

A descriminalização como mandamento constitucional em face da expansão do Direito Penal na atualidade

*O proibir um sem número de ações indiferentes não é prevenir os delitos que possam acontecer, mas é um criar novos delitos, é um definir a seu bel-prazer a virtude e o vício, que nos são anunciados como eternos e imutáveis (Cesare Beccaria, em *Dos delitos e das penas*).*

Aline Mota de Oliveira

Advogada criminalista. Graduada pela Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia.

Resumo: O presente estudo tem por escopo traçar um panorama relativo aos principais aspectos da expansão do Direito Penal na atualidade bem como analisar a importância da noção de bem jurídico-penal como referente material (padrão crítico) para a (des)criminalização. Ademais, tendo em vista a atual conjuntura do Direito Penal, fruto do surgimento de novos tipos penais em um ritmo acelerado, discute-se a necessidade de novas iniciativas descriminalizantes assim como a possibilidade de desenvolvimento de novo(s) sistema(s) sancionatório(s) para disciplinar(em) condutas que, ainda hoje, permanecem tuteladas de modo inapropriado pelo Direito Penal.

Palavras-chave: Direito penal. Bem jurídico-penal. Expansão do Direito Penal. Descriminalização.

Abstract: The present essay intends to trace a general panorama of the main aspects of de Criminal Law expansion, as well as analyzes the importance of the notion of criminal legal good as substantive reference to the (des)criminalization. Furthermore, because the actual conjecture of the Criminal Law, consequence of accelerated emergence of new penal types, the need of descriminalization initiatives has been discussed, as well as the possibility of development of new punishment system(s) to conducts discipline that remains amiss protected by Criminal Law.

Keywords: Criminal Law. Criminal legal good. Criminal Law expansion. Descriminalization.

Sumário: 1 Introdução. 2 A expansão do Direito Penal e seu contexto hipercriminalizante (ou o Direito Penal na atualidade). 2.1 Alguns aspectos da expansão do Direito Penal: causas e consequências. 2.1.1 A era pós-industrial, o fenômeno da globalização, produção e gerência de riscos e as novas formas de criminalidade. Breve esboço acerca da “Sociedade de Risco”. 2.1.2 Mídia de massa, violência e a “institucionalização da insegurança”. 2.1.3 O uso de instrumentos punitivos como resposta simbólica aos conflitos sociais. Breve análise acerca da função simbólica do Direito Penal (ou da pena). 2.1.4 Antecipação da tutela penal. O Direito Penal moderno e o recurso aos tipos de perigo abstrato. 3 (Des)criminalização: um imperativo? 3.1 Algumas distinções necessárias: despenalização, diversificação e descriminalização. 3.1.1 Espécies de descriminalização. 3.2 As categorias do merecimento e “necessidade (carência)” de tutela penal. 4 Alcance da descriminalização: onde é preciso descriminalizar? 5 Conclusão.

1 Introdução

É o Direito Penal o meio de controle social que, de forma mais drástica, interfere na vida dos cidadãos, haja vista sua invasiva ingerência e restrição na liberdade individual, bem como em diversos outros direitos e garantias fundamentais. Essa interferência, contudo, em certas circunstâncias, legitima-se com o propósito de garantir um desenvolvimento social ordenado, além de proteger uma esfera mais ampla de direitos e garantias (individuais e coletivos).

Entretanto, o punitivismo estatal, para ser legítimo, há que observar certos limites (e limites certos), sob pena da sua inadequação ao Estado Social e Democrático de Direito.

Para tanto, a intervenção penal, modernamente, deverá restringir-se a uma concepção material de bem jurídico. Vale dizer, deverá ser a noção de bem jurídico o verdadeiro critério, referente material ou padrão crítico, para a tutela penal e a decorrente incriminação.

Ademais, há que se atentar que a tutela penal não deve alcançar todos os bens jurídicos. Há bens que se apresentam fundamentais ao livre desenvolvimento humano, estes sim deverão importar à tutela penal, obtendo, somente estes, o *status* de bens jurídico-penais.

A par do aduzido, nota-se nos ordenamentos jurídicos uma tendência expansionista do Direito Penal, seja devido ao surgimento de novas formas de criminalidade a ensejarem, merecidamente, uma intervenção em *ultima ratio*, seja devido ao uso indiscriminado de instrumentos punitivos como resposta meramente simbólica aos conflitos sociais.

Com efeito, a característica de “censura extraordinária” do Direito Penal, muito frequentemente, é esquecida, como consequência do recurso, quase que indiscriminado, ao seu caráter simbólico, isto é, a postura legislativa de criminalização de condutas desprovidas dos pressupostos mínimos da tutela penal com o único objetivo de dar a impressão tranquilizadora de solução dos problemas sociais e contenção da criminalidade e violência.

Nesse sentido são as claras palavras do penalista português Jorge de Figueiredo Dias (1983, p. 320):

o legislador foi-se deixando seduzir pela idéia, perniciosa, mas difícil de evitar, de pôr o aparato das sanções criminais ao serviço dos mais diversos fins de política social – e deu assim ênfase ao fenômeno da hipercriminalização.

Diante disso, verifica-se como imperativo a revisão e reversão dos sistemas penais atuais, buscando legitimá-los “não sobre um consenso obtido mercê do medo, e sim sobre conceitos de dignidade penal e carência de tutela penal, pressupostos do movimento de descriminalização.” (SICA, 2002, p. 129).

Nesse passo, exsurge a necessidade, pois, de um estudo sobre as iniciativas descriminalizantes hoje existentes, uma vez que deve ser a descriminalização um mandamento político-criminal, no sentido de expurgar, do âmbito do Direito Penal, todos os comportamentos que não acarretem lesão (ou perigo de lesão) para bens jurídicos

claramente definidos, ou que, ainda quando a acarretem, possam ser contidos ou controlados por meios não penais de política jurídica ou mesmo de política social não jurídica (DIAS, 2007, p. 131).

2 A expansão do Direito Penal e seu contexto hipercriminalizante (ou o Direito Penal na atualidade)

A Ilustração consistiu

na supressão de mitos e na liberação das pessoas de sua “menor idade”, que o Estado, a Igreja e a tradição insistiam em manter. Foi um convite à humanidade para tomar as rédeas de seu destino (AMARAL, 2003, p. 225).

Revelou-se, pois, como um movimento de contestação, de atitude crítica e de luta da razão contra todas as formas de dominação, reflexo de preceitos irracionalmente fundados, característicos do Antigo Regime.

Destarte, o Estado passa a ser compreendido como

aquilo que desperta tanto esperança quanto temor, que cuida e castiga, cuja onipotência tem que servir para, por meio da lei vigente, convertê-lo no servidor das liberdades cidadãs. Esta é a tradição filosófica do Estado Liberal (AMARAL, 2003, p. 225).

Por conseguinte, a Época das Luzes representou uma mudança paradigmática no Direito Penal (o Iluminismo penal) bem como em todo o arcabouço teórico-científico até então existente, configurando-se as ideias iluministas precioso contributo para o Direito Penal moderno, sobretudo pela contenção do punitivismo arbitrário do Absolutismo Monárquico¹, resultante da sistemati-

1 “Até o movimento iluminista, o poder estatal era exercido de uma forma arbitrária, que prescindia do fundamento racional para a tomada de decisões. Foi próprio do

zação de princípios jurídico-penais e da instauração da noção de bem jurídico-penal.

Contudo, hodiernamente, verifica-se, no âmbito do Direito Penal, o abandono da tradição liberal do Estado, germinada no seio do movimento iluminista, fruto da necessidade de limitar a sua intervenção arbitrária e irracional.

Vale dizer, a (má) política criminal contemporânea revela-se erosiva aos princípios penais decorrentes do Estado Democrático de Direito, uma vez que tem, progressivamente, relegado a “postura apoiada em considerações ‘de valor’ (ou principiológicas), em privilégio de uma outra que revela apenas considerações de eficiência e utilidade social” (FIGUEIREDO, 2008, p. 103).

Nesse sentido, atualmente, observa-se, notadamente no seio do Direito Penal, o retorno a uma intervenção estatal irracional, caracterizada por um distanciamento do modelo cunhado pelo Iluminismo, uma espécie de “Contra-Iluminismo”, “cujos limites escapam a uma clara delimitação”, consubstanciada pelo alargamento da intervenção do Estado em domínios penais, resultando numa incriminação hipertrófica. Está-se diante do fenômeno da expansão do Direito Penal². Eis as palavras do penalista português Jorge de Figueiredo Dias (1983, p. 320):

Absolutismo o exercício desmedido do poder, sem parâmetros, sem pautas, sem limites. [...] Na França, como na maior parte dos países europeus (fazendo ressalva louvável à Inglaterra), todo o processo criminal, até a sentença, permanecia secreto: ou seja, opaco, não só para o público, mas para o próprio acusado. O processo se desenrola sem ele ou, pelo menos, sem que ele pudesse conhecer a acusação, as imputações, os depoimentos, as provas. Na ordem da justiça criminal, o saber era privilégio absoluto da acusação. [...] A forma secreta e escrita do processo confere com o princípio de que em matéria criminal o restabelecimento da verdade era para o soberano e seus juízes um direito absoluto e um poder exclusivo. Diante da justiça do soberano, todas as vozes deviam se calar”. AMARAL, Cláudio do Prado. *Princípios penais: da legalidade à culpabilidade*. São Paulo: IBCCRIM, 2003, p. 54 e 55.

- 2 Cumpre, de logo, esclarecer que a atual tendência expansionista do Direito Penal não se confunde com o movimento da “Lei e Ordem”, “de origen norte-americano de la década de los sesenta del siglo XX, que reclamaba una mayor intervención penal

[...] o legislador foi-se deixando seduzir pela idéia, perniciosa, mas difícil de evitar, de pôr o aparato das sanções criminais ao serviço dos mais diversos fins de política social – e deu assim ênfase ao fenômeno da hiper criminalização.

Deveras, há uma tendência dominante nas legislações ocidentais, no sentido de ampliação do âmbito de intervenção penal, decorrente da criação de novos tipos penais e agravamento dos já existentes, culminando na produção assistemática de leis penais incriminadoras em um ritmo acelerado e vertiginoso.

Somam-se a isso inúmeros outros aspectos, como a restrição e debilidade das garantias clássicas do Direito Penal substantivo e do Direito Processual Penal, criação de novos bens jurídico-penais – em sua maioria, de caráter supraindividuais –, ampliação dos espaços de riscos jurídico-penalmente relevantes, flexibilização das regras de causalidade e imputação de responsabilidades e relativização dos princípios político-criminais de garantia, refletindo numa transição do modelo “delito de lesão de bens individuais” ao modelo “delito de perigo (presumido) para bens supra-individuais” (SILVA SÁNCHEZ, 1992, p. 21 e 113).

Trata-se de um fenômeno fruto da velocidade e profundidade com que se tem operado e se operaram as transformações sociais, nos últimos anos, reflexo de um contexto social

fortemente caracterizado pelo aumento da complexidade das relações e, por conseqüência, também dos respectivos espaços de conflitualidade, aos quais, acrescente-se, tem sido invariavelmente chamado a intervir o Direito Penal (D’ÁVILA, 2007, p. 81).

frente a la criminalidad de masas y tenía el soporte del sector social acomodado. Las esferas marginadas de la sociedad y las corrientes intelectuales defensoras de los derechos humanos se opusieron a la aplicación de los postulados de este movimiento”, chamando atenção o autor para o importante dado de que “[...] en la época actual, no obstante, el perfil social que existe sobre la tendencia expansionista contemporánea muestra, por el contrario, una extraña unanimidad” (HOYOS, 2007, p. 68).

Com efeito, a sociedade atual é complexa. Os avanços tecnológicos, científicos, o fenômeno da globalização e seus decorrentes processos de modernização social, a exemplo do uso da energia nuclear e da tecnologia genética, vêm implementando um

extraordinário incremento de las interconexiones causales, la existencia de relaciones causales múltiples, y la sustitución de los contextos de acción individuales por contextos de acción colectivos en los que el contacto interpersonal es reemplazado por una forma de comportamiento anónima y estandarizada. (SCÜNEMANN apud ARANA, 2007, p. 115).

Esse novo contexto social toca em muitos

pontos de tradicional interesse do Direito Penal, dotando, também eles de igual complexidade. Mas não só. Faz também surgir espaços de conflitualidade absolutamente novos, nos quais o chamamento, às pressas, do Direito Penal tem sido, lamentavelmente, uma constante (D'ÁVILA apud ARANA, 2007, p. 83).

Por conseguinte, é notório um câmbio de orientação no sistema penal; nesse sentido constata Arana (2007, p. 115) que

[...] *la descriminalización como objetivo há sido dejado de lado*. Esto se observa en la *agravación del derecho penal político* como reacción frente a actividades terrorista fundamentalistas, frente a actividades terroristas de izquierda y frente a actividades terroristas neofacistas; en el surgimiento y expansión del derecho penal de drogas, del derecho penal del medio ambiente y del derecho penal económico; así como em los esfuerzos por la lucha contra la criminalidad organizada y en el control de las investigaciones científicas a través del derecho penal. (grifo nosso)

A esta nova realidade está relacionado um intricado de causas e efeitos, umbilicalmente relacionado ao inequívoco e patente aludido distanciamento do modelo de Direito Penal liberal, inaugurado no Iluminismo. Passemos a esse aspecto.

2.1 Alguns aspectos da expansão do Direito Penal: causas e consequências

2.1.1 A era pós-industrial, o fenômeno da globalização, produção e gerência de riscos e as novas formas de criminalidade. Breve esboço acerca da “Sociedade de Risco”

A nossa sociedade é, sobretudo, complexa, viés de um fenômeno global imanente às sociedades atuais. Como é cediço, ao colonialismo da revolução mercantil seguiu-se o neocolonialismo da revolução industrial, para hoje nos debruçarmos na era da globalização, fenômeno conseqüente da revolução tecnológica, característico das sociedades pós-industriais³ (ZAFFARONI, 1997, p. 17).

Com efeito, o extraordinário desenvolvimento da técnica ao longo da chamada Era Industrial, com mais intensidade a partir de meados do século XX, produziu uma série de transformações em diversos níveis sociais, conduzindo ao florescimento de uma global e multicomplexa sociedade, inaugurando a chamada Era Pós-Industrial.

Destarte, o processo de modernização hoje vivenciado, ao contrário da modernização do século XIX, que teve lugar com base na negação do seu oposto, o “mundo tradicional”, representa um processo de “radicalização da modernidade, que levou às últimas conseqüências as suas premissas e acabou abalando os próprios pressupostos da sociedade industrial” (MACHADO, 2005, p. 19-20).

Nesse passo, propala-se ser o mundo hodierno uma verdadeira “aldeia global”, haja vista a patente, e cada vez mais intensa,

3 “Se bem que em termos rigorosos e enquanto fenômeno de aproximação e/ou de intensificação de culturas e povos – ‘compressão’ do mundo e entendimento gradual deste como ‘um todo’ – o processo de globalização se tenha vindo desenvolver desde há vários séculos, nomeadamente desde a época das Descobertas, ou seja, qualquer coisa como desde há quinhentos anos, o conceito toma uma grande amplitude, enquanto dotado de ineludível operatividade, tanto em termos acadêmicos como sociais, a partir da década de sessenta, sendo mesmo considerado ‘o sucessor do pós-modernismo’, ‘o conceito dos anos noventa’” (FERNANDES, 2001, p. 34).

integração supranacional. Tal integração representa a noção de um mercado comum entre os Estados, com livre trânsito de pessoas, capitais, serviços e mercadorias, e a correlata eliminação de obstáculos ao livre comércio.

Nessa medida, sustenta Silva Sánchez (1992, p. 79) que “a globalização é um fenômeno em princípio econômico, que se define pela eliminação de restrições às transações comerciais e ampliação dos mercados”.

E mais. Acrescente-se ao fenômeno da globalização da economia a globalização das comunicações, indo além o eminente penalista, ao afirmar que

a globalização das comunicações não é senão a outra face da globalização da economia, que torna premente a necessidade de baratear os custos das transações (e requer, portanto, essa maior rapidez de comunicações) (SILVA SÁNCHEZ, 1992, p. 79).

Na mesma linha de intelecção, está a precisa lição de Paulo Silva Fernandes (2001, p. 16 e 39):

Efectivamente, hoje (finais do séc. XX e princípios do séc. XXI) a sociedade assenta sobretudo no mercado e na informação, cujos principais detentores são as redes de empresas, a uma escala mundial, contrariamente ao século XIX e princípios do séc. XX em que a base era indiscutivelmente o Direito e o capital, com o incremento nunca antes conhecido das instituições e das empresas, ou nos séculos XVIII-XIX, em que o primado do Direito era dado como inquestionável, ao serviço da Administração, instituição então dominante, como não podia deixar de ser numa sociedade industrial primigénia a que ULRICH BECK designou como “sociedade de riscos residuais”, já não falando nos séculos XV-XVII, em que tudo passava pela força, pelo predomínio através da força, traduzido na supremacia do exército [...] numa sociedade globalizante como a actual outra prioridade é a comunicação, não fosse esta sociedade uma sociedade de mercado e de informação, para o que novas ciências começam a ganhar uma importância por

vezes mesmo fascinante, como é o caso da engenharia financeira, da teoria da informação, da informática [...] as novas tecnologias de comunicação e informação, intensificando formas e padrões de comunicação à escala planetária, entre estados, sociedades e pessoas ditas anônimas, neste contexto são, de facto, o substrato essencial de uma séria e real globalização. E esta, sem as redes de comunicação em tempo real, numa palavra, sem a *Internet*, não poderia ser pensada em termos realmente sérios. Este, julgamos, o *quid* à volta do qual tudo gira e sem o qual, em nossa opinião, não seria sequer plausível falar neste determinado processo de globalização.

Mas não é só. Embora a globalização seja apresentada, sobretudo, como um processo no qual os Estados são transformados pela integração econômica, impende salientar que tal fenômeno não é algo simplificado e restrito tão somente ao prisma econômico:

[...] a globalização não ocorre apenas em razão das transformações na economia, mas abrange perspectivas sociais, culturais e política, ou seja, alcança conjuntos de relações sociais [...] nessa angulação, não é possível existir somente um a entidade única denominada “globalização” ou, mais precisamente, “globalização econômica”: o que há são globalizações, uma pluralidade de conjuntos sociais que estão em transformação, fenômenos que acontecem simultaneamente interligados entre si, como a globalização da tecnologia, globalização dos mercados, globalização da cultura etc. (SILVA, 1998, p. 82).

A globalização é um conceito fluido e poroso (BICUDO, 1998, p. 97), revelando-se, também, internamente na organização política dos Estados e, externamente, nas relações entre estes⁴. Nessa linha cognitiva aduz Paulo Silva Fernandes (2001, p. 16-17):

4 Luiz Flávio Gomes e Alice Bianchini (2002, p. 17 e 19), com base no pensamento de Ignácio Ramonet, elencam doze características da globalização, a saber: a inequívoca hegemonia política dos Estados Unidos; a grande transformação que se deu no conceito de valor estratégico; a profunda mudança no conceito de Estado-Nação ou Estado nacional; o fim do papel dos Estados como geoatores da globalização, passando a exercê-lo os organismos internacionais ou intergovernamentais, assim como os grandes grupos econômicos, industriais e “midiáticos”; a preponderância do sistema democrático como regime político e a desnacionalização como meta econômica; o fim da verticalização e hierarquização do exercício do poder; a profunda mudança na iden-

Longe vão efectivamente os dias em que predominava a empresa privada e a liberdade econômica, próprias de um Estado liberal. E também começa a estar ultrapassada a economia privada mitigada pelo forte intervencionismo do sector público, peculiar do Estado intervencionista e Social, de um Estado que era também empresário, concorrendo muitas vezes com os privados, sobretudo em nível (sic) da oferta de serviços públicos. Hoje a palavra-chave da economia é sem dúvida a economia de mercado regulada, em que o sector público vai sendo cada vez mais reduzido, assistindo-se mesmo a uma mudança na atitude do Estado, uma vez que deixa de ser o regulador do funcionamento do mercado, permitindo, e às vezes fomentando mesmo, a regulação pelas próprias empresas, ou seja, a auto-regulação [...] Desde há décadas que as decisões políticas tomadas num estado-nação se fazem sentir extra-fronteiras, ou que, mesmo, dá-se o fenómeno inverso de muitas e fulcrais dessas decisões serem tomadas extra-muros, em sede organizações internacionais, com competências decisórias múltiplas e provenientes de transferências de poderes e soberanias estaduais, em sede consensual [...] e que se fazem sentir dentro de portas não de um mas de vários estados.

É nesse contexto global e a partir dele que se constata que os avanços tecnológicos, científicos e, em grande medida, o fenómeno da globalização converteram a sociedade tradicional, de outrora, em uma sociedade ameaçada por riscos, uma vez que se observam riscos surgidos como consequência dos processos de modernização social. Com base em uma perspectiva sociológica, afirma-se que vivemos em uma *sociedade de risco* (ARANA, 2007, p. 114)⁵.

Malgrado a história da humanidade tenha sempre sido permeada por riscos impostos ao homem e produzidos por este, diferem-se eles ao longo da construção histórico-social, jamais havidos na

tidade pessoal; enfermidades, epidemias, catástrofes naturais, terrorismo e corrupção como as grandes ameaças; o patente incremento das desigualdades socioeconômicas e culturais, fazendo dividir a população em englobados e excluídos; a globalização financeira; a mutação tecnológica; a profunda transformação do Direito e dos direitos.

5 Cumpre, desde logo, ressaltar que o consagrado conceito de “sociedade de risco”, “sociedade do risco” ou, ainda, “sociedade de riscos” (*Risikogesellschaft*) foi desenvolvido pelo sociólogo alemão Ulrich Beck.

proporção atual. Nesse sentido, claro é o magistério de Renato de Mello Jorge Silveira (2006, p. 37):

Seguramente, os níveis de mortalidade e perigo impostos à humanidade nunca atingiram em espaço temporal tão curto, igual proporção. De fato, os riscos ao indivíduo hoje são muito menores do que na Idade Média, onde o risco à vida era uma constante. Mas a partir da industrialização e, notadamente, após a chamada pós-industrialização, eles, em termos coletivos, em muito, se majoraram.

Decerto, a própria configuração da sociedade industrial referia-se, ainda, a riscos que desafiavam a existência, individual e comunitária, que provinham de acontecimentos naturais ou derivavam de ações humanas próximas e delimitadas, para disciplina das quais era suficiente a tutela dispensada a clássicos bens jurídicos individuais e tangíveis como a vida, a integridade física, a saúde, o patrimônio etc., sendo, pois, bastante, o rol puramente individualista dos bens jurídicos penalmente tutelados e, assim, o modelo de um Direito Penal liberal e antropocêntrico (DIAS, 2001, p. 43-44).

A expressão “sociedade de risco” reflete o modelo pós-industrial de uma sociedade agudamente tecnológica e massificada, na qual os riscos geram danos globais incalculáveis e, muitas vezes, irreparáveis, que produzem efeitos em todos os cidadãos e nascem de decisões humanas (HOYOS, 2007, p. 55); portanto, riscos tidos como artificiais. Eis as palavras do renomado penalista Díez Ripollés (2008, p. 74):

[...] la generalización en la sociedad moderna de nuevos riesgos, afectantes a amplios colectivos, y que podrían ser calificados como artificiales en cuanto producto de nuevas actividades humanas, en concreto, serían consecuencias colaterales de la puesta en práctica de nuevas tecnologías en muy diversos ámbitos sociales; tales riesgos resultan de difícil anticipación y suelen basarse en fallos en el conocimiento o manejo de las nuevas capacidades técnicas.

Outrossim, observa-se que os riscos dessa nova configuração social se apresentam de forma universal, uma vez que são,

ao mesmo tempo, específicos e inespecíficos localmente (Hoyos, 2007, p. 55), podendo ameaçar uma quantidade indeterminada de pessoas. Assim manifesta-se Ulrich Beck (1998, p. 42-43):

A la producción industrial le acompaña un universalismo de los peligros, independientemente de los lugares de su producción: las cadenas de alimentos conectan en la práctica a todos los habitantes de la Tierra. Atraviesan las fronteras. El contenido en ácidos del aire no ataca solo a las esculturas y a los tesoros artísticos, sino que ha disuelto ya desde hace tiempo las barreras aduaneras modernas. También en Canadá dos lagos tienen mucho ácido, también en las cumbres de Escandinavia se mueren los bosques. Esta tendencia a la globalización tiene consecuencias que en su generalidad son a vez inespecíficas. Donde todo se transforma en peligros, ya no hay nada peligroso.

Nesse passo, na esteira do pensamento de Gustavo Balmaceda Hoyos (2007, p. 70), pode-se inferir que os seus efeitos nocivos

son incalculables e impredecibles, y reúnen causalmente lo que está separado por el contenido, por el espacio y por el tiempo, y de esta manera se colocan al mismo tiempo en un nexo de responsabilidad social y jurídica.

A temática social passa a ser de incerteza e incontrollabilidade dos acontecimentos (PELUSO, 2002, p. 177).

Nessa linha cognitiva a lição de Paulo Silva Fernandes (2001, p. 60-61):

O conceito de risco troca as voltas à noção de tempo, passado presente e futuro: o passado perde o seu poder de determinação do presente. Luhman refere-se, em termos claros, a uma nunca antes experimentada ruptura da “continuidade entre passado e futuro”[...] Não só a noção do tempo é afectada pelos novos riscos. Também a noção de espaço, que se encurta, ou se funde em um só conceito, que se pode definir como de “glocalidade” (a expressão é de Robertson, utilizada por Beck), isto é, que os novos riscos são simultaneamente locais e globais. Os seus efeitos são transfronteiriços, expandindo-se por vezes através de longas regiões do globo terrestre, bem como

tornam muito difícil, quando não impossível o cálculo do círculo de pessoas e bens afectados por eles. As novas ameaças transcendem tanto as *gerações* como as *nações* [...] a “aldeia global” torna-se efectivamente pequena no que toca aos grandes riscos [...]

Com efeito, esse novo paradigma revela-se notável pelo excessivo e desenfreado desenvolvimento da técnica, que desencadeia, muitas vezes, consequências negativas. Nesse diapasão, Silva Sánchez (1992, p. 29) chama atenção, principalmente, para aqueles riscos de “procedência humana como fenómeno social estrutural”, uma vez que, não raro, “boa parte das ameaças a que os cidadãos estão expostos provém precisamente de decisões que outros concidadãos adotam no manejo dos avanços técnicos”; vale dizer, na esteira de Albrecht (apud FERNANDES, 2001, p. 46), que “as modernas sociedades industriais geram riscos que comprometem a continuidade da própria sociedade”.

De acordo com o sociólogo Ulrich Beck (1998), tessitura social de tal monta é reflexo do processo por ele denominado de “modernização reflexiva”, contraponto da chamada “modernização simples”. Na lição de Marta Rodriguez de Assis Machado (2005, p. 19):

[...] tal divisão abalou o equilíbrio entre as condições de continuidade e ruptura da modernidade, o que se reflete nos contrastes entre a sociedade industrial clássica e a nova configuração social, a qual Beck denomina sociedade mundial do risco.

A “modernização reflexiva” significa uma nova dimensão da modernização, decorrente da “modernização simples”; esta marcou o período industrial, enquanto aquela derivou do hiperdesenvolvimento da modernidade industrial. Assim, a “modernização reflexiva” pode ser definida como

[...] o estágio em que as formas contínuas de progresso técnico-econômico podem se transformar em autodestruição, em que um tipo de modernização destrói e o modifica. Se a modernização simples ou ortodoxa significou, primeiro, a desincorporação e, depois,

a reincorporação das formas sociais tradicionais pelas formas sociais industriais, então a modernização reflexiva também envolve a desincorporação das formas sociais industriais e a reincorporação de outra modernidade. Entretanto, esse processo se dá de maneira substancialmente distinta do anterior, por ter sido conduzido pelos resultados da própria modernização. (MACHADO, 2005, p. 30).

Nesse sentido, o aparecimento dessa segunda modernidade, por si só, contrapôs-se àquele ideal iluminista, fundado na noção de que “a crescente informação sobre os mundos social e natural traria um controle cada vez maior sobre eles” (MACHADO, 2005, p. 20)⁶, visto que os padrões da primeira modernidade acabaram por ser transformados por processos interligados, a saber: globalização, individualização, revolução de gênero, desemprego e surgimento dos riscos globais.

Desse modo,

as idéias de controlabilidade, certeza e segurança, fundamentais para a modernidade, entram em declínio e isso aconteceu por causa – e não apesar – do conhecimento que acumulamos sobre nós mesmos e sobre o mundo (MACHADO, 2005, p. 20).

De mais a mais, de acordo com Ulrich Beck, o processo de “modernização reflexiva” tem-se desenvolvido a partir de dois momentos consecutivos:

De primeiro, “os efeitos e as auto-ameaças são sistematicamente produzidos pela industrialização e pelo desenvolvimento técnico-econômico, mas escapam das instituições de controle e proteção da sociedade industrial e não se tornam questões públicas ou centro de conflitos políticos. Aqui, o autoconceito de sociedade industrial

6 Dissertando acerca do dogma da razão instrumental, cunhado no Iluminismo, Jorge de Figueiredo Dias (2001, p. 47) aduz ser esta “uma razão instrumental de domínio, profundamente imperialista, que concebe o saber com poder segundo a expressão famosa de Bacon e vê no homem, inebriado por aquilo que Horkheimer chamou a ‘doença da razão’, o dominador absoluto do mundo e da natureza, e que haveria de encontrar na racionalidade do *homo economicus* e no espírito do capitalismo a sua versão sócio-econômica acabada, assente no dogma do progresso material ilimitado da humanidade”.

ainda predomina, bem como permanecem em funcionamento suas estruturas, tanto multiplicando como legitimando as ameaças produzidas por tomadas de decisão”. Agora, vem ocorrendo “o reconhecimento social desses riscos, que passam a ser culturalmente percebidos, construídos, midiaticizados e transpostos à agenda político-ambiental global”. Diante disso, “as instituições de controle da sociedade industrial passam a ser amplamente questionadas: tanto por terem compactuado com a liberação desses riscos como por não conseguirem controlar essas novas ameaças. Vem a lume, nesse momento, a questão da autolimitação do desenvolvimento, assim como a necessidade de serem rediscutidos os padrões de responsabilidade, segurança, controle, causalidade, limitação do dano e distribuição das conseqüências do dano” (MACHADO, 2005, p. 21, 22 e 32).

Em outros termos, na linha cognitiva de Jorge de Figueiredo Dias (2001, p. 46), ao citar Stratenwerth, “o que em tudo isto existe de essencial, é nada menos que inevitabilidade de superação do dogma da *razão técnico-instrumental* ou *razão instrumental calculadora*”, esteio de todo o pensamento moderno.

Esse *novel* paradigma pós-industrial, conforme já aludido, trouxe (e vem trazendo) sérias implicações para o sistema penal, assumindo o Direito Penal uma posição de “marcador dos limites do risco na sociedade pós-moderna” (AMARAL, 2003, p. 226 e 235), uma vez que o Estado, mediante a produção de leis penais, tomou, para si, o papel de aliado na guerra contra os riscos, haja vista a aflição dos indivíduos, em face do surgimento dessas novas ameaças.

Com base na constatação de que tais riscos, quase sempre, são decorrentes de decisões humanas, chegou-se à conclusão de que, talvez, fosse o Direito Penal meio idôneo e eficaz para a sua tutela (SILVEIRA, 2006, p. 97).

Nessa medida, verifica-se, notadamente, uma progressiva incriminação de condutas praticadas em atividades tidas socialmente como arriscadas, como ocorre no que diz respeito ao meio ambiente, à informática, à medicina, à genética etc. (AMARAL, 2003, p. 235).

Desenha-se, assim, o denominado Direito Penal do Risco, elaborado mediante o discurso de ser o Direito Penal adequado às necessidades da atual sociedade pós-industrial, seja como instrumento eficaz de disciplina de condutas, seja como meio de defesa a novos riscos, pretendendo ele, assim, gerar uma ideia de segurança em face das inseguranças sociais.

Nesse sentido, sustenta Raúl Pariona Arana (2007, p. 115):

Con el objeto de proteger los intereses sociales frente a estos riesgos, el legislador ha recurrido al derecho penal. Los esfuerzos del legislador contemporáneo han tenido, y tienen aún, como objetivo la ampliación de los comportamientos penalmente relevantes. Se puede observar un cambio de orientación en sus objetivos: la descriminalización como objetivo ha sido dejado de lado. Esto se observa en la agravación del derecho penal político frente a actividades terroristas fundamentalistas, frente a actividades terroristas de izquierda y frente a actividades terroristas neofacistas; en el surgimiento y expansión del derecho penal de drogas, del derecho penal del medio ambiente y del derecho penal económico; así como en los esfuerzos por la lucha contra la criminalidad organizada y en el control de las investigaciones científicas a través del derecho penal.

Tal panorama é fruto de uma política criminal

abrangente e totalitária, que pune os produtos individualizados do sistema defeituoso. Tal política se baseia na ideia errada de que o direito penal é o melhor e mais eficaz instrumento de direcionamento e controle social (AMARAL, 2003, p. 233).

Nesse diapasão, pugna Hassemer (1995, p. 34):

El Derecho penal abandona la cáscara liberal donde aun se trataba de asegurar un “mínimo ético” y deviene un instrumento de control de los grandes problemas sociales o estatales. Lucha o (mejor) contención de delito le queda demasiado corta como tarea al Derecho penal; ahora se trata de flanquear protección de las subvenciones, del medio ambiente político, de la salud y

de la política exterior. De una represión puntual de lesiones concretas de bienes jurídicos a una prevención a gran escala de situaciones problemáticas.

Diante desse quadro, importa saber se cumpre ao Direito Penal se ocupar da prevenção e do controle das ameaças advindas do desenvolvimento da sociedade pós-moderna, da progressiva especialização das atividades e do seu consecutório crescimento econômico e tecnológico; qual seria a necessidade e legitimidade das intervenções penais na luta contra os riscos?

O Direito Penal, com suas garantias e princípios fundamentais informadores, é capaz de solucionar as novas necessidades, advindas dos novos riscos, ou serão necessárias transformações em seu âmbito, com vistas à construção de um novo sistema penal?

E mais. Para tal tarefa, pode/deve o Direito Penal alterar seus mecanismos clássicos de proteção e/ou criar novos mecanismos em face das necessidades atuais e vindouras?

2.1.2 Mídia de massa, violência e a “institucionalização da insegurança”

A configuração social presente produz uma sensação de insegurança nos cidadãos e nos próprios Estados. Decerto, hodiernamente, verifica-se uma notável demanda por segurança, em face do progressivo aparecimento dos riscos sociais, produzidos no berço de uma sociedade pós-industrial avançada. Nesse sentido, “tal sensação é uma dimensão subjetiva do modelo de sociedade pós-industrial, podendo-se dizer que caracteriza, mesmo, uma marca significativa deste modelo”⁷ (PELUSO, 2002, p. 178).

7 Contudo, assinala o autor, citando o sociólogo Xaver Kaufmann, que “na realidade, a vivência subjetiva dos riscos é claramente superior à própria existência concreta e objetiva dos mesmos (sensibilidade do risco), inclusive porque os novos riscos gerados pela modernidade são compensados com a radical diminuição dos riscos naturais, tais como doenças, catástrofes etc.”.

Por conseguinte, o “binômio risco-insegurança” (HOYOS, 2007, p. 71) cria no Estado, ao revés, uma exigência de provisão das necessidades do presente, transformando-se o Direito Penal em destinatário dos imperativos de segurança por parte da opinião pública, vendo-se forçado a dar respostas práticas ao problema.

Destarte, não tem o Estado administrado corretamente o seu papel de redutor de riscos sociais, uma vez que tem deslocado o foco de atuação para a supressão de liberdades, haja vista o constante recurso ao Direito Penal. Nesse sentido, é no Estado que

se concentram as mais indevidas reações contraproducentes, justamente porque a sociedade não toma a direção e o movimento que lhe cabe, nem cobra do Estado a tradicional posição filosófica liberal (AMARAL, 2003, p. 230).

Nesse diapasão, manifesta-se Cláudio do Prado Amaral (2003, p. 228), citando Mir Puig:

A idéia de que a previsão de uma pena (logo, a criação de um crime) conduz a uma maior seguridade do cidadão é atraente. Existe aí um argumento lógico e verdadeiro, o qual, se não contar com uma coerente contra-argumentação que lhe dê o peso real, fatalmente cairá na aceitação popular, como de fato já ocorreu no inconsciente das massas. O meio eleito para evitar crimes (“intimidação pela previsão de uma pena”) realmente é real, mas não é o que basta para assegurar o controle social, nem é a mais eficiente forma de incrementar a segurança pública.

Um outro viés do aludido clamor social por segurança refere-se, ainda, ao fenômeno da violência, ou melhor, à percepção distorcida que se tem da violência. Sem, simplesmente, negar ou obscurecer a sua presença na sociedade, trata-se, sobretudo, aqui, de uma violência popularizada seletivamente e dramatizada, que faz a sociedade ver na segurança pública o único meio de proteger bens jurídicos (AMARAL, 2003, p. 224). Assim, sustenta Francesc Barata (2000, p. 256):

La sociedad de finales de este milenio esta formada por una ciudadanía que se siente insegura. En la mayoría de los países europeos la seguridad pública es uno de los tres temas que más preocupan a los ciudadanos y todo ello a pesar de que, en dicho continente, han disminuido considerablemente los índices de criminalidad.

Tal sensação subjetiva de insegurança é decorrente, também, de um processo de identificação da coletividade com as vítimas, ante a imaginação dos cidadãos de serem vítimas em potencial; é a “alta probabilidade de o cidadão colocar-se concretamente no lugar de vítima dessa violência [...] ilusão de que todo e cada um certamente será vítima da violência urbana, mais cedo do que se possa imaginar” (AMARAL, 2003, p. 233).

Os meios de comunicação trazem grande repercussão para tal fenômeno, já que são capazes de atingir grandes massas, porquanto na nossa sociedade “cresce a motivação para o aumento das notícias sobre delitos e/ou eventos violentos” (PELUSO, 2002, p. 179), produzindo, pois, uma cultura de violência. Nesse sentido, aduz Vinicius de Toledo Piza Peluso (2002, p. 180):

Na atualidade, a curiosidade pela narração do crime e seu castigo continua presente na sociedade, entretanto, emergiu com uma força enorme no seio dos meios de comunicação de massa, inclusive porque nos encontramos ante uma crise de credibilidade da política, que se transfere para os meios de comunicação, pois, quanto mais decresce o interesse pelas notícias políticas, mais a imprensa procura outras categorias informativas para traduzir o interesse da sociedade—geralmente notícias violentas—, o que, por outro lado, amplia a fronteira entre informação séria e informação trivial, que adquire um maior grau de aceitabilidade.

Destarte, existe uma relação de recíproca implicação entre o discurso sobre o crime e a percepção que a sociedade tem dele, podendo-se sustentar, igualmente, que existe uma “relação sólida entre as ondas de informação e a sensação de insegurança” (PELUSO, 2002, p. 180).

Nessa medida, a problemática da violência passa a ser comunicacional, e não mais experimental, uma vez que não se trata mais de uma “violência experimentada, mas de uma violência comunicada e, portanto, susceptível de manejo político e francamente aberta à dramatização” (AMARAL, 2003, p. 224):

A realidade é, assim, facilmente reconstruída, ou mesmo construída, de acordo com a vontade dos meios, que impõem a sua visão do mundo, a sua problemática, o seu ponto de vista, enfim, o que consideram importante. Tal fato pode causar falsas idéias e representações da realidade nos receptores, inclusive podendo estar carregadas de implicações políticas, que somadas à hipersensibilidade, podem causar medos, fobias e fantasias na sociedade receptora [...] na sociedade atual, insegura e passiva, os meios de comunicação de massa, especialmente a televisão, manipulam as informações por razões de mercado ou mesmo ideológicas e, portanto, manipulam a própria realidade, já que o homem moderno a conhece por intermédio desses meios, especialmente pelas notícias e imagens violentas – que são as que mais vendem – causando e aumentando o medo nas pessoas/espectadores, que, por sua vez, não têm condições de analisar criticamente os fatos que lhes são impostos pela ótica mediática, ocorrendo que os políticos têm plena consciência de tal sistemática e a utilizam para imposições de ideologias que, magicamente, iriam resolver as ansiedades e os medos da população – eleitores em potencial. Por outro lado, os próprios meios de comunicação, sabendo disso, de sua força motora, influenciam os políticos a tomarem medidas para resolver os problemas que são apontados pela sua programação, que, por fim, concretizaria a teoria da profecia que se auto-realiza, ou seja, eu mostro algo como um problema e o Estado reage a ele, portanto, o problema é verdadeiro. A profecia se realizou (PELUSO, 2000, p. 184).

Na esteira desse pensamento, manifesta-se Francesc Barata (2000, p. 266):

Los medios de comunicación hacen pasar los hechos desviados por su lógica productiva. Los manufacturas con un lenguaje, un tiempo y en un espacio determinado. En definitiva con una rutina y unas

fases burocráticas que condiciona el relato informativo que después es consumido por la opinión pública [...] en el discurso mediático sobre la violencia criminal se da, en muchas ocasiones, una fusión entre realidad y ficción que acaba construyendo una nueva percepción sobre el objeto tratado [...] Las informaciones y los programas de ficción etiquetan y estigmatizan determinados comportamientos. Simplifican terriblemente la realidad.

Nesse sentido, pugna Cláudio do Prado Amaral (2003, p. 224):

Uma equação certa para o fracasso do bem jurídico digno de tutela penal: comunicação seletiva da violência + dramatização da violência + politização = eleição da segurança pública como o fim maior do Estado e da sociedade, que precisa ser alcançado a todo custo.

Desse modo, ante a aversão humana ao risco e à violência, nota-se uma sociedade que clama por segurança, exigindo, cada vez mais, do Estado prevenção e solução dos conflitos sociais geradores do risco e da insegurança.

O Estado, por sua vez, tem sido influenciado por tal expectativa social na tomada de decisões político-criminais. Tais decisões, entretanto,

são tomadas não tanto visando modificar a imagem da realidade nos espectadores: não procuram tanto satisfazer as necessidades reais e a vontade política dos cidadãos, senão vir ao encontro da denominada “opinião pública” (BARATTA, 1994, p. 22).

Nesse passo, o Direito Penal tem feito parte de um processo de comunicação social defeituoso, no qual intervém um forte sentimento de constante ameaça representado por um “estado subjetivo de insegurança pública” (AMARAL, 2003, p. 224), tendo sido ele o destinatário de todas essas exigências por segurança, forçando-o a expandir-se⁸.

⁸ Por todos, Hassemer (1999) em *Persona, Mundo y Responsabilidad: bases para una teoría de la imputación en Derecho Penal* (Amaral, 2007, p. 68).

Tal contexto acarreta uma profusão legislativa, ocasionando, pois, efeitos patológicos no sistema penal, uma vez que

o Direito Penal e todo o seu instrumental repressor passam a ser utilizados para a consecução de fins políticos, que acabam se tornando um dos fins centrais do mesmo, justificando-se na opinião pública e na sua demanda por segurança, provocada pelos meios de comunicação (Peluso, 2002, p. 184).

Na esteira desse entendimento, sustenta Cláudio do Prado Amaral (2007, p. 68), com fundamento nas lições de Hassemer, que

A conseqüência dessa apropriação do direito penal para fins expansivos resulta num direito penal militarizado, excessivamente intervencionista, e permite o desenvolvimento de um “Estado Preventivo” ou “Estado de Prevenção”, no qual as garantias penais conquistadas ao longo da história do homem sofreriam quebras.

Por conseguinte, a criminalização, muitas vezes, passa a ser o único ato de governo de que dispõe o Estado para administrar o temor social e acalmar os ânimos sociais, aduzindo Nilo Batista (2003, p. 246) que

prover mediante criminalização é quase a única medida de que o governante neoliberal dispõe: poucas normas ousa ele aproximar do mercado livre [...] porém para garantir o “jogo limpo” mercadológico a única política pública que verdadeiramente se manteve em suas mãos é a política criminal.

2.1.3 O uso de instrumentos punitivos como resposta simbólica aos conflitos sociais. Breve análise acerca da função simbólica do Direito Penal (ou da pena)

Verifica-se, pois, cada vez mais, o uso do Direito Penal pelo Estado como solução rápida a situações aflitivas que causam clamor público.

Recorre-se, indevidamente, ao Direito Penal, sob o falacioso argumento de dar o retorno adequado à criminalidade moderna, quando, em verdade, pretende-se, tão somente, criar uma sensação de segurança jurídica, produzindo, na opinião pública, “uma impressão tranqüilizadora de um legislador atento e decidido” (QUEIROZ, 2008, p. 51), de modo a restaurar a confiança social no Direito e, sobretudo, nas instituições penais.

Nesse diapasão, a doutrina refere-se a esse fenômeno como *função simbólica ou retórica* do Direito Penal ou da pena⁹, haja vista o uso de mecanismos penais como “reação meramente simbólica, cujos instrumentos utilizados não são aptos para a luta efetiva e eficiente contra a criminalidade” (AMARAL, 2003, p. 155-156).

Nessa linha intelectualiva, dissertando sobre o chamado Direito Penal simbólico, assevera Claus Roxin (2008, p. 47):

Este termo é usado para caracterizar dispositivos penais que não geram, primariamente, efeitos protetivos concretos, mas que devem servir à manifestação de grupos políticos ou ideológicos através da declaração de determinados valores ou repúdio a atitudes consideradas lesivas. Comumente, não se almeja mais do que acalmar os eleitores, dando-se, através de leis previsivelmente ineficazes, a impressão de que está fazendo algo para combater ações e situações indesejadas.

9 Esclarece Manuel Cancio Meliá que “os fenômenos de caráter simbólico fazem parte, de modo necessário, do entrelaçamento do Direito penal, de maneira que, na realidade, é incorreto o discurso do Direito penal simbólico como fenômeno estranho ao Direito penal. Efetivamente: desde perspectivas bem distintas, desde a criminologia crítica – e, em particular, desde o assim chamado enfoque do labeling approach – que dá importância às condições da atribuição social da categoria delito, até a teoria da prevenção geral positiva, que entende delito e pena como seqüência de posicionamentos comunicativos a respeito da norma: os elementos de interação simbólica são a mesma essência do Direito penal. Então, o que quer dizer-se com a crítica ao caráter simbólico, se toda legislação penal, necessariamente, possui características que se podem denominar de simbólicas? Quando se usa em sentido crítico o conceito de Direito penal simbólico, quer-se, então, fazer referência a que determinados agentes políticos tão-só perseguem o objetivo de dar a impressão tranqüilizadora de um legislador atento e decidido, isto é, que predomina uma função latente sobre a manifesta” (JAKOBS; MELIÁ, 2005, p. 58-59).

Em um mesmo sentido, sustenta Vinicius de Toledo Piza Peluso (2002, p. 185):

A função simbólica é utilizada pelo legislador como um efeito meramente psicológico sobre a sociedade, não tendo lugar na realidade exterior, pois a opinião pública tem a falsa impressão tranquilizadora de um legislador atento aos problemas e decidido, satisfazendo a todos, e de que o problema está sob controle. Da mesma forma, o legislador tem a impressão de ter, realmente, feito algo útil. Assim, ele cria novos tipos penais e incrementa desnecessariamente as penalidades existentes, derogando, ainda, garantias materiais e processuais dos acusados.

Adverte Hassemer (1995, p.28) que existe certo consenso acerca do fenômeno do Direito Penal simbólico, malgrado não se tenha um conceito preciso e apto do que seja “simbólico” ou de “legislação simbólica”. Eis as suas palavras:

Existe un acuerdo global respecto de la dirección en la cual se busca el fenómeno de Derecho simbólico: se trata de una oposición entre “realidad” y “apariciencia”, entre “manifiesto” y “latente”, entre lo “verdaderamente querido” y lo “otramente aplicado”; y se trata siempre de los efectos reales de las leyes penales. “*Simbólico*” se asocia con “*engaño*”, tanto en sentido transitivo como reflexivo. Asi Hegenbarth opone el “fortalecimiento simbólico de las normas” a la “seguridad de su cumplimiento”; Hill habla de leyes que “no están en situación de efectuar cambios y las cuales sólo tienen funciones simbólicas”; Ryffel vincula “simbólico” con “consecuencias latentes” de las leyes; Noll opone las intenciones del legislador a los efectos reales de las leyes y Amelung contrapone “prestigio” a “efectividad”¹⁰. [grifo nosso]

O simbolismo é uma falsa aparência de efetividade e instrumentalidade, fundamentado em elementos de engano, com base na oposição entre aparência e realidade.

10 Alessandro Baratta (1994, p. 23) esclarece que “o ‘engano’ do qual nos fala Hassemer não é tanto um complot de ‘políticos’ para colocar em ‘xeque’ seu público, mas, sobretudo, a expressão do colapso em que se encontra o sistema decisório representativo devido às disfunções da estrutura política e comunicativa da sociedade”.

Um Direito Penal simbólico é aquele em que os objetivos escamoteados predominam sobre os manifestos, na medida em que visa produzir um impacto tranquilizador na sociedade – objetivo escamoteado – ao invés de proteger, eficazmente, bens jurídicos fundamentais para a convivência. Nesse passo, o simbolismo penal cria um Direito Penal orientado, tão somente, para consequências e resultados.

Nesse mesmo sentido, Hassemer (1995, p. 30) refere-se a funções latentes e manifestas do Direito Penal:

[...] se entiende – como ya expresa la determinación del concepto – por “funciones manifiestas” llanamente las condiciones objetivas de realización de la norma, las que la propia norma alcanza en su formulación: una regulación del conjunto global de casos singulares que caen en el ámbito de aplicación de la norma, esto es, la protección del bien jurídico previsto en la norma. Las “funciones latentes”, a diferencia, son múltiples, se superponen parcialmente unas a otras y son descritas ampliamente en la literatura: desde la satisfacción de una “necesidad de actuar” a un apaciguamiento de la población, hasta la demostración de un Estado fuerte [...] Una predominancia de las funciones latentes fundamenta lo que aquí denomino “engano” o “apariencia” [...].

Destarte, nota-se que a função nitidamente instrumental atribuída ao Direito Penal (função preventiva) vem cedendo espaço à sua função simbólica¹¹. Entretanto, observa-se que os reais objetivos preventivos não podem ser alcançados por um Direito Penal

11 Com base na perspectiva da criminologia crítica, sustenta Alessandro Baratta (1994, p. 23) que: “as funções simbólicas tendem a prevalecer sobre as funções instrumentais. O déficit da tutela real dos bens jurídicos é compensado pela criação, junto ao público, de uma ilusão de segurança e de um sentimento de confiança no ordenamento e nas instituições que tem uma base real cada vez mais fragilizada [...] Na realidade, pretendida função instrumental do direito sempre serviu para estender esses limites, para ocultar as funções simbólicas e políticas da ação punitiva, para mistificar a realidade da pena, como violência institucional e sua ‘função latente’, ou seja, a de reproduzir o subsistema de justiça penal (compreendida sua própria clientela) e servir à reprodução ideológica e material das relações de desigualdade na sociedade”.

simbólico, uma vez que o discurso preventivo que leva consigo não respeita a proteção de bens jurídicos, senão a imagem de um legislador atento, de um Estado forte.

Um Direito Penal simbólico de “funções manifestas e latentes” (ou de “finalidade declarada” e “finalidade perseguida” – BARATTA, 1999) viola os princípios de um Direito Penal liberal, minando, em última análise, a confiança da população no próprio ordenamento e no sistema penal.

Nessa linha de intelecção, sustenta Hassemer (1995, p. 36):

El Derecho penal simbólico se da bajo formas muy diversas: Derecho penal que está menos orientado a la protección del bien jurídico que a efectos políticos más amplios como la satisfacción de una “necesidad de acción”. Es un fenómeno de la crisis de la política criminal actual orientada a las consecuencias [...] Este Derecho penal se aviene a las imágenes de una “inseguridad global” y de una “sociedad de riesgo”. Un Derecho penal simbólico con una función de engaño no cumple la tarea de una política criminal y mina la confianza de la población en la Administración de Justicia.

Por conseguinte, verifica-se que um Direito Penal com fins simbólicos não se apresenta como legítimo, pois se mostra desnecessário para a efetiva proteção de uma convivência pacífica, além de reagir com um rigor desproporcional ao introduzir um sem número de disposições excepcionais e ineficazes, voltadas para um grupo de delitos e de delinquentes determinados¹².

Nesse sentido, conclui Winfreid Hassemer (1999, p. 27):

La explosiva mezcla de grandes “necesidades de actuación” social, de fe casi ciega en la eficacia de los medios jurídico-penales y de los déficit enormes que luego tienen estos instrumentos cuando se aplican en la realidad, puede hacer surgir el peligro de que el

12 Nesse sentido, ROXIN, 2008, p. 48; QUEIROZ, 2008, p. 52.

derecho penal viva de la ilusión de solucionar realmente sus problemas, lo que a corto plazo puede ser gratificante, pero a largo plazo es destructivo.

2.1.4 Antecipação da tutela penal. O Direito Penal Moderno e o recurso aos tipos de perigo abstrato

Atualmente, verifica-se uma ênfase na tutela penal preventiva, vale dizer, uma tendência de criminalização em âmbito prévio, refletindo-se, sobremaneira, no crescente recurso aos delitos de perigo, sobretudo, os tipos de perigo abstrato.

Os tipos de dano diferem dos de perigo, pois, enquanto nos primeiros o resultado típico de uma conduta implica uma lesão, nos segundos exige-se uma colocação em perigo a um bem jurídico, bastando a situação de risco de lesão deste, ocorrendo, desse modo, um nítido adiantamento da proteção do bem a momentos anteriores à lesão¹³.

Por seu turno, os delitos de perigo comportam subdivisões, sendo que a distinção clássica os diferencia em tipos de perigo concreto e tipos de perigo abstrato¹⁴. Eis o magistério de Marta Rodriguez de Assis Machado (2005, p. 129):

[...] se pensarmos o bem jurídico como uma entidade que comporta várias zonas periféricas suscetíveis de proteção, o delito de

¹³ A distinção entre crimes de dano e de perigo remonta aos estudos de Binding e Stübel (SILVEIRA, 2006, p. 104).

¹⁴ “Procurando dar sustento e corpo à idéia intangível de perigo, justificando mesmo sua colocação frente ao Direito Penal, diversos autores têm se esmerado na busca de uma construção doutrinária mais próxima e palpável do que viria a ser tipificado como perigo, ainda que de forma abstrata. Toda uma série de elaborações, levadas a cabo já desde os finais dos anos 60 do século passado, tem feito, não sem razão, com que o estudo dos crimes de perigo se revele como uma das grandes temáticas do Direito Penal moderno”. (SILVEIRA, 2006, p. 120). Nessa medida, com base nos estudos de Horst Schröder, Marcello Gallo e Wilhelm Gallas, foram desenvolvidas novas concepções sobre os tipos de perigo, tais quais: delitos de perigo abstrato-concreto, delitos de resultado de perigo, delitos de mera conduta perigosa, delitos baseados na ausência ou infração de controle administrativo, delitos por acumulação.

lesão atingiria o seu núcleo central, enquanto o delito de perigo situar-se-ia em zonas antecipadas de proteção. Em realidade, pode-se dizer que apenas os tipos de perigo concreto chegam a influir nessas esferas de proteção, pois eles exigem um verdadeiro desvalor de resultado, que consiste, precisamente, na concreta colocação em perigo do bem. Melhor dizendo, embora não se solidifiquem em alterações reais, sensíveis ao bem jurídico – uma vez que não acarretem lesão – devem produzir um tipo de resultado objetivo de *pôr-em-perigo*, que é o atingimento de uma dessas esferas de proteção.

Os delitos de perigo abstrato referem-se a situações perigosas hipoteticamente presumidas, mediante um juízo *ex ante*, uma vez que proíbem a realização de um comportamento imaginativamente perigoso, sem a necessidade de configuração de um efetivo perigo ao bem jurídico.

Desse modo, para a realização do tipo de perigo abstrato, torna-se suficiente, unicamente, a constatação do desvalor da ação, prescindível o desvalor do resultado, considerando-se o elemento do injusto (SILVEIRA, 2006, p. 91). Por conseguinte,

para a consecução desse tipo de delito, não é necessário provar se o perigo foi ou não produzido, bastando apenas a demonstração de que foi executada a conduta que, de um ponto de vista geral e abstrato, foi reputada perigosa (MACHADO, 2005, p. 130).

Los delitos de peligro abstracto se caracterizan por no exigir la puesta en peligro efectiva del bien jurídico protegido. Se consuman con la realización de la conducta abstracta o generalmente peligrosa descrita en el tipo. El peligro es un mero motivo, “ratio” de creación del delito, no el resultado típico del mismo, luego la producción del peligro no es un elemento del tipo del injusto. El comportamiento se tipifica en atención a su peligrosidad general para el bien jurídico, basada en datos de la experiencia común. Por ello se califican también de delitos de peligro presunto, sobre todo en la doctrina italiana, aunque también entre nosotros (MACHADO, 1999, p. 39).

Segundo María Isabel Sánchez García de Paz (1999, p. 38), a maioria dos delitos de perigo, presentes nos ordenamentos jurí-

dicos, são de origem recente, relacionados a uma sociedade fortemente industrializada e tecnológica, a já aludida “sociedade de risco”, cumprindo tais normas funções preventivas, sobretudo, em relação aos riscos de caráter coletivo.

Nessa medida, com fundamento em uma análise histórica, vê-se que a dogmática penal lastreou-se, por muito tempo, no modelo violação-dano, deixando a proteção antecipada de perigos à atividade de polícia da administração.

A complexidade das relações e os crescentes perigos técnicos trouxeram, a partir da segunda guerra mundial, a tutela penal para a disciplina de comportamentos imbuídos de riscos, não só aos direitos individuais como também à realização de direitos supraindividuais (MACHADO, 2005, p. 131), com base no recurso aos tipos de perigo, principalmente os de perigo abstrato.

Pontua Renato de Mello Jorge Silveira (2006, p. 67) que a difusão da noção de antecipação da tutela penal se deu, de forma mais acentuada, a partir de 1982, quando da realização do colóquio da Associação Internacional de Direito Penal, ocasião em que se estabeleceu, na Resolução n. 8, que:

[...] os crimes de perigo abstrato (*per se bans, abstrakte Gefährungsdelikte, délits obstacle*) são meios válidos de combate à criminalidade econômica desde que a conduta proibida seja claramente definida pelo legislador e se relacione diretamente com interesses protegidos claramente identificados. A sua utilização, como simples processo de facilitar a prova não se justifica [...]

Desde então, percebe-se, veementemente, a antecipação da intervenção na esfera penal, nota marcante do Direito Penal moderno, sob o argumento de se garantir a proteção total, e sem lacunas, em face das novas situações de ameaças (BUERGO, 2001, p. 79).

Assim, assevera Marta Rodriguez de Assis Machado (2005, p. 130) que os delitos de perigo abstrato não mais se constituem em exceção ao modelo de Direito Penal que tinha, por fundamento, a lesividade do ato ilícito, passando a integrar o “centro da estraté-

gia jurídico-penal voltada à proteção de bens jurídicos de caráter difuso em face dos novos riscos tecnológicos”. Nesse mesmo sentido, assinala Blanca Mendoza Buergo (2001, p. 78):

Resulta manifiesto que uno de los rasgos que más claramente caracteriza este Derecho penal moderno es la creciente utilización en la mayoría de las reformas penales de la técnica de los tipos de peligro abstracto, así como de delitos de emprendimiento o de consumación anticipada y la punición específica de actos preparatorios, con la finalidad confesada de ampliar la capacidad de respuesta y la eficacia en el control de conductas, puesto que al disminuir estos delitos los requisitos de punibilidad, facilitan enormemente la aplicación del tipo y con ello el alcance de la utilización del instrumento penal.

De acordo com Marta Rodriguez de Assis Machado (2005, p. 132), a profusão de tipos de perigo abstrato relaciona-se à estratégia de utilização de incriminações de mera conduta¹⁵, para coibir violação aos bens jurídicos supraindividuais, uma vez que, nessas situações, difícil é a identificação da ameaça e do ataque ao bem. Nesse passo, aduz:

[...] por se tratar de tipos de mera conduta, faz-se prescindível a demonstração da lesão ou ameaça ao bem jurídico, da complexa e por vezes desconhecida relação de causalidade entre a conduta e o imaginado efeito arriscado, bem como do dolo de lesão. O que deve ser objeto de prova é, tão-somente, a ocorrência, no mundo dos fatos, da ação típica considerada perigosa pelo legislador - o

15 “Mezger, com apurada clareza, afirma que, na estrutura dos tipos jurídico-penais, podem ser bem-vistos os dois modelos ideais distintos de delitos, quer sejam de mera atividade, quer sejam de resultado. Interessante notar que os primeiros cuidam, necessariamente, de situações tidas, na doutrina italiana, como sendo de crimes formais. Lembrando da opinião tida de que muitos crimes formais são de conduta e de resultado, maior monta toma o problema. Manuel Pedro Pimentel não aceitava tais ponderações, afirmando, peremptoriamente, que era contrário a tal entendimento, vez que “[...] os crimes de mera conduta constituem uma categoria autônoma, que não está subordinada ao grupo dos crimes formais, porque, apesar da semelhança genérica existente, uma diferença claramente os distingue: nos crimes de mera conduta há uma ofensa (dano ou perigo) presumida; nos crimes formais, há um resultado de dano ou de perigo insito na conduta e que se realiza ao término do desdobramento desta” (SILVEIRA, 2006, p. 105-106).

que facilita sobremaneira a intervenção penal nesses casos difíceis (MACHADO, 2005, p. 133).

Hassemer (1999, p. 23), por seu turno, aduz que o legislador utiliza essa via porque os delitos de perigo abstrato ampliam, enormemente, o âmbito de aplicação do Direito Penal, uma vez que, ao prescindir do prejuízo, prescinde-se, também, da causalidade. Nesse sentido, o trabalho do juiz, também, é “facilitado” sobremaneira, haja vista ser suficiente a prova da realização da ação típica, porquanto a sua perigosidade não tem que ser verificada pelo magistrado:

[...] utilizando los delitos de peligro abstracto en lugar de los delitos de lesión o de peligro concreto disminuyen obviamente también las posibilidades de defensa, los presupuestos y limitaciones del castigo. Pero también disminuyen las directrices que tiene que dar el legislador al juez para que este interprete los respectivos tipos delictivos [...] deja al juez prácticamente sin ningún criterio hermenéutico, reduciendo en consecuencia los criterios legales que vinculan la interpretación judicial (HASSEMER, 1999, p. 24-25).

Parte da doutrina entende pela admissão dos delitos de perigo abstrato, haja vista as necessidades atuais para a proteção de bens jurídicos, advindas da sociedade de risco. Nesse sentido, estão Stratenwerth, Kuhlen, Schünemann e Roxin, afirmando este último ser imprescindível tal técnica, apostando não ser possível renunciar, totalmente, à intervenção do Direito Penal no campo supraindividual (SILVEIRA, 2006, p. 155).

A doutrina majoritária pugna por não rechaçar, de modo absoluto, o recurso aos tipos de perigo, mantendo-os de modo excepcional, mesmo porque tais delitos sempre existiram nos códigos penais, com aceitação, de certa forma, pacífica, a exemplo dos delitos de omissão de socorro e contra a ordem pública.

Desse modo, sugerem uma reformulação na técnica legislativa, no sentido de tornar mais perceptível a possibilidade de perigo

a um fato. Sustentam, pois, que a redação típica deve ser de tal modo clara, a denotar a lesividade potencial da conduta reprovável. Seria, assim, “uma legitimação dos crimes de perigo abstrato fundada em melhor técnica legislativa de construção, ou em uma carga semântica que autoriza a punibilidade” (SILVEIRA, 2006, p. 157).

Contudo, vários são os questionamentos, desde uma perspectiva do Direito Penal clássico, relativa à aplicação dos tipos de perigo abstrato, aduzindo abalizado setor doutrinário que um “Direito Penal de Perigo” (ou “do risco”) acaba por romper os fundamentos básicos do Direito Penal Liberal. Vejamos.

Por primeiro, cumpre salientar que os tipos de perigo abstrato são alvo de críticas, haja vista sua possível contradição com o princípio da lesividade ou ofensividade penal, o qual exige a presença de uma antijuridicidade não só formal, mas também material. Nesse sentido, sustenta Sergio Moccia (2003, p. 195):

[...] la total ausencia de nocividad de la conducta en los delitos de peligro abstracto, aparte de todo otro relieve. hace difícilmente perceptible el disvalor del hecho, sea para la generalidad de los consocios, sea para el eventual delincuente, que puede no darse cuenta en el momento de la aplicación y de la ejecución de la sanción, de la extrema gravedad -es decir, tal que requiere la activación del instrumento estatal de intervención que más incide sobre libertad y personalidad individual- de su conducta, peligrosa sólo de manera “abstracta”: que no haya creado, entonces, una situación de peligro efectivo para el bien.

Tal crítica desafia, até mesmo, a tentativa de legitimação dos tipos de perigo abstrato, mediante aperfeiçoamento da técnica legislativa, uma vez que o tipo, com carga ofensiva, não se mostraria como solução aos crimes de perigo abstrato¹⁶.

Por segundo, Hassemer (1994, p. 46) sustenta que os delitos de perigo abstrato, ao passo que produzem uma redução dos requisitos para punir, diminuem as possibilidades de defesa, porquanto

16 Por todos, o italiano Sergio Moccia (2003).

imprescindível é a prova de um resultado de lesão ou de perigo: “quanto menores forem as pré-condições para a sanção tanto menores serão as possibilidades de defesa”.

Desse modo, restaria abalada a força fática do Direito Penal para proteção de bens jurídicos, uma vez que, por consequência, suprime-se o vínculo entre o comportamento criminalizado e a lesão ao bem jurídico, vale dizer, a relação de causalidade (HASSEMER, 1995, p. 35), além de implicar uma perda de credibilidade do sistema que, ao intervir com a sanção penal em fatos de pouca lesividade, tem por desvalorizadas suas armas (MOCCIA, 2003, p. 196).

Por terceiro, os tipos de perigo abstrato são tidos com reserva por setor doutrinário, sob uma perspectiva do princípio da culpabilidade, pois se estabelecem penas elevadas, dada a importância de bens jurídicos “em jogo” em situações nas quais o perigo esteja descartado. Trata-se de uma culpabilidade presumida. Nessa linha cognitiva, aduz Arthur Kaufmann (apud SÁNCHEZ GARCIA DE PAZ, 1999):

Dado que el peligro no es un elemento del tipo legal, sino que representa sólo el motivo no nombrado del legislador, el delito se realiza en el caso concreto incluso cuando el peligro – presumido legalmente – no se produce en absoluto en concreto. Ello tiene como consecuencia que al autor no le sirve de nada cuando parte – correcta o erroneamente – de que su comportamiento no es peligroso en absoluto. También la culpabilidad es presumida de modo irrefutable o incluso fingida [...] Que esto supone una contradicción con el principio de culpabilidad, resulta evidente.

3 (Des)criminalização: um imperativo?

3.1 Algumas distinções necessárias: “despenalização”, “diversificação” e “descriminalização”

Em linhas de princípio, cumpre esclarecer alguns conceitos, com vistas ao correto entendimento do quanto aqui desenvolvido. As expressões “despenalização”, “diversificação” e “descriminalização” representam realidades diferentes, portanto, não se confundem.

Com efeito, despenalização é o ato de diminuir a pena de um delito sem tirar do fato o caráter de ilícito penal. Jorge de Figueiredo Dias e Manuel da Costa Andrade (1997, p. 401) identificam a despenalização como o “processo de redução maior ou menor, das sanções criminais aplicadas a condutas que persistem como ilícitos criminais”.

A despenalização compreende a substituição da pena de prisão por outras sanções alternativas não detentivas, como a prestação de serviços de utilidade pública, multa reparatória, indenização à vítima etc.

A “diversão” ou diversificação consiste na busca de soluções alternativas ao sistema penal tradicional, atribuindo a órgãos ou entidades não penais a solução do conflito, sem retirar o caráter ilícito do fato.

Para Raúl Cervini (1995, p. 76), o conceito de diversificação¹⁷ significa a “suspensão dos procedimentos criminais em casos em que o sistema de justiça penal mantém formalmente sua competência”. Selma de Santana (2006, p. 71), por seu turno, leciona:

O termo “diversão” significa o conjunto de processos utilizados pelas instâncias formais ou informais de controle com vistas a alcançar uma solução de conflitos jurídico-penais fora do sistema formal de aplicação da Justiça Penal (pelo menos, antes do momento jurídico-processual de determinação da culpa e/ou sanção), afastando, correspondentemente, as pessoas daquele sistema e do respectivo “corredor da delinquência” ou parte deles.

[...] traduz o conjunto de procedimentos utilizados pelas instâncias formais ou informais de controle, visando alcançar uma solução de conflitos jurídico-penais fora do sistema formal de aplicação da jus-

17 De acordo com Raúl Cervini (1995, p. 77), o “norueguês Nils Christie leva a opção diversificadora até seus últimos extremos. Para este abolicionista, a punição significa um sofrimento que deve ser minimizado a todo custo por meios alternativos de resolução de conflitos. Toda a sua obra busca reduzir o sofrimento, aumentar as respostas positivas e confiar basicamente nos seres humanos comuns. Para ele, a via mais eficaz para alcançar esse objetivo é a descentralização do poder. O controle social não oficial necessita que o poder esteja mais próximo do ser humano, com suas unidades autônomas atuando na base desta forma alternativa de poder”.

tiça penal [...] tal movimento – “diversão” – tem buscado soluções alternativas para a solução de conflitos jurídico-penais, sobretudo no âmbito da pequena e média criminalidade¹⁸.

Descriminalizar consiste em retirar de certa conduta o seu caráter criminoso, mediante renúncia à incriminação ou perda do caráter criminal de um ilícito. Segundo Jorge de Figueiredo Dias e Manuel da Costa Andrade (1997, p. 399), trata-se de “uma redução formal da competência do sistema penal em relação a determinadas expressões do comportamento humano”, mediante uma filtragem do ordenamento jurídico-penal.

Importa salientar que a descriminalização¹⁹ implica a afirmação e a manutenção do sistema penal, porquanto não se refere a um movimento abolicionista²⁰.

3.1.1 Espécies de descriminalização

De acordo com Raúl Cervini (1995, p. 73), a descriminalização manifesta-se de três formas, a saber: descriminalização formal, legal ou em sentido estrito, descriminalização substitutiva e descriminalização de fato²¹.

18 Palestra proferida pela professora Selma de Santana no 3º Congresso Internacional de Direito e Democracia e no 2º Congresso Internacional do IPAN, em 2008.

19 Cumpre firmar, segundo Cláudio do Prado Amaral, que tal expressão apareceu pela primeira vez em 1949, em uma obra de Shelton Glueck, esclarecendo este que o fenômeno data de muito antes, remetendo-se a uma lei inglesa de 1736, a qual vedava proibições em matéria de bruxaria (AMARAL, 2003, p. 158).

20 Referência do movimento abolicionista, Hulsman entende que “o sistema penal não é necessário nem bom: para além de produzir sofrimentos, reproduzir e ampliar as desigualdades, ‘rouba os conflitos’ às pessoas diretamente implicadas [...] não devem multiplicar-se as intervenções exteriores sob o pretexto de controle, lá onde uma convivencialidade tolerante e equilibrada assume naturalmente os conflitos e dilui as tensões que se exprimem no seu seio. A visão de Hulsman é libertadora e desalienante; confia nos equilíbrios naturais e desconfia de todas as estruturas autoritárias e infantilizantes. O recurso eventual às instâncias conciliatórias formais, persiste, assim, no espírito de Hulsman, como excepcionado” (DIAS; ANDRADE, 1997, p. 400-401).

21 Asseveram Jorge de Figueiredo Dias e Manuel da Costa Andrade que a descriminalização pode se dar de forma direta ou indireta. A descriminalização será direta

A descriminalização formal, ou legal, refere-se à outorga de um pleno reconhecimento legal e social ao comportamento descriminalizado, resultando numa não intervenção jurídico-penal por parte do Estado, em face de dados comportamentos. A título de exemplo, o que ocorreu com os delitos de cunho sexual, como a prática da relação homossexual e do adultério.

A descriminalização substitutiva ocorre nos casos em que as penas são substituídas por sanções de outra ordem, a exemplo das transformações de delitos em infrações administrativas, passando a conduta a ser disciplinada fora do âmbito penal.

Nessa linha cognitiva, dissertam Jorge de Figueiredo Dias e Manuel da Costa Andrade (1997, p. 403) a respeito dos processos de descriminalização legal e substitutiva, respectivamente:

De um lado estão os casos em que a descriminalização significa a renúncia do Estado ao controlo da conduta no alargamento das margens de tolerância. E isto porque a conduta em causa deixa de ser considerada como negativa ou indesejável ou porque se entende que, apesar de socialmente indesejável, não deve reconhecer-se ao Estado legitimidade para controlar [...] Diferentemente se passam as coisas quando a descriminalização se fica a dever à procura de alternativas de controlo, mais eficazes e menos onerosas do que as oferecidas pelo sistema penal. Descriminaliza-se como o propósito de confiar a outros sistemas, jurídicos ou não; ou porque se pretendem privilegiar as alterações a nível do ambiente físico, da estrutura social ou da vítima, já como referências etiológicas, já como destinatários da política criminal.

A descriminalização de fato, por sua vez, opera-se quando o sistema penal deixa de funcionar sem que, formalmente, tenha

quando da revogação da norma incriminadora ou mediante a manipulação dos elementos integrantes da descrição típica. A descriminalização incide diretamente sobre a norma incriminadora. Por sua vez, a descriminalização indireta opera-se mediante a parte geral do Código Penal, sobretudo pela inserção do princípio de bagatelas como limiar geral do ilícito criminal, como ocorreu em Portugal (DIAS; ANDRADE, 1997, p. 418).

perdido competência para tal, permanecendo irretocável o caráter de ilícito penal, de um ponto de vista técnico-jurídico. De acordo com Gérson Pereira dos Santos (1981, p. 50), a descriminalização de fato decorre da desfunção da repressão penal:

Há, na verdade, um divórcio entre a repressão penal e a opinião pública, e isto é facilmente constatável nos ilícitos relativos à proteção da moralidade pública, vadiagem, toxicomania e aborto, que constituem, ao lado de certas formas de *déviance*, significativas parcelas das cifras negras da criminalidade oculta.

A descriminalização de fato pode derivar de uma série de fatores: sobrecarga do sistema penal; não reconhecimento social do caráter delito de certo comportamento, ou seja, a insuficiência da reação social; erosão da repressão etc.

Segundo o Comitê Europeu sobre Problemas de Criminalidade, a descriminalização de fato consiste no “fenômeno de redução (gradual) das atividades do sistema de justiça penal diante de certas formas de comportamento ou de certas situações, desde que não tenha havido mudanças na competência formal do sistema”. (CERVINI, 1995, p. 75).

Vale salientar que a descriminalização de fato, conforme assevera Raúl Cervini, muitas vezes, culmina no processo de descriminalização legal, podendo-se reconhecer a descriminalização de fato e a legal ou formal como partes de um mesmo processo.

Por conseguinte, assevera Paulo Queiroz (2002, p. 111-112) que descriminalizar é reconhecer existirem comportamentos não mais dignos de proteção penal ou que possam ou devam ser mais bem disciplinados no âmbito extrapenal, ou, ainda, que lhes deva ser confiada a prevenção às instâncias não jurídicas de controle social.

3.2 As categorias do “merecimento” e “necessidade (carência)” de tutela penal

O discurso da descriminalização obedece à mesma lógica que o discurso da criminalização, pois perpassa pelo questionamento acerca da legitimidade e necessidade do controle jurídico-penal pelo Estado, para que não se converta este numa fonte autônoma de disfunções, isto é, num fator criminógeno.

São as categorias da dignidade penal e da carência penal os parâmetros para (des)criminalização, exigência que se impõe diante do expressivo quadro hipercriminalizante, decorrência de uma atividade legiferante desprovida de qualquer orientação político-criminal (DIAS, 2007, p. 35)²² mais humana e consciente dos efeitos da punição bem como, ainda, comprometida com a “protecção dos direitos, das liberdades e das garantias de toda e qualquer pessoa, incluído o delinqüente mais empedernido” (Ibidem).

Nesse passo, as categorias de merecimento e necessidade²³ de pena são verdadeiros pressupostos para a tutela jurídico-penal de

22 Dissertando sobre a Política Criminal, aduz Jorge de Figueiredo Dias (2007, p. 35) que “a sua função última consiste em servir como padrão crítico tanto do direito constituído, como do direito constituendo, dos seus limites e da sua legitimação. Neste sentido se deverá compreender a afirmação de que a política criminal oferece o critério decisivo de determinação dos limites da punibilidade e constitui, deste modo, a pedra angular de todo o discurso legal-social da criminalização/descriminalização. E todavia, apesar da predominância que assim se atribui à política criminal no contexto da ciência conjunta do direito penal, ela haverá em todo o caso de se condicionar estritamente pelos fundamentos jurídico-políticos da concepção de Estado. Se a política criminal é, como acaba de ver-se, extra-sistemática relativamente ao direito penal, ela é todavia intra-sistemática relativamente à concepção do Estado, quer dizer, ela é imanente ao sistema jurídico-constitucional”.

23 “Sobre el alcance, significado material, función, ubcación sistemática y relación recíproca entre los conceptos de merecimiento de pena y de necesidad de pena (categorias utilizadas sobre todo en la dogmática penal alemana: *Strafvürdigkeit*, merecimento de pena y *Strafbedürftigkeit* o *Strafbedürfnis*, necessidade de pena) no existe unanimidad en absoluto. Las coincidencias al respecto no van más allá de la mera definición formal, tautológica, consistente en que merecimiento de pena significa que la conducta del autor merece una pena (por tanto, que la punición es merecida, y que necesidad de pena significa que se necesita la pena” (LUZÓN PEÑA,

bens jurídicos ou, dito de outro modo, para elaboração de um conceito material de crime²⁴.

De acordo com Andrade (1995), baseado no entendimento de Volk, o merecimento de pena e a necessidade de tutela penal são, hoje, assumidos como arquétipo para o legislador, como fórmula concentrada do conjunto de princípios retores, em matéria de política criminal.

São ambos, em verdade, que mediatizam e tornam operacionais os princípios constitucionais que determinam o horizonte da criminalização: imanência sistêmico-social, proporcionalidade, caráter fragmentário e subsidiariedade (ANDRADE, 1995, p. 165).

Como já mencionado, até no que se refere à terminologia adotada para o tratamento do tema, a doutrina é dissonante.

Merecimento de pena é expressão corrente na doutrina espanhola, enquanto, em Portugal, mais comum é o uso da expressão dignidade penal. No presente estudo, será adotado o vocábulo merecimento de pena como expressão mais abrangente, a englobar a dignidade penal do bem jurídico bem como a danosidade social (ofensividade) da conduta atentatória ao bem jurídico²⁵.

1995, p. 115). Em igual sentido, Costa Andrade (1995, p. 155) assevera que “difícilmente, por ende, conocerá la ciencia penal materia que suscite mayor disensión de opiniones. Todo es cuestionado y controvertido en esta Babel en que se há convertido la doctrina del merecimiento y de la necesidad de tutela penal, em donde hablando todos de lo mismo, raros son los que hablan de la misma cosa. No encontramos, por eso, consenso estabilizado em relación a prácticamente ninguno de los aspectos más decisivos: qué términos y conceptos a privilegiar; con qué comprensión, extensión y relaciones recíprocas; y, sobre todo, con que estatuto y función dogmática”.

24 “O conceito material de crime é, neste sentido, *previamente dado* ao legislador e constitui-se em *padrão crítico* tanto do direito vigente, como do direito a constituir, indicando ao legislador aquilo que ele pode e deve criminalizar e aquilo que ele pode e deve deixar fora do âmbito do direito penal” (DIAS, 2007, p. 107).

25 Assim também foi proposto por Alice Bianchini em sua tese. Esclarece a autora, em seu estudo: “aqui, o que se pretende fazer – usando a abordagem espanhola – é desmembrar a expressão *merecimento de pena*, para fazer incluir nela os dois elementos mencionados (*dignidade do bem jurídico e ofensividade da conduta*)” (BIANCHINI, 2002, p. 25).

Nesse passo, o bem jurídico dotado de dignidade penal é, tão somente, aquele cuja lesão se revela digna de pena, traduzindo as limitações impostas e próprias do Estado Democrático de Direito. Nesse diapasão, concluem Jorge de Figueiredo Dias e Manuel da Costa Andrade (1997, p. 406):

O conceito de dignidade penal implica, assim, um princípio de imanência social e um princípio de consenso. O primeiro significa que não deve assegurar-se através das sanções criminais a prossecução de finalidades socialmente transcendentais, designadamente moralistas ou ideológicas. O segundo, por seu turno, postula a redução do direito criminal ao núcleo duro irreduzível – se bem que historicamente variável – dos valores ou interesses que contam com o apoio generalizado da comunidade.

Para ser legítima a atuação estatal do Direito Penal, não basta que o bem possua dignidade penal, faz-se, também, necessária a constatação da sua ofensa; vale dizer, após a comprovação da dignidade penal do bem jurídico, há de se verificar, ainda, a aptidão lesiva (danosidade) da conduta criminalizada, para poder se concluir pelo merecimento de pena. Decorrente do cânone *nullum crimen sine injuria*, tal entendimento assegura que somente merecem tutela penal aquelas condutas graves que lesionem ou coloquem em perigo (GOMES, 2002, p. 13, 20 e 22) de lesão bens jurídico-penais. Dessa forma, é possível que, embora possuindo o bem dignidade penal, não esteja legitimada a intervenção penal, dada a inexistente ou precária lesão por ele sofrida.

Tal exigência, hoje, toma contornos mais precisos, consubstanciando-se em princípio, qual seja o princípio da ofensividade. Esse princípio tem por função a minimização das proibições penais e, de acordo com Ferrajoli (apud BIANCHINI, 2002, p. 55),

[...] equivale a um princípio de tolerância tendencial da desviação, idôneo para reduzir a intervenção penal ao mínimo necessário e, com isso, reforçar a sua legitimidade e fiabilidade, pois, se o direito penal é um remédio extremo, devem ficar privados de qualquer

relevância jurídica os delitos de mera desobediência, degradados à categoria de dano civil os prejuízos reparáveis, e à de ilícito administrativo todas as violações de normas administrativas, os fatos que lesionem bens não essenciais ou que são, só em abstrato, presumidamente perigosos.

Entrementes, ser um bem jurídico merecedor de pena (dignidade do bem jurídico e ofensividade da conduta preenchidos) não é suficiente para a intervenção penal. Após se concluir pelo merecimento de pena, deverá a análise passar para o plano do critério da necessidade (carência) de tutela penal, porquanto o merecimento de tutela penal não implica a sua necessidade. Nesse sentido é o magistério de Jorge de Figueiredo Dias e Manuel da Costa Andrade (1997, p. 407):

A dignidade penal constitui apenas a legitimação negativa (Hassemer), sendo suficiente para impor a descriminalização ou contrariar a criminalização *ex novo*, mas não para impor, sequer para legitimar positivamente, a criminalização. Tal se logrará num segundo momento, em sede de carência de tutela.

Necessidade de tutela penal, na precisa lição de Andrade (1995, p. 164), significa a exigência de que o Direito Penal somente deve intervir quando a proteção de bens jurídicos não possa ser alcançada por meios menos gravosos para a liberdade.

Por conseguinte, a intervenção penal, tão somente, será legítima quando for indispensável, ou seja, quando for, além de necessária, a única via adequada de tutela de um bem jurídico-penal contra uma conduta ofensiva.

Para o referido autor, a atuação do Direito Penal deverá ser tolerada, apenas, quando não desencadear efeitos secundários, desproporcionalmente lesivos, porquanto o Direito Penal é um sistema de controle nem sempre necessário, nem sempre eficaz, mas, sempre, o mais gravoso (DIAS; ANDRADE, 1997, p. 409). O recurso à

pena deve decorrer, portanto, do princípio da intervenção mínima, como *ultima ratio*.

Daí decorre que, do princípio da necessidade penal, extrai-se o princípio da proporcionalidade. Assim, assevera Figueiredo Dias (2007, p. 128):

Uma vez que o Direito penal utiliza, com o arsenal das suas sanções específicas, os meios mais onerosos para os direitos e as liberdades das pessoas, ele só pode intervir nos casos em que todos os outros meios da política social, em particular a política jurídica não-penal, se revelem insuficientes ou inadequados. Quando assim não aconteça, aquela intervenção pode e deve ser acusada de contrariedade ao princípio da proporcionalidade, sob a precisa forma de violação dos princípios das subsidiariedade e da proibição de excesso.

Jorge de Figueiredo Dias e Manuel da Costa Andrade (1997, p. 408) posicionam-se pelo carácter eminentemente criminológico dessa categoria, aduzindo, para tanto, que

Todas as respostas dadas em sede de *carência* – e eficácia – de tutela implicam uma dada representação da realidade, da conduta a criminalizar/descriminalizar, das suas manifestações típicas, do enquadramento ambiental e interactivo, do grau de danosidade social, bem como um juízo prognóstico sobre as possibilidades e alternativas de controlo social. Daí que o conteúdo desta categoria seja, como SAX acentua, fundamentalmente criminológico.

Nesse passo, pode-se concluir pela ilegitimidade da intervenção penal para a proteção de bens jurídicos que poderiam ser tutelados, de modo suficiente, por meios civis ou pelas sanções do Direito Administrativo (intervensões menos gravosas tanto para sociedade como para o infrator). Dessa forma, conclui Andrade (1995, p. 164):

La necesidad de tutela penal se analiza, asimismo, en un doble y complementario juicio: en primer lugar, un juicio de necesi-

dad (Erforderlichkeit), por ausencia de una alternativa idónea y eficaz de tutela no-penal; en segundo lugar, un juicio de idoneidad (Geeignetheit) del Derecho penal para asegurar la tutela, y para hacerlo al margen de costes desmesurados en cuanto al sacrificio de otros bienes jurídicos, máxime la libertad.

4 Alcance da descriminalização: onde é preciso descriminalizar?

O discurso da descriminalização opera-se fundamentado no fenômeno da crise da hipercriminalização, isto é, na expansão do Direito Penal. Com base na observação da maioria dos ordenamentos jurídico-penais modernos, nota-se a existência de áreas que reclamam por soluções de descriminalização.

Nesse sentido, a descriminalização impõe-se em relação a condutas criminalizadas por motivos meramente morais, haja vista a impossibilidade de criminalização de condutas éticas ou morais que decorram de um sistema de valores próprios do indivíduo ou de determinadas subculturas (BIANCHINI, 2002, p. 51).

Noutros termos,

não é função do Direito Penal nem primária, nem secundária tutelar a virtude ou a moral: quer se trate da moral estadualmente imposta da moral dominante, ou da moral específica de um qualquer grupo social (DIAS, 2007, p. 112).

Conforme aduz Dias (2007, p. 112-113), uma concepção em contrário não se adequaria ao pluralismo ético-social das sociedades contemporâneas, em que, em maior ou menor medida, coexistem – por vezes de forma pacífica, por outras de forma tensa – zonas de consenso com zonas de conflito [...] e se torna existente a palavra já tão antiga quanto sábia de Tomás de Aquino, segundo a qual o legislador não deve deixar-se seduzir pela tentação de tutelar com os meios do Direito Penal todas as infracções à “moral objectiva”.

Demais, impõe-se a descriminalização em face dos denominados “delitos sem vítima”. Adverte Raúl Cervini que a doutrina criminológica não é pacífica quanto ao que se deva entender por “delitos sem vítima”. Contudo, elenca as principais características desse grupo de delitos.

Tais características são: participação consensual no fato; ausência de participantes demandantes pedintes da proteção das leis penais; ausência de sentimento de dano por parte da vítima; atitude voluntária de oferecer bens ou serviços socialmente desaprovados, mas amplamente requisitados (CERVINI, 1995, p. 186).

Destarte, delitos nos quais a pessoa compromete-se por certo comportamento, sob seu próprio entendimento e consentimento, a exemplo do uso de drogas, bem como delitos que não levem consigo o sentimento de dano, tão forte, a impelir que o indivíduo leve tal ofensa às autoridades, não devem ser criminalizados, uma vez que não se pode admitir uma posição paternalista estatal, sob argumento de que cabe ao Estado definir o que é bom para o estado de um indivíduo.

Delitos como jogo, prostituição, devem, também, ser descriminalizados (atitude voluntária de oferecer bens ou serviços socialmente desaprovados), pois nenhum efeito produzem na redução de sua clientela (CERVINI, 1995, p. 187).

De mais a mais, clamam por uma solução descriminalizante as manifestações de evasão subcultural ou marginalidade social, tais como vadiagem, embriaguez etc., haja vista que a sua proibição, em seara criminal, viola direitos fundamentais imanentes ao Estado Democrático de Direito, máxime, o direito à liberdade e o direito de ser diferente. Nesse sentido, dissertam Jorge de Figueiredo Dias e Manuel da Costa Andrade (1997, p. 430):

Também aqui a criminalização significaria sempre a imposição coactiva de um particular eudemonismo, isto é, de uma concepção

sobre a felicidade e a perfeição. O que, por sobre ser uma manifestação de contestável paternalismo, constituiria igualmente uma inescapável afronta aos princípios do Estado de Direito de uma sociedade aberta e plural.

Como já explanado, hodiernamente, o Direito Penal tem assumido um papel de marcador dos limites dos riscos sociais. Contudo, efetivamente, não é papel do Direito Penal a prevenção dos riscos socioeconômicos e tecnológicos, mesmo porque o direito, de um modo geral, “não é instrumento de condições máximas de sobrevivência, mas de decisões mínimas de realização individual e social, o que torna o risco um ingrediente do sistema” (PELARIN, 2002, p. 152). Importa salientar que tal argumentação de periculosidade foi largamente utilizada pelos regimes mais truculentos, nomeadamente, o fascismo e nazismo²⁶.

E mais. Cumpre reconhecer que, na seara da especialização tecnológica, o sistema penal não tem meios efetivos e adequados para uma persecução criminal adequada, com esteio na individualização da conduta, haja vista o complexo emaranhado de interações sociais e condutas diferenciadas, revelando-se, pois, as dificuldades do modelo de imputação e responsabilidade para a disciplina de riscos de um Direito Penal “de justiça”, num Estado Democrático de Direito (AMARAL, 2003, p. 235).

Assim, não deve o Direito Penal, a princípio, arvorar-se em instrumento de tutela dos novos riscos, sendo imperioso rechaçar a construção de um “Direito Penal do Risco”, devendo, para tanto, intervir o Direito Administrativo e outros meios de controle social não jurídicos, haja vista que, no dizer de Mezger (apud QUEIROZ, 2008, p. 111), uma boa política social ainda é a melhor política criminal.

26 Postula Renato de Mello Jorge Silveira (2006, p. 94) que, “ao reelaborar o programa de Direito Penal liberal até então desenvolvido, o nacional-socialismo deu profunda pedra de toque na elaboração do que veio a se revelar como um novo Direito Penal de Perigo (*Gefährdungstrafrecht*) e da Vontade (*Willensstrafrecht*). Fazendo uso antecipado do Direito Penal, visando coibir um comportamento perigoso do autor, ou mesmo, justificando uma intenção para a imposição da pena, criou-se ainda mais incerteza jurídica”.

De mais a mais, a intervenção do Direito Penal para prevenção de riscos, mediante a antecipação da punibilidade, acaba por criar “objetos fictícios de tutela” (PELARIN, 2002, p. 157), haja vista a tutela de bens de escassa apreensão, desprovidos da devida dimensão material (a aludida dignidade penal), obtendo a norma penal mera função administrativa de controle, desencadeando, em última análise, uma notável inflação penal, e consecutária redução de liberdades individuais:

Como es evidente, en estos casos se corre el riesgo de poner en discusión las libertades fundamentales y con ellas los mismos principios sobre los que se funda el estado social de derecho: piénsese, por ejemplo, en el sector de la personalidad del Estado, para tomar conciencia de los riesgos gravísimos que corren los derechos del individuo”. En realidad, se termina por legitimar la criminalización de conductas de por sí insignificantes desde el punto de vista de la nocividad social, sobre la base de una remota conexión con bienes jurídicos de relieve (Moccia, 2003, p. 198).

Por conseguinte, a tutela penal antecipada, mediante o recurso aos tipos de perigo abstrato, a princípio, mostra-se inadequada com os preceitos penais liberais e garantias formais e materiais, como já assinalado *supra*, vislumbrando-se ser a solução descriminalizante a mais sensata. Nesse diapasão, leciona Sergio Moccia (2003, p. 196-197):

Para las hipótesis de peligro abstracto, una solución despenalizada parece, entonces, la mas coherente; recordamos el ilícito administrativo, a1 que es posible vincular una vasta gama de eficaces sanciones: piénsese, por ejemplo, en medidas interdictivas de actividades comerciales o productivas, para aplicar eventualmente incluso a personas jurídicas, respecto de la realización de figuras jurídicas de peligro abstracto en los sectores relativos al ambiente y a la economía. Una solución de tal género reflejaría criterios de eficiencia, en cuanto a la preparación de una tutela anticipada del bien, y no resultaría problemática desde los puntos de vista sistemático y político-criminal.

Por outro lado, não se pode, também, admitir e exercitar uma política criminal sustentada na dramatização da violência e numa

postura seletiva dos crimes e criminosos. Nessa medida, não deve o Estado valer-se do Direito Penal como instrumento de governo para a consecução de políticas públicas, pela criação de uma legislação meramente simbólica, cujo resultado é a ineficácia.

Nesse passo, por ser a política criminal moderna incapaz de prevenir eficazmente os comportamentos que a preocupam, termina provocando no Direito Penal uma função meramente educadora, transformando-o em um Direito Penal simbólico, o qual é muito mais orientado a uma satisfação de uma necessidade de ação e seus efeitos políticos que a efetiva proteção de bens jurídicos.

Por conseguinte, impõe-se, outrossim, a descriminalização de toda a legislação de conteúdo meramente simbólico, orientada, tão somente, para consequências, a qual acaba minando a confiança dos cidadãos no sistema penal e em todo o arcabouço da Administração da Justiça (HASSEMER, 1995, p. 28).

Por derradeiro, cumpre sustentar a descriminalização dos “delitos bagatelares”, uma vez que, no seio do Direito Penal moderno, em meio ao seu núcleo duro – Direito Penal clássico ou primário, seguido do emergente Direito Penal de caráter secundário²⁷ –, coexistem infrações bagatelares, desprovidas de qualquer dignidade penal.

Nesse sentido, as chamadas microviolações devem ser expurgadas do seio do Direito Penal, porquanto representam não mais que violações a disposições do Estado-Administrador, não sendo

27 No que tange a uma sistematização do Direito Penal moderno, esclarece Figueiredo Dias (1983, p. 323): “bens jurídicos há que, sendo concretizações dos valores constitucionais ligados aos direitos, liberdades e garantias, relacionam-se com o livre desenvolvimento da personalidade de cada homem como tal, formando o corpo daquilo que com razão se designará por direito penal clássico ou de justiça. Como outros bens jurídicos há que, sendo concretizações dos valores constitucionais ligados aos direitos sociais e à organização econômica, relacionam-se com a actuação da personalidade do homem como fenômeno social, em comunidade e em dependência recíproca dela: ainda estes pertencem ao direito penal, em regra de caráter secundário, especial, extravagante ou econômico-social”.

o Direito Penal chamado, tal como o Direito Administrativo Sancionador, a perseguir funções de ordenação de setores da atividade administrativa (FIGUEIREDO, 2008, p. 120).

Desse modo, conclui Leonardo Sica (2002, p. 129):

Após infundir na comunidade a noção de que é necessário criminalizar ao máximo e com maior severidade, será necessária uma verdadeira reversão de expectativas, buscando legitimar o sistema penal não sobre um consenso obtido mercê do medo, e sim sobre conceitos de dignidade penal e carência de tutela penal, pressupostos do movimento de descriminalização.

Tal perspectiva conduz, pois, a um modelo de política criminal radicalmente descriminalizador, e, por conseguinte, a um modelo de Direito Penal mínimo, mais condizente com a nossa Constituição, haja vista a sua declarada vocação libertária (QUEIROZ, 2008, p. 116).

Contudo, não se deve perder de vista que a “criminalidade moderna” diferencia-se da criminalidade clássica, por diversos aspectos. A primeira refere-se a uma criminalidade determinada, sobretudo, por um contexto globalizante, conforme já assinalado. Diz respeito, predominantemente, à disciplina de atividades econômicas, produtivas, comerciais, financeiras etc.

De um lado, não se pode deixar de reconhecer que o modelo globalizador produziu novas formas de criminalidade que se caracterizam fundamentalmente por ser uma criminalidade organizada no sentido de que possui uma estrutura hierarquizada, quer em sua forma de empresas lícitas, quer em forma de organização criminosa, e por ser uma criminalidade que permite a separação tempo-espaço entre a ação das pessoas que atuam no plano criminoso e a danosidade social provocada. Tal criminalidade, desvinculada do espaço geográfico fechado de um Estado, espalha-se por vários outros e se distancia nitidamente dos padrões de criminalidade que tinham até então objeto de consideração penal (FRANCO, 2000, p. 120).

O sistema penal, como o conhecemos hoje, foi estruturado em face da criminalidade clássica, precipuamente de dano/lesão, atentatória a bens jurídicos individuais. Contudo, o contexto das sociedades atuais provocou uma modificação expressiva nesse modelo de delito, referência para a construção dogmática do Direito Penal.

Por conseguinte, há mudança de uma orientação individual por uma plural; além da tutela dos bens jurídicos individuais, passam a ser alvo da proteção penal, prioritariamente, os bens jurídicos coletivos ou supraindividuais.

A nova criminalidade reclama respostas pragmáticas e eficientes, demandando alterações político-criminais e dogmáticas que se colocam, notadamente, no campo da causalidade e culpabilidade, consequência das relações de responsabilidade que se tornaram altamente complexas.

Nesse passo, pode-se inferir que o Direito Penal, nos moldes em que foi, inicialmente, formulado, não está apto para a tutela desse novo tipo de delinquência, restando para a dogmática penal o desafio de remarcar o seu papel.

Sendo assim, surgem, como alternativas: a) a adaptação e reestruturação do Direito Penal, para a disciplina dos novos tipos de comportamentos ilícitos, vale dizer, a modernização do Direito Penal; para se “admitir que a nova criminalidade possui uma tão poderosa força atrativa que os tipos clássicos de delinquência necessariamente também devem refletir a modificação das regras pelas quais vêm sendo orientados”; ou para reconhecer a setorização do Direito Penal; b) a tutela da nova forma de criminalidade por outro ramo do Direito, mais idôneo e efetivo.

A primeira alternativa revela-se, de um ponto de vista prático, ainda hoje, irrealizável, porquanto exige um longo caminho a ser percorrido, haja vista a complexidade do arcabouço jurídico-penal historicamente construído, bem assim a falta de precisão do con-

teúdo de um Direito Penal que se arvora à modernização, o qual é orientado pela flexibilização de garantias e das regras de imputação, sob pena de retroceder-se ao Direito Penal do antigo regime. Nessa linha cognitiva, manifesta-se Cláudio do Prado Amaral (2003, p. 121):

Seria exigida uma absurda desconsideração do sistema geral de regras, como está atualmente configurado, com sua clara vocação garantista, a partir da constatação da gravidade das conseqüências jurídico-penais. E isso deve ser descartado, desde logo, sob pena de retroceder-se ao direito penal do período pré-revolucionário absolutista.

A compatibilização do Direito Penal à nova realidade poderia ser operada, ainda, segundo a proposta de alguns doutrinadores, por meio da sua setorização. Nesse passo, aceitar-se-ia a existência de mais de um Direito Penal, com diferentes níveis de garantia, conforme o tipo de comportamento disciplinado e de interesses protegidos.

Tais propostas decorrem da constatação de que a formatação clássica do Direito Penal não consegue dar resposta à nova criminalidade, fundamentando-se no argumento de que a sociedade contemporânea exige novos sistemas jurídicos de imputação, exigência da qual não escapa o sistema jurídico-penal, concepção que conduziria à coexistência do Direito Penal “clássico” com um Direito Penal “acessório”.

Quanto à segunda alternativa, a tutela da nova forma de criminalidade por outro ramo do Direito, mais idôneo e efetivo, verificam-se, atualmente, inúmeras soluções no campo do Direito Administrativo Sancionador. Isso porque se observa a existência de um sem número de comportamentos tipificados sob a égide do Direito Penal, os quais não passam de mera disciplina de organização social, exercendo funções de ordenação de setores da atividade administrativa, quando, em verdade, violações da ordenação deveriam dar lugar a ilícitos administrativos, qualitativamente diferentes dos ilícitos criminais. Nesse diapasão, manifesta-se Francesco Palazzo (1993, p. 43):

A imponente legislação das últimas décadas produziu uma infinidade de tipos penais incriminadores que do ponto de vista material têm o caráter de meras transgressões administrativas, consistindo quase sempre na violação de prescrições, ordens, regras emanadas da autoridade administrativa para regular aspectos técnicos das várias matérias ou de todas as maneiras para assegurar a organização funcional.

Nesse diapasão, o recurso ao Direito Administrativo Sancionador tem sido considerado por parcela considerável da doutrina penal moderna como resposta apta para reverter tal quadro emergencial, com vistas à recuperação da legitimidade do sistema penal. É tido, pois, como alternativa viável e factível.

Nesse passo, conforme assinala Leonardo Sica (2002, p. 131), é preciso repensar a tutela dos bens jurídicos, considerando a eficiência do Direito como um todo, mediante a distinção e reorganização das transgressões hoje destinadas ao Direito Penal. Contudo, a simples revogação da tutela penal sobre determinados comportamentos, para além de ser insuficiente, provocaria uma situação de hipotutela em certas áreas.

Pugna-se por uma política criminal de redução da violência punitiva, objetivando-se, pois, a promoção de uma reforma humanitária no seio do Direito Penal. Nesse passo, seria o Direito Administrativo Sancionador ramo jurídico fundado na eficiência e na não violência punitiva (SICA, 2002, p. 136).

Nesse sentido, a administrativização do sistema sancionatório revela-se como alternativa ao sistema penal, pelo que devolve certos conflitos indevidamente tutelados pelo Direito Penal à esfera jurídica mais idônea. Destarte, é “uma técnica de reenvio, que observa a natureza da ofensa e procura manter o caráter residual da intervenção penal sem descuidar da proteção de interesses e direitos sociais” (SICA, 2002, p. 131).

Adverte o aludido autor que o recurso ao modelo de tutela administrativo não deve ser concebido como simples meio de desfogamento do sistema, mas como “caminho oposto àquele condi-

cionado pela lógica emergencial de crescente demanda de segurança pública” (SICA, 2002, p. 133).

A administrativização motiva-se nas seguintes razões: enfraquecimento do efeito intimidatório da pena, fruto do modelo emergencial, busca de penas alternativas, redução do modelo afliativo, aperfeiçoamento do conhecimento dos cidadãos sobre as normas incriminadoras e contenção da ameaça à obrigatoriedade da ação penal.

Ademais, possibilitar-se-ia melhorar a eficiência na proteção dos cidadãos, porquanto as sanções administrativas são dotadas de mais efetividade, uma vez que, por exemplo, não são canceláveis mediante anistia, bem como não estão sujeitas a suspensões condicionais, podendo, ainda, alcançar pessoas jurídicas.

Para o ilícito administrativo, é possível prever

uma articulada e eficaz gama de sanções pecuniárias e interditivas, que respeitaria critérios de eficiência de uma prestação de tutela antecipada do bem e, desde um ponto de vista sistemático e político-criminal, não resultaria problemática (SICA, 2002, p. 133).

De acordo com Carlo Enrico Paliero, o sistema sancionatório administrativo apresenta uma funcionalidade maior que o Direito Penal, sobretudo, no campo das penas pecuniárias e interditivas.

Contudo, afirma o autor que o emprego de um sistema sancionatório administrativo somente obterá a almejada eficiência se for delineado para atender a dois fatores: o objeto de proteção – isto é, os campos de tutela sobre os quais o modelo sancionatório recairá – e a estrutura do modelo sancionatório, mediante a definição da tipologia dos ilícitos, sanções e os critérios de imputação (SICA, 2002, p. 134).

No que se refere às sanções, Paliero assinala que o sistema sancionatório administrativo deve-se valer de punições patrimoniais e interditivas, a exemplo, no campo empresarial, da incapacidade

para contratar, privação de vantagens, revogação de contribuições, porquanto, segundo afirma Leonardo Sica (2002, p. 134), apresentam acentuado efeito pedagógico e contribuem para o fim de integração social, pois reforçam a validade das normas e dos bens protegidos de forma positiva e não violenta. Nesse sentido também a lição do penalista Eduardo Correia (1972, p. 31):

Toda la advertência social se enervaria, sin embargo, si el pago por la importância en que ella se exteriorice no fuese acompañada de medidas que privasen al agente de los lucros o beneficios de la infracción, o que lo impidiese en ciertos casos de continuar a ejercer actividades que comportan largo peligro de violación de los intereses sociales que se puedan promover. De ahí que ciertas consecuencias accesorias, como la restitución de las ventajas patrimoniales, o el comiso de títulos o autorizaciones dadas por la Administración (como, por ejemplo, el carnet de conducir) que condicionan el ejercicio de ciertas actividades, puedan ligarse las medidas patrimoniales, que directamente expresan una censura social.

Além disso, as sanções patrimoniais podem ser aplicadas mediante reparação do dano à vítima. Desse modo, sendo alto o grau do desvalor da conduta desviada, além das interdições, pode-se valer, outrossim, da reparação do dano. Nessa linha cognitiva, vaticina Leonardo Sica (2002, p. 137):

A coletividade, de certo, compreenderá ser mais racional reflorestar uma área, despoluir um rio ou investir na recuperação de uma espécie, enfim, restaurar um dano ecológico às custas do infrator, do que puni-lo aflitivamente pela lesão.

Ademais, o “Direito Administrativo-Penal” caracterizar-se-ia pelos critérios de imputação que substituem a reprovabilidade pelo risco, sendo a adequação típica objetiva e a responsabilidade coletiva aceitas, sendo menos exigente, pois, o limite do necessário para que se verifique a imputabilidade.

Nessa linha de inteligência e com base em uma análise mais concreta no que tange ao campo de tutela, afirma Paliero que deve-

riam ser remetidas ao Direito Administrativo todas as condutas de perigo abstrato e todas as ofensas aos bens jurídicos econômicos.

A administrativização é, pois, um processo de cunho político, tendo em vista que decorre de uma política criminal de integração social e redução da violência punitiva, com vistas à promoção de um reforma de cunho, sobretudo, constitucional no Direito Penal.

Impende ressaltar, contudo, que a atividade sancionatória administrativa deverá estar vinculada a uma específica ideia de legalidade, no sentido de que a aplicação das sanções deverá pressupor certa tipicidade dos comportamentos, conquanto se trate de tipos mais maleáveis relativamente ao tipo penal.

Assim, um sistema de ilícito administrativo-punitivo contemporâneo como redimensionamento do sistema criminal perpassa pela manutenção de um conjunto de garantias principiológicas, bem assim a eleição de órgãos competentes para a averiguação das infrações, aplicação das sanções e, ainda, a adoção de corretas técnicas de formulação das normas punitivas.

Com base em uma análise do ordenamento jurídico brasileiro, nota-se grande quantidade de tipos penais para os quais uma resposta sancionatória administrativa parece, segundo Leonardo Sica, ser dotada de mais eficiência e proporcionalidade, a saber: crimes contra a ordem econômica (Lei n. 8.137/1990), contra o consumidor (Leis n. 8.137/1990 e n. 8.078/1990), contra o meio ambiente em sua maior parte (Lei n. 9.605/1998), contra licitações (Lei n. 8.666/1993), loteamentos urbanos (Lei n. 6.766/1979) etc.

Também, com destaque, o Código de Trânsito Brasileiro (Lei n. 9.503/1997), diploma notadamente emergencial, bem assim uma gama de delitos culposos do Código Penal que derivam da mera inobservância de regra, regulamento ou dever são campo para implementação de sanções administrativas.

Segundo Luiz Flávio Gomes, exemplos marcantes de Direito Administrativo Sancionador no ordenamento jurídico brasileiro são: a transação penal, disciplinada no art. 76, Lei n. 9.099/1995, que prevê sanção alternativa, porém sem nenhum valor para efeito de reincidência, antecedentes etc.; a suspensão condicional do processo, cujas condições não possuem caráter penal, haja vista que, se descumpridas não acarretam prisão, mas sim o prosseguimento da persecução; a responsabilidade “penal” da pessoa jurídica, prevista na Lei ambiental (art. 3º da Lei n. 9.605/1998); as infrações de improbidade administrativa previstas na Lei n. 8.429/1992; os chamados “crimes” de responsabilidade da Lei n. 1.079/1950, reconhecidos e aplicados pelo Senado Federal; o termo de ajustamento de conduta nas infrações ambientais; o acordo de leniência (ou acordo de “doçura”), disciplinado nos arts. 35-B e 36-C da Lei n. 8.884/1994, instrumento de colaboração das investigações para autores de crimes contra a ordem econômica, o qual implica extinção/suavização das responsabilidades administrativa e penal.

A crítica mais contundente a essa elaboração doutrinária é a de ser antiguarantista, uma vez que o Processo Penal ofereceria garantias muito maiores para o cidadão. Contudo, coloca-se aqui uma indagação: poder-se-ia oferecer garantia maior ao indivíduo que o afastamento do risco da pena e de toda a estigmatização decorrente do processo penal?

Eis a lição de Leonardo Sica (2002, p. 134):

A ótica do estrito garantismo é o oferecimento de garantias ilusórias num quadro punitivo exacerbado no qual, tal como se acostumou a observá-lo, respeitam-se todas as garantias do acusado, mas o fim do caminho é único: a pena, e severa.

5 Conclusão

As funções atribuídas à pena se confundem com as do Direito Penal, umbilicalmente relacionadas com o perfil do Estado. Nesse passo, a discussão sobre os fins da pena refere-se a toda teoria penal, sobretudo, às questões da legitimação, fundamentação e função

da intervenção penal estatal. As funções atribuídas ao Direito Penal revelam a conformação constitucional dada ao Estado. Nesse sentido, nos ordenamentos jurídicos modernos, a pena deve fundamentar-se na concepção de Estado Social e Democrático de Direito, que se converte, pois, no suporte valorativo, em torno do qual gravita todo o sistema teleológico do Direito Penal.

O Direito Penal possui, por sua vez, funções manifestas, empreendidas pelo discurso oficial da teoria da pena, bem assim funções escamoteadas ou ocultas, delineadas pelo discurso crítico da “teoria criminológica da pena”.

Nesse contexto, o sistema de justiça criminal realiza a função declarada de garantir uma ordem social justa, resguardando bens jurídicos, protegendo, pois, o bem comum. Para tanto, o discurso oficial da teoria da pena fundamenta-se nas noções de retribuição, de prevenção geral e especial, atribuídas à lei penal.

No entanto, verifica-se que a proteção dos valores sociais é desigual, na medida em que se visa resguardar, sobretudo, a proteção das relações de produção e circulação. Assim, a constatação das funções escamoteadas ou ocultas e o seu desenvolvimento vêm sendo realizados por inúmeros penalistas de perspectiva crítica, com base em uma concepção “materialística ou político-econômica”, em contraposição àquelas concepções “ideológica ou idealista” das teorias da pena.

Nesse sentido, observa-se que as funções declaradas, ou manifestas, e as funções reais, ou latentes, correspondem, respectivamente, às dimensões de ilusão e de realidade dos fenômenos ideológicos das sociedades modernas.

São funções manifestas empreendidas pelo discurso oficial da pena estatal, por exemplo: contenção da violência estatal; prevenção da vingança privada; garantia para o infrator e para o não infrator; a pena como retribuição, prevenção (geral e especial).

As funções escamoteadas, por sua vez, delineadas pelo discurso crítico e fundadas numa concepção político-econômica

referem-se, entre outras, às funções de: manutenção de *status quo* e controle sobre as classes sociais dominadas, controle coadjuvante do mercado de trabalho, reforço protetivo à propriedade privada, etiquetamento social, simbolismo, promoção de mudança e de transformação social.

Entre as funções do Direito Penal, verifica-se como função primeira, vale dizer, missão, a de proteção de bens jurídico-penais. Assim, num Estado Democrático e de Direito, é missão do Direito Penal a tutela subsidiária de bens jurídico-penais, sendo, nessa medida, bem jurídico-penal o referente material, padrão crítico da incriminação de condutas.

Há, no entanto, setor doutrinário, minoritário, que entende ser a função primordial do Direito Penal não a proteção de bens jurídicos, mas sim a proteção de valores basilares da ética-social. Contudo, tal formulação é de questionável legitimidade, sobretudo porque, numa sociedade pluralista e democrática, não pode ser papel do Direito Penal incidir na esfera interna do indivíduo, modificando seus padrões de valores e suas atitudes anímicas, dirigindo-as aos valores do Direito.

Hodiernamente, verifica-se, por sua vez, no âmbito do Direito Penal, o abandono da tradição liberal do Estado, germinada no seio do movimento iluminista, fruto da necessidade de limitar a sua intervenção arbitrária e irracional, característica dos regimes absolutistas.

Nesse sentido, atualmente, percebe-se, notadamente no seio do Direito Penal, o retorno a uma intervenção estatal irracional, caracterizada por um distanciamento do modelo cunhado pelo Iluminismo, uma espécie de *Contra-Iluminismo*.

Há uma tendência dominante nas legislações ocidentais, no sentido de ampliação do âmbito de intervenção penal, com base na criação de novos tipos penais e agravamento dos já existentes, culminando na produção assistemática de leis penais incriminadoras, fruto de uma (má) política criminal contemporânea, que se revela erosiva aos princípios penais decorrentes do Estado Democrático de Direito. Tal fenômeno denomina-se expansão do Direito Penal.

Ademais, observa-se a restrição e debilidade das garantias clássicas do Direito Penal substantivo e do Direito Processual Penal, a criação de novos bens jurídico-penais, em sua maioria de caráter supraindividuais, a ampliação dos espaços de riscos jurídico-penalmente relevantes, a flexibilização das regras de causalidade e imputação de responsabilidades e a relativização dos princípios político-criminais de garantia, refletindo numa transição do modelo “delito de lesão de bens individuais” ao modelo “delito de perigo (presumido) para bens supraindividuais”.

Tal conjuntura expansionista, no Direito Penal, deve-se, entre outras causas, ao estágio a que chegaram as sociedades atuais, denominado de era pós-industrial, fruto do desmedido desenvolvimento da técnica e da ciência e em grande medida do fenômeno da globalização, conduzindo, pois, ao florescimento de uma global e multicomplexa sociedade.

Desse ponto de vista, pode-se afirmar que se vive, hoje, numa “sociedade de risco”, reflexo do modelo pós-industrial de uma sociedade agudamente tecnológica e massificada, na qual os riscos geram danos globais incalculáveis e, muitas vezes, irreparáveis, os quais produzem efeitos em todos os cidadãos e nascem de decisões humanas.

Nesse passo, percebe-se, notadamente, uma progressiva incriminação de condutas praticadas em atividades tidas socialmente como arriscadas, como ocorre no que diz respeito ao meio ambiente, à informática, à medicina, à genética etc., desenhando-se, assim, um Direito Penal hipertrofiado, confuso, simbólico, instrumentalizado, preventivista, descodificado, administrativizado etc., elaborado mediante o discurso de ser o Direito Penal adequado às necessidades da atual sociedade pós-industrial, seja como instrumento eficaz de disciplina de condutas, seja como meio de defesa a novos riscos, pretendendo ele, assim, gerar uma ideia de segurança em face das inseguranças sociais.

Assim, observa-se, pois, que não tem o Estado administrado corretamente o seu papel de redutor de riscos sociais, uma vez que tem deslocado o foco de atuação para a supressão de liberdades, haja

vista o constante recurso ao Direito Penal, que passa a ser destinatário dos imperativos de segurança por parte da opinião pública.

Outrossim, o fenômeno da violência, ou a percepção distorcida que se tem dela, produzida, sobretudo, pelos meios de comunicação de massa, faz a sociedade ver na segurança pública o único meio de proteger bens jurídicos. Nessa medida, a problemática da violência passa a ser comunicacional e não mais experimental, uma vez que não se trata mais de uma “violência experimentada, mas de uma violência comunicada e, portanto, susceptível de manejo político e francamente aberta à dramatização”.

Tal contexto acarreta uma profusão legislativa, ocasionando, pois, efeitos patológicos no sistema penal, uma vez que o Direito Penal e todo o seu instrumental repressor passam a ser utilizados para a consecução de fins políticos, que acabam se tornando um dos fins centrais desse sistema, justificando-se na opinião pública e na sua demanda por segurança, provocada pelos meios de comunicação.

Verifica-se, também, o uso de instrumentos punitivos penais como resposta meramente simbólica aos conflitos sociais. Assim, o Direito Penal tem sido usado, cada vez mais, pelo Estado, como solução rápida a situações aflitivas que causam clamor público.

O simbolismo penal cria um Direito Penal ilegítimo que se orienta, tão somente, para consequências e resultados. Destarte, um Direito Penal simbólico viola os princípios de um Direito Penal liberal, minando, em última análise, a confiança da população no próprio ordenamento e no sistema penal.

Nota-se, ainda, uma ênfase na tutela penal preventiva, decorrente do crescente recurso aos delitos de perigo; sobretudo, os tipos de perigo abstrato, sob o argumento de se garantir a proteção total, e sem lacunas, em face das novas situações de ameaças. Assim, os delitos de perigo abstrato não mais constituem exceção ao modelo de Direito Penal, que tinha por fundamento a lesividade do ato ilícito, passando a integrar o centro da estratégia jurídico-penal voltada à proteção de bens jurídicos de caráter difuso em face dos novos riscos tecnológicos.

Entretanto, vários são os questionamentos, com base em uma perspectiva do Direito Penal clássico, relativos à aplicação dos tipos de perigo abstrato, a saber: contradição com o princípio da lesividade ou ofensividade penal; violação do princípio da culpabilidade, uma vez que se estabelecem penas elevadas dada a importância de bens jurídicos “em jogo”, em situações nas quais o perigo esteja descartado; os delitos de perigo abstrato, ao passo que produzem uma redução dos requisitos para punir, diminuem as possibilidades de defesa, porquanto imprescindível é a prova de um resultado de lesão ou de perigo concreto.

Nesse sentido, o discurso da descriminalização opera-se com base no fenômeno da crise da hipercriminalização, isto é, da expansão do Direito Penal. Fundamentando-se na observação da maioria dos ordenamentos jurídico-penais modernos, nota-se a existência de áreas que reclamam por soluções de descriminalização.

Descriminalizar consiste em retirar de certa conduta o seu caráter criminoso, mediante renúncia à incriminação ou perda do caráter criminal de um ilícito. Não se confunde, pois, com os conceitos de despenalização e diversificação (ou diversão): a despenalização compreende a substituição da pena de prisão por outras sanções alternativas não detentivas; a “diversão” traduz o conjunto de procedimentos utilizados pelas instâncias formais ou informais de controle, visando alcançar uma solução de conflitos jurídico-penais fora do sistema formal de aplicação da justiça penal.

A descriminalização manifesta-se de três formas, a saber: descriminalização formal, legal ou em sentido estrito; descriminalização substitutiva; e descriminalização de fato.

São as categorias da dignidade penal e da carência penal os parâmetros para (des)criminalização, exigência que se impõe diante do expressivo quadro hipercriminalizante. Assim, a intervenção penal será, tão somente, legítima, quando preenchidas as categorias ou pressupostos materiais de merecimento de pena e necessidade de tutela penal (carência de pena).

O bem jurídico dotado de dignidade penal é, tão só, aquele cuja lesão se revela digna de pena. Após a comprovação da dignidade penal do bem jurídico, há de se verificar, ainda, a aptidão lesiva (danosidade) da conduta criminalizada, para poder se concluir pelo merecimento de pena.

Sendo assim, impõe-se a descriminalização em relação a condutas criminalizadas por motivos meramente morais, haja vista a impossibilidade de criminalização de condutas éticas ou morais que decorram de um sistema de valores próprios do indivíduo ou de determinadas subculturas.

Outrossim, clamam por uma solução descriminalizante as manifestações de evasão subcultural ou marginalidade social, haja vista que a sua proibição, em seara criminal, viola direitos fundamentais imanentes ao Estado Democrático de Direito, máxime, o direito à liberdade.

Ademais, não é papel do Direito Penal a prevenção dos riscos socioeconômicos e tecnológicos. Assim, não deve o Direito Penal, a princípio, se arvorar em instrumento de tutela dos novos riscos, sendo imperioso rechaçar a construção de um “Direito Penal do Risco”, devendo, para tanto, intervir o Direito Administrativo e outros meios de controle social não jurídicos.

Igualmente, a tutela penal antecipada, mediante o recurso aos tipos de perigo abstrato, a princípio, mostra-se inadequada com os preceitos penais liberais e garantias formais e materiais, vislumbrando-se ser a solução descriminalizante um imperativo, também, nesse setor.

Impõe-se, outrossim, a descriminalização de toda a legislação de conteúdo meramente simbólico, orientada, apenas, para consequências.

Cumprе sustentar, ainda, a descriminalização dos “delitos bagatelares”, desprovidos de qualquer dignidade penal, com caráter de meras transgressões administrativas. A “criminalidade moderna” é determinada por um contexto globalizante e diz respeito, predominantemente, à disciplina de atividades econômicas, produtivas, comerciais, financeiras etc., diferenciando-se da criminalidade clássica.

A nova criminalidade reclama respostas pragmáticas e eficientes, demandando alterações político-criminais e dogmáticas que se colocam, notadamente, no campo da causalidade e culpabilidade, consequência das relações de responsabilidade que se tornaram altamente complexas, uma vez que o sistema penal, como o conhecemos hoje, foi estruturado em face da criminalidade clássica, precipuamente de dano/lesão atentatório a bens jurídicos individuais.

Nesse passo, pode-se inferir que o Direito Penal, nos moldes em que foi, inicialmente, formulado não está apto para a tutela desse novo tipo de delinquência, restando para a dogmática penal o desafio de remarcar o seu papel.

Nessa medida, em face da nova criminalidade, decorrente da expansão do Direito Penal, pode-se vislumbrar algumas alternativas como solução, quais sejam: a modernização do Direito Penal ou a tutela das novas necessidades por outros ramos do Direito, notadamente, o Direito Administrativo Sancionador.

Mostra-se o Direito Administrativo Sancionador campo de regulação jurídica mais viável e adequado para a disciplina de ilícitos que consubstanciam, hoje, a “criminalidade moderna”, haja vista que esta é fruto de uma larga intervenção do Estado nos mais variados domínios, desde o econômico ao tráfego, culminando na produção de leis meramente utilitárias, descritas, frequentemente, mediante cláusulas gerais e normas em branco, as quais necessitam ser integradas pela Administração, resultando, pois, numa violação ao princípio da tipicidade, corolário da legalidade penal.

Verifica-se, assim, um sem número de comportamentos tipificados sob a égide do Direito Penal, os quais não passam de mera disciplina de organização social, exercendo funções de ordenação de setores da atividade administrativa, enquanto violações da ordenação deveriam dar lugar a ilícitos administrativos, qualitativamente diferentes dos ilícitos criminais.

Nesse sentido, o sistema sancionatório administrativo apresenta-se com uma funcionalidade maior que o Direito Penal, para a tutela das novas necessidades, uma vez que este, como foi histo-

ricamente delineado, não se mostra apto para a tutela dos novos riscos nem para a disciplina de transgressões administrativas.

Outrossim, a administrativização possibilitaria melhorar a eficiência na proteção dos cidadãos, porquanto as sanções administrativas são dotadas de maior efetividade, uma vez que são “penas” pecuniárias, em especial, as interditivas, que apresentam acentuado efeito pedagógico. Ademais, não são canceláveis mediante anistia, bem como não estão sujeitas a suspensões condicionais, podendo, ainda, alcançar pessoas jurídicas.

Nessa medida, pode-se concluir que a administrativização é, pois, um processo de cunho político, tendo em vista que decorre de uma política criminal de integração social e redução da violência punitiva, com vistas à promoção de uma reforma de cunho constitucional no Direito Penal.

Cumpra asseverar que a atividade sancionatória administrativa deverá estar vinculada a uma específica ideia de legalidade, pois a aplicação das sanções deverá pressupor certa tipicidade dos comportamentos, conquanto sejam tipos mais maleáveis relativamente ao tipo penal, além da manutenção de um conjunto de garantias principiológicas.

Verifica-se, assim, um sem número de comportamentos tipificados sob a égide do Direito Penal, que não passam de mera disciplina de organização social, exercendo funções de ordenação de setores da atividade administrativa, enquanto violações da ordenação deveriam dar lugar a ilícitos administrativos, qualitativamente diferentes dos ilícitos criminais.

Nesse sentido, o sistema sancionatório administrativo apresenta-se com uma funcionalidade maior que o Direito Penal, para a tutela das novas necessidades, porque este, como foi historicamente delineado, não se mostra apto para a tutela dos novos riscos nem para a disciplina de transgressões administrativas.

Cumpra, por fim, asseverar que a atividade sancionatória administrativa deverá estar vinculada a uma específica ideia de

legalidade, uma vez que a aplicação das sanções deverá pressupor certa tipicidade dos comportamentos, conquanto sejam tipos mais maleáveis, relativamente ao tipo penal, além da manutenção de um conjunto de garantias principiológicas.

Referências

AMARAL, Cláudio do Prado. *Princípios penais: da legalidade à culpabilidade*. São Paulo: IBCCRIM, 2003.

———. *Despenalização pela reparação de danos: a terceira via*. São Paulo: Mizuno, 2005.

AMARAL, Cláudio do Prado. *Bases teóricas da ciência penal contemporânea: dogmática, missão do direito penal e política criminal na sociedade de risco*. São Paulo: IBCCRIM, 2007.

ANDRADE, Manoel da Costa. *Merecimiento de pena y necesidad de tutela penal como referencias de una doctrina teleológica-racional del delito*. Fundamentos de un sistema europeo del Derecho Penal. Libro-Homenaje a Claus Roxin. Barcelona: Bosch, 1995.

ARANA, Raúl Pariona. El derecho penal “moderno”: sobre la necesaria legitimidad de las intervenciones penales. *Revista Brasileira de Ciências Criminales*, n. 68. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 112 e 139.

BARATA, Francesc. La violencia y los mass media: entre el saber criminológico y las teorías de la comunicación. *Revista Brasileira de Ciências Criminales*, São Paulo, n. 29, p. 235-267, 2000.

BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do direito penal*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1999.

_____. Funções instrumentais e simbólicas do direito penal. Lineamentos de uma teoria do bem jurídico. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 5, 1994.

BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*. Rio de Janeiro: Revan, 1990.

_____. Mídia e sistema penal no capitalismo tardio. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 42, p. 242-263, 2003.

BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. Tradução do original italiano *Dei delitti e delle pene*, edição de Harlem, Livorno, 1766. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1998.

BECHARA, Ana Elisa. Delitos sem bem jurídicos? *Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 181, Ano 15, 2007.

BECK, Ulrich. *La sociedad del riesgo: hacia una nueva modernidad*. Barcelona: Paidós, 1998.

BIANCHINI, Alice. *Pressupostos materiais mínimos da tutela penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

BICUDO, Tatiana Viggiani. A globalização e as transformações no Direito Penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 23, p. 97-109, 1998.

BUERGO, Blanca Mendoza. *El derecho penal en la sociedad del riesgo*. Madrid: Civitas, 2001.

CERVINI, Raúl. *Os processos de descriminalização*. Tradução da 2ª edição espanhola. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

CORREIA, Eduardo. El derecho penal de justicia y el llamado derecho penal administrativo. *Conferência da Real Academia de Jurisprudencia y Legislacion*. Madrid: 1972.

D'ÁVILA, Fábio Roberto. O espaço do direito penal no século XXI. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 64, p. 78-98, 2007.

———. O espaço do direito penal no século XXI. In: FÖPPEL, Gamil. (Coord.). *Novos desafios do direito penal no terceiro milênio*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

DIAS, Jorge de Figueiredo. O Movimento da descriminalização e o ilícito de mera ordenação social. *Jornadas de Direito Criminal*. CEJ, 1983.

———. *Questões fundamentais do direito penal revisitadas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

DIAS, Jorge de Figueiredo. O direito penal entre a “sociedade industrial” e a “sociedade do risco”. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 33, p. 39-65, 2001.

———. O papel do direito penal na proteção das gerações futuras. *Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra*. Coimbra: Universidade de Coimbra, 2003.

———. *direito penal: parte geral*. São Paulo: Revista dos Tribunais; Portugal: Coimbra, 2007.

———; ANDRADE, Manuel da Costa. *Criminologia: o homem delinqüente e a sociedade criminógena*. Coimbra: Coimbra, 1997.

FERNANDES, Paulo Silva. *Globalização, “Sociedade de risco” e o futuro do direito penal: panorâmica de alguns problemas comuns*. Coimbra: Almedina, 2001.

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

FRANCO, Alberto Silva. Globalização e criminalidade dos poderosos. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 31, p. 102-135, 2000.

GOMES, Luiz Flávio. *Princípio da ofensividade no Direito Penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

_____; BIANCHINI, Alice. *O direito penal na era da globalização*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

GOMES, Luiz Flávio; MOLINA, Antonio García-Pablos de; BIANCHINI, Alice. *Direito Penal: introdução e princípios fundamentais*. v.1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

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

_____; Juan Bustos Ramirez (Coord). *Derecho penal simbólico y protección de bienes jurídicos*. Pena y Estado: función simbólica de la pena. Santiago: Editorial Jurídica ConoSur Ltda, 1995.

_____. *Persona, mundo y responsabilidad: bases para una teoría de la imputación en derecho penal*. Tradução: Francisco Muñoz Conde e María del Mar Díaz Pita. Santa Fé de Bogotá: Temis S.A, 1999.

_____. *Seguridad por intermedio del derecho penal*. Problemas actuales del derecho penal y de la criminología: estudios penales en memoria de la profesora dra. María del Mar Díaz Pita. Valencia: Tirant lo Blanch, 2008.

HOYOS, Gustavo Balmaceda. Consideraciones crítica sobre el derecho penal moderno y su legitimidad. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n. 65, São Paulo, p. 68, 2007.

JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. *Direito penal do inimigo: noções e críticas*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

JESCHECK, Hans Heinrich. *Tratado de derecho penal*. Granada: Comares, 1993.

LUZÓN PEÑA, Diego Manoel. *La relación del merecimiento de pena y de la necesidad de pena com la estructura del delito*. Fundamentos de um sistema europeo del Derecho Penal. Libro-Homenaje a Claus Roxin. Barcelona: Bosch, 1995.

MACHADO, Marta Rodriguez de Assis. *Sociedade do risco e direito penal: uma avaliação de novas tendências político-criminais*. São Paulo: IBCCRIM, 2005.

MOCCIA, Sergio. *El derecho penal entre ser y valor: función de la pena y sistemática teleológica*. Buenos Aires: Júlio César Faria, 2003.

PALAZZO, Francesco. Direito penal e sociedade tecnológica: princípios em crise e reformas esperadas. *Fascículos de Ciências Penais*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, v. 6, 1993.

———. *Principio de última ratio e hipertrofia del derecho penal*. v.1. Homenaje al dr. Marino Barbero Santos. Cuenca: Universidad Castilla-La Mancha, 2001.

PELARIN, Evandro. *Bem jurídico-penal: um debate sobre a descriminalização*. São Paulo: IBCCRIM, 2002.

PELUSO, Vinicius de Toledo Piza. Sociedade, *mass media* e Direito Penal: uma reflexão. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n. 39, São Paulo, p. 175-187, 2002.

PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro – parte geral*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

———. *Bem jurídico-penal e Constituição*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

QUEIROZ, Paulo de Souza. *Do caráter subsidiário do direito penal: lineamentos para um direito penal mínimo*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

———. *Funções do direito penal: legitimação versus deslegitimação do sistema penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

RIPOLLÉS, José Luis Diéz. De la sociedad del riesgo a la seguridad ciudadana: um debate desenfocado. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 71, p. 70-204, 2003.

ROMANO, Mario. *Merecimento de pena, necesidad de pena y teoria del delito*. Fundamentos de um sistema europeo del derecho penal. Libro-Homenaje a Claus Roxin. Barcelona: Bosch, 1995.

ROXIN, Claus. *Problemas fundamentais de direito penal*. 3. ed. Lisboa: Vega, 2004.

———. *Estudos de direito penal*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

SÁNCHEZ GARCIA DE PAZ, Maria Isabel. *El moderno derecho penal y la anticipación de la tutela penal*. Valladolid: Universidad de Valladolid, 1999.

SANTANA, Selma Pereira de. *Palestra proferida no 3º Congresso Internacional de Direito e Democracia e 2º Congresso Internacional do IPAN*. Salvador, 2008.

———. *A reparação como consequência jurídico-penal autônoma do delito*. Dissertação para doutoramento em Ciências Jurídico-Criminais, Faculdade de Direito, Coimbra, 2006.

SANTOS, Géron Pereira dos. *Direito penal econômico*. São Paulo: Saraiva, 1981.

SANTOS, Juarez Cirino. *Palestra proferida no 1º Fórum Latino-Americano de Política Criminal, promovido pelo IBCCRIM*. Ribeirão Preto, 2002.

———. *Direito penal: parte geral*. 3. ed. Curitiba: Lumen Juris, 2008.

SCHÜNEMANN, Bernd. O direito penal é a ULTIMA RATIO da proteção de bens jurídicos. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 53, p. 9-37, 2005.

SICA, Leonardo. *Direito Penal de emergência e alternativas à prisão*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

SILVA, Tadeu A. Dix. Globalização e direito penal brasileiro: acomodação ou indiferença? *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 23, p.81-96, 1998.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús Maria. *Aproximación al derecho penal contemporáneo*. Barcelona: Bosch, 1992.

———. *A expansão do direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais*. Tradução da 2ª edição espanhola. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Direito penal econômico como direito penal de perigo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

SOUZA, P. V. Sporlerder de. *Bem jurídico-penal e engenharia genética humana: contributo para a compreensão dos bens jurídicos supra-individuais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Globalización y sistema penal en America latina: de la seguridad nacional a la urbana. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 20, p.13-23, 1997.