

O QUE PROTEGE O DIREITO PENAL? BENS JURÍDICOS OU VIGÊNCIA DA NORMA? POR UM NECESSÁRIO DIÁLOGO ENTRE NORMATIVISMO E FUNCIONALISMO

José Francisco Dias da Costa Lyra

Resumo: A crise do Estado do bem-estar fordista e a crise dos sistemas de controle de gestão pública concorreram para uma significativa aplicação da intervenção penal. Assim, este trabalho pretende oferecer uma abordagem teórica sobre a função conferida ao Direito Penal na moderna sociedade do risco. Nesse sentido, analisam-se o teorema do bem jurídico e sua função legitimante/crítica para a intervenção penal. Além disso, apresenta-se a teoria funcionalista de Jakobs, para, ao final, estabelecer um diálogo entre substancialismo e o funcionalismo, que são importantes ao discurso penal contemporâneo.

Palavras-chave: Direito Penal. Bem Jurídico. Funcionalismo. Normativismo.

Sumário: 1 Como forma de introdução: a crise fordista e o retorno da questão penal; 2 A proteção de bens jurídicos como a finalidade constitucional do direito penal; 3 A pena como reafirmação das expectativas normativas: o funcionalismo radical de Jakobs; 4 A necessária dialética entre o funcionalismo e o substancialismo na busca de uma racionalidade para o Direito Penal; 5 Considerações finais; 6 Referências.

WHAT PROTECTS THE CRIMINAL LAW? LEGAL ASSETS OR THE VALIDITY OF THE NORM? FOR A NECESSARY DIALOGUE BETWEEN NORMATIVISM AND FUNCTIONALISM

Abstract: The crisis of the Fordist welfare of the State and the crisis of the control systems of public management contributed to a significant application of penal intervention. This work aims to provide a theoretical approach to the role given to the Criminal Law in the modern risk society. Accordingly, we analyze the theorem of the legal asset and its legitimizing function / criticism for criminal action. In addition, we present the functionalist theory of Jakobs, to, finally, establish a dialogue between substantialism and functionality, which are important to the contemporary criminal discourse.

Keywords: Criminal Law. Legal Assets. Functionalism. Normativism.

Summary: 1 Introduction: the Fordist crisis and the return of the criminal proceedings; 2 The protection of legal assets as the constitutional purpose of criminal law; 3 The penalty as an endorsement of normative expectations: Jakobs radical functionalism; 4 The necessary dialectic between functionalism and substantialism in search of a rationale for the Criminal Law; 5 Final remarks; 6 References.

1 COMO FORMA DE INTRODUÇÃO: A CRISE FORDISTA E O RETORNO DA QUESTÃO PENAL



onstitui lugar comum o fato de que o controle penal não viaja por águas tranquilas, uma vez que, além de estar sobre os influxos do discurso da expansão/modernização^{1 2}, ainda é, por vezes, influencia-

¹ Ver, por todos, MARTIN, Luis Gracia. *Prolegômenos para a luta pela modernização e expansão do direito penal e para a crítica do discurso de resistência*. Tradução de Érika Mendes de Carvalho. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2005. De igual sorte, do mesmo autor, A modernização do

do pela excepcionalidade e pela emergência e, pois, contaminado pela dicotomia schmittiana amigo/inimigo, convertendo-se em um questionável Direito Penal do autor³, culminando em uma perversa confusão referente ao criminoso e ao inimigo, que deve ser combatido, levando-se ao extremo a legislação de emergência^{4 5}. Com efeito, não se pode passar por alto sobre o fato de que as alterações do sistema de produção fordista⁶ e a crise do Estado social peculiar à sociedade do risco⁷ provocaram uma tensão no debate sobre as áreas que o sistema penal deve proteger⁸. Nesse particular, é inegável que a crise do capi-

Direito penal como exigência do postulado do Estado de Direito (social e democrático). *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 88, p. 95-142, jan./fev. 2011. Em apertada síntese, pode-se dizer que Martin estima que a proteção do simbologismo penal (função pedagógica ético-social) deve abarcar os riscos modernos, mas, no limite do objetivo da proteção de bens jurídicos, que podem ser incorpóreos como o meio ambiente.

² DELMAS-MAETY, Mireille. *Os grandes sistemas de política criminal*. Tradução de Denise Radanovic Vieira. São Paulo: Manole, 2004. p. 07, fala em “explosão das categorias penais”, que surge nas representações da delinquência: da delinquência “natural” à delinquência “artificial ou técnica” (direito de empresa, consumo, trabalho, meio ambiente etc.).

³ JAKOBS, Günther; CANCIO MELIÁ, Manuel. *Direito penal do inimigo: noções e críticas*. 3. ed. Tradução de André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

⁴ PORTILHA CONTRERAS, Guillermo. *El derecho penal entre el cosmopolitismo universalista y el relativismo posmodernista*. Valência: Tirant lo Blanch, 2007. p. 208-213.

⁵ BRANDARIZ GARCIA, José Ángel. *Política criminal de la exclusión*. Granada: Comares, 2007.

⁶ MARX, Karl. *Las crisis del capitalismo*. Tradução de Alberto Nadal Fernández. Madrid: Sequitur, 2009. p. 49-93.

⁷ Ver NEGRI, Antonio. *La forma-Estado*. Tradução de Raúl Sánchez Cedillo. Madrid: Akal, 2003. p. 337-371.

⁸ PORTILHA CONTRERAS, Guillermo. *El derecho penal entre el cosmopolitismo universalista y el relativismo modernista*. Valência: Tirant lo Blanch, 2007. p. 237 e seguintes, entende que, contra a despolitização radical da economia, se deve subordinar o processo de produção ao controle social, pois só assim será possível uma satisfação mais efetiva das deman-

talismo tardio transformou o terreno da realidade constitucional, que foi “transtornado” pelo poder da burguesia, racionalizando o gasto público, seguindo os parâmetros de empresa, explicitando a figura do Estado imediatamente repressivo⁹. É da idade do ressurgimento da “questão penal” ou do discurso “da indignação moral”¹⁰, já que a função penal em Estados em crise corresponde ao do guardião noturno do desenvolvimento capitalista, “naturalizando” as desigualdades sociais da classe obreira¹¹.

E, nesse contexto de crescimento do sistema penal¹², correlato à crise do Estado de bem-estar e à consolidação da sociedade do risco¹³, o debate (re)cobra a legitimidade do Direito

das pacifistas, feministas, ecológicas etc. Por isso, sustenta que o sistema penal deve proteger bens coletivos, deixando de lado alguns bens jurídicos clássicos (delitos contra a propriedade, drogas). Segundo ele, o Direito Penal necessita adaptar-se aos processos de mobilização democrática e da conquista de direitos, notando, por fim, que a resistência à proteção de bens jurídicos coletivos tem um prejuízo ideológico: ideia paleoliberal de um Estado mínimo (mero garante da ordem pública). Em síntese, na opinião de Portilha Contreras, revela-se imprescindível uma transformação no Direito Penal tradicional, a fim de que abarque as funções expansionistas da reprodução social do capital, denunciando que o controle penal somente persegue e controla novos setores de risco não produtivos, o que é fruto do liberalismo econômico e político, que subordinam os direitos sociais aos proprietários. *Ibid.*, p. 326-343.

⁹ NEGRI, op. cit., p. 368-369.

¹⁰ Conforme MELOSSI, Dario. Ripartire de una sconfitta. *Stuti sulla questione criminale*, Roma, n. 1, p. 07-15, 2008. Nesse sentido, Melossi externa sua preocupação com a incapacidade de a dogmática penal apresentar uma análise do fenômeno e de propor uma alternativa consistente, isto é, de apresentar uma criminologia autocrítica frente ao neoconservadorismo penal.

¹¹ NEGRI, op. cit., p. 402-403.

¹² Conforme SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. *Aproximación al derecho penal contemporáneo*. 2. ed. rev. e ampl. Montevideo-Buenos Aires: IBDEF, 2010. p. 09-12.

¹³ Ver MARTÍN, Víctor Gómez. Cultura del control, sociedad del riesgo y política criminal. In: MIR PUIG, Santiago; CORCOY BIDASOLO, Mi-

Penal nas sociedades pós-industriais, passando pela necessidade de se limitar a ação do Leviatã (ou não!?), bem como pela obrigatoriedade de decidir quais interesses/necessidades, efetivamente, são merecedores de proteção pela seletividade fragmentária de um Estado social e democrático de Direito, a quem, antes de mais nada, cumpre garantir a efetiva eficácia dos direitos fundamentais do homem. Nesse passo, calha a lição de Stratenwerth¹⁴, no sentido de que ameaçar com a pena pública e impô-la correspondem a uma forma precária de integração social, tratando-se de um processo altamente complexo, dotado de muitas facetas e consequências desejadas e indesejadas, que não podem ser reduzidas a uma simples relação de causa-efeito, mormente pelo perigo de o projeto de modernização do Direito Penal recair somente sobre a criminalidade clássica, como, de resto, é o movimento que tem pautado a política criminal atual.¹⁵

Nesse estado da arte, marcado pela crise fordista¹⁶ e pelo

rentxu. *Política criminal y reforma penal*. Montevideo; Buenos Aires, Editorial B de F, 2007. p. 55-103.

¹⁴ STRATENWERTH, Günter. *Que aporta la teoría de los fines de la pena?* Tradução de Marcelo A Sancinetti. Colombia: Universidad Externado de Colombia, 1996. p. 34-35.

¹⁵ DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. *La política criminal em la encrucijada*. Montevideo; Buenos Aires: Editorial BdeF, 2007. p. 147 e seguintes.

¹⁶ BERGALLI, Roberto. Las funciones del sistema penal em el estado constitucional de derecho, social y democrático; perspectivas socio-juridicas. In: BERGALLI, Roberto (Org.). *Sistema penal y problemas sociales*. Valência: Tirant lo Blanch, 2003. p. 25-82. Para Bergalli, o fordismo está relacionado com o conceito de bem-estar (*Welfare*), dizendo respeito a questões como saúde, educação, alimentação, trabalho, ressocialização/inclusão. Todavia, segundo ele, com a crise do sistema capitalista fordista (e polarização da riqueza e difusão da miséria), o controle social é informado por uma outra orientação (pós-fordista), que passa a conviver com o desmoronamento das políticas sociais, redução das intervenções estatais e crescente privatização dos serviços públicos (desumanização da convivência social). O período demarca, portanto, segundo Bergalli, a cultura da emergência no controle penal, com restrições dos direitos e garantias individuais. No mesmo senti-

retorno da questão penal, sobressai a questão da função do Direito Penal nas sociedades pós-industriais do século XXI, bem como das bases de seleção de valores com dignidade penal, máxime quando se detecta a tendência à ampliação do controle penal, guiada por políticas conjunturais irrefletidas, que buscam soluções emergenciais face à aparição de novos conflitos sociais¹⁷. E, nesse contexto, não se pode deixar de observar que a ordem democrática deve centrar-se nos direitos humanos, entendidos como caminhos à emancipação do sujeito e à recuperação do espaço público democrático. Também não se pode passar por alto sobre o fato de que o controle do sistema neoliberal impõe um intercâmbio desigual como forma de poder¹⁸. Dessarte, a presente abordagem, em um primeiro momento, questiona acerca do que protege o Direito Penal, bem como de qual o papel reservado ao teorema do bem jurídico sob os influxos funcionalistas. Já, num segundo momento, analisa-se o funcionalismo radical de Jakobs e, por fim, se estabelece um necessário diálogo entre ambas as teorias.

2 A PROTEÇÃO DE BENS JURÍDICOS COMO A FINALIDADE CONSTITUCIONAL DO DIREITO PENAL

No que diz com a relevância do teorema do bem jurídico em um momento em que o sistema penal é invadi-

do, vejam-se os ensinamentos de DE GIORGI, Alessandro. *El gobierno de la excedencia: postfordismo y control de la multitud*. Tradução de José Ángel Brandariz García e Hernán Bouvier. Madrid: Traficantes de sueños, 2006. p. 53-104.

¹⁷ Por todos, SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. *Aproximación al derecho penal contemporáneo*. 2. ed. rev. e ampl. Montevideo, BA: IBDEF, 2010. p. 03-61.

¹⁸ SKULJ, Agustina Iglesias. Los delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros: cambio de paradigma em el estatuto de la ley penal y em los mecanismos de control. *Problemas Actuales de Derecho Penal*. f. 513. Tese (Doctoral, biênio 2003-2005). Universidad de Salamanca. Salamanca, 2009.

do/corrompido por uma política populista de bens jurídicos¹⁹, procurando “governar pelo crime”, Hefendehl arranca com a seguinte observação: “Não existe alternativa para o compromisso com a proteção de bens jurídicos como a única finalidade do Direito Penal”²⁰. Com efeito, Hefendehl adota os fundamentos de Roxin, para quem o conceito material de crime deve ser entendido como a proteção subsidiária de bens jurídicos²¹. E, sob esse aspecto, Roxin ensina que a única restrição previamente dada ao legislador se encontra nos princípios plasmados na lei fundamental, que se baseia na liberdade do indivíduo, acentuando, de outro lado, seu caráter aberto frente às mudanças sociais e aos progressos do conhecimento²². No mesmo sentido, é o pensamento de Mir Puig, quando leciona que o Direito Penal de um Estado social só se justifica como um sistema de proteção da sociedade no limite da proteção de bens jurídicos, que possuem um sentido de política criminal na orientação das práticas punitivas. Assim, para Mir Puig²³, os bens jurídicos (condições vitais para a vida social), que possibilitam a participação dos indivíduos no sistema social, necessitam ter

¹⁹ Conforme ALBRECHT, Peter-Alexis. *Criminologia: uma fundamentação para o direito penal*. Tradução de Juez Cirino dos Santos e Helena Schiessl Cardoso. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 03-06.

²⁰ HEFENDEHL, Roland. Uma teoria social do bem jurídico. Tradução de Luis Greco. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 87, p. 103-120, nov./dez. 2010.

²¹ ROXIN, Claus. *Derecho penal: parte general I: fundamentos: la estructura de la teoría del delito*. Tradução de Diego-Manuel Luzón Peña e Outros. Madrid: Thomson Civitas, 2003. p. 51. Conforme Roxin, os bens jurídicos “son circunstancias dadas o finalidades que son útiles para em individuo y su livre desarrollo em el marco de un sistema social global estruturado sobre la base de esa concepción de los fines o para el funcionamiento del próprio sistema”. Obra referida, p. 56.

²² *Ibid.*, p. 55-58.

²³ MIR PUIG, Santiago. *Derecho penal: parte general*. 7. ed. Barcelona: Reppertor, 2005. p. 126-130.

uma “importância fundamental”²⁴, na medida em que o controle penal não se respalda na defesa de valores puramente morais^{25 26}. Na mesma linha, posicionam-se Del Rosal e Vives Antón²⁷, que sustentam que não se pode atribuir um valor concreto/determinado ao bem jurídico, senão que o relevante é identificar o papel que desempenha, no caso, uma função procedimental no discurso jurídico, significando, num primeiro momento, a justificativa para a ingerência penal no direito fundamental da liberdade. Em uma palavra, para os referidos autores, o bem jurídico possui uma função interpretativa, não se resumindo, a uma aceção individualista e pessoal^{28 29}.

Dessa maneira, a intervenção punitiva, suas finalidades e fundamentos, em um cenário marcado pelo esvaziamento da

²⁴ Desse pensamento é MUÑOZ CONDE, Francisco. *Introducción al derecho penal*. 2. ed. Montevideo, BA: IBDEF, 2003. p. 124-135.

²⁵ No mesmo sentido, PRADO, Luiz Regis. *O bem jurídico-penal e a constituição*. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, notando da relevância da Constituição para informar o teorema do bem jurídico, uma vez que, segundo ele, em um Estado Democrático de Direito, a determinação dos valores fundamentais da comunidade devem estar determinados na Constituição. Ver p. 87-108.

²⁶ Na mesma linha, ROXIN, Claus; ART, Gunther; TIEDEMANN, Klaus. *Introdução ao direito penal e ao direito processual penal*. Tradução de Gercélia Batista de Oliveira Mendes. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. p. 07-08, anotando que o Direito Penal serve à proteção subsidiária de bens jurídicos, justificando sua existência quando a convivência pacífica e materialmente segura dos indivíduos somente puder ser preservada por uma ameaça punitiva.

²⁷ DEL ROSAL, Manuel; VIVES ANTÓN, Tomás S. *Derecho penal: parte general*. 5. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 1999. p. 316-328.

²⁸ *Ibid.*, p. 319.

²⁹ Nesse sentido, já pensava WELZEL, Hans. *Derecho penal alemán: parte general*. 11. ed. Tradução de Juan Bustos Ramírez e Sergio Yáñez Pérez. Santiago do Chile: Editorial Jurídica de Chile, 2011, quando ensinava que cumpre ao Direito Penal proteger, antes que mais nada, determinados bens jurídicos vitais da comunidade (valores materiais), bem como os valores ético-sociais arraigados na consciência jurídica, que, de resto, protege, ao mesmo tempo, bens jurídicos. Ver. p. 17-23.

esfera pública e de reprodução de relações sociais desiguais, cobra lugar ao teorema do bem jurídico^{30 31}, que, como pauta interpretativa, permite constatar se sua proteção não é fonte de desigualdade, nem de discriminação. Assim, a teoria do bem jurídico apresenta-se como uma teoria aberta (Roxin), pois pode legitimar a presença de uma determinada norma, senão que pode também questioná-la³². Com efeito, segundo Hormazábal Malarée, esse caráter aberto do bem jurídico é que permite que determinadas normas que apareceram como legítimas, hoje, se revelem anacrônicas e incompatíveis com o Estado social e democrático de Direito³³. E, desde uma perspectiva de

³⁰ Trata-se de uma discussão atual e cara à dogmática penal. Conforme GIMBERNAT ORDEIG, Enrique, na apresentação da obra *La teoría del bien jurídico: fundamento de legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmático?* HEFENDEHL, Roland (Org.). *La teoría del bien jurídico: fundamento de legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmático?*. Madrid: Marcial Pons, 2007. p. 11-25. Conforme Gimbernat Ordeig, não obstante corresponda ao pensamento dominante a ideia de que a tarefa do Direito Penal consiste na proteção de bens jurídicos, surgiu consistente setor doutrinário sustentando a corrente de que a função do controle penal diz com a proteção da vigência da norma (Jakobs, Stratenwerth, Hirsch, Frisch, Wohlers), que nega que a finalidade do Direito Penal corresponda à proteção de bens jurídicos. Também refere, nesse sentido, Gimbernat Ordeig que os próprios defensores da teoria do bem jurídico informam que o teorema carece de contornos precisos e, por fim, declara-se partidário dessa corrente, que, segundo ele, na República Federativa da Alemanha, foi o que possibilitou a despenalização de diversos delitos (como o homossexualismo, delitos contra a honestidade, maus tratos contra animais).

³¹ Os contornos da evolução do teorema do bem jurídico são fornecidos por ESER, Albin. *Sobre la exaltación del bien jurídico a costa de la víctima*. Tradução de Manuel Cancio Meliá. Colombia: Universidad Externado de Colombia, 1998. p. 09 e seguintes.

³² Nesse sentido, a doutrina de HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán. Consecuencias político criminales y dogmáticas del principio de exclusiva protección de bienes jurídicos. In: ÁLVAREZ, Fernando Pérez (Org.). *Serta in memoriam Alexandri Baratta*. Salamanca: Universidad de Salamanca, 2004. p. 1082-1093.

³³ HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán. Consecuencias político criminales

política criminal, o princípio do bem jurídico implica que as normas penais não possam proteger outra coisa que não sejam bens jurídicos.

Todavia, cumpre notar que o conteúdo material do conceito de crime, que se liga diretamente com o conceito de bem jurídico, desde a perspectiva racional/funcional de tutela subsidiária de bens jurídicos, longe se encontra de resolver os problemas atinentes à legitimidade/funcionalidade do controle penal na sociedade do risco e às problemáticas da pós-modernidade e globalização (Figueiredo Dias³⁴). No pensamento do autor português, a sociologia do risco apresenta novos perigos ao controle penal, evidenciando uma mudança radical na sociedade, anunciando o fim da sociedade industrial e o surgimento de megarriscos, agora não mais provenientes da natureza, mas, sim, da ação humana (riscos globais), trazendo à tona a necessidade de proteção de gerações futuras (meio ambiente, manipulação genética e desregulamentação da economia). Dessa maneira, a idade pós-moderna e o risco, que seguem a racionalidade do *homo economicus* e do espírito capitalista neoliberal, questionam a necessária adaptação do Direito Penal e de uma nova política criminal, que deveria abandonar a função minimalista de tutela de bens jurídicos, assumindo uma função promocional de valores orientados à vida comunitária³⁵. Logo, face à crise da razão instrumental, criada pelo imperia-

y dogmáticas del principio de exclusiva protección de bienes jurídicos. In: ÁLVAREZ, Fernando Pérez (Org.). *Serta in memoriam Alexandri Baratta*. Salamanca: Universidad de Salamanca, 2004. p. 1084. Nesse passo, o autor observa que a visão de bem jurídico de Jakobs é puramente formal, tão formal como é seu sistema normativo. Segundo ele, “en cambio, una teoría del delito construída a partir de un concepto material de bien jurídico, permite fundamentar una reacción social sobre la materialidad del daño social y no, sobre la mera desobediencia de la norma como em último viene a plantear Jakobs”. *Ibid.*, p. 1084.

³⁴ FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *Direito penal: parte geral*. Coimbra: Coimbra, 2004. t. 1, p. 126-130.

³⁵ *Ibid.*, p. 128.

lismo econômico, que é exemplificada na “crise ecológica”, questiona-se se é necessário o abandono do paradigma liberal/clássico do Direito Penal? Impõe-se sua substituição por outro (qual?). Nesse contexto, apresentam-se uma corrente restritiva, e outra aberta (ou modernizante) acerca do bem jurídico.

2.1 O DIREITO PENAL E A PROTEÇÃO DE BENS JURÍDICOS

De logo, cumpre notar que há um pensamento que restringe o bem jurídico à função de tutela penal de direitos individuais. Tal orientação é adotada por autores que se agrupam na denominada “Escola de Frankfurt³⁶”, que sustentam que o Direito Penal não pode arvorar-se como instrumento de tutela dos riscos modernos. Nesse sentido, é o entendimento de Hassemer, que afirma que vem da filosofia da Ilustração a ideia de que o Direito Penal se destina à proteção tão só de interesses humanos (concepção crítica). Disso resulta o fato de que cabe ao controle penal a proteção dos direitos individuais (concepção clássica). Por isso, assevera que o Direito Penal é um meio violento de repressão, mas também um instrumento de garantia da liberdade³⁷. Nesse estado da arte, Hassemer é contrário à dialética do moderno Direito Penal, que, segundo ele, possui as seguintes características: a proteção positiva de bens jurídicos, a ideia de prevenção e a orientação pelas consequências. Entende, nesse aspecto, que o bem jurídico perde sua condição

³⁶ Nesse particular, consultar a obra coletiva *La insostenible situación del derecho penal*. ROMEO CASABONA, Carlos María (Org.). Granada: Comares, 2000. Para a Escola de Frankfurt, a introdução da modernidade no Direito Penal conduziu o sistema a uma situação insustentável.

³⁷ HASSEMER, Winfried. *Persona, mundo y responsabilidad: bases para una teoría de la imputación em derecho penal*. Tradução de Francisco Muñoz Conde e de Maria del Mar Díaz Pita. Valência: Tirant lo Blanch, 1999. p. 24-73.

crítica (caráter negativo), sendo potencializado positivamente para justificar decisões criminalizadoras, restando transformado nas suas funções. Em uma palavra, a proteção de bens jurídicos se traduz em mandato de criminalização, convertendo, “dolorosamente”, a proibição do excesso em uma proibição de defesa insuficiente³⁸. Exacerbam-se os fins preventivos, que, na era clássica, se constituíam em uma meta secundária, funcionalizando-se o controle como instrumento de pedagogia social com o fim de sensibilizar a sociedade (típico caso da proteção do meio ambiente)³⁹. Em resumo, Hassemer não concorda com a nova orientação criminal do Direito Penal, asseverando que, com tal funcionalização, o controle penal deixa de ser um instrumento que reage frente a lesões graves e transforma-se em um instrumento de política de segurança, motivo pelo qual a modernidade deve ser eliminada do atual Direito Penal⁴⁰. Em outros termos e ainda na trilha de Hassemer, na “dialética da modernidade”, o Direito Penal rompe com a tradição iluminista/ilustrada, quando era concebido como uma medida da violência e instrumento de liberdade do cidadão, buscando, na teoria do bem jurídico, um conceito positivo da incriminação, não sendo por outra razão que o objetivo preventivo (tipos de perigo) se torna um paradigma penal dominante, já que o Direito Penal moderno é dominado, quase que na sua totalidade, por interesses preventivos⁴¹.

De outro lado, após assentar que tal orientação pelas consequências e pela tendência de se utilizar o controle penal como instrumento pedagógico do povo para “sensibilizar” as pessoas (convertendo-se como *sola* ou *prima ratio*), Hassemer nota que há uma explosão de expectativas dirigidas ao Direito

³⁸ Ibid., p. 47-50.

³⁹ Ibid., p. 50-51.

⁴⁰ Ibid., p. 67-68.

⁴¹ HASSEMER, Winfried. *Direito penal libertário*. Tradução de Regina Greve. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 194-195.

Penal, mormente em áreas centrais, como meio ambiente, economia, programação de dados, impostos, drogas, criminalidade organizada, sistemas em que se detecta uma atuação deficitária, com o risco de se deslizar para uma função simbólica, principalmente pelo fato de que os *deficits* de execução dizem respeito à questão estrutural⁴². Daí a sua proposição no sentido de se retirar a modernidade do Direito Penal, preservando-se um “Direito Penal nuclear” limitado a discutir casos individuais e todas as violações aos bens jurídicos individuais, sinalando que os bens jurídicos universais não podem ser renunciados pelo sistema penal, desde que devidamente funcionalizados a partir dos bens jurídicos individuais. Com efeito, para Hassemer, a modernização do Direito Penal deve ser regrada por um “Direito de intervenção especial”, situado entre o sistema penal e o denominado “Direito da contrariedade à ordem pública”, ou entre o Direito Civil e o Direito Público, regramentos processuais menos garantistas que o Direito Penal, mas, em contrapartida, equipados com sanções menos intensas face ao indivíduo. No seu pensamento, esta seria a solução para “frear” as tendências de modernização do controle penal⁴³, o que passa, na sua fala, por “liberar al derecho de las modernas exigências”⁴⁴, sob pena de se deslizar para uma completa modernização do controle penal (risco de a modernização apoderar-se dos âmbitos da criminalidade clássica), bem como de se seguir uma orientação de política criminal puramente simbólica⁴⁵.

A modo de uma conclusão provisória, com Hassemer, pode-se afirmar que a função de Direito Penal é a proteção de bens jurídicos, o qual, por suas origens, se constitui em um

⁴² Ibid., p. 200-201.

⁴³ Ibid., p. 205-207.

⁴⁴ HASSEMER, Winfried. *Persona, mundo y responsabilidad: bases para una teoría de la imputación em Derecho Penal*. Tradução de Francisco Muñoz Conde e de Maria del Mar Díaz Pita. Valência: Tirant lo Blanch, 1999. p. 70.

⁴⁵ Ibid., p. 70-73.

princípio negativo, limitador do controle penal, que não pode ser lido como uma exigência de criminalizar qualquer conduta que lesione um bem jurídico, senão que, ao contrário, permite deslegitimar toda lei penal que não se refira a uma lesão ou perigo a um bem jurídico, estabelecendo, nesse passo, uma estreita ligação com a teoria constitucional, principalmente com a proibição do excesso e proibição de defesa insuficiente. E, nas suas palavras, “una prohibición de una conduta bajo amenaza penal que no pudiera remitirse a un bien jurídico sería terror de Estado”⁴⁶.

Entretanto, cumpre observar que a teoria pessoal do bem jurídico, formulada por Hassemer e que possui a pretensão de manter o controle penal reduzido ao um núcleo essencial, tem sofrido duras críticas, sendo reputada de reacionária por Hefendehl⁴⁷, que entende que ela assume a perspectiva da classe dominante, que é protegida por meio do Direito Penal. Sob esse aspecto, Hefendehl não nega que haja uma certa instrumentalização do Direito Penal para fazer política (*governing through crime*), bem como o retorno das teorias absolutas da pena, que são bem-vidas na prática (segundo ele, a retribuição está em alta); entretanto, não concorda com a criminalização somente da classe baixa, isto é, dos “aventureiros e miseráveis”, como quer a teoria pessoal do bem jurídico⁴⁸. Por tal motivo, opõe-se ao denominado Direito Penal clássico e sua

⁴⁶ HASSEMER, Winfried. Puede haber delitos que no afecten a un bien jurídico penal? In: HEFENDEHL, Roland. (Org.). *La teoría del bien jurídico: fundamento de legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmático*. Madrid: Marcial Pons, 2007. p. 95-104. Conforme Hassemer, a questão sobre a possibilidade de haver delitos que não afetem bens jurídicos é retórica, uma vez que o bem jurídico é fundamento necessário e constitucional tanto para conceber proteção como para estabelecer limites à intervenção penal. Ver. p. 104.

⁴⁷ HEFENDEHL, Roland. Uma teoria social do bem jurídico. Tradução de Luiz Greco. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 87, p. 103-120, nov./dez, 2010.

⁴⁸ *Ibid.*, p. 106-107. Conforme Hefendehl, na Alemanha, os delitos contra a propriedade compõem cerca de 40% da estatística criminal.

restrição ao controle dos bens jurídicos imediatamente referidos a uma pessoa, uma vez que se trata de um Direito Penal da pobreza e da miséria, pugnando pela acolhida dos bens coletivos, como, por exemplo, a confiança no mercado de capitais, meio ambiente e outros pontos de dispersão coletivos. Logo, Hefendehl entende que a tese que defende que os bens jurídicos coletivos são ilegítimos deve ser descartada, devendo-se buscar estruturas dogmáticas adequadas para o caso dos bens jurídicos coletivos, mormente a busca de uma conexão entre ação típica e o bem jurídico protegido (equivalência material, delitos de acumulação, proteção da confiança etc.)⁴⁹.

Na mesma direção apresentada por Hefendehl, alinha-se Schünemann, reputando a contraposição do Direito Penal clássico e Direito Penal moderno insuficiente e parcial, afirmando, de outro lado, que esse é o ponto questionável do denominado Direito Penal clássico, que centra sua ação nos crimes patrimoniais e, portanto, nos membros da classe baixa da sociedade, clientela preferente do controle penal, que, de resto, é consideravelmente representada nas estatísticas criminais⁵⁰. No pensamento de Schünemann, cumpre ao sistema penal a otimização do subsistema econômico da sociedade no ambiente do Estado democrático e social de Direito, defendendo, portanto, a punição de crimes contra o meio ambiente (patrimônio de futuras gerações e relacionado com a justiça distributiva)⁵¹. Sob

⁴⁹ HEFENDEHL, Roland. Bien jurídico como eje material de la norma penal. Tradução de María Martín Lorenzo. In: *La teoría del bien jurídico: fundamento de legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmático*. Madrid: Marcial Pons, 2007. p. 179-196.

⁵⁰ SCHÜNEMANN, Bernd. Derecho penal de la clase baja al derecho penal de la clase alta: un cambio de paradigma como exigencia moral? In: DONNA, Edgardo Alberto. *Obras..* Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2009. t. 2, p. 19-20.

⁵¹ Nesse passo, SCHÜNEMANN, p. 29, refere que a concretização de um bem jurídico coletivo, facilmente, pode ser relacionada a um bem jurídico individual. No caso do meio ambiente, que se relaciona como delitos contra o patrimônio em sentido amplo.

esse aspecto, rechaça o “Direito de Intervenção” proposto por Hassemer, bem como o Direito Civil (formulado por Lüderssen), argumentando que o Direito Penal é indispensável à defesa do meio ambiente, até como forma de controlar a própria administração e seus funcionários, especialmente pelo fato de que se vive em um momento do florescimento da “virtude do mercado”⁵². Assim, conforme Schünemann, cumpre ao controle penal, pela ameaça da pena, introduzir custos maiores que os benefícios do crime, motivos mais racionais para se evitar a prática de delitos; notando que do Direito Civil ou do Direito Público o ator racional não recebe nenhum motivo plausível para não cometer o crime, tendo em vista a notória baixa intensidade da sanção. Dessa forma, segundo ele, só o Direito Penal pode lograr uma defesa eficiente de bens jurídicos como meio ambiente e a criminalidade econômica⁵³. Em uma apertada síntese, segundo Schünemann, a sociedade pós-moderna e seu individualismo consumista promoveram uma realidade inumana, com a derrogação de categorias morais e pautas primárias, num tempo em que o capitalismo global ameaça fugir dos controles do estado nacional, devendo, pois, o controle penal estender-se ao âmbito da interação da classe média e alta, como a *ultima ratio* para a prevenção dos danos sociais⁵⁴.

Dessa maneira, de acordo com Schünemann, à renúncia a teoria do bem jurídico implica a perda da precisão teórica e garantista; todavia, a ideia da proteção do bem jurídico não só pode servir de crítica, senão também para legitimar tipos penais controvertidos (concepção aberta da teoria), tais como a crimi-

⁵² Ibid., p. 33

⁵³ Ibid., p. 34.

⁵⁴ Ibid., p. 38-39. A solução para o debate, conforme o autor, não é o abandono do controle penal, mas, sim, seu aperfeiçoamento, com uma alteração do seu rumo, devendo ser direcionado mais para a classe alta, como único meio apropriado para a defesa efetiva das ameaças específicas da sociedade industrial pós-moderna.

nalidade econômica, ambiental etc.⁵⁵.

Na linha de uma concepção aberta do bem jurídico, defendida por Schünemann, vem a doutrina de Wohlers, que parte da assertiva de que a concepção crítica do bem jurídico fracassou, não convencendo, portanto, a sua limitação à proteção de bens jurídicos individuais clássicos, visto que, em realidade, a esfera pessoal de liberdade dos indivíduos deve englobar os pressupostos fundamentais para o pleno desenvolvimento daquela liberdade pessoal, não havendo mais sentido para a distinção entre bens individuais e coletivos, devendo, por isso, o teorema ser enriquecido por conhecimentos teórico-sociais⁵⁶.

Na forma de uma conclusão em termos provisórios, pode-se referir que o bem jurídico não pode estar baseado em uma crítica ontológica, parecendo que a identificação deve ser obtida a partir de um provável consenso social acerca de sua importância (concepção aberta do bem jurídico)⁵⁷. Nesse passo, o teorema do bem jurídico assume papel importante para

⁵⁵ SCHÜNEMANN, Bernd. El principio de protección de bienes jurídicos como punto de fuga de los límites constitucionales de los tipos penales y de su interpretación. In: HEFENDEHL, Roland. *La teoría del bien jurídico. Fundamento de legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmático?* Tradução de Luis Greco. Madrid: Marcial Pons, 2007. p. 197-226.

⁵⁶ WOHLER, Wolfgang. Teoria do bem jurídico e estrutura do delito. Tradução de Alaor Leite. In: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 90, p. 97-107, maio/jun. 2011.

⁵⁷ Nesse sentido, MIR PUIG, Santiago. *Estado, pena y delito*. Montevideo; Buenos Aires: IBDEF, 2006. p. 105-107. Nas palavras de Mir Puig, “el derecho penal de un Estado social y democrático debe asegurar la protección efectiva de todos los miembros de la sociedad, por lo que há de tender a la prevención de delitos (Estado social), entendidos como aquellos comportamientos que los ciudadanos estimen dañosos para us bienes jurídicos - bienes no em un sentido naturalista ni ético-individual, sino como posibilidades de participación em los sistemas sociales fundamentales-, y em la medida em que los mismos ciudadanos consideren graves tales hechos (Estado democrático). Un tal derecho penal, deve, pues, orientar la función preventiva de la pena com arreglo a los principios de exclusiva protección de bienes jurídicos, de proporcionalidad y de culpabilidad”. Ver p. 105.

controle da atividade legiferante, embora não esgote a problemática. Na verdade, a questão delicada está na possível degeneração dos crimes de perigo abstrato, fomentado pela sociedade do risco, que, sim, pode, suprimir a função garantista do bem jurídico. Assim, se a sociedade do risco não pode prescindir da defesa de alguns bens jurídicos coletivos, também é razoável afirmar que os crimes de perigo abstrato não podem tornar-se a regra, pena de “deriva” do sistema penal⁵⁸. Por isso, não se pode abrir mão do pensamento segundo o qual o Direito Penal está vocacionado à proteção de bens jurídicos, só estando legitimado para intervir quando uma conduta tenha posto em perigo ou lesionado interesses fundamentais não estritamente individuais, mas sempre tendo como referente o indivíduo^{59 60}.

Dessa forma, o ponto de partida do Direito Penal é o perigo ou lesão a um bem jurídico⁶¹. De outro lado, ao ameaçar com pena a conduta típica, soa inegável que o sistema penal confirma a validade da norma. Entretanto, como anota Gimbernat Ordeig, a confirmação da validade da norma nada diz sobre qual é o conteúdo da norma, reafirmando-se, por-

⁵⁸ Desse sentir, é o pensamento de CEPEDA, Ana Isabel Pérez. *La seguridad como fundamento de la deriva del derecho penal postmoderno*. Madrid: Iustel, 2007. p. 314-346.

⁵⁹ Como diz MENDOZA BUERGO, Blanca. Gestión del riesgo y política criminal de seguridad em la sociedad del riesgo. In: AGRA, Cândido da; DOMÍNGUEZ, José Luis; GARCÍA AMADO, Juan Antonio; HEBBERECHT, Patrick; RECASENS, Amadeu. *La seguridad em la sociedad del riesgo. Un debate abierto*. Barcelona: Atelier, 2003. p. 67-89, o Direito Penal não é o instrumento primordial nem mesmo o único idôneo para combater os riscos modernos, que, em certa medida, são consubstanciais e inevitáveis. Ver p. 85.

⁶⁰ Consultar HOYOS, Gustavo Balmaceda. *Consideraciones críticas sobre el derecho penal moderno y su legitimidade*. Santiago do Chile: Ediciones Jurídicas de Santiago, 2007. p. 117-140.

⁶¹ GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. [Prólogo]. In: ALCÁCER GUIRAO, Rafael. *Lesión de bien jurídico o lesión de deber?* Barcelona: Atelier, 2003. p. 12.

tanto, a importância do bem jurídico. Ora, conforme Gimbernat Ordeig, caso se queira atribuir ao Direito Penal algo além de uma tarefa estritamente formal e “fantasmagórica”, deve-se saber qual é (ou deveria ser) o seu conteúdo em um Estado de Direito pluralista. Nesse sentido, ainda alude o autor que, da assertiva de que a finalidade do Direito Penal seja a proteção de bens jurídicos (*harm to others*), deriva uma importante consequência: presença de uma política criminal liberal, progressista e descriminalizadora do sistema penal^{62 63}.

3 A PENA COMO REAFIRMAÇÃO DAS EXPECTATIVAS NORMATIVAS: O FUNCIONALISMO RADICAL DE JAKOBS^{64 65}.

⁶² Ibid., p. 13.

⁶³ No trato da teoria do “princípio do dano” ou *harm principle*, consultar HIRSCH, Andrew Von. El concepto de bien jurídico y el 'principio del daño'. In: HEFENDEHL, Roland (Org.). *La teoría del bien jurídico: fundamentos de legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmático?* Madrid: Marcial Pons, 2007. p. 38-68. A modo de uma pequena síntese, pode-se dizer, seguindo os ensinamentos de Hirsch, que a base de legitimação das normas penais, nos países de língua inglesa, é a teoria do *harm principle*, que parte dos postulados de John Stuart Mill, para asseverar que não se pode castigar legitimamente condutas de autolesão, tampouco se pode justificar o castigo unicamente em virtude de sua imoralidade. Assim, a razão suficiente para a punição é a conduta lesiva para os outros (*harmful to others*). Ver p. 38-39.

⁶⁴ Importa notar, por relevante, que Roxin também sustenta postura finalista. Todavia, seu funcionalismo é moderado, na medida em que a função de prevenção geral positiva é limitada pela culpabilidade e por princípios de política criminal. Daí, o propósito de se conferir destaque ao funcionalismo radical de Jakobs, que não se encontra limitado pela política criminal, bem como pela teoria da culpabilidade. Os contornos da teoria funcional de ROXIN, Claus, são dados na obra *Culpabilidad y prevención en derecho penal*. Tradução de Francisco Muñoz Conde. Madrid: Reus, 1981. p. 13-56.

⁶⁵ Ver HASSEMER, Winfried. Linhas gerais de uma teoria pessoal do bem jurídico. Tradução de Fernanda Lara Tórtima. In: GREGO, Luís; TÓRTIMA, Fernanda Lara (Org.). *O bem jurídico como limitação do poder estatal de incriminar*.

Pode-se afirmar que a teoria do bem jurídico, na quadra atual, goza de uma certa hegemonia⁶⁶. Entretanto, um qualificado setor doutrinal encabeçado por Jakobs⁶⁷ tem rechaçado dito teorema, postulando como alternativa a uma noção material do delito, a noção da “proteção da vigência do ordenamento (lesão de dever)”⁶⁸. Assim, para Jakobs, a função do sistema penal é reafirmar a vigência do ordenamento jurídico contra possível lesão⁶⁹. Nesse passo, o penalista alemão informa que segue as pegadas da teoria sistêmica de Luhmann, que entende que a função do Direito se encontra na combinação de duas distinções: expectativas normativas/expectativas cognitivas⁷⁰ e

minar? Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 15-24. Na lição de Hassemer, o funcionalismo significa, na atualidade, a migração do interesse político para os princípios normativos da determinação do merecimento de pena e de sua execução, enriquecendo o conceito de culpabilidade com elementos relacionados à perseguição de fins preventivos. Ver p. 15-16.

⁶⁶ O que é admitido pelos próprios partidários do pensamento jakobsiano, como HIRSCH, Andrew Von. El concepto de bien jurídico y el 'principio del daño'. In: HEFENDEHL, Roland (Org.). *La teoría del bien jurídico: fundamentos de legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmático?* Madrid: Marcial Pons, 2007. p. 37.

⁶⁷ Ver SCHÜNEMANN, Bernd. *Consideraciones críticas sobre la situación espiritual de la ciencia jurídico-penal alemana*. Tradução de Manuel Cancio Meliá. Colômbia: Universidad Externado de Colombia, 1998. p. 25-47

⁶⁸ ALCÁCER GUIRAO, Enrique. *Lesión de bien jurídico o lesión de deber?* Apontes sobre el concepto material del delito. Barcelona: Atelier, 2003. p. 19-20.

⁶⁹ JAKOBS, Günther. *Sociedade, norma e pessoa*. Tradução de Mauricio Antonio Ribeiro Lopes. São Paulo: Manole, 2003. v. 6, p. 01-03. Conforme Jakobs, o seu funcionalismo jurídico-penal se concebe como a teoria pela qual o Direito Penal está orientado a garantir a identidade normativa e constituição da sociedade, diferenciando, por isso, os sistemas sociais dos sistemas psíquicos, encontrando “na atualidade na teoria dos sistemas de Luhmann”. Ver p. 03.

⁷⁰ Consultar LUHMANN, Niklas. *Sociologia do direito I*. Tradução de Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983. p. 42-122.

a distinção do código Direito/não Direito⁷¹.

Com efeito, a funcionalidade do Direito, para Luhmann, diz respeito à estabilização das expectativas normativas, o que se dá pela regulação de generalização temporal, objetiva e social⁷². Luhmann⁷³, nesse particular, entende que, nas sociedades complexas do século XXI, já não são mais suficientes mecanismos pessoais de iteração para se obter a segurança/confiança⁷⁴. E, face à hipercomplexidade atual do mundo, é que o Direito se encarrega de uma só “função”, a saber: manter as expectativas de conduta que se estabilizam contrafaticamente contra os enganos. E, para tanto, o Direito apresenta-se como um subsistema da sociedade⁷⁵, que mantém autonomia e fechamento operativo frente aos demais subsistemas (como economia, religião, ciência, mercado etc.)⁷⁶, uma vez que, somente

⁷¹ Ver RIVERO SÁNCHEZ, Juan Marcos. *Episteme y derecho: una exploración jurídico-penal*. Granada: Comares, 2004. p. 254-255.

⁷² LUHMANN, Niklas. *El derecho de la sociedad*. Tradução de Javier Torres Nafarrate. 2. ed. México: Herder, 2005, p. 188-189.

⁷³ Para LUHMANN, a sociedade pós-moderna não aceita discursos reguladores de sua totalidade, pretendendo evitar que seu sistema se converta em uma pretensão metafísica, eliminando, portanto, qualquer pretensão de a sociologia apresentar um observador dominante, visto que a única verdade que se pode expressar sobre a sociedade atual é a complexidade. Consultar LUHMANN, Niklas. *Introdução à teoria dos sistemas*. Tradução de Ana Cristina Arantes Nasser. Rio de Janeiro: Vozes, 2009. p. 101-127.

⁷⁴ Nesse particular, ver ROCHA, Leonel Severo; KING, Michael; SCHWARTZ, Germano. *A verdade sobre a autopoiese no direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 18-21.

⁷⁵ Consultar PIÑA ROCHEFORT, Juan Ignacio. *Rol social y sistema de imputación: una aproximación sociológica a la función del derecho penal*. Barcelona: Bosch, 2005. p. 37-87.

⁷⁶ Ver LUHMANN, Niklas. *Sistemas sociales: lineamientos para una teoría general*. Tradução de Silvia Pappe e Brunilda Erker. Barcelona: Anthropos, 1996. p. 37-76. Para Luhmann, a diferença entre sistema e entorno é fundamental para a teoria da autopoiesis, já que a complexidade (indeterminação e/ou carência de informação) moderna exige uma reflexão e informação, que somente podem ser obtidas no interior de um determinado sistema, que deve diferenciar-se de seu entorno. Ver. p. 50-51.

assim, garante sua autopoiese e pode reduzir complexidade^{77 78}. Em resumo, para Luhmann, não pertence ao fim da norma orientar motivações pessoais que levam ao seu fiel cumprimento, pois aí, segundo ele, entram em jogo outros equivalentes funcionais. O que importa, portanto, é que a norma se estabilize frente aos fatos, emprestando proteção àquele que possui uma expectativa de que a norma será cumprida⁷⁹. Em uma palavra, ainda conforme Luhmann, o Direito é o dispositivo que tem a função de estabilizar as expectativas normativas, limitando as possibilidades de comportamento⁸⁰.

Nesse estado da arte, Jakobs, arrancando dos postulados sistêmicos, estabelece que a função do Direito Penal se destina a manter a identidade social, restabelecendo, no plano da comunicação, a vigência perturbada pela infração. Dessa forma, como a sociedade é construída por normas, e, não, por bens ou interesses, deve-se garantir, pela sanção penal, a vigência do ordenamento jurídico, já que “a sanção contradiz o projeto do mundo do infrator da norma. De efeito, este afirma a não-vigência da norma para o caso em questão, mas a sanção confirma que essa afirmação é irrelevante”⁸¹. Dizendo de outro modo, a dor penal, para Jakobs, serve para a salvaguarda da vigência cognitiva da

⁷⁷ Os contornos da teoria sistêmica de Luhmann, que apresenta o Direito como um sistema autopoietico, são dados por TEUBNER, Günther. *O direito como sistema autopoietico*. Tradução de José Engrácia Antunes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989. Consultar, de igual sorte, do mesmo autor: *Direito, sistema e policontextualidade*. Tradução de Brunela Vieira de Vicenzi e outros. São Paulo: UNIMPED, 2005. Por fim, *El derecho como sistema autopoietico del la sociedad global*. Tradução de Manuel Cancio Meliá e Carlos Gómez-Jara Díez. Peru: Ara, 2005. p. 35-40.

⁷⁸ Consultar NEVES, Marcelo. *A constitucionalização simbólica*. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 140-148.

⁷⁹ LUHMANN, op. cit, p. 191-192.I

⁸⁰ LUHMANN, op. cit, p. 193.

⁸¹ Ver JAKOBS, Günther. *Sociedade, norma e pessoa: teoria de um direito penal funcional*. Tradução de Mauricio Antonio Ribeiro Lopes. São Paulo: Manole, 2003. v. 6, p. 13.

norma, ou seja, o fim da pena apresenta-se como a contradição da negação da vigência da norma levada a cabo pelo delinquente, mantendo-se a orientação do Direito e sua vigência⁸². Assim, a pena diz com a sanção à ofensa da norma, assumindo uma função de prevenção geral positiva, na medida em que a intimidação (prevenção geral negativa) não se apresenta como efeito primordial da dor penal, até porque não há comunicação com a psique humana. Em resumo, para o funcionalismo de Jakobs, o Direito Penal protege a vigência da norma como efeito de uma prevenção geral positiva, visto que, para ele, a prevenção geral negativa (intimidação) se encontra inserida na prevenção geral, garantia à confiança na vigência da norma^{83 84}. É, por tal razão, que o Direito Penal, no funcionalismo jakobsiano, é despido de propósitos ressocializadores (que, na dicção do autor, instrumentalizam o homem), bem como da intenção de prevenir crimes, tarefa devida à polícia, já que a pena é, nas palavras de Jakobs, “[...] una reacción frente al delito que asegure que la fidelidad al ordenamiento jurídico se mantenga como actitud natural de mayoría de todas las personas [...]”⁸⁵.

Na mesma linha de Jakobs, perfila-se a doutrina de Müssig, que, seguindo os ensinamentos jakobsianos, aduz que as normas são esquemas simbólicos de comunicação que determinam os caracteres fundamentais para a configuração da sociedade. Portanto, no pensamento de Müssig, “las normas son

⁸² JAKOBS, Günther. *La pena estatal: significado y finalidad*. Tradução de Manuel Cancio Meliá e Bernardo Feijoo Sánchez. Navarra: Thomson Civitas, 2006. p. 141-144.

⁸³ JAKOBS, op. cit., p. 148-149.

⁸⁴ Consultar LYNETT, Eduardo Montealegre. Introdução à obra de Günther Jakobs. Tradução de André Luís Callegari. In: CALLEGARI, André Luís; GIACOMOLLI, Nereu José (Org.). *Direito penal e funcionalismo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 12-13. Conforme Lynett, a teoria da pena de Jakobs se enquadra dentro da denominada prevenção geral positiva, na qual a finalidade da pena é manter a vigência da norma como modelo de contrato social.

⁸⁵ JAKOBS, op. cit., p. 144.

estruturas reflexivas de expectativas”⁸⁶. Assim, a legitimidade do controle penal não pode ser extraída do bem jurídico, que, na complexidade do mundo atual, esgotou seus limites práticos e teóricos, já que carece de uma teoria social que estabeleça uma conexão entre o Direito e a configuração da sociedade. Nesse particular, entende que os critérios materiais para a identidade da sociedade já não estão previamente dados, mas, sim, construídos, de forma controvertida, nas autodescrições dos subsistemas sociais, daí o porquê de as expectativas não se referirem tão só a contatos sociais diretos, mas também ao estabelecimento de instituições ou à conformação dos sistemas parciais. Em resumo, no entendimento de Mussig, nas sociedades complexas em que se vive, os contatos deixaram de ser diretos, passando a ser definidos por sistemas sociais hiper-complexos, não bastando, portanto, determinar as esferas do sujeito a partir de bens jurídicos clássicos. O que importa é garantir a possibilidade de participação nos sistemas, acompanhando a modernização de fragmentação social⁸⁷.

Em síntese, pode-se referir que, no funcionalismo de Jakobs, a pena é um instrumento para resolver as defraudações de expectativas, que, por serem normativas, não podem ser estabilizadas de outra forma (como o que ocorre com as cognitivas, que admitem o desapontamento), na medida em que o crime perturba a confiança na fidelidade ao Direito. E o que importa não é a expressão subjetiva do autor, senão o que o fato delitivo representa, objetivamente, à sociedade, já que a prática de infrações à norma corrói a segurança na manutenção das ex-

⁸⁶ MÜSSIG, Bernd. *Desmaterialización del bien jurídico y de la política criminal*: sobre las perspectivas y los fundamentos de una teoría del bien jurídico crítica hacia el sistema. Tradução de Manuel Cancio Meliá e Enrique Peñaranda Ramos. Colombia: Universidad Externado de Colombia, 2001. p. 36.

⁸⁷ MÜSSIG, Bernd. *Desmaterialización del bien jurídico y de la política criminal*: sobre las perspectivas y los fundamentos de una teoría del bien jurídico crítica hacia el sistema. Tradução de Manuel Cancio Meliá e Enrique Peñaranda Ramos. Colombia: Universidad Externado de Colombia, 2001. p. 56-69.

pectativas⁸⁸. Nessa perspectiva funcional, a pena se move em um plano simbólico ou comunicativo e, não, como um instrumento de proteção a bens jurídicos, uma vez que se trata de uma comunicação frente ao crime, desautorizando a infração à norma. Na síntese de Feijoo Sánchez, “las normas cumplen una función social o institucional com independencia de su influencia psicológica em los individuos”⁸⁹.

A função do subsistema do Direito Penal, nos lineamentos de Jakobs, é manter a configuração social, que é garantida por normas, isto é, mediante estabilização das expectativas de condutas fiéis ao Direito, o que é imprescindível para o funcionamento da sociedade, daí o porquê de não possuir a função de proteção de bens jurídicos. A pena adquire um expressivo sentido comunicativo de restabelecer a confiança no Direito, convocando os indivíduos ao reconhecimento e à fidelidade aos comandos normativos⁹⁰. E o não menos importante é o fato de que o Direito Penal possui um caráter neutral, não sendo informado por valores e ou princípios de política criminal⁹¹. De

⁸⁸ Nesse sentido, a doutrina de FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo. La normativización del derecho penal: hacia una teoría sistémica o hacia una teoría intersubjetiva de la comunicación. In: GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos (Org.). *Teoría de sistemas y derecho penal: fundamentos y posibilidades de aplicación*. Granada: Comares, 2005. p. 435-544. Conforme o autor, para Jakobs o delito é um exemplo insuportável que desorienta a vida social. Logo, a pena é um instrumento para restabelecimento das coisas como estavam antes da prática do crime, não estando a serviço da vítima ou da ressocialização do acusado, senão para a validade do Direito. Dessarte, com a imposição da pena, está se reafirmando a confiança geral no Direito. Ver p. 463.

⁸⁹ *Ibid.*, p. 466.

⁹⁰ Ver JAKOBS, Günther. Sobre la gênesis de la obligación jurídica: teoría y praxis de la injerencia el ocaso del dominio del hecho. In: JAKOBS, Günther; CANCIO MELIÁ, Manuel. *Conferencias sobre temas penales*. Tradução de Manuel Cancio Meliá. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2004. p. 38-48.

⁹¹ Consultar JAKOBS, Günther. *Sociedade, norma e pessoa*. Tradução de Mauricio Antonio Ribeiro Lopes. São Paulo: Manole, 2003. v. 6, p. 23. Nas suas palavras, “a decisão acerca de se se trata de um processo de criminalização excessivo ou desnecessário, ou, pelo contrário, da necessária defesa

se notar, por relevante, que, nesse particular, sofre duras críticas, pois, como informa Gómez-Jara Díez⁹², já que seus postulados retributivo-funcionais da pena carecem de um substrato material, centrando-se na estabilização do sistema jurídico, seu projeto padece de vagueza e abstração, culminando por fundamentar qualquer sistema jurídico, totalitário ou democrático. Cuida-se de um fundamento positivista e formal, na acurada observação de Cancio Meliá⁹³.

De outro lado, o que se revela mais problemático é que Jakobs apresenta uma distinção entre a função manifesta e a função latente da pena, até como forma de ser coerente com os postulados sistêmicos. Assim, a função manifesta da pena, para ele, refere-se à manutenção das expectativas normativas e à confirmação da identidade da sociedade; já a função latente possui uma direção de motivação e de fins preventivos. Pode-se afirmar, dessa forma, que a pena se dirige a destinatários distintos dependendo de sua função. Sob esse aspecto, o efeito confirmatório vai destinado às pessoas (participantes da comunicação) que exercem fidelidade ao Direito, enquanto a função latente vai dirigida a quem carece de disposição jurídica para cumprir a lei, isto é, aos não pessoas, na medida em que a intimidação não é reação frente a pessoas⁹⁴. Com isso, Jakobs aca-

do nuclear, é puramente política, mas não jurídico-penal.”

⁹² GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. Teoría de sistemas y derecho penal. In: GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos (Org.). *Teoría de sistemas y derecho penal: fundamentos y posibilidades de aplicación*. Granada: Comares, 2005. p. 385-434.

⁹³ Consultar, nesse sentido, CANCIO MELIÁ, Manuel. Dogmática y política criminal em uma teoría funcional del delito. In: JAKOBS, Günther; CANCIO MELIÁ, Manuel. *Conferencias sobre temas penales*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2004. p. 121-147. No pensamento de Cancio Meliá, a teoria de Jakobs, nesse particular, peca por um excessivo “sociologismo” e por uma “excessiva subserviência” a uma situação já dada, na medida em que não questiona os fundamentos do Estado a que serve. Ver p. 142-143.

⁹⁴ GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. Teoría de sistemas y derecho penal. In:

ba legitimando o seu criticado Direito Penal do inimigo, conforme ensinamento de Cancio Meliá e Feijoo Sánchez⁹⁵, pois a função de estabilização social, bem como o fim de prevenção geral (manutenção da vigência da norma) possuem o desiderato de tratar o delinquente como pessoa, e, não, como objeto; entretanto, tal garantia só é possível se o infrator emprestar fidelidade ao Direito, pois, do contrário, já não poderá ser tratado como pessoa, senão como inimigo.

E esse não é o único aspecto negativo de sua teoria, visto que também se revela problemático o fato de que, na perspectiva jakobsiana, o Direito constitui a sociedade, mas não problematiza e/ou informa aspectos substanciais de tal sociedade, daí sua caída numa certa “absolutização/decisionismo” de dita função. E o que parece ser mais grave, com a “dor penal”, o teste de fidelidade ao Direito torna possível imprimir ao inimigo um Direito Penal de exceção (Cancio Meliá e Feijoo Sánchez)⁹⁶.

Em síntese, é razoável afirmar que o funcionalismo de Jakobs confere importante elemento sociológico à dogmática jurídico-penal, pois trabalha com a complexidade da sociedade moderna e a fragmentação do código moral. De igual sorte, questiona a possível instrumentalização do homem, que pode ser “coisificado” em prol de uma prevenção geral (intimidatória e especial). Todavia, o aspecto negativo de seu teorema repousa no fato de que não observa à qual sociedade serve e qual pretende constituir, carecendo de aspetos axiológicos e de

GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos (Org.). *Teoría de sistemas y derecho penal: fundamentos y posibilidades de aplicación*. Granada: Comares, 2005. p. 420.

⁹⁵ CANCIO MELIÁ, Manuel; FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo. Prevenir riesgos o confirmar normas? La teoría funcional de la pena de Günther Jakobs. Estudio preliminar. In: JAKOBS, Günther. *La pena estatal: significado y finalidad*. Tradução de Manuel Cancio Meliá e Bernardo Feijoo Sánchez. Navarra: Thomson Civitas, 2006. p 18-19.

⁹⁶ *Ibid.*, p. 42-56.

uma política criminal racional, o que culmina na irracionalidade do Direito Penal do inimigo.

4 A NECESSÁRIA DIALÉTICA ENTRE O FUNCIONALISMO E O SUBSTANCIALISMO NA BUSCA DE UMA RACIONALIDADE PARA O DIREITO PENAL

De logo, cumpre notar, que a teoria sistêmica de Luhmann e seu construtivismo possibilitam uma consistente crítica aos atuais contornos do sistema penal contemporâneo, especialmente no que concerne à tendência de ampliar as matérias que estão sob seu controle, que se detectam sob o rótulo modernização/expansão do Direito Penal⁹⁷, não obstante sofra crítica contundente⁹⁸, sendo, por vezes, de forma indevida, etiquetada como anti-humanista e formalista, bem como a teoria responsável pela exasperação do controle penal na pós-moderna sociedade do risco⁹⁹. Com efeito, já foi notado que o

⁹⁷ No trato da questão do projeto de modernização/expansão do controle penal, por todos, ver GRACIA MARTIN, Luis. *Prolegômenos para a luta pela modernização e expansão do direito penal e para a crítica do discurso da resistência*. Tradução de Érika Mendes de Carvalho. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2005. p. 45-136 e, SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. *Aproximación al Derecho Penal Contemporáneo*. 2 ed. rev. e ampl. Montevideo-Buenos Aires: IBDEF, 2010. p. 03-10.

⁹⁸ Nesse particular, destaca-se BARCELLONA, Pietro. *Postmodernidad y comunidad*. 3. ed. Tradução de Héctor Claudio Silveira Gorski et al. Madrid: Trotta, 1999. p. 23-29. Do mesmo autor, *El individualismo propietario*. Tradução de Jesus Ernesto García Rodríguez. Madrid: Trotta, 1996. p. 125-148.

⁹⁹ Consultar PORTILLA CONTRERAS, Guillermo. Los excesos del formalismo jurídico neofuncionalista em el normativismo del Derecho Penal. In. PORTILHA CONTRERAS, Guillermo (Org.). *Mutaciones de leviatán: legitimación de los nuevos modelos penales*. Madrid: Akal, 2005. p. 57-85. Com efeito, para Portilla Contreras, existe uma íntima relação entre o formalismo jurídico e o funcionalismo sociológico, daí a crítica que centra contra Luhmann e Jakobs, no sentido de que forjaram um “Direito neutral”, que perpetua as relações econômicas (individualismo proprietário) e, na opacidade do Direito, esconde as desigualdades materiais entre os possuidores e não possuidores,

sistema penal não só regula conduta de seres humanos isolados, mas também projeta sua ação no âmbito nas relações econômicas, de consumo, ecológicas, tributárias, societárias, do mercado de valores, da criminalidade das empresas e organizações etc., passando, portanto, a controlar o funcionamento de complexos sistemas sociais modernos¹⁰⁰. E, nesse estado da arte, a teoria sistêmica de Luhmann permite uma interessante observação das sociedades pós-industriais, principalmente por reconhecer que, na idade da pós-modernidade¹⁰¹ e consequente perda dos grandes relatos herdados da metafísica, a sociedade é altamente complexa e, pela necessidade de antecipar o futuro, é informada pelo risco^{102 103}. De outro lado, pela complexidade, na sociedade, desenvolveram-se sistemas parciais (como aquisição evolutiva da sociedade), que se diferenciaram do sistema social, a partir da informação especializada, isto é, subsistemas que se autonomizaram no interior da sociedade, construindo, pela informação e conhecimento, uma dinâmica própria, alcançando um alto grau de complexidade, o que inviabiliza uma

obtéem o consenso de que necessita o sistema econômico, consistindo, em suma, na concepção de um sistema jurídico sem sujeitos e sem democracia. Ver p. 57-74.

¹⁰⁰ RIVERO SÁNCHEZ, Juan Marcos. *Episteme y derecho: una exploración jurídico-penal*. Granada: Comares, 2004. p. 258.

¹⁰¹ Para um conceito de pós-modernidade, importa leitura da obra coletiva *La posmodernidad*, organizada por FOSTER, Hal. 6. ed. Barcelona: Kairós, 2006.

¹⁰² Para ver os contornos da sociedade do risco, consultar LUHMANN, Niklas. *Sociologia del riesgo*. 3. ed. Tradução de Javier Torres Nafarrate. México: Universidad Iberoamericana, 2006. De igual sorte, BECK, Ulrich. *La sociedad del riesgo: hacia una nueva modernidad*. Tradução de Jorge Navarro e outros. Madrid: Paidós, 2006.

¹⁰³ Na dialética modernidade e sociedade do risco, de relevo, a leitura: *Las consecuencias perversas de la modernidad: modernidad, contingencia y riesgo*. GIDDENS, Anthony; BAUMAN, Zygmunt; LUHMANN, Niklas; BECK, Ulrich. In: BERIAN, Josetxo (Org.). *As consecuencias perversas de la modernidad*. Barcelona: Anthropos, 2007.

macrorregulação sistêmica e, caso tentada, tende a fracassar¹⁰⁴. E a impossibilidade de uma regulação total e completa decorre da falta de conhecimento e informação acerca do funcionamento do sistema em que se pretende intervir (veja-se, nesse particular, a atual crise econômica da União Europeia e as dificuldades para se controlar o sistema do mercado global), bem como da incapacidade de se prever as consequências de dita intervenção¹⁰⁵.

Para resolver a questão da complexidade da relação entre os subsistemas e a crise do sistema regulatório, a teoria sistêmica concebe o Direito como um subsistema autopoietico, que opera normativamente fechado (e cognitivamente aberto), sendo instrumentalizado pelo seu próprio código Direito/não Direito, não detendo a pretensão de regular ou interferir no funcionamento dos demais subsistemas sociais (mormente pela impossibilidade de um controle direto), até porque, como ensina Teubner, “os conflitos sociais não são simplesmente traduzidos para a linguagem jurídica, mas antes reconstruídos autonomamente como conflitos jurídicos dentro do próprio sistema jurídico”¹⁰⁶. Dessa forma, a teoria sistêmica informa que os intentos da política ou do Direito podem fracassar se não levarem a sério a complexidade do sistema que pretendem regular, podendo cair no dilema da figura do “trilema regulatório” (Teubner¹⁰⁷), que aduz que quando não se toma em consideração os limites que impõe a autopoiesis, a questão desemboca numa incongruência da “sobrelegalização da sociedade” ou uma “sobressocialização do Direito”. A consequência disso, especialmente para o Direito Penal, é que a intervenção

¹⁰⁴ Ver TEUBNER, Gunther. *Direito, sistema e policontexturalidade*. Tradução de Brunela Vieira de Vicenzi e outros. São Paulo: UNIMEP, 2005. p. 21-75.

¹⁰⁵ RIVERO SÁNCHEZ, Juan Marcos. *Episteme y derecho: uma exploração jurídico-penal*. Granada: Comares, 2004. p. 258-259.

¹⁰⁶ TEUBNER, op. cit., p. 117.

¹⁰⁷ *Ibid.*, p. 124.

pode restar subsumida no plano meramente simbólico¹⁰⁸, por não alcançar os efeitos manifestos da legislação, ou termina por destruir as estruturas referenciais do sistema penal, que passa a funcionar “invadido” pela política^{109 110}, propiciando, pois, o seu uso político¹¹¹. Dessarte, a teoria autopoietica apresenta limites para a regulação estatal, colocando em manifesto que o Direito Penal não pode cumprir determinadas funções que lhe são atribuídas e, no limite, que dita funcionalidade pode ficar limitada na “boa intenção do legislador”¹¹². Sob esse aspecto, importa observar que, na atualidade, o controle penal não cumpre as funções preventivas que lhe são impostas como finalidade da pena, visto que os dados empíricos têm informado que o endurecimento das penas não tem evitado a prática de delitos¹¹³, tampouco, tem-se al-

¹⁰⁸ Conforme NEVES, Marcelo. *A constitucionalização simbólica*. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 6-54.

¹⁰⁹ RIVERO SÁNCHEZ, op. cit., p. 258-259.

¹¹⁰ LUHMANN sustenta que um sistema jurídico exposto, frequentemente, a intromissões opera em um “estado de corrupção”, já que reconhece, por meio de suas normas, que não pode resistir à pressão política e que, embora não renunciando à normatividade, simula agir sob o manto da legalidade. E, nesse estado de corrupção, ainda segundo Luhmann, o Direito é subordinado oportunisticamente às elites que são capazes de se impor. Consultar LUHMANN, Niklas. *El derecho de la sociedad*. Tradução de Javier Torres Nafarrate. 2. ed. México: Herder, 2005. p. 137.

¹¹¹ Consultar ALBRECHT, Peter-Alexis. *Criminologia: uma fundamentação para o direito penal*. Tradução de Juarez Cirino dos Santos e de Helena Schiessl Cardoso. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. Conforme Albrecht, o Direito Penal do risco pós-moderno, que parte do reconhecimento de que a moderna sociedade industrial produz riscos que ameaçam a coletividade e, com isso, geram uma demanda por segurança, notadamente para fazer frente aos riscos ecológicos, nucleares, da química industrial etc. E, nessa onda de uma política de redução dos riscos, da qual faz parte o controle penal, surge o Direito Penal simbólico, que, na leitura de Albrecht, se refere ao controle penal da proteção sistêmica, que é armado, primariamente, como um instrumento para elegibilidade política. Ver p. 04-05.

¹¹² Ver DE GIORGI, Raffaele. *Direito, democracia e riscos: vínculos com o futuro*. Porto Alegre: Sergio Anonio Fabris, 1998. p. 185-200.

¹¹³ Veja-se a crítica de HASSEMER, Winfried. *Direito penal libertário*.

cançado a ressocialização, na medida em que entram em cena outros equivalentes sociais como a família, trabalho, educação etc¹¹⁴. Também parece não ser possível buscar uma integração social em termos de valores, na medida em que não há comunicação entre o subsistema jurídico e o entorno (local onde se encontra o homem), mormente pela dificuldade de ser ter acesso à mente humana. Demais disso, no que é mais relevante, o Direito não é um sistema central da sociedade, não podendo, portanto, impor um código de valores e normas válidos para todos os demais sistemas, já que os demais sistemas possuem um conhecimento e uma racionalidade própria. Em uma palavra, cumpre ao Direito Penal, pois, atentar para um autocontrole¹¹⁵, já que não consegue debelar problemas sistêmicos¹¹⁶.

Nesse sentido, Müller-Tuckfeld¹¹⁷, após oferecer potente

Tradução de Regina Greve. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. p. 81-153.

¹¹⁴ Conforme MIR PUIG, Santiago, o Direito Penal constitui um dos meios de controle social existentes nas sociedades atuais, já que a família, a escola, o trabalho, os grupos sociais também constituem meios informais de controle social. Ver *Derecho Penal*: parte general. 7. ed. Barcelona: Repertor, 2005. p. 49.

¹¹⁵ RIVERO SÁNCHEZ, Juan Marcos, op. cit., p 261.

¹¹⁶ Nesse sentido, DE GIORGI, Raffaele. *Direito, tempo e memória*. Tradução de Guilherme Leite Gonçalves. São Paulo: Quartie Latin, 2006. p. 130-131. Para De Giorgi, o Direito Penal não controla a realidade da comunicação social, revelando-se somente capaz de se controlar, não possuindo, portanto, a função de estabilizar uma ordem social, na medida em que presuppõe uma ordem social. Assim, segundo De Giorgi, o controle sobre si mesmo é a única garantia de racionalidade do sistema penal (e evitar a barbárie da inclusão somente pelo sistema penal). Nas suas palavras, “na moderna sociedade contemporânea o futuro é percebido como risco, como consequência de uma decisão que poderia ser outra, como horizonte da incerteza, que não poderia ser absorvida... Porque o ambiente é como é e não se deixa controlar, o direito, da mesma forma que os outros sistemas sociais, deve reforçar a disponibilidade cognitiva de sua estrutura, ou seja, sua capacidade de apreender a partir de si, de apreender com a situação e reduzir as pretensões de consistência de suas operações”. Ver p. 131.

¹¹⁷ MÜLLER-TUCKFELD, Jens Christian. Ensayo para la abolición del Derecho Penal del medio ambiente. Tradução de Elena Iñigo Corroza e

crítica acerca da funcionalidade do Direito Penal à proteção do meio ambiente, bem como aos delitos cumulativos cunhados por Kuhlen, nota que a criminalização dos crimes ambientais individualiza problemas sistêmicos, impedindo uma política racional e efetiva, já que a conclusão do discurso penal é a de que a destruição do meio ambiente se vincula, basicamente, à conduta ilegal e ilícita de atores individuais, descurando-se do fato de que o problema social tem a ver com as formas de produção e com a lógica do sistema capitalista, que despreza limites, notadamente ecológicos. Aqui repousa, conforme Müller-Tuckfeld, o verdadeiro problema que enfrenta o Direito Penal ambiental. Não é por acaso, segundo o autor, que a maioria esmagadora dos crimes ambientais são praticados com licença da autoridade executiva, essa, portanto, a razão de se presenciar uma penalização da desobediência administrativa. E, conclui, sinalando que o controle penal do meio ambiente está fadado ao simbolismo, já que é utilizado como pedagogia social (*soft law*¹¹⁸), isto é, como meio para socialização/educação. Nas suas palavras, “el Derecho Penal del medio ambiente se convierte así em uma especie de academia popular para educar al auditorio em los cuidados que necessita la naturaleza”¹¹⁹.

Ora, parece que se esqueceu de que o Direito não pode controlar, com plena autoridade, questões epistêmicas, embora não se olvide, por outro lado, que não pode delegar, totalmente, à autoridade sistêmica os outros discursos sociais, sob pena de “colonização do mundo da vida” (Teubner^{120 121}). Todavia,

outros. In: ROMEO CASABONA, Carlos María (Org.). *La insostenible situación del Derecho Penal*. Granada: Comares, 2000. p. 507-530.

¹¹⁸ Conforme HASSEMER, Winfried. *Direito Penal libertário*. Tradução de Regina Greve. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. p. 196, referindo que se aplica o controle penal como instrumento pedagógico para “sensibilizar” as pessoas e, que apesar de seus severos instrumentos, constitui-se em um meio de condução da sociedade.

¹¹⁹ MÜLLER-TUCKFELD, op. cit., p. 524-525.

¹²⁰ TEUBNER, Gunther. *El derecho como sistema autopoietico de la socie-*

impõe que se reconheçam os limites da sua regulamentação, sob pena de se deslizar para o plano meramente simbólico quando se descarta de suas limitações (veja-se, num outro exemplo, o combate ao uso de drogas¹²²). Em uma palavra, o Direito Penal não é o “senhor do tempo”¹²³, só estando aparelhado para solucionar conflitos que é capaz de construir por si mesmo, revelando-se, de outro lado, impermeável para os problemas e situações que não se podem imputar, prioritariamente, a autores individuais.

Em resumo, não se pode passar por alto sobre o fato de que para uma desejada integração social, concorrem vários equivalentes funcionais, havendo dependência de vários sistemas. Por tal motivo, o Direito Penal não está em condições, de, por si só, implementar a integração, podendo, de outro lado, concorrer para dita integração, revelando-se como uma importante estratégia que garanta a autonomia e o funcionamento dos diversos sistemas sociais; entretanto, através de uma política

dad global. Tradução de Manuel Cancio Meliá e Carlos Gómez-Jara Díez. Peru: Ara, 2005. p. 63.

¹²¹ HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade I*. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. p. 60-63.

¹²² Na lição de NEUMAN, Elías. El modelo neoliberal y la legalización de las drogas. In: PÉREZ ÁLVAREZ, Fernando. *Serta in memoriam Alexandri Baratta*. Salamanca: Universidad de Salamanca, 2004. p. 1349-1362. Na lição de Neuman, o consumo de drogas tem a ver com o modelo neoliberal e a sociedade de consumo. No seu entender, o que se vende são seres humanos às drogas, daí o porquê de a repressão penal não proibir nada, já que o consumo aumenta, propondo, portanto, a descriminação e despenalização. Ver p. 1361.

¹²³ Ver OST, François. *O tempo do Direito*. Tradução de Maria Fernanda de Oliveira. Lisboa: Instituto Piaget, 1999. p. 377-384. Na lição de Ost, “como se vê, os dois movimentos de sobrepenalização e de segurança convergem e reforçam-se para fazerem da norma penal e da justiça repressiva o derradeiro baluarte de uma sociedade com falta de referência. Duvidamos, contudo, que uma sociedade possa instituir-se de forma durável a partir unicamente da ameaça da repressão”. Ver p. 383.

jurídica que renuncie à pretensão de controlar o futuro (e os riscos sistêmicos), concentrando-se, portanto, em reagir de forma *a posteriori*, frente a graves violações da ordem estabelecida (que implique a alteração das pré-condições à integração social e viole o discurso social), impondo ao transgressor a sanção como retribuição comunicacional ao seu comportamento¹²⁴.

Por outro lado, a insuficiência do funcionalismo de Jakobs decorre do fato de que o sistema penal é reduzido à função de reafirmar a vigência da norma face ao conflito de expectativas, conceito que carece por completo de um núcleo descritivo, constituindo-se em um conceito de Direito puramente normativo, partindo, portanto, de uma imputação realizada exclusivamente desde o Direito. E o não menos problemático, como denuncia Schünemann¹²⁵, é que se trata de um modelo de Direito Penal adaptável a qualquer política criminal, na medida em que rechaça qualquer delimitação descritiva, reputada por Jakobs como “falácia naturalista”. De outro lado, também é criticável a sua indiferença com as repercussões na esfera psicofísica (entorno), uma vez que o Direito Penal busca a fidelidade e a confiança na vigência da norma, sendo despojado da função ressocializadora¹²⁶, que, embora difícil de ser implementada, não pode ser desprezada por completo. Com efeito, como refere Feijoo Sánchez, uma teoria adequada do controle penal não pode renunciar à sociedade, mas, tampouco, pode

¹²⁴ RIVERO SÁNCHEZ, Juan Marcos. *Episteme y derecho: una exploración jurídico-penal*. Granada: Comares, 2004. p. 261.

¹²⁵ SCHÜNEMANN, Bernd. *Consideraciones críticas sobre la situación espiritual de la ciencia jurídico-penal alemana*. Tradução de Manuel Cancio Meliá. Colombia: Universidad Externado, 1998. p. 45-47.

¹²⁶ PRIETO NAVARRO, Evaristo. La teoría de sistemas y el problema del control de la conducta: perspectivas e imposibilidades para la dogmática penal. In: GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos (Org.) *Teoría de sistemas y derecho penal: fundamentos y posibilidades de aplicación*. Granada: Comares, 2005. p. 295-317.

renunciar ao indivíduo e a seus vínculos normativos com o sistema social e jurídico, revelando-se problemática na “cegueira” para o papel que desempenha o Direito em relação às pessoas¹²⁷.

Dessa forma, quando Jakobs confere ao Direito Penal a função da manutenção da estabilidade do sistema, valorando mais a sociedade do que o indivíduo, corre-se o risco de se chegar a um formalismo e funcionalismo vazios de conteúdo (Kaufmann¹²⁸). Nesse passo, razão assiste a Alcácer Guirao, quando nota que a dogmática jurídico-penal deve incorporar um conceito material de delito (substancialismo), o qual está intimamente ligado à ideia de proteção de bens jurídicos, por que aí se assume que o Direito Penal aspira a um fim de proteção de determinados interesses considerados valorados pela sociedade e, por isso, são merecedoras de punição somente as condutas que se revelarem ofensivas (relevantes e antijurídicas)¹²⁹. Daí a correção da crítica de Schünemann, quando reputa que o edifício intelectual da dogmática jurídico-penal de Jakobs parte de uma premissa “decisionista”¹³⁰.

Assim, o estado da arte atual, na correta leitura de Eser, informa que o jurista deve estabelecer limites ao corrente processo de espiritualização/abstração do conceito de injusto, que

¹²⁷ FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo. La normativización del derecho penal: hacia una teoría sistémica o hacia una teoría intersubjetiva de la comunicación. In: GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos (Org.). *Teoría de sistemas y derecho penal: fundamentos y posibilidades de aplicación*. Granada: Comares, 2005. p. 525. Conforme Feijoo Sánchez, o inconveniente da teoria sistémica é não teorizar o porquê de a sociedade impor penas, bem como de por que determinado indivíduo deve suportar a imposição de uma sanção penal; daí o motivo pelo qual entende que a teoria social de Luhmann deve ser complementada pela teoria intersubjetiva de Habermas e sua reconstrução da relação entre indivíduo e a sociedade.

¹²⁸ KAUFMANN, Arthur. *La filosofía del derecho en la posmodernidad*. 3. ed. Tradução de Luis Villar Borda. Bogotá: Temis, 2007. p. 13.

¹²⁹ Ibid., p. 20-21.

¹³⁰ Ibid., p. 45-46.

passou, sob o viés formalista, a ser entendido como mero ataque ao ordenamento jurídico, com a correspondente desindividualização do bem jurídico¹³¹. Ora, como leciona Mir Puig, no ambiente de um Estado social e democrático de Direito, corresponde ao Direito Penal uma função limitada de delitos, não podendo ser entendido como um sistema normativo cujo sentido se esgota na manutenção de suas próprias normas, senão que se trata de um sistema normativo que também está a serviço dos seres humanos¹³². Por outro lado, não se pode perder de vista que a teoria monista do bem jurídico, por si só, não está em condições de satisfazer a pretensão de Hassemer^{133 134 135},

¹³¹ ESER, Albin. *Sobre la exaltación del bien jurídico a costa de la víctima*. Tradução de Manuel Cancio Meliá. Colombia: Universidad Externado de Colombia, 1998. p. 41.

¹³² MIR PUIG, Santiago. Limites del normativismo em Derecho Penal. In: SCHMIDT, Andrei Zenkner. *Novos Rumos do Direito penal contemporâneo*: livro em homenagem ao Prof. Cezar Roberto Bitencourt. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 139-174.

¹³³ Os contornos da teoria personalista de bem jurídico de HASSEMER, Winfried, é fornecida no articulado *Puede haber delitos que no afecten a un bien jurídico penal?* In: HEFENDEHL, Roland (Org.). *La teoría del bien jurídico: fundamento de legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmático?* Madrid: Marcial Pons, 2007. p. 95-104.

¹³⁴ HASSEMER, Winfried. *Persona, mundo y responsabilidad: bases para una teoría de la imputación em Derecho penal*. Tradução de Francisco Muñoz Conde e Maria del Mar Díaz Pita. Valência: Tirant lo Blanch, 1999. p. 26-30.

¹³⁵ Nesse sentido, é o pensamento de SCHÜNEMANN, op. cit., p. 15 e seguintes, quando refere que o “Direito Penal clássico” ou “individualismo monista” da Escola de Frankfurt, que parte do postulado de que o bem jurídico devia organizar-se sobre a base do indivíduo como seu valor máximo e objeto de proteção (teoria pessoal do bem jurídico), é demasiado estrito, porque, ao centrar-se na pessoa, esquece que a sobrevivência de toda a espécie (coletividade) é o que constitui o valor supremo. Dessarte, no entendimento de Schünemann, face às condições da vida moderna e seu processo de industrialização, não há como fugir da necessidade de se funcionalizar as necessidades humanas. E o olvido da Escola de Frankfurt, conforme Schünemann, chega à questão do meio ambiente, que, segundo o autor,

de se constituir em um instrumento decisório/limitador do que é merecedor de proteção penal (potencial crítico-sistemático), necessitando, portanto, ser complementada por outros fatores (elementos externos), como considerações políticas, éticas, filosóficas e instrumentais¹³⁶, encorpando-se, enfim, com algumas diretrizes axiológicas de índole de política criminal.

A modo de uma pequena síntese, se se assume que a função do Direito Penal é proteger bens jurídicos¹³⁷, inferir-se-a uma concepção de fato punível como lesão ao bem jurídico. Por outro lado, um Direito Penal protetor da vigência do ordenamento jurídico compreenderá o fato punível como uma lesão de dever à norma¹³⁸. Dessa maneira, pode-se dar por consensual o fato de que a noção de bem jurídico apenas pode aportar parâmetros à decisão do legislador (destacadamente um limite negativo), não só

mereceria, proteção de um Direito Penal mais eficiente e igualitário. Ver p. 26-28.

¹³⁶ Nesse sentido, WOLHERS, Wolfgang. Las jornadas desde la perspectiva de un escéptico del bien jurídico. In: HEFENDEHL, Roland (Org.). *La teoría del bien jurídico. Fundamento de legitimación del derecho o juego de abalorios dogmático?* Madrid: Marcial Pons, 2007. p. 402-408. Nesse passo, Wolhers entende que a teoria do bem jurídico, enriquecida teórico-socialmente, cumpre uma única função: pode deslegitimar tipos penais por não serem, a partir de uma perspectiva normativa da sociedade, dignos de proteção penal ou por impossibilidade fática. Em resumo, para o autor, a teoria do bem jurídico, por si mesma, não pode conduzir nem limitar o desenvolvimento do Direito Penal, a não ser a partir de elementos externos, notando que o próprio Direito constitucional (e o princípio da proporcionalidade) não pode fornecer elementos concretos para determinar que comportamentos podem ser puníveis e quais não. *Ibid.*, p. 403.

¹³⁷ Nesse sentido, pensam ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manuel de direito brasileiro: parte geral*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 96, aludindo que o fim de promover a segurança tutelando bens jurídicos é o que marca um limite racional à aspiração ética do Direito Penal.

¹³⁸ ALCÁCER GUIRAO, Rafael. *Lesión de bien jurídico o lesión de deber: apuntes sobre el concepto material del delito*. Barcelona: Atelier, 2003. p. 23.

pela vaguidade de sua definição, mas também pela multiplicidade de suas acepções¹³⁹. Entretanto, é inegável que cumpre funções de política criminal na tensão entre os interesses da pessoa e os interesses da sociedade, bem como na interpretação constitucional. Em uma palavra, o bem jurídico convoca a interpretação e valoração. Nessa linha, é o pensamento de Alcácer Guirao, quando afirma que, desde o caráter instrumental do Direito Penal, a construção do sistema e interpretação dos tipos penais devem vir presididos por considerações axiológicas, assumindo, portanto, o conceito material do delito de especial transcendência¹⁴⁰.

O problema de se assumir um funcionalismo positivista repousa no fato de que a dogmática não se apropria da crítica ao Direito (“dogmática afortunada”¹⁴¹). Olvida-se a função criadora da interpretação¹⁴², o que somente poderá ocorrer a

¹³⁹ Nessa linha, consultar SEHER, Gerhardt. La legitimación de normas penales basada em principios y el concepto de bien jurídico. In: HEFENDEHL, Roland (Org.). *La teoría del bien jurídico: fundamento de legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmático?* Madrid: Marcial Pons, 2007. p. 69-92.

¹⁴⁰ Ibid., p. 26-28.

¹⁴¹ O conceito de dogmática “afortunada” (com conseqüências) é de BURKHARDT, Björn. Dogmática penal afortunada y sin consecuencias. In: ESER, Albin; HASSEMER, Winfried; BURKHARDT, Björn (Org.). *La ciencia del derecho penal ante el nuevo milenio*. Valência: Tirant lo Blanch, 2004. p. 120-175, asseverando que a dogmática pode ser tida como afortunada quando cumpre as funções que dela se espera, especialmente quando propicia avanços, servido como parâmetro de justificação/adequação e justiça ao controle penal

¹⁴² Assim, posiciona-se, por todos, CANCIO MELIÁ, Manuel. Dogmática y política criminal em uma teoría funcional del delito. *Revista Ibero Americana de Ciências Penais*, Porto Alegre, n. 04, set./dez. 2001. CALLEGARI, André Luis; GIACOMOLLI, Nereu José; KREBS, Pedro (Org.). Porto Alegre: Centro Ibero-Americano de Ciências Penais, 2001. p. 223-242. Com efeito, para Cancio Meliá, com acerto, a dogmática penal não é uma atividade limitada à explicação do funcionamento de um determinado sistema legal, senão que tem sempre um componente criador do Direito, havendo um consenso generalizado de que o sistema dogmático não existe, na realidade, se não estiver recheado por aspectos político-criminais. Ibid., p. 226-227.

partir de uma concreção interpretativa dos tipos penais em função de postulados valorativos¹⁴³, que devem ser assumidos face ao carácter aberto da linguagem e da maleabilidade semântica dos textos legais¹⁴⁴. Cumpre, pois, ao dogmático, mirando no dever-ser do controle penal, remeter-se aos pressupostos ideológicos político-criminais, que desenvolvem o programa valorativo de um Estado democrático e social, ancorado na Constituição, mormente pelo fato de que as premissas valorativas da dogmática penal não podem prescindir dos princípios plasmados nos textos constitucionais^{145 146}. Como diz Alcácer Guirao,

¹⁴³ Consultar DELMAS-MARTY, Mireille. *A imprecisão do direito: do código penal aos direitos humanos*. Tradução de Denise Radanovic Vieira. São Paulo: Manole, 2005, especialmente p. 279-323.

¹⁴⁴ ALCÁCER GUIRAO, Rafael. *Lesión de bien jurídico o lesión de deber: apuntes sobre el concepto material del delito*. Barcelona: Atelier, 2003. p. 29. A questão que se impõe, na lição de Alcácer Guirao, é a de que, para a concepção positivista, o labor da dogmática limita o teórico do Direito a oferecer ao juiz as ferramentas para uma interpretação racional e uniforme do Direito vigente, sem transcender os marcos da legislação, não abrindo a possibilidade da crítica ao intérprete.

¹⁴⁵ Nesse sentir, CARBONELL MATEU, Juan Carlos. *Derecho penal: concepto y principios constitucionales*. Valência: Tirant lo Blanch, 1999. p. 83-86. Para Carbonell Mateu, o Direito Penal, de todos os ramos do ordenamento jurídico, é o que mais estritamente está ligado à Constituição, pois, da função da tutela de valores e interesses com relevância constitucional, é que vai se desenvolver o princípio da ofensividade. Assim, para ele, a Constituição é a norma que define e escolhe os valores a serem tutelados pelo ordenamento jurídico, consistindo em um marco da política criminal, na medida em que estabelece umas linhas pragmáticas gerais e contém um sistema de valores estabelecendo, por fim, pelos princípios constitucionais (da proibição do excesso, proporcionalidade, ofensividade), limites materiais à ação do legislador.

¹⁴⁶ Ver PIETRO SANCHÍS, Luis. *Justiça constitucional y derechos fundamentales*. Madrid: Trotta, 2003. p. 261-298, defendendo, a partir da Constituição, que o bem jurídico dependente da tutela penal reclama de um juízo de ponderação, tendo a Constituição, por si só, como insuficiente para demarcar o bem jurídico, aludindo que ela pode levar, inclusive, a um Direito Penal máximo. Ver p. 280-282.

frente ao texto constitucional, o dogmático topa-se com a circularidade hermenêutica¹⁴⁷, daí o porquê de a decisão do intérprete não poder fugir da participação na criação do Direito¹⁴⁸.

Logo, o Direito Penal, orientado por qualquer fim (proteção de bens jurídicos ou vigência da norma)¹⁴⁹, desde uma visão crítica, não pode ser dirigido unicamente a maximizar a prevenção (que pode acontecer em ambas as hipóteses), levando a uma drástica redução da liberdade dos cidadãos, culminando em concebê-los como inimigos, como potenciais autores de lesão a bens jurídicos ou potenciais quebradores das expectativas normativas. Dessa forma, deve-se procurar um equilíbrio razoável entre o fim preventivo e o fim garantístico, rumo a um Direito Penal do cidadão, otimizador da liberdade, denunciando que todo Direito Penal que atenda exclusivamente à

¹⁴⁷ Ver, por todos, STRECK, Lenio Luis. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. 8. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 246 e seguintes, quando ressalta a importância de uma dogmática crítica para “romper com este paradigma antigarantista de dogmática jurídica e/ou ultrapassar os obstáculos que impedem o resgate das promessas da modernidade, é a tarefa que se impõe aos juristas”. *Ibid.*, p. 249. Daí a contribuição hermenêutica, que ainda, nas lições de STRECK, “é de fundamental importância, a partir da ideia de que a 'verdade', no campo jurídico, é uma verdade-hermenêutica, é dizer, que a experiência de verdade a que se atém a hermenêutica possui profundos coloridos pragmáticos... *Ibid.*, p. 264. Por fim, consultar p. 272-83 e seguintes, quando Streck, apontando ensinamentos gadamerianos, sustenta que a interpretação da lei é uma tarefa criativa, restando a compreensão como a mola mestra da interpretação. De relevo, no trato da interpretação criativa, e, não, reprodutiva do Direito, também a leitura de STRECK, Lenio Luis. *Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas. Da possibilidade à necessidade de respostas corretas em Direito*. 2. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 321-242.

¹⁴⁸ ALCÁCER GUIRAO, Rafael. *Lesión de bien jurídico o lesión de deber: apuntes sobre el concepto material del delito*. Barcelona: Atelier, 2003. p. 30-31.

¹⁴⁹ Ver ALCÁCER GUIRAO, Rafael. *Los fines del derecho penal: una aproximación desde la filosofía política*. Colombia: Universidad Externado de Colombia, 2004. p. 19-30.

cara preventiva corresponde ao Direito Penal do inimigo¹⁵⁰, levando-se ainda em consideração que o fim da proteção de bens jurídicos pode possuir um potencial limitador e garante, permitindo uma interpretação fática do ato lesivo, opondo considerável barreira a ordenamentos jurídicos baseados em critérios formais e hipernormativizados¹⁵¹.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Vem da filosofia a advertência de que o Direito Penal destinado à proteção de bens jurídicos e/ou da manutenção do ordenamento jurídico necessita de uma comprovação ético-jurídica para ser recepcionado como uma concepção democrática de Direito, devendo, portanto, ser concretado com princípios que inspiram o seu conteúdo (Hoffe¹⁵²). Dessa maneira, no estado da arte em que as questões fundamentais da sociedade estão marcadas sob o signo da violência/exclusão/irracionalidade¹⁵³, importa um certo retorno do pensamento filosófico, que possui a missão de desvelar algo de “indisponível”, a fim de livrar o Direito do formalismo e da arbitrariedade forjados pelo pensamento objetivista extremo¹⁵⁴.

¹⁵⁰ ZAFFARONI, Raul Eugênio. *Globalização, Sistema penal e ameaças ao Estado democrático de direito*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 17-38.

¹⁵¹ ALCÁCER GUIRAO, Rafael. *Lesión de bien jurídico o lesión de deber: apuntes sobre el concepto material del delito*. Barcelona: Atelier, 2003. p. 114-116.

¹⁵² HOFFE, Otfried. Proto-derecho penal: programa y cuestiones de un filósofo. In: ESER, Albin; HASSEMER, Winfried; BUKHARDT, Björn. (Org.). *La ciencia del derecho penal ante el nuevo milênio*. Valência: Tirant lo Blanch, 2004. p. 327-366.

¹⁵³ Ver MÜLLER, Friedrich. *Quem é o povo?* Questão fundamental da democracia. 3. ed. rev. e ampl. Tradução de Peter Naumann. São Paulo: Max Limonad, 2003. p. 91-105.

¹⁵⁴ KAUFMANN, Arthur. Filosofia do direito, teoria do direito, dogmática jurídica. In: KAUFMANN, Arthur; HASSEMER, Winfried (Org.). *Introdução à filosofia do direito e à teoria do direito contemporâneas*. Lisboa:

Dessarte, parece que a teoria jurídica deve reconhecer que o Direito Penal serve ao cidadão, mormente pelo fato de que as normas jurídicas são manifestação do poder e limitam a liberdade de seus destinatários. Logo, desde uma perspectiva democrática, não se revela aceitável supor que as normas penais são um fim em si mesmas, senão um mal necessário a que só se pode recorrer quando não há outro remédio que não a restrição da liberdade, necessitando, por isso, sempre de uma justificação¹⁵⁵.

Em definitivo, o jurista não pode perder sua “consciência pesada”. Na lição de Radbruch, ele deve possuir “em cada instante de sua vida profissional uma plena consciência tanto da necessidade como do caráter profundamente questionável de sua profissão¹⁵⁶”, não podendo ver apenas a lei (relevando-se impotente a qualquer perversão do direito pelo político), nem se entregar ao sonho do “jusnaturalismo” (problema da incerteza e arbitrariedade)¹⁵⁷. Sua função, impele ao questionamento das atuais condições socioeconômicas, abandonando a lógica

Fundação Calouste Gulbekian, 2002. p. 25-46.

¹⁵⁵ MIR PUIG, Santiago. Limites del normativismo em Derecho Penal. In: SCHMIDT, Andrei Zenkner. (Coord.). *Novos rusmos do Direito Penal Contemporâneo: estudos em homenagem ao Prof. Cezar Roberto Bitencurt*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 149.

¹⁵⁶ MIR PUIG, Santiago. Limites del normativismo em Derecho Penal. In: SCHMIDT, Andrei Zenkner. (Coord.). *Novos rusmos do Direito Penal Contemporâneo: estudos em homenagem ao Prof. Cezar Roberto Bitencurt*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 41.

¹⁵⁷ RADBRUCH, Gustav. *Introdução à ciência do direito*. Tradução de Vera Barkow. São Paulo: Martins Fontes, 1999. p. 107-108, que diz que o o Direito Penal “perdeu sua consciência tranquila”, na medida em que a sociedade cada vez mais se divide em camadas sociais, afastando-se da devida justiça penal que somente poderia ser encontrada nos princípios da igualdade e justiça. Nas suas palavras, “se é a situação de classe que predominantemente provoca a queda no crime e o uso da pena, deduz-se que não o direito penal, mas, de acordo com a palavra de V. Liszt, a política social é a melhor política criminal, sendo que a tarefa duvidosa do direito repara, contra o criminoso, o que a política deixou de fazer por ele”. *Ibid.*, p. 108.

de “fazer pelo controle penal” aquilo que a política social deixou de fazer pelo homem, (re)estabelecendo uma estreita ligação entre a crise do Estado social e de sua política criminal, pois toda política criminal depende de uma política geral do Estado¹⁵⁸. Como diz Paliero¹⁵⁹, a ciência penal perdeu sua conotação humanista para assumir o papel de saber tecnocrático, sendo alimentada por um grupo de técnicos. Transforma-se da ciência do homem à ciência da sociedade, perdendo sua “neutralidade” (se, alguma vez, a teve), passando a atuar diretamente no uso da força e na distribuição do “bem negativo” (processos de criminalização), perdendo de vista “a consciência pesada”, (funciona como ciência da sociedade, e, não, como do homem), deixando de ter capacidade produtiva autônoma, “sino que sólo puede elaborar los conflictos que el poder social le proporciona em cada momento (autolegitimando, através del *consenso*, la *hegemonía* de este último)”¹⁶⁰.



REFERÊNCIAS

ALBRECHT, Peter-Alexis. *Criminologia: uma fundamentação para o direito penal*. Tradução de Juarez Cirino dos San-

¹⁵⁸ MIR PUIG, Santiago. *Estado, pena y delito*. Motevideo; Buenos Aires: IBDEF, 2006. p. 04.

¹⁵⁹ PALIERO, Carlo Enrico. La autocomprensión de la ciencia del Derecho penal frente a los desafíos de su tiempo. ESER, Albin; HASSEMER, Winfried; BUKHARDT, Björn. (Org.). In: *La ciencia del derecho penal ante el nuevo milenio*. Valência: Tirant lo Blanch, 2004. p. 87-118.

¹⁶⁰ *Ibid.*, p. 92.

- tos e de Helena Schiessl Cardoso. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.
- ALCÁCER GUIRAO, Enrique. *Lesión de bien jurídico o lesión de deber?* apontes sobre el concepto material del delito. Barcelona: Atelier, 2003.
- ALCÁCER GUIRAO, Rafael. *Los fines del derecho penal: una aproximación desde la filosofía política*. Colombia: Universidad Externado de Colombia, 2004.
- BARCELLONA, Pietro. *El individualismo propietario*. Tradução de Jesus Ernesto García Rodríguez. Madrid: Trotta, 1996.
- BARCELLONA, Pietro. *Postmodernidad y comunidad*. 3. ed. Tradução de Héctor Claudio Silveira Gorski e Outros. Madrid: Trotta, 1999.
- BECK, Ulrich. *La sociedad del riesgo: hacia una nueva modernidad*. Tradução de Jorge Navarro e outros. Madrid: Paidós, 2006.
- BERGALLI, Roberto. Las funciones del sistema penal em el estado constitucional de derecho, social y democrático; perspectivas socio-juridicas. In: BERGALLI, Roberto (Org.). *Sistema penal y problemas sociales*. Valência: Tirant lo Blanch, 2003. p. 25-82.
- BRANDARIZ GARCIA, José Ángel. *Política criminal de la exclusión*. Granada: Comares, 2007.
- BURKHARDT, Björn. Dogmática penal afortunada y sin consecuencias. In: ESER, Albin; HASSEMER, Winfried; BURKHARDT, Björn (Org.). *La ciencia del derecho penal ante el nuevo milenio*. Valência: Tirant lo Blanch, 2004. p. 120-175
- CANCIO MELIÁ, Manuel. Dogmática y política criminal em una teoría funcional del delito. In: JAKOBS, Günther; CANCIO MELIÁ, Manuel. *Conferencias sobre temas penales*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2004. p. 121-147.

- CANCIO MELIÁ, Manuel. Dogmática y política criminal em uma teoría funcional del delito. *Revista Ibero Americana de Ciências Penais*, Porto Alegre, n. 04, set./dez. 2001.
- CANCIO MELIÁ, Manuel; FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo. Prevenir riesgos o confirmar normas? La teoría funcional de la pena de Günther Jakobs. Estudio preliminar. In: JAKOBS, Günther. *La pena estatal: significado y finalidad*. Tradução de Manuel Cancio Meliá e Bernardo Feijoo Sánchez. Navarra: Thomson Civitas, 2006. p. 18-19.
- CARBONELL MATEU, Juan Carlos. *Derecho penal: concepto y principios constitucionales*. Valência: Tirant lo Blanch, 1999.
- CEPEDA, Ana Isabel Pérez. *La seguridad como fundamento de la deriva del derecho penal postmoderno*. Madrid: Iustel, 2007.
- DE GIORGI, Alessandro. *El gobierno de la excedencia: postfordismo y control de la multitud*. Tradução de José Ángel Brandariz García e Hernán Bouvier. Madrid: Traficantes de sueños, 2006.
- DE GIORGI, Raffaele. *Direito, democracia e riscos: vínculos com o futuro*. Porto Alegre: Sergio Anonio Fabris, 1998.
- DEL ROSAL, Manuel; VIVES ANTÓN, Tomás S. *Derecho penal: parte general*. 5. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 1999.
- DELMAS-MAETY, Mireille. *Os grandes sistemas de política criminal*. Tradução de Denise Radanovic Vieira. São Paulo: Manole, 2004.
- DELMAS-MARTY, Mireille. *A imprecisão do direito: do código penal aos direitos humanos*. Tradução de Denise Radanovic Vieira. São Paulo: Manole, 2005.
- DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. *La política criminal em la encrucijada*. Buenos Aires: Editorial BdeF, 2007.
- ESER, Albin. *Sobre la exaltación del bien jurídico a costa de la víctima*. Tradução de Manuel Cancio Meliá. Colombia:

- Universidad Externado de Colombia, 1998.
- FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo. La normativización del derecho penal: hacia una teoría sistémica o hacia una teoría intersubjetiva de la comunicación. In: GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos (Org.). *Teoría de sistemas y derecho penal: fundamentos y posibilidades de aplicación*. Granada: Comares, 2005. p. 435-544.
- FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *Direito penal: parte geral*. Coimbra: Coimbra, 2004. t. 1.
- GIDDENS, Anthony; BAUMAN, Zygmunt; LUHMANN, Niklas; BECK, Ulrich. In: BERIAN, Josetxo (Org.). *As consecuencias perversas de la modernidade*. Barcelona: Anthropos, 2007.
- GIMBERNAT ORDEIG, Enrique, na apresentação da obra *La teoría del bien jurídico: fundamento de legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmático?* In: HEFENDEHL, Roland (Org.). *La teoría del bien jurídico: fundamento de legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmático?*. Madrid: Marcial Pons, 2007. p. 11-25.
- GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. [Prólogo]. In: ALCÁCER GUIRAO, Rafael. *Lesión de bien jurídico o lesión de deber?* Barcelona: Atelier, 2003. p. 12.
- GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. Teoría de sistemas y derecho penal. In: GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos (Org.). *Teoría de sistemas y derecho penal: fundamentos y posibilidades de aplicación*. Granada: Comares, 2005. p. 385-434.
- GRACIA MARTIN, Luis. *Prolegômenos para a luta pela modernização e expansão do direito penal e para a crítica do discurso da resistência*. Tradução de Érika Mendes de Carvalho. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2005.
- HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade I*. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

- HASSEMER, Winfried. *Direito penal libertário*. Tradução de Regina Greve. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.
- HASSEMER, Winfried. Linhas gerais de uma teoria pessoal do bem jurídico. Tradução de Fernanda Lara Tórtima. In: GREGO, Luís; TÓRTIMA, Fernanda Lara (Org.). *O bem jurídico como limitação do poder estatal de incriminar?* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 15-24.
- HASSEMER, Winfried. *Persona, mundo y responsabilidad: bases para una teoría de la imputación em Derecho Penal*. Tradução de Francisco Muñoz Conde e de Maria del Mar Díaz Pita. Valência: Tirant lo Blanch, 1999.
- HASSEMER, Winfried. Puede haber delitos que no afecten a un bien jurídico penal? In: HEFENDEHL, Roland (Org.). *La teoría del bien jurídico: fundamento de legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmático?* Madrid: Marcial Pons, 2007. p. 95-104.
- HASSEMER, Winfried. Puede haber delitos que no afecten a un bien jurídico penal? Tradução de Beatriz Spínola Tártalo. In: HEFENDEHL, Roland (Org.). *La teoría del bien jurídico: fundamento de legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmático*. Madrid: Marcial Pons, 2007. p. 95-104.
- HEFENDEHL, Roland. Bien jurídico como eje material de la norma penal. Tradução de María Martín Lorenzo. In: HEFENDEHL, Roland (Org.). *La teoría del bien jurídico: fundamento de legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmático*. Madrid: Marcial Pons, 2007. p. 179-196.
- HEFENDEHL, Roland. Uma teoria social do bem jurídico. Tradução de Luiz Greco. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 87, nov./dez. 2010.
- HIRSCH, Andrew Von. El concepto de bien jurídico y el 'principio del daño'. In: HEFENDEHL, Roland (Org.). *La teoría del bien jurídico: fundamentos de legitimación del*

- derecho penal o juego de abalorios dogmático? Madrid: Marcial Pons, 2007. p. 38-68.
- HOFFE, Otfried. Proto-derecho penal: programa y cuestiones de un filósofo. In: ESER, Albin; HASSEMER, Winfried; BUKHARDT, Björn. (Org.). *La ciencia del derecho penal ante el nuevo milênio*. Valência: Tirant lo Blanch, 2004. p. 327-366.
- HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán. Consecuencias político criminales y dogmáticas del principio de exclusiva protección de bienes jurídicos. In: ÁLVAREZ, Fernando Pérez (Org.). *Serta in memoriam Alexandri Baratta*. Salamanca: Universidad de Salamanca, 2004. p. 1082-1093.
- HOYOS, Gustavo Balmaceda. *Consideraciones críticas sobre el derecho penal moderno y su legitimidad*. Santiago do Chile: Ediciones Jurídicas de Santiago, 2007. p. 117-140.
- JAKOBS, Günther. *La pena estatal: significado y finalidad*. Tradução de Manuel Cancio Meliá e Bernardo Feijoo Sánchez. Navarra: Thomson Civitas, 2006. p. 141-144.
- JAKOBS, Günther. Sobre la gênese de la obligación jurídica: teoría y praxis de la injerencia el ocaso del domínio del hecho. In: JAKOBS, Günther; CANCIO MELIÁ, Manuel. *Conferencias sobre temas penales*. Tradução de Manuel Cancio Meliá. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2004. p. 38-48.
- JAKOBS, Günther. *Sociedade, norma e pessoa*. Tradução de Mauricio Antonio Ribeiro Lopes. São Paulo: Manole, 2003. v. 6.
- JAKOBS, Günther; CANCIO MELIÁ, Manuel. *Direito penal do inimigo: noções e críticas*. 3. ed. Tradução de André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.
- KAUFMANN, Arthur. Filosofía do direito, teoria do direito, dogmática jurídica. In: KAUFMANN, Arthur; HASSEMER, Winfried (Org.). *Introdução à filosofia do direito e*

- à *teoria do direito contemporâneas*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 2002. p. 25-46.
- KAUFMANN, Arthur. *La filosofía del derecho en la posmodernidad*. 3. ed. Tradução de Luis Villar Borda. Bogotá: Temis, 2007.
- LUHMANN, Niklas. *El derecho de la sociedad*. Tradução de Javier Torres Nafarrate. 2. ed. México: Herder, 2005.
- LUHMANN, Niklas. *Introdução à teoria dos sistemas*. Tradução de Ana Cristina Arantes Nasser. Rio de Janeiro: Vozes, 2009.
- LUHMANN, Niklas. *Sistemas sociales: lineamientos para una teoría general*. Tradução de Silvia Pappe e Brunilda Erker. Barcelona: Anthropos, 1996.
- LUHMANN, Niklas. *Sociología del riesgo*. 3. ed. Tradução de Javier Torres Nafarrate. México: Universidad Iberoamericana, 2006.
- LUHMANN, Niklas. *Sociología do direito I*. Tradução de Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983.
- LYNETT, Eduardo Montealegre. Introdução à obra de Günther Jakobs. Tradução de André Luís Callegari. In: CALLEGARI, André Luís; GIACOMOLLI, Nereu José (Org.). *Direito penal e funcionalismo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 11-29.
- MARTIN, Luis Gracia. A modernização do direito penal como exigência do postulado do Estado de direito (social e democrático). *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 88. p. 95-142, jan./fev. 2011.
- MARTIN, Luis Gracia. *Prolegômenos para a luta pela modernização e expansão do direito penal e para a crítica do discurso de resistência*. Tradução de Érika Mendes de Carvalho. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2005.
- MARTÍN, Víctor Gómez. Cultura del control, sociedad del riesgo y política criminal. In: MIR PUIG, Santiago; CORCOY BIDASOLO, Mirentxu. *Política criminal y re-*

- forma penal*. Montevideo-Buenos Aires, 2007.
- MARX, Karl. *Las crisis del capitalismo*. Tradução de Alberto Nadal Fernández. Madrid: Sequitur, 2009.
- MELOSSI, Dario. Ripartire de uma sconfitta. *Stuti sulla questione criminale*, Roma, n. 1, 2008.
- MENDOZA BUERGO, Blanca. Gestión del riesgo y política criminal de seguridad em la sociedad del riesgo. In: AGRA, Cândido da; DOMÍNGUEZ, José Luis; GARCÍA AMADO, Juan Antonio; HEBBERECHT, Patrick; RE-CASENS, Amadeu. *La seguridad em la sociedad del riesgo: un debate abierto*. Barcelona: Atelier, 2003. p. 67-89.
- MIR PUIG, Santiago. *Derecho penal: parte general*. 7. ed. Barcelona: Reppertor, 2005.
- MIR PUIG, Santiago. *Estado, pena y delito*. Montevideo-Buenos Aires: IBDEF, 2006.
- MIR PUIG, Santiago. Limites del normativismo em derecho penal. In: SCHMIDT, Andrei Zenkner. *Novos rumos do direito penal contemporâneo: livro em homenagem ao Prof. Cezar Roberto Bitencourt*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 139-174.
- MÜLLER, Friedrich. *Quem é o povo?* questão fundamental da democracia. 3. ed. rev. e ampl. Tradução de Peter Naumann. São Paulo: Max Limonad, 2003. p. 91-105.
- MÜLLER-TUCKFELD, Jens Christian. Ensayo para la abolición del derecho penal del medio ambiente. Tradução de Elena Iñigo Corroza et al. In: ROMEO CASABONA, Carlos María (Org.). *La insostenible situación del Derecho Penal*. Granada: Comares, 2000. p. 507-530.
- MUÑOZ CONDE, Francisco. *Introducción al derecho penal*. 2. ed. Montevideo-Buenos Aires: IBDEF, 2003.
- MÜSSIG, Bernd. *Desmaterialización del bien jurídico y de la política criminal: sobre las perspectivas y los fundamentos de una teoría del bien jurídico crítica hacia el siste-*

- ma. Tradução de Manuel Cancio Meliá e Enrique Peñaranda Ramos. Colombia: Universidad Externado de Colombia, 2001.
- NEGRI, Antonio. *La forma-Estado*. Tradução de Raúl Sánchez Cedillo. Madrid: Akal, 2003.
- NEUMAN, Elías. El modelo neoliberal y la legalización de las drogas. In: PÉREZ ÁLVAREZ, Fernando. *Serta in memoriam Alexandri Baratta*. Salamanca: Universidad de Salamanca, 2004. p. 1349-1362.
- NEVES, Marcelo. *A constitucionalização simbólica*. São Paulo: Martins Fontes, 2007.
- OST, François. *O tempo do direito*. Tradução de Maria Fernanda de Oliveira. Lisboa: Instituto Piaget, 1999.
- PALIERO, Carlo Enrico. La autocomprensión de la ciencia del Derecho penal frente a los desafíos de su tiempo. In: ESER, Albin; HASSEMER, Winfried; BUKHARDT, Björn. (Org.). *La ciencia del derecho penal ante el nuevo milenio*. Valência: Tirant lo Blanch, 2004. p. 87-118.
- PIETRO SANCHÍS, Luis. *Justiça constitucional y derechos fundamentales*. Madrid: Trotta, 2003.
- PIÑA ROCHEFORT, Juan Ignacio. *Rol social y sistema de imputación: una aproximación sociológica a la función del derecho penal*. Barcelona: Bosch, 2005.
- PORTILHA CONTRERAS, Guilherme. *El derecho penal entre el cosmopolitismo universalista y el relativismo posmodernista*. Valência: Tirant lo Blanch, 2007.
- PORTILLA CONTRERAS, Guilherme. Los excesos del formalismo jurídico neofuncionalista em el normativismo del derecho penal. In. PORTILHA CONTRERAS, Guilherme (Org.). *Mutaciones de leviatán: legitimación de los nuevos modelos penales*. Madrid: Akal, 2005. p. 57-85.
- PRADO, Luiz Regis. *O bem jurídico-penal e a constituição*. 5.

- ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.
- PRIETO NAVARRO, Evaristo. La teoría de sistemas y el problema del control de la conducta: perspectivas e imposibilidades para la dogmática penal. In: GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos (Org.). *Teoría de sistemas y derecho penal: fundamentos y posibilidades de aplicación*. Granada: Comares, 2005. p. 295-317.
- RADBRUCH, Gustav. *Introdução à ciência do direito*. Tradução de Vera Barkow. São Paulo: Martins Fontes, 1999.
- RIVERO SÁNCHEZ, Juan Marcos. *Episteme y derecho: una exploración jurídico-penal*. Granada: Comares, 2004.
- ROCHA, Leonel Severo; KING, Michael; SCHWARTZ, Germano. *A verdade sobre a autopoiese no Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.
- ROMEO CASABONA, Carlos María (Org.). *La insostenible situación del derecho penal*. Granada: Comares, 2000.
- ROXIN, Claus. *Derecho penal: parte general I: fundamentos: la estructura de la teoría del delito*. Tradução de Diego-Manuel Luzón Peña et al. Madrid: Thomson Civitas, 2003.
- ROXIN, Claus; ART, Gunther; TIEDEMANN, Klaus. *Introdução ao direito penal e ao direito processual penal*. Tradução de Gercélia Batista de Oliveira Mendes. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.
- SCHÜNEMANN, Bernd. *Consideraciones críticas sobre la situación espiritual de la ciencia jurídico-penal alemana*. Tradução de Manuel Cancio Meliá. Colômbia: Universidad Externado de Colombia, 1998.
- SCHÜNEMANN, Bernd. Derecho penal de la clase baja al derecho penal de la clase alta: un cambio de paradigma como exigencia moral? In: DONNA, Edgardo Alberto. *Obras*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2009. t. 2, p. 19-20.
- SCHÜNEMANN, Bernd. El principio de protección de bienes

- jurídicos como punto de fuga de los límites constitucionales de los tipos penales y de su interpretación. In: HEFENDEHL, Roland (Org.). *La teoría del bien jurídico. Fundamento de legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmático?* Tradução de Luis Greco. Madrid: Marcial Pons, 2007. p. 197-226.
- SEHER, Gerhardt. La legitimación de normas penales basada em principios y el concepto de bien jurídico. In: HEFENDEHL, Roland (Org.). *La teoría del bien jurídico: fundamento de legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmático?* Madrid: Marcial Pons, 2007. p. 69-92.
- SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. *Aproximación al derecho penal contemporáneo*. 2. ed. rev. e ampl. Montevideo; Buenos Aires: IBDEF, 2010.
- SKULJ, Agustina Iglesias. Los delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros: cambio de paradigma em el estatuto de la ley penal y em los mecanismos de control. Problemas Actuales de Derecho Penal. f. 513. Tese (Doctoral, biênio 2003-2005). Universidad de Salamanca, Salamanca, 2009.
- STRATENWERTH, Günter. *Que aporta la teoría de los fines de la pena?* Tradução de Marcelo A Sancinetti. Colombia: Universidad Externado de Colombia, 1996.
- STRECK, Lenio Luis. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. 8. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.
- STRECK, Lenio Luis. *Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas. Da possibilidade à necessidade de respostas corretas em Direito*. 2. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.
- TEUBNER, Gunther. *Direito, sistema e policontextualidade*. Tradução de Brunela Vieira de Vicenzi et al. São Paulo: UNIMEP, 2005.

- TEUBNER, Gunther. *El derecho como sistema autopoietico de la sociedad global*. Tradução de Manuel Cancio Meliá e Carlos Gómez-Jara Díez. Peru: Ara, 2005.
- TEUBNER, Gunther. *O direito como sistema autopoietico*. Tradução de José Engrácia Antunes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989.
- WELZEL, Hans. *Derecho penal alemã: parte general*. 11. ed. Tradução de Juan Bustos Ramírez e Sergio Yáñez Pérez. Santiago do Chile: Editorial Jurídica de Chile, 2011.
- WOHLER, Wolfgang. Teoria do bem jurídico e estrutura do delito. Tradução de Alaor Leite. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 90, p. 97-107, maio/jun.2011.
- WOLHERS, Wolfgang. Las jornadas desde la perspectiva de un escéptico del bien jurídico. In: HEFENDEHL, Roland (Org.). *La teoría del bien jurídico. fundamento de legitimación del derecho o juego de abalorios dogmatico?* Madrid: Marcial Pons, 2007. p. 402-408.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manuel de direito brasileiro: parte geral*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- ZAFFARONI, Raul Eugênio. *Globalização, sistema penal e ameaças ao Estado democrático de direito*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.