

DIREITO PENAL

ARTIGO

A NOÇÃO DE BEM JURÍDICO NO FUNCIONALISMO RADICAL SISTÊMICO

IL CONCETTO DI BENE JURIDICO NEL FUNZIONALISMO RADICALE

WARLEY BELO

Advogado

Ordem dos Advogados do Brasil, Brasil

warleybelo@yahoo.com.br

RESUMO: O texto discute o atual embate entre o direito penal do presente e o direito penal visionário, do risco. Conclui-se que o direito penal do risco tende a ser, nesta era da globalização, um direito penal sem limites, expansionista, o que esvazia o princípio da lesividade. As grandes transformações do direito penal tradicional devem-se a essa sociedade do risco, que encontra no funcionalismo radical um agressor ao caráter subsidiário. Entretanto, não se pode abrir mão dos limites materiais do direito penal, mesmo quando se trata de bens jurídicos não individuais, como é o caso do meio ambiente. A doutrina penal, deste modo, precisa voltar aos fundamentos do direito penal, essencialmente ao bem jurídico-penal constitucionalmente fundado, quer dizer, o direito penal em sua missão limitativa na proteção de bens jurídicos como um direito fundamental de todo e qualquer cidadão.

PALAVRAS-CHAVE: direito penal do risco; bem jurídico; funcionalismo sistêmico radical; princípio da lesividade; direitos fundamentais.

RIASSUNTO: Il testo discute l'attuale impatto del rischio sul diritto penale del presente e sul diritto penale visionario. Si conclude che il diritto penale del rischio tende ad essere un diritto penale senza limiti, espansionista in quest'epoca di globalizzazione, cosa che svuota il principio della lesività. Le grandi trasformazioni del diritto penale tradizionale si devono a questa società di rischio che incontra nel funzionalismo radicale un aggressore al carattere sussidiario. Pertanto non si può rinunciare ai limiti materiali del diritto penale, anche quando si tratta di beni giuridici non individuali, come è il caso dell'ambiente. In tal modo la dottrina penale, necessita di un ritorno ai fondamenti del diritto penale, essenzialmente il bene giuridico-penale costituzionalmente fondato, cioè, il diritto penale nella sua missione limitativa nella protezione dei beni giuridici come un diritto fondamentale di tutti i cittadini.

PAROLE CHIAVE: rischio di diritto penale; bene giuridico-penale; funzionalismo sistemico radicale; principio di lesividade; diritti fondamentali.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Teorias sociológicas: o funcionalismo sistêmico radical e o bem jurídico. 3. O princípio da lesividade na sociedade de riscos e o funcionalismo sistêmico principiológico. 4. Conclusão. 5. Referências.

1. Introdução

Há um déficit científico no conceito (GOMES; BIANCHINI, 2002, p. 80-81) de bem jurídico, sendo até mesmo impossível “alcançar uma definição exclusiva e exaustiva” (FERRAJOLI, 2002, p. 377)¹, uma vez que esse conceito submete-se às mutações sociais e culturais. Como se já não fosse problemática sua conceituação inicial, hodiernamente ela vem tornando-se mais difícil, dado o expansionismo (SÁNCHEZ, 2002) conceitual do termo ao agregar valores supraindividuais e abstratos, ora razoáveis, ora não, decorrentes do direito penal do risco.

¹ Figueiredo Dias também aponta que talvez nunca se poderá determinar a noção de bem jurídico, apesar de haver um núcleo essencial, um consenso sobre este conceito (DIAS, 2007, p. 114).

De qualquer modo, podemos partir do pressuposto de que o crime, na concepção democrática, pode ser definido materialmente² como uma lesão ou exposição de bens jurídicos a perigo (*Rechtsgutes* ou *Rechtliche Gutes*). Somando-se o bem jurídico, núcleo do conceito material de crime (*nullum crimen sine iniuria*), ao aspecto analítico-descriptivo da ação típica (aspecto formal, *nullum crimen sine lege*), alcança-se o significado global de tipicidade penal. Quer dizer, a tipicidade penal é a conjugação da tipicidade material e da tipicidade formal.

Aquela é a lesão ou exposição a perigo concreto de lesão ao bem jurídico; esta, a junção entre a descrição legal e a ação humana. A lesão ao bem jurídico deve, ainda, ser analisada em três vertentes: o desvalor da ação, o desvalor do resultado e a imputação objetiva do resultado. De qualquer forma, a principal missão do direito penal encerra-se na proteção dos bens jurídicos, o que, em última análise, é uma limitação do poder do Estado frente ao cidadão.

O simplista conceito, aceito quase unanimemente pela doutrina brasileira, esconde atrás de si a maior e atual controvérsia jurídico-penal. É que o enfraquecimento do valor crítico do conceito de bem jurídico (aspecto material), assim como a tentativa de expandi-lo incomensuravelmente, esvazia o próprio princípio da lesividade. Daí a nossa intransigência quanto à definição material legítima de crime como uma lesão ou um perigo de lesão concreta a um bem jurídico, visto de forma limitativa.

Qualquer tentativa de expandir esse conceito material de crime seria um retorno ao “positivismo legalista e formalista que preponderou no século XX” (BIANCHINI, 2009, p. 240), incapaz de garantir uma racionalização do *ius puniendi*. Há forte corrente doutrinária, todavia, que pretende uma mudança da significação material de cri-

² O conceito formal de crime, há muito, não tem mais nenhuma valia. Dizer que crime é aquilo que está na lei penal é o mesmo que nada dizer. No aspecto dos conceitos materiais de crime, os metajurídicos pecam pela abstração e insegurança de suas formas, parte deles levados pelo idealismo de valores absolutos, imutáveis no tempo, o que de todo improcede. Os conceitos jurídicos unitários (como o voluntarístico) permitiram a institucionalização de regimes como o nazista. Resta, pois, o conceito material jurídico analítico que, em seu aspecto substancial, exige a maculação ou exposição a perigo concreto do bem jurídico e em seu aspecto dogmático divide o crime em três elementos: ação típica, ilícita e culpável. (COELHO, 1991).

me, retirando-lhe exatamente esse vínculo com a ofensa ao bem jurídico ou diminuindo-lhe a importância central no sistema punitivo.

Mesmo dentre aqueles que apoiam o conceito material de crime como ofensa ao bem jurídico, há grande dificuldade para cunhar o próprio conceito de bem jurídico, não se chegando a acordo sobre seus limites. Pode-se entender “bem” como aquilo que tem valor, ou seja, que merece e necessita de proteção (BIANCHINI, 2002, p. 92). Na concepção neokantiana, valor cultural em seu sentido mais amplo, protegido juridicamente, transforma-se em bem jurídico.

A doutrina, majoritariamente, também segue esse entendimento. Bem jurídico tutelado penalmente, para Francisco de Assis Toledo (1994, p. 16.) “são valores ético-sociais que o direito seleciona, com o objetivo de assegurar a paz social, e coloca sob sua proteção para que não sejam expostos a perigo de ataque ou a lesões efetivas.” Zaffaroni e Pierangeli (1997, p. 464) o conceituam como “a relação de disponibilidade de um indivíduo com um objeto, protegida pelo Estado, que revela seu interesse mediante a tipificação penal de condutas que o afetam.” Para Muñoz Conde (1997, p. 43), bens jurídicos são “os pressupostos de que a pessoa necessita para sua autorrealização na vida social.” Para Malaree (1992, p. 151-154), são relações sociais concretas protegidas pela norma penal que nascem da própria relação social democrática como uma superação do processo dialético. Assim, no homicídio, castiga-se a relação social que nega a relação social concreta vida. Para Figueiredo Dias, o bem jurídico é:

[...] a expressão de um interesse, da pessoa ou da comunidade, na manutenção ou integridade de um certo estado, objeto ou bem em si mesmo, socialmente relevante e, por isso, juridicamente reconhecido como valioso. (DIAS, 2007, p. 114).

Para Roxin, bens jurídicos são:

[...] pressupostos imprescindíveis para a existência em comum, que se caracterizam numa série de situações valiosas, como, por

exemplo, a vida, a integridade física, a liberdade de atuação, ou a propriedade, que toda a gente conhece, e na sua opinião, o Estado social deve também proteger penalmente. (ROXIN apud PRADO, 1997, p. 45).

Vida, propriedade, dignidade sexual são exemplos de bens jurídicos porque são valores paradigmáticos essenciais à convivência do homem em sociedade. Trata-se de conceito jurídico-sociológico, ao pontuar o vínculo do legislador a uma escala constitucionalmente valorada. Esse conceito, como todos os demais, não permite uma delimitação rígida do conteúdo do bem jurídico, mas permite a formulação de limites críticos à elaboração de delitos.

2. Teorias sociológicas: o funcionalismo sistêmico radical e o bem jurídico

O funcionalismo radical sistêmico de Jakobs (1997), do início dos anos oitenta do século passado, é uma teoria sociológica, mas que possibilita a instituição de um direito penal autoritário. A concepção do delito como frustração das expectativas sociais de convivência postuladas através da norma guarda particular semelhança com a Escola de Kiel, principalmente no estabelecimento do direito penal do inimigo (*Feindstrafrecht*). Pretende implantar profunda crise ao conceito de bem jurídico (BIANCHINI, 2009, p. 258), quando não, em sua vertente mais radical, extingui-lo. Questiona-se o papel do bem jurídico como limitador e legitimador do *ius puniendi*, buscando-se um direito penal pragmático.

Originadas nos estudos de Durkheim, Parson, Merton e Luhmann, as teorias sociológicas modernas, como o funcionalismo radical sistêmico de Jakobs, elegem como paradigma a concepção da sociedade do risco, preferindo um direito penal preventivo, mesmo que isso signifique um enfraquecimento das garantias individualistas conquistadas. Não obstante, há também a concepção sociológica da Escola de Frankfurt que, em posição diametralmente oposta, coloca a proteção dessas mesmas garantias como função do direito penal. Assim, em Hassemer (2005), seu principal expoente, de tradição liberal, apoia-se no bem jurídico em uma escala social de valores.

Também o funcionalismo moderado teleológico-racional de Roxin (1986) coloca em relevo o bem jurídico constitucionalmente fundado, mas rompendo a “barreira infraqueável” (Liszt) entre o direito penal e a política criminal. Em ambas as concepções funcionalistas, há também a preocupação prática, em nada devendo, neste ponto, ao funcionalismo radical sistêmico de Jakobs.

A crítica, pois, realmente fica centralizada no bem jurídico. O critério utilizado para a noção do bem jurídico no funcionalismo radical sistêmico é sua correspondência com a nocividade social. Essa nocividade se determina através da danosidade social, aferível em função do desrespeito à norma, objeto de tutela³.

O bem jurídico é a validade fática das normas que garantem que se possa esperar o respeito aos bens, às funções e à paz jurídica (JAKOBS, 1997, p. 45-58). Argumenta-se que o bem não deve ser em si tutelado pelo direito penal porque este bem pode ser atingido por causas naturais, a que o direito penal nada tem de interesse.

Desta forma, o conceito de bem jurídico vinculado a bens não pode ser correto. O que interessa é a valoração positiva que se faz sobre um comportamento humano contrário à norma. A morte advinda de um raio não tem significação jurídico-penal como a morte advinda de uma facada. A primeira nada tem a ver com o bem jurídico-penal, já a segunda sim, porque diz conta à validade da norma, núcleo do bem jurídico-penal radical sistêmico.

A norma, entretanto, posta como preocupação material, cria um sistema acrítico. Pune-se porque a norma, advinda do legislador, foi desrespeitada. Para o funcionamento do sistema, a norma, por si só, precisa ser respeitada, sendo que o crime rompe com essa macroestrutura. “O direito penal objetiva proteger o aludido funcionamento, diante de um fato socialmente danoso”. (PRADO, 1997, p. 40).

Além dessa crítica, observa-se que muito da força ideológica do funcionalismo radical sistêmico parte da constatação de que é irreversível a tutela de bens supraindividuais, essencialmente vagos

³ Cf. PRADO, 1997, p. 37; DIAS, 2007, p. 117.

e abstratos, como o meio ambiente, por exemplo, o que, na concepção tradicional da teoria do bem jurídico seria uma significativa mudança. O eixo é deslocado de uma visão antropológica, individualista, para uma visão sociológica, coletiva. A busca da proteção do bem jurídico supraindividual, por ser abstrato, é difícil. Redunda na busca por mecanismos de proteção antecipatórios à lesão ou perigo de lesão ao bem jurídico. Isso significa a criação não só de crimes sem a efetiva lesão ou perigo concreto de lesão ao bem jurídico, mas a própria criação fictícia e política de bens jurídico-penais, como a saúde pública ou a segurança do Estado. Disso decorre, em última instância, que é possível, ao Estado, criar crimes como um mecanismo de alcançar objetivos para proteger sua infraestrutura, sua política governamental e não “apenas” proteger bens jurídicos.

Criar bens jurídicos amplos, abstratos, indeterminados, bens jurídicos materialmente falsos, penalmente artificiais, para proteger a atividade estatal ou seus entes públicos é possibilitar a adaptação do direito penal a qualquer modelo econômico, político ou ideológico (BIANCHINI, 2009, p. 245). O direito penal, na sociedade de risco, passa a ser utilizado como um reforço do direito administrativo⁴, favorecendo o Estado ao invés do indivíduo e entrando em choque frontal com o funcionalismo reducionista ou contencionista de Zaffaroni, que busca, exatamente, aprimorar o direito penal a fim de conter o Estado de Polícia.

No funcionalismo radical sistêmico, perde-se totalmente a referência do bem jurídico de cunho antropocêntrico e se retira da Constituição (ao menos minimaliza) o papel principal de dirigir a escolha dos bens jurídicos (DIAS, 2007, p. 118, § 23). É na Constituição que se encontra o aporte razoável dos valores sociais na precisa lição do funcionalismo moderado teleológico-racional de Roxin (1986).

⁴ “Essa aproximação do direito penal ao campo dos ilícitos administrativos nos leva a questionar se não se trataria de uma intromissão indevida do direito penal em esferas que poderiam estar, satisfatoriamente, sob a regulamentação do direito administrativo sancionador.” (MACHADO, 2005, p. 165). Exemplos: Na lei 9605/98: “Art. 29. (...) perseguir (...) 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: Pena - detenção de seis meses a um ano, e multa.”; “Art. 51. Comercializar motosserra ou utilizá-la em florestas e nas demais formas de vegetação, sem licença ou registro da autoridade competente: Pena - detenção, de três meses a um ano, e multa”.

O funcionalismo de Roxin, Hassemer e Zaffaroni recuperam o conceito de bem jurídico e sua necessária ofensividade (BIANCHINI; MOLINA, 2009, p. 352), pela exigência da tipicidade material, ao contrário do que faz Jakobs com seu funcionalismo radical sistêmico.

3. O princípio da lesividade na sociedade de riscos e o funcionalismo sistêmico principiológico

O princípio da lesividade é, juntamente com o princípio de culpabilidade, o princípio mais atacado pelo atual critério de política criminal da sociedade de riscos, que visa à antecipação da intervenção penal (*Vorfeldkriminalisierung*) (BECK, 1992), deixando o direito penal como a *prima ratio* ou mesmo a *sola ratio* (HASSEMER, 2005) da atuação estatal frente aos desafios sociais. Busca-se, paradoxalmente, uma mitológica “segurança” em uma sociedade marcada por incertezas generalizadas.

A expressão “sociedade de risco” é do sociólogo alemão Ulrich Beck (1986), cujo pensamento, em apertada síntese, releva que estamos vivendo o limiar do abandono da sociedade industrial clássica com o surgimento de uma nova forma de sociedade, a do risco. Assim como no século XIX, quando houve uma ruptura paradigmática, há agora, também, uma nova onda de “modernização” desta mesma sociedade industrial, que passa a ser tecnológica. A questão é que a lógica da primeira sociedade era voltada para a produção de riqueza (*Logik der Reichumsproduktion*). Agora, se impõe outra lógica, a da produção de riscos (*Logik der Risikoproduktion*) e de sua distribuição. Quais são esses riscos? A produção de poluentes, a destruição do meio ambiente, a radiação nuclear, o desemprego, a violência generalizada, o medo social. Esses riscos atingem a todas as classes, ricos e pobres.

Essa percepção é muito influenciada pelos meios de comunicação de massa, que incrementam e dão uma dimensão maior do que a realidade produz. Da percepção do perigo aumentado, apesar da realidade inalterada, exsurge a sociedade da insegurança. O sistema penal está sob grande pressão desse discurso político orientado à realidade dos problemas sociais, aberto a seus influxos de criticar um direito penal que persegue riscos menores, quer dizer, individu-

ais, mas se mantém inerte aos de “grande proporção” (MACHADO, 2005, p. 93-94), ou seja, aos supraindividuais.

A crítica a Beck parte do pressuposto de que se trata de uma tese catastrófica, nada diferente de tantas outras que já ocorreram em diversas sociedades de outros tempos. Outra crítica é a de que a sociedade da insegurança é ávida por algo que é uma ilusão: a segurança absoluta, ou seja, a inevitabilidade do mal, a antecipação das forças do bem contra as forças do mal, como se fosse possível essa paranoia bivalência preventiva. Evidentemente, isso não é possível. Francisco de Assis Toledo⁵ pontuava que viver é um risco na selva ou na cidade. Não é missão do direito penal afastar preventivamente essas mazelas.

Um sistema penal construído sobre as arestas do modelo sociológico descrito por Beck, na expectativa de eliminação dos riscos, coloca em grave crise o princípio da lesividade pelo abandono da teoria do bem jurídico-penal.

Sem a necessidade de se construir um direito penal baseado na lesão ou perigo concreto de lesão ao bem jurídico, resta ao Estado preventivo formular a missão do direito penal em resguardar as suas próprias normas emanadas (JAKOBS, 1997). É um *non sense* simbólico sem limites pretender instituir crimes sem lesão ao bem jurídico para evitar a lesão à norma, “o” bem jurídico do funcionalismo radical sistêmico.

Se, por um lado, o sistema penal preventivo é mais aberto à realidade social, mais prático, mais adequado aos grandes riscos decorrentes da macrocriminalidade, da criminalidade moderna (HASSEMER, 2005), por outro lado, esse sistema pressupõe a flexibilização das garantias individuais iluministas e a superação do *Welfare State*⁶.

⁵ “Viver é um risco permanente, seja na selva, entre insetos e animais agressivos, seja na cidade, por entre veículos, máquinas e toda sorte de inventos da técnica, que nos ameaçam de todos os lados. Não é missão do direito penal, afastar, de modo completo, todos esses riscos – o que seria de resto impossível – paralisando ou impedindo o desenvolvimento da vida moderna, tal como o homem, bem ou mal, a concebeu e construiu.” (TOLEDO, 1994, p. 17).

⁶ Na sociologia, David Garland resumiu assim a ambiguidade da *modernidade tardia*: “As criminologias da era do *Welfare State* tendiam a assumir a perfectibilidade do homem, a ver

Essa nova expertise criminal arrasaria a lesividade como princípio, que é essencialmente repressivo, nos moldes do princípio de culpabilidade. Em seu lugar estaria o princípio da precaução (CAMPIONE, 2003, p. 22 ss.) que se baseia na suspeita, na prognose de futuros riscos, na incerteza do dano, na indefinição, na presunção⁷.

Aqui também se externa a política no direito penal. Defendemos a fidelidade aos princípios clássicos do direito penal, do direito penal da repressão, da punição do fato pautado em bens jurídicos constitucionais, na redução do Estado de Polícia, no incremento das garantias.

A funcionalização radical sistêmica do direito penal entra em conflito com todos os princípios clássicos do direito penal, chegando a seu ápice em relação ao princípio da lesividade, em clara afronta aos direitos fundamentais conquistados.

O funcionalismo sistêmico radical acredita que o direito penal possa ordenar a sociedade como um todo, como num truque político, prevenindo, antecipando-se ao crime e ao criminoso. O embate é sobre o direito penal do presente e o direito penal visionário, do risco. Essa funcionalização visionária coloca o direito penal como *prima ratio* ao combate à criminalidade comum e da macrocriminalidade, desvirtuando-o conceitualmente e expandindo-o infinitamente, tantos quantos sejam os perigos sociais imagináveis.

o crime como um signo de um processo incompleto de socialização e a perceber no Estado o papel de assistir aqueles que foram privados das condições econômicas, sociais e psicológicas necessárias para o adequado ajustamento social e para uma conduta respeitadora da lei. As teorias do controle começaram a formar uma visão muito mais obscura a respeito da condição humana. Elas assumem que os indivíduos são fortemente atraídos para condutas auto-referidas, anti-sociais e criminais a menos que sejam impedidos por controles robustos e efetivos, bem como veem na autoridade da família, da comunidade e do Estado estratégias de imposição de restrições e de limites. Onde a velha criminologia encaminhava-se mais na direção do bem-estar e da assistência, a nova insiste no reforço dos controles e na aplicação da disciplina.” (GARLAND, s. d., p. 15, tradução nossa).

⁷ A Declaração do Rio sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento proclama, na esteira do pensamento, o seguinte em seu Princípio 15: “Com o fim de proteger o meio ambiente, o princípio da precaução deverá ser amplamente observado pelos Estados, de acordo com suas capacidades. Quando houver ameaça de danos graves ou irreversíveis, a ausência de certeza científica absoluta não será utilizada como razão para o adiamento de medidas economicamente viáveis para prevenir a degradação ambiental.” (grifo nosso).

Em verdade, haveria de existir um “funcionalismo sistêmico principiológico”, cuja conclusão partiria da incompatibilidade dos princípios clássicos do direito penal com a defesa dos novos riscos sociais, cujos bens jurídicos são supraindividuais. Ou seja, o direito penal não teria essa relevante e principal função de proteção das gerações futuras por sua incompatibilidade de proteger antecipadamente o meio ambiente, por exemplo. O funcionalismo sistêmico principiológico proporia que a função do direito penal seria proteger os princípios penais.

Nesse ponto, é absolutamente contrário ao funcionalismo sistêmico radical, especialmente quando se pauta a subjugar o princípio da lesividade. Esse princípio implica uma posição de tutela de bens jurídicos, o que divergiria também da nova política criminal (DIAS, 2007, p. 135). Desse modo, o direito penal ficaria fora da proteção dos macro-bens jurídicos porque é fraca a demonstrabilidade de afetação individual.

O chamado funcionalismo principiológico é substancialmente incompatível com a hermenêutica do perigo⁸. Esta propõe um modelo absolutamente diverso do paradigma antropocêntrico, com outra racionalidade (STRATENWERTH, 1993), novos princípios, abandono do bem jurídico, ou seu convívio com outro modelo. Ou seja, afirma-se que a atual dogmática não seria capaz de trazer soluções aos problemas da nova sociedade e seu modelo não permitiria uma atuação legítima e necessária para essa adaptação aos novos riscos.

Com a escolha de bens jurídicos abstratos e incriminação de simples comportamentos, entretanto, a constatação da danosidade individual ficaria também bastante prejudicada e de impossível comprovação empírica. De qualquer modo, não se pode defender que o chamado funcionalismo sistêmico principiológico não seja capaz de proteger o direito das gerações futuras, pelo contrário, defende esses direitos, mas não em detrimento da geração presente e nem se esquecendo de que o direito penal é a *ultima ratio* e pugna por sua atuação racional. (ROXIN, 1986).

A mais equivocada atuação seria a de se contrariar os princípios como direitos fundamentais e se escolher bens jurídicos vagos. Escolhas de-

⁸ *A perpetual sense of crisis*, segundo Garland (2001, p. 19 ss).

terminadas, certas, com incriminação limitada pelos princípios clássicos possuem uma demonstrabilidade individual bem mais perceptível.

O ponto nevrálgico da situação atual do direito penal é esta: o bem jurídico serve ou não como limite ao *ius puniendi*? Se admitirmos que sim, como advogamos, só se deve intervir penalmente na proteção dos bens jurídicos supraindividuais quando agressivo diretamente aos interesses individuais. Tal é o posicionamento do funcionalismo do controle social de Hassemer, da Escola de Frankfurt, que pugna pela escolha do bem jurídico como limite real ao *ius puniendi*, mesmo quando se trata de bens jurídicos coletivos.

O funcionalismo de Jakobs, por outro lado, pugna a substituição do conceito de bem jurídico por uma função do direito penal, a saber: garantir a vigência da norma. Entretanto, com a eliminação do bem jurídico clássico perde-se o próprio controle do direito penal e o Estado sem controle nesta seara é algo absolutamente inegociável, pois já se conhece o “natural” ímpeto autoritário de qualquer Estado em qualquer momento histórico. Nem mesmo se deve aceitar a submissão ou conjugação (ciências conjuntas) do direito penal com os princípios de política criminal, quer dizer, um direito penal axiologicamente orientado por princípios de política criminal (trans-sistemática)⁹. As soluções pragmáticas são absolutamente realizáveis dentro da dogmática atual, como se prova através da aceitação do princípio da insignificância.

Deste modo, o direito penal do risco, base do funcionalismo sistêmico radical, representa um risco imensurável ao próprio conceito de cidadania e aos direitos fundamentais. Basta observar a corrida desenfreada na construção de novos delitos de perigo abstrato, definidos, basicamente, como desvios das normas de comportamento padrão. Essa construção afronta a ideia básica de um direito penal de *ultima ratio*, proporcional, subsidiário e a um preço extremamente alto porque – definitivamente – é impossível demonstrar sua efetividade como mecanismo de prevenção¹⁰.

⁹ Ver CAMARA, 2008.

¹⁰ Quantos balões deixaram de ser soltos após a vigência do artigo seguinte? Lei n.

Entre o construído funcionalismo sistêmico principiológico e o funcionalismo sistêmico radical, há aqueles que procuram intermediar, como é o caso de Silva Sánchez (2002), com o seu direito penal de duas velocidades. É dizer, para os crimes comuns o direito penal clássico que, para o autor, nunca se efetivou. E para a criminalidade moderna, a flexibilização dos princípios, mas sem a aplicação da pena privativa de liberdade. Teríamos a convivência entre o funcionalismo de controle social (garantismo dos direitos fundamentais) e o funcionalismo radical em um mesmo sistema.

Hassemer (1998, p. 37-41) defende a criação de um novo ramo do direito, denominado de intervenção, no qual, também, não haveria o rigor dos princípios porque se alocaria entre o direito penal e o direito administrativo e também não haveria a pena privativa de liberdade.

Esse movimento de se pretender enfraquecer os princípios reitores do direito penal clássico – subdividindo-os, compartimentalizando-os, denominando-os diferentemente ou abrindo casos excepcionais, antecipando a tutela, utilizando leis penais em branco etc. – e do processo penal – permitindo a invasão de privacidade, a infiltração etc. – contraria a própria história do direito penal e sua razão de existir que é, justamente, o de limitar o poder estatal, precipuamente em favor do indivíduo.

O funcionalismo de controle social, neste aspecto, acaba por se trair ao pretender excepcionar um “direito penal” (na prática) sem garantias. Não se pode pretender a proibição daquilo que muitas vezes nem controlável é.

Por outro lado, inverter a presunção de inocência e conceber um sistema que sobrevive sem o bem jurídico, reproduzindo um discurso meramente retórico, simbólico, não obstante com forte viés prático, é uma função eminentemente administrativa, e não do direito penal.

9.605/98, “art. 42. Fabricar, vender, transportar ou soltar balões que possam provocar incêndios nas florestas e demais formas de vegetação, em áreas urbanas ou qualquer tipo de assentamento humano: Pena - detenção de um a três anos ou multa, ou ambas as penas cumulativamente”.

A nova admirável sociedade de segurança é algo que só é passível de existir em uma sociedade onde não haja homens¹¹ ou onde não haja direito penal. Essa sociedade pugna por um direito penal do risco que em nada se assemelha ao direito penal historicamente construído e fundado nos direitos fundamentais como limite ao poder do Estado em punir.

O sintoma da adoção do direito penal do risco seria o enfraquecimento de todos os princípios clássicos do direito penal (HASSEMER, 1990, p. 193-204), senão formal, ao menos materialmente, princípios esses que justificam a própria existência deste ramo do direito. Por isso mesmo, a proposta aqui de um funcionalismo principiológico resgataria toda a concepção clássica do direito penal.

Talvez seja mesmo chegada a hora de sustentar que o direito penal encontrou seu limite de atuação, como vem defendendo a “Escola de Frankfurt”. Para os mega-riscos, há de se concluir que ao direito penal cabe muito pouco a fazer se até as atitudes preventivas de cunho extrajurídico têm sido relegadas ao mero acaso.

O crescimento desordenado das cidades é um problema de engenharia também, a poluição ambiental também diz conta à biologia e à química. Quer dizer, a excessiva antecipação de tutela nada mais é do que o chamamento de responsabilidades com as quais o direito penal não tem absolutamente nada a ver. Entretanto, se arvoram a buscar no direito penal soluções para todas as catástrofes da ciência física ou todos os fenômenos sociais, econômicos e ambientais patológicos. Pode-se até pensar em um incremento do direito administrativo-penal, em pensamento próximo ao de Silva Sánchez¹², mas sem se es-

¹¹ Nos livros *Admirável Mundo Novo* (*Brave New World*), de Aldous Huxley; *A Laranja Mecânica* (*Clockwork Orange*), de Anthony Burgess, e 1984, de George Orwell, também se busca uma sociedade segura através de pré-condicionamentos, investidas biológicas e alienação política para que as pessoas correspondam às expectativas. O medo sempre faz as pessoas aceitarem a perda da liberdade. Sobre o trabalho de Burgess já tivemos oportunidade de expor nossas ideias em: BELO, W. A Laranja Mecânica: comentários criminológicos sobre a violência juvenil. *Revista do CAAP/UFMG*, Belo Horizonte, vol. VI, n. 10, p. 355-386, 2001.

¹² Remetemos o estimado leitor ao princípio de culpabilidade. Silva Sánchez propõe uma política e uma dogmática penal dualista. Uma, dos princípios do direito penal

quecer que o direito penal legítimo é o direito penal antropocêntrico, de defesa dos princípios penais e não se admite exceção no sistema.

O direito penal do risco é o direito penal sem limites. “São imensos os riscos de um direito penal do risco para a função de garantia do direito penal”. (HASSEMER, 1989, p. 275-285). Não percebem que uma sociedade de segurança só é possível se também o próprio direito penal for controlado. A sociedade de risco produz um direito penal também de risco, quer dizer, o direito penal está dentro desse turbilhão paradigmático. Os crimes de perigo abstrato, as leis penais em branco, as diminuições de garantias processuais etc. são frutos de uma sociedade do risco¹³. Nessa ideologia, é visionário perceber que o risco atinge também o direito penal e sem ele a maior vítima será a própria sociedade e os indivíduos. Por este caminho, o direito penal será mais um risco.

O abandono do modelo “iluminista” de direito penal significa, essencialmente, o abandono da própria dogmática penal, quer pela construção de um direito penal paralelo, quer pela funcionalização radical ou por sua influência desmedida pelos princípios da política criminal.

clássico, garantista; a outra, periférica, do *direito penal da calculadora*, do risco, da mera ordenação social, da flexibilização dos princípios, dos bens jurídicos coletivos, de proteção antecipada. Esse último grupo teria uma punição administrativa. Não resta a menor dúvida que seria uma questão de década o predomínio do último sobre o primeiro, o que acabaria redundando na extinção do direito penal como mecanismo de proteção individual contra o Estado. Por tudo isso, defende-se um direito penal antropocêntrico, relegando a proteção dos bens jurídicos supra-individuais a atividades preventivas extra-jurídicas e a incrementação do direito administrativo.

¹³ Há um desassossego no ar. Temos a sensação de estar na orla do tempo, entre um presente quase a terminar e um futuro que ainda não nasceu. O desassossego resulta de uma experiência paradoxal: a vivência simultânea de excessos de determinismo e de excessos de indeterminismo. Os primeiros residem na aceleração da rotina. As continuidades acumulam-se, a repetição acelera-se. A vivência da vertigem coexiste com a de bloqueamento. A vertigem da aceleração é também uma estagnação vertiginosa. Os excessos do indeterminismo residem na desestabilização das expectativas. A eventualidade de catástrofes pessoais e coletivas parece cada vez mais provável. A ocorrência de rupturas e de descontinuidades na vida e nos projetos de vida é o correlato da experiência de acumulação de riscos inseguráveis. A coexistência destes excessos confere ao nosso tempo um perfil especial, o tempo caótico onde ordem e desordem se misturam em combinações turbulentas. Os dois excessos suscitam polarizações extremas que, paradoxalmente, se tocam. As rupturas e as descontinuidades, de tão frequentes, tornam-se rotina e a rotina, por sua vez, torna-se catastrófica. (SANTOS, 2002, p. 41).

O direito penal surgiu como um mecanismo de limite ao poder estatal. A substituição desse modelo poria abaixo dois séculos de lutas a fim de equacionar a relação indivíduo *versus* Estado. Em todos os períodos que se abandonou esse modelo, tivemos o sistemático abuso e desvirtuamento do direito penal. Por tudo isso, sem dúvida alguma, somos pela persistência do modelo clássico e seu aperfeiçoamento.

4. Conclusão

É atualíssimo o embate sobre o direito penal do presente e o direito penal visionário, do risco. Para nós, o direito penal do risco tende a ser um direito penal sem limites, expansionista, o que esvaziaria o princípio da lesividade e, por consequência, os direitos fundamentais. A exigência de grandes transformações do direito penal tradicional deve-se a essa sociedade do risco, que encontra no funcionalismo radical de Jakobs seu expoente doutrinário. Esse funcionalismo pugna a substituição do conceito de bem jurídico por uma função do direito penal, a saber: garantir a vigência da norma.

Da percepção do perigo aumentado, apesar da realidade inalterada, exsurge a uma sociedade dita de insegurança. Entretanto, como exposto, não é missão do direito penal afastar preventivamente certas mazelas, sejam elas sociais, ambientais ou econômicas.

Um sistema penal construído sobre as arestas do modelo sociológico descrito por Beck, na expectativa de eliminação dos riscos, coloca em grave crise o princípio da lesividade, pelo abandono da teoria do bem jurídico-penal.

O sintoma da adoção do direito penal do risco seria o enfraquecimento de todos os princípios clássicos do direito penal¹⁴ e, por via reflexa, de direitos fundamentais.

Assim, o direito penal do risco é, para nós, um direito penal sem limites. “São imensos os riscos de um direito penal do risco para a função de garantia do direito penal”. (HASSEMER, 1989, 275-285).

¹⁴ Nesse sentido: HASSEMER, 1990, p. 193-204.

De tudo, o que de fato possuímos são critérios deslegitimadores de criminalização que giram em torno da ausência de lesão efetiva ou perigo concreto a bens de terceiros. Além disso, entramos em um discurso metajurídico, quer dizer, político, que visa prevenir crimes de maneira genérica e indeterminada.

A recusa ao direito penal do risco significa a aceitação dos princípios clássicos do direito penal, mormente o princípio da lesividade, que pugna por um direito penal limitado, garantista e compassado com os direitos fundamentais essencialmente ligados à dignidade humana. Nenhuma orientação prevencionista pode pretender quebrar o enfoque garantista-penal. A sociedade do risco precisa compreender que proibir o que não se pode controlar é um ato meramente simbólico. Já o controlável precisa ser prevenido por outros mecanismos, sejam eles jurídico-administrativos ou extrajurídicos, pois a instrumentalização do direito penal significa flexibilizar garantias e subjugar a própria concepção de cidadania em detrimento de um conteúdo ético inalienável.

Por fim, conclui-se que o funcionalismo radical sistêmico, com toda a sua carga autoritária de estabilização do sistema, não se importa com valores limitativos, mas com o fundamento do direito penal quando a discussão é sobre a legitimidade do sistema penal. O funcionalismo principiológico possibilita, por sua vez e inegavelmente, a mais legítima intervenção do direito penal.

5. Referências

BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 1996.

BECK, Wolfgang. *Unrechtsbegründung und Vorfeldkriminalisierung*. Berlin: Duncker & Humblot, 1992.

BECK, Ulrich. *Risikogesellschaft: Auf dem Weg in eine andere Moderne*. Frankfurt: Suhrkamp, 1986.

BELO, Warley. A Laranja Mecânica: comentários criminológicos sobre a violência juvenil. *Revista do CAAP/UFMG*. Belo Horizonte, MG, vol. VI, n. 10, p. 355-386, 2001.

BIANCHINI, Alice. *Pressupostos materiais mínimos da tutela penal*. São Paulo: RT, 2002.

BIANCHINI, Alice; MOLINA, Antonio García-Pablos de; GOMES, Luiz Flávio. *Direito penal: introdução e princípios fundamentais*. 2. ed. São Paulo: RT, 2009.

BIRNBAUM, Johann Michael Franz. *Über das Erfordernis einer Rechtsverletzung zum Begriffe des Verbrechens mit besonderer Rücksicht auf den Begriff der Ehrenkränkung*: Archiv des Criminalrechts. s/d: Neue Folge, 1834.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 2.649, Rel.: Min. Cármen Lúcia, Brasília, DF, 8 de maio de 2008. *DJe*, 17 out. 2008. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 22 jan. 2012.

CAMARA, Guilherme Costa. *Programa de política criminal*. São Paulo: RT, 2008.

CAMPIONE, Roger. El que algo quiere algo le cuesta: notas sobre la kollateralschädengesellschaft. In: AGRA, Cândido da et al (eds.). *La seguridad en la sociedad del riesgo: un debate abierto*. Bogotá: Atelier, Colección Política de Seguridad, 2003.

COELHO, Walter. *Teoria Geral do Crime*. Porto Alegre: Safe, 1991. v. 1.

CONDE, Francisco Muñoz. *Introducción al derecho penal*. Barcelona: Bosch, 1975.

COSTA ANDRADE, Manuel da. *Consentimento e acordo em direito penal: contributo para a fundamentação de um paradigma dualista*. Coimbra: Coimbra, 1991.

CUNHA, Maria da Conceição Ferreira da. *Constituição e crime*. Porto: Universidade Católica Portuguesa, 1995.

D'AVILA, Fabio Roberto. *Limites materiais do Direito Penal Ambiental*. Porto Alegre: TRF 4ª Região, 2008 (Currículo Permanente. Caderno de Direito Penal: módulo 4).

DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito penal*. São Paulo: RT, 2007.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão*. Trad. André Luís Callegari. São Paulo: RT, 2002.

FEUERBACH, P. J. Anselm Ritter Von. *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts*. 13. ed. Giessen: Georg Friedrich Heyer, 1840.

GARLAND, David. *Culture of crime control*. Chicago: The University of Chicago, s. d.

_____. *The Culture of control: crime and social order in contemporary society*. Oxford: Oxford University Press, 2001.

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

GOMES, Luiz Flávio; YACOBUECCI, Guillermo Jorge. *As grandes transformações do direito penal tradicional*. São Paulo: RT, 2005.

HASSEMER, Winfried. Lineamentos de uma teoria personal del bien jurídico. *Doctrina penal: teoría y práctica en las ciencias penales*, Buenos Aires, ano 12, n. 45-48, p. 275-285, 1989. (Original em alemão: *Grundlinien einer personalem Rechtsgutslehre*. Heidelberg, 1989).

_____. El destino de los derechos del ciudadano en un Derecho penal “eficaz”. Trad. Francisco Muñoz Conde. *Doctrina penal*, Buenos Aires, n. 13, p. 193-204, 1990.

_____. *Introdução aos fundamentos do direito penal*. Tradução de Pablo Rodrigo. Porto Alegre: Safe, 2005.

_____. Perspectivas del Derecho penal futuro. *Revista Penal*, Barcelona, n. 1, 1998.

HIRSCH, Hans Joachim. Acerca del estado actual de la discusión sobre el concepto de bien jurídico. In: CONGRESSO INTERNACIONAL FACULTAD DE DERECHO DE LA UNIVERSIDAD NACIONAL DE

EDUCACIÓN A DISTANCIA: modernas tendencias en la ciencia del Derecho penal y en la criminología, 6-10., 2000, Madrid. *Anais...* Madrid: UNED, nov. 2000. p. 371-387.

HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1958. v. 1. (tomo I).

JAKOBS, Günther. *Tratado de derecho penal*. Trad. de Joaquín Cuello Contreras e José L. Serrano González de Murillo. Madrid: Marcial Pons, 1997.

MACHADO, Marta Rodriguez de Assis. *Sociedade do risco e direito penal*. São Paulo: Ibccrim, 2005.

MALAREE, Hernan Hormazabal. *Bien juridico y estado social y democrático de derecho*. 2. ed. Santiago de Chile: Conosur, 1992.

PASCHOAL, Janaina Conceição. *Constituição, criminalização e direito penal mínimo*. São Paulo: RT, 2003.

PRADO, Luiz Regis. *Bem jurídico-penal e Constituição*. 2. ed. São Paulo: RT, 1997.

QUEIROZ, Paulo de Souza. *Do caráter subsidiário do direito penal*. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.

ROXIN, Claus. *Problemas fundamentais de direito penal*. Trad. Ana Paula Luiz Natscheradeetz et al. Lisboa: Vega, 1986.

SÁNCHEZ, Jesús-María Silva. *A expansão do direito penal*. Trad. Luiz Otavio de Oliveira Rocha. São Paulo: RT, 2002.

SANTOS, Boaventura de Souza. *A crítica da razão indolente: contra o desperdício da experiência*. 4. ed. São Paulo: Cortez, 2002.

SILVA, Ângelo Roberto Ilha da. *Dos crimes de perigo abstrato em face da Constituição*. São Paulo: RT, 2003.

STRATENWERTH, Günter. *Das Strafrecht in der Krise der Industriegesellschaft*. Basel, 1993.

TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de direito penal*. São Paulo: Saraiva, 1997.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro*. São Paulo: RT, 1997.

Artigo recebido em: 16/05/2012.

Artigo aprovado em: 01/07/2014.

DOI: 10.5935/1809-8487.20150020