

**XXVI ENCONTRO NACIONAL DO
CONPEDI BRASÍLIA – DF**

**DIREITO PENAL, PROCESSO PENAL E
CONSTITUIÇÃO I**

FERNANDO ANTÔNIO DE VASCONCELOS

GUSTAVO NORONHA DE AVILA

LUIZ GUSTAVO GONÇALVES RIBEIRO

Todos os direitos reservados e protegidos.

Nenhuma parte deste anal poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet – PUC - RS

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim – UCAM

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva – UFRN

Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes – IDP

Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba – UFSC

Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Representante Discente – Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

Conselho Fiscal:

Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH

Prof. Dr. José Querino Tavares Neto – UFG/PUC PR

Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini Sanches – UNINOVE

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS (suplente)

Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas – UFG (suplente)

Secretarias:

Relações Institucionais – Ministro José Barroso Filho – IDP

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF

Educação Jurídica – Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues – IMED/ABEDI

Eventos – Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – FUMEC

Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes – UFMG

Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA

Comunicação – Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC

D597

Direito penal, processo penal e constituição I [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: Fernando Antônio De Vasconcelos; Gustavo Noronha de Avila; Luiz Gustavo Gonçalves Ribeiro - Florianópolis: CONPEDI, 2017.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-435-8

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: Desigualdade e Desenvolvimento: O papel do Direito nas Políticas Públicas

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais.
2. Constituição Federal.
3. Tutela Penal.
4. Exclusão Social. XXVI Encontro Nacional do CONPEDI (26. : 2017 : Brasília, DF).

CDU: 34



XXVI ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI BRASÍLIA – DF

DIREITO PENAL, PROCESSO PENAL E CONSTITUIÇÃO I

Apresentação

No dia 20 de Julho deste ano, tivemos a oportunidade de coordenar os trabalhos deste grupo, em uma tarde ensolarada no Planalto Central. Podemos dizer que foi traçado verdadeiro panorama das discussões mais relevantes, no campo da ciência criminal, em nosso país.

Não apenas foram apresentados contundentes interrogantes ao incremento dos sufocamentos às liberdades, como também tivemos trabalhos com perfil bastante propositivo. Esta é uma qualidade indispensável em tempos onde a academia é chamada para, cada vez mais e melhor, equacionar teoria e prática.

Existe a discussão de temas emergentes como o depoimento especial, audiência de custódia, colaboração premiada, novas configurações da justa causa para a ação penal, controle de convencionalidade e o crime de desacato.

Também foram tratadas questões persistentes como o risco sociológico e os seus impactos dogmáticos, os critérios de aplicação do princípio da insignificância, a tutela penal do meio ambiente e do consumidor, o populismo punitivo, o crime político e a extradição, a criminalidade econômica, a exclusão social e seu papel no processo penal, além das demandas feministas em relação ao sistema punitivo e os gravíssimos problemas quanto ao sistema carcerário brasileiro.

A qualidade dos textos apresentados nos traz esperança de que o atual quadro político-criminal, cada vez mais voltado ao aumento quantitativo e qualitativo das punições, possa ser revertido. Espaços de resistência estão sendo construídos e este fenômeno, revelam as nossas discussões, é de abrangência nacional e, principalmente, perene.

Por esses motivos, os artigos apresentados a este Grupo de Trabalho constituem importantíssimas ferramentas para a conclusão de um incompleto processo de conformidade constitucional de nossas normas (processuais) penais.

Desejamos a você uma excelente leitura e que este seja apenas o ponto de partida dos qualificados debates que seguirão.

Brasília, 20 de Julho de 2017.

Prof. Dr. Luiz Gustavo Gonçalves Ribeiro (ESDHC)

Prof. Dr. Fernando Antônio de Vasconcelos (UFPB/Unipê)

Prof. Dr. Gustavo Noronha de Ávila (Unicesumar/UEM)

O DIREITO PENAL NA SOCIEDADE DE RISCO: O FOMENTO DA EXPANSÃO E OS LIMITES À INTERVENÇÃO

THE CRIMINAL LAW IN THE SOCIETY OF RISK: THE PROMOTION OF EXPANSION AND THE LIMITS TO THE INTERVENTION

Felipe Teles Tourounoglou ¹

Resumo

A pesquisa versa sobre a expansão do Direito Penal nas sociedades contemporâneas ocidentais, as quais, através do processo de globalização passaram a albergar novos e diferentes riscos. Na contramão do ideal restritivo da intervenção penal e em colisão com os princípios penais e processuais penais clássicos encontra-se a tutela penal hodierna de tenebrosas faces expansionistas: simbolismo e punitivismo. Fundado no paradigma de direito penal como a ultima ratio do Estado, apontando os limites à intervenção e asseverando-a como indissociável à própria noção de Estado Democrático de Direito, a pesquisa defende um direito penal hipotrófico e garantista.

Palavras-chave: Sociedade de risco, Expansão do direito penal, Limites à intervenção, Estado democrático de direito

Abstract/Resumen/Résumé

The research deals with the expansion of criminal law in contemporary western societies, which through the process of globalization have come to harbor new and different risks. Contrary to the restrictive ideal of criminal intervention and in collision with the classic penal and procedural penal principles is the criminal custody of dark tenebrous expansionist faces: symbolism and punitivism. Founded in the paradigm of criminal law as the ultima ratio of the State, pointing the limits to intervention and asserting it as inseparable from the very notion of Democratic State of Law, the research defends a hypotrophic and guarantor criminal law.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Society of risk, Expansion of criminal law, Limits to intervention, Democratic state of law

¹ Possui Pós Graduação (lato sensu) em D. Penal e P. Penal. Professor interino no Curso de Graduação em Direito da Universidade do Estado do Mato Grosso - UNEMAT.

1. INTRODUÇÃO

A expansão do Direito Penal, caracterizada, em síntese, pelo punitivismo (intrínseco nas múltiplas novas leis penais e no aumento das penas dos tipos penais já existentes) e distanciamento do modelo garantista, clássico iluminista, de um Estado Democrático de Direito, exsurge dos riscos sociais perpetrados pela globalização.

Nas sociedades contemporâneas ocidentais, o Direito Penal tem sido usado como instrumento de combate a todos os males que afligem a sociedade, resultando na descaracterização do direito penal como *ultima ratio* do Estado e no desrespeito aos limitadores da intervenção penal. Além dessa invocação desmedida do direito penal, também é possível observar uma marcante flexibilização de garantias penais e processuais.

A hipótese que orienta o presente trabalho é a de que a intervenção penal máxima é uma realidade vivenciada pelas sociedades contemporâneas ocidentais. Partindo desse núcleo norteador da pesquisa, objetiva-se identificar as principais causas e consequências do expansionismo penal. Ademais, pretende-se apontar quais são os limites ao poder punitivo, com base na ideia de que em um Estado Democrático de Direito, o Direito Penal deve ser a *ultima ratio*.

O método adotado é o dedutivo e a técnica de pesquisa é a bibliográfica qualitativa, a qual se desenlaça inicialmente com apresentação de um breve estudo sobre o Direito Penal na sociedade de risco. Nessa oportunidade, trata-se da relação entre globalização e sociedade de risco; da construção midiática do sentimento de insegurança no âmbito da sociedade de risco, e como isso influencia a produção legislativa em matéria penal; e, por último, sobre os reflexos da globalização no Direito Penal.

Posteriormente, faz-se um estudo da Expansão do Direito Penal nas sociedades contemporâneas ocidentais, buscando-se apontar suas principais características, causas e consequências. Outrossim, em momento oportuno, será analisado o fenômeno expansivo penal no Brasil.

Por fim, tem-se por temática central os limites à intervenção penal, em que será abordada a conceituação e apresentados os princípios limitadores do *ius puniendi* estatal, bem como o conceito de bem jurídico como instrumento limitador da intervenção punitiva.

2. O DIREITO PENAL NA SOCIEDADE DE RISCO

2.1 A GLOBALIZAÇÃO E A SOCIEDADE DE RISCO

A globalização possibilitou o rompimento de barreiras geográficas, intensificando as relações entre os Estados, tornando-os interdependentes. Mais do que isso, contribuiu para a concentração de capitais em empresas transnacionais, gerando uma profunda crise no conceito de Estado-Nação.

Além disso, a abertura econômica dos países e a integração dos mercados contribuíram para a evolução do capitalismo. A globalização, pois, reforçou a célebre frase de Bobbio (2007, p.101) de que “nenhum Estado está só”.

Conforme preciosa lição de Zaffaroni (1999, p.72), a globalização também pode ser considerada como um “novo momento de poder planetário”, assim como foram o colonialismo e o neocolonialismo.

Pois bem. Para uma melhor compreensão desse novo poder planetário, necessário fazer algumas considerações.

De início, é possível afirmar que a globalização, em especial, a chamada globalização das comunicações, favorecida pelos avanços tecnológicos, introduziu uma nova cultura do consumo de informação nas sociedades contemporâneas..

A globalização das comunicações, conforme ensina Sánchez (2002, p. 79), “é um correlato da globalização econômica, que torna necessário baratear os custos das transações (e requer, portanto, essa maior rapidez de comunicações)”. Dessa forma, a globalização das comunicações também pode ser vista como facilitadora da globalização econômica.

A globalização, sobretudo, em sua dimensão econômica, possibilitou a constituição de uma economia mundial sem fronteiras (internacionalização das economias nacionais), enfraquecendo o poder de controle do Estado sobre a economia e colocando em xeque a soberania estatal. Bauman (1999, p. 74) assevera que:

No cabaré da globalização, o Estado passa por um *strip-tease* e no final do espetáculo é deixado apenas com as necessidades básicas: seu poder de repressão. Com sua base material destruída, sua soberania e independências anuladas, sua classe política apagada, a nação-estado torna-se um mero serviço de segurança para as mega-empresas...

Zaffaroni (2005, p. 20) resume bem o reflexo da globalização na soberania dos Estados:

(...) o efeito da globalização é o enfraquecimento do poder dos Estados nacionais. Os Estados nacionais perderam aquele poder de mediação entre capital e trabalho, entre as forças produtivas. Não existe mais um representante do capital; as grandes corporações são internacionais. E temos uma acumulação de imensas quantidades de dinheiro, numa coisa não muito clara que se chama conglomerados.

A globalização permitiu o encurtamento das distâncias, mudanças na economia mundial, avanços tecnológicos, o surgimento de novos centros do poder mundial (multinacionais e blocos econômicos) etc. Além disso, ela fez a sociedade pós-industrial experimentar novos riscos.

A globalização contemporânea, indubitavelmente, conforme salienta Wermuth (2010, p.16) “introduz, a cada dia, no catálogo dos riscos e insegurança, novas e aterradoras formas que eles podem assumir”, o que nos leva a pensar em “globalização dos riscos”. A sociedade que, algum dia, acreditou que os avanços tecnológicos seriam capazes de trazer uma maior segurança, hoje se sente ameaçada pelos novos riscos (tecnológicos ou não), vivendo uma sensação de insegurança. Nas palavras de Gomes e Bianchini (2002, p. 18):

A grande ameaça já não é o comunismo, senão as enfermidades incuráveis (Aids), as epidemias incontroláveis (vaca louca), as grandes catástrofes naturais (Chernobil, risco de explosões nucleares), o crime organizado, as máfias, a corrupção, o terrorismo etc. (o que leva a pensar numa cooperação internacional, na criação de uma Justiça universal etc.).

Segundo Beck (1998, p. 29 e ss.), as sociedades pós-industriais podem ser caracterizadas como “sociedades de riscos”, nas quais os riscos (globais) são oriundos de decisões humanas e podem atingir a todos, inclusive, quem os produziu ou se beneficiou deles, sendo os efeitos nocivos incalculáveis e imprevisíveis.

Beck (1998, p. 237) diferencia a chamada sociedade de risco das sociedades de épocas anteriores, afirmando que:

A diferencia de todas las épocas anteriores (incluida la sociedad industrial), la sociedad de riesgo se caracteriza esencialmente por una *carencia*: la imposibilidad de prever *externamente* las situaciones de peligro. A diferencia de todas las anteriores culturas y de todas las fases de desarrollo social, que se enfrentaron de diversos modos con amenazas, la actual sociedad se encuentra confrontada consigo misma en la relación a los riesgos. Los riesgos son el producto histórico, la imagen refleja de las acciones humanas y de sus omisiones, son la expresión del gran desarrollo de las fuerzas productivas.

Giddens (1991, p. 36-37) traz precisa lição sobre o conceito de risco, afirmando que:

Perigo e risco estão intimamente relacionados mas não são a mesma coisa. A diferença não reside em se um indivíduo pesa ou não conscientemente as alternativas ao contemplar ou assumir uma linha de ação específica. O que o risco pressupõe é precisamente o perigo (não necessariamente a consciência do perigo). Uma pessoa que arrisca algo corteja o perigo, onde o perigo é compreendido como uma ameaça aos resultados desejados. Qualquer um que assume um “risco calculado” está ciente da ameaça ou ameaças que uma linha de ação

específica pode pôr em jugo. Mas é certamente possível assumir ações ou estar sujeito a situações que são inerentemente arriscadas sem que os indivíduos envolvidos estejam conscientes do quanto estão se arriscando.

A discussão sobre a noção de risco é longa e, independentemente, do conceito de risco adotado, o fato é que as sociedades contemporâneas têm convivido diariamente com ele. Sánchez (2002, p. 37) afirma que “a vivência dos riscos é claramente superior a própria existência objetiva dos mesmos. Expressado de outro modo, existe uma elevadíssima sensibilidade ao risco”.

Nas palavras de Bauman (2008, p. 132), “a geração mais tecnologicamente equipada da história humana é aquela mais assombrada por sentimentos de insegurança e desamparo”.

Numa sociedade onde os riscos encontram abrigo, foi dado ao Direito Penal um papel de destaque. As novas formas de criminalidade, que surgiram a partir da globalização, fizeram brotar na sociedade uma maior sensação de insegurança.

A crescente demanda por mais punição e a hipersensibilidade ao risco da criminalidade moderna, contudo, foram fortalecidas pela espetacularização de crimes no *mass media*. O Direito Penal foi chamado para atender às demandas punitivistas. O resultado não poderia ser outro, senão a produção desmedida de novas leis penais, ocasionando a expansão do Direito Penal.

2.2 GLOBALIZAÇÃO E DIREITO PENAL

O Direito Penal sofreu intensa transformação no contexto da sociedade de risco. Muitos dos novos bens jurídicos, que surgiram com a globalização, foram penalmente tutelados, resultando numa expansão do Direito Penal. Com isso, diante da nova criminalidade, entrou em cena o chamado Direito Penal moderno, consagrando: a) a tutela de bens jurídicos coletivos e difusos (v.g. paz pública, incolumidade pública, meio ambiente, relações de consumo e sistema financeiro); b) a antecipação da tutela penal, manifesta nos delitos de perigo abstrato; c) a flexibilização de garantias penais e processuais penais clássicas; d) o descompromisso com os princípios basilares do Direito Penal e do Direito Processual Penal; e) uma nova dogmática penal.

Em razão dos novos riscos, as sociedades ocidentais adotaram um modelo de Direito Penal do risco: prevencionista (preocupado com riscos futuros) e menos garantista. Pelo mesmo caminho, seguiu a política criminal moderna. Essa cultura de prevenção a qualquer custo provocou importantes mudanças na dogmática penal.

Além disso, é importante destacar que o Direito Penal da globalização se volta para uma criminalidade complexa. Nas palavras de Sánchez (2002, p. 93):

O paradigma do Direito Penal da globalização é o delito econômico organizado tanto em sua modalidade empresarial convencional como nas modalidades da chamada macrocriminalidade: terrorismo, narcotráfico ou criminalidade organizada (tráfico de armas, mulheres ou crianças). A delinquência da globalização é delinquência econômica, à qual se tende a assinalar menos garantias pela menor gravidade das sanções, ou é criminalidade pertencente ao âmbito da classicamente denominada legislação “excepcional”, à qual se tende assinalar menos garantias pelo enorme potencial de perigo que contém.

Como visto, o Direito Penal, empurrado pela nova criminalidade, foi “reconfigurado”. Gomes e Bianchini (2002, p. 34) apontam sete “pecados capitais” do Direito Penal na era da globalização:

1) Hipertrofia irracional (caos normativo); 2) instrumentalização (do Direito Penal); 3) inoperatividade, seletividade e simbolismo; 4) excessiva antecipação da tutela penal (prevencionismo); 5) descodificação; 6) desformalização (flexibilização das garantias penais, processuais e executórias); e 7) prisionização (exploração carcerária).

A hipertrofia penal é uma expressão utilizada para referir-se à produção inflacionária de leis penais. É um fenômeno que se apresenta como produto do binômio punitivismo-simbolismo. A produção legislativa penal, presa ao punitivismo, se concentra em criar novos tipos penais e aumentar as penas dos tipos penais já existentes. Hassemer (2003, p. 150) afirma que:

O âmbito central da reforma da legislação penal é a parte especial do Código Penal como também o Direito Penal complementar. As reformas aqui não consistem em uma revogação, mas na ampliação ou na criação de novas cominações penais. Os âmbitos centrais de reformas na legislação penal são: o meio ambiente, economia, processamento de dados, drogas, tributos, comércio, em geral: a “criminalidade organizada”.

Sem dúvida, a atual realidade legislativa mostra que o processo de expansão do Direito Penal está a todo vapor. Ora, se hodiernamente tudo se mostra como uma possível ameaça à vida em sociedade, podendo-se falar em “sociedade de risco” ou mesmo em “era das incertezas”, é esperado que se busque de alguma forma combater os males decorrentes da globalização. O problema, todavia, reside no fato de atribuir ao Direito Penal a função de proteger todo e qualquer bem jurídico, ainda que de menor relevância e que poderia ser tutelado por outro ramo do direito, fazendo-o perder sua característica de *ultima ratio*. Em outras palavras, o problema está na infrene expansão do Direito Penal.

3. A EXPANSÃO DO DIREITO PENAL

3.1 A EXPANSÃO DO DIREITO PENAL NAS SOCIEDADES CONTEMPORÂNEAS OCIDENTAIS

O Direito Penal moderno, em sua franca expansão, tem encurtado a linha divisória que o diferencia de outros ramos do direito, como o Direito Administrativo sancionador. Sánchez (2002, p. 120) denomina esse processo de administrativização do Direito Penal. Segundo o autor, o direito penal tem assumido “o modo de racionalizar próprio do Direito Administrativo sancionador, senão que inclusive, a partir daí, se converte em um Direito de gestão ordinária de grandes problemas sociais”.

Esse modo de racionalizar do direito penal que se confunde com o do direito administrativo sancionador é manifesto quando o direito penal deixa de seguir os critérios de lesividade do bem jurídico e passa a perseguir os critérios típicos do direito administrativo sancionador, podendo-se falar em delitos de acumulação. Em síntese, nos delitos de acumulação, a conduta quando praticada por um único agente não é lesiva ao bem jurídico, mas a acumulação de condutas praticadas reiteradamente por muitas pessoas pode ser lesiva ao bem jurídico.

Sánchez (2002, p. 144-147) leciona que nas sociedades pós-industriais, o Direito Penal pode ser dividido em três velocidades.

A primeira velocidade consiste no Direito Penal clássico, caracterizado pela observância de regras de imputação e respeito aos princípios e garantias penais.

Já o Direito Penal de segunda velocidade, por se valer de penas restritivas de direito ou pecuniárias (não privativas de liberdade), admite a flexibilização das regras de imputação e dos princípios e garantias penais.

A terceira velocidade seria caracterizada pela aplicação de pena privativa de liberdade e relativização de regras de imputação e de garantias penais e processuais. O direito penal do inimigo de Güther Jakobs seria uma das manifestações dessa terceira velocidade.

Jakobs estabelece uma divisão entre direito penal do cidadão e direito penal do inimigo. A pena no Direito Penal do cidadão simboliza a afirmação da vigência da norma, isto é, “que a afirmação do autor é irrelevante e que a norma segue vigente sem modificações, mantendo-se, portanto, a configuração da sociedade” (JAKOBS, 2007, p. 22). Enquanto a pena no Direito Penal do inimigo busca prevenir e eliminar perigos futuros.

De acordo com Jakobs (2007, p. 42), o Estado deve dar um tratamento diferenciado para o delinquente inimigo, pois:

Quem não presta uma segurança cognitiva suficiente de um comportamento pessoal, não só não pode esperar ser tratado ainda como pessoa, mas o Estado não *deve* tratá-lo, como pessoa, já que do contrário vulneraria o direito à segurança das demais pessoas. Portanto, seria completamente errôneo demonizar aquilo que aqui se tem denominado Direito penal do inimigo.

Assim, o delinquente inimigo é aquele que “se tem afastado, provavelmente, de maneira duradoura, ao menos de modo decidido do Direito, isto é, que não proporciona a garantia cognitiva mínima necessária a um tratamento como pessoa” (JAKOBS, 2007, p. 35).

É importante destacar que para Jakobs os inimigos são: os terroristas, os criminosos organizados, os criminosos sexuais, criminosos econômicos etc. E por serem inimigos, devem ter suas garantias penais e processuais relativizadas ou suprimidas.

Ademais, como lembra Meliá (2007, p.65) o Direito Penal do inimigo é fruto da união entre o Direito Penal simbólico e o punitivismo. Esta afirmação decorre do fato de o direito penal do inimigo ter como algumas de suas características a exasperação desproporcional das penas privativas de liberdade e a ampla antecipação da tutela penal.

No campo da criminalidade organizada transnacional, o terrorismo tem papel de destaque no cenário expansionista penal. As legislações penais de combate ao terrorismo das sociedades pós-modernas costumam recorrer à antecipação da tutela penal (prevencionismo).

Nesse quadro apocalíptico, a palavra de ordem é “segurança”. Assim, não é exagero dizer que as legislações penais de combate ao terrorismo se aproximam de um direito penal de guerra, onde os fins justificam os meios empregados.

3.2 A EXPANSÃO DO DIREITO PENAL NO BRASIL: O DIAGNÓSTICO DE UMA PRODUÇÃO LEGISLATIVA INFLACIONÁRIA

Nada obstante, o aspecto expansionista do direito penal não é uma exclusividade das teorias alienígenas, nas últimas décadas, nosso país tem apresentado um quadro de produção legislativa penal desenfreada. São notórias as inúmeras alterações na parte especial do Código Penal brasileiro e, quase sempre, para aumentar a pena cominada em abstrato para os delitos ou para inserir novos tipos penais incriminadores e novas qualificadoras. É este também o cenário da produção legislativa penal especial.

O caos legislativo penal brasileiro impressiona. São muitas as leis penais simbólicas. O Direito Penal tem sido a *prima ratio*, o que revela um retrato de punitivismo extremo. Como veremos a seguir, a antecipação da tutela penal tem ganhado força.

É importante destacar que é tarefa árdua selecionar as últimas alterações legislativas penais a serem abordadas. O critério adotado foi selecionar aquelas que revelam com mais vigor a Expansão do Direito Penal em nosso país, uma vez que possuem como características o simbolismo penal e a antecipação da tutela penal e, por conseguinte, fincam raízes no punitivismo.

Selecionamos um quadro de produção legislativa penal extravagante, o qual lança de forma abrupta no arcabouço penal brasileiro a quebra do critério unitário de sistematização legislativa, o que é, no mínimo, lamentável. Nos últimos anos, muitas leis penais extravagantes foram criadas ou sofreram alterações. Todavia, nos limitaremos a fazer breves comentários às leis n.ºs 7.492/1986, 8.072/1990, 9.605/1998 e 13.260/2016, as quais evidenciam o chamado Direito Penal simbólico, tido como um dos combustíveis da hipertrofia legislativa penal.

A Lei n.º 7.492, de 16 de junho de 1986 (Lei de Crimes contra o Sistema Financeiro Nacional) tipifica os delitos de gestão fraudulenta (art. 4.º, *caput*) e gestão temerária (art. 4.º, parágrafo único), sem, contudo, definir o que vem a ser gestão fraudulenta e temerária. Essa obscuridade, vagueza e indeterminação na definição da conduta típica abre um leque de interpretações doutrinárias e jurisprudenciais demasiadas.

Encontramos na Lei n.º 8.072, de 25 de julho de 1990 (Lei de Crimes Hediondos), um típico *exemplum* de influência da mídia sobre a criação e alteração de leis penais e do uso do Direito Penal simbólico. A redação original da Lei de Crimes Hediondos sofreu diversas alterações. Muitas delas, identificadas como produção legislativa penal simbólica. A Lei n.º 8.930/94 acrescentou ao rol de crimes hediondos o homicídio qualificado (art. 121, §2.º, do CP) e o homicídio simples (art. 121, *caput*, CP) quando praticado em atividade típica de grupo de extermínio, ainda que cometido por uma só pessoa. Mais tarde, a Lei n.º 9.695/98 inseriu o crime de falsificação de remédios (art. 273, do CP). Recentemente, com a criação das qualificadoras do feminicídio e de crimes praticados contra membros das forças armadas e da segurança pública etc. (leis n.ºs 13.104/2015 e 13.142/2015, respectivamente), as duas novas formas de homicídio qualificado foram introduzidas ao rol de crimes hediondos.

A produção legislativa penal parece seguir um modelo estranho aos princípios basilares do Direito Penal. Quanto maior a demanda por um tratamento mais rigoroso em

relação à criminalidade, maior a produção de leis penais. Por ser uma produção em tempo reduzido, ainda que se espere um produto de qualidade, sempre aparecerão falhas.

A Lei n.º 9.605/1998 (Lei de Crimes Ambientais), em síntese, é uma lei repleta de crimes de perigo, mormente, os de perigo abstrato. A antecipação da tutela penal impera nesta lei, evidenciando uma característica própria do Direito Penal da sociedade de risco. Nela, também observamos uma clara manifestação do fenômeno da “administrativização do direito penal”. Um exemplo de crime de perigo abstrato pode ser observado no art. 55, da Lei de Crimes Ambientais, que criminaliza a conduta de executar pesquisa, lavra ou extração de recursos minerais sem a devida autorização, permissão, concessão ou licença, ou em desacordo com a obtida.

Ainda podemos destacar que a Lei n.º 9.605/1998 consagra o controverso tema da responsabilidade penal da pessoa jurídica. Nas palavras de Prado (2012, p. 539) “(...) as alusões a uma suposta vontade coletiva servem, na realidade, para esconder, camuflar a vontade de pessoas individuais determinadas que realmente controlam, regem os destinos da pessoa jurídica”.

A nova Lei Antiterrorismo (Lei n.º 13.260/2016) aumenta a preocupação com a produção legislativa penal no Brasil. O que se constata é a forte presença da antecipação da tutela penal, o que nos leva, inclusive, a pensar em Direito Penal do Inimigo.

O art. 5.º da Lei Antiterrorismo tipifica a realização de atos preparatórios com a finalidade de praticar condutas terroristas. Assim, o simples fato de se arquitetar um ato terrorista, já tipifica o crime, não se exigindo o início da execução (criminalização autônoma do ato preparatório). É o caso, por exemplo, de um agente que adquire e guarda explosivos, em sua residência, com a finalidade inequívoca de praticar um ato terrorista. Todavia, o art. 10 da Lei Antiterrorismo estabelece a aplicação dos institutos da desistência voluntária e do arrependimento eficaz ao art. 5.º, que pune atos preparatórios. A previsão do art. 5.º, da Lei n.º 13.260/2016, coloca em destaque o problema da criminalização de atos preparatórios. Cada vez mais, não apenas no nosso país, mas em todas as sociedades contemporâneas ocidentais, é crescente o aumento da antecipação da tutela penal. Isso ocorre em nome da palavra mágica: prevenção. A ideia é que é na “guerra contra o terrorismo” é necessária a antecipação da tutela penal.

A produção legislativa penal brasileira, em todos os seus aspectos, também demonstra o quadro do expansionismo penal hodierno, o qual é erigido pela consolidação globalizada das sociedades de riscos.

4. LIMITES À INTERVENÇÃO PENAL

4.1 PRINCÍPIOS LIMITADORES DO PODER PUNITIVO ESTATAL

No século XVIII, com a expansão dos ideais do movimento iluminista por toda a Europa, o Direito Penal ganhou um caráter mais humanista, sendo afastada a crueldade antes existente. Durante esse período, muitos teóricos se manifestaram contra a crueldade do Direito Penal, dentre os quais, podemos destacar Beccaria, que escreveu a obra intitulada *Dei delitti e delle pene* (Dos delitos e das penas) em 1764.

A ideia de limitação do poder punitivo estatal, amplamente difundida no século XVIII, resultou no nascimento de princípios limitadores da intervenção penal, sendo que muitos desses princípios continuam a servir de base para todos os Estados Democráticos de Direito.

No ordenamento pátrio, como veremos a seguir, os princípios constitucionais penais (explícitos e implícitos) aparecem como limitadores do poder punitivo estatal e decorrem da concepção de Estado Democrático de Direito, que tem como um de seus fundamentos, o princípio da dignidade da pessoa humana.

A palavra princípio, do latim *principium*, significa origem, início, causa primária, o que vem antes.

No campo jurídico, “os princípios são ordenações que irradiam e imantam os sistemas de normas” (SILVA, 2005, p. 92).

Ou como prefere Ávila (2011, p. 97), “os princípios, por serem normas imediatamente finalísticas, estabelecem um estado ideal de coisas a ser buscado, que diz respeito a outras normas do mesmo sistema, notadamente das regras”.

Na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, como veremos a seguir, há princípios expressamente previstos e outros implícitos, que devem nortear o legislador no momento da produção legislativa.

O princípio da legalidade é a base do Direito Penal. É também um princípio indissociável do Estado Democrático de Direito. Como afirmam Hungria e Fragoso (1977, p.21), “a fonte única do direito penal é a norma legal. Não há direito penal vagando fora da lei escrita”.

A doutrina diverge sobre a raiz histórica do princípio da legalidade. Alguns associam a origem do princípio à *Magna Charta Libertatum* de João Sem Terra de 1215. Outros, como Prado (2012, p. 79), defendem que esse princípio nasceu com “o ideário da Ilustração

(Montesquieu, Rousseau), em especial na obra *Dei delitti e delle pene* (1764), de Beccaria (...). Há também quem afirme que o princípio da legalidade surgiu com o Estado de Direito.

No nosso ordenamento jurídico, o princípio da legalidade ou da reserva legal figura tanto no art. 5.º, inciso XXXIX, da Constituição Federal de 1988 (não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal) quanto no art. 1.º do Código de Penal brasileiro (Não há crime sem lei anterior que o defina. Não há pena sem prévia cominação legal).

O art. 22, inciso I, da Constituição da República Federativa do Brasil, determina que é competência privativa da União legislar (por meio de lei) sobre o Direito Penal, sendo, portanto, inadmissível a invocação de outras espécies normativas.

Importante ainda destacar que todas as Constituições brasileiras pretéritas, exceto a de 1937 (Constituição do Estado Novo), adotaram o princípio da legalidade.

O princípio da legalidade, da reserva legal ou da intervenção legalizada, determina que somente a lei pode criar crimes e cominar penas. Nesse sentido, Welzel (1956, p. 28) ensina que “solamente lo que está previsto en un tipo de la ley penal, puede ser sancionado con una pena”.

A formulação latina do princípio da legalidade – *nulla poena sine lege, nulla poena sine crimine, nullum crimen sine poena legale* – que mais tarde passou a ser sintetizada para *nullum crimen, nulla poena sine praevia lege*, deve-se a Anselm von Feuerbach (NORONHA, 2004, p. 29).

A Constituição Federal de 1988 consagra, em seu art. 1.º, inciso III, a dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito.

A dignidade da pessoa humana é tanto um princípio constitucional fundamental quanto um valor fundamental, servindo como justificação moral e como fundamento normativo para os direitos fundamentais (BARROSO, 2013, p. 320).

O princípio da dignidade da pessoa humana prega que todo homem tem direito à dignidade. Essa dignidade é inerente à pessoa humana e independe de quaisquer condições de natureza pessoal (religião, sexo, cor, classe social, origem, preferência político-partidária e nível de escolaridade). Assim, “a dignidade como qualidade intrínseca da pessoa humana, é irrenunciável e inalienável, constituindo elemento que qualifica o ser humano como tal e dele não pode ser destacado (...)” (SARLET, 2011, p.43).

Nas palavras de Silva (2005, p. 105) “a dignidade da pessoa humana é um valor supremo que atrai o conteúdo de todos os direitos fundamentais do homem, desde o direito à vida”. Desse modo, a violação, v.g., do direito à vida, à liberdade e à igualdade (direitos

fundamentais) também importará em violação do princípio (valor) da dignidade da pessoa humana, pois este princípio funda o conteúdo de tais direitos fundamentais.

O princípio da intervenção mínima, como limitador do poder punitivo estatal, preceitua que o Direito Penal, em razão de seu caráter subsidiário, somente deve cuidar dos bens jurídicos mais relevantes, que não podem ser devidamente protegidos por outros ramos do direito (administrativo e civil).

O Direito Penal deve ser, portanto, a *ultima ratio*, atuando somente quando outros ramos do direito forem manifestamente incapazes ou insuficientes de proteger determinado bem jurídico, uma vez que a intervenção penal é a mais gravosa forma de intervenção estatal na vida do cidadão, devendo apenas ser considerada em última instância. Nas palavras de Roxin (1997, p. 65), “El derecho penal sólo es incluso la última de entre todas las medidas protectoras que hay que considerar, es decir que sólo se le puede hacer intervenir cuando fallen otros medios de solución social del problema (...)”.

O princípio da intervenção mínima é um princípio constitucional implícito, que decorre do princípio fundamental da dignidade da pessoa humana (art. 1.º, III, CF) – um dos fundamentos do nosso Estado Democrático de Direito – e dos direitos fundamentais assegurados no texto constitucional, como direito à vida, à liberdade, à igualdade etc.

O princípio da fragmentariedade é um corolário do princípio da intervenção mínima. De acordo com o princípio da fragmentariedade, o direito penal não tutela todos os bens jurídicos, estando seu âmbito de proteção restrito aos ataques mais graves contra os bens jurídicos mais relevantes. Nas palavras de Conde (2001, p. 124):

Pero no todas las acciones que atacan bienes jurídicos son prohibidas por el derecho penal, ni tampoco todos los bienes jurídicos son protegidos por él. El derecho penal, lo repito una vez más, se limita sólo a castigar las acciones más graves contra los bienes jurídicos más importantes, de ahí su carácter “fragmentario”.

Desse modo, deve o legislador selecionar as condutas mais graves contra os bens jurídicos mais importantes para receber a tutela penal, pois “(...) apenas as ações ou omissões mais graves endereçadas contra bens valiosos podem ser objeto de criminalização” (PRADO, 2012, p. 171). O Direito Penal, portanto, tem caráter fragmentário, ocupando-se apenas de um fragmento do universo dos bens jurídicos.

Assim, o Direito Penal somente deve defender bens jurídicos contra ataques graves e intoleráveis, tutelando apenas uma pequena parte dos bens jurídicos e desconsiderando ações meramente imorais.

Por fim, como lembra Toledo (1994, p. 14-15) “(...) dentre a multidão dos fatos ilícitos possíveis, somente alguns – os mais graves – são selecionados para serem alcançados pelas malhas do ordenamento penal”.

O princípio da lesividade também aparece como um limitador da intervenção penal estatal. Segundo esse princípio, somente é permitida a incriminação de condutas (dolosas ou culposas) que produzam lesão ou perigo (real) de lesão a um bem jurídico (*nullum crimen sine injuria*).

Na precisa lição de Nilo Batista (2007, p. 92-97), o princípio da lesividade apresenta quatro funções: a primeira função é a de proibir a incriminação de atitude interna; a segunda função é a de proibir a incriminação de conduta que não ultrapasse o âmbito do próprio autor, ou seja, de condutas que não afetem bens jurídicos de terceiros; a terceira função é a de proibir a incriminação de simples estados ou mesmo de condições existenciais; por fim, a quarta e última função é a de impedir a incriminação de condutas que não lesionem bem jurídicos.

O princípio da proporcionalidade exige uma proporção entre a gravidade do delito (bem jurídico lesionado) e a pena. Esse princípio deve ser observado tanto pelo legislador no momento da cominação da pena (proporcionalidade em abstrato) quanto pelo juiz no momento da aplicação da pena (proporcionalidade *in concreto*). No primeiro caso, deve o legislador colocar na balança, de um lado a gravidade do delito e do outro a pena cominada, a fim de encontrar um equilíbrio entre o mal provocado e a pena cominada, estabelecendo, pois, pena proporcional ao delito. Enquanto no segundo caso, deve o magistrado, no caso concreto, aplicar uma pena proporcional à magnitude do fato perpetrado pelo agente.

Desse modo, não pode haver uma desproporção gritante entre a gravidade do delito e a pena cominada ou aplicada. Nas palavras de Noronha (2004, p. 227) “(...) não se punem, *igualmente*, o furto e o homicídio. O crime tem sua *quantidade*, que deve, de modo geral, ditar a quantidade da sanção”.

De acordo com a teoria da adequação social, formulada por Hans Welzel, as condutas previstas em lei como lesivas a bens jurídicos, quando socialmente adequadas, devem ser consideradas atípicas. Nas palavras de Welzel (1956, p.63):

Acciones que se mueven dentro del marco de los órdenes sociales, nunca están comprendidas dentro de los tipos de delito, ni aun cuando se las pudiera subsumir en un tipo interpretado a la letra; son las llamadas acciones socialmente adecuadas. *Socialmente adecuadas son todas las actividades que se mueven dentro del marco de los órdenes ético-sociales de la vida social, establecidos a través de la historia.*

Assim, “o Direito Penal tipifica somente condutas que tenham certa relevância social; caso contrário, não poderiam ser crimes” (BITENCOURT, 2012, p. 128).

Muitos são os casos de condutas socialmente adequadas, dentre os quais, podemos citar a realização de tatuagem, que apesar de ocasionar lesão corporal (art. 129, *caput*, do CP), é considerada uma conduta atípica por ser socialmente aceita.

4.2 O CONCEITO DE BEM JURÍDICO COMO LIMITE DO PODER PUNITIVO ESTATAL

O conceito de bem jurídico é um tema central do Direito Penal contemporâneo. Discute-se na doutrina se o conceito de bem jurídico, hodiernamente, pode ou não funcionar como instrumento limitador do *jus puniendi* estatal. Alguns preferem negar a importância dessa teoria; outros encontram na teoria do bem jurídico um limite ao poder punitivo do Estado.

O conceito de bem jurídico não é unívoco na doutrina, existindo, na realidade, uma ampla diferenciação conceitual. É por essa razão, que apresentaremos, em um primeiro momento, de forma bastante resumida, dada a limitação de espaço, a evolução do conceito de bem jurídico, destacando as peculiaridades de cada visão conceitual. E, em um segundo momento, apresentaremos recentes discussões sobre o conceito de bem jurídico.

No século XVIII, Feuerbach, apegado aos ideais iluministas, desenvolveu o conceito de crime como sendo uma lesão a direito subjetivo. Assim, só haveria crime quando a conduta do agente atentasse contra um direito subjetivo.

Anos após a concepção de crime formulada por Feuerbach, um novo conceito material de crime surge com Birnbaum. Segundo ele, o crime seria uma lesão a um bem jurídico. Nas palavras de Birnbaum (2010, p. 57) “si se quiere considerar el delito como lesión, este concepto tiene que referirse naturalmente a la lesión de un bien, no a la de un derecho”. É partir daí que se origina o conceito de bem jurídico.

Segundo Tavares (2002, p.187), Binding é representante do positivismo jurídico que prega que “(...) somente a lei expressa os objetos jurídicos, porque encerra a vontade declarada do Estado. O bem jurídico se reduz, aqui, a um elemento da própria norma, que tanto pode ser sua finalidade quanto a *ratio* de seu sistema”.

Assim, para Binding, o bem jurídico é resultado do juízo de valor do legislador, que pode criminalizar tudo o que considera relevante. Em outras palavras, o bem jurídico é fruto da vontade do legislador (Estado).

Liszt, todavia, adota uma concepção positivista de bem jurídico diferente da adotada por Binding: é a chamada concepção positivista sociológica do bem jurídico. Liszt (2006, p.93-94) entende que “a proteção de interesses é a essência do direito, a idéia finalística, a força que o produz”. Enquanto bem jurídico é “o interesse juridicamente protegido”. O autor afirma ainda que o interesse é produzido pela vida e não pelo direito e que “só a proteção jurídica converte o interesse em bem jurídico”.

Nasce, no século XX, a concepção neokantiana de bem jurídico, defendendo que bem jurídico é um valor cultural. Assim, o antigo conceito material de bem jurídico foi abandonado, sendo inaugurada a ideia de valor (conceito espiritualizado de bem jurídico). O bem jurídico na visão neokantiana tem uma função meramente interpretativa dos tipos penais (função teleológica do bem jurídico). E esse valor se entrelaça com a própria finalidade da norma. Na lição de Tavares (2002, p. 198), com o neokantismo:

Elimina-se definitivamente o sujeito e se trabalha com a noção de totalidade, decorrente de um puro juízo normativo, aparentemente neutro, mas em geral de perfil autoritário, que se obtém seu coroamento com a definitiva substituição da noção material de bem pela noção de valor, não de um valor individual, mas de um hipotético valor cultural, que nasce e vive nos imperativos e proibições da norma.

Durante o nacional-socialismo, na Alemanha, foi travada uma “luta” contra o conceito de bem jurídico, sendo o delito apresentado como uma violação de um dever de obediência estatal. O Direito Penal passou, portanto, a ser usado para fins autoritários do Estado.

Surge, então, a concepção ontológica de bem jurídico, que tem como representante Welzel (1956, p.5-6), que entende que “bien jurídico es un bien vital del grupo o del individuo, que en razón de su significación social, es amparado juridicamente. (...) Bien jurídico es, por tanto, todo estado social que el derecho quiere asegurar contra lesiones”.

Welzel defende que é tarefa do direito penal amparar os valores elementares da vida em comunidade. E seguindo esse raciocínio, acrescenta que deve o direito penal proteger os bens jurídicos mediante o amparo dos chamados elementares valores ético-sociais da ação. Assim, a proteção dos bens jurídicos é feita proibindo e castigando ações que lesionem os bens jurídicos. Com isso, evita-se o desvalor do resultado pela punição do desvalor da ação (WELZEL, 1956, p. 1-6).

Güther Jakobs, funcionalista, apresenta uma nova visão da teoria do bem jurídico, defendendo que: a) a pena demonstra a vigência da norma; b) a função da norma penal é

garantir expectativas de comportamentos; c) o bem jurídico penal protegido é a validade fática das normas (JAKOBS, 1997, p. 9 e ss.).

Como se percebe, Jakobs despreza a concepção de bem jurídico, uma vez que considera que a função do direito penal é afirmar a vigência da norma e não proteger bens jurídicos.

Já Claus Roxin, também funcionalista, mostra um conceito de bem jurídico como instrumento de crítica legislativa. Em resumo, Roxin (2009, p. 16 e ss.) entende que: a) o direito penal tem como função garantir a seus cidadãos uma existência pacífica, livre e socialmente segura; b) bens jurídicos são circunstâncias reais dadas ou finalidades necessárias para uma vida segura e livre, a fim de garantir todos os direitos humanos e civis de cada sociedade ou para o funcionamento de um sistema estatal que se baseia nestes objetivos; c) o conceito de bem jurídico deve ser crítico no que se refere à lei penal; d) o direito penal protege bens jurídicos (subsidiariamente).

No Brasil, Luiz Régis Prado enxerga o conceito de bem jurídico como limitador do poder punitivo do Estado, considerando que a missão do direito penal é a proteção de bens jurídicos fundamentais para a vida em sociedade.

Prado (2012, p. 315) conceitua bem jurídico como sendo:

(...) um ente (dado ou valor social) material ou imaterial haurido do contexto social, de titularidade individual ou metaindividual reputado como essencial para a coexistência e o desenvolvimento do homem e, por isso, jurídico-penalmente protegido. E, segundo a concepção aqui acolhida, deve estar sempre em compasso com o quadro axiológico (*Werbild*) vazado na Constituição e com o princípio do Estado Democrático de Direito.

Note-se que para o referido autor, o bem jurídico mantém íntima relação com a Constituição, devendo o legislador observar os valores e diretrizes constitucionais para definir um bem jurídico penal. Assim, “encontram-se na norma constitucional as linhas substanciais prioritárias para a incriminação ou não de condutas. O fundamento primeiro de ilicitude material deita, pois, suas raízes no texto magno” (PRADO, 2012, p. 170).

Os novos bens jurídicos transindividuais, que surgiram com a globalização, deram origem a uma discussão sobre o rendimento da teoria do bem jurídico, levando parte da doutrina a falar em crise do conceito de bem jurídico. Isso, contudo, não afasta a atual importância do conceito de bem jurídico como limite à intervenção penal. O legislador não pode selecionar a seu bel-prazer qualquer bem jurídico que deseja tutelar penalmente. Ele deve observar os valores constitucionais, que lhes servirão de norte na seleção dos bens jurídicos, não podendo, de forma alguma, legislar em manifesta afronta à Constituição. Além

disso, é necessário que indique a finalidade da escolha daquele bem jurídico para receber a proteção penal.

5. CONCLUSÃO

O uso do Direito Penal como *prima ratio* não se coaduna com o modelo de Estado Democrático de Direito. A tendência expansiva do Direito Penal, vivenciada pelas sociedades contemporâneas ocidentais, tem colocado em xeque os limitadores da intervenção penal. O fato é que quando se utiliza demasiadamente do Direito Penal, valores como liberdade e segurança são invertidos, abrindo as portas para o abuso do poder punitivo estatal.

Do mesmo modo, a intervenção penal deve ser proporcional. Portanto, é necessário o equilíbrio entre a gravidade da lesão ao bem jurídico tutelado e a pena correspondente. Todavia, em direção oposta ao ideal de proporcionalidade, tem caminhado a tutela penal contemporânea, que prima pelo punitivismo e simbolismo. Em tempos de expansão penal, não é exagero dizer que estamos assistindo de camarote o sepultamento do garantismo penal.

A luta contra a maximização do Direito Penal é hercúlea, mas necessária. Os reconhecidos limites à intervenção penal (ofensividade, culpabilidade, fragmentariedade, subsidiariedade, proporcionalidade, etc.) são constantemente ignorados pelos atores penais. Sem a devida observância a esses limites, a contenção do expansionismo penal se torna difícil.

O conceito de bem jurídico é um importante limitador do *ius puniendi* do Estado. A função do Direito Penal é tutelar os bens jurídicos mais relevantes. Assim, todo arcabouço penal deve sempre proteger um bem jurídico fundamental contra uma lesão ou perigo (real) de lesão. Não existindo bem jurídico, ilegítima é a intervenção penal.

Enquanto causa do fenômeno da expansão do Direito Penal evolva surgimento de novos riscos, decorrentes do processo de globalização, o qual provocou uma explosão de novos bens jurídicos, muitos deles, penalmente tutelados, levando a uma ampliação da tutela. Outrossim, a sensação social de insegurança (fortalecida pela mídia), a crença de que o Direito Penal é o único ramo do direito capaz de proteger a sociedade contra todos os males, a produção legislativa penal simbólica, o discurso midiático de que é preciso punir mais dão azo a este momento penal.

No que tange aos efeitos, pode-se apontar: flexibilização de garantias penais e processuais, Direito Penal como *prima ratio* do Estado, hipertrofia penal, afronta aos princípios basilares do Direito Penal e do Direito Processual Penal, maior encarceramento etc.

Por fim, no Brasil o que percebe é uma constante produção legislativa penal, muitas vezes, impregnada de simbolismo, e que se concentra no endurecimento das penas dos tipos penais já existentes e na criação de novos tipos penais.

Portanto, em nosso país, bem como na legislação penal ocidental, direito penal se distância de uma faceta hipotrófica, tutelar e punir mais tem sido a regra!

REFERÊNCIAS

ADORNO, Theodor W. **Indústria cultural e sociedade**. Seleção de textos: Jorge Mattos Brito de Almeida. Tradução de Juba Elisabeth Levy et al. 5.^a ed. São Paulo: Paz e Terra, 2002.

ANGHER, Anne Joyce (Org.). *Vade mecum acadêmico de direito* Rideel. 23.ed. atual. e ampl. São Paulo: Rideel, 2016. xi, 2056 p. ISBN 978853394096-3.

ARENDT, Hannah. **Da revolução**. Tradução de Fernando Dídimo Vieira. Brasília-São Paulo: Editora Universidade de Brasília-Ática, 1988.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**. São Paulo: Malheiros, 2011.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 4^a ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**. 11^a ed. Rio de Janeiro: Renavan, 2007.

BAUMAN, Zygmunt **Medo líquido**. Tradução de Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2008.

_____. **Globalização: as consequências humanas**. Tradução de Marcus Penchel. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1999.

BECK, Ulrich. **La sociedad del riesgo: hacia una nueva modernidad**. Tradução de Jorge Navarro et al. Barcelona: Paidós, 1998.

BIRNBAUM, Johann Michael Franz. **Sobre la necesidad de una lesión de derechos para el concepto de delito**. Tradução de José Luis Guzmán Dalbora. Montevideo-Buenos Aires: B de F, 2010.

BOBBIO, Norberto. **Estado, Governo, Sociedade: por uma teoria geral da política**. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Paz e Terra, 2007.

CONDE, Francisco Muñoz. **Introducción al derecho penal**. 2^a ed. Montevideo-Buenos Aires: B de F, 2001.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. 3^a ed. rev. Tradução de Ana Paula Zomer Sica et al. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

GIDDENS, Anthony. **As consequências da modernidade**. Tradução de Raul Fiker. São Paulo: Editora UNESP, 1991.

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

HASSEMER, Winfried. Características e crises do moderno direito penal. **Revista Síntese de Direito Penal e Processual Penal**. Porto Alegre, ano III, n. 18, p. 144-157, fev/mar. 2003.

JAKOBS, Günther. **Derecho penal - parte general**: fundamentos y teoría de la imputación. Tradução de Joaquin Cuello Contreras e José Luís Serrano Gonzalez de Murillo. 2ª ed. Madri: Marcial Pons, 1997.

JAKOBS, Güther; MELIÁ, Manuel Cancio. **Direito Penal do inimigo**: noções e críticas. Organização e Tradução de André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

HUNGRIA, Nelson; FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Comentários ao código penal**: arts. 1º ao 10º. 5ª ed. vol. 1. tomo I. Rio de Janeiro: Forense, 1977.

LISZT, Franz Von. **Tratado de direito penal alemão**. Tradução de José Hygino Duarte Pereira. Tomo I. Rio de Janeiro: F. Briguiet & C. Editores, 1899.

LOCKE, John. **Segundo tratado sobre o governo civil e outros escritos**: ensaio sobre a origem, os limites e os fins verdadeiros do governo civil. 3ª ed. Tradução de Magda Lopes e Marisa Lobo da Costa. Petrópolis: Editora Vozes, 2001.

LUHMANN, Niklas. **Sociología del riesgo**. 3ª ed. Tradução de Silvia Pappe et al. México: Universidad Iberoamericana, 2006.

MAHMOUD, Mohamad Ale Hasan. Responsabilidade penal: aspectos polêmicos. In: MENDES, Gilmar Ferreira; BOTTINI, Pierpaolo Cruz; PACELLI, Eugênio (coord.). **Direito Penal Contemporâneo**: questões controvertidas. São Paulo: Saraiva, 2011.

MALARRÉ, Hernán Hormazábal. **Bien jurídico y estado social y democratico de derecho**: el objeto protegido por la norma penal. 2ª ed. Santiago: Editorial Jurídica ConoSur, 1992.

NORONHA, E. Magalhães. **Direito penal**: introdução e parte geral. 38ª ed. rev. e atual. por Adalberto José Q. T. de Camargo Aranha. São Paulo: Saraiva, 2004.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro**: parte geral, arts. 1º ao 120. 11ª ed. rev. atual e ampl. Vol. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

RAMÍREZ, Juan Bustos. In-seguridad y lucha contra el terrorismo. In: LOSANO, Mario G.; CONDE, Francisco Muñoz (Coord.). **El derecho ante la globalización y el terrorismo**: “cedant arma togae”. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2004, p. 403-410.

ROXIN, Claus. **A proteção de bens jurídicos como função do Direito Penal**. 2ª ed. Organização e Tradução de André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

- _____. **Estudos de Direito Penal**. Tradução de Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- _____. **Derecho Penal**: parte general. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito. Trad. Diego-Manuel Luzón Peña; Miguel Díaz y García Conlledo; Javier de Vicente Remensal. Madrid: Civitas, 1997.
- SÁNCHEZ, Jesús-María Silva. **A Expansão do Direito Penal**: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais. Tradução de Luiz Otávio de Oliveira Rocha. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 9ª ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.
- SILVEIRA, Fabiano Augusto Martins. A grande mídia e a produção legislativa em matéria penal. *Senatus*. Brasília, v.8, n.2, p. 30-36, out. 2010.
- STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luís Bolzan de. **Ciência política e teoria do estado**. 8ª ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.
- TAVARES, Juarez. **Teoria do injusto penal**. 2ª ed. rev. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.
- TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos de Direito Penal**. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 1994.
- VELÁSQUEZ, Fernando V. Globalización y Derecho Penal. In: LOSANO, Mario G.; CONDE, Francisco Muñoz (Coord.). **El Derecho ante la Globalización y el terrorismo**: “cedant arma togae”. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2004, p. 185-208.
- WELZEL, Hans. **Derecho penal**: parte general. Tradução de Carlos Fontan Balestra. Buenos Aires: Roque Depalma Editor, 1956.
- WERMUTH, Maiquel Ângelo Dezordi. **A Dimensão (Des)Humana do Processo de Expansão do Direito Penal**: o papel do medo no e do Direito Punitivo brasileiro e o disciplinamento das classes populares. 2010. 149 p. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Ciências Jurídicas, Universidade do Vale do Rio dos Sinos, São Leopoldo, Rio Grande do Sul.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Derecho penal**: parte general. 2ª ed. Buenos Aires: EDIAR, 2002.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Globalização, Sistema Penal e Ameaças ao Estado Democrático de Direito. In: KARAN, Maria Lúcia (org.). **Globalização, Sistema Penal e Ameaças ao Estado Democrático de Direito**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 17-38.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl. La globalización y las Actuales Orientaciones de la Política Criminal. **Direito e Cidadania**. Praia, ano III, n. 8, p.71-96, 1999-2000.