUERGO, B. M. Idem, p. 30 e ss.

Com a ampliação do sistema para novos riscos, e para os riscos de mega-dimensão é possível pensar-se na proteção de novos âmbitos diversos daqueles previstos nos movimentos expansivos anteriores. O Movimento de Lei e de Ordem encontra-se vinculado historicamente ao “combate” aos delitos pertencentes ao núcleo tradicional patrimonialista do Direito Penal, enquanto que o novo fenômeno expansivo está ligado à proteção de bens vulneráveis ao risco representado pela alta tecnologia desenvolvida pelo homem, bem como vinculados à uma neo-intervenção estatal na vida econômica superdesenvolvida.

Seria possível ir além neste raciocínio, e antever que a proteção aos novos âmbitos, hipoteticamente, poderia representar uma contra-força ao poder econômico globalizado, quer dizer, o reforço do poder interventivo do Estado nacional no sentido da proteção de esferas sensíveis aos novos riscos, não raro ligado às atividades desenvolvidas pelas empresas transnacionais, v. g. química, biogenética, área atômica etc. Tal idéia nada tem a ver com os movimentos de expansão tradicionais, os quais, conforme aduzido por Andrade, Basoco, entre outros, estariam submissos ao *status* estabelecido pela nova ordem econômica globalizada.

De todo modo, se teoricamente é possível desenhar esta hipótese, vale lembrar que a prática da intervenção penal tem-se demonstrado tanto mais nociva quanto mais invasiva. Em outras palavras, há fundado receio de que, como historicamente tem ocorrido, o Direito Penal represente um reforço do *status quo*, reforçado porém por sua expansão. Receia-se que dotá-lo de mais força permitirá ainda maior seletividade, maior estigmatização, ampliando-se proporcionalmente o risco de cometimento de arbitrariedades da estrutura estatal em face dos cidadãos e das empresas.

No que concerne à sensação de insegurança subjetiva, um dos aludidos motores do Direito Penal expandido, tem sido dito que ela possui existência sem, necessariamente, pressupor a existência do perigo real. Tal sensação, em que pese não seja inovação da sociedade do risco, é neste ambiente reforçada e agigantada. Isto ensejou uma nítida mudança de perspectivas, esta sim impingindo nítida característica do Direito Penal do risco: um movimento que visa transformar sua matriz, de reativa-repressiva para

preventiva.⁷⁰⁸ Em suma: a sensação de insegurança que ensejou o Movimento da Lei e da Ordem continua a existir no Direito Penal do risco, porém naquele, entende-se, o foco do combate à criminalidade estava na reação dura ao crime, na repressão implacável dos criminosos, tidos como inimigos da ordem. No Direito Penal do risco o foco do sistema está na prevenção, na antecipação da tutela penal, na criação de crimes de perigo abstrato e enfim, na flexibilização dos critérios de imputação da responsabilidade penal.

Situou-se a perversa confusão entre Direito Penal do inimigo e Direito Penal do risco, e foram anotadas algumas preocupações. Não se dimensionou e nem foram enfatizadas de modo suficiente as possíveis consequências nefastas da ampliação da já enorme intervenção punitiva do Estado, notadamente por meio do inchamento dos tipos penais e de outros fenômenos expansivos. Torna-se preciso, por isso, verificar no trabalho dos doutos os possíveis caminhos a trilhar, atrelando tal busca à observância dos princípios garantistas.

5.3.2 Tipo expandido e tendências do Direito Penal

O marco doutrinário representado pelo paradigma do risco está cada vez mais presente na obra dos estudiosos do Direito Penal, quer tenham simpatia ou não pelo conceito e seus possíveis reflexos. Em paralelo a isso percebe-se a existência de intensa atividade legiferante relacionada à neocriminalização. É verificada a profusão de incriminações centradas no tipo penal dilatado, à qual deve ser somado o alargamento decorrente de outros fenômenos expansivos. A conjuntura penal leva a crer que a “ilha de ilicitudes cercada pelo mar de condutas lícitas penais”, do Direito Penal forjado na matriz garantista e inspirado princípio da fragmentariedade, tende a tornar-se um grande arquipélago que, exacerbado, pode ganhar contornos continentais.

Ao reconhecer tendência preventiva e expansiva da punibilidade, ROXIN realiza uma descrição de movimentos importantes ao atual sistema penal:

⁷⁰⁸ BUERGO, B. M. Obra citada, p. 32-33.

“Na definição dos comportamentos que devem ser ameaçados com pena, foi efectuada uma deslocação da protecção individual para a protecção da coletividade (isto é, de toda a população ou de grandes grupos da população). Objecto de novas prescrições penais e de sentenças orientadoras passaram a ser predominantemente crimes antieconómicos, crimes contra o ambiente, responsabilidade pelo produto, grandes riscos industriais, tecnologia genética, tráfico de droga e outra criminalidade organizada, bem como comportamentos similares sentidos como ameaça a toda a sociedade”.⁷⁰⁹

Acerca disso, pondera:

“Em tais crimes, freqüentemente, o bem jurídico protegido só é reconhecido de modo vago, pois os tipos penais, em vez de lesões concretas de bens jurídicos, descrevem perigos mais ou menos abstractos, situados no âmbito prévio ao da produção do dano. A questão de se esta evolução é legítima e se conduzirá ou não ao afastamento de um Direito Penal orientado para a protecção de bens jurídicos, ou, pelo menos, à sua complementação por um amplo Direito Penal da diminuição do risco, é tão controversa quanto a tese de que o Direito Penal se deve retirar destes domínios novos ou aumentados significativamente na sua importância e deve cingir ao clássico “Direito Penal nuclear”.⁷¹⁰

E finaliza o raciocínio:

“Em todo o caso, estes temas constituem um foco das modernas discussões político-criminais que estão longe de uma conclusão. Pode-se afirmar em geral que a acentuação das finalidades de prevenção geral conduz, em todos os domínios socialmente relevantes, a uma ampliação da punibilidade”.⁷¹¹

Na opinião de PRITTWITZ o ponto central de tais discussões concerne à idoneidade do Direito Penal contemporâneo, ou de um Direito Penal modificado, como instrumento de reação às novas fontes de perigo e, em

⁷⁰⁹ VALDÁGUA, Maria da Conceição (coord.). **Problemas fundamentais de direito penal: homenagem a Claus Roxin**, p. 18.

⁷¹⁰ VALDÁGUA, M. C. Idem, p. 19.

⁷¹¹ VALDÁGUA, M. C. Idem, p. 19.

efetivo, a possibilidade de “preservar o futuro com os meios do Direito Penal”.⁷¹² A esse respeito:

“...ainda que a discussão penal e político criminal deixar de lado, repentinamente e em que pese todos os méritos, o projeto de sociedade do risco de Beck, não deveria deixar-se de prestar atenção aos conceitos de risco, Direito Penal de risco e sociedade de risco; pois, acima de qualquer discrepância, com o Direito Penal de risco nos referimos à ‘preservação do futuro frente a grandes riscos mediante o Direito Penal’, ou ao Direito Penal de uma sociedade em que a definição de riscos se converteu num dos aspectos centrais do conflito social”.⁷¹³

FIGUEIREDO DIAS corrobora a força do impacto do paradigma do risco, sendo válido transcrever sua perspectiva:

“Não cometerei a injúria de expor, sequer em breves palavras, o conteúdo essencial das idéias que presidem ao tópico ‘sociedade do risco’. Direi apenas que, nas suas implicações com a matéria penal, ele quer pôr em evidência uma transformação radical da sociedade em que já vivemos, mas que seguramente se acentuará exponencialmente no futuro próximo”.⁷¹⁴

Sobre o assunto vale transcrever HASSEMER, tomando posição:

“... temos grandes problemas de uma moderna sociedade de risco (...). Não quero que fechemos os olhos diante desses problemas, ao contrário, desejo que sejam observados minuciosamente. Se tentarmos solucionar esses problemas não teremos êxito e o máximo que conseguiremos será destruir o Direito Penal ao eliminarmos seus princípios fundamentais. Retirando as garantias do Direito Penal eliminaremos a sua potência protetora jurídica e teremos instrumentos que não servirão para nada, porque estarão mal localizados (...)”.⁷¹⁵

⁷¹² PRITTWITZ, C. *Sociedad del riesgo y derecho penal*, p. 43.

⁷¹³ PRITTWITZ, C. *Sociedad del riesgo y derecho penal*, p. 154.

⁷¹⁴ DIAS, J. F. *O direito penal entre a “sociedade industrial” e a “sociedade do risco”*, p. 43.

⁷¹⁵ HASSEMER, W. *Perspectivas de uma moderna política criminal*, p. 51.

O mesmo autor, quando trata dos problemas do denominado moderno Direito Penal, aponta o que o futuro do Direito Penal deve passar revalorização dos princípios garantistas, aludindo ao conceito de Direito Penal nuclear, desenvolvido supra. Defende o autor “... que se retire parcialmente a modernidade do Direito Penal”.⁷¹⁶, o que se traduz no afastamento de muitos problemas recentemente introduzidos no Direito Penal para serem tutelados pelo que denomina “Direito de Intervenção”, localizado entre o Direito Penal e o Direito dos ilícitos administrativos, entre o Direito Civil e o Direito Público. Assevera:

“Isso significa, em primeiro lugar, uma redução do Código Penal a um ‘Direito Penal nuclear’ (*Kernstrafrecht*), sobre cujos limites deve-se discutir no caso isolado. Certamente pertencem a este Direito Penal todas as lesões aos bens jurídicos individuais clássicos, e pertencem a esse, também, os perigos graves e visíveis... a formação de associações criminosas e subversões são exemplos de quais tipos de perigo um Direito Penal deve conter”.⁷¹⁷

E ainda:

“O Direito Penal deve voltar ao aspecto central, ao Direito Penal formal, a um campo no qual pode funcionar, que são os bens e direitos individuais, vida, liberdade, propriedade, integridade física, enfim, direitos que podem ser descritos com precisão, cuja lesão pode ser objeto de um processo penal normal”.⁷¹⁸

Como antípoda de Hassemer, STRATENWERTH critica o fato de que o direito penal tradicional não conhece nenhum horizonte prospectivo, ou seja, não se tutela os que virão, sendo que um retorno ao *campo central do direito penal*, qual seja a proteção dos direitos ou interesses individuais, seria uma atitude “escandalosa”, pois o que significaria um dano individual se comparado a eventos que se propalam pelas gerações futuras?⁷¹⁹ O autor almeja que o direito não se furte às ameaças que o progresso técnico-científico impôs sobre

⁷¹⁶ HASSEMER, W. **Características e crises do moderno direito penal**, p. 156.

⁷¹⁷ HASSEMER, W. *Idem*, p. 156.

⁷¹⁸ HASSEMER, W. *Idem*, p. 49.

⁷¹⁹ *Apud*: STELLA, Frederico. **Direito penal e sociedade do risco**, p. 44.

toda a humanidade em poucas décadas, e pondera que a ‘crise de sobrevivência’ da humanidade é suficiente a justificar medidas radicais. Asseverou que a questão atual “não se trata da tentativa de conservar o passado, mas sim de impedir a destruição da vida futura neste planeta...”.⁷²⁰

STRATENWERTH questiona quais são, porém, os passos radicais que o direito, entendido como ciência jurídica, deve tomar? O direito penal pode fornecer tais subsídios? Responde afirmativamente, e aduz que o papel da ciência penal deveria ser o de desenvolver

“... um novo direito penal constituído de ‘normas comportamentais referentes ao futuro’, totalmente dissociado do ‘dano’ e do ‘perigo de dano’, não mais, portanto, um direito penal de evento e sequer um direito penal de perigo abstrato (...), ao invés disso, um direito penal de comportamento, plasmado na mera inobservância de normas referentes ao futuro, que são as normas que prescrevem as quotas-limite das emissões de poluentes por parte da indústria e sobre a presença de substâncias tóxicas nos alimentos e todas as normas de natureza ambiental que prescrevem comportamentos separados de qualquer perigo abstrato de dano”.⁷²¹

Para exemplificar o modelo proposto por STRATENWERTH, por exemplo, nos crimes ambientais, em particular no caso das “águas naturais”, em cotejo com o modelo da proteção do bem jurídico, as águas não são protegidas em função de sua composição química ou orgânica, mas sim por sua importância vital para inúmeros seres vivos. Pois que, em outras palavras, deve ser conservada a função da “água” numa rede entrelaçada de relações ecológicas, sendo que não haveria nenhum sentido na individuação de interesses singulares ou do próprio meio ambiente em si mesmo, mas sim na proibição concreta de uma degradação incompatível (ou limite de poluição) com o papel da água na economia da natureza.⁷²² Assim, a solução do problema passaria pelo estabelecimento de limites ou valores, sendo que a violação destes seria passível de sanção penal. Evidentemente, tais esforços ainda estariam no início, posto que não há determinação adequada de quais

⁷²⁰ *Apud*: STELLA, F. Obra citada, p. 43.

⁷²¹ *Apud*: STELLA, F. *Idem*, p. 44.

⁷²² *Apud*: STELLA, F. *Idem*, p. 45.

são os limites toleráveis para a degradação. Todavia, as indicações de uma política criminal específica seriam suficientemente claras: uma tutela eficaz das vítimas do futuro deve ser assegurada também pelo direito penal.⁷²³

Em que pese partir do pressuposto diverso da Escola de Frankfurt, inclusive defendendo a criminalização e a possibilidade de sancionamento com penas privativas de liberdade para os denominados delitos econômicos mais graves, BUJÁN PEREZ entendeu compatível sua compreensão do fenômeno criminal com o “Direito de Intervenção” preconizado por Hassemer, porém com conteúdo bastante diferenciado. Suas características mínimas deveriam ser: a) acessoriedade; b) não previsão de penas privativas de liberdade; c) possibilidade de conter regras de imputação diferenciadas do Direito Penal nuclear. Serviria para regular infrações de conteúdo econômico de menor gravidade que as reguladas no Direito Penal, em alguns casos ligadas aos delitos já existentes, em outros ligados à proteção de bens jurídicos não previstos no Direito Penal nuclear.⁷²⁴

Não é este o ponto de vista de SCHÜNEMANN. Para o autor resta claro que um sistema de controle administrativo não pode substituir eficientemente o Direito Penal, mas atuar complementarmente, e que existem hipóteses em que o controle realizado pela via administrativa é mais descartável do que aquele realizado pela intervenção penal.⁷²⁵ Esta idéia, segundo o autor, pode ser confirmada pela regulamentação do mercado de capitais na Alemanha:

“enquanto o controle administrativo da admissão de novas sociedades de ações na bolsa de valores falhou por completo no exemplo do chamado *Neuer Markt*,⁷²⁶ não conseguindo impedir a gigantesca lesão de cerca de 200 bilhões de euros aos investidores, o livre mercado de capitais que existe ao lado da bolsa é regulado de modo exclusivo e em absoluto menos eficiente pelo direito penal”.⁷²⁷

⁷²³ *Apud*: STELLA, F. Obra citada, p. 59.

⁷²⁴ PEREZ, C. M. B. Obra citada, p. 29.

⁷²⁵ SCHÜNEMANN, Bernd. **O direito penal é a *ultima ratio* da proteção de bens jurídicos: sobre os limites invioláveis do direito penal em um Estado de Direito liberal.** Revista Brasileira de Ciências Criminais, ano 13, nº 53, mar/abr, 2005, p. 22.

⁷²⁶ Segundo nota do tradutor, “trata-se de um novo segmento da bolsa de valores alemã, criado em 1999 e extinto alguns anos depois, pelas razões de que fala o autor no texto”.

⁷²⁷ SCHÜNEMANN, Bernd. Obra citada, p. 22-23.

Segundo o autor, isto comprovaria não haver sustentabilidade à tese de que o Direito Penal é subsidiário e posterior ao controle por autoridades administrativas.⁷²⁸ Sem a pretensão de compreender melhor o assunto do que o jurista alemão, e abrindo sintético parênteses, aparentemente o exemplo não consistiu no melhor apoio à tese defendida. Isto porque o funcionamento das bolsas e os motivos de eventual sucesso ou insucesso, objetivamente, podem dever-se a diversas variáveis, entre as quais a possível intervenção penal reguladora parece ser uma das menos significativas.

De todo modo, FIGUEIREDO DIAS também manifesta descrença no “direito de intervenção” (*Interventionrecht*) proposto por HASSEMER, como reação estatal formal aos novos riscos, pois isto representaria “... subtrair à tutela penal precisamente as condutas socialmente tão gravosas que põem simultaneamente em causa a vida planetária, a dignidade das pessoas e a solidariedade com as outras pessoas – as que existem e as que hão de vir”.⁷²⁹ Pugna o autor por uma via intermediária de reação aos novos riscos que se realizaria por meio de um Direito Penal expandido:

“Aos problemas próprios da sociedade pós-industrial deveria o direito penal responder através de uma política criminal e de uma dogmática jurídico-penal *duais* ou *dualistas*. Dotadas de um cerne relativamente ao qual valeriam, imodificados, os princípios do direito penal clássico (...) E com uma *periferia* ou *âmbito lateral* especificamente dirigido à protecção contra os grandes e novos riscos, onde aqueles princípios se encontrariam amortecidos ou mesmo transformados, dando lugar a outros princípios de ‘flexibilização controlada’, assentes na protecção antecipada de interesses colectivos mais ou menos indeterminados, sem espaço, nem tempo, nem autores, nem vítimas, definidos ou definíveis e por conseguinte, numa palavra, de ‘menor intensidade garantística’”.⁷³⁰

É a posição de SILVA SÁNCHEZ, fazendo alusão ao Direito Penal de duas velocidades:

⁷²⁸ SCHÜNEMANN, Bernd. Obra citada, p. 23.

⁷²⁹ DIAS, Jorge de Figueiredo. **O direito penal entre a “sociedade industrial” e a “sociedade do risco”**, p. 50. In Revista Brasileira de Ciências Criminais, 2001.

⁷³⁰ DIAS, J. F. Idem, p. 54-55.

“O conflito entre um Direito Penal amplo e flexível (convertido em um indesejável *soft law*) e um Direito Penal mínimo e rígido – certamente impossível – deve achar assim uma solução no ‘ponto médio’ da configuração dualista. Com efeito, não parece que a sociedade atual esteja disposta a admitir um Direito Penal orientado ao paradigma do ‘Direito Penal mínimo’. Mas isso não significa que a situação nos conduza a um modelo de Direito Penal máximo.”⁷³¹

Em adição:

“A função racionalizadora do Estado sobre a demanda social de punição pode dar lugar a um produto que seja, por um lado, funcional e, por outro lado, suficientemente garantista. Assim, trata-se de salvaguardar o modelo clássico de imputação e de princípios para o núcleo intangível dos delitos, aos quais se assinala uma pena de prisão’. Em contrapartida, a propósito do Direito Penal econômico, por exemplo, caberia uma flexibilização controlada das regras de imputação (a saber, responsabilidade penal das pessoas jurídicas, ampliação dos critérios de autoria ou da comissão por omissão, dos requisitos de vencibilidade do erro etc.), como também dos político-criminais (por exemplo, o princípio de legalidade, o mandato de determinação ou o princípio de culpabilidade) (...)”.⁷³²

“Uma ciência penal orientada às consequências deve considerar ao menos que também no Direito Penal as boas intenções podem originar maus resultados e que, ademais, é possível que as consequências inadvertidas predominem sobre as desejadas”.⁷³⁵

Mostrando-se mais esperançoso no que concerne à capacidade do Direito Penal de se auto-superar e regular os novos desafios submetidos a sua tutela, afirma FIGUEIREDO DIAS:

“Deste modo há o direito de esperar que os novos e grandes perigos da sociedade pós-industrial possam ser contidos dentro de limites ainda comunitariamente suportáveis, num quadro axiológico regido pelos valores da vida, da dignidade humana e da solidariedade; e comunitariamente suportáveis tanto por nós próprios, como pelas gerações futuras que temos todos o dever indeclinável de, dentro de nossas forças e da nossa previsão, proteger”.⁷³⁶

E continua, aludindo aos versos de Hölderlin no poema *Patmos*:

“... Mas onde há o perigo/cresce também o que salva”. Todavia, nem por ser assim ganhamos o direito à resignação, à comodidade das coisas feitas, à imobilidade preguiçosa sobre os resultados já alcançados, à indiferença perante a novidade e a transformação”.⁷³⁷

BUERGO parece sintetizar, de modo singelo e objetivo, as três vertentes orientativas do atual Direito Penal: a) Direito Penal como está, para novos âmbitos; b) Direito Penal adaptado/flexibilizado aos novos âmbitos e c) Renúncia a tratar os novos âmbitos por meio do Direito Penal.⁷³⁸

Todo estudioso pode parecer neófito, sujeito a falhas de julgamentos, postulados e proposições, quando trata de investigar as tendências do Direito Penal na sociedade globalizada, ágil e mutante. Não raro os inícios dos pronunciamentos dos maiores *experts* do Direito Penal da atualidade

⁷³⁵ PRITTWITZ, C. **Sociedad del riesgo y derecho penal**, p. 153.

⁷³⁶ DIAS, J. F. **O direito penal entre a “sociedade industrial” e a “sociedade do risco”**, p. 65. In Revista Brasileira de Ciências Criminais, 2001.

⁷³⁷ DIAS, J. F. Idem, p. 65.

⁷³⁸ BUERGO, B. M. Obra citada, *passim*.

demonstram prudência e cautela quando se trata de apontar com maior grau de concretude o caminho que a intervenção penal trilhará. Muito ainda será preciso estudar para compreender efetivamente o que se deve esperar do Direito Penal impactado pelo paradigma do risco. Um Direito Penal de dupla velocidade ou um Direito de Intervenção? Um Direito nuclear, “despido” da “modernidade” ou expandido, agasalhado por ela?

A propósito do futuro do Direito Penal, e sua dogmática, vale citar ORDEIG:

“... porque a existência do Direito Penal é imprescindível e não depende em nada da possibilidade de demonstrar a livre decisão humana no caso concreto, porque toda idéia jurídica progressista necessita de uma formulação legal que será tanto mais perfeita e eficaz quanto mais alto seja o nível científico-jurídico, porque uma ciência desenvolvida do Direito Penal é a que torna possível controlar os tipos penais, porque a pena é um meio necessário e terrível de política social, porque temos que o viver com o Direito Penal, por tudo isso: a dogmática jurídico-penal tem um futuro”.⁷³⁹

Neste trabalho, pautado pelo Direito Penal mínimo, entende-se que a intervenção penal estatal está voltada à proteção de bens jurídicos, e que se deve privilegiar o respeito aos princípios garantistas que constituem o cimento do próprio sistema penal. Embora se reconheça a força dos argumentos que pugnam por uma forte expansão do Direito Penal, somente se admite como racional e salutar, a parcimoniosa expansão do Direito Penal a outros âmbitos desde que respeitado o arcabouço teórico representado pelo sistema garantista.

Nota-se, de outro vértice, que a realidade muitas vezes atropela a dogmática. Que a *communis opinio doctorum*, em intenso diálogo com a sociedade e com a síntese das melhores idéias e propostas dos âmbitos que influenciam o sistema penal, possa assentar os pilares de um Direito Penal que enseje mais qualificada intervenção, ideal para a correta regulação e a busca da emancipação dos homens.

⁷³⁹ ORDEIG, Enrique Gimbernat. **O futuro do direito penal**, p. 44.

Que auxilie a preparar o terreno para as futuras gerações, sem destruir - em nome da utópica e integral segurança - o ambiente de busca do menor sacrifício e da maior liberdade da geração atual. Que nunca desista de intervir na melhor medida possível em homenagem à dignidade e ao bem-estar das pessoas que atualmente habitam o planeta.

Lembre-se, a respeito, que toda intervenção penal, como remédio amargo, mas necessário, é acompanhada de esperanças, umas mais realistas, outras mais românticas. No entanto sua realidade incisiva e expansiva tem sido acompanhada de frustrações e, permita-se a colocação, pela criação de significativos perigos – decorrentes do mau uso do sistema – justamente para combater os mega-riscos. Que o convívio atual (ou a busca diuturna) em direção às leis claras, precisas, proporcionais, justas, acompanhadas de um processo penal com elas sintonizadas, propicie o molde de um Direito Penal à altura das melhores expectativas daqueles que virão.

6 CONCLUSÃO

1) O paradigma da modernidade está em crise. A globalização acentuou as desigualdades ao invés de reduzi-las. O Estado não parece suficientemente forte para realizar a necessária redistribuição de riquezas, nem para contrapor-se às forças vulneradoras do tecido social. Um dos possíveis inimigos da sociedade estaria no globalizado “poder privado carente de deveres” (Capella), que modelaria até a vontade estatal.

2) Com base nos estudos sociológicos, fazendo-se especial referência à Beck, foi desenvolvido o paradigma do risco e a figura da sociedade do risco. A sociedade foi examinada sob a perspectiva do risco, pela qual a produção social de riquezas vem acompanhada pela produção social de riscos. Os riscos decorrentes das diferenças de classes, embora não ignorados, são relativizados em face da igualitária submissão de todos aos mega-riscos. A sociedade de classes teria como ideal a solidariedade na luta contra a miséria e pela igualdade. A sociedade do risco teria como ideal a solidariedade na luta contra o medo e em favor da segurança.

3) Os riscos envolvem a possibilidade de catástrofes de mega-proporções e representam auto-ameaça civilizatória. São reflexos deletérios do desenvolvimento industrial avançado e recaem sobre a própria sociedade (modernidade reflexiva – Beck). Referem-se, por exemplo, ao buraco da camada de ozônio, efeito estufa, destruição ecológica decorrente da miséria, desmatamento tropical, uso de tecnologias químicas ou atômicas obsoletas, perigo de contaminação por armas químicas ou biológicas (Stella). Raciocínios e movimentos locais (não globais) seriam insuficientes para equacioná-los.

4) O Direito Penal, como meio de controle social mais forte posto à disposição do Estado, sofreu o impacto do novo paradigma. A carga teórica que acompanha a discussão do paradigma do risco ocasiona variados pontos de atrito com a dogmática penal tradicional, e notadamente com o sistema garantista. Ao lado da criação de novos riscos, antigos riscos são acentuados. Na ótica do novo paradigma seria equivocada a distinção entre homem e natureza, pois aquele seria parte desta.

5) A sociedade do risco gera sensação de insegurança e enseja contrapartida legislativa. A legitimidade e o custo da intervenção devem ser

sopesados, e afastada a realização de um controle simbólico ao revés do instrumental.

às transformações tecnológicas, econômico-sociais, políticas e culturais, objetivando-se a redução dos riscos a elas inerentes.

10) A análise do Direito Penal econômico é importante porque foi um dos mais afetados pelo impacto do paradigma do risco. Seu âmbito de regulação é extenso e existe receio de que venha a se tornar submisso a uma política de ampla intervenção do Estado na esfera particular. O Direito Penal expandido é chamado por estudiosos de Direito Penal do risco. O Direito Penal econômico partilharia com este objeto de proteção, técnicas legislativas e problemas de execução (Aguado).

11) A responsabilidade penal da pessoa jurídica é tema vinculado ao Direito Penal econômico e sofreu especial influência do paradigma do risco. Apesar de forte resistência de setores importantes da doutrina, os autores utilizados na presente investigação evidenciaram propensão ao acatamento dessa responsabilização, lastreada na teoria da realidade.

12) O Direito Penal do risco mostra sua face expansionista, com especial força no tipo penal, mas também se manifesta em outros fenômenos expansivos. O impacto do discurso do risco sobre o sistema penal pode ser notado, de início, pelo adiantamento do tradicional momento de tutela penal. Classicamente a tutela se conecta à proteção contra danos ou perigo (concreto) de danos aos bens jurídicos. Com o objetivo de evitar os megariscos, ela se antecipa, normalmente por meio do tipo de perigo abstrato. O modelo típico expansionista gera preocupações ligadas à debilitação dos princípios da legalidade e lesividade, entre outros.

13) O Direito Penal do risco apela para o excessivo emprego das normas penais em branco. Com base no peculiar caráter técnico e mutante afeto aos novos riscos, o sistema passa a realizar remissões a outras instâncias formais, mais céleres no fornecimento do complemento normativo. Trata-se de uma técnica preventiva e arriscada. Há o risco de deslegitimação do Direito Penal e a causação de consequências possivelmente em desacordo com a certeza e a justiça da norma penal.

14) Adicione-se o alargamento do âmbito de regulação penal e o uso do tipo penal supra-individual. Em razão dos novos riscos, e do chamamento do direito para regulá-los, o emprego específico do Direito Penal foi entendido como imprescindível com base na idéia de que, para os riscos mais

importantes, dever-se-ia aplicar a tutela estatal mais reforçada. Observa-se igualmente um prestigamento dos bens penais supra-individuais. Fornece amostra do fenômeno expansivo, no Brasil, o contido nas leis: L. 9.613/98 – Lavagem de Capitais; L. 9.609/98 – Proteção da propriedade intelectual de programa de computador; L. 9.605/98 – Crimes contra o meio ambiente etc.

15) Outro fenômeno importante são os delitos de acumulação. Observados individualmente não causam qualquer dano ou perigo de dano ao bem jurídico protegido. Para se dimensionar o efetivo dano é preciso verificar a reiteração daquela conduta durante certo transcurso de tempo. O nexos causal entre a conduta e o resultado é feito, via de regra, por um nexos normativo, ou seja, não se exige a prova científica cabal de que aquela conduta individualizada e especificamente analisada foi a efetiva causadora do dano. Assenta-se a responsabilidade penal em juízos técnicos ligados a limites calculados mediante equações de probabilidades.

16) Adotar uma teoria preventiva e assentada normativamente possibilita a construção de um Direito desconectado de suas raízes cravadas na realidade. Autoriza, ainda, a construção de um Direito Penal do risco voltado às expectativas de seus criadores e por eles direcionado. A criatura é neutra e poderia voltar-se, numa das acepções, contra os inimigos dos homens de bem. Compondo as hostes inimigas está a parcela indesejada da população; ofuscada porque à margem da sociedade de consumo; por questionar a propriedade privada sem fim social; por reclamar da opressão e da desumanidade carcerária; por não possuir emprego e nem muitas possibilidades de obtê-lo; ou mesmo porque não são humanos, no sentido lembrado por Prittwitz ao aludir a Jakobs.

17) De outro lado, poder-se-ia ponderar que um Direito Penal do risco voltar-se-ia, em verdade, ao combate urgente e necessário aos novos riscos. Tal instrumento reforçaria o poder Estado contra as megacorporações (o poder privado carente de deveres), responsáveis em grande parte pelos novos riscos. Receia-se, no entanto, que as mazelas que caracterizam o Direito Penal clássico, tais como a seletividade, o descompasso entre a esperança e a realidade do sistema punitivo, a evidente arbitrariedade estatal, perdure, e que a intervenção continue voltando-se contra o fraco, o débil, o pequeno e o médio empresário nacional; enfim, que consista em instrumento de reforço do *status*

quo e de proliferação do atraso, agudizando as injustiças. A história do Direito Penal tem demonstrado que quanto maior a intervenção maior o cometimento de arbitrariedades, sem ganhos significativos de eficácia do sistema punitivo.

18) É fundamental indagar-se sobre a idoneidade do Direito Penal como reação às novas fontes de perigo e para preservar o futuro (Prittwitz). Hassemer defende seu retorno ao âmbito de atuação clássico. Prittwitz mostra-se receoso à expansão porque se preocupa com a má-utilização do Direito Penal. Segundo o autor, das boas intenções há uma relevante possibilidade de surtirem maus resultados. Stratenwerth, Schünemann, e Tiedemann evidenciam simpatia ao Direito Penal expandido, e apresentam sistema teoricamente articulado, nitidamente preventivo, como apto a prover soluções aos novos desafios. Silva Sánchez e Buján Perez estão em sintonia com a expansão do Direito Penal, porém com características diferenciadas dos anteriores doutrinadores já citados. Em Figueiredo Dias transparece a esperança de que a mesma humanidade que foi responsável pela criação dos riscos encontre o respectivo antídoto, incluindo-se ingredientes do Direito Penal.

19) São apontadas como possíveis soluções do Direito Penal no atendimento aos novos riscos: a) o Direito Penal de intervenção: fora do sistema penal, é mais ágil e menos garantista; b) Direito Penal de duas velocidades: dentro do sistema penal, é mais célere e menos garantista quando se trata das infrações para as quais não está prevista a pena privativa de liberdade, mais lento - e garantista - quando trata dos delitos para os quais não é prevista a pena de prisão; c) outras tendências, a maioria acolhendo a expansão do Direito Penal.

20) É possível registrar a esperança de que o novo Direito Penal esteja à altura da expectativa das novas gerações, sem que para isso tenha-se de sacrificar o bem-estar da atual sociedade, em nome de uma utópica, invisível e muitas vezes simbólica segurança.

7 REFERÊNCIAS

- ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **Sistema penal máximo X Cidadania mínima: códigos da violência na era da globalização**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2003.
- AGUADO, Paz Mercedes de la Cuesta (coord.). **Derecho Penal Económico**. Mendoza: Ediciones Jurídicas Cuyo, 2003.
- AGUIRRE, Eduardo Luis. **Bienes jurídicos y sistema penal: una investigación acerca de la racionalidad de la tutela normativa estatal (penal) respecto de los distintos bienes jurídicos**. Buenos Aires: Fabián J. Di Plácido Editor, 2005.
- BACIGALUPO, Enrique (coord.). **Derecho penal económico: parte general**. Buenos Aires: Hammurabi, 2004.
- BACIGALUPO, Silvina. **Responsabilidad penal de las personas jurídicas**. Buenos Aires: Hammurabi, 2001.
- BALCARCE, Fabián I. (coord.). **Derecho penal económico: parte general**. Tomo I, Córdoba: editorial Mediterránea, 2003.
- BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do direito penal: introdução à sociologia do direito penal**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos: Instituto Carioca de Criminologia, 1999.
- BASOCO, Juan M. Terradillos. **Empresa y derecho penal**. Buenos Aires: Ad-hoc, 2001.
- BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**. 10ª ed. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2005.
- _____. **Novas tendências do direito penal**. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2004.
- BECK, Ulrich. **O que é globalização? Equívocos do globalismo e respostas à globalização**. Tradução de André Carone. São Paulo: Paz e Terra, 1999.
- _____. **La sociedad del riesgo: hacia una nueva modernidad**. Barcelona: Paidós Ibérica S. A., 2002.
- BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. Tradução de Torrieri Guimarães. 11ª ed., São Paulo: Hemus, 1995.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal: parte geral**. v. 01, 9ª ed., São Paulo: Saraiva, 2004.
- BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Tradução de Celso Coutinho. Rio de Janeiro: Editora Elsevier, 2004.
- BRASIL, Constituição, 1998. **Constituição da República Federativa do Brasil, 1988**. São Paulo: Saraiva, 2003.
- BRASIL, Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. **Código Penal**. São Paulo: Saraiva, 2003.

BUERGO, Blanca Mendoza. ***El derecho penal en la sociedad del riesgo***. Madrid: Civitas Ediciones, 2001.

CABRAL, Juliana. **Os tipos de perigo e a pós-modernidade: uma contextualização histórica da proliferação dos tipos de perigo no Brasil contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renavan, 2005.

CALLEGARI, André Luís. LYNETT, Eduardo Montealegre. JACKOBS, Günther. MELIÁ, Manuel Cancio. **Direito penal e funcionalismo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2005.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 7ª Ed. Coimbra: Almeida, 2003.

CAPELLA, Juan Ramón. **Os cidadãos servos**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998.

CARVALHO, Salo; CARVALHO, Amilton Bueno de. **Aplicação da pena e garantismo**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2001.

CASTRO, Lola Aniyar de. **Criminologia da reação social**. Tradução de Ester Kosovski. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1983.

CERVINI, Raúl. **Os processos de descriminalização**. Tradução Espanhola por Eliana Granja. 2ª ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995.

CONSULTORIA, Nuclear Tecnologia e. **Área educacional: os acidentes**. Disponível: <<http://www.nuctec.com.br/educacional/index.html>> 01 de janeiro 2007.

CORRÊA JUNIOR, Alceu; SHECAIRA, Sérgio Salomão. **Pena e Constituição: aspectos relevantes para sua aplicação e execução**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995.

DELMAS-MARTY, Mireille. **Os grandes sistemas da política criminal**. Tradução de Denise Radanovic Vieira. Barueri: Manole, 2004.

DESCARTES, René. **Discurso do método**. Tradução de Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

DIAS, Jorge de Figueiredo; ANDRADE, Manuel da Costa. **Criminologia: o homem delinqüente e a sociedade criminógena**. 2ª reimp., Coimbra: Coimbra Editora, 1997.

DIAS, Jorge de Figueiredo. **O direito penal entre a “sociedade industrial” e a “sociedade do risco”**. Revista Brasileira de Ciências Criminais, ano 9, nº 33, jan/mar, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 39-65.

_____. **Questões fundamentais do direito penal revisitadas**. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1999.

DOTTI, René Ariel. **Curso de direito penal: parte geral**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2001.

_____. **A incapacidade criminal da pessoa jurídica: uma perspectiva do direito brasileiro**. Revista Brasileira de Ciências Criminais, ano 3, nº 11, jul-set, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995, p. 184-207.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. Tradução de Ana Paula Zomer Sica, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Novo aurélio século XXI: o dicionário da língua portuguesa**. 3ª ed. totalmente revista e ampliada. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1999.

FERRI, Enrico. **Princípios de direito criminal: o criminoso e o crime**. Tradução de Paolo Capitanio. 2ª ed., Campinas: Bookseller, 1998.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir: história de violência nas prisões**. Tradução de Raquel Ramalhete. 22ª ed., Petrópolis: Editora Vozes, 1987.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de direito penal: parte geral**. 16ª ed., Rio de Janeiro: Editora Forense, 2004.

GALVÃO, Fernando. **Responsabilidade penal da pessoa jurídica**. 2ª ed., Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

GOMES, Mariângela de Magalhães Gomes. **O princípio da proporcionalidade no direito penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

GUARAGNI, Fábio André. **As teorias da conduta em direito penal: um estudo da conduta humana do pré-causalismo ao funcionalismo pós-finalista**. Série As Ciências Criminais no Século XXI, v. 12, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

HASSEMER, Winfried. **Características e crises do moderno direito penal**. Tradução de Pablo Rodrigo Alflen da Silva. Revista Síntese de Direito Penal e Processo Penal, nº 18, fev/mar, São Paulo: Editora Síntese, 2003, p. 144-157.

_____. **Crítica al derecho penal de hoy**. Tradução de Patrícia S. Ziffer. Argentina: Ad-Hoc Editora, 1995.

_____. **Direito penal libertário**. Tradução de Regina Greve. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

_____. **Perspectivas de uma moderna política criminal**. Revista Brasileira de Ciências Criminais, ano 2, nº 8, out/dez, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1994, p. 41-51.

HOBBSBAWN, Eric J. **O novo século: entrevista a Antonio Polito**. Tradução de Claudio Marcondes. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.

hpG. **Ação social**. Disponível: <http://www.energiatomica.hpg.ig.com.br/krieg.htm> > 01 de janeiro de 2007.

JAKOBS, Günther. **Sociedade, norma e pessoa**. Tradução de Maurício Antônio Ribeiro Lopes. Barueri: Manole, 2003.

JESCHEK, Hans-Heinrich. **Tratado de Derecho Penal: parte general**. Traducción y adiciones de Derecho español por S. Mir Puig y F. Muñoz Conde, volumen I, Bosch, Casa Editorial S. A., Barcelona, 1981.

JESUS, Damásio E. de. **Direito penal: parte geral**. v. 01, 28ª ed., São Paulo: Saraiva, 2005.

KIST, Atades. **Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica**. São Paulo: LED Editora de Direito, 1999.

LISZT, Franz von. **A teoria finalista no Direito Penal**. Tradução de Rolando Maria da Luz. 2ª ed., Campinas: LZN Editora, 2005.

_____. **A Idéia do Fim do Direito Penal**. Tradução de Hiltomar Martins de Oliveira. 1ª ed., São Paulo: Editora Rideel, 2005.

LOMBROSO, César. **O homem delinqüente**. Tradução de Maristela Bleggi Tomasini e Oscar Antonio Gorbo Garcia. Porto Alegre: Ricardo Lenz, 2001.

LUISI, Luiz. **O tipo penal, a teoria finalista e a nova legislação penal**. Porto Alegre: Fabris, 1987.

LYRA, Roberto. **Criminologia**. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

MACHADO, Marta Rodriguez de Assis. **Sociedade do risco e direito penal: uma avaliação de novas tendências político-criminais**. São Paulo:

PENTEADO, Jaques de Camargo (coord.). **Justiça penal 6: críticas e sugestões**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

_____. **Justiça penal 7: críticas e sugestões**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

PÉREZ, Carlos Martinez-Buján. **Derecho penal econômico: parte general**. Valencia: Tirant lo Blanch, 1998.

_____. **Derecho penal econômico: parte general**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2002.

PODVAL, Roberto (coord). **Temas de direito penal econômico**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

POSTERLI, Renato. **Temas de criminologia**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

PRADO, Luiz Regis. **Bem jurídico-penal e Constituição**. 3ª ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

_____. **Curso de direito penal brasileiro: parte geral**. v. 01, 6ª ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

_____. **Direito penal do ambiente: meio ambiente, patrimônio cultural, ordenação do território e biossegurança (com a análise da Lei 11.105/2005)**, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

_____. **Elementos de direito penal**. v. 01, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

PRITTWITZ, Cornelius. **O direito penal entre direito penal do risco e direito penal do inimigo: tendências atuais em direito penal e política criminal**. Revista Brasileira de Ciências Criminais, ano 12, nº 47, mar/abr, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, p. 31-45.

_____. **Sociedad del riesgo y derecho penal**. In: José Luiz Gusmán Dalbora (coord.). El penalista liberal: controversias nacionales e internacionales en derecho penal, proceso penal y criminología. Buenos Aires: Hammurabi, 2004, p. 147-179.

QUEIROZ, Paulo de Souza. **Do caráter subsidiário do direito penal: lineamento para um direito penal mínimo**. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.

RAMOS, Enrique Peñaranda; GONZÁLEZ, Carlos Suárez; MELIÁ, Manuel Canciό. **Um novo sistema do direito penal: considerações sobre a teoria de Günther Jakobs**. Tradução de André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. São Paulo: Editora Manole, 2003.

RAMOS, João Gualberto Garcez. **Textos selecionados: a inconstitucionalidade do “Direito Penal do Terror”**. Textos Selecionados, v. 03, Curitiba: Juruá, 1991.

RIBEIRO, Viviane Martins. **Tutela penal nas atividades nucleares**. In: Luiz Regis Prado (coord.), Série Ciência do Direito Penal Contemporânea, v. 06, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

RIPOLLÉS, José Luis Díez. **A racionalidade das leis penais, teoria e prática**. Tradução de Luiz Regis Prado. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

ROTHENBURG, Walter Claudius. **A pessoa jurídica criminosa**. Curitiba: Juruá, 1997.

ROXIN, Claus. **Política criminal e sistema jurídico-penal**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

SALDAÑA, Quintino. **Nova criminologia**. Tradução por Alfredo Ulson e V. de Alcântara Carreira. Campinas: Russel Editores, 2006.

SÁNCHEZ, Jesús-María Silva. **Eficiência e direito penal**. Tradução de Maurício Antonio Ribeiro Lopes. Coleção Estudos de Direito Penal, v. 11, Barueri: Manole, 2004.

_____. **A expansão do direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais**. Tradução de Luiz Otávio de Oliveira Rocha. Série "as ciências criminais no século XXI", v. 11, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

SANCTIS, Fausto Martin. **Responsabilidade penal da pessoa jurídica**. São Paulo: Saraiva, 1999.

SANTORO FILHO, Antonio Carlos. **Teoria do tipo penal**. Leme: Editora de Direito, 2001.

SANTOS, Boaventura de Souza. **Para um novo senso comum: a ciência, o direito e a política na transição paradigmática**. v. 01, 3ª ed., São Paulo: Cortez, 2001.

SANTOS, Juarez Cirino dos. **Teoria do crime**. São Paulo: Editora Acadêmica, 1993.

_____. **A criminologia radical**. Curitiba: ICPC Editora e Lumen Juris Editora, 2006.

SCHMIDT, Andrei Zenkner. **A criminalidade moderna nas concepções de Hassemer e Silva Sánchez**. Revista Jurídica, nº 284, jun/2001, p. 62-78.

SGUBBI, Filippo. **El delito como riesgo social: investigación sobre las opciones en la asignación de la ilegalidad penal**. Tradução e estudo preliminar de Julio E. S. Virgolini. Buenos Aires: Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, 1998.

SHECAIRA, Sérgio Salomão. **Criminologia**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

_____. (coord.). **Estudos criminais em homenagem a Evandro Lins e Silva, criminalista do século**. São Paulo: Editora Método, 2001.

_____. **Responsabilidade penal da pessoa jurídica**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998.

SCHÜNEMANN, Bernd. **O direito penal é a ultima ratio da proteção de bens jurídicos: sobre os limites invioláveis do direito penal em um Estado de Direito liberal**. Tradução de Luís Greco. Revista Brasileira de Ciências Criminais, ano 13, nº 53, mar/abr, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 09-37.

SICA, Leonardo. **Direito penal de emergência e alternativas à prisão**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

SILVA, Ângelo Roberto Ilha da. **Dos crimes de perigo abstrato em face da Constituição**. Editora Revista dos Tribunais, 2003.

SILVA, De Plácido e. **Vocabulário jurídico**. Atualizadores Nagib Slaibi Filho e Gláucia Carvalho. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2006.

SILVA, Pablo Rodrigo Aflen da. **Leis penais em branco e o direito penal do risco: aspectos críticos e fundamentais**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Júris, 2004.

SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. **Direito penal supra-individual: interesses difusos**. Série Ciência do Direito Penal Contemporânea, v. 03, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

_____. **Direito penal econômico como direito penal de perigo**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

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

STELLA, Frederico. **Direito penal e sociedade do risco**. Revista Síntese de Direito Penal e Processual Penal, v. 05, nº 30, fev/mar, Porto Alegre: Síntese, 2005, p. 43-63.

SOUZA NETO, Cristiano. **A responsabilidade penal da pessoa jurídica no âmbito do direito penal ambiental brasileiro**. Dissertação de Mestrado. Curitiba, 2006.

STRATENWERTH, Günther. **Derecho penal: parte general I. El hecho punible**. 4ª ed., Tradução de Manuel Cancio Meliá e Marcelo Sancinetti. Buenos Aires: Hammurabi, 2005.

TAVARES, Juarez. **Teoria do injusto penal**. 3ª ed., Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

TIEDEMANN, Klaus. **Responsabilidad penal de personas jurídicas y empresas em derecho comparado**. Revista Brasileira de Ciências Criminais, ano 3, nº 11, jul-set, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995, p. 21-35.

TIEGHI, Osvaldo N. **Criminalidad: ciencia, filosofía y prevencion**. 1ª ed., Buenos Aires: Editorial Universidad, 2004.

TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos de direito penal**. 5ª ed., São Paulo: Saraiva, 1994.

TOZZINI, Carlos. A. **Garantias constitucionales en el derecho penal**. Buenos Aires: Hammurabi, 2005.

VALDÁGUA, Maria da Conceição (coord.). **Problemas fundamentais de direito penal: homenagem a Claus Roxin**. Lisboa: Universidade Lusíada Editora, 2002.

VALLEJO, Manuel Jaén. **Cuestiones actuales del derecho penal econômico**. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2004.

WELZEL, Hans. **O novo sistema jurídico-penal: uma introdução à doutrina da ação finalista**. Tradução por Luiz Regis Prado. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.

_____. ***Derecho penal aleman.*** 4ª ed., Tradução do alemão pelos professores Juan Bustos Ramírez e Sergio Yañez Pérez. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1993.

WESSELS, Johannes. ***Derecho penal: parte general.*** Buenos Aires: De Palma, 1980.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro: parte geral.** 5ª ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

FONTES ELETRÔNICAS

www.folha.uol.com.br

www.folha.uol.com.br

www.aenoticias.pr.gov.br

www.clipping.planejamento.gov.br

Deposite-se na Secretaria do Mestrado.

Curitiba, ____/____/____

Professor (a) Orientador (a)