

UNIVERSIDADE ESTADUAL DE MATO GROSSO DO SUL
UNIDADE UNIVERSITÁRIA DE PARANAÍBA
CURSO DE DIREITO

Livia Menezes Simão

**DIREITO PENAL NA SOCIEDADE PÓS-MODERNA: expansão normativa e
flexibilização de princípios**

Paranaíba/MS

2016

LIVIA MENEZES SIMÃO

**DIREITO PENAL NA SOCIEDADE PÓS-MODERNA: expansão normativa e
flexibilização de princípios**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à
Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul, Unidade
Universitária de Paranaíba como exigência parcial para
Bacharelado do curso de Direito.

Orientador: Prof. Dr. Isael José Santana.

Paranaíba/MS

2016

S596d Simão, Livia Menezes
Direito penal na sociedade pós-moderna: expansão normativa e
flexibilização de princípios/ Livia Menezes Simão- - Paranaíba, MS: UEMS,
2016.
59f.; 30 cm.

Orientador: Prof. Dr. Isael José Santana.

Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharel em Direito) –
Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul, Unidade Universitária de
Paranaíba.

1. Direito penal. 2 Pós-modernidade. I. Simão, Livia Menezes. II.
Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul, Unidade de Paranaíba,
Curso de Direito. III. Título.

CDD – 345

Bibliotecária Responsável: Susy dos Santos Pereira- CRB1º/1783

LIVIA MENEZES SIMÃO

**DIREITO PENAL NA SOCIEDADE PÓS-MODERNA: expansão normativa e
flexibilização de princípios**

Este exemplar corresponde à redação final do Trabalho de Conclusão de Curso apresentado e aprovado para obtenção do título de bacharelado em Direito pela Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul, Unidade Universitária de Paranaíba.

Aprovado em/...../.....

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr. Isael José Santana (Orientador)
Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul (UEMS)

Prof. Esp. Roberto Carlos Alves de Oliveira Júnior
Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul (UEMS)

Dra. Juliana Nonato
Promotora de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul

À minha mãe Valdecy, à minha tia Valdete e,
aos meus avós Maria e Vicente (*in memoriam*).

AGRADECIMENTOS

Agradeço à minha mãe Valdecy, pela compreensão, apoio e incentivo constantes. Meu maior exemplo de humanidade e abnegação profissional.

À minha tia Valdete, pelo carinho e incessante apoio e confiança.

Aos meus avós Maria e Vicente (*in memoriam*), meus maiores exemplos de caráter.

Aos meus amigos, Joanne, Daniele, Márcio, Neto, Natália, Mariana, Djalma, Juliana, Giulia, Magda, Bruno, Walerf, Wisley, Indira, Ivana, Lucas e Regiane, pelo companheirismo.

Aos demais colegas de turma, pelos momentos inolvidáveis.

Ao amigo Roberto C. Oliveira, pela instigação, confiança, apoio e, convívio cordial e prestimoso. Tenho em você um exemplo de profissional e de pessoa.

Aos docentes do curso de Direito e demais servidores da Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul, Unidade Universitária de Paranaíba, pelo préstimo em minha jornada acadêmica.

Ao meu orientador, Prof. Dr. Isael José Santana, por suscitar em mim a inquietação, por acolher e confiar em mais um projeto.

À Doutora Juliana Nonato, Promotora de Justiça, pelo acolhimento e paciência. Tenho na senhora um exemplo de profissionalismo.

Aos amigos do estágio Sandra, Naira, Juliana Gomes, Juliana Alves, Diego, Emílio e a Sr^a. Eremita, pela afabilidade.

RESUMO

O trabalho versa sobre a expansão do Direito Penal na sociedade pós-moderna, a fim de se perscrutar a flexibilização dos princípios na atividade legiferante. Para esta pesquisa, utilizou-se o método dedutivo e indutivo, mediante pesquisa bibliográfica de autores nacionais e estrangeiros. Desse modo, pode-se constatar que as consequências da sociedade pós-moderna, caracterizada, mormente pelo desenvolvimento de novos processos produtivos, inovações científicas e internacionalização de mercados, tem determinado modificações significativas no direito penal. Com efeito, essas modificações socioeconômicas, com os respectivos riscos de grandes proporções aumentam a demanda por segurança e, conseqüentemente a criminalização de condutas. De fato, devido à gravidade das sanções do direito penal, este se fita por princípios limitadores do *ius puniendi* estatal; dentre os quais, o princípio da legalidade, fragmentariedade, intervenção mínima, adequação social e ofensividade. Todavia, nessa nova conjuntura da sociedade pós-moderna, o direito penal se antecipa e passa a criminalizar condutas que exponham os bens jurídicos a perigo, em detrimento da efetiva lesão. Assim, passa a nova técnica legislativa penalista a se utilizar, sobremaneira dos tipos penais culposos, omissivos de perigo abstrato e em branco. Dessa forma, a expansão do direito penal, faz com que se tenha uma flexibilização em seus elementos fundamentantes. Constatou-se que, independentemente, do nível de desenvolvimento social e econômico, essa característica expansionista de tutela do risco associada ao direito penal é notável na legislação penal do Brasil, Colômbia, Espanha e Portugal. Por fim, restou demonstrado que a dilatação da tutela penal é politicamente eficiente, pois ao mesmo tempo em que há menor desgaste político ao legislador, propaga o discurso da segurança por estar determinada conduta criminalizada no ordenamento jurídico.

Palavras-chave: Pós-modernidade. Risco. Princípios. Direito Penal.

ABSTRACT

The work turns on the expansion of the Criminal law in the after-modern society, in order to examine the flexibilize of the principles in the activity legislator. For this research, the deductive and inductive method was used, by means of bibliographical research of national and foreign authors. In this manner, it can be evidenced that the consequences of the after-modern society, characterized, mainly for the development of new productive processes, scientific innovations and internationalization of markets, have determined significant modifications in the criminal law. With effect, these socioeconomic modifications, with the respective risks of great ratios increase the demand for security and, like this the to criminalize of behaviors. In fact, due to gravity of the sanctions of the criminal law, this if ribbon for limiter principles of *ius puniendi* state; amongst which, the beginning of the legality, secondary, minimum intervention, social adequacy and offensiveness. However, in this new conjuncture of the after-modern society, the criminal law if anticipates and starts to criminalizar behaviors that display the goods legal the danger, in detriment of the effective injury. Thus, it passes the new criminal legislative technique if to use, excessively of the guilty, omission criminal types of abstract and blank danger. Of this form, the expansion of the criminal law, makes with that if it has a flexibilize in its foundation elements. One evidenced that, independently, of the level of social and economic development, this expansion characteristic of guardianship of the risk associated with the criminal law is notable in the criminal legislation of Brazil, Colombia, Spain and Portugal. Finally, it remained demonstrated that the enlargement of the criminal guardianship is politically efficient, therefore at the same time where it has minor consumes politician to the legislator, it propagates the speech of the security for being determined behavior criminalized in the legal system.

Keywords: After-modernity. Risk. Principles. Criminal law.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	8
1 PÓS-MODERNIDADE	9
1.1 MODERNIDADE E PÓS-MODERNIDADE.....	9
1.2 PÓS-MODERNIDADE: REFLEXÕES	10
1.2.1 “Alta modernidade”	10
1.2.2 “Natureza-cultura”	14
1.2.3 Descentração da identidade	16
1.2.4 “Sociedade de riscos”	18
2 PRINCIPIOLOGIA	24
2.1 ESCORÇO INTRODUTÓRIO	24
2.2 ELEMENTOS FUNDAMENTANTES DO DIREITO PENAL	31
2.2.1 Princípio da legalidade	32
2.2.2 Princípio da intervenção mínima	33
2.2.3 Princípio da ofensividade	35
3 DIREITO PENAL DO RISCO	37
3.1 PRELÚDIO.....	37
3.2 PONDERAÇÕES SOBRE O DIREITO PENAL DO RISCO	38
3.3 EXPANSÃO DO DIREITO PENAL NA PÓS-MODERNIDADE: LEGISLAÇÃO PENAL COMPARADA	48
CONSIDERAÇÕES FINAIS	53
REFERÊNCIAS	57

INTRODUÇÃO

Inicialmente cumpre estabelecer que ao Direito Penal, dada a gravidade das suas sanções, compete a tutela dos bens jurídicos mais relevantes, exurgindo daí seu caráter fragmentário.

Com efeito, enquanto objeto cultural, o Direito não se mantém indene às alterações sociais, de modo que é permeável a tais vicissitudes. Assim, com a globalização da sociedade, e sua conseqüente exposição a infindos riscos, calha perscrutar seus reflexos no direito penal.

Desse modo, essa nova estruturação da sociedade – os novos processos produtivos, as inovações científicas e a internacionalização dos mercados – serão objeto de breve ponderação, a fim de se constatar suas implicações sociais, no que se denomina sociedade pós-moderna.

Associado a isso, buscar-se-á declinar acerca da estrutura paradigmática penalista, com uma breve digressão a algumas doutrinas que tratam de acepções principiológicas, bem como ponderar sobre princípios a serem observados na atividade legiferante, no que tange à tutela criminal.

Prosseguir-se-á, com a consignação dos efeitos das características da sociedade pós-moderna para o direito penal. Em específico, o trabalho analisará a expansão do direito penal – direito penal do risco/emergencial –, bem como sua possível antecipação para tutelar condutas que exponham ao perigo, em detrimento da lesão.

Juntamente à essa influência da pós-modernidade no direito, pautar-se-á a pesquisa pela análise das conseqüências dessa sociedade inconstante na técnica legislativa penal, com ênfase para a observância ou flexibilização dos princípios limitadores do *ius puniendi*.

Por fim, proceder-se-á a uma análise comparativa de alguns dispositivos penais da República Federativa do Brasil, da República da Colômbia, da República Portuguesa e do Reino da Espanha, a fim de se analisar em países com distintos níveis de desenvolvimento social e econômico, a possível existência de uma expansão penalista e se a técnica legislativa na criminalização de condutas tem a mesma similitude.

1 PÓS-MODERNIDADE

1.1 MODERNIDADE E PÓS-MODERNIDADE

Neste trabalho, optou-se por uma análise das desconsiderações de preceitos axiológicos nevrálgicos ao Direito Penal, em muito imiscuído às especificidades pós-modernas. De fato, o direito, enquanto objeto cultural não é impermeável às mudanças sociais; nesse sentido, mostra-se necessária uma breve imersão na sociologia e antropologia, a fim de elucubrar-se sobre a sociedade pós-moderna.

Inicialmente, calha asseverar que embora não haja consenso quanto a acepção do termo pós-moderno, neste trabalho opta-se pela sua consideração, justamente por ser polissêmico, o que possibilita uma análise mais ampla da sociedade contemporânea.

É relevante expor que na modernidade, influenciada pelo idealizado no Iluminismo, bem como na Revolução Francesa, o indivíduo passa a ser o centro de referência fundamental, em detrimento do corpo social, em que se valoriza a igualdade e a liberdade. Ainda, conforme David Harvey (2008, p.19), quanto ao aspecto cultural da modernidade, constata-se “[...] uma crença no progresso linear, nas verdades absolutas, no planejamento racional de ordens sociais ideais e com a padronização do conhecimento e da produção. ”

No tocante à concepção de indivíduo acima mensurado, oportuna a ponderação de Stengel mencionado por Roberto da Mata (2004, p.40):

A pessoa é definida por um universo relacional, não havendo uma mediação direta com a realidade social. Esta mediação é feita por diferentes esferas como, por exemplo, a família. A identidade é construída pela imposição na família ou em um grupo social ordenado hierarquicamente. O indivíduo, ao contrário, tem uma mediação direta com a realidade e seu meio social é composto por regras universais e impessoais. O indivíduo existe como um valor e sua identidade é radicada em sua própria história e em suas escolhas pessoais.

Diversamente, na pós-modernidade sobreleva “[...] a heterogeneidade e a diferença como forças libertadoras na redefinição do discurso cultural. A fragmentação, a indeterminação e a intensa desconfiança de todos os discursos universais [...]”. (HARVEY, 2008, p. 19).

No que se refere ao aspecto econômico, Harvey (2008, p. 125 e 129) coloca que na modernidade, o sistema de produção e consumo em massa – fordismo –; atingirá seu apogeu

com interferência estatal – New Deal de Rossevet – após o fim da Segunda Guerra Mundial, quando então, associado ao Keynesianismo, o “[...] capitalismo se dedicou a um surto de expansões internacionalistas de alcance mundial que atraiu para a sua rede inúmeras nações descolonizadas”, o qual perdurou até aproximadamente, 1973.

No entanto, em 1973, com uma disponibilização financeira significativa e reduzidas áreas para investimento, sobreveio acentuada inflação, que repercutiu no mercado imobiliário. Ainda, não se deve olvidar que associado a isso, tem-se a crise do petróleo. (HARVEY, 2008).

Com efeito, ante a crise que se abateu, outras formas de organização econômica sobressaem como características da pós-modernidade, denominada por David Harvey como “acumulação flexível”, para o autor (2008, p. 140) essa regulação

[...] se apoia na flexibilidade dos processos de trabalho, dos mercados de trabalho, dos produtos e padrões de consumo. Caracteriza-se pelo surgimento de setores de produção inteiramente novos, novas maneiras de fornecimento de serviços financeiros, novos mercados, e sobretudo, taxas altamente intensificadas de inovação comercial, tecnológica e organizacional. A acumulação flexível envolve rápidas mudanças dos padrões do desenvolvimento desigual, tanto entre setores como entre regiões geográficas, criando, por exemplo, um vasto movimento no emprego do chamado “setor de serviços”, bem como conjuntos industriais completamente novos em regiões até então subdesenvolvidas... Ela também envolve um movimento que chamarei de compressão de espaço-tempo... os horizontes temporais da tomada de decisões privada e pública se estreitaram, enquanto a comunicação via satélite e a queda dos custos de transporte possibilitaram cada vez mais a difusão imediata dessas decisões num espaço mais amplo e variado.

Por fim, destaca-se que inobstante o declinado, não se deve olvidar as modificações pelas quais perpassaram a relação ciência-sociedade, com grande influência no local-global, determinadas, não somente pela economia, mas, também, pela fragmentação do conhecimento e da identidade, fazendo-se oportuno o raciocínio que se segue.

1.2 PÓS-MODERNIDADE: REFLEXÕES

1.2.1 “Alta modernidade”

Para Anthony Giddens (1991, p. 16), a visualização evolucionista da história é prejudicial à sua devida apreensão, conquanto diferentemente da forma “totalizada” à que ela se atribui, a história na sociedade pós-moderna é determinada por discontinuidades. De fato,

são “[...] ordenados por princípios completamente diferentes dos que estabeleceram a cidade pré-moderna em relação ao campo em períodos anteriores. ”

Contrariamente ao previsto, a modernidade não trouxe aura pacifista, mas caracterizou-se por uma perda substancial de pessoas envolvidas em conflitos bélicos, o que contribuiu sobremaneira ao desenvolvimento da “indústria bélica”; relegando, assim, à modernidade o perigo e a descrença no progresso, ante constatação das atrocidades a que a ciência e o homem podem cometer. (GIDDENS, 1991).

Ainda, conforme o mesmo autor (1991, p. 28), o tempo e espaço são de especial relevância para se compreender a uniformização de ambos, porquanto se, antes tinha-se o tempo vinculado ao espaço, com sua homogeneização, não somente o tempo, como, também as organizações sociais se uniformizaram. Conseqüentemente, o “[...] esvaziamento do tempo é em grande parte a pré-condição para o esvaziamento do espaço e tem assim prioridade causal sobre ele”. Dessa forma,

Nas sociedades pré-modernas, espaço e tempo coincidem amplamente, na medida em que as dimensões espaciais da vida social são, para a maioria da população, e para quase todos os efeitos, dominadas pela ‘presença’ - por atividades localizadas. O advento da modernidade arranca crescentemente o espaço do tempo fomentando relações entre outros ‘ausentes’, localmente distantes de qualquer situação dada ou interação face a face... o lugar se torna cada vez mais *fantasmagórico*: isto é, os locais são completamente penetrados e moldados em termos de influências sociais bem distantes deles. O que estrutura o local não é simplesmente o que está presente em cena; a ‘forma visível’ do local oculta as relações distanciadas que determinam sua natureza. (GIDDENS, 1991, p. 29, grifos do autor).

Quanto às interações sociais no tempo-espaço, Anthony Giddens opta por defini-las por meio do “desencaixe”, tendo-se em vista sua órbita de análise. Aliás, referido autor o vê mediante dois fatores: as fichas simbólicas (formas de intersecção que podem ser disseminadas sem se vincular a um local ou práticas sociais específicas que lidam com estes, eg. dinheiro), e os sistemas peritos.

Assim, passa-se à compreensão da confiança associada ao perigo, em que, “[...] resultados inesperados podem ser uma consequência de nossas próprias atividades ou decisões [...]”. (GIDDENS, 1991, p. 39 e 41)

Dessa forma, com esse distanciamento, as interações sociais baseiam-se em símbolos e sistemas peritos, os quais mais do que efetiva constatação, baseiam-se na confiança, porquanto,

[...] está relacionada à ausência no tempo e no espaço. Não haveria necessidade de se confiar em alguém cujas atividades fossem continuamente visíveis e cujos processos de pensamento fossem transparentes, ou de confiar em algum sistema cujos procedimentos fossem inteiramente conhecidos e compreendidos. (GIDDENS, 1991, p. 43-44).

Nesse liame, insta asseverar sobre o sistema reflexivo, abordado por Anthony Giddens (1991, p.47), no qual declina que os reflexos culturais determinam o monitoramento da nossa ação. Ressalta que, em culturas tradicionais, a tradição “[...] é um modo de integrar a monitoração da ação com a organização tempo-espacial da comunidade.”

Para o aludido autor, (1991, p. 49-50):

A reflexividade da vida social moderna consiste no fato de que as práticas sociais são constantemente examinadas e reformadas à luz de informação renovada sobre estas próprias práticas, alterando assim constitutivamente seu caráter[...]. Estamos em grande parte num mundo que é inteiramente constituído através de conhecimento reflexivamente aplicado, mas onde, ao mesmo tempo, não podemos nunca estar seguros de qualquer elemento dado deste conhecimento não será revisado.

Declina o supracitado autor (1991, p. 48), que para se compreender a noção tempo-espço é nevrálgico sua associação à escrita, pois com esta, há um distanciamento, conquanto a escrita os expande, na medida em que “[...] cria uma perspectiva de passado, presente e futuro, onde a apropriação reflexiva do conhecimento pode ser destacada da tradição designada.”

Ressalta-se, conforme Giddens (1991) que, nas sociedades pré-modernas, pela escassez de acesso à alfabetização, a reflexividade ainda estava, fortemente, vinculada à tradição.

Diversamente, na modernidade, a reflexividade transmuta-se e,

[...] o pensamento e a ação estão constantemente refratados entre si. A rotinização da vida cotidiana não tem nenhuma conexão intrínseca com o passado, exceto na medida em que o que ‘foi feito antes’ por acaso coincide com o que pode ser defendido de uma maneira proba à luz do conhecimento renovado... a tradição pode ser justificada, mas apenas à luz do conhecimento, o qual por sua vez não é autenticado pela tradição. (GIDDENS, 1991, p. 48).

Obtempera Anthony Giddens (1991, p. 49), que “informação renovada” é a tônica da reflexividade, pois, as ações humanas estão em constante adaptação ante as novas alterações provocadas pelo conhecimento sobre essas práticas. Aliás, somente nessa era, “[...] a convenção é radicalizada para se aplicar (em princípio) a todos os aspectos da vida humana, inclusive à interação tecnológica no mundo material. ”

Dessa forma, o anseio por maior segurança que uma reflexividade pautada no conhecimento poderia proporcionar, malogrou; conquanto em fins do séc. XX, nota-se a inexistência de segurança quanto àquilo que se sabe, pois, tudo é passível de mudança.

Anthony Giddens (1991) assevera que há quatro conjuntos de fatores, os quais atuam sobre a apreensão da esfera social, que obstam uma compreensão mais abrangente das instituições humanas, bem como do controle “tecnológico” sobre a mesma.

Nesse contexto, tem-se o poder diferencial – ausência de homogeneidade na apropriação do conhecimento –, “[...] disponível para aqueles em posição de poder, que são capazes de colocá-lo a serviço de interesses seccionais”. Ainda, os valores imiscuem-se no conhecimento, porquanto ausente uma “base racional de valores”. (GIDDENS, 1991, p. 55)

Sem olvidar o “impacto das consequências inesperadas” – com o conhecimento, pode-se reduzir tais consequências da implementação do mesmo sobre a sociedade, jamais saná-las –. Por fim, consoante Giddens (1991, p. 55), a própria reflexividade da vida social moderna é um dos fatores que obstaculizam a compreensão da esfera social, na medida em que, “[...] o conhecimento desse mundo contribui para seu caráter instável ou mutável. ”

Ainda, ao tecer seu raciocínio, Anthony Giddens (1991, p. 56-57), assevera que a noção de pós-modernidade se vincula às seguintes noções:

[...] descobrimos que nada pode ser conhecido com alguma certeza, desde que todos os ‘fundamentos’ preexistentes da epistemologia se revelaram sem credibilidade; que a ‘história’ é destituída de teleologia e conseqüentemente nenhuma versão de ‘progresso’ pode ser plausivelmente defendida; e que uma agenda social e política surgiu com a crescente proeminência de preocupações ecológicas e talvez novos movimentos sociais em geral.

Impende expor, no passo do autor supracitado, que a distinção modernidade/pós-modernidade, não se mostra adequada, porquanto estaria “a modernidade vindo a entender-se a si mesma”, do que propriamente uma ruptura com a modernidade, no concernente à epistemologia.

Deveras, quer o autor (1991, p. 59) com isso, estampar que o pensamento pré-moderno estava imbuído em concepções divinas e, com o Iluminismo, ao invés de se romper, modificam-se tais orientações. Antes, “Um tipo de certeza (lei divina) foi substituído por outro (a certeza de nossos sentidos, da observação empírica), e a providência divina foi substituída pelo progresso providencial”, o qual além de propiciar maior segurança, romperia com a tradição.

Com efeito, no liame do autor supracitado, com o pensamento liberto, a razão não se pauta em fundamentos incontestes, diversamente, estes devem ser considerados como inicialmente válidos, passíveis de mudanças, conforme associações a outros fatores.

Inclusive, a evidência de que os sentidos forneceriam observações mais precisas fora questionada no Iluminismo. Assim, posteriormente, ciente das limitações da observação sensorial, houve malogro do empirismo para o pensamento filosófico. Mormente, ao se considerar a “circularidade da razão”, e as intrincadas relações entre poder e conhecimento. (GIDDENS, 1991, p. 59).

Denota-se, no limiar de Anthony Giddens (1991, p. 61), que a pós-modernidade tem se vinculado ao “fim da história”, conquanto esta não tem “uma forma intrínseca”, tampouco deve ser tida como sempre progressiva, ante a volatilidade das estruturas e instituições sociais. Outrossim, pondera ser necessário o distanciamento entre história e historicidade, na medida em que esta é característica de instituições modernas, e deve ser visualizada,

[...] como o uso do passado para ajudar a moldar o presente, mas não depende de um respeito pelo passado. Pelo contrário, historicidade significa o conhecimento sobre o passado como um meio de romper com ele – ou, ao menos, manter apenas o que pode ser justificado de uma maneira proba... nos orienta para o futuro.

Por fim, deve ser destacado que ao tratar dos caracteres do que Anthony Giddens (1991, p. 63) denomina como “radicalização da modernidade” – dissolução do evolucionismo, desaparecimento da teleologia histórica, reflexividade meticulosa, constitutiva, evaporação da posição privilegiada do Ocidente – em verdade coadunam-se aos postulados da pós-modernidade.

1.2.2 “Natureza-cultura”

Bruno Latour (2013, p. 8), vê na segmentação ou desvinculação com que são tratados os diversos objetos dos variados campos científicos, como se fossem incompatíveis e dissociáveis, a ponto de haver uma barreira delimitadora rígida, mesmo intransponível, desvinculando-os de sua “cadeia lógica”, como uma proliferação de “híbrido”, porquanto, “[...] em tantos seguimentos quantas forem as disciplinas puras: não misturemos o conhecimento, o interesse, a justiça, o poder. Não misturemos o céu e a terra, o global e o local, o humano e o inumano. ”

Com efeito, Latour (2013, p. 9), pondera que, independentemente, da “etiqueta” que se dê à questão, o escopo deverá ser a reaproximação, “[...] sempre reatar o nó górdio atravessando, tantas vezes quantas forem necessárias, o corte que separa os conhecimentos exatos e o exercício do poder, digamos a natureza e a cultura. ”

Conseqüentemente, conforme Bruno Latour (2013, p. 9), embora seja utilizada uma reiterada ruptura em três partes (discurso, política e natureza), todos são fruto da manipulação humana, por meio político-discursivo, que veiculam, propositalmente, uma abordagem que em si é veiculada de forma particionada, a ponto de torná-la incompreensível, pois, fora de sua vinculação à sociedade e aos fatores que a permeiam, conquanto, em verdade “[...] essas pesquisas não dizem respeito à natureza ou ao conhecimento, às coisas-em-si, mas antes a seu envolvimento com nossos coletivos e com os sujeitos.”

Nesse ponto, faz-se nevrálgico asseverar que, embora Latour (2011) discorde da designação “pós-moderno” e, mesmo afirme que sequer fomos modernos, essa supressão da distinção natureza cultura é, efetivamente, pós-moderna, porquanto dá cabo às seguitações científicas que, obstam a apreensão da relação sociedade-ciência.

Ademais, tal assimetria faz com que se imponha óbice ao estudo generalizado de determinados seguimentos científicos, haja vista sua hibridez. Com efeito, para Bruno Latour (2013, p. 92) era possível etnociências, mas não ciências, tidas como impermeáveis às contingências sociais; logo, “[...] era possível analisar as ilusões da parapsicologia, mas não o saber dos psicólogos [...]”.

Obtempera Latour (2013, p. 102), que “[...] não existem nem culturas – diferentes ou universais – nem uma natureza universal. Em verdade, existem apenas naturezas-culturas, as quais constituem a única base possível para comparações. ”

Cabe ressaltar que em sua episteme relativista, Bruno Latour (2013), expõe que por meio do relativismo criam-se antagonismos, distâncias que tornam insuperáveis a apreensão da “natureza-cultura”. Além do mais, destaca que o próprio termo relativismo é utilizado de forma equivocada, porquanto ao invés de distanciar, o vocábulo refere-se ao estabelecimento de relações.

Pondera que por meio do relativismo relativista há uma preocupação com o entrelaçamento, pois inexitem coisas por si, o que se tem foi e é criado pelo homem, donde destaca-se que o desentrelaçamento é descabido. Assim, assente Latour (2013, p. 111):

Nenhuma coisa, é por si só, redutível ou irredutível a qualquer outra. Nunca por si mesma, mas sempre por intermédio de uma outra que a mede e transfere esta medida

à coisa. **Como acreditar que os mundos não podem ser traduzidos quando a tradução é próprio cerne das relações estabelecidas entre eles? Como dizer que os mundos são dispersos quando nós os totalizamos o tempo todo?** (grifos nossos).

Estabelece mencionado autor (2013, p. 114), que “Enquanto as pequenas causas locais geram efeitos locais, somos capazes de segui-las. Por que seríamos incapazes de seguir os mil caminhos de estranha topologia que levam o local ao global e retornam ao local?”

Conseqüentemente, “O mito e a burocracia sem alma e sem agente, assim como o do mercado puro e perfeito, apresenta a imagem simétrica àquela das leis científicas universais”, o que impõe a incerteza, o desconhecimento das redes. (LATOURE, 2013, p.119).

1.2.3 Descentração da identidade

Stuart Hall (2011, p. 9), pondera que a partir do final do séc. XX, com mudanças significativas na estrutura social, a identidade cultural e própria dos indivíduos perpassa por modificações caracterizadas pela fragmentação das “[...] as paisagens culturais de classe, gênero, sexualidade, etnia, raça e nacionalidade[...]”, que foram estandartes de pertencimento social. Ressalta que tais mudanças atuam sobre as identidades pessoais, atingindo a ideia de sujeitos integrados – “descentração” –; logo, com essa dupla fragmentação, tem-se a “crise de identidade”.

Para infirmar resolutamente a fragmentação identitária, Stuart Hall (2011), parte do pressuposto de que existem três concepções distintas de identidade: a Iluminista, primazia do individualismo, porquanto o indivíduo se fazia em si; suas capacidades, sem determinações sociais.

Ao passo que na noção sociológica, a identidade do indivíduo se forma a partir do vínculo entre o eu e a sociedade. Já o indivíduo pós-moderno, apresenta uma identidade efêmera, pois na medida em que se modifica o sistema de identificação, igualmente a identidade se modifica, há uma assunção de diferentes identidades.

Em tempo, o supracitado autor (2011) declina cinco avanços na teoria social e nas ciências humanas que determinaram, sobremaneira, a descentração da identidade na segunda metade do séc. XX. O primeiro se refere às releituras da obra de Marx, porquanto este dispunha no centro do seu referencial teórico as relações sociais, em detrimento do homem abstratamente considerado.

O segundo avanço é concernente à descoberta do “inconsciente”, onde é formada a identidade, diferentemente, da ideia do sujeito cognoscente com identidade fixa. Assim,

[...] em vez de falar da identidade como uma coisa acabada, deveríamos falar de identificação, e vê-la como um processo em andamento. A identidade surge não tanto da plenitude da identidade que já está dentro de nós como indivíduos, mas de uma falta de inteireza que é preenchida a partir de nosso exterior, pelas formas através das quais nós imaginamos ser vistos por outros. (HALL, 2011, p. 39)

Quanto ao terceiro, aduz o mencionado autor (2011, p. 40), à linguagem, sobretudo quanto ao trabalho do linguista Ferdinand de Saussure, para o qual não provém de nós as afirmações e significados que expressamos, mas, tão somente,

[...] podemos utilizar a língua para produzir significados apenas nos posicionando no interior das regras da língua e dos sistemas de significado de nossa cultura... o/a falante não pode nunca fixar o significado de uma forma final [...]

O quarto avanço diz respeito ao poder disciplinar – Michel Foucault – consistente na vigilância ininterrupta dos indivíduos. Por culminância, “[...] quanto mais coletiva e organizada a natureza das instituições da modernidade tardia, maior o isolamento, a vigilância e a individualização do sujeito individual. ” (HALL, 2011, p. 44)

Por fim, Hall (2011, p. 46), dispõe quanto à significância do movimento feminista para a descentração do indivíduo, na medida em que questiona as diferenciações, “dentro-fora”, “privado-público”, a construção do gênero na sociedade, bem como a divisão de trabalho doméstico, a família, dentre outros. Em suma, “[...] questionou a noção de que os homens e as mulheres eram parte da mesma identidade, a 'Humanidade' [...]

Nesse liame, insta asseverar que uma das noções de pertencimento dos indivíduos vincula-se ao seu pertencimento a uma nação, figurando, assim, a cultura nacional que, no limiar de Stuart Hall (2011, p. 51), não se refere, unicamente, às instituições culturais, mas açambarcam símbolos e representações. Em verdade, “Uma cultura nacional é um *discurso* – um modo de construir sentidos que influencia e organiza tanto ações quanto a concepção que temos de nós mesmos [...]”. (grifos do autor).

Embora exista uma massiva tentativa de unificação da identidade cultural nacional, esta se mostra inatingível, porquanto em cada nação inexiste uma única etnia. Diversamente, “As nações modernas são, todas, híbridos culturais”, e ao invés de se unificar, dever-se-ia “[...] pensá-las como constituindo um *dispositivo discursivo* que representa a diferença como unidade ou identidade”. (HALL. 2011, p. 62-63, grifos do autor).

Com efeito, no passo do autor, a globalização é determinante na fragmentação da identidade nacional, pois com uma sociedade política e economicamente globalizada, as representações locais são imiscuídas por representações de outras culturas, sobretudo, mercadológica.

Deveras, cria-se um público para o consumo daquilo que, em tese, lhe é posto como inerente ao pertencimento local. “Quanto mais a vida social se torna mediada pelo mercado global [...] mais as identidades se tornam desvinculadas – desalojadas – de tempos, lugares, histórias e tradições específicos [...]”. (HALL, 2011, p. 75)

Em tempo, acresce o autor (2011, p. 81-82), que a globalização comprime a noção espaço-tempo, o que dentre outras consequências gera um “movimento para fora”, caracterizado pelo fomento do consumismo uniformizado e disseminação de mercadorias e, “[...] um enorme movimento de pessoas das periferias para o centro [...]”.

Consistente, pois, na migração, impulsionada pelas guerras civis, pobreza, incertezas políticas, dentre outros, pessoas essas que, “[...] acabam por acreditar na 'mensagem' do consumismo global e se mudam para os locais de onde vêm os 'bens' e onde as chances de sobrevivência são maiores”; o que leva a uma “pluralização” de identidades nacionais.

Ressalta-se, no entanto, como consequência desse movimento, o fortalecimento do nacionalismo e do fundamentalismo, como forma de resgate da tradição em movimento contra o hibridismo – fusão de culturas distintas – rumo ao ressurgimento da etnia. (HALL, 2011)

Dessa forma, se por um lado, com a globalização há a homogeneização da cultura nacional; por outro, faz com que ressurja a “etnia”, imersa em concepções nacionalistas e fundamentalistas, porquanto a identificação de culturas é tida por descaracterizadora da “cultura dominante”. Efetivamente, ambas determinam, sobremaneira, a fragmentação e a descentração do indivíduo. (HALL, 2011)

1.2.4 “Sociedade de riscos”

Para Ulrich Beck (2013, p. 39), a modernidade tardia [pós-modernidade], caracteriza-se por uma sociedade em que o complexo desenvolvimento de técnicas industriais e científicas, necessariamente vincula-se à distribuição de riscos. Com efeito, para o autor: “Riscos têm.. fundamentalmente que ver com antecipação, com destruições que ainda não ocorreram, mas que são iminentes, e que, justamente nesse sentido, já são reais hoje.”

Ressalta o mencionado autor (2013), que a produção de riscos pode ser vislumbrada em alguns argumentos, os quais demonstram o ponto nevrálgico da dinâmica política e social como “potenciais de autoameaça civilizatória”.

Nesse sentido, alguns riscos são determinados nos âmbitos do conhecimento “científico ou anticientífico”, a exemplo da radioatividade, e são no mais das vezes imperceptíveis e estão “[...] abertos a processos sociais de definição”, consubstanciando, assim, a definição de riscos elemento-chave na sociopolítica. (BECK, 2013, p. 27).

Em tempo, Beck (2013, p. 27), assevera que embora as consequências dos riscos recaiam desigualmente sobre os indivíduos, pela “[...] universalidade e supranacionalidade [...]” dos riscos pós-modernos, a todos alcançará, independentemente do estrato social.

Nesse sentido, suprarreferido autor (2013, p. 28) pondera que os riscos são necessários e rentáveis à ordem econômica. Efetivamente,

Eles são as necessidades insaciáveis que os economistas sempre procuraram. A fome pode ser saciada, necessidades podem ser satisfeitas, mas os riscos civilizatórios são um *barril de necessidades sem fundo*, interminável, infinito, auto produzível. (grifos do autor).

Ante, esse elemento mercantilizador [risco], o Estado imiscui-se, o que restringe o distanciamento entre a esfera pública e empresarial, pois os riscos não se referem somente à higidez, mas expandem de modo a se fazer necessária a cúria “[...] dos efeitos colaterais sociais, econômicos e políticos [...]”, condizentes, sobretudo à tênue e complexa vinculação entre empresariado, câmbio e burocracia, com efeitos diretos sobre às sociedades, fazendo com que surja o “potencial político das catástrofes”. (BECK, 2013, p. 28)

Como já mensurado, os riscos, caracterizados pela universalidade e intrincado permeios, despontam como intangíveis a uma análise superficial; assim, para que se tenha uma explanação da dimensão dos efeitos colaterais, necessita-se de uma abordagem técnico-científica, em que os

[...] riscos socialmente reconhecidos, portanto, são previstos os atores e as instâncias do processo de modernização, com todos os seus interesses parciais e dependências, e colocados numa relação direta, concatenada segundo o modelo de causa e efeito, com ameaças e fenômenos nocivos inteiramente alheios no que diz respeito à dimensão social, de conteúdo, espacial ou temporal. (BECK, 2013, p. 33).

Na medida em que o risco é intáctil a uma análise sem profundidade, desponta a possibilidade de interpretá-los conforme melhor apraz aos interesses político-econômicos,

pois, conforme Ulrich Beck (2013, p. 37), “[...] nessa luta de todos contra todos em torno das definições de risco mais lucrativas... alcance, urgência e existência de riscos oscilam com a diversidade de valores e interesses.” Dessa forma,

Todos são causa e efeito, e, portanto, uma *não* causa. As causas esfumam-se numa vicissitude generalizada de atores e condições, reações e contrarreações. Isto confere evidência social popularidade à ideia sistêmica... [na qual] *pode-se fazer algo e continuar a fazê-lo sem ter de responder pessoalmente por isto*. (BECK, 2013, p. 39, grifos do autor)

Nesse liame, denota-se que as ameaças são reais e irreais e, com o rompimento da expressiva determinação no passado em nosso agir contemporâneo, tem-se uma vinculação ao futuro, “[...] algo, todavia inexistente, construído e fictício como “causa” da vivência e da atuação presente”. Logo, deve-se agir na forma e proporções “necessárias” para se mitigar algo em prognose. (BECK, 2013, p. 40).

Ulrich Beck (2013, p. 56), ressalta que com o uso mercadológico do risco, deve-se reconhecer a oposição entre os “afetados” e os que “lucram” com os riscos, conquanto

[...] aumenta a importância social e política do *conhecimento*, e conseqüentemente do acesso aos meios de forjar conhecimento (ciência e pesquisa) e disseminá-lo (meios de comunicação de massa). A sociedade do risco é, nesse sentido, também a sociedade *da ciência, da mídia e da informação*. Nela, escancaram-se assim novas oposições entre aqueles que *produzem* definições de risco e aqueles que as *consomem*. (grifos do autor).

Com efeito, antes, a ciência imbuída na tradição, estabelecia a causa e a solução dos problemas, que até então, provinham da natureza. De fato, “A aplicação da ciência ocorre, portanto sob a perspectiva de uma clara 'objetivação' de possíveis fontes de problemas e erros [...]”, cuja consequência era a “ultraestabilidade” e a aplicação de seus resultados se dava “autoritariamente”. (BECK, 2013, p. 240).

Convém destacar, conforme Beck (2013, p. 258), que a complexidade e intensificação, sobretudo da produção, associado ao interesse público em sua utilidade, geram riscos, os quais fomentam a produção científica, a fim de que estas produzam conhecimentos os quais dissipem ou refutem os riscos por razões socioeconômicas. Assim, é necessário que a ciência se encontre “[...] *funcionalmente orientada* por resultados científicos que menosprezem ou neguem os riscos [...]”. (grifos do autor).

O citado autor (2013, p. 260), destaca ainda, que a par dessa interpenetração da política, economia e sociedade, com seus intrincados interesses, relegam à ciência tabus, os

quais impõem a inalterabilidade a determinados aspectos, com a submissão a “constrições sistêmicas” e “dinâmicas próprias”. “Justamente porque problemas são produzidos sob condições de cientificização reflexiva [...]”.

Conseqüentemente, na “[...] civilização avançada, a práxis cognitiva científica torna-se uma '*manipulação*' – *implícita, reificada, e encoberta pelo manto de procedimentos seletivos carentes de justificação – de variações políticas latentes*”, condições estas que tem por finalidade infligir à ciência a conversão de “tabus práticos em teóricos”. (BECK, 2013, p. 261, grifos do autor).

Ademais, expõe o autor (2013, p. 263) de forma enfática, que os riscos são previsíveis porque feitos e não dados. Dessa forma, os riscos devem ser analisados à “estimabilidade”, na medida em que na modernidade reflexiva, para a imprevisibilidade sobre os efeitos, pois, “[...] os efeitos possíveis se tornam cada vez mais estimáveis no processo de pesquisa, e sua estimativa ocorre então de fato cada vez mais no trato com suas iminentes zonas tabus, determinando o processo em sua condução e em seus resultados.”

Quer o autor (2013, p. 275) com isso demonstrar que,

[...] as fontes de perigos já não são mais o desconhecimento, e sim o conhecimento, não mais uma dominação deficiente, e sim uma dominação aperfeiçoada da natureza, não mais o que escapa ao controle humano, e sim justamente o sistema de decisões e coerções objetivas estabelecido com a era industrial... é ameaça e promessa de isenção da ameaça que ela mesma gera.

Aquiesce Ulrich Beck (2013), que a modernidade reflexiva é inicialmente, caracterizada por uma transição não notada, a novos processos produtivos e científicos, os quais culminam nos iminentes riscos; que somente foram percebidos em um estágio posterior, quando, então, constataram-se os efeitos colaterais dessas alterações políticas, econômicas, sociais e científicas.

É de suma relevância asseverar quanto aos reflexos das características científico-econômicas na ceara política. Para tanto, Ulrich Beck (2013) aponta a existência de quatro teses, as quais demonstram essa sistemática política. Primeiramente, nota-se um cidadão politicamente dicotômico, pois se por um lado, no exercício dos direitos democráticos (*citoyen*) contribui para a orientação da vontade pública. Por outro lado, acastela interesses privados (*bourgeois*), nos âmbitos laborativo e econômico.

De fato, a relevância de interesses privados faz com que se reduza ou aniquile o debate político quanto aos reais interesses públicos em determinadas matérias, porquanto, “O progresso substitui o *escrutínio* [...] o progresso é um substituto para questionamentos, uma

espécie de consentimento prévio em relação a metas e resultados que continuam sendo desconhecidos e inominados”. (BECK, 2013, p. 275, grifos do autor).

O supracitado autor (2013, p. 278) pondera que do séc. XIX até metade do séc. XX, com a industrialização, pode-se declinar duas características que sobressaem; uma se refere à “*naturalidade com que se viam socialmente as desigualdades de classe social*”, pois seriam imanentes ao processo econômico e, outra concernente ao “*estágio do desenvolvimento das forças produtivas e da cientificização*”, o qual, se não modifica os paradigmas políticos calcados na transformação social, reduz sua significância em decorrência da modernização reflexiva. (grifos do autor).

Nesse sentido, tem-se por percepção uma ágil transformação técnico-econômica frente a uma estagnada política que, no sentir de Ulrich Beck (2013) não passa de uma rotulação, conquanto há esforços a que se desagregue a economia do denominado sistema político, olvidando-se, assim, os inúmeros reflexos que aquele aloca a este, poderes que na penumbra determinariam sobremaneira o arcabouço político.

Coerentemente, na terceira tese, o mencionado autor (2013) aduz quanto à nova cultura política, onde o direito posto pelo sistema político não abarca novas exigências que passam a se manifestar por meio de iniciativas da sociedade civil e movimentos sociais.

No passo do autor aludido, associa-se à “subpolítica” técnico-econômica, com seu apelo ao progresso e ausência de legitimação parlamentar, na medida em que, uma vez prementes os riscos, necessita-se do âmbito técnico-econômico da função política, justificando-o moralmente.

Por fim, na quarta tese, declina que se antes existia um Estado interventor, agora com a polarização científico-técnico-econômica, há uma reversão, na qual o político torna-se apolítico e vice-versa. Com efeito, a legitimação dessa orientação técnico-econômica é a tônica da política, o que legitima, pois, o apolítico. Conseqüentemente,

[...] As instituições políticas convertem-se em gerenciadoras de um processo que elas nem planejaram e nem definiram, mas pelo qual elas têm de responder. Por outro lado, as decisões na economia e na ciência são carregadas com um teor efetivamente político, para o qual seus atores correspondentes não dispõem de qualquer legitimação. As decisões que transformam a sociedade não dispõem de qualquer lugar onde possam emergir, tornando-se mudas e anônimas. (BECK, 2013, p. 280).

Ainda sobre a força motriz do âmbito técnico-econômico na política, o autor assente que a expressividade dessas interferências reflete sumamente na sociedade, sem, contudo,

perpassarem por uma análise parlamentar. Consequentemente, perde-se a relevância do parlamento como vontade coletiva. Diversamente,

Decisões que de acordo com o texto constitucional, incumbiriam ao parlamento e a cada um dos deputados, assim se diz, passariam a ser tomadas cada vez mais, de um lado, por líderes de bancadas parlamentares e sobretudo no seio dos aparatos partidários, de outro lado, porém, pela burocracia estatal. (BECK, 2013, p. 281).

Dessa forma, como consequência dessa perda de significância do parlamento, associada à burocracia estatal, o mencionado autor declina a existência de uma ampliação da tecnocracia como supedâneo das decisões do legislativo e executivo, consequência lógica da influência exercida pelo corporativismo.

2 PRINCIPIOLOGIA

2.1 ESCORÇO INTRODUTÓRIO

Etimologicamente, o termo provém da geometria, “onde designa as verdades primeiras”, como declina Paulo Bonavides (2012, p. 264), ao citar Luís-Diez Picazo.

Nesse passo, deve ser mencionado que no jusnaturalismo moderno (séc. XVI) preponderava o direito natural, o qual era calcado em valores não positivados pelo Estado.

Ressalta-se, no limiar de Paulo Bonavides (2012), que Giorgio Del Vecchio restaurou o jusnaturalismo em meio ao positivismo, no início do séc. XX, pois, de forma renitente, contrário ao diversamente propalado, dispunha que os princípios gerais de direito, eram princípios de direito natural, não de direito positivo.

Nesse passo, Del Vecchio (1933), estabelece ser inerente às doutrinas do jusnaturalismo a necessidade humana de ter suas relações reguladas pelo Direito. Para tanto, salienta que a qualidade de sujeito de direito é imanente à natureza humana, não uma concessão às pessoas, consubstanciando-se, pois, em uma lei natural.

Declina mencionado autor (1933, p. 08), concernente à acepção do termo que:

[...] tanto del espíritu como de la letra de la ley; la cual, al referirse de un modo tan amplio a los principios, no podría tener la mira puesta en un sistema de derecho nacional, que, además, apenas se encontraba entonces en formación, sino que claramente se refería a las verdades supremas del derecho in genere, o sea a aquellos elementos lógicos y éticos del derecho, que por ser racionales y humanos, son virtualmente comunes a todos os pueblos. La afirmación de que los principios generales del derecho son válidos solamente para cada pueblo particular, es decir que existen tantas series de principios generales cuanto los sistemas particulares, además de ser en puridad una contradictio in adjecto, no corresponde certamente a la creencia en una ratio juris de carácter universal que, desde los romanos acá, dígase lo que se quiera en contrario, há sido patrimonio común de nuestra consciencia jurídica [...]

Com efeito, no positivismo jurídico (séc. XIX), há desvinculação do direito à ética, porquanto vinculava o direito às ciências exatas; assim, sobrelevam os textos escritos, em um movimento de codificação, relegando maior objetividade ao direito. (BARROSO, 2006).

Consoante Friedrich Müller (2008, p. 16-17):

[...] não é apenas a teoria do direito, que se restringe conscientemente ao direito positivo e bane do conceito de direito todas as ordens restantes, ainda que tradicionalmente percebidas como ‘direito’. Com esse termo só se compreende o direito objetivo vigente como sistema perfeito de normas jurídicas, caracteriza-se a

decisão jurídica concreta como aplicação lógica de uma norma jurídica abstrata a um tipo concreto ‘a ser subsumido’, iguala-se a relevância jurídica à construtibilidade em termos de lógica jurídica, e a ação comunitária dos homens à ‘aplicação’ e ‘execução’ de normas jurídicas abstratas ou a uma infração das mesmas.

Nesse sentido, pondera Gordillo Canãs (1988, p. 485), que os princípios são meios de a lei “[...] *extender su eficacia hasta impedir el vacío normativo*”. Deveras, para o autor os princípios são retirados do próprio texto normativo; logo, não consubstanciam elementos a priori.

De se assinalar, contudo, que ante as atrocidades perpetradas durante a Segunda Guerra Mundial, rompe-se com essa estrutura e exsurge o pós-positivismo, o qual reaproxima o direito à ética, “[...] os valores voltem à cena para preencher de conteúdo as normas jurídicas.” (BARCELLOS, 2013, p. 97).

Dessa forma, modifica-se a metodologia hermenêutica; consequentemente, os princípios são agora tidos como normas, compreendendo esta, ainda, as regras. Dito isso, compremencionar no limiar de Virgílio Afonso da Silva (2003), que a noção de princípios e regras comporta a seguinte separação: a) qualitativa, onde a distinção é de caráter lógico – Ronald Dworkin e Robert Alexy –; b) grau – prevalece na dogmática nacional –, ao consubstanciar um escalonamento de abstração, generalidade e fundamentalidade e, c) aqueles que não vislumbram serventia nessa distinção, como Aulis Aarnio.

De se mencionar que Jean Boulanger, destacado por Bonavides (2012), um dos introdutores na compreensão dos princípios como normas, a par de um critério analítico, declinou uma classificação sobre tipos e variedades de princípios do direito, sem, contudo, dispor sua classificação e função no processo.

Com efeito, Boulanger, no que declina Bonavides (2012), assevera que, contrariamente às regras as quais contemplam situações jurídicas determinadas, os princípios se inserem em uma possibilidade ilimitada de aplicações.

Ressalta-se, consoante Bonavides (2012), que posteriormente ao declínio do positivismo jurídico, os princípios se estabeleceram como normas jurídicas; logo, deixam de consistir *ratio legis* para se tornarem *lex*.

Nesse liame, Joseph Esser, mencionado por Bonavides (2012, p. 281), consigna o sentido “jurídico-dogmático” dos princípios, na medida em que, para o autor, consubstanciam “[...] o ponto de partida que se abre ao desdobramento judicial de um problema”. Efetivamente, para este, uma possível indeterminação dos princípios não obsta seu

reconhecimento enquanto norma, pois, o cunho hermenêutico os transformam em algo mais concreto, o que consubstanciaria direito positivo.

Ainda mais incisiva a contribuição de Vezio Crisafulli, destacado por Bonavides (2011), para o qual, os princípios são pressupostos das demais normas, pois, necessariamente vinculadas à sua orientação axiológica. Assim, independentemente de serem explícitos ou implícitos no ordenamento jurídico, têm os princípios cunho normativo.

Por essa razão dispõe que:

[...] a eficácia dos princípios constitucionais não se exaure na sua aplicabilidade às relações que forma o respectivo objeto. Um lugar de particular importância diz respeito indubitavelmente à sua eficácia interpretativa, consequência direta da função construtiva que os caracteriza dinamicamente entre as normas do sistema. (apud BONAVIDES, 2011, p. 283).

Nesse aspecto, Crisafulli, no passo do que dispõe Bonavides (2011), declinou a dupla eficácia dos princípios: eficácia imediata e a eficácia mediata (programática).

Faz-se oportuno consignar que, no pós-positivismo, como marco na normatividade dos princípios, destaca-se o trabalho de Friedrich Müller (2008, p.16), o qual se contrapunha ao formalismo preconizado por Hans Kelsen, na medida em que declina ser “A premissa de um dos erros mais fundamentais do positivismo na ciência jurídica, a compreensão e o tratamento da norma jurídica, como algo que repousa em si e preexiste, é a separação da norma e dos fatos, do direito e da realidade”.

Deveras, para Müller, a interpretação da norma não deve ser algo casual, mas hodierno na atividade jurídica, porquanto a norma deve ser analisada vinculada à realidade, pois

[...] um sistema aberto indaga para além da norma e pretende desvelar assim a estrutura de cada interpretação, que se vê forçada a declarar como partes do direito positivo as descobertas não extraíveis das fontes formais mesmo quando alegadamente não abandona o quadro do teor “dado” da lei. (MÜLLER, 2008, p. 67).

Obtempera o supracitado autor que, o sistema aberto consiste em uma forma de atualização intermitente do direito, na medida em que os novos métodos hermenêuticos, dentre outros, os princípios gerais, submetem as demandas levadas à apreciação judicial, à “[...] essência e tendência da realidade [...]”. (MÜLLER, 2008, p. 275).

Müller (2008, p. 57) lembra que diversamente do que imperava no positivismo jurídico – subsunção do fato à norma –, sobrepõe-se no sistema aberto o uso preponderante da interpretação. Esse método, visa a que o órgão julgador se utilize da interpretação, a qual

deverá perpassar a análise das normas aplicadas ao caso de forma vinculada à realidade e, não apenas como um método integrativo, “[...] não um mero expediente para um mau [...]”, conforme Savigny ao ser mensurado pelo citado autor.

Nesse íterim, Ronald Dworkin (2002, p. 42), aduz que a distinção entre regras e princípios é de ordem lógica, posto que as regras trazem ínsita em si uma maior especificidade, pois, estipula um fato determinado sobre o qual a norma incidirá. Diversamente, os princípios têm uma dimensão diversa das regras, “[...] a dimensão do peso ou importância”.

Para Robert Alexy (2015), princípios e regras concernem às normas, porquanto ambos consistem em disposições que descrevem parâmetros a serem observados.

Nesse liame, declina o autor, que a distinção entre princípios e regras é de caráter qualitativo, na medida em que os princípios se referem a mandamentos de otimização, pois, sua satisfação pode se operar em níveis diversos, dependendo das possibilidades fáticas e jurídicas.

Diversamente, às regras inexistem variados níveis; assim, são inteiramente satisfeitas ou não, a depender, sobretudo da situação fática, visto que as regras contêm determinações, e uma vez presente a situação a que determina deverá incidir por completo, pois, fático e juridicamente possível.

Obtempera Dworkin (2002, p.43), que as regras são “[...] funcionalmente importantes ou desimportantes[...]”, vez que se presta à orientação de um fato por ela enunciado.

Ao passo que os princípios, como enunciados mais amplos, orientam o ordenamento jurídico, mormente sua aplicação, tanto no que concerne às regras, quanto às supostas colisões entre princípios, o que inexistiria nas regras, pois, duas regras não incidem a um mesmo fato.

Salienta Dworkin (2002, p. 36), que os princípios são como regras do caso concreto, porquanto, sua orientação apenas se perfaz após a sua incidência. Efetivamente, fornecem substratos à uma decisão razoável, posto que são vinculados a “[...] uma exigência de justiça ou equidade ou alguma outra dimensão da moralidade”.

Ainda, conforme Alexy (2015), em razão da impossibilidade de precisar a extensão de um princípio, apresenta-se como um elemento *a priori*, vez que não apresentam uma razão definitiva, mas, tão somente, uma orientação *prima facie*, passível de ser alterada conforme o caso concreto.

Por evidência, as regras, como imbuídas de uma determinada extensão, declinam as situações a que incidem; logo, tem-se uma especificação do conteúdo em relação à possibilidade fática e jurídica, salvo, consoante o autor, na impossibilidade fática e jurídica.

Declina Dworkin (2002), que princípios derivam da aplicação da moralidade geral, entendida como pressuposto, pois, tem como antecedente necessário, uma sociedade igualitária, cuja imanência é uma sociedade justa.

De fato, considera-se o ser humano um sujeito de direitos, ponto nevrálgico para o desenvolvimento do convívio social harmônico que culmina na justiça.

Nesse ponto, aduz Dworkin (2002, p. 285), que o direito posto deflui da fusão de “[...] questões jurídicas e morais, fazendo com que a validade de uma lei dependa da resposta a problemas morais complexos, com o problema de saber se determinada lei respeita a igualdade inerente a todos os homens”

Logo, referido “produto” da resposta aos problemas morais complexos a que se refere Dworkin, consiste nos princípios.

Do mencionado alhures, obtempera Alexy (2015), está a maior flexibilidade ou rigidez de um sistema jurídico, nos quais devido à maior determinação das regras, não são superadas pelo sopesamento no caso concreto.

Com efeito, reclama sejam sobrepujados os princípios que determinam a observância às regras postas pelas autoridades legitimadas (princípios formais).

Dispõe Robert Alexy (2015, p. 108), que:

Se uma regra é uma razão para um determinado juízo concreto – o que ocorre quando ela é válida, aplicável e infensa a exceções –, então, ela é uma *razão definitiva*... Princípios são, ao contrário, sempre razões *prima facie*. Isoladamente considerados, eles estabelecem apenas direitos *prima facie*. (grifos do autor).

Para Dworkin (2002), não se deve considerar a dignidade da pessoa humana, a igualdade política, princípios de uma forma axiomática.

Antes, estão caldados na moral, elemento *a posteriori*, não elemento fundamente valorativo do ordenamento jurídico, porquanto há uma simbiose entre “[...] a teoria democrática e a implementação da moral [...]”. (DWORKIN, 2002, p. 373).

Calha asseverar, conforme referido autor (2002, p. 386), que se trata da implementação de uma moral convencional – entendida como padrões gerais –, “[...] regras fundamentais para juízos morais que vigoram, inclusive, fora desses contextos especiais. ”

Deveras, para o estabelecimento dessas regras fundamentais, Dworkin (2002, p. 186) aduz que utilizar-se-á o bem-estar coletivo e igual tratamento.

Nesse liame, há de ser mensurado que o consenso moral deve ser tido a partir da análise do caso concreto, por meio da percepção do legislador à aversão da comunidade a determinada prática.

Consiste assim, o consenso moral, em paradigma ao legislador, visto que, conforme Dworkin (2002, p. 318), “A Constituição torna nossa moral política convencional relevante para a questão da validade”; a qual consubstancia princípios pelos quais o juiz se pautará na análise do caso concreto.

Salienta Dworkin (2002), que como seres ontogênicos, a moral não está posta; mas é resultado da interação social, onde são estabelecidos paradigmas necessários ao convívio harmônico, pelos quais todos orientam sua conduta.

Ressalta-se que tal consideração é ínsita à democracia, onde se faz necessária a obediência às leis, fruto do consenso moral; o que resulta em um dever para com seus concidadãos. Sem, contudo, tornar essa observância um dever absoluto, na medida em que, conforme Dworkin (2002, p. 287), “[...] uma sociedade em princípio justa pode produzir leis e políticas injustas, e um homem tem outros deveres além daqueles para com o Estado”.

Conseqüentemente, deve ser mensurado que se um governo não observa o consenso moral, não possibilitará o respeito à lei, porquanto, terá negligenciado a dignidade e igualdade que, no limiar do autor (2002, p. 314), referem-se à “[...] única característica que distingue o direito da brutalidade organizada”.

Nesse ínterim, pondera Alexy (2015), a necessária distinção entre valor e princípio. Para este, os princípios são um mandamento de otimização, os quais estão atrelados à uma concepção deontológica, posto que aduzem a um dever ou dever-ser.

Por outro lado, o valor encontra-se no âmbito axiológico, porque se refere a critérios por meio dos quais busca-se o bom ou qualificar algo como bom. Assim, os princípios levariam a uma maior segurança jurídica, pois, passíveis de menor abstração.

Sob outra perspectiva, Canotilho (1993, p.167), aponta que os princípios são normas com orientação fundamentante do direito, com uma natureza normogénica, porquanto, “[...] são fundamento de regras; isto é, são normas que estão na base ou constituem a *ratio* de regras jurídicas [...]”.

Obtempera o supracitado autor que, os princípios consistem em verdadeiros mandamentos multifuncionais, na medida em que têm uma função argumentativa, por consistir na razão da norma, sem olvidar sua função integrativa.

Nesse diapasão, consoante Canotilho (1993), no aspecto qualitativo, os princípios distinguem-se das regras por alguns aspectos.

Dentre os quais, faz-se relevante aduzir que os princípios emanam uma “otimização”, a partir de um parâmetro fático e jurídico, possibilitando que sejam aplicados em diversos níveis de aplicação, ao passo que as regras delimitam as possibilidades de incidência, pois impõem, determinam ou proíbem determinadas condutas.

Ressalta o autor (1993), que devido à uma maior abstração, o conflito entre princípios pode ser solucionado por meio da ponderação, vez que contêm exigências – *standards* – do que há de ser realizado.

De outra forma, as regras ao determinarem as situações jurídicas passíveis de incidência, obstam a que seja realizada a harmonização, porquanto não se concebe sejam válidas regras contraditórias.

Salienta Canotilho (1993), que um sistema jurídico somente constituído de regras, seria demasiado hermético a ponto de reduzi-lo a um legalismo, onde se estabeleceria exaustivamente, situações nas quais deva o direito imiscuir.

Todavia, sem qualquer possibilidade de que se complemente o sistema, na medida em que: “[...] não permitiria a introdução dos conflitos, das concordâncias, do balanceamento de valores e interesses, de uma sociedade pluralista e aberta”. (CANOTILHO, 1993, p.169).

Lado outro, pondera o referido autor, que um sistema jurídico unicamente estabelecido em princípios, necessariamente conduziria à insegurança jurídica, pois, ausente qualquer determinação *a priori*.

Por essa razão, destaca Canotilho (1993), que há de se ter um sistema misto, porquanto o ordenamento necessita de regras, as quais dispõem especificamente sobre determinadas situações impossíveis de serem de outro modo prescritas com relevância jurídica, sem que causasse evidente insegurança jurídica.

Com efeito, também carece o ordenamento de princípios, cuja abstração e valor fundamentante do ordenamento, possibilita a ponderação e mesmo flexibilidade de modo a integrar e operacionalizar o sistema jurídico, que por meio de “[...] processos judiciais, procedimentos legislativos e administrativos, iniciativas dos cidadãos, passa de uma *law in the books* para uma *law in action*, para uma *living constitution*”. (CANOTILHO, 1993, p. 170).

Nesse aspecto, calha expor no limiar de Humberto Ávila (2003), que as normas não se confundem com o texto, na medida em que aquelas são os sentidos oriundos da interpretação das disposições normativas.

Para tanto, dispõe o autor alhures mencionado, que nessa tarefa interpretativa denota-se que não há significados intrínsecos ao texto normativo, vez que os sentidos são altamente

vinculados à sociedade, motivo pelo qual é condicionado pela modificação no conteúdo dos significados em determinado período e local.

Assim, constata-se a inexistência de concepções *a priori*, porquanto cabe ao intérprete aclarar os significados socialmente construídos, conforme as peculiaridades do caso concreto, constituindo acepções.

De fato, não se deve considerar em absoluto a inexistência de significados dados previamente, posto que, consoante Humberto Ávila (2003), tem-se significados sedimentados pelo uso ordinário ou técnico da linguagem.

Aliás, a fim de corroborar o mencionado, traz o autor (2003, p. 24) a concepção de Heidegger concernente ao “enquanto hermenêutico”, segundo qual “[...] há estruturas de compreensão existentes de antemão ou *a priori*, que permitem a compreensão mínima de cada sentença sob certo ponto de vista já incorporado ao uso comum da linguagem”.

Decorrente lógica do amalhado, na ponderação de Humberto Ávila (2003), é uma reconstrução com sentido duplo, pois, constroem-se significados sem olvidar os parâmetros do texto normativo, ao mesmo tempo em que não se mantém incólume os sentidos edificados pelo uso.

Deveras, a distinção entre regras e princípios, provém da reconstrução de sentido do texto normativo, realizadas pelo intérprete, que se utiliza de “conexões axiológicas” na fixação do sentido normativo no caso concreto, a partir da observância teleológica e valorativa que sobrepõem do ordenamento.

Consequentemente, nessa distinção calcada na linguagem, quer o autor (2003, p. 26) declinar que, “O ordenamento jurídico estabelece a realização de fins, a preservação de valores e a manutenção ou a busca de determinados bens jurídicos essenciais à realização daqueles fins e à preservação desses valores”.

2. 2 ELEMENTOS FUNDAMENTANTES DO DIREITO PENAL

De introito, deve ser mensurado, no limiar de Cezar Roberto Bitencourt (2015), que os ideais do Iluminismo – liberdade, igualdade e fraternidade – contribuíram para a limitação do poder do Estado, sobretudo, na restrição da liberdade dos indivíduos.

De fato, os princípios consubstanciaram no mecanismo por meio do qual se garantiu a observância aos direitos fundamentais, contra a ingerência estatal nos Estados Democráticos e Sociais de Direito. (BITENCOURT, 2015).

Nesse contexto, insta asseverar que a par da concepção de princípio adotada neste trabalho, o qual segue a lição de Canotilho (2003), considerando-os como elementos axiológico-fundamentantes do direito, faz-se necessário declinar os paradigmas pelos quais devem, tanto legislador quanto o aplicador do direito ater-se, posto que estabelecem os pressupostos pelos quais interpretar-se-á o sistema normativo.

Assim, consentâneo à análise deste trabalho é relevante um esboço a respeito de alguns dos princípios acometidos pelo direito penal emergencial, mormente aos orientadores da atividade legiferante; sem a pretensão de esgotá-los.

2.2.1 Princípio da legalidade

Dispõe Francisco de Assis Toledo (1994), que o princípio da legalidade aduz à real limitação do Estado nas liberdades individuais, na medida em que somente por lei prévia são possíveis a criminalização e a punição de condutas tidas como contrárias ao ordenamento jurídico.

Salienta referido autor, que essa necessidade de lei para se restringir a liberdade humana, advém do fato de que aos indivíduos são inerentes determinados direitos, independentemente, de concessão estatal. Por consequência, tendo-se em pauta a segurança jurídica desses direitos, somente, à função legiferante em um Estado Democrático de Direito, compete imiscuir na liberdade individual, com supedâneo no interesse coletivo.

Nesse aspecto, consigna Claus Roxin (1997) que o princípio da legalidade não apenas tem por culminância a proteção do indivíduo frente às ações alheias que ofendam de forma grave bens jurídicos, mas, também, amparar as pessoas do próprio Direito Penal.

Assim, quer-se estabelecer que este princípio limita o *ius puniendi* estatal, para que os indivíduos não sejam objetos de ações arbitrárias e excessivas, demandando ao exercício punitivo, a prévia lei criminalizadora (ROXIN, 1997).

Em tempo, conforme Assis Toledo (1994), o princípio da legalidade se desdobra nos seguintes princípios: *nullum crimen, nulla poena sine lege praevia*, segundo o qual a lei incriminadora deve ser anterior, sendo vedada lei incriminadora retroativa; *nullum crimen, nulla poena sine lege scripta*, vedação à utilização do direito costumeiro para fundamentar e agravar a sanção imposta.

Ainda, *nullum crimen, nulla poena sine lege stricta*: devido à exigência de que as condutas com relevância penal apenas possam ser fixadas por lei, não é permitido o uso da analogia na incriminação, ressalva deve ser realizada concernente à possibilidade de se

utilizar da analogia *in bonam partem*, de modo a não ser aplicada a lei ou aplicada com menor rigor, em observância ao princípio da equidade.

Por fim, *nullum crimen, nulla poena sine lege certa*, refere-se à vedação de se empregar termos indeterminados e genéricos, a fim de que a lei penal desempenhe no entender do aludido autor, seu escopo pedagógico.

Por oportuno, dispõe Roxin (1997), que uma vez perpetrada conduta malquista pela coletividade somente, imiscuirá o Direito Penal se previamente os indivíduos forem advertidos de sua contrariedade ao ordenamento jurídico; o que, evidentemente, é alcançado pela prévia lei que assim estabeleça.

Com efeito, assevera Assis Toledo (1994), que apenas mediante uso terminológico claro e preciso é possibilitado acesso amplo ao direito, o qual resulta na motivação do comportamento humano consentâneo ao convívio harmônico em sociedade.

Por essa razão, Francisco Muñoz Conde e Arán (2010, p. 86) declinam que:

El principio de intervención legalizada supone, al mismo tiempo, un freno para una política penal demasiado pragmática que, decida a acabar a toda costa con la criminalidad e movida por razones defensistas o resocializadoras demasiado radicales, sacrifique las garantías mínimas de los ciudadanos, imponiéndoles sanciones no previstas ni reguladas por ley alguna. En neste sentido debe decirse, una vez más, que el fin no justifica los medios. Una política penal mala, pero llevada a cabo con las garantías jurídicas mínimas, es preferible a una buena política penal realizada sin ningún tipo de control.

Dessa forma, denota-se que o princípio em comento tem por culminância, a vinculação do legislador na delimitação clara e objetiva da conduta incriminadora, consistindo em verdadeira garantia material dos cidadãos contra a ingerência estatal, o que consubstancia em claro “mandamento de determinação dos tipos penais”. (BITENCOURT, 2015, p. 51)

2.2.2 Princípio da intervenção mínima

Consentâneo ao direito fundamental do indivíduo à liberdade e, conseqüentemente, a fim de restringir a atuação estatal aos bens de maior importância social, dispõe Bitencourt (2015), que se tem o Direito Penal como *ultima ratio*.

Assim o é, na medida em que somente, deve ser utilizado como mecanismo de pacificação social se a prestação estatal efetiva à repressão da ilicitude não se puder operar em outros âmbitos do direito.

Nesse aspecto, além de proteger os bens jurídicos mais caros à sociedade, quer-se obstar o efeito nocivo do processo penal, quando possível resultado profícuo por meios extrapenais.

Corroborando o declinado, doravante ponderação de Claus Roxin (1997, p. 65-66):

Esta limitación del Derecho penal se desprende del principio de proporcionalidad, que a su vez se puede derivar del principio del Estado de Derecho de nuestra Constitución: Como el derecho penal posibilita las mas duras de todas las intromisiones estatales en la libertad del ciudadano, sólo se puede hacer intervenir cuando otros medios menos duros no promotan un éxito suficiente. Pues supone una vulneración de la prohibición de exceso el hecho de que el Estado eche mano de la afilada espada del Derecho penal cuando otras medidas de política social puedan proteger igualmente o incluso con más eficacia un determinado bien jurídico.

Ainda, conforme Bitencourt (2015), consiste no desdobramento do princípio em tela, a fragmentariedade, por meio da qual o Direito Penal apenas intervém nos bens jurídicos de maior importância social. Assim, consistir-se-á, inclusive, limitação à função legiferante, a qual, apenas deverá tipificar as condutas que atinjam com maior hostilidade bens jurídicos de relevância.

Por oportuno, Muñoz Conde e Arán (2010), asseveram que o ordenamento jurídico subsiste com interdependência entre as normas, sem, contudo, considerar-se que devido ao caráter subsidiário do direito penal há alguma subordinação.

Nesse passo, referidos autores consignam que, em decorrência do aventado não se pode afirmar de modo absoluto que o Direito Penal estabelece genuinamente as condutas ilícitas, tampouco que sempre depende dos pressupostos dos demais ramos do direito para a delimitação do que vem a ser um ilícito penal.

Deveras, dispõe os autores (2010, p. 78), que ante a existência de uma “*unidad del Ordenamiento jurídico*”, todos os âmbitos do direito declinam as condutas contrárias ao convívio harmônico em sociedade, apenas distinguindo-se, e aqui reside sua autonomia, pelas consequências à conduta ilícita. (grifos do autor).

Dessa forma, ante a inconteste nocividade da intervenção criminal, relega-se ao Direito Penal, consoante Muñoz Conde e Arán (2010), a cúria dos bens jurídicos mais relevantes e as agressões mais significativas a esses bens, até porque, não somente o âmbito penalista reveste-se de caráter sancionatório. De modo que se possível a repreensão da conduta indevida por meio menos extremo, este deve ser aplicado na solução do caso concreto.

2.2.3 Princípio da ofensividade

Inicialmente calha declinar que, ao passo que o princípio da exclusiva proteção de bens jurídicos, aduz que o Direito Penal deve proteger limitados interesses; o princípio da ofensividade determina que somente concebe um delito quando há efetiva ofensa a um bem jurídico tutelado. (BITENCOURT, 2015).

Pondera Cezar Roberto Bitencourt (2015), que tipificar-se-á materialmente uma conduta se houver, ao menos, um perigo efetivo à lesão de um bem jurídico tutelado pelo Direito Penal.

Nesse diapasão, faz-se relevante asseverar, conforme Claus Roxin (1997), que o bem jurídico consiste em pressuposto à atividade punitiva do Estado, vez que limita o *ius puniendi* ao estabelecer as ofensas com relevância penal.

Ressalta o autor, que os princípios constitucionais são limitadores da atividade legiferante na seara penal, na medida em que as leis penais devem ser consentâneas à lei fundamental de um Estado de Direito.

Posto isso, afirma Claus Roxin (1997, p. 56), que bens jurídicos, “[...] *son circunstancias dadas o finalidades que son útiles para el individuo y su libre desarrollo en el marco de un sistema social global estructurado sobre la base de esa concepción de los fines o para el funcionamiento del propio sistema*”.

Por essa razão, consigna referido autor, a duplicidade dimensional do princípio em comento, na medida em que orienta a atividade legiferante, ao estabelecer bases político-jurídicas a serem consideradas pelo legislador, para que somente tipifique condutas propensas a causar ofensa a bens jurídicos de considerável relevância social, limitando-se o *ius puniendi*.

No que tange à segunda dimensão do princípio da ofensividade, destaca-se como critério interpretativo, de modo a que o intérprete da norma penal perscrute no caso concreto a efetiva lesividade ao bem jurídico tutelado, como um meio de operacionalização do Direito Penal.

Em tempo, Juarez Cirino (2012), estima o princípio da lesividade sob um prisma qualitativo – natureza –, e quantitativo – extensão – do bem jurídico tutelado. Nesse sentido, quer-se limitar a atividade legiferante, qualitativamente, a fim de não se imiscuir nas liberdades constitucionais individuais.

Prossegue o citado autor, concernente ao liame quantitativo, ao referir que nesse viés, o princípio da insignificância afasta a criminalização das lesões irrelevantes aos bens

jurídicos. Em verdade, consubstancia o princípio destacado, manifestação do princípio da insignificância.

Por oportuno, Cezar R. Bitencourt (2015) consigna que não há de se ter as referidas dimensões como comunicáveis, porquanto, não raro, o legislador tipifica condutas sem expressiva possibilidade de lesão a bem jurídico relevante. Consequentemente, relega ao magistrado a utilização dos princípios orientadores do ordenamento jurídico, para adequar a regra penal ao Estado de Direito.

Dessa forma, faz-se necessário o raciocínio ventilado por Zaffaroni, Alagia e Slokar (2002, p. 128-129):

[...] en materia penal, la vía de la tutela es siempre la vía de la inquisición. Al ilusionar (por mera deducción) la eficacia tutelar de la ley penal (y, por ende, preventiva de la pena), el discurso permite racionalizar la punición de afectaciones muy lejanas e hipotéticas (peligros abstractos, remotos, etc.), pero también permite racionalizar intervenciones muy desproporcionadas con la afectación (se inventa una enorme necesidad tutelar aunque la afectación sea insignificante) y hasta crear bienes jurídicos inexistentes, porque la idea de bien jurídico tutelado tende a espiritualizar el bien jurídico hasta desembocar en un único bien tutelado, que es la voluntad del estado (de policía), dado que éste termina siendo el único juez de la necesidad e intensidad de la ilusionada tutela. Por ello, cabe rechazar la idea de bien jurídico tutelado, que es una inversión extensiva racionalizante del concepto limitativo del bien jurídico afectado (proveniente del racionalismo) y sólo corresponde sostener este último como expresión dogmática del principio de lesividad, que requiere también una entidad mínima de afectación (por lesión o por peligro) excluyendo las bagatelas o afectaciones insignificantes.

3 DIREITO PENAL DO RISCO

3.1 PRELÚDIO

Conforme brevemente exposto no primeiro capítulo deste trabalho, a sociedade pós-moderna se caracteriza por uma maior fragmentação das relações sociais, as quais tornam-se globalizadas, igualmente, a economia e a política. Assim, nessa sociedade em que sobeja a insegurança e a incerteza, conclama-se a tutela penalista do risco.

Nesse contexto, o Direito como objeto cultural não se mantém incólume às mudanças sociais, econômicas e políticas, de modo que há irrefutável modificação nas perspectivas da política criminal, pois, fornecem substratos à atividade legiferante. (BATISTA, 2007).

Ainda, conforme descrito no segundo capítulo, a atividade legislativa deve considerar os paradigmas axiológicos de um Estado Democrático de Direito, para estabelecer os bens jurídicos que serão tutelados pelo Direito Penal.

Por essa razão, a culminância do Direito Penal, no liame de Roxin (1997), consiste na proteção subsidiária de bens jurídicos. Concebendo este, como as finalidades e conjunturas necessárias aos cidadãos, a fim que de sejam resguardados direitos imprescindíveis à sua autodeterminação e desenvolvimento, no contexto social.

De fato, quer o autor com referida declinação, estabelecer que na Constituição e nos direitos fundamentais encontram-se os substratos pelos quais deve o legislador se pautar ao estabelecer as condutas penalmente relevantes. Consubstanciando, assim, limitações à intervenção penal.

Dessa forma, consoante Muñoz Conde e Arán (2010, p. 59), a terminologia em comento há de ser analisada sob alguns prismas, ei-los: necessidade de convivência, na medida em que são “[...] *presupuestos que la persona necessita para su autorrealización y el desarrollo de su personalidad en la vida social*”.

Prosseguem os autores, ao declinarem que além da necessidade de convivência na determinação dos bens jurídicos, deve-se considerar os paradigmas axiológicos de terminado local em determinado período de tempo e, talvez algumas concepções morais dominantes.

Nesse ínterim, destaca Claus Roxin (1997), que a acepção de bem jurídico é passível de modificação, pois, sujeita às vicissitudes sociais, políticas e econômicas.

Hassemer e Muñoz Conde (1989), asseveram que os bens jurídicos se distinguem quanto à extensão entre individuais – vida, liberdade, patrimônio... –, e coletivos – ordem

econômica, segurança do Estado, administração da justiça... –; para precisar essa distinção, concentram-se as teorias monistas e dualistas.

Com efeito, para os aludidos autores, na teoria dualista, não há uma acepção comum, pois concebe a distinção individual e coletiva dos bens jurídicos.

Ao passo que para a teoria monista, admite-se o bem jurídico como atribuição do Estado e apenas de forma mediata aduz à proteção individual, ou, o bem jurídico há de ser concebido a partir do indivíduo, de modo que os bens coletivos tutelados apenas serão válidos quando necessários ao desenvolvimento pessoal.

Obtempera Hassemer e Muñoz Conde (1989), que em decorrência da insuficiência das teorias alhures mensuradas para a tutela de bens supraindividuais, deve-se partir de uma teoria personalista do bem jurídico.

Consignam os aludidos autores (1989, p. 109), que frente às mudanças sociais que tem ocorrido desde a modernidade, faz-se necessário sobrelevar os interesses da pessoa sobre o coletivo. Assim, *“La teoría monista social (o estatista), en cambio, funcionaliza los intereses personales desde el punto de vista de los generales”*.

Assentado isso, cumpre mencionar que a política criminal, enquanto filtro valorativo do sistema penal, absorve os novos paradigmas, mormente, a exigência social por segurança, refletindo sobremaneira na tutela jurídico-penal.

Aquiesce Marta Rodriguez (2005), que essa nova demanda é determinada pela possibilidade de destruição massiva dos perigos a que a sociedade é exposta. Outrossim, a desconfiança que sobrepaira a ciência para tornar inócuo os perigos determinados por ela mesma, faz com que se reivindique a intervenção punitiva estatal.

3.2 PONDERAÇÕES SOBRE O DIREITO PENAL DO RISCO

Com a aludida denominação, faz-se referência à absorção pelo Direito Penal das demandas por segurança e proteção preventiva, ocasionadas pela expansiva insegurança, resultado de uma maior complexidade dos processos produtivos e científicos, bem como da globalização das relações humanas.

Impende consignar, a teor de Jesús María Sánchez (2001), que essa insegurança advém da utilização de novas técnicas produtivas, na qual se inclui, a utilização de produtos potencialmente nocivos, cujos efeitos não se conhece por completo.

Constata-se, conforme citado autor, uma crise no modelo do Estado de bem-estar, na medida em que há um aumento no desemprego e migrações forçadas e voluntárias. Conseqüentemente, sobeja a desestruturação interna para com essa realidade social.

Declina Felix Herzog (1993), que como uma resposta à essa configuração da sociedade, todos os âmbitos cognitivos não estão incólumes e demonstram uma estruturação pautada pela segurança e risco.

Nesse passo, consoante Marta Rodriguez (2005, p. 95),

[...] passa a exigir dele [Direito Penal] não uma função minimalista de tutela de alguns bens jurídicos, mas uma função promocional de valores orientadores da ação humana na vida comunitária, uma função de garantidor das gerações futuras e de regulamentador de uma série de temas [...].

Na sociedade pós-moderna onde os riscos são globais e a exigência de atuação do direito penal é premente, denota-se sua incompatibilidade para com a estrutura liberal da legislação penalista.

Nessa nova técnica legislativa, vislumbra-se a denominada “administrativização” do direito penal, pois conforme Alessandro Baratta (2004, p. 68), as disposições penais estão, em demasia, similares às administrativas, porquanto atua de maneira preventiva, onde se torna “[...] *um instrumento de administración de situaciones particulares de riesgos excepcionales* [...]”.

Constata-se do amealhado, a flexibilização do caráter fragmentário do Direito Penal, na medida em que o novo paradigma legislativo, com fito de resguardar a segurança contra os possíveis riscos, assemelha-se à atuação administrativa, posto que atua previamente à existência de lesão aos bens jurídicos.

Com efeito, não se pauta, sobretudo pela legalidade; diversamente, existe uma administrativização do direito penal, o qual se antecipa na intervenção, sem que exista sequer lesão a algum bem jurídico.

Impende declinar, conforme Felix Herzog ao mencionar Gunter Teubner (1993), que decorre dessa estruturação com supedâneo no risco e na segurança, um “Trilema Regulador”, onde a intervenção jurídica pode ocasionar: i) a indiferença recíproca entre o direito e a sociedade; ii) a desintegração social por meio do direito; iii) a desintegração do direito pelas excessivas expectativas do direito.

Nesse contexto, conforme Herzog (1993), prepondera uma mútua indiferença, na medida em que o legislativo se utiliza de normas para implementação de programas políticos,

onde inexistente preocupação com a relevância da matéria, sequer com a estrutura da norma, ocasionando problemas de eficácia.

Posteriormente, aduz que o direito desintegra a sociedade, vez que é consequência de um direito regulador, a “*colonización del mundo de la vida*”, em detrimento da autorregulação social, porquanto não mais se concebe a possibilidade de uma relação ponderada entre anseio social e novas estruturas socioeconômicas e científicas. (HERZOG, 1993, p.319-320).

Consequentemente, assenta Herzog (1993, p. 320), que há uma intensificação no controle estatal, por meio da criminalização de condutas em detrimento de “[...] *consideraciones relativas a responsabilidad social y a modelos de regulación social y corporativa*”.

Por fim, concernente à desintegração do direito mediante as massivas demandas sociais, dispõe o citado autor que existe uma sobrecarga de regulação penal, a qual descaracteriza seus paradigmas e pressupostos.

Em tempo, para Felix Herzog (1993, p. 320), essa desintegração é realizada por pressões econômicas e ecológicas, dentre outras, “[...] *pressiones propia de intereses contradictorios*”; cuja consequência é a desintegração do direito penal.

Para Wilfried Hassemer (1994), essa criminalidade padece de ausência de vítimas individuais, ou se existem, somente de forma mediata; como regra, as vítimas são o Estado e comunidades.

Aquiesce Silva Sánchez (2001), que ao se considerar o fenômeno da globalização, sobretudo econômica, constata-se a internacionalização dos mercados e, conseqüente globalização das comunicações como forma de operacionalizar essa nova estrutura econômica.

Decorre do aludido, a integração que, no limiar do autor, está associada à economia, porquanto se opera a busca por mercado comum entre vários países, nos quais são estabelecidas, a livre circulação de pessoas, capitais, serviços e bens.

Obtempera Silva Sánchez (2001, p. 87), que sucede da globalização novas configurações dos delitos, com outro perfil de autoria, agora voltado contra o sistema financeiro e corrupção de servidores, caracterizados por uma criminalidade internacionalmente organizada. Em suma, declina o autor que:

Desde el punto de vista material, la criminalidad de la globalización es criminalidad de sujetos poderosos, caracterizada por la magnitud de sus efectos, normalmente económicos, pero también políticos y sociales. Su capacidad de desestabilización general de los mercados así como de corrupción de funcionarios y gobernantes son rasgos asimismo notables.

Em tempo, Blanca Mendoza Buergo (2001), consigna quanto ao aspecto subjetivo da sociedade do risco, na qual denota-se a existência de uma “sensação de insegurança”, independentemente, da existência de perigo real.

Destaca a autora, que a nova estruturação socioeconômica, sobretudo proveniente da globalização, com organizações mais complexas, são determinantes ao crescimento generalizado da insegurança.

Consequentemente, para Buergo (2001), há uma demanda por segurança normativa, tanto como instrumento de proteção objetiva, quanto forma de se alcançar a sensação ou impressão de segurança, por ver o que lhe ocasiona temor, tutelado juridicamente.

Outrossim, caracteriza-se pela pouca visibilidade dos danos causados; a descrição típica dos delitos não é precisa, carecendo por vezes de delimitação administrativa dos liames entre o permitido e proibido, denominado por Hassemer (1994), de “acessoriedade administrativa”.

Salienta Hassemer (1994, p. 45), que o modo pelo qual essa criminalidade atua são civis, donde sobressalta três características: “[...] internacionalidade desse tipo de crime, profissionalidade e, divisão do trabalho.”

Nesse aspecto, Hassemer (1994), assevera que as mudanças ocorreram sobretudo no Direito Penal na tipificação de condutas; e no Processo Penal, mormente, na fase investigatória, sobre as quais se faz relevante tecer alguns comentários.

Com efeito, declina referido autor quanto a um “aumento da moldura penal”, consistente no recrudescimento das sanções impostas aos delitos, principalmente as penas privativas de liberdade.

Ainda, faz referência a uma “criminalização territorialmente extensa”, porquanto o legislador busca dispor sobre todas as hipóteses; sem olvidar no aumento da “utilização de delitos abstratos”, que se antes exceção, agora com a tutela do perigo se torna recorrente, o que dificulta a defesa já que inexistente dano a ser comprovado pela acusação.

Aduz Silva Sánchez (2001), que na sociedade pós-industrial existe uma crescente interdependência dos indivíduos na consecução da incolumidade dos bens jurídicos, pois, há uma dependência da conduta de terceiros, consentânea a não exposição aos riscos. Por essa razão, assevera o autor, que se observa a crescente utilização de tipos omissivos em detrimento dos comissivos.

Decorre do declinado, no entender de Alessandro Baratta (2004), uma dinamização dos bens jurídicos, porquanto está-se a modificar o paradigma axiológico da atividade

legiferante, pois se antes atuava em caráter subsidiário, quando de relevante ofensa ou exposição concreta a esta. Diversamente, na pós-modernidade, tem-se a cúria dos riscos e o Direito Penal atua preventivamente.

Prossegue Hassemer (1994), ao se referir às mudanças processuais penais, as quais focalizaram nos métodos investigatórios. Nesse passo, alude à “introdução de métodos técnicos audiovisuais”, com a utilização de câmeras e escutas por considerável período de tempo.

Ressalta a utilização de “dados informatizados”, mediante o uso de informações de sistemas informáticos, onde se analisam informações de várias pessoas em busca de autores de determinados ilícitos; segundo o autor, em patente violação da privacidade.

Aduz, ainda, quanto aos “investigadores disfarçados ou infiltrados”, consistente na utilização de agentes policiais ou mesmo do criminoso, a fim de que integre o grupo criminoso para investigações.

Efetivamente, os novos métodos obstam a que seja cessada a apuração do suposto ilícito, pois, sequer o investigado tem conhecimento de que paira suspeita sobre si.

Assente Hassemer (1994), que a consequência do uso desses métodos é a “invasão da privacidade de terceiros”, porquanto, embora recaia suspeita sobre determinada pessoa, referidos mecanismos de investigação violam a privacidade de inúmeras outras que, nem mesmo, tem relação com a possível infração, a exemplo da escuta telefônica.

Efetivamente, em decorrência da insegurança e dos perigos a que estão submetidos os cidadãos, existe uma potencialização na demanda para maior intervenção penal, que culmina no entender do autor, na antecipação do processo penal, pois se antes havia necessidade de suspeitas para investigação, agora não mais se exige tal requisito.

Outro traço distintivo, conforme Hassemer (1994), é a “privatização da segurança”, caracterizada pelo uso significativo de empresas de segurança privada, as quais atuam à margem do controle estatal.

Salienta o autor (1994, p. 48), quanto a existência de uma “transação no direito criminal”, consubstanciado nos acordos realizados previamente, sem qualquer acusação prévia, em que fatos poderão não ser elucidados. Com efeito, “Não se trata de culpa ou inocência, mas haverá uma negociação, secreta naturalmente; negocia-se quanto se pode dar e quanto se pode ceder.”

Por essa razão, defende Hassemer (1994), a criação de um novo âmbito de intervenção, no qual se afasta o rigor punitivo do direito penal, bem como se tenha garantias mais flexíveis.

Propõe o que denominou de “Direito de Intervenção”, o qual se localizaria entre o direito penal e o direito administrativo e, entre o direito civil e o direito público, em que se tutelaria a “[...] periclitación e não o dano[...]”. (HASSEMER, 1994, p. 49)

Assim, consoante o autor, esse novo âmbito de atuação seria efetivo na atuação prévia, a fim de obstar a exposição desses bens supraindividuais a perigo, ao passo que, afastada a incidência do direito penal, conservar-se-iam seus paradigmas axiológicos e, conseqüentemente, sua efetividade.

Com efeito, declina Marta Rodriguez no liame de Josetxo Beriain (2005), que para fazer frente às configurações sociais contemporâneas, a fim de se garantir a segurança, existem duas estratégias passíveis de serem adotadas, uma consistente da capacidade adaptativa, correções posteriores aos erros; logo, existe um cúmulo de segurança em decorrência do aprendizado acumulado.

O outro mecanismo, conforme a autora, refere-se à antecipação, na tentativa de obstar a ocorrência dos perigos a que se está submetido, de modo a atuar previamente. Conseqüentemente, no âmbito penal são incriminadas apenas condutas, sem qualquer necessidade de aferir perigo concreto ou efetiva lesão ao bem jurídico.

Nesse sentido, aduz Alessandro Baratta (2004, p. 70) que:

[...] esta transformación significa que la seguridad de los bienes jurídicos tiende a prevalecer (se podría agregar: por lo menos desde el punto de vista de las funciones declaradas) sobre la seguridad o ‘certeza’ del Derecho. El Estado preventivo [Denninger] es entonces el ‘Estado de la Seguridad’ [Hirsch]... Éste a su vez, no es si no la manera como la estructura política se adecua a las características de una sociedad que, en forma cada vez más acelerada, conduce a situaciones de riesgo... El Estado de la prevención o Estado de la seguridad, precisando entonces, es aquel en el que la producción normativa y los mecanismos decisionales también tendien a reorganizarse permanentemente, como respuesta a una situación de emergencia estructural. (grifos do autor).

Por essa razão, denota-se no liame do supracitado autor quanto à atividade legiferante, a existência de uma técnica legislativa mais ampla e a caracterização de um “Direito Penal jurisprudencial”; na medida em que sobressalta, dentre outros, a utilização de conceitos indeterminados e cláusulas gerais.

Assim, obtempera Alessandro Baratta (2004), que há uma delegação ao judiciário da gestão política dos conflitos. Com efeito, nos governos de coalizão e o efêmero equilíbrio das maiorias parlamentares indicam que o legislador transfere à atividade judicante a responsabilidade política de “decisões programáticas”, pois não pode ou lhe é desfavorável politicamente.

Para a cúria, primordialmente, de bens difusos passa o legislador, imbuído na mera probabilidade, a se utilizar da exceção na tipificação de condutas penalmente relevantes e eleva, sobremaneira o uso de tipos penais de perigo abstrato, os quais prescindem de lesão, ou mesmo efetiva exposição a perigo para sua consumação. (MACHADO, 2005)

Sem olvidar dos tipos penais em branco, os quais apenas dispõem, genericamente, a conduta ilícita e relegam à atividade administrativa a determinação da conduta nociva, de modo a dar efetividade ao tipo penal.

Outrossim, refere a autora citada, quanto ao aumento dos delitos omissivos, tanto próprios quanto impróprios, sobretudo, determinada pela maior demanda de criminalização dos deveres de cuidado e regulamentação de setores, mormente, econômicos que desenvolvam atividades de alto risco social.

Igualmente, houve acréscimo significativo nos tipos penais culposos, porquanto se busca prevenir que o evento lesivo ocorra. Caracteriza-se pela dificuldade em minuciar o nexo causal de determinado fato e da fragmentação de responsabilidades e funções, os quais dificultam a análise do dolo.

Fato esse, que na ponderação de Marta Rodriguez (2005), advém da dificuldade em se comprovar o elemento subjetivo dos delitos difusos, motivo pelo qual opta-se pelos delitos culposos, quando não se reduz a rigidez com que se analisa os elementos que demonstram o dolo.

Por oportuno, Marta Rodriguez (2005, p. 143) faz alusão aos delitos cumulativos, acepção cunhada por Lothar Kuhlen, a qual se refere “[...] à punição de condutas não por sua própria lesividade, mas por se almejar evitar a hipótese de sua realização massiva”

Terminologia essa, que consagra, na visão da autora, a utilização de delitos difusos, os quais, geralmente, carecem de elevada quantidade de condutas para que ocorra efetiva lesão, sendo insuficiente as condutas, individualmente consideradas.

De fato, tal concepção afronta, dentre outros, os princípios da lesividade e proporcionalidade, na medida em que as condutas individuais sequer expõem o bem jurídico a perigo efetivo, e, conseqüentemente, inexistente motivação para a aplicação da reprimenda penal.

Nesse ínterim, faz-se relevante mensurar quanto à responsabilização penal das pessoas jurídicas, as quais possuem, na pós-modernidade, estruturas fragmentadas e uso de tecnologias passíveis de causar significativos danos à sociedade, sobretudo, ao meio ambiente.

Com efeito, assevera Marta Rodriguez (2005) que não raro, os danos causados por entes morais, são perpetrados por decisões escalonadas e não decorre apenas daquele, cuja conduta, efetivamente, lesionou o bem jurídico.

Cumprido ressaltar que ante uma maior estratificação organizacional, nota-se patente dificuldade em imputar responsabilidades ao pautar-se no modelo de responsabilização clássico, permeado por imputação de condutas a pessoas naturais.

Conseqüentemente, conforme Felix Herzog ao mencionar Naucke (1993), denota-se dessa nova técnica legislativa, caracterizada pela interdependência entre política interna e direito penal, imprecisão e nenhum fundamento empírico, em que sobejam inconsistências estruturais.

Impende mensurar, segundo Felix Herzog no passo de Naucke (1993, p. 321) que, “[...] *cada vez más posible deducir el contenido del derecho penal desde la política interna, si se sabe que grupos de interés, es decir qué partidos políticos o coaliciones, controlam la legislación*”.

Consigna Felix Herzog (1993), que o Direito Penal tem uma função política na sociedade do risco, porquanto serve aos interesses eleitorais, como um instrumento necessário e rápido à solução dos riscos.

Dessa forma, assevera Buergo (2001, p. 32) que,

Assumir esse papel que no les pertence de modo prioritário ni menos aún exclusivo, puede suponer, sin embargo, una intervención penal excesiva que abocaría, según alguns, al desarrollo de un Estado de prevención o Estado preventivo... Este, frente al modelo clásico liberal, muestra una inclinación que, partiendo de la seguridad jurídica, tiende más bien hacia la seguridad de los bienes jurídicos, convirtiéndose así en un Estado de la seguridad... Con ello, se abriría un frente por ele que pueden surgir fisuras en aspectos garantistas del Derecho penal.

Por oportuno, não se deve olvidar as ponderações favoráveis a um Direito Penal do risco, motivo pelo qual se passa a expor, brevemente, as observações de alguns teóricos da denominada posição intermediária e outros com um posicionamento radical; ambos em prol da aludida expansão penalista.

Destaca-se quanto ao posicionamento intermediário, as análises de Cornelius Prittwitz, da escola de Frankfurt, mencionado por Buergo (2001), segundo o qual apenas deve haver a incidência da tutela penalista quando possível a observância dos princípios de responsabilização individual.

Nessa mesma acepção, Luiz Regis Prado (2008), declina que o direito penal deve se coadunar à ordem constitucional instaurada em 1988, na medida em que os bens jurídicos são

determinados pela orientação axiológica ventilada na Constituição, e consentânea a um Estado democrático e social de Direito.

Assente o citado autor, que o bem jurídico é pressuposto para a intervenção penal, sendo esta legítima se socialmente necessária; assim entendida, aquela adequada para assegurar o desenvolvimento, a paz social e as condições de vida.

Dessa forma, Prado (2008) obtempera que os bens jurídicos supraindividuais, próprios de um Estado Social, o qual cria novos deveres e riscos que perpassam a esfera individual; emanam novos bens jurídicos ou ampliam os já existentes, os quais reclamam uma tutela penal, a fim de se propiciar o desenvolvimento das potencialidades humanas, bem como sua real integração em uma coletividade organizada.

Outrossim, Jesús-Maria Silva Sánchez (2001, p. 91), ao adotar uma concepção intermediária, aduz que a relutância reside na aversão à expansão da pena privativa de liberdade, não propriamente, à estrutura dos novos tipos penais.

Por isso, dispõe o autor quanto ao “Direito Penal de duas velocidades”, em alusão a uma expansão razoável, de modo que declina uma dupla intervenção, consistente no “direito penal nuclear”, o qual tutela os bens jurídicos de maior relevância, para os quais se comina pena privativa de liberdade.

E, ao “direito penal periférico”, referente à proteção dos bens jurídicos coletivos, para os quais são cominadas penas restritivas de direito, multa e sanções a pessoas jurídicas. Logo, inexistente privação da liberdade, de forma que sobreleva a possibilidade de se flexibilizar princípios e critérios de imputação.

Conseqüentemente, pode-se sintetizar a concepção de Silva Sánchez (2001, p. 161), na transcrição de doravante excerto:

[...] puede afirmarse que, en la medida en que la sanción sea de prisión, una pura consideración de proporcionalidad requeriría que la conducta así sancionada tuviera una significativa repercusión en términos de afectación o lesividad individual; a la vez, procedería – por lo dicho – mantener un claro sistema de imputación individual (personal). Ahora bien, en la medida en que la sanción no sea de prisión, sino privativa de derechos o pecuniaria, parece que no habría que exigir tan estricta afectación personal. La ausencia de penas corporales permitiría flexibilizar el modelo de imputación.

Em tempo, passa-se a consignar algumas ponderações relevantes à compreensão das acepções radicais, favoráveis a expansão do Direito Penal, na sociedade pós-moderna.

Nesse contexto, faz-se relevante destacar o posicionamento de Bernd Shünemann, que ressaltado por Buergo (2001), é renitente ao declinar o equívoco na acepção individualista dos

bens jurídicos, cuja consequência é a perversa inversão dos paradigmas axiológicos do direito penal.

Deveras, perfaz-se a aludida inversão, na medida em que para o autor, os bens jurídicos têm por escopo a cúria, não somente desta, mas também das futuras gerações, de modo que se faz necessária a flexibilização e expansão penalista aos bens jurídicos coletivos.

No passo do raciocínio alhures descrito, cumpre destacar as lições de Günter Stratenwerth, conforme Machado (2005), para o qual se o direito penal se ocupa de condutas individuais, comparativamente, de menor relevância à sociedade. Efetivamente, deveria abarcar em seu bojo, bens jurídicos supraindividuais, advindos dos novos riscos e, de indubitável superior relevância.

Por essa razão, há de se pautar o direito penal por um viés garantista, concebendo referida terminologia dentro do que aduz Luigi Ferrajolli (2002), para o qual está compreendido um modelo normativo de direito, em que o direito penal vincula-se à estrita legalidade, própria de um Estado de Direito.

Prossegue o autor, ao aduzir que no plano político, compreende-se o método pelo qual busca maximizar a liberdade e reduzir a violência. Por fim, sob o plano jurídico, refere-se à vinculação da atividade punitiva estatal à observação dos direitos fundamentais dos cidadãos, a fim de se coibir qualquer ingerência punitiva excessiva.

Imbuído nessa concepção, é que Cezar Roberto Bitencourt (2015, p. 54-55), afirma de modo pertinaz que:

Os legisladores contemporâneos, nas mais diversas partes do mundo, têm abusado da criminalização e da penalização, em franca contradição com o princípio em exame [intervenção mínima], levando ao descrédito não apenas o Direito Penal, mas a sanção criminal, que acaba perdendo sua força intimidativa diante da inflação legislativa reinante nos ordenamentos positivos.

Conseqüentemente, faz-se oportuno asseverar, nesse aspecto, a contrariedade da legislação penalista atual aos princípios aventados, na medida em que se observa uma excessiva criminalização de condutas, a fim de se tutelar os riscos a que a sociedade é exposta; relegando ao direito penal na pós-modernidade, uma característica *prima facie* ou *sola ratio*.

3.3 EXPANSÃO DO DIREITO PENAL NA PÓS-MODERNIDADE: LEGISLAÇÃO PENAL COMPARADA

Com efeito, após perpassar ponderações pertinentes à expansão do direito penal na pós-modernidade, faz-se relevante analisar algumas legislações penais, comparando-as à legislação brasileira, a fim de analisar possível existência e semelhança nas normas penais características do direito penal do risco.

Por oportuno, cumpre relembrar os traços distintivos da técnica legislativa penal expansionista. Nesse sentido, Hassemer (1994); Buergo (2001); Sánchez (2001), dentre outros, são uníssonos ao dispor que ante os perigos a que se encontra exposta a sociedade; sobreleva a utilização dos tipos penais de perigo abstrato, em branco e culposos, na tutela dos bens jurídicos supraindividuais.

Nesse liame, denota-se na legislação brasileira, as características alhures declinadas, de modo que se faz relevante transcrever os seguintes tipos penais de perigo abstrato contidos na Lei n. 9.503, de 23 de setembro de 1997, a qual instituiu o Código de Trânsito Brasileiro:

Art. 306. Conduzir veículo automotor com **capacidade psicomotora alterada em razão da influência de álcool ou de outra substância** psicoativa que determine dependência:(Redação dada pela Lei n. 12. 760/2012)

[...]

§ 1º As condutas previstas no caput serão constatadas por: (Incluído pela Lei nº 12.760, de 2012)

I - concentração igual ou superior a 6 decigramas de álcool por litro de sangue ou igual ou superior a 0,3 miligrama de álcool por litro de ar alveolar; ou (Incluído pela Lei nº 12.760, de 2012)

II - **sinais que indiquem, na forma disciplinada pelo Contran**, alteração da capacidade psicomotora. (Incluído pela Lei nº 12.760, de 2012)

Art. 310. Permitir, confiar ou entregar a direção de veículo automotor a **pessoa não habilitada, com habilitação cassada ou com o direito de dirigir suspenso**, ou, ainda, a quem, **por seu estado de saúde, física ou mental, ou por embriaguez, não esteja em condições de conduzi-lo com segurança**: (grifos nossos).

Em tempo, impende colacionar os seguintes tipos penais de perigo abstrato e em branco, contidos na Lei n. 9.605, de 12 de fevereiro de 1998, a qual dispõe sobre sanções penais e administrativas às condutas e atividades lesivas ao meio ambiente.

Art. 29. Matar, perseguir, caçar, apanhar, utilizar espécimes da fauna silvestre, nativos ou em rota migratória, **sem a devida permissão, licença ou autorização da autoridade competente, ou em desacordo com a obtida**:

Art. 31. Introduzir espécime animal no País, **sem parecer técnico oficial favorável e licença expedida por autoridade competente:**

Art. 34. Pescar em período no qual a pesca seja **proibida ou em lugares interditados por órgão competente:**

Art. 46. Receber ou adquirir, para fins comerciais ou industriais, madeira, lenha, carvão e outros produtos de origem vegetal, sem exigir a **exibição de licença do vendedor, outorgada pela autoridade competente, e sem munir-se da via que deverá acompanhar o produto até final beneficiamento:**

[...]

Parágrafo único. Incorre nas mesmas penas quem vende, expõe à venda, tem em depósito, transporta ou guarda madeira, lenha, carvão e outros produtos de origem vegetal, **sem licença válida para todo o tempo da viagem ou do armazenamento, outorgada pela autoridade competente.**

Art. 51. Comercializar motosserra ou utilizá-la em florestas e nas demais formas de vegetação, **sem licença ou registro da autoridade competente:**

Art. 64. Promover construção em solo não edificável, ou no seu entorno, assim considerado em razão de seu valor paisagístico, ecológico, artístico, turístico, histórico, cultural, religioso, arqueológico, etnográfico ou monumental, **sem autorização da autoridade competente ou em desacordo com a concedida.** (grifos nossos).

De se notar que o Código Penal da República da Colômbia – Lei n. 599, de 2 de julho de 2000, dispõe dentre outros de tipos penais em branco, de perigo e culposos na tutela dos recursos naturais e meio ambiente, conforme abaixo exposto:

Artículo 330. *Manejo ilícito de microorganismos nocivos.* El que **con incumplimiento de la normatividad existente** introduzca, manipule, experimente, inocule o propague especies, microorganismos, moléculas, substancias o elementos que pongan en peligro la salud o la existencia de los recursos fáunicos, florísticos o hidrobiológicos, o alteren perjudicialmente sus poblaciones, incurrirá en prisión de dos (2) a seis (6) años y multa de trescientos (100) a diez mil (10.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Artículo 334. *Experimentación ilegal en especies animales o vegetales.* El que, **sin permiso de autoridad competente o con incumplimiento de la normatividad existente**, realice experimentos, introduzca o propague especies animales, vegetales, hidrobiológicas o agentes biológicos o bioquímicos que pongan en peligro la salud o la existencia de las especies, o alteren la población animal o vegetal, incurrirá en prisión de dos (2) a seis (6) años y multa de cincuenta (50) a doscientos (200) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Artículo 336. *Caza ilegal.* El que **sin permiso de autoridad competente o infringiendo normas existentes**, excediere el número de piezas permitidas, o cazare en época de veda, incurrirá en prisión de uno (1) a tres (3) años y multa de veinte (20) a quinientos (500) salarios mínimos legales mensuales vigentes, siempre que la conducta no constituya delito sancionado con pena mayor.

Artículo 339. *Modalidad culposa.* Las penas previstas en los artículos 331 y 332 de este Código se disminuirán hasta en la mitad cuando las conductas punibles **se realicen culposamente.** (grifos no original e nossos)

Igualmente, o Código Penal do Reino da Espanha (Lei Orgânica n. 10, de 23 de novembro de 1995), dispõe dos tipos penais que tutelam de forma antecedente os bens jurídicos supraindividuais, conforme colacionado:

Artículo 325.

1. Será castigado con las penas de prisión de seis meses a dos años, multa de diez a catorce meses e inhabilitación especial para profesión u oficio por tiempo de uno a dos años el que, **contraviniendo las leyes u otras disposiciones de carácter general protectoras del medio ambiente**, provoque o realice directa o indirectamente emisiones, vertidos, radiaciones, extracciones o excavaciones, aterramientos, ruidos, vibraciones, inyecciones o depósitos, en la atmósfera, el suelo, el subsuelo o las aguas terrestres, subterráneas o marítimas, incluido el alta mar, con incidencia incluso en los espacios transfronterizos, así como las captaciones de aguas que, por sí mismos o conjuntamente con otros, cause o pueda causar daños sustanciales a la calidad del aire, del suelo o de las aguas, o a animales o plantas.

2. Si las anteriores conductas, por sí mismas o conjuntamente con otras, pudieran perjudicar gravemente el equilibrio de los sistemas naturales, se impondrá una pena de prisión de dos a cinco años, multa de ocho a veinticuatro meses e inhabilitación especial para profesión u oficio por tiempo de uno a tres años. **Si se hubiera creado un riesgo de grave perjuicio** para la salud de las personas, se impondrá la pena de prisión en su mitad superior, pudiéndose llegar hasta la superior en grado.

Artículo 330.

Quien, en un **espacio natural protegido**, dañare gravemente alguno de los elementos que hayan servido para calificarlo, incurrirá en la pena de prisión de uno a cuatro años y multa de doce a veinticuatro meses.

Artículo 333.

El que introdujera o liberara especies de flora o fauna no autóctona, de modo que perjudique el equilibrio biológico, **contraviniendo las leyes o disposiciones de carácter general protectoras de las especies de flora o fauna**, será castigado con la pena de prisión de cuatro meses a dos años o multa de ocho a veinticuatro meses y, en todo caso, inhabilitación especial para profesión u oficio por tiempo de uno a tres años.

Artículo 335.

1. El que cace o pesque especies distintas de las indicadas en el artículo anterior, cuando **esté expresamente prohibido por las normas específicas** sobre su caza o pesca, será castigado con la pena de multa de ocho a doce meses e inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de cazar o pescar por tiempo de dos a cinco años.

[...]

Artículo 336.

El que, **sin estar legalmente autorizado**, emplee para la caza o pesca veneno, medios explosivos u otros instrumentos o artes de similar eficacia destructiva o no selectiva para la fauna, será castigado con la pena de prisión de cuatro meses a dos años o multa de ocho a veinticuatro meses y, en cualquier caso, la de inhabilitación especial para profesión u oficio e inhabilitación especial para el ejercicio del derecho a cazar o pescar por tiempo de uno a tres años. Si el daño causado fuera de notoria importancia, se impondrá la pena de prisión antes mencionada en su mitad superior. (grifos nossos)

Por oportuno, na mesma senda, com especial destaque para os tipos culposos, o Código Penal da República Portuguesa, Decreto-Lei nº 400, de 23 de setembro de 1982, ao dispor:

Artigo 271.º

Actos preparatórios

1 – Quem **preparar a execução** dos actos referidos nos artigos 256.º, 262.º, 263.º, no n.º 1 do artigo 268.º, no n.º 1 do artigo 269.º, ou no artigo 270.º, fabricando, importando, adquirindo para si ou para outra pessoa, fornecendo, expondo à venda ou retendo:

- a) Formas, cunhos, clichés, prensas de cunhar, punções, negativos, fotografias ou outros instrumentos que, pela sua natureza, são utilizáveis para realizar crimes; ou
 - b) Papel, holograma ou outro elemento igual ou suscetível de se confundir com os que são particularmente fabricados para evitar imitações ou utilizados no fabrico de documento autêntico ou de igual valor, moeda, título de crédito ou valor selado;
- é punido com pena de prisão até um ano ou com pena de multa até 120 dias.

Artigo 272.º

Incêndios, explosões e outras condutas especialmente perigosas

1 – Quem:

- a) Provocar incêndio de relevo, nomeadamente pondo fogo a edifício, construção ou meio de transporte;
 - b) Provocar explosão por qualquer forma, nomeadamente mediante utilização de explosivos;
 - c) Liberar gases tóxicos ou asfixiantes;
 - d) Emitir radiações ou liberar substâncias radioactivas;
 - e) Provocar inundação, desprendimento de avalanche, massa de terra ou de pedras; ou
 - f) Provocar desmoronamento ou desabamento de construção;
- e criar deste modo perigo para a vida ou para a integridade física de outrem, ou para bens patrimoniais alheios de valor elevado, é punido com pena de prisão de três a dez anos.

2 – Se o perigo referido no número anterior for **criado por negligência**, o agente é punido com pena de prisão de um a oito anos.

3 – Se a conduta referida no n.º 1 for **praticada por negligência**, o agente é punido com pena de prisão até cinco anos.

Artigo 274.º

Incêndio florestal

1 – Quem provocar incêndio em terreno ocupado com floresta, incluindo matas, ou pastagem, mato, formações vegetais espontâneas ou em terreno agrícola, próprios ou alheios, é punido com pena de prisão de 1 a 8 anos.

2 – Se, através da conduta referida no número anterior, o agente:

- a) Criar perigo para a vida ou para a integridade física de outrem, ou para bens patrimoniais alheios de valor elevado;
 - b) Deixar a vítima em situação económica difícil; ou
 - c) Actuar com intenção de obter benefício económico;
- é punido com pena de prisão de três a doze anos.

3 – Se o perigo previsto na alínea a) do n.º 2 for **criado por negligência**, o agente é punido com pena de prisão de dois a dez anos.

4 – Se a conduta prevista no n.º 1 for **praticada por negligência**, o agente é punido com pena de prisão de até três anos ou com pena de multa.

5 – Se a conduta prevista no número anterior for **praticada por negligência grosseira ou criar perigo para a vida ou para a integridade física de outrem**, ou para bens patrimoniais alheios de valor elevado, o agente é punido com pena de prisão até cinco anos.

Artigo 278.º

Danos contra a natureza

1 – Quem, **não observando disposições legais, regulamentares ou obrigações impostas pela autoridade competente** em conformidade com aquelas disposições:

- a) Eliminar, destruir ou capturar de fauna ou flora em número significativo;
- b) Destruir ou deteriorar significativamente habitat natural protegido ou habitat natural não protegido causando a este perdas em espécies protegidas da fauna ou flora selvagens ou em número significativo; ou
- c) Afectar gravemente recursos do subsolo;

é punido com pena de prisão até 5 anos.

2 – Quem, **não observando disposições legais, regulamentares ou obrigações impostas pela autoridade competente** em conformidade com aquelas disposições comercializar ou detiver para comercialização exemplar de espécies protegidas da fauna ou da flora selvagens, vivo ou morto, bem como qualquer parte ou produto obtido a partir daquele, é punido com pena de prisão de até 2 anos ou com pena de multa até 360 dias.

3 – Quem, **não observando disposições regulamentares ou obrigações impostas pela autoridade competente** em conformidade com aquelas disposições, possuir ou detiver exemplar de espécies protegidas da fauna ou da flora selvagens, vivo ou morte, é punido com pena de prisão até 1 ano ou com pena de multa até 240 dias.

[...]

5 – Se a conduta referida no n.º 1 for **praticada por negligência**, o agente é punido com pena de prisão de até 2 anos ou com pena de multa até 360 dias.

6 – Se as condutas referidas n.º 2 e 3 **forem praticas por negligência**, o agente é punido com pena de multa até 240 dias. (grifos nossos)

Deveras, do conteúdo amealhado dos diversos diplomas penais destacados, constata-se mormente, a utilização dos tipos penais em branco, culposos e de perigo abstrato, característicos de uma sociedade pós-moderna, onde se perfaz uma antecipação do Direito Penal.

Dessa forma, nota-se que, independentemente, do nível de desenvolvimento econômico e social dos países utilizados na análise alhures; que todos, sobretudo devido à globalização econômica, são uníssonos na antecipação e administrativização do direito penal e, conseqüente, flexibilização dos paradigmas axiológicos clássicos da seara penal.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A digressão realizada neste trabalho foi, efetivamente, necessária para se abordar o tema, de modo a compreendê-lo e a contextualizá-lo às configurações da sociedade que, em muito determinam o direito penal, posto que como um objeto cultural não se mantém indene às mudanças socioeconômicas.

Denota-se que a sociedade pós-moderna, determinada pela fragmentação, indeterminação e desconfiança, especialmente para com a ciência, características dessa sociedade, reflete sobremaneira na demanda por expansão da criminalização de condutas.

Ademais, após a Segunda Guerra Mundial houve uma expansão internacionalista das economias desenvolvidas, as quais estabeleceram seus centros produtores nos países subdesenvolvidos, cuja política, sobretudo econômica, foi determinante para alterações sociais significativas.

De fato, existe uma inconstância na sociedade pós-moderna, onde se flexibiliza trabalho, produtos e padrões de consumo. Além disso, há profusão e efemeridade das novas tecnologias e formas organizacionais e comerciais.

Aliás, aludidas inovações e flexibilização desaguam no que Anthony Giddens denomina esvaziamento do tempo-espço, como forma de declinar que o local é determinado por influências longínquas devido à internacionalização do mercado e das relações sociais. Conseqüentemente, contribui para o conhecimento refratário e propagação da sensação de insegurança.

Nesse contexto, embora possa parecer paradoxal; efetivamente, ao mesmo tempo em que existe uma fragmentariedade, há um entrelaçamento, porquanto os sentidos são determinados pelas relações e não autonomamente, de modo estanque, conforme alude Bruno Latour.

Com efeito, características essas designantes do que Ulrich Beck denomina “sociedade do risco”, na qual as técnicas científico-econômicas, estão em contínua alteração e cuja consequência é o confronto entre paradigmas e efeitos, na medida em que os riscos iminentes aos novos processos produtivos surgem de forma irreflexa.

Neste momento, faz-se relevante mensurar quanto aos substratos do ordenamento jurídico, especificamente aos princípios, os quais para Dworkin e Alexy, distinguem-se das regras de forma qualitativa em uma perspectiva lógica.

De fato em Dworkin, não se perquire os princípios quanto à validade, mas, tão somente, de forma figurativa quanto ao peso, que determina sua aplicabilidade ou não no caso concreto.

Imbuído está em Alexy, a concepção de princípios como mandamentos de otimização, já que sua satisfação se opera em níveis diversos, porquanto, intimamente relacionada às possibilidades fáticas e jurídicas.

Ainda, oportuno reiterar que o trabalho se pautou por uma acepção axiológica dos princípios, no passo do consignado por Canotilho, onde se tem nos paradigmas axiológicos os fundamentos das regras que, efetivamente, referem-se à orientação fundamentante do direito.

Nesse ínterim, faz-se necessário declinar que devido a maior abstração e sua orientação axiológica, os princípios possibilitam a integração e operacionalização do sistema jurídico.

Ademais, em um Estado Democrático e Social de Direito, os princípios consubstanciam mecanismos por meio dos quais se garante a observância dos direitos fundamentais, impondo-se óbice à ingerência estatal.

Por essa razão, a técnica normativa na seara penal, dentre outros, deve observar o princípio da legalidade, tendo-se em vista as liberdades individuais e a segurança jurídica, de modo a que se ampare as pessoas do próprio direito penal, conforme ponderou Claus Roxin. Assim, deve o legislador se abster de utilizar termos indeterminados e genéricos.

Em tempo, expôs-se acerca do princípio da intervenção mínima ou *ultima ratio*, segundo o qual, a intromissão do direito penal se dá apenas na cúria dos bens de maior relevância, quando essa proteção não puder ser efetivada por âmbitos extrapenais.

Por isso, não se deve olvidar o princípio da ofensividade em seu duplo aspecto, tanto ao legislador, a fim de que tipifique condutas propensas a causar ofensas ao bem tutelado; quanto ao aplicador do direito, na medida em que está imbuído um critério interpretativo, a fim de perscrutar efetiva lesividade.

Apontadas as características da sociedade pós-moderna, deve-se declinar que esta influencia, sobremaneira a política criminal, com implicações nos bens jurídicos, pois, sujeita às vicissitudes sociais.

Dessa forma, tem-se na sociedade pós-moderna, globalizada, uma exposição a riscos conhecidos e desconhecidos, posto que, conforme Bruno Latour, não é possível conhecer por completo os efeitos da nova dinâmica, sobretudo econômica, na sociedade.

Consequentemente, ante a sensação de insegurança, nenhum âmbito epistemológico se mantém incólume à essa nova estruturação da sociedade e; assim, surge uma demanda pela

criminalização de condutas, como mecanismo de se coibir possíveis eventos de grande nocividade.

Efetivamente, essa demanda faz com que exista uma expansão do direito penal, a fim de se tutelar o risco, ocasionando uma antecipação do direito penal e flexibilização nas garantias e princípios penalistas.

Nesse contexto, uma das consequências dessa expansão penalista é a administrativização do direito penal, onde este passa a criminalizar condutas que geram risco de lesão, não propriamente a lesão, assimilando-se, assim, às disposições administrativas. Logo, olvida-se o princípio da *ultima ratio* do direito penal.

Ainda, com a globalização, a sensação de insegurança é perene e, conseqüentemente, constata-se um aumento pela demanda normativa do direito penal, com o escopo de se ter uma proteção objetiva e sensação de segurança.

Com efeito, essa expansão do direito penal faz com que ocorra uma alteração na técnica legislativa, a qual passa a utilizar, de modo significativo, os tipos penais em branco – acessoriedade administrativa –, culposos, omisivos e de perigo abstrato, em uma modificação no sistema valorativo da atividade legiferante, com a dinamização dos bens jurídicos, no paradigma dos delitos cumulativos.

Ressalta-se constatar de forma indubitável, que no direito penal emergencial, prepondera a flexibilização dos elementos fundamentantes do direito, os quais orientam a função legislativa. De fato mitiga-se, mormente os princípios da legalidade, ofensividade e intervenção mínima.

Impende declinar que é evidente a função política do direito penal na sociedade pós-moderna, onde este se torna um instrumento propalado como necessário e rápido. Deveras, consubstancia-se em uma transferência ao judiciário, da gerência dos conflitos políticos.

Calha asseverar nesse aspecto, que há o encaminhamento à atividade judicante de decisões programáticas, na medida em que estas podem não ser benéficas aos auspícios políticos dos legisladores.

Conseqüentemente, mais do que a tutela de bens supraindividuais, a expansão do direito penal é um subterfúgio profícuo à função legislativa e executiva, porquanto propala-se que basta a criminalização de condutas e enrijecimento das sanções penais, antecipando a tutela penal, para se obstar eventos danosos.

Quando em verdade, a atividade fiscalizatória e a responsabilização administrativa, próprias para se obstar ou reduzir o risco de dano, mostrar-se-iam mais eficazes. No entanto, assaz nocivas, politicamente; de modo que mais imperceptível e de pouca relevância social, a

flexibilização dos pressupostos e paradigmas axiológicos tidos por clássicos, em várias nações, com variados níveis de desenvolvimento econômico e social.

REFERÊNCIAS

ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro; ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Derecho Penal: parte general**. 2. ed. Buenos Aires: Ediar, 2002.

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Trad. de Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. 4. tir. São Paulo: Malheiros, 2015.

ARÁN, Mercedes García; CONDE, Francisco Muñoz. **Derecho penal: parte general**. 8. ed. rev. atual. Valencia: Tirant lo Blanch, 2010.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

BARATTA, Alessandro. Funciones Instrumentales y Simbólicas del Derecho Penal: una discusión en la perspectiva de la criminología crítica. In: BARATTA, Alessandro. **Criminología y Sistema Penal**. Compilación in memoriam. Buenos Aires: BdeF, 2004.

BARCELLOS, Ana Paula de. Anotação preliminar sobre o conteúdo e as funções dos princípios. In: CANOTILHO, J.J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W; STRECK, Lenio. (Coord.). **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013.

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e Aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

BATISTA, Nilo. **Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro**. 11. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

BECK, Ulrich. **Sociedade de Risco: rumo a uma outra modernidade**. Trad. de Sebastião Nascimento. 2. ed., 1. reimp. Rio de Janeiro: Ed. 34, 2013.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal: parte geral**. 21. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2015.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

BRASIL. **Código de Trânsito Brasileiro**, Lei nº 9.503, de 23 de setembro de 1997. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Poder Executivo/Legislativo. Brasília-DF, 24 set. 1997. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9503.htm > acesso em 01 set. 2016.

_____. **Lei nº 9.605**, de 12 de fevereiro de 1998. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília-DF, 13 fev. 1998. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9605.htm > acesso em 01 set. 2016.

BUERGO, Blanca Mendoza. **El Derecho Penal en la Sociedad del Riesgo**. Madrid: Civitas, 2001.

CAÑAS, Antonio Gordillo. Ley, Principios Generales y Constitución: apuntes para una relectura, desde la Constitución, de la teoría de las fuentes del derecho. **Anuario de Derecho Civil**, Madrid, v. 41, n. 2, p. 469-516, 1988.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes Canotilho. **Direito Constitucional**. 6. ed. rev. Coimbra: Almedina, 1993.

COLÔMBIA. **Código Penal**, Lei nº 599, de 24 de julho de 2000. Diário Oficial da República da Colômbia nº 44097, Bogotá, 24 jul. 2000. Disponível em < <http://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?ruta=Leyes/1663230>> acesso em: 03 set. 2016.

CONDE, Francisco Muñoz; HASSEMER, Wilfried. **Introducción a la criminología y al Derecho Penal**. Valencia: Tirant lo Blanch, 1989.

DEL VECCHIO, Giorgio. **Los Principios Generales del Derecho**. Trad. de Juan Ossorio Morales. Barcelona: Bosch, 1933.

DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério**. Trad. de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

ESPAÑA. **Código Penal**, Lei nº 10, de 23 de novembro de 1995. Boletim Oficial do Estado nº 281, de 24 de novembro de 1995. Madrid, 24 nov. 1995. Disponível em < http://www.boe.es/legislacion/codigos/codigo.php?id=038_Codigo_Penal_y_legislacion_complementaria&modo=1> acesso em 03 set. 2016.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. Trad. de Ana Paula Zomer Sica, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares, Luiz Flávio Gomes. 3. ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

GIDDENS, Anthony. **As Consequências da Modernidade**. Trad. de Raul Fiker. São Paulo: UNESP, 1991.

HALL, Stuart. **A Identidade Cultural na Pós-modernidade**. Trad. de Tomaz Tadeu da Silva e Guacira Lopes Louro. 11. ed. Rio de Janeiro: DP&A, 2011.

HARVEY, David. **Condição Pós-moderna: uma pesquisa sobre as origens da mudança cultural**. Trad. de Adail Ubirajara Sobral e Maria Stela Gonçalves. 17. ed. São Paulo: Loyola, 2008.

HASSEMER, Wilfried. Perspectivas de uma moderna política criminal. Res. de Cezar Roberto Bitencourt. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 2, n. 8, p. 41-51, out-dez, 1994.

HERZOG, Félix. Límites al control penal de los riesgos sociales. Una perspectiva crítica ante el derecho penal em peligro. Trad. de Elena Larrauri Pijoan e Fernando Pérez Alvarez. **Anuario del Derecho Penal y Ciencias Penales**, Madrid, n. 46, p. 317-327, jan-abril 1993.

LATOURETTE, Bruno. **Jamais Fomos Modernos**. Trad. de Carlos Irineu da Costa. 3. ed. Rio de Janeiro: Ed. 34, 2013.

MACHADO, Marta Rodriguez de Assis. **Sociedade do Risco e Direito Penal**: uma avaliação de novas tendências político-criminais. São Paulo: IBCCRIM, 2005.

MATA, Roberto da. **Carnavais, Malandro e Heróis**: para uma sociologia do dilema brasileiro. 6. ed. Rio de Janeiro: Rocco, 1997.

MÜLLER, Friedrich. **Teoria Estruturante do Direito**. Trad. de Peter Naumann e Eurides Avance de Souza. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

PORTUGAL. **Código Penal**, Decreto-Lei nº 400, de 23 de setembro de 1982. Diário da República nº 221, Lisboa 23 de setembro de 1982. Disponível em http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=109&tabela=leis&so_miolo= acesso em: 05 set. 2016.

PRADO, Luiz Regis. Apontamentos sobre o ambiente como bem jurídico-penal. **Revista de Direito Ambiental**, São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 50, p. 133-158, 2008.

ROXIN, Claus. **Derecho Penal**: parte general. Fundamentos, La estructura de la teoría del delito. Trad. de Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo e Javier de Vicente Remesal. 1. T. Madri: Civitas, 1997.

SÁNCHEZ, Jesús-María Silva. **La Expansión del Derecho Penal**: aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales. 2. ed. rev. e ampl. Madrid: Civitas, 2001.

SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito Penal**: parte geral. 5. ed. rev. e ampl. Florianópolis: Modelo, 2012.

SILVA, Virgílio Afonso da. Princípios e regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção. **Revista Latino-americana de Estudos Constitucionais**, Belo Horizonte: Del Rey, p. 607-630, 2003.

TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios Básicos de Direito Penal**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1995.