# O PODER JUDICIÁRIO E O SEU PAPEL CONSTITUCIONAL DE IMPEDIR A ADMINISTRATIVIZAÇÃO DO DIREITO PENAL BRASILEIRO

**Paulo Roberto Fonseca Barbosa**[*]

> Ali onde chovem leis penais continuadamente, onde por qualquer motivo surge entre o público um clamor geral de que as coisas se resolvam com novas leis penais ou agravando as já existentes, aí não se vivem os melhores tempos para liberdade, cujas consequências serão perceptíveis também para os que a exigiram de forma mais ruidosa – ali se pode pensar na frase de Tácito: *pessima respublica, plurimae lege*. (Carl Ludwig von Bar)

**RESUMO:** O Direito Penal é a forma mais drástica de intervenção estatal sobre a liberdade humana, trazendo-lhe marcas indeléveis. Razão disso, sua atuação deve ser comedida, limitando-se a atuar de forma adequada e necessária. O presente estudo insere-se nesse contexto, tendo em mira demonstrar a imposição constitucional direcionada ao Poder Judiciário brasileiro de impedir a utilização expansiva e, portanto, espúria do Direito Penal. Centra-se energia em atacar precisamente o problema alcunhado pela doutrina de administrativização do Direito Penal, traço marcante da sociedade de risco e resultante do advento do princípio da precaução. Para tanto, a teoria constitucional do garantismo, visivelmente recepcionada pela Constituição brasileira, apresenta-se como principal marco teórico. Com feito, o garantismo erige-se em referencial apto a fornecer guarida argumentativa a subsidiar a solução do problema, consistindo em fomentar uma atuação jurisdicional legítima, por meio de uma interpretação em conformidade com a Constituição, respeitando princípios penais basilares, reverenciando, assim, o momento atual de supremacia constitucional.

[*] Juiz de Direito e Juiz Eleitoral no Estado de Sergipe, Mestrando em Direito pela Universidade Federal de Sergipe (UFS), Especialista em Ciências Criminais pela Faculdade Social da Bahia (FSBA) e Bacharel em direito pela Universidade Estadual de Santa Cruz (UESC/BA).

**PALAVRAS-CHAVE:** Poder Judiciário. Garantismo. Direito Penal. Administrativização. Sociedade do Risco. Supremacia da Constituição.

## 1. INTRODUÇÃO

A Assembleia Nacional Constituinte talhou o preâmbulo da nossa Constituição Federal, instituindo um Estado Democrático destinado a assegurar a liberdade como um dos valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos. Outrossim, a Carta Magna erigiu como um dos seus fundamentos a dignidade da pessoa humana e, ainda, afirmou possuir como um dos seus objetivos a construção de uma sociedade livre, justa e solidária (respectivamente, arts. 1º e 3º da Constituição Federal). Por sua vez, a teoria constitucional do garantismo é pautada num binômio que pode ser resumido sucintamente como a contenção do poder criminalizante do Estado e a ampliação da liberdade dos indivíduos, com nítida rejeição do protagonismo penal. Nessa toada, ao lume da linha de atuação traçada pelo poder constituinte originário, podemos afirmar que a vigente Constituição brasileira possui essência garantista.

D'outra banda, é cediço que os textos constitucionais contemporâneos gozam de máxima força normativa, materializando-se em norma suprema de cada ordenamento jurídico. Como resultado, os preceitos do garantismo, embutidos nos recintos constitucionais contemporâneos, não podem ser violados. Ao revés disso, devem servir como norte a guiar a atividade do legislador ordinário, sob pena de a atividade mencionada receber a pecha de inconstitucional. Essa supremacia da Constituição tem origem no direito norte-americano e robustecimento no ocaso da Segunda Grande Guerra, sendo produto de uma nova modelagem do Direito Constitucional contemporâneo. Por essa nova conformação, o Poder Judiciário se legitima como o principal guardião da Constituição e de todo o seu substrato axiológico, cabendo-lhe edificar sua atividade interpretativa nos fundamentos e objetivos antevistos na lei magna.

Paralelamente ao desenvolvimento dos textos constitucionais, a sociedade também seguiu seu curso de desenvolvimento, influenciando e sendo influenciada pelo direito. A busca incessante por novas técnicas mais eficazes de produção, o incremento tecnológico e o consequente

crescimento econômico foram responsáveis por todo avanço social, proporcionando uma zona de conforto praticamente irreversível. Contudo, tudo isso somente foi possível com a materialização de riscos, os quais passaram a ser parte imanente da estrutura social. É nessa trama evolutiva que surge, então, a sociedade de risco e a premente necessidade de controlar as atividades perigosas. Isso porque o convívio com o perigo passa a ser necessário à manutenção do modelo econômico vigente. Inaugura-se, assim, o Direito Penal da precaução, com o propósito de regular condutas despidas de comprovada lesividade penal, inaugurando um cenário de duvidosa constitucionalidade.

É justamente nessa sociedade do risco que se verifica a força expansiva do Direito Penal, mostrando a administrativização como uma de suas facetas, a qual se caracteriza pela antecipação da tutela punitiva, com o abuso dos crimes de perigo abstrato; pela relativização do princípio da lesividade, com o fortalecimento dos delitos acumulativos; e por sancionar com penas criminais condutas lesivas ou potencialmente lesivas a bens jurídicos que poderiam ser adequada e eficazmente protegidos por típicas penalidades de natureza administrativa, dada a ausência de dignidade penal do bem jurídico protegido. Tudo isso provoca uma quebra da esperada racionalidade, incentivando o surgimento de um Direito Penal inadequado e desnecessário, portanto, inconstitucional. Daí a premência de uma atuação judicial atenta aos comandos constitucionais, em prol da manutenção das garantias outrora conquistadas com intenso sacrifício.

Objetivamos neste artigo traçar os contornos da atuação do Poder Judiciário, de molde a compatibilizar o resguardo da essência constitucional, por meio do uso racional do Direito Penal. Outrossim, pretendemos discorrer sobre o choque ocasionado entre o Direito Penal clássico e a nova sociedade de risco, demonstrando a ilegitimidade da expansão penal, afastando especificamente o fenômeno da administrativização e sua tática notoriamente falida de inchaço da legislação criminal e consequente relativização de garantias. Em arremate, enfrentaremos, à luz dos axiomas construtores do garantismo, o problema sempre candente dos crimes de perigo abstrato e dos delitos por acumulação, reafirmando o caráter subsidiário do Direito Penal, tendo por escopo conduzir os lindes da jurisdição às raias da legitimidade exigida pelo Estado Democrático de Direito, dentro de um panorama interpretativo viável.

## 2. A ESSÊNCIA GARANTISTA DA CONSTITUIÇÃO COMO PREMISSA FUNDAMENTAL

A coluna que sustenta a ideia central de nosso estudo é pautada na premissa por meio da qual a Constituição brasileira recepcionou a Teoria do Garantismo. E não poderia ser outro o entendimento. A simples leitura do texto constitucional não nos deixa mentir, dada a sua intensa carga normativa em prol do respeito e manutenção dos direitos e garantias fundamentais, içados ao posto de cláusulas pétreas, valendo citar *v. g.* a presunção de inocência,[1] a proibição de provas ilícitas,[2] a individualização da pena,[3] o direito ao devido processo legal[4] e, até mesmo quando o texto supremo veda a fiança e afasta a possibilidade de prescrição de certos crime, bem como determina a criminalização de algumas condutas, está atuando de forma garantista.[5]

Isto porque o garantismo não pode ser entendido apenas pelas lentes de uma tímida e mitigada intervenção penal ou mesmo por intermédio de um processo penal relativizado sempre em favor do réu, sobrecarregando o autor da imputação penal de forma desproporcional. O garantismo deve ser visto como uma proposta de mão dupla, sendo correto afirmar que "para ser titular de direitos fundamentais e desfrutar de suas correlatas garantias não é necessário tornar-se réu em uma ação penal" (FELDENS, 2008, p.66). Em outras palavras: o garantismo colima realizar, com máxima eficácia, os direitos fundamentais, oportunizando sua fruição tanto pelo homem livre como pelo acusado num processo penal. Pode, portanto, ser considerado uma teoria construída num duplo viés.

Passemos agora a uma breve análise histórica e conceitual do garantismo.

Não é demasiado afirmar que é milenar a luta do homem em face do poder do Estado no afã de resguardar a sua liberdade. A história testifica tal assertiva por meio de um dos seus episódios mais marcantes e importantes para humanidade: a Revolução Francesa (1789). Nesse referenciado marco histórico, restou evidenciada a antítese liberdade do homem *versus* poder estatal. Partindo desse ponto de vista, resulta salutar sempre que possível a ampliação da esfera de liberdade humana e a minimização do poder do Estado. Eis, então, o pano de fundo para o surgimento da Teoria do Garantismo, a qual tem como idealizador o professor italiano Luigi Ferrajoli. O garantismo é, a bem da verdade, uma

teoria com espeque constitucional, irradiando seus efeitos no campo do Direito Penal e Processual Penal, devendo-se entender como garantias, os direitos, isenções ou privilégios concedidos por uma Constituição ao seu cidadão.[6]

Necessário notar, ainda, que o garantismo deita suas raízes no conceito de meio-termo Aristotélico[7], eis que afasta a figura do Estado repressor, onde há o abuso irracional do direito de punir, bem como repele o Estado selvagem ou de natureza[8], no qual inexistem regras, preponderando a lei do mais forte. O garantismo, nessa ordem de ideias, seria uma virtude para Aristóteles. A doutrina em liça instrumentaliza-se, segundo Ferrajoli (2010, p. 91), em 10(dez) axiomas, os quais se mostram visceralmente conectados aos ideais iluministas e que, hodiernamente, já se encontram positivados no seio de quase todas as Constituições vigentes no direito ocidental, erigindo-se em valiosos pilares estruturais dos Estados Democráticos de Direito, talhados sob o império e sob a imprescindibilidade do princípio da legalidade.

Os 10(dez) axiomas que formam o sistema garantista (SG) dividem-se em três grupos, ligando-se à pena, ao delito e ao processo e podem ser assim dispostos: 1) *Nulla poena sine crimine* (princípio da retributividade); 2) *Nullum crimen sine lege* (princípio da legalidade no sentido lato ou no sentido estrito); 3) *Nulla lex (poenalis) sine necessitate* (princípio da necessidade); 4) *Nulla necessitas sine injuria* (princípio da lesividade do evento); 5) *Nulla injuria sine actione* (princípio da materialidade da ação); 6) *Nulla actio sine culpa* (princípio da culpabilidade ou da responsabilidade pessoal); 7) *Nulla culpa sine judicio* (principio da jurisdicionariedade); 8) *Nullum judicio sine accusatione* (princípio acusatório); 9) *Nulla acusatio sine probatione* (princípio do ônus da prova); 10) *Nulla probatio sine defensione* (princípio do contraditório).

Nas palavras do pai do garantismo, "estes dez princípios, ordenados e aqui conectados sistematicamente, definem – com certa força de expressão linguística – o modelo garantista de direito ou de responsabilidade penal, isto é, as regras do jogo fundamental de Direito Penal" (FERRAJOLI, 2010, p. 91). Trata-se de um norte seguro e legítimo a ser seguido pelo Estado-juiz no momento de análise de formação da responsabilidade penal (*rectius*, culpabilidade), para fins de aplicação ou não da reprimenda. Sua edificação axiológica foi resultante do processo de racionalização do Direito Penal, fruto das reivindicações advindas

das revoluções burguesas contra o *Ancien Regime*, ocorridas durante o século XVIII[9].

O referido processo de racionalização foi resultante da negação do fundamento teísta do Direito Penal, levado a efeito pelos contratualistas, fato que veio a modificar sobremaneira a espinha dorsal da estrutura punitiva daquela época, ocasião na qual as garantias eram mínimas, crime e pecado se confundiam e o homem sofria um processo de coisificação.[10] O Direito Penal, então, iniciou seu processo de laicizacão, deixando de lado sua concepção substancialista do delito, para perfilhar um caráter formalista, com a necessidade de sua comprovação (do delito) para ulterior punição. Razão disso, a laicização traçou uma política criminal de intervenção mínima, resguardando as individualidades (CARVALHO e CARVALHO, 2002, p.8/9). Começava assim a ruir o Direito Penal do autor, que permeou toda a inquisição medieval a partir do século XII, calcado em bases insólitas, afastadas ao mais leve piparote.

Surgia, nesse cenário histórico, o Direito Penal com garantias aos acusados.

Daí por que podemos afirmar que o movimento ilustrado foi o grande responsável por fornecer as estruturas de um novo Direito Penal, caracterizado pelo nascimento de um contínuo processo de reconhecimento de garantias fundamentais penais, tendo os indivíduos direitos oponíveis em face do Estado. A Teoria do Garantismo penal, portanto, pode ser conceituada como um modelo regulador da sanha punitiva estatal, pautando-se na racionalidade jurídica, consistente numa liberdade regrada, que se utilizava de técnicas de minimização dos poderes institucionais em prol da liberdade humana. Na ótica do seu mentor, almeja constituir um modelo normativo de direito, estribado na estrita legalidade, nota peculiar do Estado de Direito, o qual:

> Sob o plano epistemológico se caracteriza como um sistema cognitivo ou de poder mínimo, sob o plano político se caracteriza como uma técnica de tutela idônea a minimizar a violência e a maximizar a liberdade, e sob o plano jurídico, como um sistema de vínculos impostos à função punitiva do Estado em garantia dos direitos dos cidadãos (FERRAJOLI, 2010, p. 786)

Por certo, sendo um modelo normativo de direito, o garantismo penal tem em mira a legítima disciplina dos atos de restrição da liberdade humana por meio da lei, forçando o Estado a reconhecer o indivíduo como sujeito titular de direitos fundamentais, estes decorrentes da dignificação do homem, os quais não podem em hipótese alguma ser desrespeitados, dado suas características de universalidade (dirigem-se a todos os seres humanos) e irrenunciabilidade (os seus titulares não podem deles dispor). Contudo, embora o princípio da legalidade se constitua em pedra angular do garantismo, ocupando lugar de relevo no sistema de garantias, bem como seja o escudo precípuo do indivíduo em face do poder punitivo estatal, deve ser visto e analisado *cum grano salis*.

Isto porque Ferrajoli chama atenção para a necessidade de se aferir os graus de validade e vigência das normas jurídicas, eis que o garantismo não se satisfaz tão-somente com o ingresso formal da norma no ordenamento jurídico por meio do procedimento legalmente estabelecido, advinda de uma autoridade competente para dito mister, sem verificação de seu conteúdo, tal qual preconizado pelo positivismo de outrora. O garantismo fomenta nos juristas uma permanente tensão crítica sobre o arcabouço jurídico, com a consequente rejeição ao ultrapassado dogmatismo no momento de interpretação das normas, buscando-se uma cisão entre os conceitos de norma válida (aspecto material) e norma vigente (aspecto formal). Assim, o sistema de garantias acena para quebra da presunção de validade dos atos estatais, indicando a necessidade da constante existência da dúvida, do espírito crítico e da incerteza ante o aspecto substancial da lei e de sua utilização.[11]

Deveras, o positivismo jurídico foi realmente uma conquista imprescindível do passado, respaldando a legalidade, com os processos de codificação, e o surgimento dos textos constitucionais, trazendo a modelagem dos modernos Estados de Direito. Porém, a análise do fato e sua adequação ao dispositivo legal de há muito deixaram de ser benefícios isolados do indivíduo. Daí por que a perspectiva garantista move-se alimentada pela crítica incessante da norma, a qual deve ser sempre interpretada de maneira a fornecer uma maior amplitude à liberdade humana, achatando o poder estatal. Bem por isso, Carvalho (2011, p. 97) admoesta que "Se a pena é um 'mal em si mesmo', todas as possibilidades de mitigação do cárcere (redução dos danos que isto encerra) – democraticamente aceitáveis – devem ser buscadas pelo

intérprete".

Cravada a linhagem histórica do garantismo, podemos perceber o seu perfeito encaixe constitucional, indo ao encontro da vontade originária de potencializar os direitos e garantias fundamentais. Disso resulta a consequente conectividade com a nossa proposta de rejeição da administrativização generalizada do Direito Penal, haja vista que a criminalização desnecessária de novas condutas, como meio de forçar o cumprimento de regras essencialmente administrativas, através do uso de tipos de perigo abstrato e delitos cumulativos, evidencia nítida agressão aos princípios da necessidade (*nulla lex (poenalis) sine necessitate*) e lesividade (*nulla necessitas sine injuria*) do Direito Penal. Essa anomalia penal constitui a parte central de nosso estudo e é resultante da evolução social e de sua imprescindível convivência com o risco, o qual "será [vem sendo, na verdade] fator determinante para a orientação da política criminal" (BOTTINI, 2013, p. 37).

Cabe, como veremos adiante, ao Poder Judiciário o papel de reafirmar o garantismo.

## 3. A SUPREMACIA CONSTITUCIONAL E SUA BLINDAGEM JUDICIAL

É preciso voltar os olhos ao passado para compreender melhor a evolução e a magnitude dos textos constitucionais ora vigentes no direito ocidental.[12] A necessária história de conquistas da humanidade na efetivação normativa de direitos e garantias fundamentais coincidiu com a racionalidade e o advento das Constituições – por isso o garantismo é uma teoria constitucional. Com efeito, antes do surgimento do Estado Moderno, a razão era posta num plano medíocre e toda explicação fenomenológica era adligada aos dogmas religiosos e explicações divinas, como já dito *v.g.* confundiam-se crime e pecado. O homem não era senhor do seu destino. Todavia, o fortalecimento da classe burguesa e o impulso ao uso da razão – em todos os setores – modificaram o curso da história, inaugurando uma nova era.

Com efeito, as revoluções dos séculos XVII e XIX tiveram como pano de fundo sócio-político uma marcante atuação do liberalismo, com o nítido propósito de implementar a livre concorrência, impossibilitando a ingerência estatal, então mitigada pelo princípio da legalidade e pelo

fenômeno das codificações. De início, as bases filosóficas eram extraídas do jusnaturalismo divino, e, num segundo momento, o combustível a impulsionar os ideais burgueses era o jusnaturalismo racional. Todavia, o avanço burguês urgia por mais previsibilidade e segurança normativa, de modo que era vedada a interpretação legal – era a vez do positivismo jurídico[13], da busca pela neutralidade e cientificidade do direito, além da perigosa junção entre direito e normatividade estatal (*rectius*, lei).

Nesse contexto histórico, já inservível, saía de cena o direito natural.

Ao mesmo tempo, ante um capitalismo seminal, aliado à busca pela efetivação dos direitos fundamentais de primeira dimensão (civis e políticos), bem como mirando a formalização da separação de Poderes, seguiam-se as limitações dos poderes do Estado, com o advento das constituições escritas. Iniciavam-se aqui as bases para o denominado constitucionalismo moderno. A partir daí, os textos constitucionais evoluíram gradativamente. De simples pedaço de papel, subjugado aos fatores reais de poder, consoante defendia Lassalle[14], as Constituições passaram a ocupar posto de Lei Fundamental, constituindo-se em pedra angular de todo sistema normativo vigente, sob os auspícios do positivismo. Lançando mão do escólio de Kelsen, densificados em 1934, em sua obra mais famosa, *Teoria Pura do Direito*[15], denota-se que a Constituição é fincada no topo da pirâmide jurídica, abaixo apenas da norma fundamental hipotética, fornecendo (in)validade às demais disposições legais.

Entretanto, o positivismo subjacente ao constitucionalismo moderno, repudiando os princípios jurídicos e dissociando-se dos valores éticos e humanitários, foi alvo de severas e fundamentadas críticas advindas da comunidade jurídica mundial. Com efeito, o Estado Nacional Socialista (eufemismo para Estado Nazista) mostrou para o mundo a falência do princípio da legalidade como único mecanismo de legitimação do poder. Na referida modalidade de Estado, a lei obtinha validade pela sua forma de nascimento, sem guardar nenhuma obediência ao conceito material de justiça. Assim, amparado pela lei, o governo nacional socialista alemão cometeu o extermínio de milhões de pessoas politicamente indesejadas,[16] sob argumentos pífios e jamais aceitados.

Era preciso, então, traçar sustentáculos para uma nova teoria jurídica, após o transcurso das duas Grandes Guerras Mundiais. O Estado Legislativo de Direito deveria ceder espaço ao Estado Constitucional de

Direito, por meio do qual a legalidade ocuparia um plano secundário diante das disposições constitucionais, as quais passariam a ser dotadas de supremacia material,[17] tendo como bússola a dignidade da pessoa humana e os direitos e garantias fundamentais. Dessa maneira, seria possível uma lei ser formalmente válida e não encontrar morada no ambiente constitucional, ante eventual desrespeito aos preceitos substanciais positivados pelo constituinte originário. Para tanto, o direito muda a sua roupagem, passando doravante a destilar a robustez do seu caráter axiológico – é a era da força normativa dos princípios (CUNHA Jr., 2012, p. 39/40).

Despontava, assim, o neoconstitucionalismo.[18]

O neoconstitucionalismo, aos nossos olhos, consubstancia uma nova fase do direito constitucional ocidental, com traços próprios marcantes e bem delineados, sem precedentes na história, desencadeando um enquadramento diverso ao positivismo antes reinante[19]. Por certo, os textos constitucionais de outrora não possuíam normatividade suficiente ao ponto de se tornarem exequíveis, gerando direitos subjetivos. Ao revés, traziam em si normas de organização políticas sem força de aplicação e princípios com baixa densidade normativa e alto grau de abstração, ficando relegados ao segundo plano.[20] A primazia era da lei de efeito concreto, a qual criava direitos subjetivos, decidindo litígios, ao passo em que os princípios eram desacreditados. O positivismo, então, sem obter êxito em "explicar a realidade a normativa dos princípios, [negava] a juridicidade destes para salvaguardar o modelo teórico" (SCHIER, 2007, p. 257).

Entretanto, o ocaso da Segunda Guerra Mundial desencadeou verdadeira "revolução copernicana do Direito Público" (MIRANDA, 2007, p. 29). As constituições, até então esquecidas, por conta de sua natureza principiológica e com hierarquia usual de inferioridade em cotejo às leis vigentes, foram catapultadas ao posto de protagonistas desse mais novo capítulo sobre o filme da história da humanidade. Essa evolução dos textos constitucionais contemporâneos passou a evidenciar características peculiares, quais sejam: a) a sua natureza de norma jurídica imperativa e exigível; b) a supremacia material das disposições constitucionais ante o ordenamento em geral; c) o encaixe das constituições em local de destaque no plano do direito, servindo como farol a iluminar todos os demais segmentos jurídicos, que passam

doravante a ter leitura chancelada pela sua correlata constituição (BARCELLOS, 2011, p. 3).

Por sua vez, essa nova Teoria Geral do Direito Constitucional vai necessitar de instrumentos para concretização prática e defesa de suas premissas, fazendo valer sua imperatividade, agora qualificada pelo selo de superioridade material. O controle de constitucionalidade[21], por meio da criação de Cortes Constitucionais ou mesmo juízos monocráticos ou coletivos, é o instrumento para tanto. Nesse passo, instituído o sistema do *judicial review*, perde força o Legislativo, ao mesmo tempo em que o Poder Judiciário passa a ter destaque, sendo o principal guardião dos direitos e garantias fundamentais, portando a última palavra sobre as eventuais celeumas normativas. Cria-se, por conseguinte, um cenário inovador, onde a aplicação *in concreto* das normas constitucionais vai desencadear o advento da jurisdição constitucional, mudando por completo o alcance social das novas constituições.

Imperioso denotar que a supremacia do Poder Judiciário, no novo ambiente constitucional, decorre do ônus de ser ele (o Judiciário) o baluarte e o intérprete moral da Constituição, cabendo-lhe, desse modo, a legítima defesa intransigente da força normativa e dos princípios constitucionais. Dita supremacia resta potencializada, quando se observa a textura aberta dos novos diplomas constitucionais, ensejando constante mutação interpretativa do órgão judicante no afã de acompanhar os avanços sociais. Como resultado, a amplitude do controle jurisdicional de (in)constitucionalidade, pela via da interpretação principiológica, restringe a atividade legislativa, submetendo-a sempre ao crivo judicial, possibilitando, ainda, o poder criativo dos juízes[22], instaurando uma aparente crise de legitimidade.

A bem da verdade, a sobreposição do Poder Judiciário sobre os demais Poderes não é e está longe de ser uma unanimidade. Entretanto, a atual sistemática do Direito Constitucional contemporâneo sinaliza para a necessidade da supremacia judicial. Isto porque, a partir do instante em que o Poder Judiciário passa a ser responsável por densificar e complementar os contornos da lei do mais alto escalão normativo, redefinindo princípios, desatando conceitos controvertidos e ponderando valores, assume, sem dúvida, um lugar de primazia entre os Poderes, sendo guindado à "condição de elemento racionalizador do sistema jurídico" (EMERIQUE, 2007, p. 371), sem prejuízo do necessário sistema

de freios e contrapesos.

Ademais disso, no Brasil, a supremacia judicial é albergada pela própria lítera do art. 102, da Constituição[23] e pode ser também traduzida pela imperatividade dos princípios constitucionais, os quais terminam por atuar, ao mesmo tempo, como um filtro limitativo para o Poder Legislativo e potente instrumento de controle judicial, causando um legítimo desequilíbrio voluntário de forças com a nítida intenção de possibilitar a blindagem e garantir a força normativa da Constituição. Ainda quanto à supremacia do Judiciário, cabe dizer que se trata de uma supremacia reconhecida no campo jurídico, a qual certamente não pode ser traduzida no mundo fático. Para tanto, basta realizar uma incursão à história do Brasil e do mundo ocidental, quando se verá a inofencividade do Judiciário ante os grandes golpes. Bem por isso, Hamilton (2003, p. 464, tradução nossa), afirmou que "(...) o Judiciário é sem dúvida o mais fraco dos três poderes; nunca poderá enfrentar com sucesso os outros dois; e deve tomar todo cuidado possível para defender-se dos ataques daqueles."[24]

## 4. A SOCIEDADE DE RISCO E SUAS IMPLICAÇÕES NO DIREITO PENAL

Nos tópicos anteriores, advogamos ser a Constituição brasileira portadora do garantismo, haja vista sua orientação ser voltada para a amplitude da liberdade humana e encolhimento do poder punitivo estatal. Também buscamos demonstrar que a doutrina garantista constitui a própria essência da Constituição, o seu eixo axiológico. E, mais, vimos que o legítimo guardião da Constituição é o Poder Judiciário, responsável por estabelecer o ponto final de todos os conflitos e dúvidas que tragam como questão de fundo algo relacionado ao plano constitucional. Doravante, procuraremos demonstrar as implicações de tais assertivas em cotejo com a realidade social para, a partir daí, detalhar as consequências resultantes do choque provocado entre a evolução social e o direito, direcionando os holofotes para o fenômeno da administrativização no campo penal e o papel do Poder Judiciário.

Ninguém seria tão inocente ao ponto de afirmar que não vivemos em uma sociedade de consumo[25]. O consumo, a bem da verdade, pode ser classificado como principal elemento estrutural do vértice econômico

da sociedade, alimentando o modelo organizacional da civilização ocidental industrializada, onde aqui incluímos, mesmo que tardiamente ou incompletamente, a sociedade brasileira industrializada. Contudo, a sociedade industrial embrionária evolui ao ponto de não suportar os efeitos gerados por sua própria atividade desenvolvimentista. Numa comparação regressiva com a história, podemos afirmar que, do mesmo jeito que a modernidade nutrida do século XIX fez desmoronar os pilares da "*esclerosada sociedade agrária estamental, e ao depurá-la, extraiu a imagem estrutural da sociedade industrial, hoje a modernização dissolve os contornos da sociedade industrial e, na configuração da modernidade, surge uma outra configuração social*"(BECK, 2011, p. 12/13, grifos no original).

Essa outra configuração social é denominada por Beck de "sociedade de risco" (*Risikogesellschaft*), título do seu livro publicado em 1986, logo após o acidente na cidade ucraniana de Chernobyl, e mundialmente difundido. No livro, o sociólogo alemão expõe as consequências dos influxos ocasionados pelos riscos advindos com a industrialização e potencializados num mundo globalizado e com limites territoriais encurtados pela tecnologia. Beck escancara a contradição resultante entre modernidade e sociedade industrial, separando uma da outra e denunciando a incapacidade desta última de controlar os riscos produzidos pela primeira, concluindo que a produção de riquezas estaria em papel de inferioridade quando defrontada à produção de riscos (BECK, 2011, p. 15).

Com efeito, a escassez que penalizava a sociedade de outros tempos serviu e ainda serve como mote a impulsionar a busca por novas fontes de riqueza social, materializadas em novas tecnologias e conhecimento científico capaz de suprir momentaneamente as ilimitadas necessidades humanas. Contudo, se a busca incessante por riqueza permanece igual, agora os riscos são diferentes[26]. Com efeito, o passado era caracterizado pela produção de riscos individualizáveis, atingindo pessoas certas e determinadas, localizadas geograficamente. Somado a isso, havia maior possibilidade de antever eventuais resultados danosos. De maneira simplificada: os riscos eram pessoais, regionais e previsíveis. Assim, de certa forma, havia um controle razoável dos riscos produzidos, os quais não eram inseridos como motivo de preocupação no contexto social (BOTTINI, 2013, p. 25). Nessa época, o Direito Penal liberal atendia sua

função de proteger bens jurídicos.

Entretanto, na atual sociedade de risco, fruto das imposições decorrentes da Revolução Industrial desencadeada no século XIX, a ideia é fomentar o consumismo através das inovações tecnológicas e industriais, alcançando o maior número de pessoas possíveis – essa é a lógica do sistema capitalista[27]. Nesse passo, a procura pelo "novo" implica em intensa atividade direcionada ao desenvolvimento científico, sem que se saiba ao certo quais serão os eventuais resultados produzidos, criando um quadro nebuloso de incerteza e insegurança[28], onde todos são vítimas em potencial. Assim, o risco passa a ser elemento característico das sociedades modernas, compondo a espinha dorsal da estrutura econômica. De seu turno, os empreendimentos arriscados "já não podem – como os riscos fabris e profissionais no século XIX e na primeira metade do século XX – ser limitados geograficamente ou em função de grupos específicos. Pelo contrário, contêm uma tendência globalizante" (BECK, 2011, p. 16).

As principais características do risco contemporâneo e seus influxos sobre o direito são apresentadas por Bottini (2013, p. 27/30) da seguinte maneira: a) o risco desloca-se da periferia para a parte central da organização social, passando a sofrer a incidência de decisões políticas, eis que passa a ser gênese de atividades perigosas, atraindo a necessidade de regulação estatal, inclusive por meio do Direito Penal; b) a visualização do nexo de causalidade entre conduta danosa e resultado torna-se cada vez mais difícil, pois o processo de pulverização dos fatores referenciais de tempo e espaço é intensificado a cada dia pelas inovações tecnológicas[29]; c) cria-se o chamado "efeito bumerangue"[30], por meio do qual se materializa a democratização do risco, ou seja, quem produz e/ou se beneficia do risco também pode sofrer seus efeitos maléficos.

Tudo isso ocasiona uma situação conflitante, pois o clamor pela descoberta de inovações tecnológicas que propiciem a cura de doenças, o melhoramento genético, o aumento da produção alimentar, a segurança dos meios de transporte etc., também vem acompanhado da obscuridade dos possíveis estágios de perigo resultantes da aplicações empíricas das novas descobertas. E para agravar tal situação de conflito, a racionalidade científica já não mais seria a via apta a extirpar a produção prévia dos riscos indesejáveis, evitando a periculosidade decorrente do comportamento humano, pois "Ao ocuparem-se com os

riscos civilizacionais, as ciências sempre acabaram por abandonar sua base de lógica experimental, contraindo um casamento polígamo com a economia, a política e a ética" (BECK, 2011, p. 35), comprometendo o encontro da verdade objetiva.

Como visto, a necessidade de viabilizar o desenvolvimento econômico implica em permitir a produção necessária de certos riscos. Contudo, a ignorância sobre a periculosidade daí advinda passa a ser fator decisivo a fomentar a intervenção do Estado, normatizando penalmente os limites aceitáveis das atividades e empreendimentos geradoras de perigo, cristalizando uma típica atuação administrativa de gerenciamento de riscos.[31] Busca-se uma fórmula legal com escopo de preservar o atual modelo de produção e, ao mesmo tempo, garantir a pretendida segurança social. Como consequência, a normatização do risco é vista na antecipação da tutela punitiva, com o abuso dos crimes de perigo abstrato; na relativização do princípio da lesividade, com o fortalecimento dos delitos acumulativos; e no uso de penas criminais para proteção de bens jurídicos que poderiam ser adequada e eficazmente protegidos por típicas penalidades de natureza administrativa, ensejando uma tutela penal simbólica.

Fica evidente, assim, a construção de uma nova roupagem ao Direito Penal, que começa a despir-se de sua função originária de ser o protetor das liberdades contra os eventuais abusos do Estado, passando a ocupar o posto de aliado desse mesmo Estado na equalização dos riscos e consequente organização social, aproximando-se, portanto, do Direito Administrativo. E o traço marcante dessa nova configuração do Direito Penal é notado pelo acolhimento do princípio da precaução[32], o qual vai repercutir de modo tão incisivo ao ponto de reformular a atual política criminal e balançar a estrutura dogmática do delito. Nas palavras de Bottini (2013, p. 64), "O Direito Penal, aos poucos, incorpora a precaução como princípio orientador de determinadas normas penais, para robustecer o sistema de gerenciamento de riscos, e para responder às demandas sociais por maior controle e por maior segurança". Mas até que ponto seria legítimo um Direito Penal da precaução?

Eis, então, o ponto nodal de nosso estudo, consistente em posicionar a atuação do Poder Judiciário num contexto conflituoso, onde a teoria do crime não consegue abarcar serenamente, com legitimidade e adequação constitucionais, as novas modalidades de delitos oriundos dessa nova

sociedade do risco. Deveras, o sistema penal clássico, resultante do período ilustrado, focado em reprimir condutas lesivas a determinado bem jurídico individual cometidas no passado, agoniza *hic et nunc* diante de delitos, os quais passam a ser regulados de forma antecipada (sem lesão) e com o intuito de proteger bens jurídicos coletivos, como *ad exemplum* o meio ambiente e a ordem econômica. Isso cristaliza a notória expansão do Direito Penal brasileiro, indo de encontro ao garantismo constitucional, despertando atuação do seu garante, o juiz. A teoria do crime, portanto, necessita ser revisitada pela atuação jurisdicional.

## 5. O PODER JUDICIÁRIO E A EXPANSÃO PENAL: UM RÉQUIEM AO FENÔMENO DA ADMINISTRATIVIZAÇÃO NO DIREITO PENAL

O capítulo em testilha enquadra-se naquilo que podemos denominar ser o mérito do nosso estudo. É a partir desse ponto que tentaremos reunir as premissas até aqui já levantadas, de molde a fornecer um norte de segurança e legitimidade ao órgão julgador na sua árdua tarefa de resguardar a essência constitucional, contextualizando-a no âmbito de efervescência social. Dita missão, no caso em liça, traduz-se, grosso modo, em viabilizar a utilização racional do Direito Penal diante das transformações evolutivas da sociedade já delineadas, proporcionando segurança sem materialização de vivências inconstitucionais. Mais especificamente: o intuito é concatenar a supremacia da Constituição no ambiente do risco, encontrando uma teoria constitucional do delito que atenda ao seu objetivo de proteger bens jurídicos, respeitando sempre as garantias e os direitos fundamentais, por meio de uma dogmática lógica.

Para tanto, um primeiro ponto se mostra vital e consiste simplesmente em saber que o problema existe. E o problema, em poucas palavras, pode ser resumido da seguinte maneira: o Direito Penal clássico não possui em si estrutura dogmática para cumprir o seu objetivo precípuo, consistente na proteção de bens jurídicos, e, por isso, vem utilizando a lógica gerencial do Direito Administrativo para demonstrar eficiência diante dos novos delitos produzidos pela sociedade de risco.[33] Por conseguinte, o legislador penal vem amiúde subvertendo imposições constitucionais, transformando regra em exceção, haja vista a grande quantidade de condutas normatizadas como crimes de perigo abstrato

e delitos cumulativos. Nessa toada, o Direito Penal, *ultima ratio*, vai caminhando ao posto de *prima ratio* do Estado, na proporção direta em que a ineficiência estatal contribui para a administrativização desse mesmo Direito Penal.[34]

O fenômeno em tela teve sua origem a partir do momento em que o Estado de Polícia iluminista recebeu os influxos normativos decorrentes da Revolução Francesa. Com feito, antes do mencionado evento histórico, a atuação estatal não era limitada ou regulada por ordenamento jurídico nenhum. Tal fato mudou com nascimento do Estado de Direito, pautado na legalidade. O Direito Penal seguiu na proteção de bens jurídicos individuais, calcado na tradição jusnaturalista. Já o Direito Administrativo ocupou-se da organização do Estado, buscando proteger antecipadamente direitos dos cidadãos e do próprio Estado. Aqui se notou, pela primeira vez, a ligação entre o Direito Penal e o Direito Administrativo, consistente na imposição de sanções decorrentes de condutas ilícitas (DIAS, 2001, p. 138).[35]

Essa atividade administrativa de proteção passou a necessitar de um ordenamento próprio, desencadeando a figura da contravenção penal, categoria gestada pelo código penal napoleônico. Entretanto, o desenvolvimento social começou a exigir, cada vez mais, a atuação interventiva do Estado, fazendo diminuir os laços entre o Direito Penal e o Direito Administrativo, ante a necessidade de se fazer valer as diretrizes estatais. Tal fato agravou-se sobremaneira após a Primeira Grande Guerra e veio intensificando-se paulatinamente. Foi nesse cenário em que "o legislador foi-se deixando seduzir, um pouco por toda parte, pela ideia, perniciosa mas difícil de evitar, de pôr o aparato das sanções criminais, ao serviço dos mais diversos fins da política social" (DIAS, 2001, p. 139/140), potencializando-se dito comportamento por conta dos novos problemas decorrentes da sociedade do risco.

Essa fusão entre o Direito Penal e o Direito Administrativo é denominada por Sanches (2011, p. 145) de "administrativização do Direito Penal"[36], sendo identificada pela larga utilização dos crimes de perigo abstrato, pelos delitos cumulativos e pelo protagonismo da sanção criminal na proteção de bens jurídicos sem dignidade penal. Tudo isso, como veremos, traz na retaguarda o princípio da precaução como guia.[37] Tentaremos, sob essa divisão de problemas, indicar propostas e soluções.[38] Note-se que deixamos para conceituar cada um dos institutos

mencionados nesse momento de enfrentando dos problemas, por entender ser essa a forma mais didática, tanto mais porque a própria conceituação de alguns institutos já enseja crítica imediata, como sói acontecer com os crimes de perigo abstrato ou presumido. Dita espécie delitiva é o primeiro problema a ser enfrentado.

A nossa ideia é posicionar o Poder Judiciário diante de tais crimes, os quais não ocasionam lesão ou perigo de lesão, à luz dos preceitos constitucionais. Isso porque muito se tem discutido na doutrina alienígena e intestina acerca da (in)constitucionalidade dos crimes de perigo abstrato. As decisões judiciais também oscilam quanto a fornecer (ou não) guarida constitucional a tais delitos.[39] O tema, portanto, demanda estudo. A questão precípua é compatibilizar a opção do legislador penal de proteger bens jurídicos por meio da estrutura dos crimes de perigo abstrato, entendidos como "condutas perigosas de *per si*, independente da demonstração de qualquer dano ou perigo de dano, de sorte que a lei presume o perigo de dano *juris et de jure*" (QUEIROZ, 2013, p. 223). Além disso, outro problema seria a quebra da presunção de inocência, por conta da inversão do ônus probatório, prejudicando os acusados dessa modalidade delitual.

O argumento mais contundente em favor da citada inconstitucionalidade menciona o princípio nitidamente garantista da lesividade ou ofensividade (*nulla necessitas sine injuria*), consistente na impossibilidade de aceitação de crime sem, no mínimo, prova de um perigo concreto ao bem jurídico tutelado. O princípio em referência, com repouso implícito na Constituição Federal, forneceria para a existência, em tese, de qualquer delito uma escala de lesividade que se iniciaria no perigo concreto de dano e terminaria na efetiva lesão do objeto penalmente resguardado, deixando de lado as condutas abstratamente perigosas. D'outro lado, os adeptos da constitucionalidade, incluindo hoje a maioria dos julgados do STF[40], não conseguem indicar um argumento razoável a legitimar os delitos de perigo abstrato, pois veem ratificando a opção do legislador penal ante a necessidade de proteger bens jurídicos relevantes, imprimindo, destarte, uma visão funcionalista ao Direito Penal.[41]

Devemos perceber que o ponto em comum entre as teses contraditórias consiste no referencial bem jurídico. Tal fato evidencia a importância atribuída ao objeto tutelado pela norma, motivo por que entendemos ser imprescindível a sua utilização na legitimação da atuação mínima do

Direito Penal. Nesse passo, num primeiro momento, o juiz deve guiar a sua atuação jurisdicional, na órbita criminal, sempre questionando como regra a existência de um bem digno de proteção penal e com repouso constitucional. Do contrário, sem objeto previsto na Constituição, deve ser constatada a ilegitimidade (*rectius*, inconstitucionalidade) da tutela penal, sobrelevando o caráter subsidiário do Direito Penal e a essência garantista da Constituição. Num segundo momento, aferido o merecimento do amparo penal por chancela constitucional, parte-se para a análise da existência de dano ou perigo concreto de dano ao objeto jurídico resguardado, fazendo uma análise da culpabilidade em concreto.[42]

Porém, a questão não é tão simples assim. Isso porque as modificações resultantes da sociedade do risco, mormente a incorporação do princípio da precaução ao Direito Penal, com massificação dos crimes de perigo abstrato e o reconhecimento constitucional dos bens jurídicos coletivos, terminaram por balançar as estruturas da teoria clássica do delito, consoante já afirmando linhas atrás. A primeira incongruência é reconhecer a constitucionalidade de um delito, desnudo de lesividade mínima a qualquer bem jurídico penal, sem violar um sistema constitucional estribado no garantismo. Tudo começa com a ideia de relativização do bem jurídico levado a efeito pelo advento dos bens coletivos.[43] Ripollés (2005, p. 148) adverte, todavia, que mesmo perdendo força, não há indicativo que o conceito de bem jurídico perdeu sua utilidade, "mas sim que é preciso colocá-lo no lugar que lhe corresponde".

Vejamos, então, com exemplos, como fica difícil legitimar a aceitação de alguns delitos com antecipação da tutela penal, sem qualquer ofensa ao objeto protegido. Citamos os art. 306 e 310, do Código de Trânsito Brasileiro (CTB)[44] e arts. 12 e 15 da Lei 10.826/2003[45]. Pela leitura dos dispositivos mencionados, denota-se a possibilidade de apenar um indivíduo, pela forma mais rígida de punição, sem prova de qualquer espécie de lesão. No caso do citado art. 306, imaginemos uma pessoa que ingeriu uma pequena quantidade de vinho e, dentro da mais perfeita normalidade, conduz seu automóvel até o local de destino sem cometer nenhuma transgressão apta a criar uma situação de perigo concreto, conquanto apresente "0,3 miligrama de álcool por litro de ar alveolar" (art. 306, §1˚, inc. I, *in fine*). Ou, na hipótese do referido art. 15, um indivíduo dispare sua arma, para fins de verificação de aptidão

de disparo, no quintal de sua ampla residência, direcionando o projétil para o chão de areia.

Nos casos acima ventilados, o juiz está legitimado a proferir uma condenação criminal? Entendemos que não, sob pena de admitirmos o retorno do Direito Penal do autor, que pune comportamentos sem lesividade. Ferrajoli (2010, p. 433) sedimenta pontuando que "Em qualquer caso, deve tratar-se de um dano ou de um perigo verificável ou avaliável empiricamente, partindo das características de cada concreta conduta proibida, e não só considerando em abstrato somente o conteúdo da proibição". Vendo sob esse ângulo, defendemos aqui primeiramente uma necessária redefinição da teoria do bem jurídico penal, adotando uma concepção dualista[46], de molde a aceitar a existência de bens individuais e coletivos sob a tutela penal.

Entretanto, o reconhecimento de um bem jurídico coletivo deve ser acompanhado de uma análise antropocêntrica[47] do eventual resultado produzido pela conduta típica em exame. O juiz, diante de um caso em concreto, envolvendo um bem coletivo, deve perguntar-se de que maneira a conduta *sub judice* afetou um interesse humano e se esse interesse possui endosso constitucional. Do contrário, deve ser rejeitada criação de novos bens jurídicos coletivos apenas para "legitimar" a constitucionalidade dos crimes de perigo abstrato, como bem analisado por Greco (2011, p. 104). Em síntese: não é o alto grau de abstração de um bem coletivo constitucional que vai suprir o pressuposto da lesividade para legitimar a antecipação da tutela penal, pois sempre haverá a necessidade de se aferir a escala de danosidade resultante da conduta típica.

É justamente por isso que propomos a utilização da técnica de interpretação conforme a Constituição[48] nas hipóteses envolvendo crimes de perigo abstrato, de modo que seja preservada a constitucionalidade de cada tipo desenvolvido sob dita estrutura de delito, harmonizando a necessidade de proteção, potencializada pela sociedade do risco, sem prejuízo dos direitos e garantias fundamentais de cada indivíduo. O caso passaria a ser analisado de maneira peculiar para se aferir a existência ou não de culpabilidade e o juiz seria o maior responsável por isso. O garantismo seria, destarte, pelo crivo do Judiciário, concretizado em sua dupla vertente.[49] Isso seria possível por meio da análise empírica de cada conduta, realizando-se uma leitura expansiva de cada crime de perigo abstrato, embutindo a danosidade ou o perigo concreto de dano como

elemento estrutural do tipo. Desse modo, o juiz exerceria o seu poder criativo, aperfeiçoando a atividade do legislador penal, conduzindo-a aos berços da constitucionalidade.

Restaria, portanto, suprido o princípio da lesividade, pela via da integração judicial interpretativa, viabilizando constitucionalmente a tendência de antecipação legislativa da tutela penal, além de concretizar na prática a cooperação entre os Poderes.[50] Outrossim, continuaria incólume a presunção constitucional de inocência, haja vista que o ônus de provar a lesão ou perigo concreto de lesão deslocar-se-ia para o acusador. E, por fim, outro ganho substancial seria a retomada do centro de imputação do Direito Penal clássico, ou seja, a reprovabilidade penal deixaria de ser direcionada prematuramente para a conduta, retornando para o resultado, seu local de origem, impedindo a odiosa construção dos crimes de comportamento.

Além dos crimes de perigo abstrato, outro problema,[51] enfrentado por nós nesse estudo, oriundo da sociedade de risco, e que vem atormentando a dogmática jurídico-penal, é a figura do delito por acumulação (*kumulationsdoikte*). Tal modalidade delitiva é caracterizada pela necessidade de proteger bens jurídicos coletivos daquelas condutas que, se praticadas de forma isoladas, não lesariam o bem protegido de forma contundente, porém, se reunidas, afetariam sobremaneira o objeto tutelado. A ideia surge inicialmente no Direito Penal alemão, por impulso de Lothar Kuhlen, com o escopo de solucionar um caso concreto, envolvendo matéria ambiental.[52] Chamamos atenção para o fato dessa categoria de delito também inserir-se no enredo, ora contestado, da administrativização do Direito Penal, no qual o legislador penal atua subsidiado pelo princípio da precaução, proibindo condutas individuais insignificantes, de molde a garantir a incolumidade de um bem jurídico de fruição geral e futura.

Entretanto, embora louvável a atitude do legislador, é imperioso notar que a estrutura dogmática utilizada para tanto se mostra inadequada, quando confrontada com os cânones constitucionais.[53] Consoante defendemos anteriormente, os crimes de perigo abstrato podem receber uma interpretação constitucional que lhe garante vivência no ordenamento jurídico, e essa mesma forma de tratamento deve ser dispensada aos delitos cumulativos, sob pena de flagrante inconstitucionalidade. E aqui mais uma vez se mostra fundamental a

atuação jurisdicional caso a caso, realçando a culpabilidade material de cada indivíduo. Isso em razão do próprio conceito de delito cumulativo desprezar aparentemente o princípio da ofensividade,[54] fato inaceitável num ordenamento tipicamente garantista. Por certo, não há abrigo constitucional para se instituir um Direito Penal do comportamento, sem lesão a bem jurídico determinado.

A utilização da técnica legislativa de criminalização cumulativa, sem análise da culpabilidade individualizada, termina por lançar ao vento garantias insculpidas a duras penas ao longo dos séculos, flexibilizando mormente as regras de imputação do fato delitivo, haja vista não delimitar questões de tempo (quando ocorreu a materialidade) e espaço (onde ocorreu a materialidade). A flexibilização mencionada termina por subverter de forma espúria a teoria do bem jurídico em prol da expansão penal, pois mais bens implicam em mais delitos. Contudo, o Direito Penal legitimado pelo Estado Democrático de Direito somente deve atuar na defesa de bens jurídicos lesionados ou, no mínimo, contra condutas que promovam um perigo concreto de dano, como já detalhado neste capítulo anteriormente. Antes tais razões, deve ser recusada "qualquer concepção penal baseada na extensão da criminalização, que transforme o Direito Penal em instrumento diário de governo da sociedade e em promotor ou propulsor de fins de pura política" (DIAS, 2012, p. 146).

O afastamento da lógica cumulativa assenta-se, ainda, na forte impregnação de conteúdo moral, vinculado a um dever de solidariedade. Parte-se do questionamento "o que aconteceria se todos praticassem determinada conduta?". Desse modo, a conduta repelida não traria qualquer prejuízo isoladamente e sua proibição estribar-se-ia na necessidade de evitar comportamentos egoístas, por meio dos quais um indivíduo beneficia-se em detrimento dos outros. Sobre o tema em comento, calha transcrever, pela lucidez argumentativa, o escólio de Oliveira (2013, p. 32): "trata-se de uma conduta imoral, porém não suficientemente relevante para ser considerada um ilícito penal, especialmente diante da reforçada impossibilidade de o Direito Penal ser instrumentalizado para punição de meras imoralidades".

Disso resulta ser incompatível com o texto constitucional admitir a criminalização de uma conduta sem lesividade, sob o perigoso argumento de proteger bens coletivos, valendo mencionar como exemplo os artigos 29 e 38, ambos da Lei 9.605/98.[55] Ora, acolhendo-se a tese da

cumulatividade, o indivíduo que apanhar um único animal silvestre, sem autorização legal, estaria incurso de imediato nas penas do mencionado art. 29. De outro tanto, caso o mesmo indivíduo resolvesse proceder ao corte de uma única árvore situada em floresta de preservação permanente, também estaria sob a égide do Direito Penal. Contudo, dita interpretação simplória não se nos afigura razoável, cabendo ao juiz uma interpretação conforme a Constituição, dentro da realidade fática de cada caso levado ao seu crivo. Assim, por exemplo, se determinada área de preservação é desmatada de forma significativa (*rectius*, lesiva) por um único indivíduo, mesmo que em diferentes contextos, dando origem a uma situação de risco àquela área protegida, seria legítimo, só assim, o uso do Direito Penal.

O juiz, nessa ordem de ideias, é certamente o "elemento racionalizador do sistema jurídico" (EMERIQUE, 2007, p. 371). Razão disso, deve desempenhar o seu *munus* em conformidade com a nossa Carta Magna, a qual alberga como um dos seus fundamentos a dignidade da pessoa humana e, ainda, afirma possuir como um dos seus objetivos a construção de uma sociedade livre, justa e solidária (respectivamente, arts. 1º e 3º da Constituição Federal). Por tais argumentos, a expansão penal, na forma como foi aqui destrinchada (crimes de perigo abstrato e delitos cumulativos), deve ser considerada ilegítima, salvo se realizada pelo magistrado uma interpretação conforme as diretrizes constitucionais, perquirindo individualmente a lesividade, em respeito ao princípio da culpabilidade. Assim, o Poder Judiciário estará reafirmando a subsidiariedade do Direito Penal, coibindo o fenômeno da administrativização, e ao mesmo tempo impedindo o uso de sanções criminais, quando na verdade a penalização administrativa mostrar-se-ia adequada.

Ainda com o intuito de propor alternativas para solução do problema da expansão penal, ressaltamos, além da atuação jurisdicional, a necessidade de fortalecimento do Direito Administrativo sancionador. Com efeito, uma atuação mais eficaz do Poder Executivo em coibir a prática de ilícitos administrativos desafogaria o Direito Penal para sua atuação naquelas hipóteses nas quais se mostra necessária a criminalização.[56] Por certo, o Direito Penal é somente um dos caminhos possíveis para promoção de proteção social e não é, e nem será capaz de atingir seu intento de forma isolada. É preciso atuação setorizada

(educação, geração de emprego, lazer etc.) e construtiva do Estado. Aliado a isso, é preciso, também, rejeitar a proliferação do Direito Penal simbólico,[57] caracterizado por "manter um nível de tranquilidade na opinião pública, fundado na impressão de que o legislador se encontra em sintonia com as preocupações que emanam da sociedade" (BIANCHINI, 2002, p. 124).

É certo que vivemos um momento no qual o Direito Penal clássico vem sendo posto à prova diante da nova realidade social. O advento do risco na sociedade capitalista estremeceu a base dogmática do Direito Penal, demonstrando que realmente o "direito pressuposto condiciona a elaboração do direito posto." (GRAU, 1998, p. 44). Contudo, as transformações resultantes em leis não podem ser avessas ao texto constitucional, ao revés disso, devem ser nele iniciadas, respeitando-o sempre.[58] Nesse passo, diante da inércia legislativa em reconhecer as modificações sociais e preparar a Constituição Federal para os novos problemas decorrentes do moderno Direito Penal, cabe ao juiz, seu legítimo defensor, realizar uma interpretação contextualizada com o novo ambiente de transformações, resguardando a essência garantista escolhida pelo poder constituinte originário.

Deveras, a existência de um sentimento constitucional em implementar os programas sociais prometidos, concretizando a dignidade humana, se mostra patente e deve partir de todos os intérpretes da Constituição[59], mormente daqueles que compõem os Poderes da República. Sob tal prisma, no que diz respeito "aos poderes constituídos, a dignidade ora assume o papel de fronteira à sua atuação, ora se identifica como objetivo da atuação destes" (JACINTHO, 2009, p. 37). É, portanto, tendo como alvo precípuo a concretização de um dos fundamentos de nossa Constituição, a dignidade da pessoa humana, em sua dupla vertente (promoção e proteção), que é legítima a negação da administrativização do Direito Penal brasileiro.

## 6. CONCLUSÃO

Após toda linha de argumentação expendida, procuramos demonstrar o vínculo existente entre as premissas lançadas e suas implicações diretas junto ao processo de administrativização do Direito Penal brasileiro, embora sem ter a pretensão de esgotar o assunto em estudo, mas

procurando contribuir para resolução do embate. Procuramos, num primeiro momento, demonstrar a essência garantista da Constituição Federal brasileira e as consequências daí decorrentes no campo do Direito Penal. Prosseguindo, buscamos explicitar, por meio de uma análise histórica, o novo momento de supremacia vivido pelo Direito Constitucional ocidental, realçando a ascensão do Poder Judiciário e seu papel de garante das Constituições. Por fim, explicamos os impactos decorrentes da sociedade do risco no seio do Direito Penal brasileiro.

Detectamos, como conclusão, ser o fenômeno da administrativização do Direito Penal, na forma como vem sendo feita, uma atividade inconstitucional, eis que a proliferação dos crimes de perigo abstrato e delitos cumulativos, onde não há lesividade ao bem jurídico tutelado, não se compactua com o espírito garantista da Constituição brasileira. Entretanto, concluímos, também, que a atuação do juiz, diante de cada caso concreto, buscando sempre a formação individual da culpabilidade, pode reverter dito quadro de inconstitucionalidade, fazendo uso da técnica de interpretação conforme ao texto constitucional, perquirindo a existência (ou não) de lesividade ao objeto protegido. Nesse passo, pensamos que o Direito Penal liberal continuará cumprindo de maneira legítima, ao menos por enquanto, o seu papel principal de ser a *ultima ratio* na proteção de bens jurídicos, ensejando segurança social, ao mesmo tempo em que restarão resguardados os direitos e garantias fundamentais.

## IL POTERE GIUDIZIARIO E LA SUA FUNZIONE CONSTITUZIONALE PER IMPEDIRE IL AMMINISTRATIVISMO DEL DIRITTO PENALE BRASILIANO

**RIASSUNTO**: Il diritto penale è la forma più drastica di intervento a riguardo della libertà umana, tracciando segni indelebili. Per questa ragione, la sua attuazione deve essere misurata, limitandosi ad attuarla nella forma adeguada e necessaria. Il presente studio si inserisce in questo conntesto, avendo come obiettivo quello di dimostrare l'imposizione costituzionale direzionata al Potere Giudiziario brasiliano per impedire l'uso esteso e perciò incorretto del diritto penale. Si focalizza l'energia per affrontare precisamente il problema succitato dalla dottrina amministrativistica del diritto penale, caratteristica evidente della società del rischio derivante dall'arrivo del principio di precauzione. Per

questo, la teoria costituzionale del garantismo, visibilmente approvata dalla Costituzione brasiliana, si presenta come il principale quadro teorico. Cosí, il garantismo si innalza a riferimento adatto per fornire un rifugio argomentativo sovvenzionando la soluzione del problema, atto a promuovere un'attuazione giurisdizionale legittima, per mezzo di una interpretazione in conformità con la Costituzione, rispettando i principi penali basilari, venerando, così, il momento attuale di supremazia costituzionale.

**PAROLE CHIAVI**: Potere Giudiziario. Garantismo. Diritto Penale. Amministrativismo. Societá del rischio. Supremazia della costituzione.

## Notas

[1] Art. 5˚, inciso LVII
[2] Art. 5˚, inciso LVI
[3] Art. 5˚, inciso XLVI
[4] Art. 5˚, inciso LIV
[5] Art. 5˚, incisos XLII, XLIII e XLIV
[6] Bobbio (*apud* FERRAJOLLI, 2010, p. 7), prefaciando a primeira edição de *Direito e Razão*, livro gênese da Teoria do Garantismo, enuncia que se tratou de uma aposta alta, caracterizada pela "Elaboração de um sistema geral de garantismo ou, se preferir, a construção das vigas-mestras do Estado de direito que tem por fundamento e por escopo a tutela da liberdade do indivíduo contra as várias formas de exercício arbitrário do poder, particularmente odioso no Direito Penal."
[7] Para Aristóteles (2001, p. 44): "Existem, então, três espécies de disposições; duas delas são vícios que envolvem excesso e carência respectivamente, e a terceira é uma virtude, ou melhor, o meio-termo."
[8] Para Rousseau (2012, p. 48), a passagem do estado de natureza para o estado civil promoveu importantes modificações nas ações humanas, que passaram a explicitar nítido caráter moral, além de cambiarem o instinto pela justiça. Segundo o mencionado contratualista, o homem, por meio do contrato social, deixou de ser um "animal estúpido e limitado" para ostentar o *status* de "ser inteligente".
[9] Segundo o jurista argentino Mendez (*apud* BATISTA, 2011, p. 12), o Direito Penal iluminista, resultado das lutas da burguesia que culminaram na Revolução Francesa, se legitima como instrumento de defesa da sociedade civil, frente a um Estado (absolutista) que atuava factual e normativamente com total arbitrariedade e discricionariedade.
[10] Kant (2003, p. 174) rejeitava a ideia de utilização da pena como meio de se obter benefícios à sociedade, afirmando que o castigo deve ser infligido ao homem "somente porque ele cometeu um crime, pois um ser humano nunca pode ser tratado apenas a título de meio para fins alheios."
[11] Oportunos, nessa perspectiva, os ensinamentos de Carvalho (2002, p. 21), quando acrescenta que: "A doutrina garantista nega os pressupostos do positivismo dogmático, entendendo que (a) o poder é ontologicamente voltado à violação dos direitos; (b) legitimidade e legalidade são categorias diversas; e, consequentemente, (c) que os atos emanados pelo poder público, seja Legislativo, Executivo ou Judiciário, não se presumem regulares, sendo necessária, pois, a criação de mecanismo eficaz de seu controle." Feldens (2008, p. 70-71) acena de forma contrária à quebra da presunção de legitimidade dos atos estatais, afirmando que não se pode "dizer que *todo* o

poder é mal e que *necessariamente* descambará para o despotismo." (destaques originais)
[12] A importância da análise histórica é incentivada por Hesse (2009, p. 2), para quem: "Parte do reconhecimento de que a constituição de uma comunidade política concreta, seu conteúdo, a singularidade de suas normas e seus problemas hão de ser compreendidos numa perspectiva histórica. Só a consciência dessa historicidade permite a compreensão total e o juízo acertado das questões jurídico-político-constitucionais."
[13] Larenz (1991, p. 44) define, de forma sintética, que "essa nova orientação intelectual, que se esforçava por liquidar todos os resíduos jusnaturalistas, era o positivismo".
[14] Em 16 de abril de 1862, Lassalle (2003, p. 35) advogou sua tese fundamental sobre a essência da Constituição, pontuando que "juntam-se esses fatores reais de poder, escrevemo-los em uma folha de papel, dá-se-lhes expressão escrita e a partir desse momento, incorporados a um papel, não são simples fatores reais de poder, mas sim verdadeiro direito, nas instituições jurídicas e quem atentar contra eles atenta contra lei, e por conseguinte é punido".
[15] Kelsen (1999, p. 247) asseverou que: "A ordem jurídica não é um sistema de normas jurídicas ordenadas no mesmo plano, situadas umas ao lado das outras, mas é uma construção escalonada de diferentes camadas ou níveis de normas jurídicas. A sua unidade é produto da conexão de dependência que resulta do fato de a validade de uma norma, que foi produzida de acordo com outra norma, se apoiar sobre essa outra norma, cuja produção, por sua vez, é determinada por outra; e assim por diante, até abicar finalmente na norma fundamental – pressuposta. A norma fundamental – hipotética, nestes termos – é, portanto, o fundamento de validade último que constitui a unidade desta interconexão criadora". Comungando da teoria kelseniana, Bobbio (2011, p. 61) sublinha a diversidade das fontes normativas no ordenamento e detecta que a unidade normativa somente é possível "pelo fato de que, direta ou indiretamente, com desvios mais ou menos tortuosos, todas as fontes do direito podem ser deduzidas de uma única norma". Para uma visão crítica sobre a pureza da teoria em apreço, vale conferir Larenz (1991, p. 91-109), quando aduz que: "Esta concepção é dificilmente compatível com função da judicatura no Estado constitucional".
[16] Conde (2005, p. 226-227) comenta Dachau, um dos campos de concentração mais temidos, da seguinte forma: "Originariamente, foi concebido para receber opositores políticos ao regime nazista, principalmente comunistas, mas já desde o primeiro momento foram internados também nele os associais, e a partir de 1938, depois da *Kristallnacht*, os judeus. Posteriormente se foram trasladando a ele pessoas, principalmente judeus, sacerdotes católicos poloneses, ciganos, etc., procedentes dos países do Leste Europeu ocupados pelas tropas alemãs (Polônia, Rússia, Países Balcânicos, etc.). Também houve espanhóis, exilados depois da Guerra Civil e detidos na França. Em seus 12 anos de vida passaram por ali mais de 200.000 pessoas, mesmo dado que muitas pessoas nem sequer foram registradas, quiçá este número seja maior. Oficialmente, houve durante estes anos quase 30.000 falecimentos. Ainda que igualmente devem ter existido muitos mais executados nas câmaras de gás ou fuzilados."
[17] Ganha relevo aqui a ideia de filtragem constitucional, a qual acena para a "preeminência normativa da Constituição, pressupondo também uma teoria da norma constitucional que compreendesse a sua dimensão normativo-linguística e também material" (SCHIER, 2007, p. 252).
[18] O neoconstitucionalismo confunde-se, a bem da verdade, com o movimento de constitucionalização do direito, resultante do segundo pós-guerra, quando os textos constitucionais passaram a apresentar peculiaridades até então inexistentes. Nesse sentido, Guastini (p. 50-58) traça sete condições para se aferir a constitucionalização de um ordenamento, quais sejam: a) uma Constituição rígida; b) garantia jurisdicional da Constituição; c) força vinculante da Constituição; d) interpretação extensiva da Constituição; e) possibilidade de aplicação direta da Constituição; f) necessidade de interpretação das leis conforme a Constituição; e g) poder de influência da Constituição sobre as relações políticas. Mais adiante, indicaremos a interpretação extensiva e conforme, para fins de resolução do problema do

nosso estudo. Ainda sobre o neoconstitucionalismo, Pozzolo (2006, p. 79) lista sintomas de sua identificação, a saber: "a) a adoção de uma noção específica de Constituição que foi denominada 'modelo prescritivo de Constituição como norma'; b) a defesa da tese segundo a qual o direito é composto (também) de princípios; c) a adoção da técnica interpretativa denominada 'ponderação' ou 'balanceamento'; d) a consignação de tarefas de integração à jurisprudência e de tarefas pragmáticas à Teoria do Direito."

[19] Entretanto, alguns autores não constatam diferenças entre o neoconstitucionalismo e o positivismo. Por todos, Comanducci (2002, p. 102), quando afirma que "*la teoria del derecho noeconstitucionalista resulta ser nada más que el positivismo jurídico de nuestros días.*"

[20] Canotilho (2003, p. 121) complementa, afirmando que, nessa época, "os códigos civis convertem-se na principal fonte de direito. São eles e não as constituições que fixam os princípios gerais do direito remetendo o texto constitucional para a categoria de uma simples 'lei orgânica dos poderes políticos.'"

[21] Tal modalidade de controle deita raízes na notória decisão do Juiz John Marshall, no caso *Marbury vs Madison*, em 1803, quando declarou inconstitucional uma lei americana à luz da Constituição Federal.

[22] Cappelletti (1999, p. 24-25), em obra clássica sobre o tema, defende o poder criativo dos juízes, aduzindo que "quando se fala dos juízes como criadores, afirma-se nada mais do que uma óbvia banalidade, um truísmo privado de significado: é natural que toda interpretação seja criativa e toda interpretação judiciária '*law-making*'". No mesmo sentido, Hart (2009, p. 351): "sempre haverá, em qualquer sistema jurídico, casos não regulamentados juridicamente sobre os quais, em certos momentos, o direito não pode fundamentar uma decisão em nenhum sentido, mostrando-se o direito, portanto, parcialmente indeterminado ou incompleto. Para que possa proferir uma decisão em tais casos, o juiz não deverá declarar-se incompetente nem remeter os pontos não regulamentados ao poder legislativo para que este decida, como outrora defendia Bentham, mas terá de exercer sua discricionariedade e criar o direito referente àquele caso, em vez de simplesmente aplicar o direito estabelecido já existente. Assim, nesses casos não regulamentados juridicamente, o juiz ao mesmo tempo cria direito novo e aplica o direito estabelecido, o qual simultaneamente lhe outorga o poder de legislar e restringe esse poder." Pela ótica da filosofia pragmática do direito, a criatividade judicial é defendia também por Posner (2007, p. 37-38). Ver, ainda, Barroso (2011, p. 267). Em sentido contrário, Pozzolo (2006, p. 100) e Paiva (2013, p. 499-528).

[23] Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição (...)

[24] No original: *(…) the judiciary is beyond comparison the weakest of the three departments of power; that it can never attack with success either of the other two; and that all possible care is requisite to enable it to defend itself against their attacks.*

[25] Tal assertiva encontra eco em interessante trecho da obra de Bauman (2008, p. 31), quando releva a banalidade da natureza descartável dos bens de consumo: "Entre as maneiras com que o consumidor enfrenta a insatisfação, a principal é descartar os objetos que a causam. A sociedade de consumidores desvaloriza a durabilidade, igualando 'velho' a 'defasado', impróprio para continuar sendo utilizado e destinado à lata de lixo. É pela alta taxa de desperdício, e pela decrescente distância temporal entre o brotar e o murchar do desejo, que o fetichismo da subjetividade se mantém vivo e digno de crédito, apesar da interminável série de desapontamentos que ele causa. A sociedade de consumidores é impensável sem uma florescente indústria de remoção do lixo. Não se espera dos consumidores que jurem lealdade aos objetos que obtêm com a intenção de consumir."

[26] "Quem – como – Colombo saiu em busca de novas terras e continentes por descobrir assumiu riscos. Estes eram, porém, riscos pessoais, e não situações de ameaça global, como as que surgem para toda humanidade com a fissão nuclear ou com o acúmulo de lixo nuclear. A palavra 'risco' tinha, no contexto daquela época, um tom de ousadia e aventura, e não o da possível autodestruição da vida na Terra." (BECK, 2011, p 25)

[27] Referindo-se à nítida sintonia entre o sistema capitalista e o consumismo, Marcuse (1975, p. 13) lembra "como a sociedade afluente depende cada vez mais da ininterrupta produção e consumo do supérfluo, dos novos inventos, do obsoletismo planejado e dos meios de destruição, os indivíduos têm de adaptar-se a esses requisitos de um modo que excede os caminhos tradicionais." Ainda sobre o consumismo, Bauman (2008, p. 38) aponta ser ele "especialmente importante, se não central para a vida da maioria das pessoas, o verdadeiro propósito da existência. É quando nossa capacidade de 'querer', 'desejar', 'ansiar por' e particularmente de experimentar tais emoções repetidas vezes de fato passou a sustentar a economia do convívio humano."

[28] Dita insegurança é minimizada por Sanches (2011, p. 46-47)), quando admoesta que "*a vivência subjetiva dos riscos é claramente superior a própria existência objetiva dos mesmos*" (grifos no original). Segundo o autor, "existe uma elevadíssima 'sensibilidade ao risco'", elencando como um dos motivos a atuação dos meios de comunicação, os quais terminam por encurtar distâncias, potencializando o medo.

[29] Vejamos o exemplo citado por Beck (2011, p. 33): "A mulher que, em seu apartamento de três cômodos num subúrbio de Neuperlach, amamenta seu pequeno Martin de três meses de idade encontra-se desse modo numa 'relação imediata' com a indústria química, que fabrica pesticidas, com os agricultores, que se veem obrigados, em razão das diretrizes agrícolas da Comunidade Europeia, a recorrer à produção massiva especializada e à sobrefertilização, e por aí afora". No exemplo, comprovada uma lesão ao pequeno Martin, decorrente de componentes químicos alimentares advindos da amamentação, em razão da ingestão de agrotóxicos, fica patente a dificuldade de se imputar eventual conduta delitiva ao seu real agente. Isso porque o nexo de causalidade entre conduta e dano foi diluído ao longo do processo produtivo, tornando incerto o tempo e o local do evento criminoso, inviabilizando a responsabilidade penal.

[30] Nas palavras de Beck (2011, p. 44): "Os atores da modernização acabam, inevitável e bastante concretamente, entrando na ciranda dos perigos que eles próprios desencadeiam e com os quais lucram". O autor segue exemplificando nas páginas seguintes algumas das hipóteses nas quais pode ser visualizado o tal efeito.

[31] Segundo Sanches (2011, p. 148), "o Direito Penal, que reagia *a posteriori* contra um fato lesivo individualmente delimitado (quanto ao sujeito ativo e ao passivo), se converte em um direito de gestão (punitiva) de riscos gerais e, nessa medida, está 'administrativizado'".

[32] No intuito de pavimentar o caminho para o transcorrer seguro de nossas ideias, cabe aqui conceituar e distinguir os princípios da precaução e prevenção. Para tal desiderato, permitimo-nos lançar mão dos ensinamentos de Milaré (2009, p. 823), quando aduz que : "De maneira sintética, podemos dizer que a prevenção trata de riscos ou impactos já conhecidos pela ciência, ao passo que a precaução se destina a gerir riscos ou impactos desconhecidos. Em outros termos, enquanto a prevenção trabalha com o risco certo, a precaução vai além e se preocupa com o risco incerto. Ou ainda, a prevenção se dá em relação ao perigo concreto, ao passo em que a precaução envolve perigo abstrato."

[33] Sanchez (2011, p. 176) ratifica tal assertiva, pontuando que "o Direito Penal, além da imputação de culpabilidade pelo fato cometido, parece corresponder, em medida determinante, à gestão administrativa do delito como risco social."

[34]A confusão entre o Direito Penal e o Direito Administrativo vem sendo assimilada pelos cidadãos. Um bom exemplo disso ocorreu em Itabaiana/SE, quando o atraso do salário dos professores motivou a classe a registrar um boletim da ocorrência junto à Delegacia local. Disponível em: http://cajunews.com.br/a-prefeitura-se-apropria-desse-dinheiro-que-a-gente-nao-sabe-pra-onde-vai-denuncia-professora-apos-prestar-queixa-policial-contra-prefeitura-de-itabaiana/. Acesso em 07/03/14.

[35] Segundo Dias (2001, p. 138): "Esta ligação assumiu, no caso português, uma peculiaridade digna de menção: a de o ensino universitário do Direito Administrativo ter sido desde 1843 'anexado' ao ensino do direito criminal, com Basílio Alberto de Souza Pinto, um penalista, como

professor, só a partir de 1853 se tornado objecto de uma cadeira autônoma."

[36] Bottini (2013, p. 152) explica que: "A administrativização do Direito Penal remete à problemática das normas penais em branco. Tais normas são expressas por meio de tipos penais incompletos, que remetem a outras esferas a definição precisa dos aspectos objetivos do ato ilícito". Para o autor, tal fato decorre da impossibilidade de descrever condutas precisas diante do quadro de instabilidade social, sempre modificado pela complexidade das relações e advento de novos riscos.

[37] A bem da verdade, a antecipação da tutela, utilizada em demasia no moderno Direito Penal, dimana do princípio da precaução ambiental, vertente especial do Direito Administrativo. Sobre o princípio em comento, atuando no Direito Ambiental, vejamos a doutrina francesa: "A ignorância quanto às exatas consequências a curto e longo prazo de certas ações não deve servir de pretexto para adiar a adoção de medidas que visem prevenir a degradação ambiental. Em outras palavras, diante da incerteza ou da controvérsia científica atual, é melhor adotar medidas de proteção severas a título de precaução do que nada fazer esperando que os danos se revelem. O princípio da precaução é um seguro para o futuro" (PRIEUR, 2011, p. 187, tradução nossa). No original: *L'ignorance quant aux conséquences exactes à court ou à long terme de certaines actions ne doit* pás servir de pretexte *pour remettre à plus tard l'adoption de mesures visant à prevenir la degradation de l'environnment. Autrement dit, face à l'incertitude ou à la controverse scientifique actuelle, il vaut mieux prendre de suíte dês mensures de protection sévères à titre de précaution que de ne rien faire em attendant que se révèlent* dês *dommages. Le príncipe de pécaution est um assurance sur l'avenir.*

[38] A ideia de dividir o problema encontra acalanto em Descartes (2009, p. 33-35), quando acena para quatro premissas a serem seguidas em busca da verdade, quais sejam: i) sempre duvidar de tudo, ao menos que seja evidente a verdade, evitando conclusões de forma precária; ii) dividir os problemas de um mesmo assunto em tantas partes quanto possível, de molde a minorar as dificuldades e facilitar a resolução; iii) começar a resolver os problemas mais simples, indo gradativamente até o mais complexo e, por fim, iv) enumerar e revisar todas as respostas, certificando-se de que nada relevante foi omitido.

[39] Pela constitucionalidade, vale conferir junto ao STJ o Recurso Especial nº 34.322-0, Relator Min. Luiz Vicente Cernicchiaro: "A infração penal não é só conduta. É também resultado no sentido jurídico normativo, ou seja, lesão ou perigo de lesão ao bem jurídico. A doutrina renega os delitos de perigo de lesão ao bem jurídico. Com efeito, não tem sentido punir a simples conduta se ela não conta, ao menos, com probabilidade de risco ao bem jurídico. O ilícito penal não resulta do simples conduzir sem o correspondente documento. Isso é ilícito administrativo. A relevância penal nasce quando a conduta põe em perigo o bem jurídico". Em sentido contrário, *vide* HC 110.258/DF, cujo Relator foi o Ministro Dias Toffoli, assim gizado: "Relembro, ademais, que, assim como o delito de embriaguez ao volante, também o crime de porte ilegal de arma de fogo classifica-se como crime de perigo abstrato, consumando-se com o simples ato de alguém portar arma de fogo sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar, prescindindo para sua tipificação, a demonstração de ofensividade real da conduta, o que não leva, de igual forma, à inconstitucionalidade do mencionado tipo penal".

[40] Oportuno mencionar a pendência de julgamento da ADI 4103/DF, cuja relatoria incumbe ao Ministro Luiz Fux, versando, em linhas gerais, sobre a inconstitucionalidade dos artigos 2˚, 4˚ e 5˚, incisos III, IV e VIII, todos da Lei Federal n˚ 11.705/2008, pois essa demanda pode abrir novos horizontes sobre o tema aqui versado.

[41] Sobre o funcionalismo penal na sociedade de risco, conferir Bottini (2011, p. 82-85).

[42] Nesse mesmo tom, Bianchini (2002, p. 58): "É da Constituição que se retiram, de forma implícita ou explícita, os valores (aqui abrangendo a categoria de bem jurídico) que merecem proteção por meio da via penal, o que não significa, entretanto, que todas as condutas atentatórias a eles serão criminalizadas". Por isso, diz-se que o Direito Penal é fragmentário, ou seja, nem todos os bens constitucionais recebem o manto do Direito Penal, apenas algumas

partes/fragmentos da Constituição.

[43] Como exemplo de bens jurídicos coletivos, vale mencionar o meio ambiente, a ordem econômica, a saúde pública etc.

[44] Art. 306. Conduzir veículo automotor com capacidade psicomotora alterada em razão da influência de álcool ou de outra substância psicoativa que determine dependência: Penas - detenção, de seis meses a três anos, multa e suspensão ou proibição de se obter a permissão ou a habilitação para dirigir veículo automotor.
Art. 310. Permitir, confiar ou entregar a direção de veículo automotor a pessoa não habilitada, com habilitação cassada ou com o direito de dirigir suspenso, ou, ainda, a quem, por seu estado de saúde, física ou mental, ou por embriaguez, não esteja em condições de conduzi-lo com segurança: Penas - detenção, de seis meses a um ano, ou multa.

[45]Art. 12. Possuir ou manter sob sua guarda arma de fogo, acessório ou munição, de uso permitido, em desacordo com determinação legal ou regulamentar, no interior de sua residência ou dependência desta, ou, ainda no seu local de trabalho, desde que seja o titular ou o responsável legal do estabelecimento ou empresa: Pena - detenção, de um a três anos, e multa.
Art. 15. Disparar arma de fogo ou acionar munição em lugar habitado ou em suas adjacências, em via pública ou em direção a ela, desde que essa conduta não tenha como finalidade a prática de outro crime: Pena - reclusão, de dois a quatro anos, e multa.

[46] "(...) temos de partir de uma teoria dualista do bem jurídico". (GRECO, 2011, p. 87).

[47] Costa (2010, p. 5) esclarece mencionando que: "O cerne de nosso sistema valorativo é a pessoa humana. O Direito e o Estado existem para servir à pessoa, decorrendo daí ser ela o ponto de partida para a construção do conceito de bem jurídico. Assim, apenas os elementos tidos como essenciais para o desenvolvimento da pessoa numa determinada realidade social podem ser alçados à categoria de bens jurídicos".

[48] Segundo Barroso (2011, p. 325), dita técnica seria em verdade um princípio com uma finalidade de aprimorar a atividade interpretativa e ainda permitir o controle de constitucionalidade. "Como técnica de interpretação, o princípio impõe a juízes e tribunais que interpretem a legislação ordinária de modo a realizar, da maneira mais adequada, os valores e fins constitucionais. Vale dizer: entre interpretações possíveis, deve-se escolher a que tem mais afinidade com a Constituição". E prossegue explicando que "Como mecanismo de controle de constitucionalidade, a interpretação conforme a Constituição permite que o intérprete, sobretudo o tribunal constitucional, preserve a validade de uma lei que, na sua leitura mais óbvia, seria inconstitucional. Nessa hipótese, o tribunal, simultaneamente, *infirma* uma das interpretações possíveis, declarando-a inconstitucional, e *afirma* outra, que compatibiliza a norma com a Constituição." (destaques originais) Conferir, também, Mendes (1996, p. 268), quando sinaliza que "no caso de duas interpretações possíveis de uma lei, há de se preferir aquela que se revele compatível com a Constituição."

[49] A propósito: "É a partir dessa perspectiva de análise que acreditamos não incorrer em excessos linguísticos ao nos pronunciarmos sobre um modelo garantista integral. Um modelo que corresponde, nada mais e nada menos, a essa *multifuncionalidade* dos direitos fundamentais. Um modelo que se mantém fiel à tradicional função dos direitos fundamentais como barreiras à ação estatal, mas que agrega condição à função protetiva que o Estado há de exercer, em determinado ponto ou medida, a esses mesmos direitos fundamentais, em face das reais ameaças do poder privado" (FELDENS, p. 63-64). (destaque original)

[50] Por oportuno, Ramos (2013, p. 92) sinaliza que o princípio da separação de poderes, "que veio a ser adotado pelo Estado constitucional como vetor da estrutura organizatória do Estado e como mecanismo de controle, passa a ser hoje encarado como cooperação e não separação absoluta entre poderes, de modo a abarcar a multifuncionalidade e complexidade do Estado contemporâneo."

[51] Tratando do problema na ótica ambiental, Costa (2010, p. 96) acentua ser "bastante clara, assim, a inadequação das estruturas penais para tratar da imputação de boa parte dos problemas

ambientais. A imputação individual de resultados se move, no âmbito das lesões ambientais, em um terreno pantanoso demais para as exigências do sistema penal".

[52] Kuhlen percebeu que "pequenas propriedades suinocultoras ao longo de um rio lançavam dejetos em quantidades ligeiramente acima do permitido pelas regras administrativas. Constatou-se, contudo, que apesar da pouca representatividade dos poluentes lançados ao rio por cada uma das propriedades (insuficiente, portanto, para a caracterização do tipo penal de poluição das águas), a soma dos poluentes despejados por todas as propriedades representava uma deterioração grave da qualidade da água. Em vista desse problema, sugere o autor a punição destas condutas, individualmente, com a finalidade de preservação do meio ambiente, enquanto bem jurídico coletivo, a ser desfrutado por toda sociedade". (OLIVEIRA, 2013, p. 28)

[53] Aqui nos referimos aos princípios constitucionais do devido processo legal e todos os seus consectários, quais sejam: legalidade, lesividade, ampla defesa e contraditório etc.

[54] Tecendo comentários sobre a relativização do princípio da lesividade na sociedade do risco, Sanchez (2011, p. 156) ressalta parecer "claro que, também para o Direito Penal, o fator decisivo começa a ser o problema das grandes cifras e não a dimensão de lesividade do comportamento individual".

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

Art. 38. Destruir ou danificar floresta considerada de preservação permanente, mesmo que em formação, ou utilizá-la com infringência das normas de proteção.

[56] Infelizmente, a omissão do Poder Executivo em coibir ilícitos tipicamente administrativos termina em alguns momentos sendo incentivada pelo próprio Judiciário, conforme recente posicionamento jurisprudencial. Isso pode ser notado, em ofensa ao quanto aqui propomos, na edição do Verbete 502, do Superior Tribunal de Justiça (STJ), assim grafado: "Presentes a materialidade e a autoria, afigura-se típica, em relação ao crime previsto no art. 184, § 2º, do CP, a conduta de expor à venda CDs e DVDs piratas". Certamente, a efetiva fiscalização administrativa, corroborada pela aplicação de sanções com a mesma natureza, já seria suficiente e mais eficaz no papel de proteger o bem jurídico tutelado.

[57] "Na verdade, o objetivo subjacente à legislação simbólica, é tão-somente atrair o consentimento do cidadão em favor do Estado, validando entre eles a ilusão de segurança, capacidade e eficiência (MONTE, 2008, p. 3). No original: *Invero, l'obiettivo di fondo della legislazione simbolica, è proprio quello di attirare il consenso dei cittadini verso lo Stato, avvalorando fra gli stessi l'illusione di sicurezza, capacità ed efficienza.* Ver, ainda, em idêntica direção, Marcelo Neves (2011, p. 38).

[58] Em tom de crítica, Verdú (2007, p. 90) denuncia que: "Chegamos a um momento em que se dá pouca importância à vulneração da legalidade, contanto que as medidas políticas obtenham resultados benéficos no campo social."

[59] Häberle (1997, p. 13) defende que "no processo de interpretação constitucional estão potencialmente vinculados todos os órgãos estatais, todas as potências públicas, todos os cidadãos e grupos, não sendo possível estabelecer-se um elemento cerrado ou fixado com *numerus clausus* de intérpretes da Constituição."

## REFERÊNCIAS

ARISTÓTELES. *Retórica* – tradução, textos adicionais e notas Edson Bini. São Paulo: Edipro, 2011.

BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais*: o princípio da dignidade da pessoa humana. 3. ed. Rio

de Janeiro: Renovar, 2011.
BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo*: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao Direito Penal brasileiro.* 12. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011.
BAUMAN, Zygmunt. *Vida para Consumo*. A transformação das pessoas em mercadoria. Rio de Janeiro: Zahar, 2008.
BECK, Ulrich. *Sociedade de risco*: rumo a uma outra modernidade. 2. ed. São Paulo: Editora 34, 2011.
BIANCHINI, Alice. *Pressupostos materiais mínimos da tutela penal.* São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2002.
BOBBIO, Noberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. Tradução de Ari Marcelo Solon, prefácio de Celson Lafer, apresentação de Tércio Sampaio Ferraz Júnior. São Paulo: EDIPRO, 2011.
BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Crimes de perigo abstrato*. 3. ed. ver. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.
CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição.* 7. ed. Coimbra, Almedina, 2003.
CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* – Sergio Antonio Fabris Editor, Porto Alegre, 1993/ Reimpressão, 1999.
CARVALHO, Amilton Bueno de; CARVALHO, Salo de. *Aplicação da pena e garantismo.* 2. ed. Rio de janeiro: Lumen Juris, 2002.
COMANDUCCI, Paolo. *Formas de (neo)constitucionalismo: un análisis metateórico*. *In*: Revista Isonomia, n˚ 16, 2002.
CONDE, Francisco Muñoz. *Edmund Mezger e o Direito Penal de seu tempo*. Rio de janeiro: Lumen Juris, 2005.
COSTA, Helena Regina Lobo da. *Proteção penal ambiental*: viabilidade – efetividade – tutela por outros ramos do direito. São Paulo: Saraiva, 2010.
CUNHA JR., Dirley da. *Curso de direito constitucional*. 6. ed. Salvador: Editora *Jus*Podivm, 2012.
DESCARTES, René. *Discurso do método*. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2011.
DIAS, Jorge de Figueiredo. *Temas básicos da doutrina penal do equilíbrio*. Coimbra: Coimbra editora, 2001.
DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito Penal.* Tomo II . 2 ed. Coimbra:

Coimbra editora, 2012.
DUARTE, Écio Oto Ramos; POZZOLO, Susanna. *Neoconstitucionalismo e positivismo jurídico*: as faces em tempos de interpretação moral da constituição. São Paulo: Landy Editora, 2006.
EMERIQUE, Lilian Balmant. *Neoconstitucionalismo e interpretação constitucional*. In: Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, volume XLVIII, números 1 e 2. Lisboa: Coimbra editora, 2007.
FELDENS, Luciano. *Direitos fundamentais e Direito Penal*: garantismo, deveres de proteção, principio da proporcionalidade, jurisprudência constitucional penal, jurisprudência dos tribunais de direitos humanos. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008.
FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão*: Teoria do Garantismo penal. Tradução de Ana Paula Zomer Sica *et al*. 3. ed. ver. São Paulo: editora Revista dos Tribunais, 2010.
GRAU, Eros Roberto. *O direito posto e o direito pressuposto.* 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1998.
GRECO, Luís. *Modernização do Direito Penal, bens jurídicos coletivos e crimes de perigo abstrato*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.
GUASTINI, Ricardo. *La constitucionalización del ordenamiento jurídico: el caso italiano*. Tradução de José María Lujambio. In: http://www.equidad.scjn.gob.mx/IMG/pdf/GUASTINI_R-_La_constituionalizacion_del_ordenamiento_juridico_1_.pdf. Acesso em 07/03/2014.
HAMILTON, Alexander; JAY, John; MADISON, James (2003). *The Federalist Papers*. New York: Signet Classics.
HART, H. L. A. *O conceito de direito.* São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009.
HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.
HESSE, Konrad. *Temas fundamentais do direito constitucional.* São Paulo: Saraiva, 2009.
JACINTHO, Jussara Maria Moreno. *Dignidade humana*: princípio constitucional. Curitiba: Juruá, 2009.
KANT, Imanuel. *A metafísica dos costumes.* Bauru, São Paulo: Edipro, 2003.
KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito.* 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito.* 6. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2012.
LASSALE, Ferdinand. *O que é uma Constituição.* São Paulo: Minelli, 2003.
MARCUSE, Herbert. *Eros e Civilização.* Uma interpretação filosófica do pensamento de Freud. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1975.
MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição Constitucional.* São Paulo: Saraiva, 1996.
MILARÉ, Edis. *Direito do ambiente*: a gestão ambiental em foco. 6 ed. São Paulo: editora Revista dos Tribunais, 2009.
MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional.* Tomo II. 6. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2007.
MONTE, Elio Lo. *Osservazioni sulla contrapposizione tra sicurezza e libertà nella recente legislazione penale: uma pericolosa tendenza*. In: FÖPPEL, Gamil (coord.). *Novos Desafios do Direito Penal no Terceiro Milênio.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.
NEVES, Marcelo. *A Constitucionalização Simbólica.* 3. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2011.
OLIVEIRA, Ana Carolina Carlos de. *A tutela (não) penal dos delitos por acumulação.* In: Revista Liberdades, número 14, setembro/dezembro de 2013. Disponível em: http://revistaliberdades.org.br/_upload/pdf/18/entrevista1.pdf. Acesso em 13/03/14.
PAIVA, Paulo. Juristocracia?. In: FELLET, André Luiz Fernandes *et al* (org.). *As novas faces do Ativismo Judicial*. Salvador: JusPodivm, 2013.
HÄRBELE, Peter. *Hermenêutica Constitucional*. A sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e "procedimental" da constituição. Sergio Antonio Fabris Editor, Porto Alegre, 1997.
POSNER, Richard A. *Problemas de filosofia do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2007.
PRIEUR, Michel. *Droit de L'environnement*. 6. ed. Dalloz, Paris, 2011.
QUEIROZ, Paulo. *Curso de Direito Penal*. 9. ed. Salvador: Editora *Jus*Podivm, 2013.
RAMOS, Carlos Henrique. *Mutação constitucional*: constituição e identidade constitucional evolutiva. Curitiba: Juruá, 2013
RIPOLLÉS, José Luis Díez. *A racionalidade das leis penais*. Teoria e prática. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2005.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Do contrato social*. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2012.
SÁNCHEZ, Jesús-Maria Silva. *A expansão do Direito Penal*: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais. 2. ed. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2011.
SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.
SCHIER, P. R. Novos desafios de filtragem constitucional no momento do Neocostitucionalismo. In: SOUZA NETO, C. P. e SARMENTO, D. (coor). *A Constitucionalização do Direito*: fundamentos Teóricos e Aplicações Específicas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.
SOARES, Mário Lúcio Quintão. *Teoria do Estado*: novos paradigmas em face da globalização. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2011.
VERDÚ, Pablo Lucas. *A luta pelo Estado de Direito*. Rio de Janeiro: Forense, 2007.