

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL  
FACULDADE DE DIREITO  
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

Wagner Dalcin

**Direito de Intervenção versus Direito Penal do Inimigo:  
As duas faces do Direito Penal do Risco**

Porto Alegre

2022

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL  
FACULDADE DE DIREITO  
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

Wagner Dalcin

**Direito de Intervenção versus Direito Penal do Inimigo:  
As duas faces do Direito Penal do Risco**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul como requisito para a obtenção do título de Mestre.

Porto Alegre

2022

*À Helena Dalcin, obrigado por existir.*

*À Lourdes Maria Becker (in memoriam),  
dedico este trabalho.*

## AGRADECIMENTOS

Agradeço, em primeiro lugar, à Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS), instituição que me acolheu desde a graduação, pela oportunidade de prosseguir com a vida acadêmica junto aos bancos da renomada Faculdade de Direito. Universidade pública, em todos os sentidos da expressão.

Aos professores e corpo de alunos do Programa de Pós-Graduação em Direito (PPGD), agradeço pelos conhecimentos transmitidos e experiência compartilhadas no transcorrer do curso, seja pelas aulas ministradas, seja pelos seminários apresentados e debates entretidos.

Ao Prof. Pablo Rodrigo Alflen e demais integrantes do Núcleo de Estudos de Direito Penal e Processual Penal Contemporâneos (NEDPPPC) agradeço pelos ensinamentos e pelas discussões em altíssimo nível, mesmo em período pandêmico, que contribuíram de maneira singular para a consecução da pesquisa.

À Evanize Becker Dalcin, minha mãe, e ao Eloi Roque Dalcin, meu pai, agradeço pelo apoio incondicional na decisão de ingressar no Mestrado, pela compreensão em relação à minha reduzida presença junto à família nesses últimos dois anos e meio, e pelas responsabilidades extras que os transformaram em pais da própria neta.

Ao Vinicius Dalcin, meu irmão, agradeço por ser exemplo de garra e empenho, e, especialmente de vontade de viver.

À Gabriela Gonçalves, agradeço por nunca “soltar o balão”, notadamente nos momentos derradeiros – e mais delicados – dessa jornada.

## RESUMO

A presente pesquisa tem como objetivo propor o Direito de Intervenção, idealizado por Winfried Hassemer, como solução ao fenômeno expansionista do Direito Penal pós-moderno, e, no mesmo passo, traçar os paralelos entre o Direito de Intervenção e o modelo dogmático do Direito Penal do Inimigo de Gunther Jakobs. A pesquisa passou pelo levantamento histórico do período marcado pelos avanços da modernidade, pelo exame dos novos riscos e ameaças dela decorrente, e do estado de medo e insegurança gerado na sociedade, cujos efeitos na dogmática do Direito Penal levaram a uma hiperinflação deste, fenômeno denominado pela doutrina de "administrativização" ou "expansão" do Direito Penal. Apresentamos o Direito de Intervenção e o Direito Penal do Inimigo como duas faces do modelo dogmático originado na Sociedade do Risco, aptos a fazer frente aos tensionamentos sociais dela decorrente, e assimiláveis pelo ordenamento jurídico brasileiro sem a necessidade de profundas reformas em âmbito constitucional, mas somente pela releitura de paradigmas e concepções enraizados no contexto jurídico pátrio.

**Palavras-chave:** Sociedade de Risco; Direito Penal do Risco; Administrativização do Direito Penal; Expansão do Direito Penal; Direito de Intervenção; Direito Penal do Inimigo.

## ABSTRACT

The present research intends to propose the Law of Intervention, conceived by Winfried Hassemer, as a solution to the expansionist phenomenon of postmodern Criminal Law, and, at the same time, draw the parallels between the Law of Intervention and the Enemy Criminal Law dogmatic model by Gunther Jakobs. The research went through the historical survey of the period marked by the advances of modernity, the examination of the new risks and threats arising from it, and the state of fear and insecurity generated in society, whose effects over the Criminal Law dogmatics led to a hyperinflation of it, phenomenon called by the doctrine as "administrativization" or "expansion" of Criminal Law. We present the Law of Intervention and the Enemy Criminal Law as two sides of the dogmatic model originated in the Risk Society, capable of facing the social tensions arising from it, and assimilated by the Brazilian legal system without the need of profound modifications in the constitutional sphere, but only by the rereading of paradigms and conceptions rooted in the national legal context.

**Keywords:** Risk Society; Risk Criminal Law; Administrativization of Criminal Law; Expansion of Criminal Law; Law of Intervention; Enemy Criminal Law.

## SUMÁRIO

<b>1.INTRODUÇÃO.....</b>	<b>9</b>
<b>2. A SOCIEDADE DE RISCO E O ESTADO DE INSEGURANÇA.....</b>	<b>14</b>
2.1. A modernização reflexiva, seus caracteres e influxos na sociedade contemporânea.....	15
2.1.1. O conceito de risco.....	20
2.1.2. Caracteres da modernidade reflexiva.....	22
2.1.2.1. Globalização dos riscos.....	22
2.1.2.2. Fragmentação social e individualização.....	24
2.1.2.3. Subpolítica.....	26
2.1.3. Sociedade de risco e estado de insegurança.....	29
2.2. Reflexos dogmáticos de um Direito Penal do Risco.....	32
2.2.1. Os bens jurídicos coletivos.....	34
2.2.2. O adiantamento das barreiras punitivas.....	37
2.2.3. O problema das normas penais em branco e das técnicas de remissão.....	40
<b>3. DIREITO DE INTERVENÇÃO E DIREITO PENAL DO INIMIGO: DUAS FACES DO DIREITO PENAL DO RISCO.....</b>	<b>44</b>
3.1. Winfried Hassemer: o Direito de Intervenção enquanto instrumento de resgate do Direito Penal liberal.....	45
3.1.1. A ‘Escola de Frankfurt’ como ponto de partida para o pensamento hassemeriano.....	46
3.1.2. Hassemer e a ‘dialética da modernidade’.....	51
3.1.3. A função do Direito Penal para Hassemer.....	55
3.1.4 Finalmente, o Direito de Intervenção!.....	58
3.2. Günther Jakobs: a fidelização do cidadão ao ordenamento jurídico levada ao extremo e o Direito Penal do Inimigo.....	61
3.2.1 A teoria dos sistemas sociais e a noção de expectativas normativas da sociedade.....	62
3.2.2 Os conceitos de crime e pena a partir da filosofia hegeliana.....	64

3.2.3 A proteção da vigência da norma como função do Direito Penal (e a aproximação à teoria da prevenção geral positiva) .....	65
3.2.4 E o ‘Direito Penal do Inimigo’?.....	67
<b>4. O DIREITO DE INTERVENÇÃO ENQUANTO INSTRUMENTO DE LEGITIMAÇÃO DO DIREITO PENAL DO INIMIGO.....</b>	<b>72</b>
4.1 O embrião do ‘Direito de Intervenção’ nos modelos de James Goldschmidt, Erik Wolf e Eb. Schmidt (e sua proximidade com o Direito Administrativo Sancionador) .....	72
4.2. Reconfigurações necessárias à implementação de um Direito de Intervenção (e à legitimação de um Direito Penal do Inimigo) .....	78
4.2.1 Superação da concepção dualista do <i>jus puniendi</i> estatal (e da possibilidade de sobreposição de sancionamentos em diferentes esferas) .....	79
4.2.2 Ampliação dos espaços de oportunidade no ordenamento jurídico (e a superação da dialeticidade legalidade-oportunidade) .....	82
4.2.3 Um novo olhar sobre as teorias da pena (ou a prevenção geral positiva como nova forma de compreender as finalidades dos sistemas sancionatórios) .....	86
4.2.4 A utilização do postulado da proporcionalidade como vetor para a eleição das consequências jurídicas.....	89
4.3 Excurso – Primeiros esboços de um sistema de Direito de Intervenção.....	92
<b>CONSIDERAÇÕES FINAIS.....</b>	<b>95</b>
<b>REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....</b>	<b>98</b>

## 1. INTRODUÇÃO

*“La persona no puede viver aislado en sí misma. Para alcanzar sus fines y satisfacer sus necesidades precisa de la comunicación con otras personas y de su auxilio. En una palabra, la existencia del Ego supone necesariamente la existencia del Alter, es decir, que la existencia humana supone siempre la coexistencia o convivencia”*

Franciso Munoz Conde<sup>1</sup>

O homem, enquanto animal político, não pode viver senão em sociedade, formando com esta um binômio indissociável. Disso extrai-se a conclusão de que do homem não se espera que somente viva, sozinho, isolado de seus pares, mas que viva e, principalmente, conviva com seus semelhantes, em uma convivência suportada pelos alicerces do Direito.

É em razão dessa necessidade indelével que o homem se agrupa a outras pessoas para, em conjunto, buscarem novas formas de realização pessoal – por exemplo, profissionais, econômicas, intelectuais, filantrópicas etc. Tais agrupamentos são os chamados organismos sociais, e o conjunto destes organismos forma a sociedade em geral, em cujo conceito pode ser incluído o de sociedade nacional, a qual recebe, também, a denominação de sociedade política.

A sociedade política é formada não só pela comunidade nacional (elemento humano do Estado), mas também por todos os outros organismos sociais existentes em um país. Assim, ela é uma obra humana, obra racional, constituída para a persecução de um objetivo, concreto e a todos comum, a saber, o bem-estar público e a manutenção da ordem jurídica em geral – o bem comum.

Território, povo e estado são os elementos constitutivos da sociedade política; esta é o todo do qual aqueles elementos são as partes, e do qual o Estado é parte principal, consubstanciando-se em “uma instituição especial dotada de um poder superior para a realização da justiça e a efetivação da lei”<sup>2</sup>. Isso assim o é porque o Estado “recebe do corpo político, em virtude da constituição ou estrutura básica que o corpo político determinou para

---

<sup>1</sup> CONDE, Franciso M., Derecho Penal y control social, Jerez: Fundacion Universitaria de Jerez, 1985, p. 21.

<sup>2</sup> MARITAIN, Jacques, O homem e o estado [tradução de Alceu Amoroso Lima], Rio de Janeiro: AGIR, 1966. p. 35.

si próprio”<sup>3</sup>. Esse poder decorre de uma supremacia indisfarçável que a sociedade política possui sobre as demais espécies de sociedade, consistente não somente, mas principalmente, na capacidade de mando e dominação que lhe é característica.

O Estado monopoliza o poder oriundo da sociedade política, chamando para si a responsabilidade de, a pretexto da persecução do bem comum, ordenar a vida em comunidade, promovendo o desestímulo de comportamentos reconhecidos como indesejados, obrigando ao cumprimento das condutas entendidas como obrigatórios, e a intermediação na resolução de conflitos eventualmente instalados.

Em igual sentido caminha o pensamento de Maritain, para quem o Estado, enquanto parte principal da sociedade política, “se refere, especialmente, à manutenção da lei, ao fomento do bem comum e da ordem pública e à administração dos negócios públicos”<sup>4</sup>. E é sob o manto estatal que a sociedade política cria e desenvolve institutos ligados ao controle social formal.

A sociedade política jamais prescindiu do controle social formal, seja com o escopo de atender a determinados interesses – sobretudo dos próprios detentores do poder –, seja para alcançar a pacificação e o equilíbrio social, indispensáveis para a manutenção da sociedade e do próprio Estado. E uma das formas pelas quais a sociedade política busca a manutenção das estruturas sociais é através da imposição de sanções, manifestação do *jus puniendi* estatal, comumente centralizado nas mãos do Estado-Juiz.

Sucedo que o considerável crescimento das populações, o acelerado avanço da tecnologia nas últimas décadas, e a profunda transformação dos meios de produção de riqueza, permitiram o surgimento de sociedades cada vez mais complexas e, com isso o aparecimento de novos riscos e de situações sociais de ameaça. Como consequência, o Direito Penal se orienta à prevenção de tais riscos do que para uma reação ao crime já praticado.

Não bastasse isso, questões de natureza exclusivamente privadas e bens jurídicos outrora tutelados por microssistemas legislativos diversos passam a receber a tutela das normas penais às escâncaras, e infrações de cunho eminentemente administrativo, antes objeto de mera regulação e fiscalização pelo Poder Executivo, são alçadas à condição de infrações penais. Com isso, a intervenção do Direito Penal em esferas antes submetidas à tutela de outros ramos da ciência jurídica é fenômeno cada vez mais intenso em nosso dia a dia.

---

<sup>3</sup> MARITAIN, Jacques. *Op. cit.*, p. 35.

<sup>4</sup> MARITAIN, Jacques. *Op. cit.*, p. 22.

A presente investigação pretendeu, com substrato no pressuposto de que monopólio do *jus puniendi* estatal nas mãos da Justiça Penal conduziu à hipertrofia exacerbada do Direito Penal e à asfixia do Processo Penal, examinar, sob uma perspectiva jus-sociológica, as raízes do fenômeno da expansão (ou ‘administrativização’) do Direito penal e, investigar a existência de modelos dogmáticos alternativos que pudessem fazer frente ao fenômeno e oferecer soluções factíveis para os problemas originados com a modernidade e, assim, fossem passíveis de assimilação pela ordem jurídica brasileira. O modelo escolhido foi o Direito de Intervenção, idealizado por Winfried Hassemer.

Nessa toada, a intenção embrionária deste trabalho partiu do problema de pesquisa central expresso na seguinte pergunta: “O Direito de Intervenção, conforme idealizado por Winfried Hassemer, afigura-se como alternativa legítima e eficaz para a contenção do fenômeno da ‘administrativização’ do Direito penal?”. Porém, no decorrer dos estudos e da pesquisa, os horizontes se expandiram, alcançando um patamar de maior amplitude teórica, passando a pensar, em compêndio, que enquanto faceta de um Direito Penal característico das sociedades modernas, demarcadas por influxos da sociologia do risco, as bases fundantes e objetivos do Direito de Intervenção hassemeriano em muito se aproximariam das bases e objetivos do conceito dogmático do Direito Penal do Inimigo, cunhado por Günther Jakobs e não raras vezes rotulado de inadequado e incompatível com qualquer ordem jurídica democrática.

As obras de Hassemer traduzidas para o vernáculo são escassas. Seus artigos científicos acessíveis ao público de língua portuguesa, igualmente, são poucos. O material disponível ao público que não possui além do português como língua principal aborda o Direito de Intervenção de forma muito incipiente, sequer chegando a teorizá-lo ou sistematizá-lo. Assim, a pesquisa proposta justifica-se ante a necessidade de se investigar a doutrina jurídica europeia, e em especial alemã, de modo a assimilar as ideias de Winfried Hassemer, pouco difundidas nos âmbitos acadêmico e científico nacional, analisando suas bases jurídicas, políticas e filosóficas, na tentativa de encontrar os fundamentos e sistematizar o denominado Direito de Intervenção.

Dessa forma, no primeiro capítulo buscou-se o enfoque inicial da sociologia, acerca dos estágios de evolução social, traçado a partir da obra de teóricos da modernidade como Ulrich Beck, Anthony Giddens e Zygmund Baumann, abordando, ao final, porém sem pretensão de esgotar a matéria, os reflexos dogmáticos que a nova arquitetura social traz para as ciências jurídicas penais.

No segundo capítulo, foram estudados dois discursos penais construídos com base nos influxos dogmáticos da modernidade – o Direito de Intervenção, formulado por Winfried Hassemer, e o Direito Penal do inimigo, elaborado por Günther Jakobs – examinando as bases jusfilosóficas e as características essenciais inerentes a cada um dos sistemas jurídico-penais idealizados, concluindo-se que os dois movimentos pretendem alcançar, por meios distintos, os mesmos objetivos.

No terceiro e derradeiro capítulo, identificou-se a gênese do movimento que busca separar o *jus puniendi* estatal nas mãos de órgãos outros que não apenas a Justiça Penal, e sua aproximação com a figura do Direito Administrativo Sancionador, modelo dogmático que se aproxima do Direito de Intervenção proposto por Hassemer. Ainda, abordou-se alguns dos paradigmas jurídicos (unitariedade do *jus puniendi* estatal, maior abertura ao princípio da oportunidade, observância do princípio da proporcionalidade na etapa legislativa) cuja superação ou releitura se mostra necessária para a institucionalização do Direito de Intervenção e, via de consequência, a legitimação de um Direito Penal do Inimigo.

Relativamente à metodologia empregada, a investigação proposta desenvolveu-se por meio de uma pesquisa explicativa, buscando a construção e aprofundamento de conhecimentos sobre a gênese do tema central da pesquisa (o Direito de intervenção), de suas causas subjacentes (a expansão do Direito Penal decorrente dos influxos da sociologia do risco sobre sua estrutura e conteúdo) e a aproximação com o conceito dogmático paralelo (o Direito Penal do Inimigo), relacionando-os e analisando as consequências de sua adoção pela ordem jurídica.

O método de abordagem dos dados coletados utilizado foi o hipotético-dedutivo, e, também, o método comparativo, considerando a coleta de dados de sistemas jurídicos distintos, de forma a compreender o direito estrangeiro em sua inteireza e identificar espaços de permeabilidade com o direito nacional, buscando a adequação daquele à realidade deste e, por consequência, viabilizando a assimilação de bases jurídicas que permitiriam a adoção, em nosso ordenamento, de um modelo de Direito de Intervenção e, por consequência, de um Direito Penal do Inimigo legítimo.

A coleta dos dados operacionalizou-se a partir de pesquisa bibliográfica e documental de escritos físicos e eletrônicos pertinentes ao tema de pesquisa, da legislação penal brasileira, e de eventuais precedentes jurisprudenciais relevantes à explicação da problemática proposta.

A temática proposta é de suma relevância ao debate – sempre atual – sobre o panorama do Direito penal doméstico, ainda alicerçado em um sistema há muito superado na grande maioria dos sistemas jurídico-penais estrangeiros, e que busca adaptar institutos desses outros contextos sem a realização de ampla reforma das bases que sustentam o sistema, transformando nosso Direito Penal em uma verdadeira 'colcha de retalhos', desprovida de uma identidade própria.

Nessa toada, a resposta positiva ao problema de pesquisa formulado oferecerá à comunidade jurídica nacional um modelo dogmático alternativo para a ciência penal do futuro.

## 2. A SOCIEDADE DE RISCO E O ESTADO DE INSEGURANÇA

*Ubi societas, ibi jus*. Este brocardo latino representa a correlação indissociável entre sociedade e Direito, querendo dizer, em tradução literal, que onde está a sociedade, também estará o Direito. Isso porque o Direito nasce da sociedade e não subsiste fora dela, consubstanciando-se em instrumento de ordenação coercitiva da conduta humana<sup>5</sup>.

É certo que o Direito, enquanto ciência, passou a ser estudado e desenvolvido com mais ênfase na Roma Antiga – foi em Roma que surgiram a *Lex Duodecim Tabularum*; o *Edicto*, de Sálvio Juliano; as *Institutas*, de Gaio; e, mais tarde, o *Corpus Iuris Civiles*, do Imperador Justiniano<sup>6</sup> –, daí influenciando a legislação e os estudos jurídicos de outros povos do ocidente.

Não obstante a importância dos romanos na gênese do Direito, é possível afirmar que os primórdios do Direito remontam ao período pré-histórico, mais especificamente ao momento em que os seres humanos passaram a se organizar em pequenos aglomerados sociais e aprenderam a cooperar uns com os outros como forma de garantir sua sobrevivência<sup>7</sup> e a evolução da espécie, obedecendo a regras – ainda que meramente intuitivas – de convívio social<sup>8</sup>.

A sociedade convive com a imprescindibilidade da evolução, eis que inerente ao ser humano a busca por melhores condições de vida para si e de desenvolvimento do meio em que vive. Todas as formações sociais, mesmo as mais primitivas, encontram-se em constante e permanente processo de transformação, de maneira que as formações resultantes dão início a novos processos de formação, constituindo-se novos momentos históricos de formações sociais ulteriores<sup>9</sup>. Idêntico fenômeno é perceptível no tocante à normatividade social, cujo processo de transmutação inicia-se nas sucessivas ordens normativas costumeiras pré-históricas, passando às ordens históricas e religiosas, até culminar na normatividade jurídica do direito romano e dos séculos seguintes.

---

<sup>5</sup> REALE, Miguel. Lições preliminares de Direito, 25ª ed. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 44.

<sup>6</sup> MARKY, Thomas. Curso Elementar de Direito Romano, 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 3-10.

<sup>7</sup> LIUTI, Fátima de Lourdes Ferreira; MORAES, Alcemir da Silva. Direito e justiça: da pré-história à contemporaneidade. Revista Videre, [S.l.], v. 1, n. 2, p. 101-122, maio 2010.

<sup>8</sup> É por tal motivo que adeptos da corrente jusfilosófica fundada no direito natural repete brocardo latino, adaptando-o com o acréscimo da expressão “o homem”: *ubi homo, ibi societas; ubi societas, ibi jus; ubi homo, ibi jus*. Veja, nesse sentido, MATA MACHADO, Edgar. Elementos de Teoria Geral do Direito, Belo Horizonte: UFMG, 1995, p. 14.

<sup>9</sup> ARAÚJO, Aloízio Gonzaga de Andrade. O direito e o estado como formações modernas. Revista brasileira de estudos políticos, n. 101, p. 37-60, jul./dez., 2010, p. 41.

Não é possível romper a estreita relação entre evolução da sociedade e evolução do Direito. A sociedade hodierna denota o desenvolvimento social fulcrado na evolução humana e na busca incessante por maiores e melhores condições de vida. E o Direito, enquanto mecanismo de tutela de relações e de pacificação social, não pode ficar alheio às modificações que se operam na coletividade em decorrência do seu desenvolvimento.

Destarte, o Direito se modifica e evolui em função do desenvolvimento e modificação das civilizações e das formações sociais. Ocorre que Direito e sociedade, na prática, não evoluem paralelamente, e na medida em que o Direito não acompanha o progresso social, falhando na sua tarefa de ordenação da sociedade, esta entra em colapso, ocasionando a insegurança social.

No presente capítulo, pretende-se fazer um apanhado da evolução social entre Idade Moderna e Idade Contemporânea a partir, especialmente, da obra do sociólogo germânico Ulrich Beck, pioneiro indagador do movimento iluminista, para quem a face positiva do progresso observado no Século das Luzes trouxe à tona os problemas da evolução social e redefiniu os rumos das ciências sociais ao trazer o risco para o foco das pesquisas e estudos. Ao fim desta introdução, pretende-se abordar os reflexos dogmáticos que essa nova arquitetura social traz para as ciências penais.

## **2.1. A modernização reflexiva, seus caracteres e influxos na sociedade contemporânea**

De acordo com Beck, “na virada para o século XXI, o processo de modernização desencadeado não apenas superou a suposição de uma natureza contraposta à sociedade, como também faz desmoronar o sistema intrassocial de coordenadas da sociedade industrial”<sup>10</sup>. O sociólogo alemão apontava, nesse diapasão, para as modificações substanciais nas estruturas basilares da sociedade industrial, notadamente nas classes sociais, nas formas familiares nas formas de produção de riquezas e na lógica de gerenciamento e controle das forças destrutivas decorrentes do próprio processo modernizatório<sup>11</sup>.

---

<sup>10</sup> BECK, Ulrich. Sociedade de risco: rumo a outra modernidade [tradução de Sebastião Nascimento]. São Paulo: Ed. 34, 2010, p. 107.

<sup>11</sup> Sobre a modernização, trata-se de “processo complexo que atravessa as mais diversas áreas da vida social, da globalização dos sistemas produtivos e financeiros à revolução nas tecnologias e práticas de informação e de comunicação, da erosão do Estado nacional e redescoberta da sociedade civil ao aumento exponencial das desigualdades sociais, das grandes movimentações transfronteiriças de pessoas como

O próprio surgimento da sociedade industrial, aliás, defluiu de um longo processo de ruptura dos alicerces que sustentavam a sociedade estamental típica da era medieval. Com efeito, durante o medievo, atividade agrícola e produção artesanal objetivavam apenas satisfazer as necessidades domésticas básicas – empregava-se essencialmente a força humana nos processos produtivos e produziam-se alimentos e criavam-se objetos necessários à subsistência das famílias.

Por um conjunto de circunstâncias relativas ao renascimento urbano, cultural e científico havido ao longo dos séculos XVI e XVII, houve a ampliação das áreas de cultivo e a intensificação da atividade agrícola e manufatureira – implicando no aumento do volume de produtos excedentes. O espírito de investigação e pesquisa rompeu o misticismo medieval e conduziu ao renascer das ciências – incentivando, juntamente com a necessidade de incremento da atividade comercial para escoar a produção excedente, as grandes navegações exploratórias. E assim, a sociedade foi conduzida a um novo momento evolutivo, o qual Beck denominou de primeira modernidade (ou modernidade simples).

Com os processos de industrialização iniciados no século XVIII, a sociedade assumiu novas formas diretamente associadas à natureza da relação entre capital e trabalho, em decorrência, principalmente, da substituição da força humana empregada nos processos produtivos pela força das máquinas. Assim, a “primeira modernidade” pode ser caracterizada pela confiança no progresso e controle dos riscos pela ciência e tecnologia, ainda imatura<sup>12</sup>. Tudo parecia perfeito quando se via a engrenagem da sociedade em movimento. O brilho no olhar iluminista mirando o avanço social fazia a ideologia parecer certa – e podemos concordar que estava.

A primeira modernidade, entendida como projeto iluminista, apoiou-se tão somente na face positiva do progresso vinculado ao uso da razão, sob a utopia de controle total da ciência perante as novas circunstâncias sociais.<sup>13</sup> Assim dizendo, “o projeto iluminista associava

---

emigrantes, turistas ou refugiados, ao protagonismo das empresas multinacionais e das instituições financeiras multilaterais, das novas práticas culturais e identitárias aos estilos do consumo globalizado”. SANTOS, Boaventura de Souza (Org). *A Globalização e as Ciências Sociais*. São Paulo: Cortez, 2002, p. 11.

<sup>12</sup> SPINELLI, André Luiz Pereira. “La sociedade del riesgo: hacia una nueva modernidade”, de Ulrich Beck, e sua recepção pela teoria da imputação objetiva. *Revista Captura Críptica: direito, política, atualidade*. Florianópolis: v. 6, n. 1, p. 317-323, 2017, p. 317

<sup>13</sup> COSTA, Jonas Fernandes. *Modernidade Reflexiva: Giddens, Beck e as limitações da segunda modernidade*. Dissertação (Mestrado em Sociologia) – Universidade Federal do Pará. Belém. 2009, p. 12.

equivocadamente conhecimento a controle”<sup>14</sup>, ocorre que à época, não havia elementos nítidos que tornassem o equívoco perceptível.

Até então, a ilustração parecia perfeita pela importância que se dava à razão. Os pensadores do Iluminismo perfilhavam que, unicamente por meio do racionalismo compreender-se-iam os fenômenos naturais e sociais. Defendiam a democracia, o liberalismo econômico e as liberdades de um modo geral<sup>15</sup>. Porém, enquanto por um lado parecia que a crescente informação sobre os mundos social e natural trariam um controle cada vez maior – e “para muitos esse controle era a chave para a felicidade humana”<sup>16</sup> –, por outro, não se pensava que a ciência começaria a fracassar.

Ocorre que, como aponta Giddens, “o Iluminismo se autoexauriu”<sup>17</sup>, servindo de influência à Revolução Francesa, simultaneamente, tanto pelo seu triunfo, quanto pela sua crise<sup>18</sup>. Pautado nos princípios da igualdade, liberdade e fraternidade, o movimento francês refletiu em todas as nações e contribuiu para as transformações da Idade Moderna, especialmente na sua fase industrial, mas também durante todo o período em comento. A tríade de ideais do movimento revolucionário serviu de orientação principiológica para início da sociedade industrial, resultando no capitalismo exaltado da sociedade de classes. A liberdade, em conjunção com a igualdade, possibilitou a todos o controle de seus próprios destinos, surgindo as diferenças como mero reflexo do esforço de cada e dando origem, assim, às classes sociais.

A sociedade de classes industrial era vista por Beck sob uma ótica otimista de construção de um futuro melhor por meio do avanço e da inovação. Acreditava-se - equivocadamente, ressalte-se - que os progressos da ciência levariam o homem a acreditar na possibilidade de se atingir a segurança total, com o desaparecimento da incerteza e do risco, evitando as catástrofes naturais<sup>19</sup>. A problemática social restringia-se, portanto, “em torno da questão de como a riqueza socialmente produzida pode ser distribuída de forma socialmente

---

<sup>14</sup> COSTA, Jonas Fernandes. *Op. cit.*, p. 43.

<sup>15</sup> SILVA, Renato de Almeida Viera. Os ideais de igualdade, fraternidade e liberdade na prática democrática: entre Rousseau e Habermas. *Lumen et Virtus: Revista interdisciplinar de cultura e imagem*, v. 2, n. 4, p. 121-133, 2011, p. 123.

<sup>16</sup> GIDDENS, Anthony; BECK, Ulrich; LASH, Scott. *Modernização Reflexiva: política, tradição e estética na ordem moderna* [trad. de Magda Lopes]. São Paulo: Editora da Universidade Estadual Paulista, 1997, p. 75.

<sup>17</sup> GIDDENS, Anthony. *In defence of sociology: essays, interpretations and rejoinders*. Cambridge: Polity Press, 1996, p. 226.

<sup>18</sup> MORIN, Edgar. Para além do Iluminismo. *Revista FAMECOS*, v. 12, n. 26, p. 24-28, 13 abr. 2008, p. 25.

<sup>19</sup> RIBEIRO, Ricardo Lodi. Globalização, sociedade de risco e segurança. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v.246, p. 267-287, set.dez. 2007, p. 271.

desigual e ao mesmo tempo ‘legítima’<sup>20</sup>, como forma de se alcançar o bem-estar, extinguir-se a fome e a miséria, e promover justiça social. Porém, a crise nas instituições, bem como a falta de previsibilidade do risco na tomada de decisões provocou a transição para uma fase problemática e catastrófica.

Isso porque no curso do processo de industrialização e de reinvenção dos modos de produção capitalista que resultaram em uma sociedade do lucro e do consumo desenfreados, foram agregados aos perigos que tipificaram a sociedade pré-industrial os riscos produzidos pelas ações e decisões humanas no sentido de exercer o domínio sobre a natureza através do desenvolvimento econômico e tecnológico. Acerca disso, Beck trouxe à baila a reflexão acerca da posição avocada pela ciência na produção do conhecimento sobre os riscos industriais. Segundo o sociólogo germânico, “a ciência se torna cada vez mais necessária, mas ao mesmo tempo cada vez menos suficiente para a definição socialmente vinculante da verdade”<sup>21</sup>.

O debate de Beck era no sentido de que existem potenciais de ameaças, decorrência direta do próprio processo evolutivos, que a ciência, de per se, não conseguiria prever, mensurar e tampouco controlar. E diante desse cenário, ele concebeu a ideia da segunda modernidade (ou modernidade reflexiva). Nesse novo momento evolutivo da sociedade, surgida do esgotamento das possibilidades da primeira modernidade, as grandes promessas de resposta às necessidades humanas se concentram nas conquistas da ciência e da tecnologia, as quais impõem um crescente e desenfreado processo de globalização das relações, de tecnologização da vida, e de economização da natureza.

Com a segunda modernidade findam a era da ilustração utópica sobre o progresso perfeito, as certezas a respeito da infalibilidade da ciência, bem como a política de classes capitalista. Trata-se do “fim de uma sociedade industrial [...] e a sua substituição por uma sociedade extremamente tecnologizada, massificada e global, onde a ação humana se revela suscetível de produzir riscos, também globais”<sup>22</sup>.

Spinelli acrescenta que a segunda modernidade ocorre a partir do momento em que a ciência e a técnica se desenvolvem em tal patamar que se torna impossível a predição e o controle dos riscos, pois “a ciência e a técnica não mais são capazes de prenunciar os riscos

---

<sup>20</sup> BECK, Ulrich. *Op. cit.*, 2010, p. 23.

<sup>21</sup> BECK, Ulrich. *Op. cit.*, 2010., p. 237.

<sup>22</sup> SILVA, Pablo Rodrigo Alflen da. Aspectos críticos do direito penal na sociedade do risco. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. n. 46, jan.-fev. 2004a, p. 75.

capazes de abalar a saúde humana e o meio ambiente. Ou seja, os riscos do mundo atual não mais correspondem às diferenças econômicas, políticas, geográficas e sociais”<sup>23</sup>.

Destarte, o termo “modernidade reflexiva”, cunhado por Beck ao longo de sua obra, debruça-se sobre a ideia de uma crise ecológica determinada entre sociedade e natureza, ao passo que os efeitos colaterais da globalização transformaram o mundo moderno em um verdadeiro caos atrelado ao desenvolvimento do conhecimento humano, identificado como causador dos mesmos riscos que o atingem.

Contudo, Beck não foi o único a pensar na modernização reflexiva, e embora as análises da globalização feitas pelo sociólogo Anthony Giddens não sejam plenamente coincidentes, não são propriamente incompatíveis, apresentando princípios orientadores comuns<sup>24</sup>. O que Beck intitula como modernização reflexiva, Giddens denomina de “modernidade tardia”, e como aludido pelo mesmo, “a modernização reflexiva diz algo sobre a modernidade tardia refletindo sobre as limitações e dificuldades da modernidade mesma”<sup>25</sup>. A modernidade tardia indica uma mudança no modo de vivenciar as relações, a partir da identificação da razão como o elemento ordenador das relações sociais, de forma que o indivíduo moderno passa a cometer exageros, tornando-se “um tema e um problema para si mesmo”<sup>26</sup>.

Zygmunt Bauman também aparece como pensador da modernização reflexiva, denominando-a de “modernidade líquida”. Considerando a fluidez dos líquidos uma metáfora para as relações sociais frágeis da segunda modernidade<sup>27</sup>, afirma o sociólogo e filósofo polonês, que prefere chamar a segunda modernidade de Ulrich Beck de “sociedade da modernidade fluida”<sup>28</sup>. Essencialmente, o que Bauman quer dizer com liquidez refere-se à facilidade de deslocamento das pessoas a todos os lugares do globo, o que, por conseguinte, possibilita maior competição econômica e daí o aumento das fontes de risco.

---

<sup>23</sup> SPINELLI, André Luiz Pereira. *Op. cit.*, p. 317.

<sup>24</sup> COSTA, Sérgio. Quase crítica: insuficiências da sociologia da modernização reflexiva. *Tempo Social*, [S. l.], v. 16, n. 2, p. 73-100, 2004, p. 73.

<sup>25</sup> GIDDENS, Anthony. *Conversations with Anthony Giddens: making sense of modernity*. Stanford: Stanford University Press, 1998, p. 126.

<sup>26</sup> LUVIZOTTO, Caroline Kraus. A racionalização das tradições na modernidade: o diálogo entre Anthony Giddens e Jürgen Habermas. *Trans/Form/Ação: Revista de Filosofia da UNESP*, v. 36, n. 1, p. 245-258, 2013, p. 246.

<sup>27</sup> BAUMAN, Zygmunt. *Modernidade Líquida* [trad. de Plínio Dentzien]. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2001, p. 7.

<sup>28</sup> BAUMAN, Zygmunt. *Op. cit.*, 2001, p. 25.

Ainda que Beck, Giddens e Bauman denominem o estágio atual da sociedade com nomenclaturas diversas, todas referem-se a uma ideia comum: à noção de que os riscos da modernidade são reflexo da própria modernidade, em face do contexto de aceleração do desenvolvimento científico e tecnológico, e da globalização das relações interpessoais e institucionais.

### 2.1.1. O conceito de risco

No contexto da modernidade reflexiva, novas possibilidades e transformações da condição humana são dispostas, acabando por gerar uma série de inseguranças, angústias e incertezas quanto ao presente e ao futuro. Essas preocupações consubstanciam-se no conceito-chave da teoria social formulada por Ulrich Beck, a saber, o conceito de risco. A ideia de risco, no contexto da nova modernidade examinada por Beck, tem muito pouco a ver com aquilo que, na linguagem coloquial, definimos como risco, no sentido de ameaça ou perigo.

Na definição de Beck, risco assume a conotação de categoria estruturante da “segunda modernidade”, por ele sendo conceituado como “*el enfoque moderno de la previsión y control de las consecuencias futuras de la acción humana, las diversas consecuencias no deseadas de la modernización radicalizada*”<sup>29</sup>. Vale dizer, o risco, para Beck, abrangeria não só as ameaças objetivamente existentes desde a “primeira modernidade” – os perigos naturais, as enfermidades, a escassez de recursos materiais – mas também os riscos produzidos pelo próprio progresso técnico-científico – risco de contaminação do ar e da água pelas indústrias poluentes, risco de envenenamento associado à produção em massa de alimentos, os riscos permanentes de catástrofes decorrentes do emprego das modernas formas de geração de energia, etc.

Ao apontar o acidente nuclear de Chernobyl em 1986 na Ucrânia<sup>30</sup> como acontecimento catastrófico de origem humana, Beck exemplifica os efeitos colaterais do risco

---

<sup>29</sup> BECK, Ulrich. *La sociedad del riesgo global [trad. de Jesús Alborés Rey]*. Madrid: Siglo Veintiuno de España, 2002, p. 5.

<sup>30</sup> Os acidentes radioativos não se limitaram à catástrofe de Chernobyl: um ano depois, em Goiânia, aproximadamente cem mil pessoas foram expostas à radiação de cloreto de Césio-137, encontrado no interior de um aparelho de radioterapia descartado como sucata; em 1999, em Tokaimura, no Japão, uma reação nuclear descontrolada em uma usina de reprocessamento de Urânio expôs mais de seiscentas pessoas à alta radiação do metal; mais recentemente, em 2011, em Fukushima, também no Japão, um terremoto destruiu os sistemas de energia e segurança da central nuclear, ocasionando o derretimento de três reatores e o vazamento de grandes quantidades de Iodo-131, Césio-134 e Césio-137 na costa japonesa.

da nova modernidade, esclarecendo que são os próprios seres humanos a fonte geradora dos riscos que acometem a sociedade. Nesse lamiré, com o advento da sociedade reflexiva, gradativamente tornamo-nos potenciais seres geradores de catástrofes; contudo, ao passo que adquirimos consciência dos riscos ocasionados pela evolução, abrimos a possibilidade de gerenciamento destes, sem que se atravanque o desenvolvimento da humanidade, nem que esta fique à mercê dos danos vultuosas advindos da ocorrência de catástrofes, além dos já prognosticados riscos ambientais<sup>31</sup>, econômicos e aqueles decorrentes do terrorismo<sup>32</sup>.

Convém destacar que, de acordo com a doutrina de Beck, os riscos, de per se, não se consubstanciam em catástrofes, logo não podem ser tratados como meros sinônimos. Motta, analisando a obra do sociólogo bávaro, explica que “catástrofes têm demarcações no tempo e no espaço; riscos não têm concretude espaço-temporal ou social. São sempre futuros acontecimentos, cuja ameaça orienta nossas expectativas e ação, daí sua força política”<sup>33</sup>.

Daí ser possível concluir, que para Beck, a relação existente entre os termos “risco” e “catástrofe” nada mais é do que a de previsibilidade. Ou seja, catástrofe é o acontecimento desastroso, enquanto o risco é a antecipação da catástrofe – possibilitada por meio da visualização prévia daquela antes do seu exaurimento. Portanto, é na previsibilidade de eventos catastróficos que reside um dos caracteres do risco, uma vez que a antecipação da catástrofe obriga a ação de prevenção, especialmente por parte do Estado – ainda mais sobre aqueles riscos globais de maior perigo calculável.

### **2.1.2. Caracteres da modernidade reflexiva**

Vivemos em uma sociedade globalizada, sob o despertar de um mundo cada vez mais reflexivo. As tradições de outrora são constantemente contestadas pela modernidade reflexiva, ante o contexto de uma comunidade global cosmopolita que rompe com as antigas fronteiras

---

<sup>31</sup> Cita-se, a título exemplificativo de riscos ambientais concretizados, o rompimento de duas barragens de rejeitos de minério de ferro de duas grandes mineradoras no Estado de Minas Gerais: a primeira em Mariana (2015), quando 62 milhões de metros cúbicos de rejeitos tóxicos foram despejados, ocasionando a morte de dezoito pessoas e danos irreversíveis ao ecossistema do Rio Doce; a segunda, em Brumadinho (2019), quando 11,7 milhões de metros cúbicos de lama tóxica foram lançadas, soterrando a comunidade local e causando a morte de duzentas e setenta pessoas, além do impacto ambiental ao ecossistema local.

<sup>32</sup> BECK, Ulrich. *Op. cit.*, 2002, p. 5

<sup>33</sup> MOTTA, Renata. Sociologia de risco: globalizando a modernidade reflexiva. *Sociologias*, n. 22, p. 384-396, ago. 2009, p. 388.

entre os países – que hoje só existem como demarcação político-territorial, mas que de nada servem ao cenário dos novos riscos globais.

Ademais, conforme Beck, estes novos riscos da modernidade reflexiva não correspondem às antigas situações de classes do período industrial, mas sim, afinam-se a uma evolução progressiva (dos seus caracteres), na qual um fenômeno leva ao outro: primeiro a globalização dos riscos acarreta a fragmentação social, que por sua vez, leva à individualização das vidas, processo este, que, inevitavelmente, exige uma nova forma de estruturação sociopolítica – a subpolítica.

### 2.1.2.1. Globalização dos riscos

“Na modernidade tardia, a produção social de riqueza é acompanhada sistematicamente pela produção social de riscos”<sup>34</sup>. Com tal assertiva, que inaugura sua obra seminal, Beck quis alertar para o fenômeno da criação de forças destrutivas, que, assim como as riquezas, são objetos de distribuição.

Já se disse que a sociedade industrial clássica caracterizou-se pela confiança no progresso, no conhecimento científico e no bem-estar da sociedade, objetivando a distribuição de riquezas com base no princípio econômico da escassez e na promessa de libertação da pobreza; com o acelerado processo de desenvolvimento técnico-econômico, também os males dele oriundos transformaram-se em objeto de distribuição, constituindo posições de ameaça ou posições de classe<sup>35</sup>.

O sociólogo alemão, entretanto, não concebe as ameaças como situações de classes; para Beck, os riscos da modernização tardia possuem uma tendência imanente à globalização<sup>36</sup>, em razão do universalismo inerente às ameaças decorrentes da produção industrial. Assim, a globalização dos riscos é reflexo de um cosmopolitismo metodológico que extrapola as fronteiras nacionais, resultado de uma reimaginação do conceito de Estado-nação<sup>37</sup>.

---

<sup>34</sup> BECK, Ulrich. *Op. cit.*, 2010p. 23.

<sup>35</sup> BECK, Ulrich. *Op. cit.*, 2010, p. 31.

<sup>36</sup> BECK, Ulrich. *Op. cit.*, 2010, p. 43

<sup>37</sup> MENDES, José Manuel. Ulrich Beck: a imanência do social e a sociedade do risco. *Análise Social*, v. 50, n. 214, p. 211-215, 2015, p. 213.

De fato, com a modernização, também os riscos se submeteram ao processo globalizante, causando um impasse na fundamentação da sociedade estruturada em classes, pela ameaça do homem em geral, desimportando sua posição econômico-social. Nesse sentido, as barreiras geográficas se diluem, tendo em vista o incremento dos fluxos de pessoas, de materiais e de símbolos culturais e, na mesma medida, as fronteiras entre as classes sociais, entre os mais ricos e os mais pobres, também sofrem um processo de erosão em razão da globalização de riscos.

Esse alcance global e irrestrito dos riscos da modernização é o que Beck denominou de "efeito bumerangue", no sentido de que os riscos, mais cedo ou mais tarde, acabam alcançando também aqueles que os produziram ou deles lucraram<sup>38</sup>. Ou seja, os riscos da modernidade são democratizados, fazendo com que todos, globalmente e por igual, arquem com os ônus deles decorrentes<sup>39</sup>. Disso decorre a presença cada vez maior de estados de exceção relacionados com os riscos, mas ainda ineficientes para lidar com os diferentes potenciais de ameaça e perigos globais, constituindo-se, ao fim e ao cabo, em “estados falhados fortes”<sup>40</sup>.

Nesse cenário, em especial nos países desenvolvidos, a utopia da igualdade, tão cara à sociedade industrial clássica, tem sido substituída pela utopia da segurança, que não se ocupa em alcançar algo “bom”, mas tão somente evitar o pior – ou, nas próprias palavras de Beck, não compartilhar o bolo, mas poupar a todos do veneno<sup>41</sup>. Sendo assim, o sistema axiológico da sociedade “insegura” coloca em xeque todo o ideal iluminista, de modo que o lema “liberdade, igualdade e fraternidade” é superado e substituído pela tríade “segurança, diversidade e fraternidade”<sup>42</sup>.

O ideal de segurança, considerado como “o prospecto da atividade ilimitada e infundável patrocinada pelo Estado em favor da proteção dos cidadãos contra perigos sociais, técnicos e ambientais, bem como contra os perigos da criminalidade”<sup>43</sup>, supera o ideal de liberdade, de cariz eminentemente individual. A diversidade se sobrepõe à igualdade, na medida em que conduz a uma concepção pluralista de bem-comum alicerçada na síntese das

---

<sup>38</sup> BECK, Ulrich. *Op. cit.*, 2010, p. 44.

<sup>39</sup> BECK, Ulrich. *Op. cit.*, 2010, p. 45.

<sup>40</sup> BECK, Ulrich, *World at Risk*. Cambridge: Polity Press, 2008, p. 79.

<sup>41</sup> BECK, Ulrich. *Op. cit.*, 2010, p. 59-60.

<sup>42</sup> DENNINGER, Erhard. Segurança, diversidade e solidariedade ao invés de liberdade, igualdade e fraternidade. *Belo Horizonte: Revista Brasileira de Estudos Políticos*, v. 88: 21-45, 2003.

<sup>43</sup> DENNINGER, Erhard, *Op. cit.*, p. 37.

necessidades especiais de cada grupo reconhecido e considerado<sup>44</sup>. E a solidariedade, vínculo de sentimento entre os seres humanos que ignora limites substantivos ou pessoais<sup>45</sup>, potencializa a fraternidade, na medida em que se consubstancia em nova força política de repulsa ao medo generalizado instalado no seio social em razão das incertezas quanto ao futuro.

### 2.1.2.2. Fragmentação social e individualização

Por outro lado, Beck não ignora a existência de riscos específicos de classe, de modo que “a insuficiência em termos de abastecimento soma-se a insuficiência em termos de segurança e uma profusão de riscos que precisam ser evitados. Em face disto, os ricos (em termos de renda, poder, educação) podem *comprar* segurança e liberdade em relação ao risco”<sup>46</sup>. Mas apenas – enfatizamos – referente a estes riscos específicos.

E ainda que Beck reconheça tal possibilidade, ela só é possível em se tratando dos riscos distribuídos de modo especificado pela classe social – lembrando que nunca em sua totalidade, uma vez que, como visto, ninguém será totalmente livre, e muito menos, estará totalmente seguro diante dos riscos globalizados. Todavia, na realidade da modernidade reflexiva, precisamos aceitar que o debate não se resume a globalização de riscos sem considerar os demais tipos de ameaças não necessariamente catastróficas.

Inclusive, Pedro Hespanha percebe, no próprio processo de globalização, dois processos através dos quais se provoca a corrosão das estruturas consolidadas de coesão interna nas sociedades contemporâneas: a fragmentação social e a individualização<sup>47</sup>. Tais processos decorrem diretamente da lógica da distribuição de riscos que impera na era da modernidade reflexiva mundial e que, a par da pretensão de diminuir a distância entre as classes sociais, importou no aumento da individualização das vidas sociais e na acentuação das desigualdades.

Para Beck, “sociedades de classes são sociedades nas quais, para além das trincheiras de classe, a disputa gira em torno da conspícua satisfação das necessidades materiais”<sup>48</sup>. De

---

<sup>44</sup> DENNINGER, Erhard, *Op. cit.*, p. 32.

<sup>45</sup> DENNINGER, Erhard, *Op. cit.*, p. 35.

<sup>46</sup> BECK, Ulrich. *Op. cit.*, 2010, p. 41.

<sup>47</sup> HESPANHA, Pedro. Individualização, fragmentação e risco social nas sociedades globalizadas. *Revista Crítica de Ciências Sociais*, n. 63, p. 21-31, 2002, p. 21-22.

<sup>48</sup> BECK, Ulrich. *Op. cit.*, 2010, p. 54.

forma que era essencial, na primeira modernidade, a capacidade das pessoas em combater a carência material e evitar o descenso social. Sucede que no contexto da sociedade de risco, a distribuição destes segue lógica inversa à da distribuição de riquezas, concentrando-se nas camadas mais abaixo da pirâmide social, aprofundando o contraste entre as classes ao invés de revogá-las<sup>49</sup>.

O aumento das desigualdades sociais torna os estratos mais pobres impotentes para aproveitar as oportunidades de ascender aos níveis mais privilegiados, e, por consequência, mais vulneráveis frente às ameaças, uma vez que o aproveitamento de oportunidades está condicionado pela disponibilidade de recursos materiais, tecnológicos e organizativos. E na medida em que essa disponibilidade de recursos está desigualmente repartida pelos grupos sociais, regiões e países, também as possibilidades e capacidades de lidar com situações de risco acabam sendo desigualmente distribuídas<sup>50</sup>.

Nesse panorama da flexibilidade não é mais possível se falar em progresso, mas, sim, em fragmentação ou, ainda em “contraprogresso”<sup>51</sup>. Esse dito “contraprogresso” sentido pela fragmentação da sociedade moderna pressupõe que “já não se vive seguramente num mundo que se pensou alcançar a plenitude do bem-estar político-social”<sup>52</sup>. Se em outrora acreditava-se que não haveriam desigualdades econômicas tão acentuadas e a indústria não seria promotora de segregações políticas e socioeconômicas, na modernidade reflexiva, com o início da fragmentação, marcada pela desestruturação das classes, observou-se a falência das antigas instituições que os clássicos da teoria política, do Direito, da história, da sociologia e da filosofia enunciavam.

A fragmentação, assim, deu azo a um impulso social individualizatório<sup>53</sup>, dissociando as pessoas de condicionamentos tradicionais de classe e de referenciais de sustento ligados à família. Assim, a individualização vivenciada na segunda *modernidade* (reflexiva) dissolve as referências da sociedade industrial, na medida em que velhas fórmulas de convivência são desagregadas e tradicionais grandes grupos são dispersos. Ainda, ante a ineficiência estatal em promover as condições necessárias para o exercício da cidadania, aprofunda-se do

---

<sup>49</sup> BECK, Ulrich. *Op. cit.*, 2010, p. 41.

<sup>50</sup> BECK, Ulrich. *Op. cit.*, 2010, p. 42.

<sup>51</sup> PAULO, José Vilema. *Política e Fragmentação da Sociedade Moderna: a propósito do pensamento de Ulrich Beck*. Tese (Doutorado em Teoria Jurídico-Política e Relações Internacionais) – Universidade de Évora, Évora, 2015, p. 43.

<sup>52</sup> PAULO, José Vilema. *Op. cit.*, p. 10.

<sup>53</sup> PAULO, José Vilema. *Op. cit.*, p. 108.

processo de individualização que torna os indivíduos sujeitos da construção de sua própria identidade e biografia, remetendo-as a si mesmas e ao próprio destino no mercado de trabalho, colocando-as elas próprias no centro da criação de seus próprios planos de vida.

Beck, entretanto, enfatiza que, na institucionalização dos padrões biográficos, as diferenças de classe e os vínculos familiares não chegam a ser realmente anulados, ao contrário, apenas perdem importância, dando lugar ao que ele titula de novo “centro” do projeto biográfico<sup>54</sup>. “As biografias se tornam “autorreflexivas”; a biografia socialmente predeterminada é transformada em biografia feita e a ser feita por cada um”<sup>55</sup> – assim o sociólogo descreve esse projeto biográfico.

Guivant, destrinchando a ideia de Beck, explana que ao lado dos processos globalizatórios, uma série de transformações complexas ocorreram no plano da individualização, bem como esclarece que “tal individualização não seria equivalente a atomização, isolamento ou solidão, mas a processos em que os indivíduos devem produzir suas biografias”<sup>56</sup>.

Em síntese, a plurilocalização, a transnacionalidade das biografias e a globalização da vidas individuais mostram-se como razões bastantes para a fragmentação da soberania do estado-nação e para a obsolescência político-social. A relação entre o espaço físico e a comunidade é desfragmentado – em suma, a sociedade, se desmancha”<sup>57</sup> e com ela a política, inevitavelmente, também se modifica ao novo padrão cosmopolita universal.

### 2.1.2.3. Subpolítica

Ainda que assim pareça em um primeiro impacto, quando da abordagem da segunda modernidade pós sociedade industrial, perceber a visão de Beck como pessimista não está correto. Na realidade, os novos riscos permitem o que ele chama de subpolítica<sup>58</sup>, sendo ela a mais pura expressão da individualização. Isso porque a individualização não permanece na

---

<sup>54</sup> BECK, Ulrich. *Op. cit.*, 2010, p. 194

<sup>55</sup> BECK, Ulrich. *Op. cit.*, 2010, p. 199.

<sup>56</sup> GUIVANT, Julia S. A teoria da sociedade de risco de Ulrich Beck: entre o diagnóstico e a profecia. *Estudos Sociedade e Agricultura*, v. 9, n. 1, p. 95- 112, 2001, p. 100-101.

<sup>57</sup> PAULO, José Vilema. *Op. cit.*, p. 269.

<sup>58</sup> BECK, Ulrich. *Subpolitics: Ecology and the Disintegration of Institutional Power*. *Organization & Environment*, v. 10, i. 1, p. 52-65, mar. 1997.

vida privada, ela se expande ao contexto público das reflexões políticas locais e, inclusive, globais.

A subpolítica, conforme proposto por Beck, consubstancia-se, essencialmente, na atuação de novos atores na política tradicional, motivada pela individualização e associada a dissolução das fronteiras do globo. Sobre a perspectiva individualizada percebe-se a entrada de novos indivíduos participando dos debates de gestão social, enquanto na perspectiva da expansão de horizontes e da criação de riscos globalizados, torna-se necessária a criação de instituições internacionais globais. Nessa toada, a política convencional vai perdendo força diante da nova subpolítica, com duplo viés.

Em um primeiro cenário, relativo aos novos atores além da figura do político profissional, Guivant, aponta que “o espaço da subpolítica (entendido como subsistemas políticos) distingue-se da política (na acepção do sistema político oficial), por envolver atores que são outsiders desta última esfera (grupos profissionais e ocupacionais, a intelligentsia técnica de companhias, institutos de pesquisa e administração, trabalhadores qualificados etc.) e que passam a participar do debate público sobre diversos tipos de assunto”<sup>59</sup>. Assim, não há mais somente direita e esquerda, situação e oposição, e como continua Guivant, há também a incorporação na pauta política de representantes de diferentes disciplinas – de grupos alternativos de peritos e leigos – por meio da instalação de comitês e grupos de peritos nas áreas cinzas da política, da ciência e da indústria<sup>60</sup>.

José Vilema Paulo, apresenta o conceito de subpolítica, segundo Beck, como uma nova forma de fazer política, a qual se distingue da política simples, visto que os indivíduos – por meio da individualização –, juntamente como os agentes sociais e coletivos, aparecem no cenário do planejamento social como agentes externos ao sistema político<sup>61</sup> e que não mais aceitam as decisões políticas sem questioná-las. Percebe-se, com isso, que diversos setores da sociedade, antes calados, passam a ter voz.

Já o segundo cenário se apresenta, expressamente, pela mundialização dos riscos, clamando a sociedade – como quem pede socorro – por proteção política também em escala universal. É o que Beck, menciona como um novo tipo de solidariedade diante da ameaça<sup>62</sup> ou

---

<sup>59</sup> GUIVANT, Julia S. *Op. cit.*, p. 100-101.

<sup>60</sup> GUIVANT, Julia S. *Op. cit.*, p. 103.

<sup>61</sup> PAULO, José Vilema. *Op. cit.*, p. 202.

<sup>62</sup> BECK, Ulrich. *Op. cit.*, 2010, p. 21.

solidariedade por medo<sup>63</sup>. Essa vertente da subpolítica é implementada com a formação de fóruns de negociação, envolvendo autoridades e empresas, assim como sindicatos, representantes políticos, peritos, ONGs, no intuito de possibilitar a tomada de medidas de precaução e prevenção, por meio de uma política mundial una<sup>64</sup>.

Ribeiro explica que “com a globalização não há o fim da política, mas o seu recomeço. O desmoronamento do socialismo real não põe fim à crítica à sociedade industrial capitalista, mas ao contrário, abre novas perspectivas a partir da autocrítica social”<sup>65</sup>. Esta autocrítica é a política sendo reinventada, seguindo os passos já iniciados pelo surgimento do individualismo, progredindo em direção a essa nova forma de se fazer política. Todavia, não podemos confundir esse movimento de reinvenção da política com o triunfo político da globalização neoliberal, pois a subpolítica inova ao criticar o domínio do plano econômico sobre os demais, bem como o autoritarismo político a serviço da lógica de mercado<sup>66</sup>.

Beck, porém, alerta para a utopia da sociedade mundial harmônica<sup>67</sup>, tão somente com base na situação de perigo global. Por conseguinte, admitir uma integral dissolução das fronteiras ou ignorar os limites dos estados-nação seria algo radical e, até, de certa maneira, fantasioso. A “sociedade mundial não é, portanto, uma megassociedade nacional que reúne e dissolve todas as sociedades nacionais”<sup>68</sup>, mas representa, sim, a multiplicidade de interações humanas em proporção universal, a fragmentação do modo de vida da sociedade de classes da era indústria, e a busca por objetivos políticos comuns (a prevenção quanto aos riscos catastróficos).

### 2.1.3. Sociedade de risco e estado de insegurança

O que Beck denomina como sociedade de risco, em sua obra *Risikogesellschaft*, emana da autocrítica e não do conhecimento associado ao controle, como primava o projeto iluminista. Uma vez que, como visto alhures, o desenvolvimento técnico-científico é falho perante o domínio e as certezas da relação ser-humano-natureza<sup>69</sup>. Não há controle no mundo

---

<sup>63</sup> BECK, Ulrich. *Op. cit.*, 2010, p. 59.

<sup>64</sup> GUIVANT, Julia S. *Op. cit.*, p. 103.

<sup>65</sup> RIBEIRO, Ricardo Lodi. *Op. cit.*, p. 269.

<sup>66</sup> RIBEIRO, Ricardo Lodi. *Op. cit.*, p. 269.

<sup>67</sup> BECK, Ulrich. *Op. cit.*, 2010, p. 21.

<sup>68</sup> BECK, Ulrich. O que é Globalização? Equívocos do globalismo: respostas à globalização [trad. de André Carrone]. São Paulo: Paz e Terra, 1999, p. 31-32.

<sup>69</sup> COSTA, Jonas Fernandes. *Op. cit.*, p. 47.

contemporâneo como se acreditava na sociedade industrial e as certezas ficaram no passado da antiga estrutura político-social.

“Na sociedade de risco, o passado deixa de ter força determinante em relação ao presente. Em seu lugar, entra o futuro, algo, todavia inexistente, construído e fictício como “causa” da vivência e da atuação presente”<sup>70</sup>. Em outras palavras, trata-se de como a sociedade se organiza perante a previsibilidade do perigo consequente. De sorte que o risco se insurge como uma espécie de premonição.

No que tange a presença dos riscos, como possibilidades catastróficas futuras, no âmbito comunitário, convém lembrar que a própria existência deles serve como fonte nascente da autocrítica social, revelada pela contestação das instituições modernas da família, do Estado e da ciência, bem como pela identificação da vulnerabilidade de seus projetos sociais e pessoais. Nesse limiar, Costa ratifica que “as sociedades modernas se tornam efetivamente sociedades de risco na medida em que constituem mecanismos de percepção e de decodificação discursiva das ameaças existentes”<sup>71</sup>.

Destarte, no contexto da sociedade de risco examinada por Beck, a ideia de risco quase em nada se coaduna com o conceito de risco encontrado dicionário, não havendo relação com probabilidade de perigo ou ameaça física. Riscos, ao contrário, são o elemento norteador da segunda modernidade, tais que, procedentes da industrialização, refletem em todos os indivíduos indiscriminadamente<sup>72</sup>, e, portanto, precisam ser identificados para só então poderem ser trabalhados no campo da evitabilidade. A preocupação na sociedade de risco diz respeito “a riscos como o da contaminação do ar e da água, os de envenenamento associados à produção em massa de alimentos, a ameaça permanente de explosão nuclear ou o perigo da destruição industrial-militar”<sup>73</sup>.

Durante sua obra, Beck admite que os novos riscos possuem efeitos colaterais, como uma consequência das inovações tecnológicas da modernidade, e aos quais é preciso adaptação. “Esses novos riscos têm uma dimensão global (tanto em termos espaciais quanto temporais ou multidimensionais), são invisíveis (só podem ser acessados por cientistas

---

<sup>70</sup> BECK, Ulrich. *Op. cit.*, 2010, p. 40

<sup>71</sup> COSTA, Sérgio. *Op. cit.*, p. 77.

<sup>72</sup> Porque “os riscos contemporâneos são sempre difusos, têm origens múltiplas e tanto aqueles que os causam como os que sofrem sua ação não podem mais ser adequadamente identificados” (COSTA, Sérgio. *Quase crítica...*, p. 80).

<sup>73</sup> COSTA, Sérgio. *Op. cit.*, p. 76.

especializados), irreversíveis (transformam a natureza da Natureza) e irrevogáveis (o paradigma do seguro torna-se insuficiente para reparar o dano causado)”<sup>74</sup>.

Esses efeitos colaterais conduzem a sociedade ao estado de insegurança, e por essa razão, a sociedade de risco, passa também a ser definida como “sociedade da insegurança sentida” ou “sociedade do medo”<sup>75</sup>. Bauman, a esse respeito, propõe uma definição particularmente clara do que se deve entender por medo, que tem relação com a impossibilidade de certeza sobre certas circunstâncias<sup>76</sup>. Ou seja, o medo é uma dimensão subjetiva da existência, consubstanciada em um estado de incerteza que provoca inquietação e cujo efeito paralisante transporta os problemas de ordem moral ao campo do desconhecido, potencializando-o.

O paradigma do medo, enquanto característica marcante da sociedade moderna implica em uma mudança epistemológica. Conforme Beck, “o perigo passa por cima de o que lhe poderia opor resistência”<sup>77</sup>. Entretanto, “constatações de risco são uma ainda desconhecida e subdesenvolvida simbiose de ciências naturais e humanas, de racionalidade cotidiana e especializada, de interesse e fato”<sup>78</sup>. Em razão disso, as ciências, isoladamente, são incapazes de fornecer visões de conjunto<sup>79</sup>. Assim, os riscos da sociedade moderna suscitam o repensar das formas de saber tradicional, de modo a conduzir à evitação, negação ou supressão dos riscos, e, via de consequência, à superação dos medos.

Por isso, retornamos a articular a ciência, uma vez que “a atividade científica não só está na fonte dos novos riscos, como também é chamada para identificar e resolver esses mesmos riscos”<sup>80</sup>. Ou seja, podemos observar a ciência como uma espécie de sistema de segurança, porém, para Morin, “a ciência é certamente capaz de elucidação, mas, ao mesmo tempo, provoca cegueira na medida em que ainda não consegue revolucionar-se”<sup>81</sup>. E nesse

---

<sup>74</sup> BRUNET, Sébastien; DELVENNE, Pierre; JORIS, Geoffrey. O princípio da precaução como uma ferramenta estratégica para redesenhar a (sub)política. Compreensão e perspectivas da ciência política de língua francesa. *Sociologias*, Porto Alegre, RS, v. 13, n. 26, p. 176 -200, abr. 2011, p. 182-183.

<sup>75</sup> SILVA SÁNCHEZ, Jesus Maria. *La expansión del Derecho Penal: aspectos de la Política criminal em las sociedades postindustriales*. Buenos Aires: Editorial B de F, 3ª edição, 2011, p. 20.

<sup>76</sup> “Miedo es el nombre que damos a nuestra incertidumbre: a nuestra ignorancia con respecto a la amenaza y a lo que hay que hacer -a lo que puede y no puede hacerse- para detenerla en seco, o para combatirla, si pararla es algo que está más allá de nuestro alcance”. BAUMAN, Zygmunt. *Miedo líquido* [trad. por Albino Santos Mosquera]. México: Paidós, 2013, p. 10.

<sup>77</sup> BECK, Ulrich. *Op. cit.*, 2010, p. 9.

<sup>78</sup> BECK, Ulrich. *Op. cit.*, 2010, p. 34.

<sup>79</sup> MORIN, Edgar. *Op. cit.*, p. 26.

<sup>80</sup> BRUNET, Sébastien; DELVENNE, Pierre; JORIS, Geoffrey. *Op. cit.*, p. 182-183.

<sup>81</sup> MORIN, Edgar. *Op. cit.*, p. 26.

mesmo diapasão, como já antes aventado, resta claro a insuficiência científica, de forma que a ciência até atua como auxiliadora – e acreditamos que pode vir a se desenvolver –, mas ainda não apresenta significância real na prevenção dos riscos.

Outro ponto que precisa ser retomado – presente o cenário caótico de insegurança, e, principalmente pela insuficiência da ciência – é dualidade entre Direito e sociedade, aquele como instrumento de segurança desta, porquanto o Direito ainda é a principal fonte de segurança daquela. Não obstante o caos da sociedade de risco, nem mesmo a dogmática consegue esquivar-se à crise.

Pozzebom, coloca que “a velocidade dos fatos sociais, como é óbvio, não consegue ser acompanhada pelo Direito que, paradoxalmente, oferece um arsenal de dispositivos legais estáticos para acompanhar uma realidade em constante movimento e mutação”<sup>82</sup>. Com o fito de retratar que os modelos de Estado, os costumes, as instituições e a cultura humana estão em profunda crise, tendo em vista estarmos vivendo em uma nova complexidade social<sup>83</sup>. A crise citada pelo autor, sob um enfoque jurídico, pode ser compreendida, aqui, como a dificuldade de acompanhamento das leis aos avanços sociais modernos.

Logo, verdadeiro se mostra o brocado latino citado no início deste trabalho - *ubi jus, ibi societas* - pois, assim como onde está a sociedade também está o Direito, assim como a recíproca ao brocado nos parece incondicional. Nesse sentido, para impedir o colapso da sociedade, é imperioso o estabelecimento da ordem, que somente é alcançada pela regulamentação das ações humanas por meio da legislação - na tentativa de impedir o caos e minimizar os efeitos negativos da crise. Então, é patente que o Direito funciona como limitador da liberdade, proporcionando segurança e equilibrando a balança social.

Daí a importância da manutenção do Direito mais atualizado possível. O estado de insegurança social clama por um ordenamento jurídico que não peque pela estaticidade, mantenha-se em constante modificação e que acompanhe a evolução social, servindo, efetivamente, como garantia da proteção daqueles que a compõem. A sociedade precisa do Direito para sua própria segurança, contudo, não há segurança em uma sociedade cujo Direito não retrata a inovação sociológica.

---

<sup>82</sup> POZZEBON, Fabrício Dreyer de Ávila. Mídia, direito penal e garantias. Criminologia e sistemas jurídico-penais contemporâneos. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2008, p. 299.

<sup>83</sup> POZZEBON, Fabrício Dreyer de Ávila. *Op. cit.*, p. 300.

## 2.2. Reflexos dogmáticos de um Direito Penal do Risco

A transmutação da modernidade simples para a modernidade reflexiva e, por consequência, para a sociedade do risco e da insegurança, não restou limitada ao campo da política e economia, fazendo-se refletir suas consequências sobre as normas jurídicas, especialmente no campo das ciências criminais, adotando-se uma nova postura de enfrentamento ao crime não só na dogmática, quanto na política criminal. De fato, o atual patamar de desenvolvimento da sociedade não só acarreta profunda modificação nas necessidades humanas, nos costumes diários e nas formas de compreender as relações interpessoais, mas traz sensíveis consequências à seara penal. Paralelamente à modificação do comportamento humano, o delito também passa por um processo de mutação.

O aumento do desemprego em nível mundial empurra boa parte dos trabalhadores para a informalidade, quando não para a marginalidade – disso resultando o aumento de atividades criminosas contra o patrimônio alheio<sup>84</sup>. Outrossim, a criminalidade assume forma organizada, estabelecendo-se em regiões onde o Estado não consegue suprir a necessidade das comunidades<sup>85</sup>, e as novas tecnologias modificam práticas criminosas tradicionais (ex.: furto, roubo, estelionato) ao mesmo tempo em que fazem surgir novos ilícitos associados a essa tecnologia<sup>86</sup>. E assim, a percepção generalizada de crescimento da criminalidade violenta na sociedade moderna, que desestabiliza a normalidade do dia a dia dos cidadãos, coloca o tema segurança pública no centro do debate político e jurídico.

Não bastasse isso, perigos de grande dimensão como catástrofes nucleares, desastres genéticos, calamidades ambientais, crises financeiras mundiais, atividades terroristas globais e a frequentes ameaças de guerras, convertem-se em riscos e passam a compor o cotidiano da sociedade, provocando o incremento da insegurança subjetiva, na medida em que tais riscos da modernidade precipitam “o surgimento de uma sociedade de medo tanto real e inegável quanto ilusório e imaginado, isto é, produto inexorável de certa sensibilidade

---

<sup>84</sup> Veja em BARCELLOS, O.; PEREZ, R. T. A dinâmica da criminalidade brasileira entre a exclusão social e o crescimento econômico. *Perspectiva Econômica*, v. 5, n. 2, p. 92-112, jul./dez. 2009.

<sup>85</sup> CRUZ, Marco Antonio Ferreira da. *Segurança e criminalidade organizada: o tráfico de estupefacientes*. Dissertação (Mestrado em Direito e Segurança) – Faculdade de Direito, Universidade Nova de Lisboa. Lisboa, 2013.

<sup>86</sup> SOUZA, Jaime Luis Cunha. Crime, Polícia e Tecnologias da Informação. *Mediações - Revista De Ciências Sociais*, v. 22, nº 1, 2017, p. 301-324.

psicologicamente produzida pelas ameaças dos riscos catastróficos [...] e da insegurança generalizada”<sup>87</sup>.

Esses novos caracteres da sociedade contemporânea, decorrentes, como referido alhures, não só de um contexto de globalização econômica, integração supranacional e avanços tecnológicos, mas também de potencialização do sentimento de insegurança generalizada – seja pelo incremento da criminalidade e da violência, seja pelo temor a acontecimentos catastróficos –, projetam consequências profundas nos sistemas formais de controle social, introduzindo o fenômeno da gestão de riscos.

A gestão de riscos é fenômeno recente, caracterizador da transição da modernidade clássica para a modernidade reflexiva, cujo caráter sistêmico acaba por definir a necessidade de mecanismos complexos de gestão. As formas de controle passam a demandar redes interligadas de informação, disso surgindo sistemas transdisciplinares e transdepartamentais – quando não transnacionais – de controle. Via de consequência, ao mesmo tempo em que comissões técnicas são formadas para estudar e mensurar os riscos, e agências governamentais são instituídas com o objetivo de estabelecer estratégias e auxiliar os gestores na tomada de decisões, também o Direito Penal é chamado a atuar para suprir a insuficiência científica e funcionar como solução preventiva às ameaças eventuais e futuras.

Esse novo Direito Penal, concebido para fazer frente aos riscos da modernidade e à crescente sensação de insegurança da sociedade, caracterizar-se-ia por alguns caracteres básicos, vale dizer: a) a introdução de novos bens jurídicos de índole supraindividual; b) o adiantamento das barreiras punitivas para o estado prévio à lesão do bem jurídico e a criminalização da perigosidade em abstrato; e c) a ampla utilização das técnicas das leis penais em branco<sup>88</sup>. Tratemos, na sequência, de tais caracteres.

### **2.2.1. Os bens jurídicos coletivos**

---

<sup>87</sup> CARVALHO, Thiago Fabres de. O imaginário punitivo na contemporaneidade: os paradoxos da democracia em face dos movimentos de sobrepenalização e da gestão do risco criminal com base na segurança. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 22, n. 108, p. 461-489, mai./jun.. 2014, p. 462.

<sup>88</sup> Os caracteres do Direito Penal do Risco não se esgotam nos que serão aprofundados para fins da pesquisa, podendo ser mencionados, também, a ausência de redução da pena proporcionalmente ao adiantamento da criminalização, o agravamento das sanções cominadas aos tipos penais já existentes, a restrição e/ou supressão de garantias e direitos processuais dos imputados, e o recrudescimento da fase de execução da pena.

A construção histórica da função de proteção de bens jurídicos que cumpre o Direito Penal<sup>89</sup> remonta ao período iluminista, em que Feuerbach, criticava a exacerbação do jus racionalismo e, na premissa do imperativo categórico kantiano, pontuava que “existem direitos subjetivos do homem que são indisponíveis, por decorrerem da sua autonomia moral, e a característica essencial e indispensável de todo o direito objetivo é a sua positividade”<sup>90</sup>.

A origem da teoria do bem jurídico-penal, na ótica feuerbachiana, atrelava a função do Direito Penal à proteção de interesses subjetivos, entendidos esses como valores importantes para o homem, reconhecidos independentemente de um ato jurídico. Assim, a pretensão maior do autor Código Penal da Bavaria foi colocar os interesses humanos em primeiro plano, e não interesses religiosos ou estatais que até então predominavam, como forma de limitar o raio de atuação do *ius puniendi* estatal.

Anos mais tarde, a noção de delito enquanto lesão a direitos subjetivos foi substituída pela teoria atribuída a Johann M.F. Birnbaum, segundo a qual o delito constituiria, em verdade, uma lesão de “bens”<sup>91</sup>, bens estes pertencentes à determinada pessoa ou mesmo à coletividade. Para Birnbaum, mostrava-se imprescindível para a tutela penal a existência de um bem diretamente conectado no mundo do ser ou da realidade relevante para a pessoa ou a coletividade alvo da conduta criminosa.

Com o advento do positivismo científico, levado ao extremo pelo positivismo jurídico em meados do séc. XIX, os direitos naturais foram menosprezados e, com isso, uma nova visão sobre a teoria do bem jurídico. Karl Binding estabeleceu o positivismo na mais pura essência, ao decretar que “somente a lei expressa os objetos jurídicos, porque encerra a

---

<sup>89</sup> Há autores que rejeitam a ideia de que o direito penal possa ter como função primordial defender os bens jurídicos dotados de dignidade penal. Dentre muitos: AMELUNG, Knut. *El concepto "bien jurídico" en la teoría de la protección penal de bienes jurídicos*. In: HEFENDEL, Roland (coord.). *La Teoría del bien jurídico: ¿fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?*. Madrid: Marcial Pons, 2007, p. 227-264; BURCHARD, Christoph. O princípio da proporcionalidade no “Direito Penal Constitucional” ou o fim da teoria do bem jurídico tutelado na Alemanha. In: AMBOS, Kai; BÖHM, Maria Laura. *Desenvolvimentos atuais das ciências criminais na Alemanha*. Brasília/DF: Gazeta Jurídica, 2013. p. 29-51; COSTA, Jose de Faria. *Noções fundamentais de direito penal*. Coimbra: Coimbra Editora, 2015, p. 22-23; JAKOBS, Günther. *Op. cit.*, 2018; PAWLIK, Michael. *El delito, ¿lesión de un bien jurídico?* [trad. de Ivo Coca Vila]. Revista InDret, v. 2, 2016; STUCKENBERG, Carl-Friedrich. *The Constitutional Deficiencies of the German "Rechtsgutslehre"* [trad. de Lucas Minorelli]. Revista Eletrônica de Direito Penal e Política Criminal, [S.l.], v. 2, n. 1, nov. 2014.

<sup>90</sup> KAUFMANN, Arthur. A problemática da filosofia do direito ao longo da história. In: KAUFMANN, Arthur; WINFRIED, Hassemmer. *Introdução à Filosofia do Direito e à Teoria do Direito Contemporâneas*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002, p. 116.

<sup>91</sup> HORMAZABAL MALARÉE, Hernán. *Bien jurídico y estado social e democratico de derecho (el objeto protegido por la norma penal)*. Santiago de Chile: ConoSur, 1992, p. 27.

vontade declarada do Estado”<sup>92</sup>, reduzindo, assim, o bem jurídico ao status de mero elemento da norma. Paralelamente, Franz von Listz, numa linha naturalística-sociológica, enxergava os bens jurídicos como interesses juridicamente protegidos dos indivíduos ou da comunidade, os quais não seriam produto do ordenamento jurídico, mas da própria vida humana, sendo, portanto, estabelecidos previamente<sup>93</sup>.

No início do século XX, surge a concepção neokantista de bem jurídico, resultado de uma leitura renovada da obra de Immanuel Kant. Há uma substituição da noção de indivíduo (sujeito) pela noção de totalidade – supostamente fundada em um juízo neutro e normativo puro, porém impregnada de um inegável traço autoritário. Ocorre a superação da noção material de bem pela noção de valor - não de um valor individual, mas de um hipotético valor cultural, expresso nas proibições da norma – limitando o bem jurídico a uma função meramente teleológica<sup>94</sup>.

Após a Segunda Grande Guerra, nascem duas grandes tendências tendentes a resgatar o conteúdo material do bem jurídico-penal – substituída pela doutrina criminal da virtude da era nacional-socialista: as tendências constitucionalistas e a sociológica. Ambas buscavam um consenso de base quanto à definição de bem jurídico enquanto valor essencial para a existência humana em comunidade. Consoante assinalou Hassemer, “nenhuma práxis jurídica e nenhuma concepção do Direito foi à mesma após 1945”<sup>95</sup>.

Sob o ponto de vista sociológico, na última metade dos do séc. XX, emerge, alicerçado na arquitetura complexa e plural da modernidade reflexiva e na sociologia do risco, um “Direito Penal orientado pelas consequências”<sup>96</sup> dessa nova arquitetura social, na qual preponderavam os conflitos de distribuição dos malefícios, que se traduziam em uma expectativa social de controle e eliminação das fontes desses males. Disso emanam reivindicações para que o Estado ofereça uma maior proteção aos cidadãos, inclusive pelo viés normativo-penal.

---

<sup>92</sup> TAVARES, Juarez. *Bien Jurídico y función en Derecho Penal*. Buenos Aires: Hamurabi, 2004, p. 23.

<sup>93</sup> LISZT, Franz von. *Tratado de direito penal alemão* [trad. de José Hygídio Duarte Pereira]. Rio de Janeiro: Briguiet, 1899, p. 94.

<sup>94</sup> HORMAZABAL MALARÉE, Hernán. *Op. cit.*, p. 58-68.

<sup>95</sup> HASSEMER, Winfried. *Histórias das ideias penais na Alemanha do pós-guerra* [trad. de Carlos Eduardo de Oliveira Vasconcelos]. Brasília: Revista de informação legislativa, v. 30, n. 118, p. 237-282, abr./jun. 1993, p. 238.

<sup>96</sup> HASSEMER, Winfried. *Op. cit.*, 1993, p. 253.

Nessa toada, os novos processos econômicos oriundos de uma globalização crescente e constante idealizam um Direito Penal apto a tutelar novas situações jurídicas, fruto do reconhecimento dos novos valores fundamentais caros à sociedade moderna. Esta tendência moderna de incorporação de novos objetos de tutela jurídico-penal ao ordenamento repressivo foi constatada por diversos penalistas ao apontar a promulgação de leis referentes a delitos contra a segurança nacional, o terrorismo e a criminalidade organizada; delitos contra o sistema financeiro; delitos contra a ordem tributária; delitos contra o meio-ambiente; delitos contra as relações de consumo; delitos contra a saúde pública e o tráfico de entorpecentes<sup>97</sup>.

Percebe-se que esses novos objetos de tutela penal se afastam dos claros contornos apresentados pelos bens jurídico-penais de índole individual. A valoração desses interesses como objetos jurídicos, fruto da mudança de orientação do Estado, no período pós-guerras, para uma perspectiva de caráter intervencionista, implica numa transformação do conceito dogmático do bem jurídico, o qual passa a englobar um parâmetro político-criminal de prevenção e gestão de riscos<sup>98</sup>. Surge, assim, a concepção de bens jurídicos coletivos.

Tal noção alicerça-se na satisfação das necessidades dos membros da sociedade, em conformidade com o funcionamento do sistema social<sup>99</sup>, de modo a assegurar materialmente as bases e condições para o exercício das relações microssociais – os bens jurídicos individuais<sup>100</sup>. Vale dizer, os bens jurídicos coletivos possuem um caráter de complementariedade aos bens jurídicos individuais, funcionando como fórmulas de proteção

---

<sup>97</sup> HASSEMER, Winfried. *Derecho penal simbólico y protección de bienes jurídicos*. Pena y Estado: revista hispanolatinoamericana, Buenos Aires, n. 1, p. 23-36, set./dez. 1991, p. 32; ainda: PÉREZ ÁLVAREZ, Fernando. *Protección penal del consumidor, salud pública y alimentación. Análisis del tipo objetivo del delito alimentario nocivo*. Barcelona: Editorial Praxis, 1991; LEYVA ESTUPIÑÁN, M. A.; LUGO ARTEAGA, L. *La protección de bienes jurídicos como función del derecho penal. Expansión al ámbito económico*. Revista de Ciencias Sociales, [S. l.], n. 67, 2015, p. 143; Muñoz Catalán, Elisa. *El medio ambiente como bien jurídico y derecho humano de tercera generación reconocido desde el imperio romano*. Revista DELOS: Desarrollo Local Sostenible, v. 7, n. 21, out. 2014; BOSCH, Marcia. Crimes contra as relações de consumo: uma teoria a partir da jurisprudência. Teses (Doutorado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. São Paulo, 2016, p. 43-50; CASTILLO MEZA, C. F.; MUÑOZ TORO, M., *La salud pública como bien jurídico penal de naturaleza colectiva y los delitos de peligro como técnica de tipificación*. Tese (Licenciado en ciencias jurídicas y sociales). Santiago: Universidad de Chile - Facultad de Derecho; 2016, p. 67-131.

<sup>98</sup> MIR PUIG, Santiago. *Estado, Pena y Delito. Colección: Maestros del Derecho Penal. n. 21*. Buenos Aires: B de F, 2006.

<sup>99</sup> BUSTOS RAMÍREZ, Juan. *Control social y sistema penal*. Barcelona: Promociones Publicaciones Universitarias, 1987, p. 197.

<sup>100</sup> BUSTOS RAMÍREZ, Juan. *Op. cit.*, p. 199.

mediatas destes<sup>101</sup>. Porém, não se apresentam como valores dependentes daqueles; ao contrário, são dotados de autonomia própria e titularidade supraindividual.<sup>102</sup>

Destarte, fica facilmente perceptível que, no contexto da sociedade de risco, demarcada pelo medo e insegurança institucionalizados pelas incertezas acerca dos riscos, a configuração social baseia-se na ideia de que a criminalização deve assumir caráter global de defesa social<sup>103</sup>. Sucede que esse processo de hipertrofia do Direito Penal, afastando-o de sua concepção clássica e liberal de proteção de bens jurídicos individuais provoca uma justaposição de suas funções preventivas com as funções de outros ramos do Direito, ocasionando uma progressiva diluição das fronteiras que antes os separavam.

### 2.2.2. O adiantamento das barreiras punitivas

Reconheceu-se, anteriormente, que a proteção de bens jurídicos coletivos, é fenômeno característico da sociedade de risco, que transforma o Direito Penal moderno em um Direito Penal orientado pelas consequências, de cariz eminentemente preventivo, alicerçado no interesse social por geração (e conservação) da segurança. O Direito Penal moderno, conforme assevera Hassemer, “está se transformando em um direito de defesa contra perigos”<sup>104</sup>.

Mencionados riscos (ou perigos) guardam relação direta com a antecipação: remetem a um mal futuro, ainda inócurre, mas que se apresenta na iminência de acontecer. Assim, são características essenciais dos riscos “a possibilidade ou probabilidade da produção de um

---

<sup>101</sup> PÉREZ ÁLVAREZ, Fernando. *Op. cit.*, p. 52.

<sup>102</sup> “[L]os bienes jurídicos colectivos tienen autonomía frente a los individuales y su titularidad pertenece a toda la ciudadanía por igual. Estos son complementarios de los bienes individuales en la medida que constituyen condiciones esenciales para su adecuado funcionamiento. Por ello, la reacción penal frente a las ofensas que sufren los bienes colectivos, debe ser menor a la conminada respecto de los individuales. La determinación del contenido y límites de los bienes jurídicos colectivos debe ser producto de una ponderación racional de diversos intereses legítimos. La tutela de dichos bienes debe operar en relación a su propio contenido, sin necesidad de referencias implícitas o explícitas a los bienes individuales” CARO CORIA, Dino. “Sociedades de riesgo”, *bienes jurídicos colectivos y reglas concursales para la determinación de la pena en los delitos de peligro con verificación de resultado lesivo*. THEMIS: Revista de Derecho, n. 37, p. 195-208, 1998, p. 206. Em sentido similar: CORCOY BIDASOLO, Mirentxu. *Delitos de Peligro y Protección de Bienes Jurídicos-Penales Supraindividuales*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1999, p. 260; MATA Y MARTÍN, Ricardo M. *Bienes Jurídicos Intermedios y Delitos de Peligro*. Granada: Comares, 1997, p. 23.

<sup>103</sup> SILVA SÁNCHEZ, Jesus Maria. *Op. cit.*, p. 40.

<sup>104</sup> HASSEMER, Winfried. Defesa contra o perigo pelo direito penal: uma resposta para as atuais necessidades de segurança?. *Revista de Estudos Criminais*, Porto Alegre, v. 12, n. 55, p. 29-42, out./dez. 2014, p. 30.

resultado danoso, e o caráter danoso de tal resultado”<sup>105</sup>. É com o intuito de tutelar esta situação, criminalizando os riscos, que o Direito Penal moderno se socorre da antecipação das barreiras punitivas para o estado prévio de lesão ao bem jurídico, como forma de demonstrar ao cidadão que Estado exerce seu papel de guardião das presentes e futuras gerações<sup>106</sup>. Tal antecipação funda-se no princípio da precaução, que vem adquirindo, ao longo dos anos, importância incessante em diversos ramos da ciência, mas especialmente nas ciências jurídicas e sociais<sup>107</sup>.

As situações de risco apresentam duas características essenciais: em primeiro lugar, um contexto de incerteza científica; e em segundo lugar, a eventualidade de danos graves e irreversíveis<sup>108</sup>; não raras vezes, tais riscos possuem natureza coletiva e suas consequências podem refletir em múltiplas dimensões e valores. Para a administração das situações de risco, duas são as estratégias possíveis de serem adotadas: a estratégia da prevenção e a estratégia da precaução.

Com efeito, pela estratégia preventiva, dada a certeza científica a respeito da situação de risco e dos danos dela decorrentes, a intervenção do ordenamento jurídico é orientada para a regulamentação da atividade ou conduta potencialmente danosa, impondo-lhes a adoção de medidas suficientemente eficazes para a minimização dos riscos e dos danos; de outro lado, a lógica da precaução, por flutuar em grau de incerteza maior, tem como consequência a intervenção do ordenamento em ambiente nebuloso, prévio ao estado de mera ameaça de lesão ao bem juridicamente tutelado, pela imposição de severas restrições, quiçá de total proibição, da atividade ou conduta potencialmente lesiva. A precaução trata-se, portanto, do “cuidado antes do cuidado”<sup>109</sup>.

O princípio da precaução tem como ponto de partida uma mera suspeita em relação a riscos que podem derivar de determinada conduta ou atividade, e em relação às quais se

---

<sup>105</sup> ESCRIVÁ GREGORI, José M<sup>a</sup>. *La puesta en peligro de los bienes jurídicos en Derecho penal*. Barcelona: Bosch Casa Editorial S.A., 1976, p. 18.

<sup>106</sup> FREITAS, Juarez. Democracia e o princípio constitucional da precaução: o Estado como guardião das presentes e futuras gerações. In: CLÈVE, Clemerson Merlin; SARLET, Ingo Wolfgang; PAGLIARINI, Alexandre Coutinho. *Direitos humanos e democracia*. Rio de Janeiro: Forense, p. 371-384, 2007, p. 371.

<sup>107</sup> ANDORNO, Roberto. *The precautionary principle: a new legal standard for a technological age*. *Journal of International Biotechnology Law (JIBL)*, n° 1, p. 11-19, 2004, p. 12-16.

<sup>108</sup> ROMEO CASABONA, Carlos María. Contribuições do princípio da precaução ao direito penal. *Revista de Estudos Criminais*, Porto Alegre, v. 2, n. 5, p. 36-60, 2002, p. 39.

<sup>109</sup> DIAS, Augusto Silva. Ramos emergentes do Direito Penal relacionados com a protecção do futuro. Coimbra: Coimbra Editora, 2008, p. 39-40.

desconhece os processos causais aptos a lhes dar ensejo<sup>110</sup>. Ele nasce como típico instrumento de gestão de tais riscos, com aplicação sobretudo sobre os riscos decorrentes de atividades relacionadas aos avanços da ciência e tecnologia do atual contexto social<sup>111</sup>. Ele surge por volta da década de 70, no Direito Ambiental alemão, com sua inclusão na Lei Federal de Proteção Contra Emissões<sup>112</sup>. Duas décadas depois, a União Europeia incluiu o princípio da precaução no Tratado de Roma como princípio orientador da política de proteção ao meio ambiente<sup>113</sup>. Há, ainda, diversos exemplos de utilização do princípio da precaução no âmbito do Direito Consumerista, para o fim de descontinuar a produção de produtos ou medicamentos nocivos à saúde<sup>114</sup>.

Do ponto de vista dogmático, a racionalidade da precaução exerce nítidas influências em diversas categorias jurídicas, tais como a noção de periculosidade da ação nos crimes de perigo, a determinação do cuidado objetivamente devido e do risco permitido nos crimes culposos, a prescindibilidade da relação de causalidade entre conduta e resultado, e a responsabilização dos tomadores de decisões em âmbitos jurídicos com repercussões coletivas<sup>115</sup>. É, entretanto, no âmbito da determinação da noção de periculosidade da ação e, em consequência disso, o uso desenfreado de tipos de perigo abstrato que, efetivamente, denota-se a antecipação das barreiras punitivas em um passo ainda maior do que o passo dado pela implementação de estratégias meramente preventivas.

A respeito dos crimes de perigo abstrato, vale mencionar que a perigosidade é a *ratio legis*, o motivo que leva o legislador a estabelecer uma figura delitiva que traz ínsita tal noção (de perigo)<sup>116</sup>. Os tipos penais de perigo abstrato opõem-se aos tipos de perigo concreto, na medida em que carregam o perigo ao bem jurídico protegido pela norma como elemento do tipo. A moderna ciência penal distingue, entretanto, uma terceira categoria de delitos de

---

<sup>110</sup> CERZO MIR, José. *Los delitos de peligro abstracto en el ámbito del derecho penal del riesgo*. Revista de Derecho Penal y Criminología, Madrid, 2ª época, n° 10, p.47-72, 2002. p. 71

<sup>111</sup> ROMEO CASABONA, Carlos María. *Op. cit.*, p. 43.

<sup>112</sup> DE MIRANDA, Marine Carrière. O princípio da precaução e suas consequências no direito penal. Revista Eletrônica de Direito Penal e Política Criminal, v. 9, n. 1, p. 142-173, 2021, p. 152.

<sup>113</sup> Artigo 130º-R 2. A política da Comunidade no domínio do ambiente visará a um nível de protecção elevado, tendo em conta a diversidade das situações existentes nas diferentes regiões da Comunidade. Basear-se-á nos princípios da precaução e da acção preventiva, da correcção, prioritariamente na fonte, dos danos causados ao ambiente, e do poluidor-pagador. As exigências em matéria de protecção do ambiente devem ser integradas na definição e aplicação das demais políticas comunitárias.

<sup>114</sup> DE MIRANDA, Marine Carrière. *Op. cit.*, p. 152.

<sup>115</sup> ROMEO CASABONA, Carlos María. *Op. cit.*, p. 47-48.

<sup>116</sup> CERZO MIR, José. *Op. cit.*, p. 47.

perigo, os chamados delitos com aptidão para a produção de um dano, ou delitos de perigo abstrato-concreto<sup>117</sup>.

O juízo de perigo, seja nos delitos de perigo abstrato propriamente dito, ou nos delitos de perigo abstrato-concreto, coincide com o juízo de previsibilidade objetiva, realizado *ex ante*, tomando por base todas as circunstâncias do caso concreto, as circunstâncias conhecidas pelo autor (saber ontológico) e a experiência comum da época sobre os cursos causais (saber nomológico)<sup>118</sup>. O perigo (ou perigosidade) aparece, pois, como uma qualidade inerente à própria ação – a ação perigosa –, motivado pela precaução ante à potencial produção de resultados indesejados<sup>119</sup>.

A preferência pela adoção de tipos penais de perigo abstrato, adotando-se a racionalidade da precaução, no contexto da sociedade de risco, justifica-se na necessidade de administrar as ações perigosas, aptas a produzir danos catastróficos, não raras vezes transnacionais e multigeracionais. Trata-se de se aplicar os postulados de um “Direito Penal orientado pelas consequências”<sup>120</sup> antes mesmo de se desencadear a cadeia causal que acarretaria tais consequências, antecipando o âmbito de atuação do Direito Penal e transmutando-o em um instrumento de segurança civil, sob o argumento da defesa contra o perigo<sup>121</sup>.

### 2.2.3. O problema das normas penais em branco e das técnicas de remissão

Segundo as teorias tradicionais que buscam explicar a norma penal, esta subdividir-se-ia em um preceito primário (descrição da conduta humana proibida pelo ordenamento) e secundário (descrição da consequência aplicável em decorrência do descumprimento do preceito primário)<sup>122</sup>. A norma penal típica contém, portanto, uma regra de comportamento –

<sup>117</sup> ESCRIVÁ GREGORI, José M<sup>a</sup>. *Op. cit.*, p. 31-32. Ainda: DE MIRANDA, Marine Carrière. *Op. cit.*, p. 162; BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, Recurso Especial n. 1.439.150-RS, Rel. Min. Rogério Schietti Cruz, Brasília, 05 de outubro de 2017, Diário da Justiça, 26 de outubro de 2017.

<sup>118</sup> CEREZO MIR, *Op. cit.*, p. 49.

<sup>119</sup> DIAS, Augusto Silva. *Op. cit.*, p. 43.

<sup>120</sup> V. nota 89.

<sup>121</sup> HASSEMER, Winfried. *Op. cit.*, 2014, p. 30.

<sup>122</sup> Cumpre esclarecer que conceito de lei penal e norma penal não se confundem; a lei penal tem como destinatário o Estado e busca estabelecer não só as infrações que o Estado se obriga a sancionar, mas também outras circunstâncias excepcionais que podem condicionar o *jus puniendi* estatal (cf. ZAPATER, Enrique Bacigalupo. *La función del concepto de norma en la dogmática penal*. Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, n. 11, p. 61-74, 1986, p. 64-65); a norma penal, por sua vez, consubstancia-se no “imperativo que deve resultar exclusivamente da primeira parte da lei penal, ou seja,

que define o modelo abstrato de um delito – e uma sanção penal aplicável no caso de desobediência.

Somente quando a norma penal é expressa e precisa, claramente especificada, é que o Estado está autorizado a fazer valer o seu jus puniendi e sancionar o autor de um delito. Trata-se de corolário lógico do postulado do *nulum crimen*. Sucede que as normas penais nem sempre estão completas no mesmo dispositivo legal; vale dizer, “pode ser que o preceito, ou parte do preceito, e a sanção, ou parte da sanção, estejam formalmente separadas no texto da lei”<sup>123</sup>.

Foi Karl Binding, na obra *Die Normn und ihre Übertretung*, quem percebeu a existência, no ordenamento jurídico penal alemão do império, de normas cuja proibição emanava da autoridade policial local ou estadual, ou de outra autoridade, ou de legislações administrativas<sup>124</sup>. Isso se deveu ao fato de o império germânico, à época, adotar o modelo federativo, com competência legislativa de caráter geral, do que resultava a transferência da competência para complementar a norma penal geral aos Estados. Disso resultava, não raras vezes, numa conduta ser proibida em um reino e, noutro, autorizada. Binding denominou tais normas como “normas penais em branco” (*Blankettstrafgesetzen*), caracterizando-as como um corpo errante à procura de sua alma.

Cumprе desatacar que o termo germânico utilizado por Binding para designar a norma penal em branco não exprime o seu exato sentido. Isso porque o substantivo *Blankett* significa ‘mandato em branco’<sup>125</sup>. Em outras palavras, pelas normas penais em branco (*Blankettstrafgesetzen*), podemos deduzir tratar-se de técnica legislativa<sup>126</sup> pela qual o legislador penal outorga um mandato para que outra autoridade complemente a lei fracionada<sup>127</sup>, resultando o preceito incriminador do somatório das disposições contidas na norma-mãe e na norma integrativa.

---

sem o acréscimo da segunda” (cf. ALFLEN, Pablo Rodrigo. *Leis penais em branco e o direito penal do risco*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 28).

<sup>123</sup> THOMPSON, Augusto F. Gaffrée. *Lei penal em branco e retroatividade benéfica*. Revista de Direito Processual Geral, Rio de Janeiro, v. 19, 1968, p. 232.

<sup>124</sup> BINDING, Karl. *Die Normen und ihre Übertretung: eine Untersuchung über die rechtmässige Handlung und die Arten des Delikts. Erster Band, Normen und Strafgesetze*. Leipzig: Verlag von Wilhelm Engelmann, 1872, p. 74.

<sup>125</sup> THOMPSON, Augusto F. Gaffrée. *Op. cit.*, p. 238.

<sup>126</sup> Panorama acerca das leis penais em branco enquanto técnica legislativa em ALFLEN, Pablo Rodrigo. *Leis penais em branco e o direito penal do risco: aspectos críticos e fundamentais*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004b, p. 75 e ss.

<sup>127</sup> THOMPSON, Augusto F. Gaffrée. *Op. cit.*, p. 240.

A utilização, pelo poder legislativo, das normas penais em branco, dá-se tradicionalmente por dois fundamentos principais. O primeiro deles é permitir à lei penal que se flexibilize e se atualize, de modo que possa acompanhar as constantes evoluções sociais. O segundo é a necessidade de conhecimentos técnicos específicos acerca das matérias dinâmicas e complexas que a sociedade moderna apresenta. Em ambos os casos, evita-se o engessamento da norma penal.

As normas penais em branco amalgamam-se perfeitamente aos caracteres da sociedade de risco (*Risikogesellschaft*), marcada pela globalização das relações, de tecnologização da vida, de economização da natureza, e da primazia do paradigma do medo frente aos riscos decorrentes do processo de modernização. O dinamismo da modernização impõe a permanente modificação da norma penal para a inclusão de novos comportamentos potencialmente criadores de riscos. Submeter a norma penal ao lento e custoso processo de modificação das leis ordinárias provocaria o seu engessamento, ainda que temporário.

E mais, a proteção dos valores essenciais à essa nova configuração social, traduzidos nos bens jurídicos de natureza coletiva ou transindividuais – a segurança nacional, o sistema financeiro; a ordem tributária; o meio-ambiente; as relações de consumo; a saúde pública; dentre outros -, demanda do legislador a apropriação de conhecimentos técnicos específicos acerca de tais matérias. Torna-se mais eficiente delegar a pessoas dotadas de tais conhecimentos técnicos, seja para definir os comportamentos verdadeiramente geradores de riscos, seja para evitar a proibição de comportamentos inócuos para tal fim.

De fato, “o panorama atual comporta um número incalculável de situações extremamente complexas, o que justamente era utilizado como fundamento para o uso desta técnica já em épocas nas quais as situações complexas que reclamavam tutela jurídico-penal eram em número reduzido e cuja complexidade possuía extensão muito menor”<sup>128</sup>. Em outras palavras, a fungibilidade na descrição da norma penal e, corolário lógico, a flexibilização do postulado da *lex certa*, são elementos caracterizadores de um estado de insegurança. Tal fenômeno é consequência direta da sociologia do risco (*Risikosociologie*) sobre a dogmática penal, acrescentando ao escopo do Direito a função de prevenção de riscos e potenciais de auto

---

<sup>128</sup> ALFLEN, Pablo Rodrigo. A técnica das leis penais em branco como instrumento oportuno em um Direito Penal do risco. Revista da Faculdade de Direito de Uberlândia, v. 36, p. 355-385, 2008, p. 377.

ameaça<sup>129</sup>. A esse processo empresta-se a denominação de ‘administrativização’ do Direito Penal<sup>130</sup>.

---

<sup>129</sup> SILVA SÁNCHEZ, Jesus Maria. *Op. cit.*, p. 133-134; no mesmo sentido, ALFLEN, Pablo Rodrigo, *Op. cit.*, 2004a, p. 84.

<sup>130</sup> SILVA SÁNCHEZ, Jesus Maria. *Op. cit.*, p. 142.

### 3. DIREITO DE INTERVENÇÃO E DIREITO PENAL DO INIMIGO: DUAS FACES DO DIREITO PENAL DO RISCO

Estabelecido que atravessamos momento histórico no qual os estudos sociológicos, notadamente a sociologia do risco (*Risikosociologie*), apontam para uma inafastável vulnerabilidade social oriunda dos próprios perigos originados pelos processos de evolução técnico-científico, torna-se inegável a constatação de que a sociedade de risco (*Risikogesellschaft*) faz crescer a demanda por segurança das massas, de modo a blindar os membros do corpo social da concretização dos riscos e perigos da modernidade.

Mas não é só. A sociedade de risco carrega consigo uma dimensão não tecnológica, igualmente produtora de medo e insegurança: a criminalidade de “massa”, consubstanciada na delinquência que corriqueiramente agride o cidadão nas diversas formas de violência contra o patrimônio, na venda irrestrita de substâncias entorpecentes e contra a qual o Estado se mostrava incapaz de oferecer resposta satisfatória<sup>131</sup>. A criminalidade de massa é uma fonte de riscos e perigos, fruto da fragmentação social – característica do contexto social hodierno - que dá origem aos marginalizados (v. acima, 2.1.2.2).

De fato, em razão das novas formas de interação social, as estruturas estatais tradicionais apresentam-se absolutamente ultrapassadas para a finalidade de exercer um efetivo controle social e assegurar a segurança frente às duas dimensões da modernidade. Surgem, com isso, manifestações de incertezas sobre a sustentação de tais formas de proteção social e passa-se a exigir do Estado a resposta com a pacificação, de modo a não colocar em risco a própria lealdade dos seus cidadãos<sup>132</sup>.

Esse é o cenário propício para o fenômeno da administrativização do Direito Penal e, por consequência, a criação de um Direito Penal do risco (*Risikostrafrechts*), voltado, essencialmente, para a finalidade de gestão e controle de riscos e situações de perigo. Tal modelo de intervenção penal caracteriza-se, dentre outros caracteres, pela prevalência do sentimento coletivo de insegurança cidadã, pela substantividade dos interesses das vítimas

---

<sup>131</sup> Caracteres da criminalidade de massas e da criminalidade organizada em HASSEMER, Winfried. Segurança Pública no Estado de Direito. In: Três temas de Direito Penal, p. 61-81. Porto Alegre: Fundação Escola Superior do Ministério Público, 1994, p. 64-68.

<sup>132</sup> ALFLEN, Pablo Rodrigo. *Op. cit.*, p. 372.

(efetivas e em potencial), pelo redescobrimto da prisão e na revalorização do componente afliativo da pena<sup>133</sup>.

Referido modelo de intervenção se manifesta, outrossim, pela ampla expansão do arsenal punitivo estatal, notadamente pela introdução de novos bens jurídicos, pelo adiantamento das barreiras punitivas ao estado prévio à lesão do bem jurídico, pela utilização das técnicas das leis penais em branco, modificação nos tradicionais sistemas de imputação, restrição e/ou supressão de garantias e direitos processuais dos imputados, e o recrudescimento da fase de execução da pena<sup>134</sup>.

Diante dos avanços significativos no debate político-criminal e nas transformações produzidas no Direito Penal, surge o embate entre os discursos de legitimação do sistema penal ‘administrativizado’ vigente<sup>135</sup>, e as teorias que sustentam a necessidade de redução do sistema penal a um núcleo essencial<sup>136</sup>. Abordaremos no presente capítulo dois desses modelos emergentes: o Direito de Intervenção, formulado por Winfried Hassemer, e o Direito Penal do Inimigo, elaborado por Günther Jakobs.

### **3.1. Winfried Hassemer: o Direito de Intervenção enquanto instrumento de resgate do Direito Penal liberal.**

Winfried Hassemer, catedrático na Johann Wolfgang Goethe-Universität de Frankfurt e magistrado de carreira, tendo alcançado a vice-presidência do Tribunal Constitucional Federal (*Bundesverfassungsgericht*), dentre tantas teorias desenvolvidas, defendia que questões de natureza civil e administrativa que passaram a impregnar o Direito Penal ‘moderno’ fossem extirpadas do âmbito de proteção deste, ou tuteladas por um ramo específico, intermediário ao Direito Penal e ao Direito Administrativo, o qual designou como ‘Direito de Intervenção’.

---

<sup>133</sup> Panorama acerca dos caracteres do modelo de intervenção do direito penal em face da sociedade de risco em DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. A política criminal na encruzilhada [tradução de André Luís Callegari]. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 20-40.

<sup>134</sup> DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. *Op. cit.*, p. 61-62.

<sup>135</sup> Veja SILVA SÁNCHEZ, Jesus Maria. *Op. cit.*, p. 165-182, onde o autor, ao propugnar a ideia de irreversibilidade do fenômeno expansionista, concebe a ideia de direitos penais de distintas ‘velocidades’.

<sup>136</sup> Veja FEIJOO SANCHEZ, B. Sobre a “administrativização” do Direito Penal na “sociedade de risco”, onde o autor afirma que a administrativização do direito penal deve ser tratada como uma patologia que desnatura as características essenciais do direito penal, implicando na utilização ilegítima da pena e das normas que estipulam como consequência jurídica uma pena.

Antes de adentrarmos no estudo do ‘Direito de Intervenção’ enquanto ramo autônomo do Direito – tarefa por si só complicada, haja vista o próprio autor não ter logrado êxito em completar a sua teoria – impõe-se o exame das bases do pensamento jurídico, sociológico e filosófico de Hassemer. O pontapé dar-se-á pela vinculação do pensamento hassemeriano à corrente jusfilosófica conhecida como ‘Escola de Frankfurt’, para então adentrarmos nas bases da crítica de Hassemer aos sistemas jurídico-penais vigentes.

### **3.1.1. A ‘Escola de Frankfurt’ como ponto de partida para o pensamento hassemeriano**

‘Escola de Frankfurt’ é o nome dado ao grupo de pensadores do Instituto de Pesquisas Sociais de Frankfurt (*Institut für Sozialforschung*) da Johann Wolfgang Goethe-Universität in Frankfurt am Main. Instituído em 1923 pelo então Ministro da Educação da Alemanha, teve como principal finalidade estudar a dinâmica das mudanças sociais, entendendo existir, à época, uma crise na sociedade<sup>137</sup>.

Da ‘Escola de Frankfurt’ surgiu a linha de pensamento filosófica conhecido como “teoria crítica”<sup>138139</sup>. Extrai-se da teoria crítica dois eixos distintos de pensamento: uma perspectiva reformadora, que busca transformar a sociedade, e outro com a pretensão de revolucioná-la por completo, em uma perspectiva radical. Enquanto os reformadores buscavam adequar o Direito aos seus fins sociais e de justiça<sup>140</sup>, os radicais visavam acabar com o próprio Direito e o próprio Estado criando uma sociedade igualitária refletida no socialismo perfeito ou no comunismo, na qual qualquer tipo de relação de dependência de um homem para com outro homem seriam exterminados<sup>141</sup>.

<sup>137</sup> DO NASCIMENTO, Jackson Fonte. A escola de Frankfurt e seus principais teóricos. PIDCC: Revista em propriedade intelectual direito contemporâneo, n. 5, p. 244-249, 2014, p. 245.

<sup>138</sup> A denominação “teoria crítica” é atribuída à Max Horkheimer em razão da obra *Traditionelle und kritische Theorie: Fünf Aufsätze* (Teoria tradicional e Teoria crítica: cinco ensaios), publicada em 1937. Panorama sobre o pensamento do autor pode ser encontrado em BASSANI, João Carlos B. A teoria crítica de Max Horkheimer. Dissertação (Mestrado em Filosofia) – Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. Porto Alegre, 2014.

<sup>139</sup> Além dos aportes frankfurtianos, motivaram o desenvolvimento da teoria crítica o economicismo jurídico soviético, os estudos de Michael Foucault e a releitura marxista empreendida por Antonio Gramsci (cf. WOLKMER, Antônio Carlos. Introdução ao pensamento jurídico crítico. São Paulo: Saraiva, 2008, p.17)

<sup>140</sup> A linha de pensamento reformadora apresenta uma releitura do pensamento marxista a partir de uma perspectiva pragmática, buscando a refundação das bases do estado socialista sem negar a existência da democracia, do Estado e do Direito.

<sup>141</sup> A vertente radical ou revolucionária, representada por pensadores como Lukács, Ernst Bloch e Pashukanis, propõe o desaparecimento do Estado, do capitalismo e do Direito para que haja uma

A ‘Escola de Frankfurt’ perdura desde a década de 1920, por ela tendo passado diversos pensadores; sua história, em razão da longevidade e dos eventos ocorridos na Alemanha anos após sua fundação, pode ser dividida em duas “gerações”. A primeira geração é composta pelos filósofos e sociólogos Theodor Adorno, Max Horkheimer, Herbert Marcuse, Erich Fromm, Otto Kirchheimer, Friedrich Pollock e Leo Löwenthal, além de colaboradores associados como Walter Benjamin e Ernst Bloch (maioria de origem judaica, foram expulsos da Alemanha pelo Estado nacional-socialista). O instituto foi reaberto em 1946, abrindo espaço para a segunda geração de pensadores, dos quais podemos citar Axel Honneth, Albrecht Wellmer, Jürgen Habermas, Oskar Negt, Franz Neuman e Alfred Schmidt.

Traço comum entre os pensadores da ‘Escola de Frankfurt’ é a noção do Direito enquanto ferramenta emancipatória, que sirva de guia para a construção de uma nova racionalidade de defesa das necessidades humanas em contraposição aos interesses do capital e que direcione positivamente o jurista nos momentos de afrontar o sofrimento humano<sup>142</sup>. Conjuga-se, nesse diapasão, e a crítica social ao capitalismo (com raízes no marxismo); a crítica aos limites da razão instrumental (bebendo de fontes kantianas); e com a psicanálise (freudiana), e a crítica aos momentos de repressão do eu nos seus desejos subjetivos.

A pesquisa do Instituto teve como fonte de referência a obra do historiador, teórico político, filósofo e sociólogo prussiano Karl Marx, de modo a conduzir o estudo da sociedade e do Direito a partir das estruturas sociais e das relações de poder. Com um enfoque materialistas sobre o Estado e o Direito, Marx explicava que “as relações jurídicas bem como as formas de Estado não podem ser explicadas por si mesmas (...); estas relações têm, ao contrário, suas raízes nas condições materiais de existência, em sua totalidade”<sup>143</sup>; propugnava, assim, o rompimento com o idealismo da ilustração subversão da dominação da classe burguesa sobre a classe do proletariado.

---

sociedade plenamente igualitária e libertária; ao recusar a existência da democracia, do Estado e do Direito fora do modelo econômico baseado no capital e na dominação da burguesia sobre a classe do proletariado, negam a própria sociedade e o estado democrático de direito, pregando sua aniquilação por meio da revolução.

<sup>142</sup> HERRERA FLORES, Joaquín. *Premisas de uma teoria crítica del derecho*. In: CORREAS, Ocar; PRONER, Carol (coord.) *Teoria crítica dos direitos humanos: in memoriam Joaquín Herrera Flores*. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 14-16.

<sup>143</sup> MARX, Karl. *História* (org. Florestan Fernandes). São Paulo: Ática, 1985, p. 232-233

No que tange à razão instrumental, trata-se de um termo cunhado por Horkheimer<sup>144</sup> para designar a razão oriunda do Iluminismo, que, a par de ter sido pensada como instrumento de libertação do homem, foi utilizada como instrumento de dominação e de reafirmação das posições de poder. Foi a ‘razão instrumental’, predominante na sociedade burguesa, que, com seu viés tecnicizante, adquiriu contornos opressores e permitiu ao homem a construção da bomba atômica, a ascensão do social-nacionalismo a poder e a declaração de guerra em escala mundial. Ao denunciar a ‘razão instrumental’, os frankfurtianos defendiam a sua superação pelo esclarecimento (*Aufklärung*), o que representava verdadeiro resgate da ‘razão emancipatória’ kantiana<sup>145</sup>.

Por fim, a aproximação da teoria crítica com Sigmund Freud se dá no campo da psicologia social freudiana, que propunha “o exame dos mecanismos pelos quais certos impulsos e tendências de cada indivíduo são ativados através da interação com outros indivíduos, no interior de um grupo, e através da relação com um líder”<sup>146</sup> e que redundou na crítica à indústria cultural, que, dá mesma forma como uma fábrica produz bens em esteira de produção, produzia padrões artísticos e culturais que cuidavam de perpetuar os valores capitalistas com o intuito manter o homem escravizado.

Os pensadores da ‘Escola de Frankfurt’, portanto, não são indiferentes aos avanços sociais; enquanto a sociedade for uma instituição mutável, a filosofia e a sociologia crítica nunca estará satisfeita e estanque. E assim, acompanhando a escala social evolutiva, em especial os novos dilemas humanos e sociais surgidos após a Segunda Grande Guerra, a ‘Escola de Frankfurt’ passou a defender a (re)democratização do Estado de Direito, transformando-o em instrumento de emancipação individual e contenção do poder estatal, pondo-se, efetivamente, contrária a teoria tradicional, que perdurou por séculos<sup>147</sup>.

É justamente no cenário do pós-guerra que a teoria crítica inicia sua aproximação com o Direito Penal, a partir do surgimento de movimentos criminológicos cuja função primordial era denunciar a desigualdade e seletividade do sistema penal, colocando em xeque sua

---

<sup>144</sup> “Tendo cedido em sua autonomia, a razão tornou-se um instrumento” disse Horkheimer em *Eclipse da Razão* [trad. de Sebastião Uchoa Leite]. São Paulo: Ed. Centauro, 2002, p. 29.

<sup>145</sup> Nesse sentido: FREITAG, Barbara. O conteúdo programático da teoria crítica. São Paulo: Editora Brasiliense, 1990, p. 35; HORKHEIMER, Max. Filosofia e teoria crítica [trad. de Edgar Alfonso Malagodi e Ronaldo Pereira Cunha] São Paulo: Abril Cultural, 1975; ADORNO, Theodor W; HORKHEIMER, Max. *Dialética do Esclarecimento: fragmentos filosóficos* [tradução de G. A. de Almeida]. Rio de Janeiro: Zahar, 2006.

<sup>146</sup> ROUANET, Sérgio Paulo *Teoria Crítica e Psicanálise*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2001, p. 119.

<sup>147</sup> DO NASCIMENTO, Jackson Fonte. *Op. cit.*, p. 249.

eficiência e confiabilidade<sup>148</sup>. Até então, o paradigma de análise do fenômeno criminal era o etiológico de raiz positivista, que concebia o crime como fenômeno natural e causalmente determinado<sup>149</sup>, e foi interpretado de forma desviada pelos teóricos do estado nacional-socialista para justificar as práticas antisemitistas levadas a efeito durante a II Guerra Mundial.

O giro no paradigma criminológico iniciou-se, entretanto, em 1939, com a publicação, em Nova Iorque, da obra *Punição e Estrutura Social* (*Punishment and Social Structure*)<sup>150</sup>, de George Rusche e Otto Kirchheimer, pensadores Instituto de Pesquisas Sociais de Frankfurt que emigraram para os EUA em razão da perseguição nazista. Três décadas depois, a obra adquiriu renovada importância ao ser recuperado pelos adeptos do movimento criminológico do pós-guerra, reeditado e traduzido para vários idiomas<sup>151</sup>. Pela obra, os filósofos buscaram relacionar a punição ao contexto econômico, mostrando que os castigos variam conforme o meio de produção no qual uma sociedade se insere<sup>152</sup>.

A esse novo projeto de criminologia, aderiram teóricos da Europa e da América Latina. Seu núcleo principal objetivava a supressão da desigualdade social, defendendo a tese de que a solução para a problemática do crime dependeria da abolição da exploração econômica e da arbitrariedade política sobre as classes dominadas. Esse novo projeto foi denominado de ‘criminologia crítica’.

A partir desse novo movimento criminológico, a teoria crítica encontra o Direito Penal e permite seu estudo sob novos parâmetros dogmáticos e, a partir da análise crítica acerca da manifestação do sistema penal na realidade concreta, permitiu esclarecer que o sistema de justiça penal representava uma forma de reprodução de desigualdades, das

---

<sup>148</sup> BARATTA, Alessandro. *Criminologia Crítica e crítica do direito penal* [trad. de Juarez Cirino dos Santos]. Rio de Janeiro: Revan, 2002, p. 160-161.

<sup>149</sup> CACICEDO, Patrick Lemos. *Pena e funcionalismo sistêmico: uma análise crítica da prevenção geral positiva*. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade de São Paulo. São Paulo, 2015, p. 130.

<sup>150</sup> Panorama crítico acerca da obra pode ser encontrado em MELOSSI, Dario. “Georg Rusche and Otto Kirchheimer: ‘Punishment and Social Structure.’” *Social Justice*, vol. 40, no. 1/2 (131-132), *Social Justice/Global Options*, 2014, pp. 265–84.

<sup>151</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *A questão criminal* [tradução de Sérgio Lamarão]. Rio de Janeiro: Revan, 2013, p. 147.

<sup>152</sup> Em resumo, defendem os autores que o modo de produção capitalista estaria organizado a partir da exploração da mão de obra do trabalhador assalariado, que vende sua força de trabalho ao detentor dos meios de produção por valor inferior ao valor da mercadoria que produz, modo de produção que dá origem um conflito social – a luta de classes em torno da exploração do trabalho; o Direito Penal teria um forte componente ideológico de estabilização dessa relação de dominação de modo a impedir a politização do conflito; logo, o sistema punitivo seria organizado ideologicamente para proteger os interesses da classe dominante (manter a estrutura vertical de dominação social).

injustiças materiais da vida social e da violência institucional<sup>153</sup>. Nesse mesmo sentido o escólio de Alessandro Baratta:

“não só as normas do Direito Penal se formam e se aplicam seletivamente, refletindo as relações de desigualdade existentes, mas o Direito Penal exerce, também, uma função ativa, de reprodução e de produção, com respeito às relações de desigualdade. em primeiro lugar, a aplicação seletiva das sanções penais estigmatizantes, e especialmente o cárcere, é um momento superestrutural essencial para a manutenção da escala vertical da sociedade. Em segundo lugar, e esta é uma das funções simbólicas da pena, a punição de certos comportamentos ilegais serve para cobrir um número mais amplo de comportamentos ilegais, que permanecem imunes ao processo de criminalização. Desse modo, a aplicação seletiva do Direito Penal tem como resultado colateral a cobertura ideológica desta mesma seletividade”<sup>154</sup>

Da crítica do Direito Penal como direito desigual derivam consequências de toda ordem, dentre as quais Baratta destaca a ampliação e o reforço da tutela penal em áreas de interesse essencial para a vida dos indivíduos e da comunidade, tais como a saúde pública, a segurança no trabalho, a integridade ecológica<sup>155</sup>. A esses novos âmbitos de atuação do Direito Penal pode-se agregar, ainda, as relações de consumo, o sistema financeiro, e a ordem econômica e tributária. De fato, as mudanças estruturais e ideológicas da sociedade ocasionaram novos problemas jurídicos e preocupações da sociedade com âmbitos antes inimagináveis.

Chegamos, assim, ao contexto social hodierno, já caracterizado por nós como uma ‘sociedade de risco’ onde impera um estado de insegurança generalizada. Nesse cenário, as demandas por tutelas penais encontraram cada vez mais vozes legitimadoras, em razão do caráter globalizado dos problemas perpetrados e do nível de insegurança incutido na população, não somente em decorrência do incremento da violência urbana, mas em razão da colocação em risco dos interesses essenciais já mencionados ao longo desse estudo (v. supra, 2.2.1). Portanto, a legitimação do Direito Penal em contextos de insegurança está vinculada a ideia de precaução (v. supra, 2.2.2).

Como referido alhures, em resposta à essa transformação do Direito Penal, fruto de debates no âmbito da criminologia crítica cujos influxos permearam a dogmática, teóricos se debruçam sobre a reversibilidade ou contenção do fenômeno da administrativização das

---

<sup>153</sup> CACICEDO, Patrick Lemos. *Op. cit.*, p. 132.

<sup>154</sup> BARATTA, Alessandro. *Op. cit.*, p. 166

<sup>155</sup> BARATTA, Alessandro. *Op. cit.*, p. 202.

categorias jurídico-penais no contexto da sociedade de risco. Dentre eles encontrava-se Winfried Hassemer, cujo discurso não pode ser concebido senão como uma crítica à dinâmica contemporânea dos sistemas jurídico-penais e suas consequências à realidade dos protagonistas dos conflitos sociais.

A crítica hassemeriana insurge-se com substrato não só no alicerce filosófico e sociológico da Instituto de Pesquisas Sociais de Frankfurt, mas também na teoria do conhecimento do idealismo alemão e na filosofia política do Iluminismo, juntamente com nomes como Feuerbach, Radbruch e Kaufmann – discípulo de Radbruch e de quem o próprio Hassemer fora discípulo<sup>156</sup>. Da ‘Escola de Frankfurt’, Hassemer absorveu o método da teoria crítica, apresentando discurso de resistência às alterações de cunho legislativo e dogmático decorrentes da tendência expansionista do Direito Penal<sup>157</sup>; do idealismo germânico e da filosofia política do Iluminismo, resgatou os alicerces fundamentais sobre os quais edificados o Direito Penal clássico, propondo a extirpação do conteúdo ‘moderno’ acrescido ao ‘Direito Penal do risco’.

### 3.1.2. Hassemer e a ‘dialética da modernidade’

Por longo período, o Direito Penal mostrou-se suficiente ao propor a intervenção penal tão somente em *ultima ratio*, diante de uma lesão (ou ameaça de lesão) a um bem jurídico individualmente considerado. Trata-se de um Direito Penal de índole liberal, calcado nos traços fundamentais construídos pelo movimento da ilustração em fins do século XVIII e princípio do XIX, orientado pelos resultados e bajulado por sua força curativa capaz de solucionar os problemas da sociedade<sup>158</sup>.

Com efeito, o Direito Penal ‘clássico’ é o Direito que castiga para evitar lesões à liberdade. Vale dizer, ele surge no contexto do Estado liberal, em decorrência “da morte do

---

<sup>156</sup> SILVA, Lucas Santana. Prevenção geral positiva: análise crítica das teorias de Günther Jakobs e Winfried Hassemer. Dissertação (Mestrado em Ciências Criminais) – Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. Porto Alegre, 2011, p. 47.

<sup>157</sup> MACHADO, Fábio Guedes de Paula; GIACOMO, Roberta Catarina. Novas teses dogmáticas jurídico-penais para a proteção do bem jurídico ecológico na sociedade do risco. Revista Liberdades, São Paulo, n. 2, p. 39-55, set./dez.. 2009, p. 40.

<sup>158</sup> HASSEMER, Winfried. Direito Penal: Fundamentos, Estrutura, Política [org. e rev. Carlos Eduardo de Oliveira Vasconcelos]. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2008, p. 295-297.

Direito natural”<sup>159</sup>, para fins de proteção das liberdades individuais asseguradas no contrato social - logo, cumprindo função de estabilização dos vínculos derivados do contrato social<sup>160</sup>. Percebe-se assim a vinculação direta ao ideário iluminista de colocação do indivíduo como ponto central da preocupação da razão legitimadora do Direito Penal.

Disso decorrem três consequências para o Direito Penal: somente se consideraria fato penalmente típico a lesão a uma liberdade assegurada no contrato social, que se traduzia na ideia do bem jurídico enquanto critério negativo de criminalização legítima; a parcela de liberdade cedida no contrato social deve ser específica e contundente, conferindo pleno significado ao princípio da taxatividade da lei penal; o Estado deve impedir a manifestação de qualquer poder usurpador, limitando e vinculando o *jus puniendi* aos direitos dos indivíduos.

Para Hassemer, este Direito Penal ‘clássico’ estaria ameaçado por um Direito Penal ‘moderno’, que rompe com a tradição na mesma medida em que a consoma, convertendo-se este em um instituto distinto daquele<sup>161</sup>. Isso porque, por séculos, o modelo tradicional demonstrou suprir as necessidades apresentadas, inclusive porque a sociedade da época, enquanto idolatrava a expressão positiva do desenvolvimento tecnológico, desconhecia (e nem lhe era dado conhecer) a dimensão dos futuros problemas que o desenvolvimento carregaria consigo. Essa dose de irracionalidade motivou o caminhar da sociedade rumo a modernidade, e, diante da não-percepção das consequências negativas do progresso, maquiou a sobrecarga que tais consequências acarretariam ao sistema jurídico-penal.

Conforme já suscitado no primeiro capítulo deste estudo (e repisado nos parágrafos introdutórios do presente capítulo), a modernidade trouxe consigo uma gama incalculável de novas situações capazes de assolar toda a humanidade, e um novo axioma passou a orientar as ciências sociais – o risco. Nessa toada, a modernização conduziu a sociedade à reflexividade, na medida em que refletia na própria sociedade a imprevisibilidade dos perigos consequentes do avançar tecnológico e científico, e em assim fazendo, instalou um estado de segurança sentida (v. supra, 2.1.3). É o paradigma do medo em face dos perigos da modernidade que fomenta o rompimento dos pilares liberais do Direito Penal ‘clássico’.

---

<sup>159</sup> HASSEMER, Winfried. *Rasgos y crisis del Derecho Penal moderno*. Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, Tomo 45, pp. 235-249, 1992, p. 237.

<sup>160</sup> HASSEMER, Winfried. *Op. cit.*, 1992, p. 238.

<sup>161</sup> HASSEMER, Winfried. *Op. cit.*, 1992, p. 239.

Isso porque a ânsia de se apresentar uma resposta jurídica de gestão dos novos riscos, aliada à ineficácia de outros ramos de controle, conduziu a um abuso do sistema jurídico-penal, que passou a ser usado como arma polivalente de enfrentamento contra tudo aquilo que a sociedade não aceitava ou que lhe causava medo. Hassemer, contudo, caracterizou este uso do Direito Penal como um ‘mau uso’, que o afastava de um modelo de Direito Penal garantidor de liberdades individuais e, ao mesmo tempo, arquitetava um Direito Penal da segurança<sup>162</sup>. Imperativo, pois, entender as características vislumbradas pelo jurista germânico neste Direito Penal ‘moderno’.

Primeiramente, a proteção de bens jurídicos passou de um contexto crítico e despenalizante para um contexto criminalizador no qual se justifica o Direito Penal<sup>163</sup>. Se a concepção ‘clássica’ se dirigia no sentido de somente autorizar o legislador a criminalizar condutas que efetivamente ameaçassem um bem jurídico, o que ora se verifica é o manejo do princípio do bem jurídico para a fundamentar e ampliar a criação de tipos penais. Para o Direito Penal ‘moderno’, “o lema já não é a proteção de interesses humanos concretos, mas a proteção de instituições sociais ou ‘unidades funcionais de valor’”<sup>164</sup>.

Conforme Hassemer, a sociedade moderna amplia as possibilidades de ação e cria, com suas novas instituições, novas possibilidades de lesão<sup>165</sup>. Nesse sentido, o tráfico de drogas, a contaminação do meio ambiente, os ataques a estruturas econômicas ou tecnológicas de comunicação e/ou processamento de dados, as relações de consumo, criam problemas sociais que a teoria do bem jurídico devem buscar uma solução.

Em segundo lugar, o paradigma da prevenção, objetivo secundário do Direito Penal ‘clássico’, se converte em paradigma norteador do Direito Penal ‘moderno’. “*Se essas evoluções que estão ocorrendo no âmbito do Direito Penal e da política penal forem expressas de forma bem clara, será possível afirmar que o Direito Penal está evoluindo para se tornar um Direito de Prevenção de Perigos*”, explicita Hassemer<sup>166</sup>. Pela primazia do paradigma preventivo, converteu-se os princípios da proporcionalidade, igualdade ou

---

<sup>162</sup> HASSEMER, Winfried. Sobre a arquitetura de um Direito Penal da Segurança [trad. de Tito Lívio Cruz Romão]. Revista de Direito Público, v. 3, n. 14, p. 73-85, 2006, p. 73

<sup>163</sup> HASSEMER, Winfried. *Lineamentos de una teoría personal del bien jurídico*. Revista Doctrina Penal: teoría y práctica en las ciencias penales, Buenos Aires, v. 12, 45/48, p. 275-285, 1989, p. 277.

<sup>164</sup> HASSEMER, Winfried. *Op. cit.*, 1989, p. 279.

<sup>165</sup> HASSEMER, Winfried. *Op. cit.*, 1989, p. 280.

<sup>166</sup> HASSEMER, Winfried. *Op. cit.*, 2006, p. 79.

tratamento igualitário, e a legalidade em obstáculos para uma orientação social efetiva<sup>167</sup>. Em suma, os fins passaram a justificar os meios.

A terceira característica do Direito Penal ‘moderno’ identificada pelo catedrático de Frankfurt diz respeito à ‘orientação pelas consequências’. Anteriormente, as consequências eram tidas apenas como critério complementar para o ato de legislar, mas que se converteu, juntamente com o paradigma preventivo, em uma característica e objetivo dominante do Direito Penal ‘moderno’, marginalizando princípios como de igualdade e de retribuição justa do delito na política jurídico-penal<sup>168</sup>. Como consequência, o Direito Penal assume características educacionais, sendo utilizado não mais como *ultima ratio*, mas como *prima ratio*, quiçá *sola ratio*<sup>169</sup>.

Essas características, convertem o Direito Penal ‘moderno’ em um instrumento de solução de conflitos, que não mais podia ser distinguido de outros meios ordinários de solução de conflitos. Enquanto tal, o Direito Penal ‘moderno’ deve “permanente e publicamente afirmar-se como instrumento político tecnicamente eficaz”<sup>170</sup>. Ocorre, nesse sentido, um lento e gradual processo de diluição das barreiras que separavam o Direito Penal de outros ramos jurídicos e a sua justaposição do Direito Penal a tais ramos – tratamos aqui do Direito Civil, do Direito Administrativo, do Direito Ambiental, do Direito do Consumidor e do Direito Econômico, dentre outros.

Tal fenômeno Hassemer designou como ‘Dialética da Modernidade’, em claro paralelo à obra frankfurtiana ‘Dialética do Esclarecimento’ de Adorno e Horkheimer. Tal analogia especifica os esforços do Direito Penal ‘clássico’ em incorporar a modernidade, realidade com a qual não podia fazer frente. Em outras palavras, a manutenção de um Direito Penal estanque se mostraria como uma espécie de cegueira deliberada frente aos desenvolvimentos da modernidade e suas novas necessidades de proteção, resultando em sua ineficiência e inevitável questionamento. O Direito Penal ‘moderno’, a seu turno, enquanto

---

<sup>167</sup> HASSEMER, Winfried. *Persona, mundo y responsabilidad: bases para una teoría de la imputación en derecho penal* [tradução de Francisco Muñoz Conde e M<sup>a</sup> del Mar Díaz Pita] Valencia: Tirant lo Blanch, 1999, p. 49-50.

<sup>168</sup> HASSEMER, Winfried. *Op. cit.*, 1999, p. 51.

<sup>169</sup> HASSEMER, Winfried. *Op. cit.*, 1992, p. 240.

<sup>170</sup> HASSEMER, Winfried. *Op. cit.*, 1999, p. 51.

limitado pelos rígidos alicerces do Direito Penal ‘clássico’ padeceria de um “déficit de execução”<sup>171</sup> e assim começaria, também, a desmoronar.

Para reduzir o déficit de execução, o Direito Penal ‘moderno’ lança mão de ferramentas de prevenção geral típicas de um Direito Penal orientado pelo axioma do risco: os crimes de perigo abstrato e o Direito Penal simbólico. Não nos debruçaremos sobre o primeiro, visto já ter sido objeto de estudo da presente investigação (v. supra, 2.2.2), evitando tautologia.

Sobre o simbolismo no Direito, Hassemer é enfático ao encará-lo como uma oposição entre ‘realidade’ e ‘aparência’, entre ‘manifesto’ e ‘latente’, entre o ‘verdadeiramente desejado’ e o ‘aplicado de outra forma’ em relação às leis<sup>172</sup>. É simbólico o sistema jurídico (e aqui não tratamos apenas do sistema jurídico-penal) em que as funções ‘latentes’ predominam sobre as funções ‘manifestas’<sup>173</sup>. A predominância de funções latentes fundamenta a ‘ilusão’ ou ‘aparência’ em relação aos reais fins da norma<sup>174</sup> - e se constitui no núcleo do Direito Penal simbólico.

O Direito Penal simbólico, nesse sentido, aparece como instrumento do Direito Penal orientado pelas consequências e acentua os problemas de legitimação do sistema jurídico-penal, pois este se desvia de sua função histórica (e manifesta) de proteção de bens jurídicos para dar primazia a efeitos políticos mais amplos como assegurar a harmonia social por meio de redução de tensões (função)<sup>175</sup>. O Direito Penal simbólico, consoante Hassemer, traciona os princípios de um Direito Penal liberal, especialmente o princípio de proteção a bens jurídicos e mina a confiança da população na Administração da Justiça<sup>176</sup>.

### 3.1.3. A função do Direito Penal para Hassemer

---

<sup>171</sup> HASSEMER, Winfried; NAUCKE, Wolfgang; LÜDERSEN, Klaus. *Principales problemas de la prevención general*. Buenos Aires: B de F, 2006, p. 56; ainda: HASSEMER, Winfried. *Op. cit.*, 2008, p. 298.

<sup>172</sup> HASSEMER, Winfried. *Derecho penal simbólico y protección de bienes jurídicos*. Pena y Estado: revista hispanolatinamericana, Buenos Aires, n. 1, p. 23-36, set./dez.. 1991, p. 28.

<sup>173</sup> Por função manifesta devemos compreender aquela função que salta aos olhos, facilmente perceptível a quem observa, referente a consequências reconhecidas e pretendidas; por função latente, aquela não intencional, inconsciente ou não, que oculta interesses que não são manifestos com clareza.

<sup>174</sup> HASSEMER, Winfried. *Op. cit.*, 1991, p. 28.

<sup>175</sup> HASSEMER, Winfried. *Op. cit.*, 1991, p. 30-32.

<sup>176</sup> HASSEMER, Winfried. *Op. cit.*, 1991, p. 36.

Isso posto, conclui-se que, para Hassemer, o Direito Penal deve se pautar pelas premissas da intervenção mínima, proteção de bens jurídicos individuais e pela prevenção geral<sup>177</sup>.

Acerca da proteção de bens jurídicos individuais, rasamente abordada no tópico anterior, é possível afirmar que se constitui no alicerce que fundamenta a legitimidade do Direito Penal para o professor frankfurtiano. As liberdades individuais asseguradas no contrato social se consubstanciariam em valores ético-sociais merecedores de estabilização por meio de proteção normativa. Assim, os bens jurídicos não seriam produto de processos naturais, mas produzidos por um acordo social baseado na experiência<sup>178</sup>.

Para Hassemer e Munoz Conde, bem jurídico seria o critério central para determinar corretamente o merecimento de pena, mesmo tendo que ser complementado por outros critérios auxiliares<sup>179</sup>. Sua função primordial seria a de limitar a intervenção do aparato jurídico-penal na esfera individual, servindo, pois, de referencial suficiente para balizar a atuação do legislador (critério negativo de criminalização) dentro de um Estado democrático de Direito.

Cumprido destacar que o fato de Hassemer centrar a finalidade do Direito Penal na proteção de bens jurídicos individuais, não significa que ele tenha se colocado contrário à tutela de bens jurídicos de índole universal (ou supraindividual)<sup>180</sup>. Cita-se, a título exemplificativo, a tutela das relações de consumo<sup>181</sup>, a tutela do meio ambiente<sup>182</sup>, e a tutela da ordem econômica<sup>183</sup>. O que o jurista germânico defendia é a tutela de tais bens jurídicos por um ramo autônomo de imputação e sancionamento, em razão da ineficiência do Direito Penal ‘moderno’ em oferecer uma resposta adequada aos anseios sociais pela tutela de tais bens jurídicos.

---

<sup>177</sup> HASSEMER, Winfried. Introdução aos fundamentos do direito penal [trad. Pablo Rodrigo Alflen da Silva]. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2005.

<sup>178</sup> HASSEMER, Winfried; MUNOZ CONDE, Francisco. *Introducción a la criminología y al Derecho penal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1989, p. 111

<sup>179</sup> HASSEMER, Winfried; MUNOZ CONDE, Francisco. *Op. cit.*, 1989, p. 113.

<sup>180</sup> Ao contrário, Hassemer afirmava que os bens jurídicos universais somente seriam merecedores de tutela jurídico-penal se funcionalizados a partir do indivíduo, ou, em outras palavras, servissem a interesses individuais (*in* HASSEMER, Winfried. *Op. cit.*, 1989, p. 282-283)

<sup>181</sup> HASSEMER, Winfried; MUNOZ CONDE, Francisco. *La Responsabilidad por el Producto en Derecho Penal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1995.

<sup>182</sup> HASSEMER, Winfried. A preservação do ambiente através do direito penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 6, n. 22, p. 27-35., abr./jun. 1998.

<sup>183</sup> HASSEMER, Winfried. *El fundamento del derecho penal económico*. *Revista de Derecho Penal*, Buenos Aires, n. 2, p. 119-135, 2013.

Acerca da prevenção geral positiva, Hassemer a conceitua, enquanto expressão das teorias da pena, como aquela que, ainda que imposta em detrimento de um indivíduo infrator, deverá conduzir-se, ao mesmo tempo, ao bem-estar geral, na forma de estabilização das normas<sup>184</sup> e de fidelização dos membros do corpo social ao Direito<sup>185</sup>. Hassemer destaca que o Direito Penal e a pena, sob uma perspectiva de controle social possuem a tarefa de “afirmar e assegurar publicamente as normas que estão no Direito Penal material: de traçar os limites da liberdade que todo cidadão deve respeitar, com isto nós podemos existir em conjunto”<sup>186</sup>.

Isso significa dizer que o sistema jurídico-penal possui duas faces opostas: um lado ‘obscuro’ – a faceta limitadora da liberdade – e um lado ‘claro’ – a faceta possibilitadora da liberdade. A partir dessa constatação, Hassemer estabelece uma relação da prevenção geral positiva com a prevenção especial: esta deveria ser compreendida como forma de relação humana com o desvio, como proposta de responsabilização social face aos delinquentes, conferindo-lhe um novo lugar no sistema de fins da pena, lugar no qual obtém um sentido em uniformidade com a teoria do Direito Penal<sup>187</sup>.

Hassemer enfatiza, ainda, a confirmação empírica como fundamento teórico de sua concepção de prevenção geral positiva, levantando três obstáculos à sua realização: por primeiro, os destinatários do Direito Penal preventivo geral, todos os cidadãos, devem ser informados sobre os fatores, dos quais se espera o efeito preventivo geral; por segundo, eles devem ser motivados a uma determinada conduta justamente através destes fatores; e por fim, esta motivação deve ser encontrada e provocada justamente pela eficácia do fator preventivo geral<sup>188</sup>.

Sucedo que, no esforço de produzir um Direito Penal ao mesmo tempo moderno e eficiente, as teorias preventivas da pena desenvolveram uma moldura de política criminal que abdicou das concepções tradicionais, em favor da construção de um Direito Penal interventivo, de grande pretensão combativa, orientado para a solução de problemas e o gerenciamento do futuro<sup>189</sup>. Para Hassemer, a utilização do Direito Penal enquanto

---

<sup>184</sup> HASSEMER, Winfried; NAUCKE, Wolfgang; LÜDERSEN, Klaus. *Op. cit.*, p. 52.

<sup>185</sup> HASSEMER, Winfried. *Op. cit.*, 1993, p. 260.

<sup>186</sup> HASSEMER, Winfried. *Op. cit.*, 2005, p. 425.

<sup>187</sup> HASSEMER, Winfried. *Op. cit.*, 2005, p. 426.

<sup>188</sup> HASSEMER, Winfried. *Op. cit.*, 2005, p. 405.

<sup>189</sup> HASSEMER, Winfried. *Op. cit.*, 2008, p. 41.

instrumento de direção social minava suas finalidades tradicionais de intervenção mínima e prevenção geral.

### 3.1.4. Finalmente, o Direito de Intervenção!

Por todas as razões expostas nas seções anteriores, Hassemer esboçou as linhas introdutórias de um sistema jurídico autônomo de imputação e sancionamento, que não padecesse do ‘déficit de execução’ que as amarras do Direito Penal ‘clássico’ acarretava quando se utilizava o Direito Penal ‘moderno’ em novos campos de interação social. Como o próprio professor frankfurtiano outrora asseverou, assim o fez no intuito de que o Direito Penal “*se liberte del cumplimiento de unas expectativas de solución de problemas que no puede solucionar*”<sup>190</sup>.

Para o jurista germânico, a realidade dogmática caótica do Direito Penal ‘moderno’, hiperinflacionado, escorado sobre o paradigma do risco (em suas duas dimensões, tecnológica e não-tecnológica) da modernidade reflexiva, chamava para si a responsabilidade de oferecer respostas para contendas sociais em âmbitos de proteção até então inimagináveis. Hassemer elencou, nesse sentido, alguns dos âmbitos jurídicos para os quais o processo de expansão do Direito Penal seria perceptível: meio ambiente, ordem econômica, proteção de dados, abuso de drogas, ordem tributária e comércio exterior<sup>191</sup>.

Diante desse cenário, Hassemer vislumbrava apenas duas opções possíveis: continuar avançando na modernização do Direito Penal, ou libertá-lo das exigências modernas. A primeira opção refletiria em diversos problemas, na medida que “*supondía un aumento de costos, vaciaría de contenido sus intenciones centrales y obligaría a una Política criminal puramente simbólica*”<sup>192</sup>. A segunda, afastaria o Direito Penal da realidade de mundo e “*romperia demasiado pronto el cordón umbilical com la sociedad de la que depende*”<sup>193</sup>.

Dessa forma, fundamentado nos alvires da crítica da Escola de Frankfurt, Hassemer propôs uma crítica do Direito Penal ‘moderno’ – que desnatura o Direito Penal ‘clássico’, de índole liberal, orientado pelos resultados e por princípios da intervenção mínima, da proteção de bens jurídicos e da prevenção geral positiva – e praticamente propõe o renascimento deste

<sup>190</sup> HASSEMER, Winfried; MUNOZ CONDE, Francisco. *Op. cit.*, 1995, p. 43.

<sup>191</sup> HASSEMER, Winfried. *Op. cit.*, 1992, p. 241.

<sup>192</sup> HASSEMER, Winfried; MUNOZ CONDE, Francisco. *Op. cit.*, 1995, p. 44.

<sup>193</sup> HASSEMER, Winfried; MUNOZ CONDE, Francisco. *Op. cit.*, 1995, p. 45.

a partir da extirpação da parcela de modernidade a ele acrescida ao longo das décadas, desafogando-o e apresentando o Direito de Intervenção como o oxigênio que ele, por longo tempo, careceu.

O Direito de Intervenção se consubstanciaria em um ramo jurídico autônomo e independente, centralizado entre o Direito Penal e o Direito Administrativo, entre o Direito Civil e o Direito Público, não se confundindo nem com um, nem com o outro. Ele surge como um sistema autônomo de imputação e responsabilização, “*con un nivel de garantías y formalidades procesales inferior al del Derecho penal, pero también con menos intensidad em las sanciones que pudieran imponerse a los individuos*”<sup>194</sup>. Assim, o “Direito Interventivo representaria um meio-termo e uma confluência de vários ramos do Direito (...) uma resposta nova e qualitativamente diferente a uma nova problemática”<sup>195</sup>, inviabilizando, dessa maneira, sua ilustração como um Direito Penal brando ou como uma mera injustiça administrativa.

A proposta hassemeriana é no sentido de que o Direito de Intervenção substituiria o Direito Penal nas situações em que as condições vitais deste se demonstravam ameaçadas, haja vista sua utilização equivocada como instrumento de gestão e/ou prevenção de riscos. Em outros termos, enquanto o Direito Penal ocupar-se-ia da tutela dos bens jurídicos individuais indispensáveis ao bom convívio em sociedade (ex.: a vida, a saúde, a propriedade) e dos bens jurídicos universais passíveis de funcionalização em torno do indivíduo<sup>196</sup>, o Direito de Intervenção preocupar-se-ia dos ilícitos civis, das contravenções (*Überschreitungen*); do Direito de Polícia (*Polizeirecht*); Direito Fiscal; medidas de matiz econômico e financeiro; planejamento do território; proteção da natureza e Direito Municipal (*Kommunalrecht*)<sup>197</sup>.

Como todo ramo do Direito, o Direito de Intervenção possuiria características e regras próprias, sintetizadas por Hassemer em conferência ministrada no I Congresso Internacional de Direito do Ambiente, ocorrida na Universidade Lusíada-Porto em 25 de novembro de 1995:

---

<sup>194</sup> HASSEMER, Winfried; MUNOZ CONDE, Francisco. *Op. cit.*, 1995, p. 46.

<sup>195</sup> HASSEMER, Winfried. *Op. cit.*, 2008, p. 314.

<sup>196</sup> Em alinhamento com a teoria pessoal do bem jurídico formulada por Hassemer em seus escritos, que admite a tutela de bens jurídicos universais pelo sistema jurídico-penal somente quando funcionalizados a partir das necessidades do indivíduo.

<sup>197</sup> HASSEMER, Winfried. *Op. cit.*, 1998, p. 34.

“1. O direito de intervenção deverá ser concebido de molde a poder atuar previamente à construção de riscos. Ou seja, deverá ser pensado como direito de carácter preventivo, ao contrário do direito penal, que é representativo.

[...]

2. O direito de intervenção deverá poder dispensar os mecanismos de imputação individual de responsabilidades. Isto significa que a imputação de responsabilidades coletivas deverá ser admitida, contanto que as penas privativas de liberdade não venham a integrar o rol das sanções aplicáveis.

3. Este novo ramo do direito deverá dispor de um catálogo de sanções rigorosas. Designadamente, deverá poder decretar a dissolução de entes coletivos, encerrar as empresas poluidoras, suspender as respectivas atividades ou setores de atividades, entre outras medidas.

4. O direito de intervenção deverá estar preparado para atuar globalmente e não apenas estar destinado a resolver os casos isolados [...] a questão ambiental é um problema global não apenas no sentido de se revestir de enorme complexidade, mas também no sentido de possuir uma dimensão mundial, que justifica que também deva ser tratada ao nível das instâncias internacionais.

5. O quinto aspecto, que merece especial referência, consiste no reconhecimento de que o direito penal ainda deverá jogar um papel neste novo contexto. Todavia, para o direito penal ainda deverá ficar reservada apenas uma função ancilar, de carácter franqueador, destinada a dar cobertura a determinadas medidas de proteção ambiental. Mas esta função não pode ser confundida com aquela outra função de proteção de bens jurídicos, porque agora se trata apenas de garantir o cumprimento dos deveres impostos pela Administração.

[...]

6. Finalmente, o direito de intervenção deverá prever soluções inovadoras, que garantam a obrigação de minimizar os danos.”<sup>198</sup>

Com a proposta do Direito de Intervenção, Hassemer tentou oferecer uma solução para os novos problemas surgidos a partir da eclosão da sociedade de risco (*Risikogesellschaft*), descartando a ideia de manutenção da modernização (ou expansão, ou administrativização) do Direito Penal como único recurso dogmático possível. Não se tratava, entretanto, de anunciar uma verdade absoluta ou uma solução definitiva, mas sim o começo

---

<sup>198</sup> HASSEMER, Winfried. *Op. cit.*, 1998, p. 34-35

de um discurso, uma vez que, conforme o próprio Hassemer apregoou, “as novas perspectivas começam com uma nova atitude diante de uma situação real”<sup>199</sup>.

### **3.2. Günther Jakobs: a fidelização do cidadão ao ordenamento jurídico levada ao extremo e o direito penal do inimigo.**

Gunther Jakobs, jurista e professor catedrático de Direito Penal e Filosofia do Direito na Rheinische Friedrich-Wilhelms-Universität Bonn envidou seus esforços no sentido de superar o paradigma finalista elaborado por Hans Welzel na primeira metade do século XX. Para tanto, inicialmente apoiado nas ideias do sociólogo Niklas Luhmann e nos aportes filosóficos de Georg Wilhelm Friedrich Hegel, concebeu um sistema penal funcionalizado em torno da finalidade do Direito Penal em salvaguardar a configuração normativa da sociedade e, ao lado deste, um conceito doutrinário e político-criminal através do qual faz alusão a um “subsistema” cujo postulado principal seria a necessidade de eliminar perigos e, em o fazendo, segregar determinados delinquentes em razão de sua periculosidade – o ‘Direito Penal do Inimigo’.

Jakobs mencionou pela primeira vez a expressão “Direito Penal do Inimigo” durante palestra no Congresso dos penalistas alemães, apresentada em Frankfurt am Main em maio de 1985, intitulada *Kriminalisierung im Vorfeld einer Rechtsgutsverletzung*<sup>200</sup>. Adotando postura crítica e declaratória, e tendo como ponto de partida a controvérsia acerca do bem jurídico-penal, denunciou que considerável quantidade de criminalizações antecipadas (à efetiva lesão do bem jurídico) encontradas no StGB não seriam legítimas em um Estado de liberdades<sup>201</sup>.

Para o professor de Bonn, “*en un Estado de libertades están exentas de responsabilidad no sólo las cogitationes, sino toda conducta que se realice en el ámbito privado y, además, toda conducta externa que sea per se irrelevante*”<sup>202</sup>. No cenário denunciado pelo autor, de antecipação das barreiras punitivas para momento anterior à lesão ao bem jurídico, o autor de um fato seria tão somente uma fonte de perigo – ou, em outros termos, inimigo do bem jurídico. Ao final de sua apresentação, Jakobs declarou que o Direito

<sup>199</sup> HASSEMER, Winfried. *Perspectivas de una nueva política criminal*. Revista de Derecho Penal, Buenos Aires, n. 1, p. 475-501, 2002, p. 488.

<sup>200</sup> Versão em espanhol da palestra, intitulada “*Criminalización en el estadio previo a la lesión de un bien jurídico*” foi publicada na obra JAKOBS, Günther. *Estudios de Derecho Penal*, Madrid: Civitas, 1997b.

<sup>201</sup> JAKOBS, Günther. *Op. cit.*, 1997b, p. 293.

<sup>202</sup> JAKOBS, Günther. *Op. cit.*, 1997b, p. 303.

Penal do Inimigo somente estaria legitimado como um Direito Penal de emergência, de vigência excepcional, e que deveria ser separado do Direito Penal do cidadão de forma muito clara, de modo a evitar sua contaminação por meio de interpretações sistemáticas ou pelo emprego de analogias<sup>203</sup>.

Tais afirmações surgiram, diga-se, em contexto de inicial avanço tecnológico, de iminência de catástrofes ambientais e nucleares, de início do comércio de entorpecentes em nível transnacional e pela forma organizada que a criminalidade passava a assumir, que passavam a exercer influência sobre a legislação penal de modo a orientá-la para a prevenção<sup>204</sup>. Cumpre-nos, pois, analisar o sistema de exceção denunciado por Jakobs sob a perspectiva do contexto social que nos é apresentado pela modernidade, não sem antes adentrar nas bases do pensamento do autor germânico, bases estas que servem de alicerce para a concepção do ‘Direito Penal do Inimigo’.

### **3.2.1. A teoria dos sistemas sociais e a noção de expectativas normativas da sociedade**

A teoria dos sistemas sociais do sociólogo alemão Niklas Luhmann, surgiu da necessidade de compreender a complexidade da sociedade moderna, e com o objetivo de reduzir essa complexidade, de forma a facilitar a vida do homem em sociedade. Para a redução de complexidade, o sistema desenvolve uma série de estratégias, gerando um paradoxo segundo o qual, “somente com mais complexidade é possível reduzir complexidades”<sup>205</sup>.

A teoria luhmanniana apresenta o Direito como a estrutura de um sistema social parcial (ou subsistema), concebido e especializado na resolução dos principais problemas do sistema principal (ou sistema global). Para tanto, o sistema parcial realiza a seleção de expectativas comportamentais suscetíveis de generalização, imunizando-as simbolicamente na forma de normas. A noção de expectativa adquire especial importância em Luhmann, pois as expectativas (e as expectativas das expectativas) “orientam o agir e o interagir dos homens em

---

<sup>203</sup> JAKOBS, Günther. *Op. cit.*, 1997b, p. 322-23.

<sup>204</sup> HASSEMER, Winfried. *Op. cit.*, 1992, p. 239-240.

<sup>205</sup> NEVES, Clarissa Eckert Baeta; SAMIOS, Eva Machado Barbosa. Niklas Luhmann: a nova teoria dos sistemas. Porto Alegre, Editora da UFRGS/Goethe--Institut/ICHA, 1997, p. 15.

sociedade, reduzindo a complexidade, tornando a vida mais previsível e menos insegura”<sup>206</sup>. As normas, nesse cenário, constituem “expectativas de comportamentos estabilizadas em termos contrafáticos”<sup>207</sup>.

Jakobs, para o desenvolvimento inicial de sua teoria, apropriou-se da noção de expectativas normativas em Luhmann, concebendo um sistema funcionalista de Direito Penal voltado à manutenção das expectativas normativas e, ao fim e ao cabo, à salvaguarda da própria sociedade. O delito não é mais abordado a partir de dados ontológicos, tampouco depende de estados psíquicos ou intencionais do indivíduo; o delito passa a ser compreendido objetivamente, a partir de significados construídos desde uma perspectiva social. Nas palavras de Jakobs, “*el funcionalismo jurídico-penal se concibe como aquella teoría según la cual el Derecho penal está orientado a garantizar la identidad normativa, la constitución y la sociedad*”<sup>208</sup>.

Para o jurista alemão, toca a cada sujeito ser garante das expectativas normativas. Para tanto, cada qual deve organizar seu círculo de interações de modo a não violar as normas positivadas; para tanto, cada qual deve desempenhar determinado papel, adequado ao plexo de expectativas do qual é destinatário. Disso surge a conceito de “pessoa”.

Ser pessoa é representar uma competência socialmente compreensível<sup>209</sup>. E um sujeito é sempre pessoa em muitos sentidos, já que desempenham diversos papéis<sup>210</sup>. Sendo assim, aquele que desempenha adequadamente sua(s) função(ções) socialmente aceita(s), que se pauta conforme as expectativas normativas, cumpre com seu(s) papel(éis) e assegura a manutenção destas; corolário lógico, quem cumpre com seu(s) papel(éis) assegura a manutenção do próprio sistema. Dessa forma, Jakobs ressalta a necessidade de se compreender que as garantias normativas estabelecidas pelo Direito Penal não visam evitar todos os danos possíveis, mas sim de estabelecer papéis sociais que devem ser cumpridos, possibilitando a orientação social com base em padrões normativos, dissociados das características individuais da pessoa que atua<sup>211</sup>.

<sup>206</sup> GRECCO, Luís. Introdução à dogmática funcionalista do delito - em comemoração aos trinta anos de “Política Criminal e Sistema Jurídico Penal”, de Roxin. Revista brasileira de ciências criminais, v. 8, n. 32, p. 120–163, out./dez., 2000, p. 139.

<sup>207</sup> LUHMANN, Niklas. Sociologia do Direito. Rio de Janeiro: Ed. Tempo Brasileiro, 1983.

<sup>208</sup> JAKOBS, Günther. *Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho penal funcional* [tradução de Traducción de Manuel Cancio Meliá y Bernardo Feijóo Sanchez]. Madrid: Civitas Edicionais, 1996, p. 15.

<sup>209</sup> JAKOBS, Günther. *Op. cit.*, 1996, p. 51.

<sup>210</sup> JAKOBS, Günther. *Op. cit.*, 1996, p. 83.

<sup>211</sup> JAKOBS, Günther. *La imputación objetiva em el derecho penal*. Buenos Aires: Editorial Ad-Hoc, 1997c, p.

Tais noções – de pessoa e de competência – orientam os conceitos jurídico-penais que edificam o sistema de Direito Penal jakobsiano (delitos de infração de dever; imputação objetiva; dolo enquanto indiferença quanto às consequências da ação; culpabilidade enquanto infidelidade ao Direito). Mas não só isso, tais noções conduzem, também, a uma concepção específica de crime e de pena.

### 3.2.2. Os conceitos de crime e pena a partir da filosofia hegeliana

Partindo de uma crítica ao jusnaturalismo contratualista, Hegel afirma que o domínio do Direito é o espírito, e que sua base estaria na vontade livre, de tal modo que a liberdade seria sua substância e seu objetivo<sup>212</sup>. É somente através da manifestação da vontade livre que o indivíduo adquire consciência de si e de sua liberdade, adquirindo personalidade – a qual contém a capacidade para os direitos e constitui o fundamento do próprio Direito.

Disso exsurge o imperativo “sê pessoa e respeite os outros como pessoas”<sup>213</sup>. Vale dizer, toda ação realizada pelos indivíduos há de ser relacionado com a vontade livre, devendo o indivíduo ser reconhecido como pessoa em razão da consciência de si próprio e de sua liberdade. A mesma lógica é utilizada por Hegel ao abordar os atos de caráter criminoso.

Na acepção do filósofo, crime é “a primeira coação, exercida como violência pelo ser livre que lesa a existência da liberdade no seu sentido concreto, que lesa o Direito como tal”<sup>214</sup>. Para além de a produção de um mal, o crime se consubstancia na violação de um direito, e assim considerado, possui existência positiva exterior e, também uma negação – a negação do próprio Direito<sup>215</sup>. Sendo o crime uma vontade livre que se realiza mediante a oposição ao Direito, este deve possuir uma resposta de igual intensidade, a qual, mediante a supressão da violação do Direito, reconcilie-o consigo mesmo. Daí surge o conceito de pena em Hegel.

Para Hegel, a pena se apresenta como instrumento colocado à disposição do Direito, apto a restabelecer a ordem violada pelo crime. A reconciliação do Direito consigo mesmo somente se opera mediante a lesão à vontade livre e particular do criminoso – pela supressão

---

<sup>212</sup> HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. *Princípios Fundamentais da Filosofia do Direito* [tradução de Orlando Vitorino]. São Paulo: M. Fontes, 1997, p. 12.

<sup>213</sup> HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. *Op. cit.*, p. 40.

<sup>214</sup> HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. *Op. cit.*, p; 85.

<sup>215</sup> HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. *Op. cit.*, p. 87.

da violação ao ordenamento por ele produzida<sup>216</sup>. Ora, se o crime se consubstancia na atividade livre e racional de negação do Direito, a pena, via de consequência, qualifica-se como a negação do crime pelo Direito (negação da negação), ou, em outras palavras, na reafirmação Direito pelo próprio Direito.

Calcado em tais premissas jusfilosóficas, as quais, como se viu, eram embasadas em uma compreensão comunicativa da noção de delito e das penas, Jakobs define o crime como uma comunicação defeituosa - defeito esse imputável ao autor por culpa sua – que agride as expectativas normativas estáveis e essenciais à sociedade, e a pena como a resposta estatal que confirma a vigência da norma<sup>217</sup>.

Essa relação circular entre crime e pena está na base do sistema jurídico-penal de Jakobs. E dessa relação autorreferente deflui outro grande alicerce da doutrina penal jakobsiana, consistente na negação da ideia de bem jurídico penal como elemento de legitimação do Direito Penal, sendo a finalidade primordial deste a proteção da vigência da norma.

### **3.2.3. A proteção da vigência da norma como função do Direito Penal (e a aproximação à teoria da prevenção geral positiva)**

O Direito Penal contemporâneo tem-se desenrolado a partir da ideia de proteção de bens jurídicos. Desde Birnbaum, Feurbach e Franz von Liszt<sup>218</sup>, a concepção de bem jurídico penal vem sendo objeto de estudo, a ponto de se converter em dogma quase que insofismável<sup>219</sup>. Ainda assim, a noção de bem jurídico, e, mais especificamente, o seu posicionamento como figura central de proteção e legitimação do Direito Penal, tem sido objeto de questionamentos e críticas de variadas ordens<sup>220</sup>.

---

<sup>216</sup> HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. *Op. cit.*, p. 87-88.

<sup>217</sup> JAKOBS, Günther. *Op. cit.*, 1996, p. 18.

<sup>218</sup> Breve panorama histórico sobre os primórdios dos estudos sobre o bem jurídico penal pode ser encontrado em JAKOBS, Günther. *Op. cit.*, 2018, p. 33-39.

<sup>219</sup> Compare: ROXIN, Claus. A proteção de bens jurídicos como função do Direito Penal. [Organização e Tradução de André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli]. 2ª edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018; SCHÜNEMANN, Bernd. O Direito Penal é a ultima ratio da proteção de bens jurídicos! – Sobre os limites invioláveis do Direito Penal em um Estado de direito liberal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, Brasil, n. 53, 2005.

<sup>220</sup> Hodiernamente, a crítica à doutrina do bem jurídico centra-se sobre o subjetivismo desta, apta a abrir espaços para a ampla manipulação do conceito, de modo a permitir ao aplicador do direito, a partir de mera retórica argumentativa, a criação de novos bens jurídicos. Nesse sentido: BURCHARD, Christoph. O princípio da proporcionalidade no "Direito Penal Constitucional" ou o fim da teoria do bem jurídico tutelado

As críticas iniciais à noção de bem jurídico podem ser encontradas em Hans Welzel, para quem a função primordial do Direito Penal seria a de assegurar a vigência de valores positivos éticos-sociais de ações (tais como o respeito à vida alheia, à saúde, à liberdade, à propriedade)<sup>221</sup>; Günter Stratenwerth, discípulo de Welzel, identificou em seus estudos a existências de delitos em que não se verifica com clareza a proteção de um bem jurídico, sendo decisivo para a criminalização a decisão fundamental, reconhecida social e legislativamente, de querer manter uma determinada norma, ou simplesmente proibir determinado comportamento<sup>222</sup>.

Jakobs, outro dos discípulos do pai do finalismo penal, se propôs a suplantiar a discussão acerca da real missão do Direito Penal, ao afirmar que nem toda perda ou lesão de um bem possui conteúdo juridicamente relevante<sup>223</sup>. Para o autor, quando há a ocorrência de um comportamento não permitido, a tentativa ou a consumação de um fato delituoso, “perde-se a relação direta com o bem protegido, pois a reação orienta-se pela medida da culpabilidade do autor, e não pela medida da lesão iminente ao bem (no caso de tentativa) ou pela lesão ocorrida ao bem (no caso de consumação)”<sup>224</sup>.

Para o jurista alemão, se proteção a bens jurídicos há, esta é apenas incidental, pois “[...] o Direito não é um muro construído para proteger os bens, é, sim, a estrutura que garante a relação entre as pessoas”<sup>225</sup>. Logo, a missão principal do Direito Penal seria assegurar o equilíbrio dessa estrutura, vale dizer, garantir a vigência das normas que veiculam valores entendidos como essenciais ao convívio em sociedade<sup>226</sup>. Para os que não conseguem

na Alemanha. In: AMBOS, Kai; BÖHM, Maria Laura. Desenvolvimentos atuais das ciências criminais na Alemanha. Brasília/DF: Gazeta Jurídica, 2013. p. 29-51; ainda: STUCKENBERG, Carl-Friedrich. As deficiências constitucionais da Teoria do Bem Jurídico. Revista Eletrônica de Direito Penal e Política Criminal, v. 2, n. 1, 2014, p. 3-14.

<sup>221</sup> WELZEL, Hans. *Derecho Penal. Parte General* [trad. de Carlos Fontán Balestra]. Buenos Aires: Editorial Depalma, 1956. p. 2-3.

<sup>222</sup> STRATENWERTH, Günter. Sobre o conceito de bem jurídico. [tradução de Luís Greco]. In: O bem jurídico como limitação do poder estatal. Rio de Janeiro: Lumen Juris, p. 129-148, 2016. p. 145-147.

<sup>223</sup> JAKOBS, Günther. *Op. cit.*, 2018, p. 45.

<sup>224</sup> JAKOBS, Günther. *Op. cit.*, 2018, p. 46

<sup>225</sup> CALLEGARI, André Luís; LYNETT, Eduardo Montealegre; JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manoel Cancio. Direito penal e funcionalismo [trad. de André Luís Callegari, Nereu José Giacomolli e Lúcia Kalil]. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 33.

<sup>226</sup> Panorama aprofundado em JAKOBS, Günther. *Sobre la teoría de la pena* [tradução de Manuel Cancio Meliá], Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1998; ainda, em JAKOBS, Günther. *¿Qué protege el Derecho Penal: bienes jurídicos o la vigencia de la norma?*, [tradução de Manuel Cancio Meliá], Mendoza: Ediciones Jurídicas Cuyo, 2004.

desapegar da necessidade de encontrar um bem jurídico, a vigência da norma, que asseguram a identidade normativa de um sistema, é o próprio bem jurídico penal.

A concepção jakobsiana ora apresentada relaciona-se diretamente à ideia de prevenção geral positiva<sup>227</sup>. Ora, sendo a função primordial do Direito Penal a manutenção da identidade normativa de determinado contexto social, a pena, ao buscar reafirmar as expectativas normativas violadas, tem como destinatários a massa de cidadãos, de maneira que estes reforcem sua confiança no ordenamento e preservem fidelidade a este<sup>228</sup>.

### 3.2.4. E o ‘Direito Penal do Inimigo’?

O Direito Penal do Inimigo se trata de conceito doutrinário e político-criminal cunhado pelo catedrático de Bonn, através do qual faz alusão a um “subsistema” cujo postulado principal seria a necessidade de eliminar perigos e, em o fazendo, segregar determinados delinquentes em razão de sua periculosidade. Para Jakobs, de um lado está o Direito Penal da “pessoa” (*Bürgerstrafrecht*, Direito Penal do cidadão) e Direito Penal da “não pessoa” (*Feindstrafrecht*, Direito Penal do Inimigo). Explica-se.

Sobre o conceito de “inimigo”, Jakobs aprofundou-o em escritos posteriores à palestra de 1985<sup>229</sup>, qualificando-o – e, para tanto, buscando alicerces jusfilosóficos em teóricos contratualistas –, como um sujeito que “*infringe el contrato, de manera que ya no participa de los beneficios de éste*”<sup>230</sup>. Em Rousseau e Fichte Jakobs identificou uma posição extremada – segundo a qual todos os delinquentes seriam inimigos<sup>231</sup>; já em Hobbes e Kant, uma posição moderada – segundo a qual seriam inimigos apenas determinados tipos de delinquentes, notadamente aquele que delinque de modo persistente<sup>232</sup>.

<sup>227</sup> Sobre a noção de prevenção geral positiva, compare: BOZZA, Fabio da Silva. Finalidades e fundamentos do direito de punir: do discurso jurídico ao criminológico. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal do Paraná. Curitiba, 2005, p. 68-84; CACICEDO, Patrick Lemos. *Op. cit.*, p.41-43.

<sup>228</sup> JAKOBS, Günther. *La pena estatal: significado y finalidad [traducción y estudio preliminar Manuel Cancio Meliá e Bernardo Feijoo Sánchez]*. Madrid: Thompson-Civitas, 2006, p. 34-35.

<sup>229</sup> Veja-se, nesse sentido, outras obras do autor: *Sobre la teoría de la pena* [tradução de Manuel Cancio Meliá], Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1998, p. 28-32; *Derecho penal del enemigo* [tradução de Manuel Cancio Meliá], Madrid: Thompson-Civitas, 2003a, p. 19-56; *Dogmática de derecho penal y la configuración normativa de la sociedad*, Madrid: Thompson-Civitas, 2004a, p. 42-46; *La pena estatal: significado y finalidad* [tradução e estudo preliminar de Manuel Cancio Meliá y Bernardo Feijoo Sanchez], Madrid: Thompson-Civitas, 2006, p. 167-82.

<sup>230</sup> JAKOBS, Günther; *Op. cit.*, 2003a, p. 26.

<sup>231</sup> JAKOBS, Günther; *Op. cit.*, 2003a, p. 29.

<sup>232</sup> JAKOBS, Günther; *Op. cit.*, 2003a, p. 32.

Jakobs aderiu ao posicionamento moderado por ele identificado em Hobbes e Kant, ao afirmar ser o inimigo “*un individuo que, (...) de forma presuntamente duradera, ha abandonado el Derecho, por consiguiente ya no garantiza el mínimo de seguridad cognitiva del comportamiento personal y lo manifiesta a través de su conducta*”<sup>233</sup>, o qual deve com tal ser combatido pois – e aí buscando fundamento em seu conceito de pessoa referido alhures – “*no ofrece garantía de un comportamiento personal*”<sup>234</sup>.

Ora, se o inimigo é aquele que, de forma persistente, se opõe ao Direito – seja em razão de seu comportamento, em razão de sua ocupação profissional, ou, ainda, em razão de sua vinculação a uma organização –, nada mais é ele do que alguém que não respeita e nem acompanha as normas da sociedade na qual estão vivendo, excluindo-se facultativamente da condição de pessoa. Sob uma ótica hegeliana – ótica esta que serve de alicerce para o pensamento jakobsiano – o inimigo é uma “não pessoa”.

O rótulo de “não pessoa” induz a cisão do Direito Penal em Direito Penal da “pessoa” (*Bürgerstrafrecht*, Direito Penal do cidadão) e Direito Penal da “não pessoa” (*Feindstrafrecht*, Direito Penal do Inimigo). No primeiro, o indivíduo promete fidelidade ao ordenamento jurídico – embora nem sempre mantenha essa promessa – e por tal razão lhe é assegurado o status de pessoa, e direitos lhe são assegurados; no segundo, porque o indivíduo não presta um compromisso crível de fidelidade ao Direito – e assim se comporta – ele é tratado como “não pessoa” e, por consequência, privado de direitos.

Nesse cenário, nas próprias palavras de Jakobs, “*el Derecho penal del ciudadano es el Derecho de todos, el Derecho penal del enemigo el de aquellos que forman contra el enemigo*”<sup>235</sup>. O primeiro tem como objeto delitos que existem de forma inevitável na sociedade, praticado por aqueles que esporadicamente quebram a promessa de fidelidade ao ordenamento; o segundo, os delitos perpetrados de forma reiterada e/ou habitual, por aqueles que não prometeram fidelidade ao ordenamento. O primeiro se presta para manter intacta as expectativas normativas, a vigência da norma; o segundo, se presta para combater perigos iminentes e evitar atos futuros.

Disso se pode deduzir que se até 1985 Jakobs discursava criticamente sobre o Direito Penal do Inimigo como uma decorrência direta da expansão da criminalização ao estado

<sup>233</sup> JAKOBS, Günther. *Op. cit.*, 2004a, p. 44-45

<sup>234</sup> JAKOBS, Günther; *Op. cit.*, 2003a, p. 55-56.

<sup>235</sup> JAKOBS, Günther. *Op. cit.*, 2003a, p. 33.

prévio da lesão a bem jurídico, após a virada do milênio passou a empunhar tese afirmativa e legitimadora de tal linha de pensamento, em transição claramente relacionada às profundas mudanças no contexto social, que, como já exposto nos tópicos anteriores, vão desde o incremento tecnológico a rupturas paradigmáticas em praticamente todos os campos do conhecimento humano.

De fato, o Direito Penal do Inimigo encontra sua condição de possibilidade no contexto da modernidade reflexiva, notadamente nas sociedades acuadas pelo medo e pela sensação de insegurança (dimensão tecnológica da sociedade de risco), bem como pela criminalidade e violência urbana (dimensão não-tecnológica da sociedade de risco). Em outras palavras, o Direito Penal do Inimigo é consectário direto do Direito Penal do risco, orientado pelas consequências, e que “longe de qualquer ambição de permanecer fragmentário, sofreu uma mutação para um direito penal expansivo”<sup>236</sup>.

E não é só, o Direito Penal do Inimigo surge também da relação indissociável entre Direito Penal simbólico<sup>237</sup> e punitivismo<sup>238</sup> – movimentos originados dos discursos deslegitimadores do Direito Penal enquanto instrumento adequado de apaziguamento social e de contenção do fenômeno violência social, anseios típicos da sociedade moderna. Como afirma Cancio Meliá – “*el Derecho penal simbólico y el punitivismo mantienen una relación fraternal*”<sup>239</sup>. Vale dizer, a motivação para o discurso legitimador do Direito Penal do Inimigo jakobsiano decorre da inabilidade de o Estado impor sua identidade normativa àquele(s) que, de forma persistente, se opõe(m) ao direito, em especial à criminalidade organizada e aos grupos terroristas.

---

<sup>236</sup> PRITTWITZ, Cornelius. O direito penal entre direito penal do risco e direito penal do inimigo: tendências atuais em direito penal e política. Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, v. 12, n. 47, p. 31-45, mar./abr.. 2004, p. 36-38.

<sup>237</sup> O simbolismo consiste na utilização do Direito penal como instrumento meramente demagógico, é provocado por questões políticas relacionadas aos problemas sociais e à criminalidade, e busca assegurar a harmonia social por meio de redução de tensões. O principal caractere de um direito penal simbólico é a edição desenfreada de leis em resposta ao clamor público toda vez que um fato crime causa elevada comoção social. Como afirma Manuel Cancio Meliá, os legisladores “*tan sólo persiguen el objetivo de dar la impresión tranquilizadora de un legislador atento y decidido*” (in JAKOBS, Günther. *Op. cit.*, 2003a, p. 68).

<sup>238</sup> O ressurgimento do punitivismo é perceptível a partir da inversão dos processos de reforma levadas a cabo, em que há um incremento qualitativo e quantitativo do alcance da criminalização como único critério político-criminal adequado. Em um ambiente punitivista, além da criação de novos tipos penais e/ou ampliação de sanções, tem-se a instituição de regras que possibilitem a atuação mais incisivas das polícias e da justiça pública, de modo a conduzir a condenações mais rápidas e inflexíveis. (in JAKOBS, Günther. *Op. cit.*, 2003a, p. 70).

<sup>239</sup> JAKOBS, Günther. *Op. cit.*, 2003a, p. 78.

Pelo Direito Penal do Inimigo, as ameaças produzidas pelas ‘não-pessoas’ possuem aptidão para destruir o sistema social. Assim, a necessidade de manutenção da identidade normativa alcança seu ápice, afastando o *Feindstrafrecht* da teoria da prevenção geral positiva que demarcava o *Bürgerstrafrecht* e aproximando-o da teoria da prevenção especial negativa, conhecida por nós desde von Liszt<sup>240</sup>, e que preconiza a neutralização física daquele que não presta um compromisso de fidelidade ao Direito e a ele se coloca em constante oposição, preservando todo o corpo social do seu membro incorrigível, a bem do seu próprio funcionamento.

O próprio autor deixa clara essa opção de abandono da teoria da prevenção geral positiva em prol da teoria da prevenção especial negativa como justificadora de um sistema de exceção como o ‘Direito Penal do Inimigo’ ao afirmar que *“la función expresiva de la pena en el «Derecho penal» del enemigo es incluso opuesta a la postulada por Jakobs con carácter general: aquí, la norma prácticamente reconoce (o construye), al optar por una reacción estructuralmente diversa, excepcional, la diversidad del infractor; mediante la demonización de los grupos de autores afectados que se encuentra implícita en su regulación —una forma exacerbada de reproche- da especial ressonância a sus hechos”*<sup>241</sup>.

Para que o arsenal punitivo estatal logre êxito em combater inimigos, a dogmática penal e processual penal absorvem não só os influxos do Direito Penal do risco (*Risikostrafrechts*), mas também de sistemas de exceção. Tais influxos foram sintetizados por Cancio Mellia em três características básicas do ‘direito penal do inimigo’<sup>242</sup>:

a) por primeiro, trata-se de um ordenamento jurídico-penal prospectivo (para o futuro) e não retrospectivo (para o passado); vale dizer, o Direito Penal do Inimigo opera a antecipação das barreiras punitivas (v. supra, 2.2.2), admitindo a ampla punibilidade de atos preparatórios, em um movimento que possibilitaria às policiais intervir antes mesmo do início da execução do crime; isso ocorre pois, conforme Jakobs, a antecipação da punibilidade amplia os limites do permitido para a prevenção na mesma medida do permitido para a prevenção<sup>243</sup>.

---

<sup>240</sup> LISZT, Franz von. *La idea del fin en el Derecho Penal* [trad. Carlos Pérez del Valle]. Bogotá: Temis, 1998, principalmente p.59-63.

<sup>241</sup> JAKOBS, Günther. *Op. cit.*, 2006, p. 79.

<sup>242</sup> JAKOBS, Günther. *Op. cit.*, 2003a, p. 79-81

<sup>243</sup> JAKOBS, Günther. *Fundamentos do Direito Penal* [tradução de André Luis Callegari]. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 110.

b) por segundo, no âmbito da pena criminal, verifica-se o agravamento das sanções cominadas aos tipos penais existentes, o apenamento dos crimes tentados e dos atos preparatórios com a mesma gravidade conferida aos crimes consumados (ou, em outras palavras, a ausência de redução da pena proporcional ao adiantamento da criminalização), e, por fim, o recrudescimento da fase de execução da pena (mediante o endurecimento das condições de classificação dos apenados, limitação dos benefícios penitenciários, incremento dos requisitos para a progressão de regime de cumprimento de pena ou concessão do benefício da liberdade condicional, imposição de regimes disciplinares diferenciados).

c) por terceiro, a relativização ou supressão de determinadas garantias processuais, tais como a proporcionalidade, o contraditório e a ampla defesa, a presunção de inocência (ou não culpabilidade), a admissão de provas obtidas por meios ilícitos (sejam provas diretamente ilícitas ou ilícitas por derivação), e a ampliação dos casos de incomunicabilidade; Jakobs faz menção, ainda, à ampliação das hipóteses de intervenção nas telecomunicações, à intervenção de agentes infiltrados, e a investigações secretas<sup>244</sup>.

Percebe-se que o Direito Penal do Inimigo nasce e se desenvolve tendo por base a necessária resposta estatal no sentido de frear o avanço da criminalidade. Entretanto, sua proposta de enfrentamento não se dirige ao *Bürger* – aquele que prometeu fidelidade ao ordenamento, embora nem sempre cumpra com tal promessa – mas ao *Fiend* – aquele que, de forma persistente, se opõe ao Direito e se autoexclui da condição de pessoa. Jakobs inclusive arrola quem seriam, para ele, os ‘inimigos’: a) criminosos habituais em razão de seu comportamento (ex.: delinquentes sexuais); b) criminosos habituais em razão de sua ocupação profissional (ex.: delinquência econômica, tráfico de entorpecentes); e c) criminosos vinculados a uma organização (ex.: organizações terroristas, organizações criminosas).<sup>245</sup>

Pode-se inclusive inferir que o ‘Direito Penal do Inimigo’ conduz à erosão das garantias básicas daquele que não merece ser processado como o resto dos cidadãos, no que Jakobs designa, inclusive, como uma ‘guerra’ – guerra esta caracterizada pelo autor como verdadeiro direito dos cidadãos<sup>246</sup>. Tal ‘guerra’ capacita o Estado a priorizar sua sobrevivência, defendendo sua estrutura institucional e sua identidade normativa em detrimento do asseguramento de direitos e garantias daqueles que se autoexcluíram da condição de pessoa.

---

<sup>244</sup> JAKOBS, Günther. *Op. cit.*, 2003a, p. 45.

<sup>245</sup> JAKOBS, Günther. *Op. cit.*, 2004a, p. 44-45

<sup>246</sup> JAKOBS, Günther. *Op. cit.*, 2003a, p. 21-56, e principalmente p. 56.

#### **4. O DIREITO DE INTERVENÇÃO ENQUANTO INSTRUMENTO DE LEGITIMAÇÃO DO DIREITO PENAL DO INIMIGO**

O Estado, enquanto manifestação da sociedade política, é detentor soberano e exclusivo do *jus puniendi*, o qual constitui verdadeira característica daquele. O poder de punir estatal deriva da própria constituição do Estado, representando uma das facetas do contrato social, consistente na possibilidade de emprego da força, em caráter excepcional, com vistas à consecução dos objetivos da sociedade política.

A ideia de se instituir um mecanismo jurídico situado fora da esfera penal para solucionar os problemas decorrentes dos influxos da sociedade de risco na dogmática penal não é novidade, podendo sua gênese ser traçada da clausura da Ilustração até os primórdios do século XX.

Constitui fato fora de discussão que atribuição do poder punitivo estatal a outras mãos que não as da Justiça Penal resistiu a mudanças políticas e históricas, mantendo-se, entretanto, e com certa intensidade, em determinados ordenamentos jurídicos. E diversos são os fatores – especialmente de índole políticas e filosóficas - que determinaram a manutenção de um poder punitivo nas mãos de órgãos da Administração.

Abordaremos, neste último capítulo, o embrião da matéria no contexto jurídico alemão – que serve de fundamento para esta pesquisa – de modo a proporcionar substrato necessário para a reflexão acerca do ponto fulcral do presente trabalho – a identificação dos paradigmas a serem superados e/ou modificados para a instrumentalização de um Direito de Intervenção e, assim, à legítima formalização de um Direito Penal do Inimigo.

##### **4.1. O embrião do ‘Direito de Intervenção’ nos modelos de James Goldschmidt, Erik Wolf e Eb. Schmidt (e sua proximidade com o Direito Administrativo Sancionador)**

O problema da natureza jurídica das sanções administrativas e os elementos que a diferenciavam das sanções de natureza criminal atraiu a atenção dos juristas ainda na época da ilustração, sob a influência do jusnaturalismo, no que se denominou Direito Penal de Polícia.

Feuerbach, ao elaborar, em 1813, o Código Penal da Baviera, descreveu apenas delitos criminais (*Kriminalverbrechen*)<sup>247</sup>, os quais podiam ser caracterizados condutas que, contrariando leis estatais, violassem os direitos naturais (racionalmente reconhecíveis) dos cidadãos ou do Estado<sup>248</sup>. Feuerbach reconhecia, também, a categoria dos delitos policiais (*Polizeiverbrechen*), os quais abrangiam os atos de desordem pública dirigidos a instituições que não pertenciam nem à existência do Estado nem à indivíduos<sup>249</sup>.

Os *Kriminalverbrechen* seriam antijurídicos em si mesmos, reprimidos pelo Estado através da imposição de uma pena; os *Polizeiverbrechen* não possuíam o mesmo desvalor ético-jurídico e eram reprimidos pelas próprias autoridades policiais, por mera conveniência do Estado<sup>250</sup>. Em idêntico sentido é o ministério de Jakobs, segundo o qual “*el injusto criminal es injusto em virtud de la ley y por su dañosidad social; el injusto policial lo es em virtud de la ley*”<sup>251</sup>.

No início do século XX, Goldschmidt aprofundou a teorização em torno da separação entre os ilícitos de natureza penal e os comportamentos que denominava de violações, em teoria que denominou direito penal administrativo (*Verwaltungsstrafrecht*)<sup>252</sup>.

A concepção de um direito penal administrativo, autônomo do direito penal propriamente dito, surge junto com uma maior intervenção do Estado, produto da revolução industrial que marcou o início do século e seus consectários lógicos – desenvolvimento e crescimento das cidades, movimentos migratórios do campo para a cidade, surgimento da classe assalariada etc. Em seus estudos, Goldschmidt destacou os deveres dos homens enquanto membros de uma comunidade, a qual impõe deveres de prevenção de perigos e promoção do bem-estar – tarefas usualmente a cargo da administração pública. Tais deveres se diferenciavam dos deveres que tocavam ao particular enquanto indivíduo, em cujo campo manifestavam sua liberdade e cuja infração era sancionada pelo direito penal judicial.

<sup>243</sup> JAKOBS, Günther. Proteção de bens jurídicos? Sobre a legitimação do Direito Penal. [tradução, apresentação e notas por Pablo Rodrigo Alflen]. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018, p. 29.

<sup>244</sup> QUEIROZ, Rafael Mafei Rabelo. A teoria penal de P. J. A. Feuerbach e os juristas brasileiros do século XIX: a construção do direito penal contemporâneo na obra de P. J. A. Feuerbach e sua consolidação entre os penalistas do Brasil. 2008. Tese (Doutorado em direito) – Departamento de filosofia e Teoria Geral do Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo; p. 201.

<sup>245</sup> JAKOBS, Günther, *Op. cit.*, 2018, p. 32.

<sup>250</sup> OHANA, Daniel. *Administrative penalties in the 'Rechtsstaat': on the emergence of the 'Ordnungswidrigkeit' sanctioning system in post-war germany*. The University of Toronto Law Journal, vol. 64, no. 2, 2014, p. 14.

<sup>251</sup> JAKOBS, Günther. *Derecho penal: parte general - fundamentos y teoría de la imputación*. 2. ed. Madrid: Marcial Pons, 1997a, p. 64.

<sup>252</sup> OHANA, Daniel. *Op. cit.*, p. 15.

O jurista alemão distinguia entre deveres impostos no âmbito de uma ordem jurídica – que envolveriam o âmbito de liberdade das pessoas – e os deveres emanados da administração – que seriam imposições que manifestavam o interesse do próprio Estado. No primeiro caso, o objeto do direito seria proteger as esferas humanas de vontades; no segundo, promoção do bem público e estatal. É com base em tais distinções que Goldschmidt explicava as diferenciações entre infrações penais e infrações administrativas<sup>253</sup>.

De uma ótica substancial, as infrações penais seriam caracterizadas pela antijuridicidade, esta traduzida na violação de bens jurídicos integrantes de uma vontade individual; as infrações administrativas, a seu turno, seriam caracterizadas pela antiadministratividade, conceito que significava o não atingimento de uma meta ou objetivo imposto pela administração pública. Do ponto de vista estritamente formal, as sanções de cariz administrativo (*Ordnungsstrafe*) constituiriam atividade típica do Estado-Administração, aplicado por meio de um ato administrativo típico<sup>254</sup>; a aplicação das sanções penais (*Strafe*), de outro lado, consubstanciar-se-iam em competência do Estado-Juiz, após procedimento judicial que culmine em uma sentença condenatória<sup>255</sup>.

A teoria do *Verwaltungsstrafrecht*, anos mais tarde, sofreu aportes jusfilosóficos e dogmáticos por parte de Erik Wolf, com o objetivo de buscar empreender uma total separação entre o direito penal administrativo e o direito penal dito judicial.

Wolf buscou alicerçar seu pensamento na própria ideia de crime. Nessa toada, entendia o jurista alemão que a distinção do entre as infrações penais e as infrações administrativas dar-se-ia pela via do desvalor de sentido, socorrendo-se da concepção de bem jurídico para delimitar as fronteiras entre ambos os institutos. Vale dizer, enquanto direito penal se prestava à proteção de bens jurídicos, os quais traduziam os valores de justiça, o direito administrativo penal serviria à proteção de bens administrativos, em que se realizam valores gerais de bem-estar<sup>256</sup>.

---

<sup>253</sup> PUERARI, Adriano Farias. O Direito de Mera Ordenação Social português como rumo de criação de um espaço próprio ao Direito Administrativo Sancionador brasileiro. 2016. Dissertação (Mestrado em Ciências Jurídico-Políticas) – Faculdade de Direito, Universidade de Coimbra, Coimbra, 2016, p. 60.

<sup>254</sup> JAKOBS, Günther. *Op. cit.*, 1997, p. 65.

<sup>255</sup> BRANDÃO, Nuno Fernando Rocha Almeida. Crimes e contraordenações: da cisão à convergência material: ensaio para uma recompreensão da relação entre o direito penal e o direito contraordenacional. 2013. Tese (Doutorado em Ciências Jurídico-Sociais Criminais). Faculdade de Direito, Universidade de Coimbra, Coimbra, 2013, p. 33.

<sup>256</sup> BRANDÃO, Nuno Fernando Rocha Almeida. *Op. cit.*, p. 38.

Em síntese, Wolf entendia que ilícito do direito penal administrativo não se distinguia formalmente do ilícito do direito penal clássico, porque em ambos residiria a contrariedade ao direito (consustanciada na tipicidade). A diferenciação dar-se-ia no plano substancial, na análise material da ilicitude, já que as condutas seriam graduáveis de acordo com o dano produzido.

Sucedeu que durante o período dos grandes conflitos mundiais, verificou-se uma maior intervenção do *Reich* na área econômica, mormente ao lançar mão do *Verwaltungsstrafrecht*<sup>257</sup>. Mostrou-se necessário, então, revisitar tais conceitos, para lhes conferir novas matizes e, principalmente, novos limites.

Foi pela obra de Eb. Schmidt que o pensamento de Goldschmidt e Wolf foi revisitado para o fim de reformular as sanções administrativas (*Ordnungsstrafe*) como instituto destinado a sancionar violações de cariz intrinsecamente administrativo.

Schmidt sustentava, a teor do que defendia Wolf, que o delito de justiça (*Justizdelikt*) e o delito administrativo (*Verwaltungsdelikt*) diferenciavam-se entre si em um plano substancial, mormente em relação ao conteúdo material da ilicitude e da culpabilidade<sup>258</sup>.

No plano da ilicitude, o conteúdo material de um delito de justiça seria determinado pela lesão (ou ameaça de lesão) a um bem jurídico, este entendido como um interesse jurídico reconhecido de uma pessoa individual; o conteúdo material do delito administrativo, de outro lado, caracterizar-se-ia por um dano que se manifestaria apenas no âmbito de uma relação estabelecida entre indivíduo e a autoridade administrativa<sup>259</sup>.

Já no plano da culpabilidade, entendia Schmidt que a culpabilidade própria aos delitos de justiça seria caracterizada pela carga ético-social da personalidade do agente na sua relação com a ordem jurídica; a culpabilidade atinente aos delitos administrativos, entretanto, esgotar-se-ia no defeito de vontade do agente ao conduzir seu comportamento no sentido da desobediência administrativa<sup>260</sup>.

Schmidt pugnava, ainda, pela diferenciação qualitativa entre a sanção de índole criminal e a sanção de cariz administrativo, distinguindo-as em seus objetivos e funções. As sanções penais, nesse sentido, carregariam forte ideia de expiação da culpa, possuindo, assim,

---

<sup>257</sup> OHANA, Daniel. *Op. cit.*, p. 19-27.

<sup>258</sup> BRANDÃO, Nuno Fernando Rocha Almeida. *Op. cit.*, p. 46-47.

<sup>259</sup> PUERARI, Adriano Farias. *Op. cit.*, p. 65

<sup>260</sup> PUERARI, Adriano Farias. *Op. cit.*, p. 66.

finalidades reeducativa ou ressocializadora; as sanções administrativas, a seu turno, estariam ligadas à ideia de exortação àquele que desviou de seu papel de órgão auxiliar da administração na consecução do bem-estar geral ao desobedecer aos comandos impostos<sup>261</sup>.

O pensamento de Schmidt restou materializado no Código Penal Econômico (*Wirtschaftsstrafgesetz*) de 1949 – de cuja comissão elaboradora Schmidt foi presidente – e na Lei de Ofensas Administrativas (*Ordnungswidrigkeitengesetz*) de 1952, além de ter servido de inspiração para o direito lusitano, onde, entre o final da década de 70 e o início da década de 80, foram editados dois regulamentos sobre as contraordenações – o Decreto-lei nº 232/79 e o Decreto-lei nº 433/82.

Foi nesse lapso temporal transcorrido na primeira metade do século XX que se desenvolveu a noção de Direito Administrativo Sancionador, como reação à hipertrofia do Direito Penal acessório, ocasião em que uma significativa parcela dos crimes de menor potencial ofensivo é levada ao âmbito do recém-inaugurado *Ordnungsrecht*<sup>262</sup>. De fato, consoante o ministério de Jakobs, “*la moderna doctrina del Derecho administrativo sancionatorio se inicia con Goldschmidt*”<sup>263</sup>.

Hodiernamente, Silva Sanchez, catedrático de Direito penal da Universidad Pompeu Fabra, na obra *La expansión del Derecho Penal: aspectos de la Política criminal en las sociedades postindustriales*, traz, em síntese, a ideia de que a hipertrofia legislativa das últimas décadas, decorrente da incorporação de novos bens jurídicos ao âmbito da tutela penal, bem assim a mudança do foco da atuação do Direito penal da retribuição para a prevenção, conduziram a uma aproximação das funções deste às do Direito administrativo sancionador. Este modelo em muito se aproxima do Direito de Intervenção idealizado por Hassemer.

O paralelo entre o Direito de Intervenção hassemeriano e o Direito Administrativo Sancionador foi traçado com acuidade por Ana Carolina Carlos de Oliveira, para quem “o espaço intermediário de gravidade entre os Direito Penal e Administrativo clássicos é ocupado por uma mistura de regras e procedimentos (normas ou técnicas de imputação e investigação)

---

<sup>261</sup> BRANDÃO, Nuno Fernando Rocha Almeida. *Op. cit.*, p. 52

<sup>262</sup> A opção do Direito alemão se mostrou associada à necessidade de subtrair das mãos da Administração Pública a faculdade de criar e punir ilícitos, por tal prática configurar perigoso artifício em favor de programas governamentais autoritários (cf. OLIVEIRA, Ana Carolina Carlos de. *Direito de Intervenção e o Direito Administrativo Sancionador: O pensamento de Hassemer e o Direito Penal brasileiro*. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012, p. 120)

<sup>263</sup> JAKOBS, Günther. *Op. cit.*, 1997p. 64-65

provenientes tanto do Direito Administrativo quanto do Direito Penal, que guardariam a ideia de Direito de Intervenção”<sup>264</sup>.

Nessa trilha, a pesquisadora brasileira identificou uma área de intersecção entre o Direito Penal moderno, mais flexível em relação a penas e garantias, e o Direito Administrativo Sancionador mais severo e incisivo, onde possível a realização material do Direito de Intervenção, notadamente quando “se coadunam regras de imputação e investigação mais flexíveis (...) e graves sanções pecuniárias ou restritivas de direitos (...) sem a previsão de pena de prisão”<sup>265</sup>.

Estabelecendo uma diferenciação entre os movimentos expansionistas e reducionistas – os quais denominou, respectivamente, de ‘fuga para o Direito Penal’ e ‘fuga do Direito Penal’ – Oliveira constatou – à semelhança do que realizado por Hassemer – que o primeiro conduz à incorporação de tipos de escassa lesividade e desacompanhados da ameaça real de penas de prisão, aproximando o Direito penal da lógica preventiva do Direito Administrativo ao mesmo tempo que instrumentaliza a norma penal para finalidades de reforço da regulamentação administrativa<sup>266</sup>.

Ao final, apoiada em estudo empírico comparativo dos sistemas sancionatórios europeus, concluiu que “a sanção administrativa ocupa hoje lugar significativo em todos os sistemas jurídicos ocidentais, com tendência de aumento nos próximos anos”<sup>267</sup>. Dito de outra forma, a professora paulista identificou um movimento de expansão do ordenamento punitivo como um todo, fruto da falta de articulação entre as áreas, não restando alternativa ao legislador senão a manutenção da opção de recurso ao Direito Penal, ou a busca de novas alternativas a partir do cotejo com a realidade social contemporânea<sup>268</sup>.

Inclinamo-nos na direção da segunda alternativa, notadamente na direção do Direito de Intervenção. Em primeiro lugar, porque este, conforme as palavras do próprio Hassemer, consubstanciar-se-ia em um meio-termo, uma confluência de vários ramos do Direito, que substituiria o Direito Penal nas situações em que as condições vitais deste se demonstrassem ameaçadas ante a problemática da modernidade.

---

<sup>264</sup> OLIVEIRA, Ana Carolina Carlos de. *Op. cit.*, p. 225.

<sup>265</sup> OLIVEIRA, Ana Carolina Carlos de. *Op. cit.*, p. 226.

<sup>266</sup> OLIVEIRA, Ana Carolina Carlos de. *Op. cit.*, p. 227.

<sup>267</sup> OLIVEIRA, Ana Carolina Carlos de. *Op. cit.*, p. 228.

<sup>268</sup> OLIVEIRA, Ana Carolina Carlos de. *Op. cit.*, p. 228-229.

Em segundo lugar, porque um sistema de Direito de Intervenção livraria o sistema imputação e responsabilização das rigorosas exigências principiológicas e das formalidades intrínsecas a um Direito Penal de índole liberal. Nessa toada, o Direito Penal submeter-se-ia a um amplo processo de descriminalização de condutas, notadamente aquelas cujas características (ex.: transdisciplinares e transnacionalidade, violação de interesses coletivos) demandam uma atuação mais célere, desburocratizada e eficiente do Estado.

Em terceiro, porque a conformação de um sistema de Direito de Intervenção não passaria por profundas modificações na estrutura constitucional do ordenamento jurídico pátrio. Ao contrário, sua implementação, por prescindir de uma codificação específica – vez que ele se consubstanciaria em um sistema difuso de reação a problemas conjunturais<sup>269</sup> – passa por simples releituras de alguns paradigmas há séculos enraizados em nossa cultura jurídica, releituras das quais decorreriam pequenas adaptações nas normas infraconstitucionais atualmente vigentes em nosso ordenamento.

Tal sistema, conforme vislumbrado por Winfried Hassemer antes de seu falecimento, mostra-se como alternativa viável à conformação das expectativas normativas, à pacificação e ao equilíbrio social, indispensáveis para a manutenção do próprio Estado. Sua implementação, outrossim, implicaria na legitimação de um Direito Penal do Inimigo, modelo dogmático defendido por Günther Jakobs, que do Direito de Intervenção se aproxima (não por seus fundamentos, mas sim por seus objetivos). Ambos são espécie de um mesmo gênero, faces opostas de uma mesma moeda: o Direito Penal do risco (*Risikostrafrechts*).

#### **4.2. Reconfigurações necessárias à implementação de um Direito de Intervenção (e à legitimação de um Direito Penal do Inimigo)**

Como já referido alhures, o aproveitamento do Direito Penal como meio de transformação social e de asseguramento do futuro da sociedade ofende manifestamente os axiomas liberais aos quais se encontra inexoravelmente vinculado, máxime o princípio da subsidiariedade, já que sua utilização se dá como *prima ratio*, sempre que rentável politicamente<sup>270</sup>.

---

<sup>269</sup> FEIJÓO SÁNCHEZ, Bernardo José. *Retribución y prevención general: un estudio sobre la teoría de la pena y las funciones del derecho penal*. Buenos Aires: B. de F., 2007, p. 423.

<sup>270</sup> HASSEMER, Winfried. *Op. cit.*, 1992, p. 240.

Nessa conjuntura, o Direito Penal deve reduzir seus tentáculos, compondo-se apenas por delitos de lesão, ou de perigo concreto. Ao lado desse processo de descriminalização, despontaria um sistema autônomo de imputação e sancionamento – o Direito de Intervenção –, centralizado entre o Público e o Privado, entre o Direito Penal e o Direito Administrativo, não se confundindo nem com um, nem com o outro, aplicável por órgãos da Administração Pública e cuja conformação passa pela simples releitura de paradigmas dogmáticos. Vejamos a seguir.

#### **4.2.1. Superação da concepção dualista do *jus puniendi* estatal (e da possibilidade de sobreposição de sancionamentos em diferentes esferas)**

O direito de punir estatal não se limita à seara penal, tratando-se de instituto próprio de todos os demais ramos do Direito. É da concepção de sanção que decorre a noção de dever jurídico e de responsabilidade, conforme já lecionava Hans Kelsen em sua “Teoria Pura do Direito”<sup>271</sup>. Ou seja, são as sanções estabelecidas em normas de conduta que impõem limites à atuação de cada um dos indivíduos, seja em relação uns aos outros (Direito Penal), seja em relação ao seu trato com a comunidade (Direito Administrativo).

As teorias diferenciadoras entre ilícitos penal e administrativo desenvolveu-se na clausura do século XIX e nas primeiras décadas do século XX, especialmente pelas mãos de Goldschmidt, Wolf e Eb. Schmidt (v. supra, 4.1), e fundava-se em diferenças quantitativas e qualitativas entre os injustos, em especial as finalidades de ambas as sanções.

A superação do dogma da dualidade entre sanção penal e sanção administrativa é necessária pois não se vislumbra, do ponto de vista ontológico, distinção significativa entre os ilícitos de natureza criminal e de cariz administrativo. E assim o é porque o ilícito, tenha a natureza que tiver, configura uma contradição ao Direito, uma rebelião contra a norma, expressa na ofensa (ou, por vezes, na mera ameaça de ofensa) ao valor essencial à convivência pacífica em sociedade nela insculpido.

Para os defensores da teoria unitária, o elemento identificador de sanções penais ou administrativas independe de conceitos trabalhados pela doutrina como reprovação ética ou status do bem jurídico protegido por cada área do Direito. Tratar-se-iam, em verdade, de

---

<sup>271</sup> KELSEN, Hans. Teoria pura do direito [tradução de João Batista Machado]. 6ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998, pg. 81.

figuras normativas à livre disposição do legislador, que poderia optar, de acordo com seu desígnio, entre a sanção corporal e as sanções administrativas. Vale dizer, a distinção operar-se-ia tão somente no plano formal<sup>272</sup>.

Assim, pode-se afirmar que uma concepção unitária do *jus puniendi* estatal soa muito mais adequada à realidade atual, marcada pela interdependência e interdisciplinaridade entre os diversos e autônomos (mas não sectários) ramos do Direito. Como bem pontua Lobo da Costa, o ordenamento jurídico não pode ser tido como um conjunto desconexo de normas jurídicas, mas sim como um sistema jurídico estruturado e dotado de racionalidade interna, de maneira a transparecer a ideia de unidade da ordem jurídica<sup>273</sup>. E avocando as palavras de Hungria: “a ilicitude jurídica é uma só, do mesmo modo que um só, na sua essência, é o dever jurídico”<sup>274</sup>.

As sanções de cunho administrativo e as penas de índole criminal, como decorrência lógica de um *jus puniendi* estatal uno, e sob uma ótica puramente normativista, visam comunicar a higidez das expectativas normativas violadas pelo comportamento contrário à lei. Nesse passo, enquanto o Direito Penal objetiva a estabilização das expectativas no plano das relações “pessoa-pessoa”, o ‘Direito de Intervenção’ busca a estabilização das mesmas expectativas no plano de relação pessoa-sociedade.

A práxis jurídica sempre admitiu, com base na distinção ontológica entre infrações penais e infrações administrativas, a primazia da esfera penal sobre a administrativa. Essa precedência da esfera penal vinculava a Administração ao conteúdo das sentenças penais. Tal prevalência seria decorrente não só da gravidade das consequências de um processo criminal sobre a pessoa do acusado, mas, principalmente, da exigência probatória deste, haja vista a submissão da prova a um exaustivo contraditório, garantia fundamental com arrimo constitucional.

---

<sup>272</sup> BAJO FERNÁNDEZ, Miguel e BACIGALUPO, Silvina (org.). *Las medidas administrativas y penales para la prevención del blanqueo de capitales*. In: Política criminal y blanqueo de capitales. Madrid, Marcial Pons, 2009, p. 130.

<sup>273</sup> LOBO DA COSTA, Helena. *Direito Penal Econômico e Direito Administrativo Sancionador: ne bis in idem como medida de política sancionadora integrada*. 2013. Tese (Livre-Docência em Direito Penal) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013, p. 119 e 222.

<sup>274</sup> HUNGRIA, Nelson. *Ilícito Administrativo e ilícito penal*. Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro, v. 1 n. 1, p. 24-31, 1945, p. 24.

A possibilidade de cumulação de sanções de naturezas distintas, ainda que decorrentes de um mesmo fato foi há muito incorporada em nosso ordenamento jurídico<sup>275</sup>, inclusive em nível constitucional<sup>276</sup>, sendo repisada quase que em uníssono pelos nossos tribunais superiores como um dogma insofismável<sup>277</sup>.

Entretanto, admitido o Direito como um sistema único, de forma a abranger prescrições jurídicas coerentes e harmônicas, nada justifica a realidade material repercutir de modo disforme. O comportamento contrário à norma – tenha ela a natureza que tiver – impõe a reação do aparato estatal como forma de comunicar a higidez da vigência da regulamentação outrora negada. Efetivamente, se o fato gerador das responsabilidades é único, a verdade sobre ele também deve ser uma.

A teoria da unidade do poder punitivo é o principal fundamento para a superação da possibilidade de sobreposição de sancionamentos em diferentes esferas. Tal superação é facilmente alcançada pela aplicação da vedação de *bis in idem* na relação entre as esferas penal e interventiva, de modo a rejeitar que a mesma pessoa seja punida em ambas as instâncias pelos mesmos fatos e sob o mesmo fundamento. Trata-se, inclusive, de tendência doutrinária e jurisprudencial recente, fundada na experiência europeia no sentido de reconhecer a aplicabilidade transversal do princípio do *ne bis in idem*, mormente nos espaços de sobreposição entre o Direito Penal e o Direito Administrativo Sancionador<sup>278</sup>.

---

<sup>275</sup> Compare: Lei nº 3.071/16, art. 1525, primeira parte (A responsabilidade civil é independente da criminal) e Lei nº 10.472/02, art. 935, primeira parte (A responsabilidade civil é independente da criminal); Lei nº 8.112/90, art. 121 (O servidor responde civil, penal e administrativamente pelo exercício irregular de suas atribuições) e art. 125 (As sanções civis, penais e administrativas poderão cumular-se, sendo independentes entre si); Lei nº 8.492/92, art. 12 (Independentemente das sanções penais, civis e administrativas previstas na legislação específica, está o responsável pelo ato de improbidade sujeito às seguintes cominações, que podem ser aplicadas isolada ou cumulativamente, de acordo com a gravidade do fato); Lei nº 8.666/93, art. 82 (Os agentes administrativos que praticarem atos em desacordo com os preceitos desta Lei ou visando a frustrar os objetivos da licitação sujeitam-se às sanções previstas nesta Lei e nos regulamentos próprios, sem prejuízo das responsabilidades civil e criminal que seu ato ensejar).

<sup>276</sup> Veja: CF, art. 37, § 4º (Os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível); ainda, CF, art. 225, § 3º (As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados)

<sup>277</sup> Vide: STF, RE 1169564 AgR/SP Rel. Min. Nunes Marques, j. em 24/02/2021; STF, RE 1272316 ED-AgR/PA, Rel. Min. Dias Toffoli, j. em 21/12/2020; STF, ARE 1244153 AgR/SP, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. em 03/03/2020; RHC 173224 AgR /PR; Rel. Min. Edson Fachin, j. em 14/02/2020; MS 33214 AgR/DF, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. em 28/06/2019; HC 166674 AgR/SP, Rel. Min. Carmen Lucia, j. em 05/04/2019; AP 892/RS, Rel. Min. Luiz Fux, Rev. Min. Rosa Weber, j. em 26/02/2019.

<sup>278</sup> Compare: CARO CORIA, Dino Carlos, *El principio de "ne bis in idem" en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, v. 15, n. 66, p. 9-52., mai./jun. 2007; LOBO

A segurança jurídica e a proibição de arbitrariedades fundamentam a vedação de reiteração de procedimentos punitivos, pois contraria aos mais caros princípios do Estado de Direito a perene situação de incerteza que recai sobre a pessoa submetida a vários procedimentos instaurados para averiguação do mesmo fato, sujeitando-a a demonstrar sua inocência diversas vezes perante o Estado.

#### **4.2.2. Ampliação dos espaços de oportunidade no ordenamento jurídico (e a superação da dialeticidade legalidade-oportunidade)**

Por anos teve-se como norte, no âmbito processual penal pátrio, em relação à concreta efetivação do *jus puniendi* estatal, as regras<sup>279</sup> da obrigatoriedade e da indisponibilidade da ação penal. O primeiro seria extraído do texto contido no artigo 24 do Código de Processo Penal<sup>280</sup>, e no artigo 129, inciso I, da Constituição Federal<sup>281</sup>, encarregando o Ministério Público com o mister de promover a ação penal pública sempre que diante de elementos de informação suficientes à deflagração da persecução penal; o segundo, da expressa literalidade do artigo 42 da Legislação Processual<sup>282</sup>, impossibilitando qualquer tentativa de disposição da pretensão punitiva por parte do *Parquet*.

Tais regras, como todo o sistema jurídico-penal brasileiro, encontram suporte nos ideais iluministas consagrados na Revolução Francesa e que “tinham como ideia fundante a

---

DA COSTA, Helena. *Op. cit.*, 2013; ARÊDES, Sirlene Nunes, *Ne bis in idem: direito fundamental constitucional aplicável na relação entre as esferas penal e administrativa geral no direito brasileiro*, Revista Direito, Estado e Sociedade, Rio de Janeiro, n.52 p. 204-240 jan/jun 2018; SABOYA, Keity, *Ne bis in idem em tempos de multiplicidades de sanções e de agências de controle punitivo*, Jornal de Ciências Criminais, São Paulo, vol. 1, n. 1, p. 71-92, jul.- dez. 2018; TOMILLO, Manuel Gómez, *Non bis in idem en los casos de dualidad de procedimientos penal y administrativo*, InDret, Barcelona, p. 421-456, fev.2020; BUONICORE, Bruno T.; MENDES, Gilmar, A vedação do bis in idem na relação entre direito penal e direito administrativo sancionador e o princípio da independência mitigada, Boletim IBCCRIM. São Paulo, v. 29, n. 340, p. 4-5, mar.2021; LOBO DA COSTA, Helena Regina, ne bis in idem entre direito penal e direito administrativo sancionador, Boletim IBCCRIM. São Paulo, v. 29, n. 340, p. 6-8, mar.2021.

<sup>279</sup> Panorama aprofundado sobre a caracterização da obrigatoriedade e da indisponibilidade da ação penal como regras e não como princípios em DE MELO, André Luís Alves. A inconstitucionalidade da obrigatoriedade da ação penal pública: releitura dos artigos 24 e 28 do Código de Processo Penal e art. 100, §1º, do Código Penal em face da não recepção pela Constituição de 1988. 2016. 433 f. Tese (Doutorado em Direito) - Programa de Estudos Pós-Graduados em Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2016, p. 35-42.

<sup>280</sup> Art. 24. Nos crimes de ação pública, esta será promovida por denúncia do Ministério Público, mas dependerá, quando a lei o exigir, de requisição do Ministro da Justiça, ou de representação do ofendido ou de quem tiver qualidade para representá-lo.

<sup>281</sup> Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público: I–promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei;

<sup>282</sup> Art. 42. O Ministério Público não poderá desistir da ação penal.

noção de que o princípio da legalidade processual se caracterizava como instrumento efetivo para o controle do Poder Executivo e do Poder Judiciário, além de constituir uma imprescindível ligação entre a prática delitiva e a necessária aplicação da pena”<sup>283</sup>. A crença era de que o princípio da legalidade, ao contrário do princípio da oportunidade, melhor concretizava o princípio da igualdade no plano concreto, permitindo um Direito Penal igual para todos, independentemente de quem o aplicasse e a quem fosse aplicado<sup>284</sup>.

No lado oposto ao visitado princípio da legalidade estaria o princípio da oportunidade, conceituado por José Maria Roca Martinez como princípio que permite ao MP atender a critérios de conveniência no exercício ou na manutenção da ação penal<sup>285</sup>. Em outras palavras, segundo o princípio da oportunidade a promoção processual penal (ou a sua manutenção, caso já promovida) estaria sujeita a critérios de conveniência e oportunidade outorgados exclusivamente ao titular da ação penal.

A razão pela qual se propõe introduzir o princípio oportunidade repousa nas carências do processo penal, notadamente em sua insuficiência para dar respostas às necessidades da sociedade organizada e alcançar uma resposta adequada ao exercício do *jus puniendi* pelo Estado<sup>286</sup>. De fato, nenhum sistema jurídico-penal tem condições de investigar e aplicar pena a todos os delitos que se cometem, não havendo como serem processados todos os fatos criminosos. O aumento da criminalidade e da violência urbana (dimensão não-tecnológica da sociedade de risco) conduziu ao fenômeno da criminalidade oculta<sup>287</sup>, ao mesmo tempo em que os avanços técnico-científicos e o caráter transnacional da criminalidade moderna (dimensão tecnológica da sociedade de risco) transformaram-se em verdadeiros óbices à uma célere e eficaz aplicação do *jus puniendi* estatal, conduzindo à seletividade punitiva.

---

<sup>283</sup> CABRAL, Rodrigo Ferreira Leite. Manual do acordo de não persecução penal. Bahia: Ed. Juspodivm, 2020, p. 29.

<sup>284</sup> Mais sobre o princípio da igualdade enquanto pedra angular do princípio da legalidade em ABREU, Melissa Mendes. Legalidade versus oportunidade na promoção processual penal – Que caminho seguir? 2014. Dissertação (Mestrado em Direito). Universidade de Coimbra, Coimbra, 2014, p. 15-20.

<sup>285</sup> LÓPEZ, Sonia Calaza; COBO, José Carlos Muínelo; DE PRADA RODRÍGUEZ, Mercedes. *El impacto de la oportunidad sobre los principios procesales clásicos: estudios y diálogos*. Madrid: lustel, 2021, p. 429.

<sup>286</sup> LÓPEZ, Sonia Calaza; COBO, José Carlos Muínelo; DE PRADA RODRÍGUEZ, Mercedes. *Op. cit.*, p. 433.

<sup>287</sup> Em 2009, 8,42% da população brasileira (aproximadamente 13.861.325 habitantes) foi vítima de pelo menos algum tipo de crime (de roubo, furto ou agressão física); estima-se que 62,55% (ou aproximadamente 8.670.918 habitantes) não procuraram a polícia ou, se procuraram, não efetuaram o registro policial, caracterizando a cifra oculta (cf. CAETANO et al. Determinantes da cifra oculta do crime no Brasil: uma análise utilizando os dados da PNAD 2009. Estudos Econômicos (São Paulo), v. 50, p. 647-670, dez./2020, p. 655)

Outro fundamento com base no qual se propõe introduzir o princípio da oportunidade seria o princípio da razoável duração do processo, elevado a garantia fundamental pela Emenda Constitucional nº45, ao acrescentar o inciso LXXVIII ao artigo 5º da Carta Magna, dos quais decorrem dois subprincípios: a economia e a celeridade processual. Como afirma José Miguel de la Rosa Cortina, “*la Justicia es un bien escaso y debe ser gestionada dentro de unos mínimos de eficiencia, racionalidad y orden*”<sup>288</sup>, o que justifica a utilização da oportunidade como instrumento para a simplificação e agilização da justiça penal, na busca de uma prestação jurisdicional mais eficaz e menos dispendiosa.

Por fim, a oportunidade encontra amparo em razões de utilidade pública ou interesse social, tais como a escassa lesão social produzida e correlata falta de interesse na persecução pública, o estímulo à pronta reparação da vítima, a reabilitação do infrator mediante sua submissão voluntária a procedimento de readaptação, e a evitação dos efeitos criminógenos das penas privativas de liberdade. Dito de outra forma, a oportunidade, que outrora era utilizada somente nos casos de crimes bagatelares, potencializa o caráter subsidiário do Direito Penal, permitindo que o processo judicial somente nasça (ou persista, caso já iniciado) quando outras soluções para canalizar o conflito não sejam viáveis<sup>289</sup>.

Assim, não se vislumbra, no plano principiológico, incompatibilidade ou contradição entre o princípio da oportunidade e o princípio da legalidade. Tampouco se vislumbra óbice constitucional à implementação da oportunidade, pois, do ponto de vista das funções institucionais do Ministério Público, tem-se a sua atuação como fiscal da legalidade de forma genérica, enquanto direito fundamental assegurado na Carta Magna, mas não da legalidade enquanto obrigatoriedade de exercício da ação penal<sup>290</sup>.

Como consequência, a tarefa de reconhecer a oportunidade toca ao legislador ordinário. Não foi à toa que, ao longo dos anos, a regra da obrigatoriedade foi cedendo espaço à oportunidade por intermédio de exceções que, pontualmente, foram sendo inseridas nos ordenamentos jurídicos<sup>291</sup>. Tais acréscimos, ainda tímidos, demonstram o alinhamento com o debate instalado nas últimas décadas acerca da utilização da oportunidade no processo penal.

---

<sup>288</sup> LÓPEZ, Sonia Calaza; COBO, José Carlos Muínelo; DE PRADA RODRÍGUEZ, Mercedes. *Op. cit.*, p. 132.

<sup>289</sup> LÓPEZ, Sonia Calaza; COBO, José Carlos Muínelo; DE PRADA RODRÍGUEZ, Mercedes. *Op. cit.*, p. 147-148.

<sup>290</sup> LÓPEZ, Sonia Calaza; COBO, José Carlos Muínelo; DE PRADA RODRÍGUEZ, Mercedes. *Op. cit.*, p. 436.

<sup>291</sup> A título exemplificativo, espaços de oportunidade inseridos no contexto jurídico-penal brasileiro ao longo dos anos: 1) a transação penal e a suspensão condicional do processo, institutos previstos nos artigos 76 e 89 da Lei nº 9.099/95; 2) o acordo de colaboração premiada, regulamentado na Lei nº 12.850/13 (embora se reconheçam previsões embrionárias na legislação extravagante, tais como: art. 25, § 2º da Lei

Não se está a propugnar, entretanto, a utilização da oportunidade em sua faceta mais pura, como a vigente no sistema jurídico-penal estadunidense, que confere ao Ministério Público atuação plena e totalmente discricionária diante dos elementos de informação recebidos dos órgãos de investigação, inclusive com amplos poderes de negociação com a defesa<sup>292</sup>. Propugna-se, em verdade, a adoção da chamada “oportunidade regrada”, vale dizer, uma conformação do princípio da oportunidade com o princípio da legalidade, superando-se a dialeticidade entre ambos e estabelecendo-se uma relação de subordinação na qual a oportunidade converter-se-ia em manifestação concreta da legalidade.

Mas não só isso, propugna-se a adoção de uma oportunidade que extrapole o mero decidir pela iniciação (ou manutenção) da ação penal por critérios de conveniência e oportunidade como se sucede no Direito Alemão<sup>293</sup>, permitindo-se ao Ministério Público o decidir também pelo encaminhamento do caso concreto à instância mais adequada para a resolução do conflito instalado pela prática do ilícito, ganhando destaque o instituto da mediação e a decorrente reparação da vítima e/ou reinserção social do delinquente (para os crimes de menor potencial ofensivo e/ou crimes patrimoniais não violentos, por exemplo), as soluções extrajudiciais (regularização junto à Fazenda Pública e a Seguridade Social), e os procedimentos administrativos junto a agências reguladoras e de controle (tais como os ilícitos contra o meio ambiente, contra as relações de consumo, contra a ordem financeira e econômica).

O princípio da oportunidade regrada, nesse contexto, conferiria novos contornos à atuação do Ministério Público, transformando-o em verdadeiro gestor dos órgãos e instituições que, articulados entre si, integrariam o sistema de Direito de Intervenção<sup>294</sup>, com aptidão para promover a pronta responsabilização de autores de ilícitos praticados mediante a aplicação de sanções distintas das penas privativas de liberdade<sup>295</sup>.

---

7.492/86 (Lei dos Crimes contra o Sistema Financeiro); art. 16, parágrafo único da Lei 8.137/90 (Lei dos Crimes contra a Ordem Tributária); art. 8º, parágrafo único da Lei 8.072/90 (Lei dos Crimes Hediondos); art. 1º, § 5º da Lei 9.613/98 (Lei de Lavagem de Dinheiro); e art. 41 da Lei 11.343/2006 (Lei de Drogas)); e 3) o acordo de não-persecução penal, inserido no Código de Processo Penal pela Lei nº 13.964/19.

<sup>292</sup> Mais sobre a oportunidade no sistema norteamericano em ABREU, Melissa Mendes. *Op. cit.*, p. 35-39.

<sup>293</sup> SILVA, Eduardo Araújo da, *apud* DE MELO, André Luís Alves. *Op. cit.*, p. 112.

<sup>294</sup> “Esta colaboração entre áreas, inclusive, é um dos pressupostos do Direito de Intervenção” (Cf. OLIVEIRA, Ana Carolina Carlos de. *Op. cit.*, p. 229)

<sup>295</sup> Cita-se como espécie de sanções possíveis de cominação em um sistema de Direito de Intervenção a pronta reparação do dano incutido, as multas pecuniárias e algumas penas restritivas de direito. Tais sanções, ademais, assemelhar-se-iam ao que Jakobs define por *medios para mantener el orden*: “se trata, pues, materialmente de penas a las que - para no dejar que se apliquen las cautelas basadas en el Derecho

Tal sistema, se dotado de mecanismos que evitem a arbitrariedade<sup>296</sup>, tratar-se-ia de expressão legítima de um Direito Penal do Inimigo, que, assim como o modelo dogmático idealizado por Hassemer, encontra condições e possibilidade nas sociedades acuadas pelo medo e pela sensação de insegurança (dimensão tecnológica da sociedade de risco), bem como pela criminalidade e violência urbana (dimensão não-tecnológica da sociedade de risco).

Valendo-se desse sistema mais flexível e célere de imputação, responsabilização e solução de conflitos, o Ministério Público reservaria o acionamento da Justiça Penal apenas para os casos em que severamente violada a identidade normativa do contexto social<sup>297</sup>, impondo a instalação do processo judicial para, através da imposição da pena corporal ao infrator, reestabelecer as expectativas normativas violadas e reforçar a confiança dos cidadãos no ordenamento jurídico.

#### **4.2.3. Um novo olhar sobre a teoria da pena (ou a prevenção geral positiva como nova forma de compreender as finalidades dos sistemas sancionatórios)**

Em um breve resumo, pode-se subdividir as teorias que tentam explicar as finalidades das penas em: de um lado, as teorias absolutas (ligadas essencialmente à doutrina da retribuição); de outro lado, as teorias relativas, que se analisam em grupos distintos (as doutrinas da prevenção geral e as doutrinas da prevenção especial ou individual); e, entre elas, as teorias mistas ou unificadoras<sup>298</sup>. Em nosso ordenamento, por expressa dicção legal (art. 59 CP)<sup>299</sup>, foi adotada uma teoria unificadora, sendo vedada qualquer espécie de pena exclusivamente retributiva.

---

*penal, en particular también a fin de evitar la exigencia de un proceso penal para la realización de los medios de mantener el orden - no se puede llamar de penas" (cf. JAKOBS, Günther. Op. cit., 1997a, p. 75-76)*

<sup>296</sup> LÓPEZ, Sonia Calaza; COBO, José Carlos Muínelo; DE PRADA RODRÍGUEZ, Mercedes. *Op. cit.*, p. 141.

<sup>297</sup> Nesse sentido, o artigo 18 das Diretrizes sobre o papel dos membros do Ministério Público, formuladas no Oitavo Congresso das Nações Unidas sobre a Prevenção ao Crime e Tratamento de Infratores, Havana, 27 de agosto a 7 de setembro de 1990

<sup>298</sup> "Existen otras formas de reacción social a la criminalidad no oficiales, pero a veces más eficaces que las oficiales propiamente dichas, de forma que, igual que sucede com el concepto de criminalidad, el concepto de reacción social frente a la misma excede, por lo menos en la Criminología, del plano estrictamente legal para incluirse en un marco más amplio de control social, en el que lo que no se ve (o no se dice) es quizás lo que más importa" (cf. HASSEMER, Winfried; MUNOZ CONDE, Franciso. *Op. cit.*, 1989, p. 226).

<sup>299</sup> Art. 59 - O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e conseqüências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime: (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

Notas comuns a todas as teorias, a par das diferenças conceituais e de objetivo, são duas, e foram sintetizadas por Jakobs: “*La pena es siempre reacción ante la infracción de una norma. Mediante la reacción siempre se pone de manifiesto que ha de observarse la norma. Y la reacción demostrativa siempre tiene lugar a costa del responsable por haber infringido la norma*”<sup>300</sup>. Tal noção adequa-se a ideia de prevenção geral positiva, forma da qual o Estado se serve para manter e reforçar a confiança geral na validade e vigência das normas do ordenamento jurídico<sup>301</sup>.

A ideia de que a pena possui importante efeito sobre a sociedade, notadamente sobre terceiros não envolvidos no ato remonta à Emile Durkheim, conforme resenha elaborada por Klaus Günther: A pena “não serve, ou serve apenas de modo secundário, à correção do culpado ou à intimidação de possíveis imitadores (...) Sua verdadeira tarefa é manter a coesão social, na medida em que conserva a plena vitalidade da consciência coletiva”<sup>302</sup>. Em outras palavras, a pena confirma e reforça os “vários valores, normas e instituições de uma sociedade, os quais, em conjunto, estabilizam atitudes de obediência ao direito”<sup>303</sup>. Em suma, a pena seria um meio de comunicação, transmitindo consigo os valores de um Direito Penal vinculado ao Estado de Direito<sup>304</sup>.

Pois bem, se há um ponto onde se vislumbra uma intersecção (quicá uma sobreposição) entre os argumentos de Hassemer e Jakobs, aproximando ambos os modelos dogmáticos propugnados, é no tocante a finalidade das penas estar fundamentada na noção de prevenção geral positiva. O debate proposto pelo presente trabalho, desemboca, necessariamente, nessa íntima correlação de argumentos.

Como referido alhures (v. acima, 3.1.3), Hassemer enxergava na prevenção geral positiva a expressão do Direito Penal enquanto instrumento de controle social formal, na medida em que “assegura as expectativas de conduta, determina os limites de liberdade de ação humana, é um meio de desenvolvimento cultural e socialização”<sup>305</sup>. A concepção hassemeriana da prevenção positiva geral, nesse sentido, preconizava a reafirmação, no juízo dos cidadãos de valores ético-sociais contidos nas normas, associada a uma concepção de

---

<sup>300</sup> JAKOBS, Günther. *Op. cit.*, 1997a, p. 8.

<sup>301</sup> DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito Penal: Parte Geral (Questões Fundamentais. A Doutrina Geral do Crime)*. Tomo I. Coimbra: Coimbra Editora, 2004, p. 49.

<sup>302</sup> GÜNTHER, Klaus. Crítica da pena I. *Revista Direito GV*, São Paulo, FGV v.2, n.2, jul./dez. 2006, p. 199

<sup>303</sup> GÜNTHER, Klaus. *Op. cit.*, p. 200.

<sup>304</sup> GÜNTHER, Klaus. *Op. cit.*, p. 201.

<sup>305</sup> HASSEMER, Winfried. *Op. cit.*, 2005, p. 415.

Direito Penal como protetor dos bens jurídicos e de suas normas como normas de determinação.

Já para Jakobs (v. acima, 3.2.3), a prevenção geral positiva se expressa na reafirmação, no plano comunicativo, das expectativas normativas violadas, tendo como destinatários a massa de cidadãos não envolvidos na violação do Direito, de maneira que estes reforcem sua confiança no ordenamento e a sigam como modelo de orientação para suas interações. Nas palavras do jurista de Bonn: “*la pena tiene una función que debe surtir efectos finalmente en el nivel en el que tiene lugar la interacción social, y que no se agota en significar algo: la pena debe proteger las condiciones de tal interacción y tiene, por tanto, una función preventiva*”<sup>306</sup>.

Considerando a noção de comunicação de uma mensagem aos membros da sociedade enquanto essência da teoria da prevenção geral positiva, Günther põe em xeque a necessidade de essa comunicação se dar exclusivamente através da imposição de uma pena, afirmando que “seu conteúdo proposicional poderia ser comunicado também por intermédio de outros atos performativos”<sup>307</sup>. O complemento afirmativo à conclusão de Günther pode ser encontrado nas proposições dogmáticas de Hassemer e Jakobs, corroborando com o que já expusemos ao longo desse texto: Direito de Intervenção e o Direito Penal do Inimigo são modelos próximos que objetivam, fundamentalmente, a mesma coisa.

Nessa toada, já foi dito que Hassemer propunha o Direito de Intervenção como um sistema jurídico de caráter preventivo, cujo catálogo de sanções não poderia incluir penas privativas de liberdade, mas poderia ser integrado por sanções rigorosas a nível de restrição ou suspensão de direitos<sup>308</sup>. Jakobs, a seu turno, já asseverava que, no bojo da teoria da prevenção geral positiva, a pena pode ser substituída por outros equivalentes funcionais, não sendo adequado considerar como reação adequada unicamente a pena<sup>309</sup>, inclusive enumerando hipóteses de reações do ordenamento distintas das penas privativas de liberdade<sup>310</sup>.

---

<sup>306</sup> JAKOBS, Günther. *Op. cit.*, 1997a, p. 18.

<sup>307</sup> GÜNTHER, Klaus. *Op. cit.*, p. 201.

<sup>308</sup> V. acima, item 3.1.4.

<sup>309</sup> JAKOBS, Günther. *Op. cit.*, 1997a, p. 14.

<sup>310</sup> Nesse sentido, as medidas de segurança, as hipóteses de desagravo público, as reações jurídico-civis como a reparação do dano, e as medidas disciplinares constantes do Direito Penal Juvenil (cf. JAKOBS, Günther. *Op. cit.*, 1997a, p. 16-17)

Sob essa perspectiva, admitida a teoria da prevenção geral positiva como “*la prevención de la desintegración del orden social mediante la retribución de hechos socialmente lesivos*”<sup>311</sup>, e admitido que essa prevenção se alcança não só pela imposição de uma pena em um processo criminal, mas por meio de equivalentes funcionais em âmbitos distintos, resta devidamente pavimentado o caminho para a institucionalização do sistema sancionatório alternativo propugnado por Hassemer – e que encontra ele próprio um equivalente no modelo jakobsiano.

Ana Carolina Carlos Oliveira, em sua pesquisa comparativa entre o Direito de Intervenção e o Direito Administrativo Sancionador, fulcrada em autores como Wolfgang Naucke, Alejandro Garcia Nieto, e Helena Regina Lobo da Costa, corrobora nossa conclusão no sentido de que os equivalentes funcionais da pena – no caso da autora as sanções administrativas – reger-se-iam não pelo princípio da prevenção especial, mas da prevenção geral, na medida em que elas tem por característica “a prevenção de condutas e de meios que pode, potencialmente, ser perigosos para o bem jurídico protegido, em antecipação à proteção oferecida pelo Direito Penal”<sup>312</sup>. Faltar-lhe-ia apenas a natureza penal, “primeiro pela opção legislativa e segundo pela ausência de previsão de pena restritiva de direito”<sup>313</sup>.

Nesse ínterim, as penas privativas de liberdade, ou que impusessem severa restrição à direito fundamental do autor de uma conduta proibida pelo ordenamento, seriam reservadas à esfera de atuação do Direito Penal, vinculado a um processo judicial alicerçado no princípio da legalidade. Os equivalentes funcionais, tais como multas pecuniárias, medidas de caráter disciplinares, reparação de danos e indenizações de pequena monta, e penas restritivas de direitos estabelecidos em sede de legislação infraconstitucional integrariam o rol de sanções do Direito de Intervenção, atrelado a procedimento sancionatório regido pelo princípio da oportunidade.

#### **4.2.4. A utilização do postulado da proporcionalidade como vetor para a eleição das consequências jurídicas de cada um dos sistemas sancionatórios**

---

<sup>311</sup> FEIJÓO SÁNCHEZ, Bernardo José. *Prevención general positiva. Una reflexión en torno a la teoría de la pena de Günther Jakobs*. Anuario de derecho penal y ciencias penales, Madrid, v. 59, Único, p. 111-134, jan./dez. 2006, p. 123.

<sup>312</sup> OLIVEIRA, Ana Carolina Carlos de. *Op. cit.*, p. 97

<sup>313</sup> OLIVEIRA, Ana Carolina Carlos de. *Op. cit.*, p. 98.

As normas jurídicas podem ser normas-regra e normas-princípio. A distinção entre princípios e regras foi estabelecida por inúmeros juristas consagrados, tais como Ronald Dworkin e Robert Alexy. Para o primeiro, regras e princípios distinguem-se quanto ao método de aplicação – método “*all ou nothing*” quanto às regras, método “*more or less*” quanto aos princípios<sup>314</sup>. Para o segundo, há uma diferenciação qualitativa entre os institutos - princípios são normas jurídicas que estabelecem deveres de otimização e cumpridas na medida do possível; as regras, normas determinação no âmbito das possibilidades jurídicas e fáticas<sup>315</sup>.

Entre nós, a teoria dos princípios foi objeto de estudo por Humberto Ávila, que em obra crítica aos autores anteriormente mencionados, além das regras e princípios, formula terceira categoria integrante do plexo de normas: os postulados normativos. Nesse diapasão, enquanto regras e princípios encontrar-se-iam no campo das normas (normas de primeiro grau), os postulados inserem-se no âmbito das metanormas (normas de segundo grau), porquanto estabeleceriam a estrutura de aplicação das outras normas (regras e princípios)<sup>316</sup>.

A proporcionalidade, segundo a concepção de Ávila, integra o rol de postulados condicionais (ou específicos), cuja aplicação é dependente de determinadas condições ou de elementos específicos<sup>317</sup>. Ela surge vinculada à concepção de limitação do poder estatal, de modo a tutelar os interesses individuais e, ao mesmo tempo, atender ao interesse público.

À ideia de proporcionalidade são ínsitas as noções de moderação, prudência, equidade e proibição de excesso, dentre outras similares. Indica, assim, uma relação entre os fins perseguidos e os meios empregados na consecução de tais fins. Para tanto, imperativo que o juízo de proporcionalidade seja realizado à luz da análise da adequação, da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito das medidas a serem adotadas<sup>318</sup>.

A proporcionalidade reflete diretamente na atuação do Poder Legislativo, responsável por, com base em critérios de oportunidade, delimitar as condutas ilícitas afetas ao âmbito do Direito Penal e ao âmbito do Direito de Intervenção. O elemento diferenciador entre as

---

<sup>314</sup> DWORKIN, Ronald. Levando os direitos a sério [tradução de Nelson Boeira]. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 39.

<sup>315</sup> ALEXY, Robert. Teoria dos direitos fundamentais [tradução de Virgílio Afonso da Silva]. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 89-90.

<sup>316</sup> ÁVILA, Humberto. Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 122.

<sup>317</sup> ÁVILA, Humberto. *Op. cit.*, p. 137.

<sup>318</sup> ÁVILA, Humberto. *Op. cit.*, p. 210-219

sanções de cada um dos âmbitos não seria, com referência em Jakobs<sup>319</sup>, a autoridade que a impõe, mas o método pelo qual o faz: os primeiros são castigados com penas e processados judicialmente; os segundos, com multas (ou outras sanções restritivas de direitos) aplicadas pelas autoridades administrativas em um procedimento sancionatório (*Bußgeldverfahren*)<sup>320</sup>.

Para o autor, às *contravenciones* não se aplica o princípio da legalidade, mas sim o princípio da oportunidade<sup>321</sup>. Jakobs traz à baila, ainda, a discussão se suas características especiais de Direito material (multa no lugar de pena) e processuais (procedimento administrativo regido pelo princípio da oportunidade no lugar de procedimento judicial regido pelo princípio da legalidade) basear-se-iam em uma diferença somente quantitativa em relação às infrações penais ou se as *contravenciones* refletem um injusto e uma culpabilidade qualitativamente próprios<sup>322</sup>.

Independentemente da problemática qualitativa e/ou quantitativa, o que nos interessa é a identificação de ilícitos diversos dos criminais (*contravenciones*), os quais encontram solução em procedimento administrativo relacionado a um sistema de Direito de intervenção. E para tanto, O legislador ordinário, na seara do Direito de Intervenção, não está livre da observância dos princípios limitadores do *jus puniendi* estatal, de modo a, ao seu bel prazer, estabelecer e sanções que melhor lhes convier, ou que demandar o clamor social.

Nesse sentido, ao eleger as consequências jurídicas – penas criminais e sanções administrativas – deve o legislador eleger as mais adequadas (juízo qualitativo) para sancionar o autor do comportamento contrário ao Direito e, ao mesmo tempo, estabelecer a graduação necessária das reprimendas (juízo quantitativo). Mas não só isso, deve o legislador empreender esforço no sentido de assegurar que as cominações do Direito de Intervenção não

---

<sup>319</sup> Jakobs utiliza o termo *contravención* para se referir a ilícitos administrativos e os diferenciar dos delitos criminais: “*Esta separación entre delito y contravención significa a su vez una separación de las formas de solución: las contravenciones sólo se castigan judicialmente a instancias del afectado; em otro caso, con multa y por parte de la Administración*” (cf. JAKOBS, Günther. *Op. cit.*, 1997a, p. 65).

<sup>320</sup> Afastar-se-ia do âmbito do Direito de Intervenção as sanções administrativas decorrentes do mero exercício do poder de polícia da Administração, em razão da menor formalidade para a sua imposição: “Uma multa de trânsito, nesse sentido, apesar de seu potencial efeito aflitivo, não integraria o Direito administrativo sancionados por se tratar de uma penalidade imposta automaticamente pelo funcionário público, de forma massificada, independentemente das características do autor e da infração. Por outro lado, outras multas reguladas por órgãos administrativos, que contam com um processo formalizado e consideração de circunstâncias individualizadas do autor e da infração (seja pessoa física ou jurídica), integrariam o conjunto de normas pertencentes ao Direito administrativo sancionador” (cf. OLIVEIRA, Ana Carolina Carlos de. *Op. cit.*, p. 96).

<sup>321</sup> JAKOBS, Günther. *Op. cit.*, 1997a, p. 66.

<sup>322</sup> JAKOBS, Günther. *Op. cit.*, 1997a, p. 66-67.

ultrapassem, em grau de gravidade, as cominações das sanções corporais ínsitas ao Direito Penal<sup>323</sup>.

Isso porque o Direito Penal se consubstancia na *ultima ratio* dos sistemas de controle, somente estando legitimado a atuar quando os demais sistemas se mostrarem ineficientes, de modo que suas consequências jurídicas devem ser mais gravosas do que as consequências jurídicas de um Direito de Intervenção. Dito de outro modo, o legislador, ao eleger as sanções para cada comportamento contrário ao Direito, deve buscar atender às necessidades preventivas e repressivas esperadas das sanções escolhidas, e não buscar submeter o Direito de Intervenção a processos expansionista e punitivista.

Eleger consequências mais gravosas para o Direito de Intervenção, sob pretexto de uma maior eficácia desse ramo, conduziria a uma indesejada subversão do sistema jurídico como um todo, com o esvaziamento do processo penal em prol do processo interventivos e a transmutação deste em mero braço punitivista do Direito Penal; vale dizer, o recrudescimento de um Direito de Intervenção, subvertendo os ditames do princípio da proporcionalidade (enquanto vetor para a eleição das consequências jurídicas), acarretaria na sua transformação em um Direito Penal do Inimigo ilegítimo.

#### **4.3. Excurso – Primeiros esboços de um sistema de Direito de Intervenção**

Defender a implementação de um sistema de Direito de Intervenção representa, como exposto ao longo da presente pesquisa, ter um novo olhar sobre o Direito Penal da atualidade, formulando-se um novo método para as ciências jurídico-penais, para que este retome a vinculação estrita ao ideário iluminista de colocação do indivíduo como ponto central da preocupação da razão legitimadora do Direito Penal.

Porém, defender a implementação de um sistema de Direito de Intervenção implica na necessidade de se dar continuidade à nada fácil tarefa iniciada por Hassemer antes de seu falecimento, e procurar delimitar as fronteiras entre o Direito Penal e o Direito de Intervenção.

---

<sup>323</sup> Cita-se, a título exemplificativo a Lei Federal nº 12.486/13 – Lei Anticorrupção – que carrega uma série de comportamentos proibidos e consequências jurídicas formalmente intituladas como de cariz administrativo; uma análise mais apurada de seu texto revela evidente substância penal encoberta, com consequências mais gravosas do que outra lei penal de responsabilização da pessoa jurídica – a Lei Federal nº 9.605/98, ou Lei dos crimes ambientais.

Concordamos, inicialmente, com a conclusão de Oliveira no sentido de que, inicialmente, se mostra necessária a ampla descriminalização do grupo de delitos de gravidade escassa ou intermediária<sup>324</sup>, para os quais a práxis jurídica não mais aponta para a aplicação de penas privativas de liberdade, submetendo-as ao âmbito do Direito de Intervenção.

Ficariam submetidos ao âmbito do Direito Penal, nessa trilha, os comportamentos contrários ao Direito que violassem os mais caros valores intrínsecos à dignidade humana – os crimes contra a vida, os crimes contra a dignidade sexual, os crimes patrimoniais praticados mediante emprego de violência, por exemplo. A eles aplicar-se-ia o sistema de investigação preliminar e o processo penal como conhecemos hoje, regido pelo princípio da legalidade e com a imposição, ao seu final, de penas privativas de liberdades, devendo ser asseguradas, ainda, todas as regras atinentes aos regimes de cumprimento de pena e a possibilidade de progressão.

As demais condutas contrárias ao ordenamento ficariam submetidas ao proposto sistema difuso de reação a problemas conjunturais – sistema de Direito de Intervenção – que prescindiria de uma codificação específica, podendo ser formalizado valendo-se do plexo de instituições e órgãos de investigação, de regulação e de controle já integrantes da esfera administrativa do Estado. Sem a pretensão de esgotar as hipóteses, seguem algumas linhas iniciais:

- as contravenções penais, boa parte dos delitos de menor potencial ofensivo praticados contra pessoa (ex.: crime de ameaça, crimes contra a honra, crime de constrangimento ilegal) e os delitos patrimoniais praticados sem o emprego de violência submeter-se-iam a método consensual de resolução de conflitos, notadamente a mediação<sup>325</sup>; o órgão responsável pela tarefa seria a Polícia Judiciária, que capacitaria seus agentes para tal mister, e eventuais sanções limitar-se-iam ao ressarcimento do dano incutido pelo comportamento desviante;

---

<sup>324</sup> OLIVEIRA, Ana Carolina Carlos de. *Op. cit.*, p. 238.

<sup>325</sup> Cumpre destacar que os Estados têm buscado implementar programas de mediação e conciliação para resolução de situações conflituosas advindas de fatos definidos pela legislação como crimes de menor potencial ofensivo junto às Delegacias de Polícia ou núcleos específicos para tais fins; tal iniciativa. Na prática, trata-se de uma informal antecipação das audiências de conciliação ocorridas no âmbito do JECRIM, e cujo consenso alcançado pelas partes é reduzido a termo na forma de “termos de resolução” ou “acordos de boa convivência”, incluindo em seu bojo a renúncia ao direito de representação, e que submetido ao crivo judicial resulta inexoravelmente na extinção da punibilidade do autor por ausência de condição de procedibilidade. Cita-se, a título exemplificativo, o Programa Mediar, da Polícia Civil do Estado do Rio Grande do Sul

- as infrações contra o meio ambiente submeter-se-iam a procedimento sancionatório junto a órgãos seccionais de fiscalização integrantes do SISNAMA (Lei nº 6.398/81); as sanções, inclusive aplicáveis a pessoas jurídicas, seriam aquelas já dispostas na legislação ambiental (art. 8º e art. 21 da Lei nº 9.605/98);

- as infrações contra as relações de consumo submeter-se-iam a procedimento sancionatório junto a órgãos estaduais de fiscalização integrantes do Sistema Nacional de Defesa do Consumidor (Decreto nº 2.181/97); as sanções, aplicáveis inclusive a pessoas jurídicas, seriam aquelas já dispostas na legislação consumerista (art. 56 do Lei nº 8078/90);

- as infrações contra a ordem econômica submeter-se-iam a procedimento sancionatório junto ao Conselho Administrativo de Defesa Econômica e as sanções aplicáveis seriam aquelas dispostas na legislação antitruste (Lei nº 12.529/11);

- as infrações praticadas por pessoas jurídicas contra a administração pública, nacional ou estrangeira submeter-se-iam a procedimento sancionatório junto aos órgãos de controle – Controladoria-Geral da União se em detrimento da Administração Pública Federal, Tribunais de Contas dos Estados se em detrimento da Administração Pública Estadual – e as sanções seriam aquelas previstas na legislação anticorrupção (art. 19 da Lei nº 12.846/13).

Trata-se, como se afirmou anteriormente, de um esboço de uma arquitetura para o sistema de Direito de Intervenção, que não pretende esgotar a matéria nas presentes linhas, mas sim fomentar o início de um debate mais aprofundado sobre alternativas para as ciências jurídicas e sociais, livrando o Direito Penal, a *ultima ratio* do sistema jurídico, para somente atuar como tal, quando, e somente quando (e não sempre), constatada a falta de efetividade dos demais ramos para lidar com as novas modalidades de comportamentos contrários ao Direito.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

A presente pesquisa teve como escopo estudar o Direito de Intervenção – teoria idealizada por Winfried Hassemer e até o presente momento nunca aplicada – em todas as suas óticas, partindo das bases de sua origem até o início de proposta para colocá-lo, efetivamente, em prática. Mantendo enfoque sobre quais seriam as possíveis consequências refletidas da aplicação deste no universo jurídico.

Começamos com uma minuciosa análise histórica do surgimento dos novos riscos gerados pela modernidade reflexiva – em síntese a sociedade de risco de Ulrich Beck – e as mudanças incutidas na dogmática penal a fim de que o Direito Penal pudesse acompanhar o novo cenário de avanços tecnológicos e riscos criados em escala global e fazer frente a uma nova forma de criminalidade.

Em compêndio, a modernidade reflexiva é marcada pela globalização dos riscos, pela fragmentação social que resulta na individualização e pela subpolítica. Tais caracteres são a convergência para a instauração de um estado de insegurança social, a chamada Sociedade de Risco (*Risikogesellschaft*), que passou a ser tutelado por um novo modelo dogmático, de cariz eminentemente preventivo, denominado de Direito Penal do Risco (*Risikogesellschaft*).

Inicialmente, centramos a investigação de modo a compreender os reflexos da nova arquitetura social sobre a dogmática penal, quais sejam: a incorporação ao sistema de novos bens jurídicos de índole supraindividual; o adiantamento das barreiras punitivas; e a problemática da aplicação das técnicas das leis penais em branco. Com isso logramos alcançar uma conclusão preliminar: a de que a Sociedade de Risco é o vetor para a problemática da hiperinflação do Direito Penal.

Diante disso, passamos a analisar a base dos modelos dogmáticos e surgidos nas últimas décadas do século passado. Em primeiro lugar, o Direito de Intervenção, idealizado por Winfried Hassemer e embrionado nas ideias da Escola de Frankfurt; e o Direito Penal do Inimigo, originado das proposições de Günther Jakobs. Com isso, e à vista das diversas considerações explanadas ao longo do segundo capítulo, chegamos a uma primeira conclusão: o Direito de Intervenção e o Direito Penal do Inimigo se consubstanciam em modelos dogmáticos orientados a uma mesma finalidade, qual seja buscar uma resposta para o medo e a sensação de insegurança (dimensão tecnológica da sociedade de risco), bem como pela criminalidade e violência urbana (dimensão não-tecnológica da sociedade de risco).

Exaurido o estudo acerca do Direito de Intervenção e do Direito Penal do Inimigo, buscamos no sistema jurídico germânico o modelo embrionário para um sistema de Direito de Intervenção, a saber, o Direito Penal Administrativo de James Goldschidt, com os aportes realizados por Erik Wolf e Eb. Schmidt, que serviu de inspiração para outro modelo sancionatório, o Direito Administrativo Sancionador. Desse modo, angariamos nossa segunda conclusão: há uma aproximação entre a concepção de Direito de Intervenção hassemeriano e o Direito Administrativo Sancionador desenvolvido no contexto jurídico alemão, sendo o primeiro uma alternativa viável para fazer frente aos problemas que a modernidade incutia nas ciências jurídico-penais.

Ao final, fizemos uma digressão sobre algumas releituras entendidas como necessárias para a implementação de um sistema de Direito de Intervenção no contexto nacional, quais sejam: a superação da concepção dualista do *jus puniendi* estatal e da possibilidade de sobreposição de sancionamentos em diferentes esferas do Direito; a ampliação dos espaços de oportunidade no ordenamento jurídico e a superação da dialeticidade legalidade-oportunidade; um novo olhar sobre as teorias da pena, buscando na noção de prevenção geral positiva o fundamento para a compreensão das finalidades dos sistemas sancionatórios; bem como a utilização do postulado da proporcionalidade como vetor para a eleição das consequências jurídicas para cada um dos ramos sancionatórios.

Ocorre que, frente todas análises e reconfigurações citadas, deparamo-nos com mais clareza com a semelhança finalística dos modelos hassemeriano e jakobsiano, notadamente no que tange à utilização da doutrina da prevenção geral positiva como fundamento para seus modelos dogmáticos. E assim, caminhamos para a terceira conclusão: a identificação da finalística entre o Direito de Intervenção hassemeriano e o Direito Penal do Inimigo jakobsiano faz com que eles sejam considerados duas faces do Direito Penal do Risco (*Risikogesellschaft*). E mais, averiguamos que a abertura de espaços para o princípio da oportunidade, na sua modalidade denominada de “oportunidade regrada” abriria espaço para conformação legislativa do Direito de Intervenção, com o que se chegou à uma quarta conclusão: a institucionalização do Direito de Intervenção refletiria na legitimação do Direito Penal do Inimigo.

Diante de todo o exposto, alcançamos a linha de chegada da pesquisa proposta e com ela a resposta ao problema inicialmente proposto, na forma de uma conclusão final: o Direito de Intervenção é modelo adequado a substituir o Direito Penal como modelo sancionatório das condutas de escassa ou intermediária gravidade, e cuja assimilação pela ordem jurídica

brasileira, passa por simples releituras de alguns paradigmas e de pequenas adaptações nas normas infraconstitucionais atualmente vigentes.

Ousamos por derradeiro, expor em excuro um primeiro esboço estrutural que visionamos para um Sistema de Direito de Intervenção, tal como ele se amoldaria à arquitetura organizacional posta por nossa legislação, como forma de propor o início de um debate sobre o tema e, quiçá, servir como projeto norteador para a expansão da pesquisa em futuros novos voos acadêmicos.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ABREU, Melissa Mendes. **Legalidade versus oportunidade na promoção processual penal – Que caminho seguir?** Dissertação (Mestrado em Direito). Universidade de Coimbra, Coimbra, 2014.
- ADORNO, Theodor W; HORKHEIMER, Max. **Dialética do Esclarecimento: fragmentos filosóficos [tradução de G. A. de Almeida]**. Rio de Janeiro: Zahar, 2006
- ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais [tradução de Virgílio Afonso da Silva]**. São Paulo: Malheiros, 2008.
- ALFLEN, Pablo Rodrigo. **Aspectos críticos do direito penal na sociedade do risco**. Revista Brasileira de Ciências Criminais, ano 12, nº 46, jan./fev. 2004a. Disponível em: [http://200.205.38.50/biblioteca/index.asp?codigo\\_sophia=46798](http://200.205.38.50/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=46798). Acesso em: dez. 2021.
- ALFLEN, Pablo Rodrigo. **Leis penais em branco e o direito penal do risco**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004b.
- ALFLEN, Pablo Rodrigo. **O risco da técnica de remissão das leis penais em branco no Direito Penal da sociedade do risco**. Revista Política Criminal, nº 3, 2007. A7, p. 1-21. ISSN-e 0718-3399. Disponível em: <http://www.politicacriminal.cl> Acesso em: out. 2019.
- ALFLEN, Pablo Rodrigo. **A técnica das leis penais em branco como instrumento oportuno em um Direito Penal do risco**. Revista da Faculdade de Direito de Uberlândia, v. 36, p. 355-385, 2008. ISSN 2178-0498. Disponível em: <http://www.seer.ufu.br/index.php/revistafadir/article/view/18454>. Acesso em: out. 2019.
- ANDORNO, Roberto. *The precautionary principle: a new legal standard for a technological age*. Journal of International Biotechnology Law (JIBL), nº 1, p. 11-19, 2004. Disponível em: <https://doi.org/10.1515/jibl.2004.1.1.11>. Acesso em: dez. 2021.
- ARAÚJO, Aloízio Gonzaga de Andrade. **O direito e o estado como formações modernas**. Revista brasileira de estudos políticos, n. 101, p. 37–60, jul./dez., 2010. Disponível em: <https://pos.direito.ufmg.br/rbep/index.php/rbep/article/view/117/113>. Acesso em: jun. 2021.

- ARÊDES, Sirlene Nunes. ***Ne bis in idem: direito fundamental constitucional aplicável na relação entre as esferas penal e administrativa geral no direito brasileiro***. Revista Direito, Estado e Sociedade, Rio de Janeiro, n.52 p. 204-240 jan/jun 2018. Disponível em: <http://direitoestadosociedade.jur.puc-rio.br/cgi/cgilua.exe/sys/start.htm?infoid=374&sid=35>. Acesso em: jul. 2021.
- ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.
- BAJO FERNÁNDEZ, Miguel e BACIGALUPO, Silvina (org.). ***Las medidas administrativas y penales para la prevención del blanqueo de capitales***. In: Política criminal y blanqueo de capitales. Madrid, Marcial Pons, 2009.
- BARATTA, Alessandro. **Criminologia Crítica e crítica do direito penal [trad. de Juarez Cirino dos Santos]**. Rio de Janeiro: Revan, 2002.
- BARCELLOS, O.; PEREZ, R. T. **A dinâmica da criminalidade brasileira entre a exclusão social e o crescimento econômico**. Revista Perspectiva Econômica, v. 5, n. 2, p. 92-112, jul./dez. 2009. Disponível em: [http://revistas.unisinos.br/index.php/perspectiva\\_economica/article/view/4298](http://revistas.unisinos.br/index.php/perspectiva_economica/article/view/4298) Acesso em: out. 2019.
- BASSANI, João Carlos B. **A teoria crítica de Max Horkheimer**. Dissertação (Mestrado em Filosofia) – Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. Porto Alegre, 2014.
- BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade líquida [trad. de Plínio Dentzien]**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2001.
- BAUMAN, Zygmunt. **Miedo líquido [trad. por Albino Santos Mosquera]**. México: Paidós, 2013.
- BECK, Ulrich. ***Subpolitics: Ecology and the disintegration of institutional power***. Organization & Environment, v. 10, i. 1, p. 52-65, mar. 1997. Disponível em: <https://doi.org/10.1177/0921810697101008>. Acesso em: dez. 2021.
- BECK, Ulrich. **O que é Globalização? Equívocos do globalismo: respostas à globalização [trad. de André Carrone]**. São Paulo: Paz e Terra, 1999.
- BECK, Ulrich. ***La sociedad del riesgo global [trad. de Jesús Alborés Rey]***. Madrid: Siglo Veintiuno de España, 2002.

- BECK, Ulrich. *La Sociedad Del Riesgo Mundial: En buca de la seguridad perdida*. Barcelona: Paidós, 2008.
- BECK, Ulrich, *World at Risk*. Cambridge: Polity Press, 2008.
- BECK, Ulrich, **Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade** [trad. de Sebastião Nascimento]. São Paulo: Editora 34, 2010.
- BINDING, Karl. *Die Normen und ihre Übertretung: eine Untersuchung über die rechtmässige Handlung und die Arten des Delikts. Erster Band, Normen und Strafgesetze*. Leipzig: Verlag von Wilhelm Engelmann, 1872.
- BOSCH, Marcia. **Crimes contra as relações de consumo: uma teoria a partir da jurisprudência**. Teses (Doutorado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. São Paulo, 2016.
- BOZZA, Fabio da Silva. **Finalidades e fundamentos do direito de punir: do discurso jurídico ao criminológico**. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal do Paraná. Curitiba, 2005.
- BRANDÃO, Nuno Fernando Rocha Almeida. **Crimes e contraordenações: da cisão à convergência material: ensaio para uma recompreensão da relação entre o direito penal e o direito contraordenacional**. 2013. Tese (Doutorado em Ciências Jurídico-Sociais Criminais). Faculdade de Direito, Universidade de Coimbra, Coimbra, 2013.
- BRUNET, Sébastien; DELVENNE, Pierre; JORIS, Geoffrey. **O princípio da precaução como uma ferramenta estratégica para redesenhar a (sub)política. Compreensão e perspectivas da ciência política de língua francesa**. Sociologias, v. 13, n. 26, p. 176 - 200, abr. 2011. Disponível em: <https://seer.ufrgs.br/sociologias/article/view/19923>. Acesso em: dez. 2021.
- BURCHARD, Christoph. **O princípio da proporcionalidade no “Direito Penal Constitucional” ou o fim da teoria do bem jurídico tutelado na Alemanha**. In: AMBOS, Kai; BÖHM, Maria Laura. Desenvolvidos atuais das ciências criminais na Alemanha. Brasília/DF: Gazeta Jurídica, p. 29-51, 2013.
- BUSTOS RAMÍREZ, Juan. *Control social y sistema penal*. Barcelona: Promociones Publicaciones Universitarias, 1987.
- CABRAL, Rodrigo Ferreira Leite. **Manual do acordo de não persecução penal**. Bahia: Ed. Juspodivm, 2020.

- CACICEDO, Patrick Lemos. **Pena e funcionalismo sistêmico: uma análise crítica da prevenção geral positiva**. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade de São Paulo. São Paulo, 2014.
- CAETANO, Fábio Massaúd *et al.* **Determinantes da cifra oculta do crime no Brasil: uma análise utilizando os dados da PNAD 2009**. Estudos Econômicos, São Paulo, v. 50, n. 4, p. 647-670, dez./2021. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/ee/article/view/162269>. Acesso em: jul. 2022.
- CALLEGARI, André Luís; LYNETT, Eduardo Montealegre; JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manoel Cancio. **Direito penal e funcionalismo [trad. de André Luís Callegari, Nereu José Giacomolli e Lúcia Kalil]**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005
- CARO CORIA, Dino. *“Sociedades de riesgo”, bienes jurídicos colectivos y reglas concursales para la determinación de la pena en los delitos de peligro con verificación de resultado lesivo*. THEMIS: Revista de Derecho, n. 37, p. 195-208, 1998. Disponível em: <https://dialnet.unirioja.es/ejemplar/399245>. Acesso em: dez. 2021.
- CARO CORIA, Dino Carlos. *El principio de "ne bis in idem" en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*. Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, v. 15, n. 66, p. 9-52., mai./jun. 2007. Disponível em: [http://200.205.38.50/biblioteca/index.asp?codigo\\_sophia=63817](http://200.205.38.50/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=63817) . Acesso em: jul. 2021.
- CARVALHO, Thiago Fabres de. **O imaginário punitivo na contemporaneidade: os paradoxos da democracia em face dos movimentos de sobrepenalização e da gestão do risco criminal com base na segurança**. Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, v. 22, n. 108, p. 461-489, mai./jun.. 2014. Disponível em: [http://200.205.38.50/biblioteca/index.asp?codigo\\_sophia=105177](http://200.205.38.50/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=105177). Acesso em: 21 nov. 2021.
- CASTILLO MEZA, C. F.; MUÑOZ TORO, M. *La salud pública como bien jurídico penal de naturaleza colectiva y los delitos de peligro como técnica de tipificación*. Tese (Licenciado en ciencias jurídicas y sociales). Santiago: Universidad de Chile - Facultad de Derecho; 2016. Disponível em: <http://repositorio.uchile.cl/handle/2250/138907>. Acesso em: dez. 2021.

- CEREZO MIR, José. *Los delitos de peligro abstracto en el ámbito del derecho penal del riesgo*. Revista de Derecho Penal y Criminología, Madrid, 2ª época, n° 10, p.47-72, 2002. Disponível em: <http://revistas.uned.es/index.php/RDPC/issue/view/1314>. Acesso em: dez. 2021.
- CORCOY BIDASOLO, Mirentxu. *Delitos de Peligro y Protección de Bienes Jurídicos-Penales Supraindividuales*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1999.
- COSTA, Daniela Carvalho Almeida da; SODRÉ, Edyleno Italo Santos. **Reflexão acerca da administrativização do direito penal brasileiro (com a lei 12.846/2013)**. Revista Jurídica, [S.l.], v. 2, n. 43, p. 50 - 71, fev. 2017. Disponível em: <http://revista.unicuritiba.edu.br/index.php/RevJur/article/view/1815> Acesso em: out. 2019.
- COSTA, Jonas Fernandes. **Modernidade Reflexiva: Giddens, Beck e as limitações da segunda modernidade**. Dissertação (Mestrado em Sociologia) – Universidade Federal do Pará. Belém, 2009.
- COSTA, Sérgio. **Quase crítica: insuficiências da sociologia da modernização reflexiva**. Tempo Social, [S. l.], v. 16, n. 2, p. 73-100, 2004. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/S0103-20702004000200004>. Acesso em: dez. 2021.
- CRUZ, Marco Antonio Ferreira da. **Segurança e criminalidade organizada: o tráfico de estupefacientes**. Dissertação (Mestrado em Direito e Segurança) – Faculdade de Direito, Universidade Nova de Lisboa. Lisboa, 2013. Disponível em: <http://hdl.handle.net/10362/17239> Acesso em: out. 2019.
- COSTA, José Faria da. **O perigo em Direito penal**. Coimbra: Coimbra, 1992.
- DE MELO, André Luís Alves. **A inconstitucionalidade da obrigatoriedade da ação penal pública: releitura dos artigos 24 e 28 do Código de Processo Penal e art. 100, §1º, do Código Penal em face da não recepção pela Constituição de 1988**. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Estudos Pós-Graduados em Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2016.
- DE MIRANDA, Marine Carrière. **O princípio da precaução e suas consequências no direito penal**. Revista Eletrônica de Direito Penal e Política Criminal, v. 9, n. 1, p. 142-173, 2021. Disponível em: <https://seer.ufrgs.br/index.php/redppc/article/view/112149>. Acesso em: 14 jul. 2022. Disponível em: <https://seer.ufrgs.br/index.php/redppc/article/view/112149>. Acesso em: dez. 2021.

- DENNINGER, Erhard. **Segurança, diversidade e solidariedade ao invés de liberdade, igualdade e fraternidade**. Revista Brasileira de Estudos Políticos, v. 88, 21-45, 2003.
- DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito Penal: Parte Geral (Questões Fundamentais. A Doutrina Geral do Crime). Tomo I**. Coimbra: Coimbra Editora, 2004.
- DIAS, Augusto Silva. **Ramos emergentes do Direito Penal relacionados com a protecção do futuro**. Coimbra: Coimbra Editora, 2008.
- DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. **A política criminal na encruzilhada [tradução de André Luís Callegari]**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.
- DO NASCIMENTO, Jackson Fonte. **A escola de Frankfurt e seus principais teóricos**. PIDCC: Revista em propriedade intelectual direito contemporâneo, n. 5, p. 244-249, 2014. Disponível em: <http://ri.ufs.br/jspui/handle/riufs/9304>. Acesso em: jan. 2021.
- DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério [tradução de Nelson Boeira]**. São Paulo: Martins Fontes, 2002
- ESCRIVÁ GREGORI, José M<sup>a</sup>. **La puesta en peligro de los bienes jurídicos en Derecho penal**. Barcelona: Bosch Casa Editorial S.A. 1976.
- FEIJÓO SÁNCHEZ, Bernardo José. **Prevención general positiva. Una reflexión en torno a la teoría de la pena de Günther Jakobs**. Anuario de derecho penal y ciencias penales, Madrid, v. 59, Único, p. 111-134, jan./dez.. 2006. Disponível em: [http://200.205.38.50/biblioteca/index.asp?codigo\\_sophia=70456](http://200.205.38.50/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=70456). Acesso em: jul. 2022.
- FEIJÓO SÁNCHEZ, Bernardo José. **Retribución y prevención general: un estudio sobre la teoría de la pena y las funciones del derecho penal**. Buenos Aires: B. de F., 2007. Disponível em: [http://200.205.38.50/biblioteca/index.asp?codigo\\_sophia=76538](http://200.205.38.50/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=76538). Acesso em: jul. 2022.
- FEIJÓO SÁNCHEZ, Bernardo. **Sobre a “administrativização” do Direito Penal na “sociedade de risco”**. Revista Liberdades, n° 07, p. 23-62, mai./ago. 2011. Disponível em: <http://www.revistaliberdades.org.br/site/home/home.php>. Acesso em: out. 2019.
- FREITAG, Barbara. **O conteúdo programático da teoria crítica**. São Paulo: Editora Brasiliense, 1990.

- FREITAS, Juarez. **Democracia e o princípio constitucional da precaução: o Estado como guardião das presentes e futuras gerações**. In: CLÈVE, Clemerson Merlin; SARLET, Ingo Wolfgang; PAGLIARINI, Alexandre Coutinho. **Direitos humanos e democracia**. Rio de Janeiro: Forense, p. 371-384, 2007.
- GIDDENS, Anthony. *In defence of sociology: essays, interpretations and rejoinders*. Cambridge: Polity Press, 1996.
- GIDDENS, Anthony; BECK, Ulrich; LASH, Scott. **Modernização Reflexiva: política, tradição e estética na ordem moderna [trad. de Magda Lopes]**. São Paulo: Editora da Universidade Estadual Paulista, 1997.
- GIDDENS, Anthony. *Conversations with Anthony Giddens: making sense of modernity*. Stanford: Stanford University Press, 1998.
- GRECCO, Luís. **Introdução à dogmática funcionalista do delito - em comemoração aos trinta anos de “Política Criminal e Sistema Jurídico Penal”, de Roxin**. Revista Brasileira de Ciências Criminais, v. 8, n. 32, p. 120–163, out./dez., 2000. Disponível em: [http://200.205.38.50/biblioteca/index.asp?codigo\\_sophia=31458](http://200.205.38.50/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=31458). Acesso em: jan. 2021.
- GUIVANT, Julia S. **A teoria da sociedade de risco de Ulrich Beck: entre o diagnóstico e a profecia**. Estudos Sociedade e Agricultura, v. 9, n. 1, p. 95- 112, 2001. Disponível em: <https://revistaesa.com/ojs/index.php/esa/article/view/188>. Acesso em: dez. 2021.
- GÜNTHER, Klaus. Crítica da pena I. Revista Direito GV, São Paulo, FGV v.2, n.2, jul./dez. 2006.
- HASSEMER, Winfried. *Lineamentos de una teoría personal del bien jurídico*. Revista Doctrina Penal: teoría y práctica en las ciencias penales, Buenos Aires, v. 12, 45/48, p. 275-285, 1989. Disponível em: [http://200.205.38.50/biblioteca/index.asp?codigo\\_sophia=16858](http://200.205.38.50/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=16858). Acesso em: dez. 2021.
- HASSEMER, Winfried. *Derecho penal simbólico y protección de bienes jurídicos*. Pena y Estado: revista hispanolatinoamericana, n. 1, p. 23-36, set./dez.. 1991. Disponível em: [http://200.205.38.50/biblioteca/index.asp?codigo\\_sophia=97956](http://200.205.38.50/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=97956). Acesso em: dez. 2021.
- HASSEMER, Winfried. *Rasgos y crisis del Derecho Penal moderno*. Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, Tomo 45, 1992, pp. 235-249. ISSN 0210-3001. Disponível em: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=46402>. Acesso em: out. 2019.

- HASSEMER, Winfried. **Histórias das ideias penais na Alemanha do pós-guerra** [trad. de **Carlos Eduardo de Oliveira Vasconcelos**]. Revista de informação legislativa, v. 30, n. 118, p. 237-282, abr./jun. 1993. Disponível em <https://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/176133>. Acesso em: out. 2019.
- HASSEMER, Winfried. **Segurança Pública no Estado de Direito**. In: Três temas de Direito Penal, p. 61-81. Porto Alegre: Fundação Escola Superior do Ministério Público, 1994.
- HASSEMER, W. *Perspectivas del Derecho Penal futuro*. Revista penal, nº 1, 1998a, págs. 37-42. ISSN 1138-9168. Disponível em: <http://rabida.uhu.es/dspace/handle/10272/13023> Acesso em: out. 2019.
- HASSEMER, Winfried. **A preservação do ambiente através do direito penal**. Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, v. 6, n. 22, p. 27-35, abr./jun.. 1998b. Disponível em: [http://200.205.38.50/biblioteca/index.asp?codigo\\_sophia=18472](http://200.205.38.50/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=18472). Acesso em: mar. 2022.
- HASSEMER, Winfried. *Persona, mundo y responsabilidad: bases para una teoria de la imputación en derecho penal* [tradução de Francisco Muñoz Conde e Maria del Mar Díaz Pita] Valencia: Tirant lo Blanch, 1999.
- HASSEMER, Winfried. *Perspectivas de una nueva política criminal*. Revista de Derecho Penal, Buenos Aires, n. 1, p. 475-501, 2002. Disponível em: [http://200.205.38.50/biblioteca/index.asp?codigo\\_sophia=75934](http://200.205.38.50/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=75934) Acesso em: mar. 2022.
- HASSEMER, W. *Contra el abolicionismo: acerca del porqué no se debería suprimir el derecho penal*. Revista penal, nº 11, 2003, págs. 31-40. ISSN 1138-9168. Disponível em: <https://dialnet.unirioja.es/ejemplar/58998> Acesso em: out. 2019.
- HASSEMER, Winfried. **Introdução aos fundamentos do direito penal** [trad. **Pablo Rodrigo Alflen da Silva**]. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2005.
- HASSEMER, Winfried. **Sobre a arquitetura de um Direito Penal da Segurança** [trad. de **Tito Lívio Cruz Romão**]. Revista de Direito Público, v. 3, n. 14, 2006. ISSN 2236-1766. Disponível em: <https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/direitopublico/issue/view/133> Acesso em out. 2019.
- HASSEMER, Winfried. **Direito penal: fundamentos, estrutura, política** [org. e rev. **Carlos Eduardo de Oliveira Vasconcelos**]. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2008.

- HASSEMER, Winfried. **Desenvolvimentos previsíveis na dogmática do direito penal e na política criminal** [trad. de Pablo Rodrigo Alflen da Silva]. Revista Eletrônica De Direito Penal e Política Criminal - UFRGS, vol. 1, n. 1, 2013. Disponível em: <https://seer.ufrgs.br/redppc/issue/view/2245>. Acesso em: out. 2019.
- HASSEMER, Winfried. *El fundamento del derecho penal económico*. Revista de Derecho Penal, Buenos Aires, n. 2, p. 119-135, 2013.
- HASSEMER, Winfried. **Defesa contra o perigo pelo direito penal: uma resposta para as atuais necessidades de segurança?**. Revista de Estudos Criminais, v. 12, n. 55, p. 29-42, out./dez.. 2014. Disponível em: [http://200.205.38.50/biblioteca/index.asp?codigo\\_sophia=108725](http://200.205.38.50/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=108725). Acesso em: 14 dez. 2021.
- HASSEMER, Winfried; MUNOZ CONDE, Francisco. *Introducción a la criminología y al Derecho Penal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1989.
- HASSEMER, Winfried; MUNOZ CONDE, Francisco. *La Responsabilidad por el Producto en Derecho Penal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1995.
- HASSEMER, Winfried; NAUCKE, Wolfgang; LÜDERSSEN, Klaus. *Principales problemas de la prevención general*. Buenos Aires: B de F, 2006.
- HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. **Princípios Fundamentais da Filosofia do Direito** [tradução de Orlando Vitorino]. São Paulo: M. Fontes, 1997.
- HERRERA FLORES, Joaquín. *Premisas de uma teoria crítica del derecho*. In: CORREAS, Ocar; PRONER, Carol (coord.) Teoria crítica dos direitos humanos: in memoriam Joaquín Herrera Flores. Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2011.
- HESPANHA, Pedro. **Individualização, fragmentação e risco social nas sociedades globalizadas**. Revista Crítica de Ciências Sociais, n. 63, p. 21-31, 2002. Disponível em: <http://hdl.handle.net/10316/10863>. Acesso em: dez. 2021.
- HORKHEIMER, Max. **Filosofia e teoria crítica** [trad. de Edgar Alfonso Malagodi e Ronaldo Pereira Cunha]. São Paulo: Abril Cultural, 1975
- HORKHEIMER, Max. **Eclipse da Razão** [trad. de Sebastião Uchoa Leite]. São Paulo: Ed. Centauro, 2002.

- HORMAZABAL MALARÉE, Hernán. *Bien jurídico y estado social e democrático de derecho (el objeto protegido por la norma penal)*. Santiago de Chile: ConoSur, 1992.
- HUNGRIA, Nelson. **Ilícito Administrativo e ilícito penal**. Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro, v. 1 n. 1, p. 24-31, 1945.
- JAKOBS, Günther. *Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho penal funcional* [tradução de Manuel Cancio Meliá y Bernardo Feijóo Sanchez]. Madrid: Civitas Edicionais, 1996.
- JAKOBS, Günther. *Derecho penal: parte general - fundamentos y teoría de la imputación*. 2. ed. Madrid: Marcial Pons, 1997a.
- JAKOBS, Günther. *Estudios de Derecho Penal* [tradução de Enrique Peñaranda Ramos, Carlos J. Suárez González y Manuel Cancio Meliá]. Madrid: Civitas Edicionais, 1997b.
- JAKOBS, Günther. *La imputación objetiva em el derecho penal*. Buenos Aires: Editorial Ad-Hoc, 1997c.
- JAKOBS, Günther. *Sobre la teoría de la pena* [tradução de Manuel Cancio Meliá]. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1998.
- JAKOBS, Günther. *Derecho penal del enemigo* [tradução de Manuel Cancio Meliá]. Madrid: Thompson-Civitas, 2003a.
- JAKOBS, Günther. **Fundamentos do Direito Penal** [tradução de André Luis Callegari]. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003b.
- JAKOBS, Günther. *Dogmática de derecho penal y la configuración normativa de la sociedad*, Madrid: Thompson-Civitas, 2004a.
- JAKOBS, Günther. *¿Qué protege el Derecho Penal: bienes jurídicos o la vigencia de la norma?*, [tradução de Manuel Cancio Meliá], Mendoza: Ediciones Jurídicas Cuyo, 2004b.
- JAKOBS, Günther. *La pena estatal: significado y finalidad* [tradução de tradução de Manuel Cancio Meliá y Bernardo Feijóo Sanchez]. Madrid: Thompson-Civitas, 2006.
- JAKOBS, Günther. **Proteção de bens jurídicos? Sobre a legitimação do Direito Penal**. [tradução, apresentação e notas por Pablo Rodrigo Alflen]. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018,.
- KAUFMANN, Arthur; WINFRIED, Hassemer. **Introdução à filosofia do direito e à teoria do direito contemporâneas**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002.

- KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito** [tradução de João Batista Machado]. 6ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.
- LEYVA ESTUPIÑÁN, M. A.; LUGO ARTEAGA, L. *La protección de bienes jurídicos como función del derecho penal. Expansión al ámbito económico*. Revista de Ciencias Sociales, [S. l.], n. 67, 2015, p. 143. Disponível em: <https://revistas.uv.cl/index.php/rscs/article/view/391>. Acesso em: dez. 2021.
- LISZT, Franz von. **Tratado de direito penal alemão** [trad. de José Hygídio Duarte Pereira]. Tomo I. Rio de Janeiro: Briguiet, 1899.
- LISZT, Franz von. *La idea del fin em el Derecho Penal* [trad. De Carlos Pérez del Valle]. Bogotá: Temis, 1998.
- LOBO DA COSTA, Helena. **Direito Penal Econômico e Direito Administrativo Sancionador: ne bis in idem como medida de política sancionadora integrada**. 2013. Tese (Livre-Docência em Direito Penal) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013.
- LOBO DA COSTA, Helena Regina. *Ne bis in idem entre direito penal e direito administrativo sancionador*. Boletim IBCCRIM. São Paulo, v. 29, n. 340, p. 6-8, mar.2021.
- LOPES, Luciano Santos; FRANCO, Ticiane Moraes. **Administrativização do direito penal econômico**. In: SANTIAGO, Nestor Eduardo Araruna; BORGES, Paulo César Corrêa; LANGROIVA, Cláudio José. (Org.). *Direito penal e criminologia*. Florianópolis: FUNJAB, p. 83-109, 2013.
- LÓPEZ, Sonia Calaza; COBO, José Carlos Muinelo; DE PRADA RODRÍGUEZ, Mercedes. *El impacto de la oportunidad sobre los principios procesales clásicos: estudios y diálogos*. Madrid: Iustel, 2021.
- LIUTI, Fátima de Lourdes Ferreira; MORAES, Alcemir da Silva. **Direito e justiça: da pré-história à contemporaneidade**. Revista Videre, [S.l.], v. 1, n. 2, p. 101-122, maio 2010. Disponível em: <http://ojs.ufgd.edu.br/index.php/videre/article/view/694/445>. Acesso em: out. 2019.
- LUHMANN, Niklas. *Observations on modernity*. Stanford: Stanford University Press, 1998.

- LUVIZOTTO, Caroline Kraus. **A racionalização das tradições na modernidade: o diálogo entre Anthony Giddens e Jürgen Habermas.** Trans/Form/Ação: Revista de Filosofia da UNESP, v. 36, n. 1, p. 245-258, 2013. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.1590/S0101-31732013000400015>. Acesso em: dez. 2021.
- MACHADO, E. M. S. **A administrativização do direito penal em face da sociedade do risco e a flexibilização dos princípios e garantias jurídico-penais.** Revista Lumiar de Ciências Jurídicas, v. 4, p. 67-75, 2011. Disponível em: <https://www.revistas2.uepg.br/index.php/lumiar/article/view/2482>. Acesso em: out. 2019.
- MACHADO, Fábio Guedes de Paula; GIACOMO, Roberta Catarina. **Novas teses dogmáticas jurídico-penais para a proteção do bem jurídico ecológico na sociedade do risco.** Revista Liberdades, São Paulo, n. 2, p. 39-55, set./dez.. 2009. Disponível em: [http://200.205.38.50/biblioteca/index.asp?codigo\\_sophia=71648](http://200.205.38.50/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=71648). Acesso em: mar. 2022.
- MARKY, Thomas. **Curso Elementar de Direito Romano.** 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 1995.
- MATA MACHADO, Edgar. **Elementos de Teoria Geral do Direito.** Belo Horizonte: UFMG, 1995.
- MATA Y MARTÍN, Ricardo M. **Bienes jurídicos intermedios y delitos de peligro.** Granada: Comares, 1997.
- MELOSSI, Dario. *Georg Rusche and Otto Kirchheimer: 'Punishment and Social Structure.* Social Justice, vol. 40, no. 1/2 (131-132), Social Justice/Global Options, pp. 265–84, 2014. Disponível em: <http://www.jstor.org/stable/24361672>. Acesso em: mar. 2022.
- MENDES, José Manuel. **Ulrich Beck: a imanência do social e a sociedade do risco.** Análise Social, v. 50, n. 214, p. 211-215, 2015. Disponível em: <http://hdl.handle.net/10316/40767>. Acesso em: dez. 2021.
- MIR PUIG, Santiago. *Estado, Pena y Delito. Colección: Maestros del Derecho Penal. n. 21.* Buenos Aires: B de F, 2006.
- MOTTA, Renata. **Sociologia de risco: globalizando a modernidade reflexiva.** Revistas Sociologias, n. 22, p. 384-396, ago. 2009. Disponível em: <https://seer.ufrgs.br/sociologias/article/view/9653>. Acesso em: dez. 2021.
- MORIN, Edgar. **Para além do Iluminismo.** Revista FAMECOS, v. 12, n. 26, p. 24-28, 13 abr. 2008. Disponível em: <https://doi.org/10.15448/1980-3729.2005.26.3299>. Acesso em: dez. 2021.

- NEVES, Clarissa Eckert Baeta; SAMIOS, Eva Machado Barbosa. **Niklas Luhmann: a nova teoria dos sistemas**. Porto Alegre, Editora da UFRGS/Goethe--Institut/ICHA, 1997,
- OHANA, Daniel. *Administrative penalties in the 'Rechtsstaat': on the emergence of the 'Ordnungswidrigkeit' sanctioning system in post-war germany*. The University of Toronto Law Journal, vol. 64, no. 2, 2014.
- OLIVEIRA, Ana Carolina Carlos de. **Direito de Intervenção e o Direito Administrativo Sancionador: o pensamento de Hassemer e o Direito Penal brasileiro**. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012.
- PAULO, José Vilema. **Política e Fragmentação da Sociedade Moderna: a propósito do pensamento de Ulrich Beck**. Tese (Doutorado em Teoria Jurídico-Política e Relações Internacionais) – Universidade de Évora, Évora, 2015.
- PÉREZ ÁLVAREZ, Fernando. *Protección penal del consumidor, salud pública y alimentación. Análisis del tipo objetivo del delito alimentario nocivo*. Barcelona: Editorial Praxis, 1991.
- POZZEBON, Fabrício Dreyer de Ávila. **Mídia, direito penal e garantias**. Criminologia e sistemas jurídico-penais contemporâneos. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2008.
- PRITTWITZ, Cornelius. **O direito penal entre direito penal do risco e direito penal do inimigo: tendências atuais em direito penal e política**. Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, v. 12, n. 47, p. 31-45, mar./abr. 2004. Disponível em: [http://200.205.38.50/biblioteca/index.asp?codigo\\_sophia=47420](http://200.205.38.50/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=47420). Acesso em: dez. 2021.
- PUERARI, Adriano Farias. **O Direito de Mera Ordenação Social português como rumo de criação de um espaço próprio ao Direito Administrativo Sancionador brasileiro**. 2016. Dissertação (Mestrado em Ciências Jurídico-Políticas) – Faculdade de Direito, Universidade de Coimbra, Coimbra, 2016.
- QUEIROZ, Rafael Mafei Rabelo. **A teoria penal de P. J. A. Feuerbach e os juristas brasileiros do século XIX: a construção do direito penal contemporâneo na obra de P. J. A. Feuerbach e sua consolidação entre os penalistas do Brasil**. 2008. Tese (Doutorado em Direito) – Departamento de Filosofia e Teoria Geral do Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2008.
- REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 25ª ed., São Paulo: Saraiva, 2001.

- REIS, Marco Antonio Santos. **Uma contribuição à dogmática dos delitos de perigo abstrato**. RFD- Revista da Faculdade de Direito da UERJ, [S.l.], n. 18, abr. 2011. ISSN 2236-3475. DOI: <https://doi.org/10.12957/rfd.2010.1361>. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/rfduerj/article/view/1361>. Acesso em: 24 out. 2019.
- RIBEIRO, Ricardo Lodi. **Globalização, sociedade de risco e segurança**. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v.246, p. 267-287, set.dez. 2007.
- ROMEO CASABONA, Carlos María. **Contribuições do princípio da precaução ao direito penal**. Revista de Estudos Criminais. Porto Alegre, v. 2, n. 5, p. 36-60, 2002. Disponível em: [http://200.205.38.50/biblioteca/index.asp?codigo\\_sophia=38482](http://200.205.38.50/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=38482). Acesso em: fev. 2022.
- ROXIN, Claus. **A proteção de bens jurídicos como função do Direito Penal. [Organização e Tradução de André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli]**. 2ª edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018
- ROUANET, Sérgio Paulo. **Teoria Crítica e Psicanálise**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2001.
- SABOYA, Keity. **Ne bis in idem em tempos de multiplicidades de sanções e de agências de controle punitivo**. Jornal de Ciências Criminais, São Paulo, vol. 1, n. 1, p. 71-92, jul.-dez. 2018. Disponível em: [http://200.205.38.50/biblioteca/index.asp?codigo\\_sophia=147171](http://200.205.38.50/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=147171). Acesso em: jul. 2021.
- SANTOS, Boaventura de Souza (Org). **A globalização e as ciências sociais**. São Paulo: Cortez, 2002.
- SCHÜNEMANN, Bernd. **O Direito Penal é a *ultima ratio* da proteção de bens jurídicos! – Sobre os limites invioláveis do Direito Penal em um Estado de direito liberal**. Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, v. 13, n. 53, p. 9-37, mar./abr. 2005. Disponível em: [http://200.205.38.50/biblioteca/index.asp?codigo\\_sophia=50732](http://200.205.38.50/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=50732). Acesso em: fev. 2022.
- SILVA, Lucas Santana. **Prevenção geral positiva: análise crítica das teorias de Günther Jakobs e Winfried Hassemer**. Dissertação (Mestrado em Ciências Criminais) – Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. Porto Alegre, 2011.

- SILVA, Renato de Almeida Viera. **Os ideais de igualdade, fraternidade e liberdade na prática democrática: entre Rousseau e Habermas.** Lumen et Virtus: Revista interdisciplinar de cultura e imagem, v. 2, n. 4, p. 121-133, 2011. Disponível em: [http://www.jackbran.com.br/lumen\\_et\\_virtus](http://www.jackbran.com.br/lumen_et_virtus). Acesso em: dez. 2021.
- SILVA SÁNCHEZ, Jesus Maria. *La expansión del Derecho Penal: aspectos de la Política criminal em las sociedades postindustriales.* Buenos Aires: Editorial B de F, 3ª edição, 2011.
- SOUZA, Jaime Luis Cunha. **Crime, Polícia e Tecnologias da Informação.** Mediações - Revista De Ciências Sociais, v. 22, nº 1, 2017, p. 301-324. ISSN: 1414-0543. Disponível em: <http://www.uel.br/revistas/uel/index.php/mediacoes/article/view/30764>. Acesso em: out. 2019.
- SPINELLI, André Luiz Pereira. “**La sociedade del riesgo: hacia una nueva modernidad**”, de Ulrich Beck, e sua recepção pela teoria da imputação objetiva. Revista Captura Crítica: direito, política, atualidade. Florianópolis, v. 6, n. 1, p. 317-323, 2017. Disponível em: <http://ojs.sites.ufsc.br/index.php/capturacritica/issue/view/207/showToc>. Acesso em: dez. 2021.
- STRATENWERTH, Günter. **Sobre o conceito de bem jurídico [tradução de Luís Greco].** In: O bem jurídico como limitação do poder estatal. Rio de Janeiro: Lumen Juris, p. 129-148, 2016.
- STUCKENBERG, Carl-Friedrich. **As deficiências constitucionais da teoria do bem jurídico.** Revista Eletrônica de Direito Penal e Política Criminal, v. 2, n. 1, p. 3-14, 2014. Disponível em: <https://seer.ufrgs.br/index.php/redppc/article/view/51810>. Acesso em: dez. 2021.
- TAVARES, Juarez. *Bien Jurídico y función en Derecho Penal.* Buenos Aires: Hamurabi, 2004.
- THOMPSON, Augusto F. Gaffrée. **Lei penal em branco e retroatividade benéfica.** Revista de Direito Processual Geral, Rio de Janeiro, v. 19, 1968.

TOMILLO, Manuel Gómez. *Non bis in ídem en los casos de dualidad de procedimientos penal y administrativo. Especial consideración de la jurisprudencia del TEDH*. InDret, Barcelona, p. 421–456, fev.2020. Disponível em: <https://indret.com/non-bis-in-idem-en-los-casos-de-dualidad-de-procedimientos-penal-y-administrativo-especial-consideracion-de-la-jurisprudencia-del-tedh/>. Acesso em: jul. 2021.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **A questão criminal [tradução de Sérgio Lamarão]**. Rio de Janeiro: Revan, 2013.

ZAPATER, Enrique Bacigalupo. *La función del concepto de norma en la dogmática penal*. Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, n. 11, p. 61-74, 1986

ZULUAGA, John. **Winfried Hassemer: um discrepante em favor das liberdades [trad. de Raquel Lima Scalcon]**. São Paulo: Boletim IBCCRIM, ano 22, nº 257, p. 3-4, abr. 2014.

WELZEL, Hans. *Derecho Penal. Parte General [trad. de Carlos Fontán Balestra]*. Buenos Aires: Editorial Depalma, 1956.

WOLKMER, Antônio Carlos. **Introdução ao pensamento jurídico crítico**. São Paulo: Saraiva, 2008.