

CÉSAR MORENO CARVALHO PEREIRA JÚNIOR

**O DIREITO DE MERA ORDENAÇÃO SOCIAL – Um contributo à perspectiva de
(de)limitação do Direito penal contemporâneo a partir do bem jurídico**

Dissertação apresentada à banca examinadora do PPG em Ciências Criminais da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, como requisito parcial de obtenção do título de Mestre em Ciências Criminais, sob a orientação do Prof. Paulo Vinicius Sporleder de Souza.

Área de concentração: Sistema Penal e Violência.

Linha de Pesquisa: Sistemas Jurídico-Penais e Contemporâneos.

Porto Alegre
2010

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

P436d Pereira Júnior, César Moreno Carvalho
O direito de mera ordenação social – um contributo
à perspectiva de (de)limitação do Direito penal
contemporâneo a partir do bem jurídico. / César
Moreno Carvalho Pereira Júnior. – Porto Alegre, 2010.
164 f.

Dissertação (Mestrado em Ciências Criminais) –
Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica
do Rio Grande do Sul - PUCRS.

Orientação: Prof. Dr. Paulo Vinicius Sporleder de
Souza.

1. Direito Penal. 2. Sociedade do Risco. 3. Direito
Penal. 4. Bem Jurídico-Penal. 5. Ilícito de Mera
Ordenação Social. 6. Controle Social. I. Souza, Paulo
Vinicius Sporleder de. II. Título.

CDD 341.5

Ficha elaborada pela bibliotecária Cíntia Borges Greff CRB 10/1437

RESUMO

O cenário social vem passando por profundas transformações nas últimas décadas. As mudanças no comportamento social e os paradoxos que apresentam (“excessos de determinismo” e “excessos de indeterminismo”, conforme Boaventura) são incorporados no debate jurídico. O mundo moderno busca soluções para este novo paradigma de configuração social, por nós conhecidos como sociedade do risco. Dessa forma, o sistema penal é o primeiro a ser chamado para conter os efeitos da modernização – os riscos e incertezas que intranqüilizam a sociedade. Entretanto, o Direito penal somente deve se apresentar quando os demais ramos do Direito se demonstrarem ineficientes na proteção dos bens jurídicos, pois, nas palavras de Beccaria, “proibir grande quantidade de ações diferentes não é prevenir delitos que delas possam nascer, mas criar novos”. Assim, apresenta-se o Direito de Mera Ordenação Social como alternativa, para que o Direito penal continue com a sua proposta voltada na vocação garantista e restritiva de intervenção e, ao mesmo tempo, faça parar as tensões que os novos mecanismos preventivos vêm provocando no sistema jurídico-penal.

Palavras-chave: Sociedade do Risco; Direito Penal; Bem Jurídico-Penal; Ilícito de Mera Ordenação Social.

ABSTRACT

The social scenery has been going through deep transformations in the last decades. The changes in social behavior and the paradoxes that these behaviors present ("excesses of determinism" and "excesses of indeterminism", according to Boaventura) are incorporated to the juridical debate. The modern world seeks for solutions for this new paradigm of social configuration, known to us as a risk society. In that way, the criminal system is the first to be called in to contain the effects of modernization - the risks and uncertainties that cause disquiet to society. However, Criminal Law should only become present when the other branches of the Law prove to be inefficient in the protection of the juridical property, because, in the words of Beccaria, "to prohibit a great amount of different actions does not prevent crimes that might stem from them, but creates new ones." Therefore, it becomes the Law of Mere Social Ordination as an alternative, for Criminal Law to continue with its proposal turned towards its warranty vocation and restrictive of intervention and, at the same time, make it suppress the tensions that the new preventive mechanisms are causing in the criminal-juridical system.

Key Words: Risk Society; Criminal Law; Juridical-Criminal Property; Mere Social Ordination Illicit

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	12
I EXPRESSÕES DO DIREITO PENAL NA SOCIEDADE DO RISCO – O Direito penal em expansão	15
1.1 BREVES APONTAMENTOS SOBRE A SOCIEDADE CONTEMPORÂNEA. O risco como paradigma social	15
1.1.1 Considerações preliminares	16
1.1.2 Características distintivas do risco na contemporaneidade	19
1.2 “NOVOS” PARADIGMAS PENAIIS. Ou o Direito penal sem garantias.....	28
1.2.1 Da tutela de bens jurídico-penais coletivos	30
1.2.2 Das normas penais em branco	36
1.2.3 Dos crimes de perigo	46
1.2.4 Da responsabilidade penas das pessoas coletivas	52
1.3 DIREITO PENAL SIMBÓLICO	57
1.4 DIREITO PENAL DE VELOCIDADES	61
1.5 DIREITO PENAL DO INIMIGO	63
II DA NECESSÁRIA (RE)DISCUSSÃO DOS LIMITES DE INTERVENÇÃO DO DIREITO PENAL. Teoria do bem jurídico-penal	71
2.1 FEUERBACH E O DIREITO SUBJETIVO COMO OBJETO DE PROTEÇÃO NO DIREITO PENAL ILUMINISTA	73
2.2 O DESPONTAR DO BEM JURÍDICO: BIRNBAUM E O CONCEITO DE BEM.....	76
2.3 EXPRESSÕES POSITIVISTAS DO BEM JURÍDICO: BINDING E VON LISZT	78
2.4 CONCEPÇÕES METODOLÓGICAS DO BEM JURÍDICO	83
2.5 A TEORIA RELATIVISTA DE WELZEL	85
2.6 TENDÊNCIAS SOCIOLÓGICAS DO BEM JURÍDICO	87
2.7 SISTEMA JURÍDICO-CONSTITUCIONAL E BEM JURÍDICO-PENAL: TEORIAS CONSTITUCIONAIS DO BEM JURÍDICO	94
2.7.1 Sax	95
2.7.2 Roxin	96
2.7.3 Rudolphi	98
2.7.4 Fiandaca	100

2.7.5 Figueiredo Dias	101
2.7.6 Bricola, Musco, Angioni e a teoria constitucional estrita	104
2.8 O PRINCÍPIO DA OFENSIVIDADE NO DIREITO PENAL	109
2.9 PRINCÍPIOS DA DIGNIDADE E DA NECESSIDADE PENAL	116
III O DIREITO DE MERA ORDENAÇÃO SOCIAL	122
3.1 NOTAS INTRODUTÓRIAS	123
3.2 EVOLUÇÃO HISTÓRICA	126
3.3 AUTONOMIA DO DIREITO DE MERA ORDENAÇÃO SOCIAL	132
3.3.1 Autonomia do ilícito	132
3.3.1.1 Critério quantitativo.....	132
3.3.1.2 Critério qualitativo.....	133
3.3.2 Autonomia da sanção	136
3.3.3 Autonomia processual	138
3.4 NOTAS CONCLUSIVAS	139
CONSIDERAÇÕES CONCLUSIVAS	141
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	144

INTRODUÇÃO

Pretende-se, por meio do presente trabalho, apresentar algumas reflexões sobre a dificuldade enfrentada pelo Direito penal contemporâneo para coibir problemas ligados à criminalidade moderna. Tal problemática consiste, fundamentalmente, na ausência de um modelo de Direito capaz de fazer frente a esses novos e complexos problemas da sociedade atual.

Nos dias atuais é aceito, de maneira mais ou menos generalizada, que a sociedade está presenciando o surgimento de uma nova época, ou, pelo menos, de uma nova versão do que se denominou “modernidade”¹. Em termos sociológicos e políticos, este novo estágio social recebe a denominação de sociedade do risco², sendo o ponto de partida de muitas reflexões que incorporar-se-ão ao estudo e análise do Direito penal contemporâneo.

Como características da contemporaneidade podem-se enumerar a globalização, a individualização, o surgimento de (novos) riscos globais e a transnacionalização dos problemas políticos³. Todas essas modificações sociais têm produzido alterações e redefinições de conceitos nucleares na dogmática penal e na política criminal⁴.

Diante disso, no primeiro capítulo abordar-se-ão as implicações da modernidade no Direito penal, buscando compreender por que e como o conceito de sociedade do risco foi transportado para a racionalidade penal, sendo conseqüência do movimento jurídico de

¹ LYOTARD, Jean François. *A condição pós-moderna*. 12ª. ed., Rio de Janeiro: Editora José Olympio, 2010, *passim*.

² BECK, Ulrich. *La sociedad del riesgo: Hacia una nueva modernidad*. Barcelona: Paidós, 2001, *passim*.

³ BECK, Ulrich. *La sociedad del riesgo global*. Barcelona: Século XXI Editores, 2004, p. 173 e ss.

⁴ HASSEMER, Winfried. Viejo y nuevo Derecho penal. *Persona, mundo y responsabilidad*. Bases para una teoría de la imputación en derecho penal. Colômbia: Temis, 1999, p. 15 e ss.; DIAS, Augusto Silva. “*Delicta in se*” e “*delicta mere prohibita*”: uma análise das discontinuidades do ilícito penal moderno à luz da reconstrução de uma distinção clássica. Coimbra: Coimbra Editora, 2008, p. 213 e ss.; D’ÁVILA, Fábio Roberto. *Ofensividade e crimes omissivos próprios* (contributo à compreensão do crime como ofensa a bens jurídicos). Boletim da faculdade de direito, *Stvdia Ivridica* n. 85, Coimbra: Coimbra Editora, 2005, p. 23 e ss.; OST, François. *O tempo do direito*. Bauru: Edusc, 2005, p. 317 e ss.; FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. O direito penal entre a “sociedade industrial” e a “sociedade de risco”. *Revista brasileira de ciências criminais*. n. 33, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 43; PALAZZO, Francesco Carlo. Principio de última ratio e hipertrofia del Derecho penal. *Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos: in memoriam*. Cuenca: Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, 2001, p. 433; HERZOG Félix. Sociedad del riesgo, derecho penal del riesgo, regulación del riesgo (perspectivas más allá del Derecho penal). *Crítica y justificación del derecho penal en el cambio de siglo: el análisis crítico de la escuela de Frankfurt*. Cuenca: Ediciones dela Universidad de Castilla-La Mancha, 2003, p. 249.

expansão do Direito penal sobre os novos setores sensíveis aos riscos⁵. Analisar-se-ão, dentro dessa expectativa, como os novos riscos sociais postos atingiram o pensamento jurídico-penal, influenciando na ruptura do paradigma penal da ilustração. Ressaltam-se, nesse capítulo, o estudo da criminalização dos bens jurídico-penais coletivos; das normas penais em branco; dos crimes de perigo, principalmente, tipos de perigo abstrato; e a responsabilização criminal das pessoas coletivas.

Ainda, serão abordados posicionamentos doutrinários sobre as perspectivas do direito penal na sociedade do risco. Nesse contexto, retratar-se-ão considerações acerca do Direito penal simbólico; do Direito penal de velocidades e do Direito penal do inimigo. No presente texto se pretende examinar, com brevidade, as características principais desses conceitos, bem como suas implicações do ponto de vista político-criminal.

Partindo das mudanças estruturais propostas pelo aparato de criminalização do Direito penal do risco, o capítulo dois trata da teoria do bem jurídico-penal. Cuidar-se-á de demonstrar que, diante da volatilidade da noção de bem jurídico, a Constituição é a fonte legítima, dentro de um Estado que se denomina Democrático de Direito, para impor limites ao Direito penal, nomeadamente no aspecto material⁶. Da mesma forma, esse capítulo tem como propósito a análise das categorias dogmáticas principiológicas da ofensividade e da dignidade e necessidade penal.

No terceiro e último capítulo, apresentar-se-á uma alternativa ao aumento quantitativo da reação punitiva, através do desenvolvimento de uma nova racionalidade de intervenção estatal, a partir de figuras dogmáticas diferenciadas mais flexíveis e direcionadas à prevenção em face dos riscos, do que a tradicional manifestação repressiva que caracteriza o sistema jurídico-penal. Nessa linha, surge o movimento de descriminalização incorporado, principalmente, pelos ordenamentos jurídico-penais alemão e português através do denominado Direito de mera ordenação social⁷.

⁵ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *A expansão do direito penal: Aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, *passim*; PRITTWITZ, Cornelius. O direito penal entre o direito penal do risco e direito penal do inimigo: tendências atuais em Direito penal e política criminal. *Revista brasileira de ciências criminais*. n. 47, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, pp. 38 e ss.

⁶ D'ÁVILA, Fábio Roberto. Teoria do crime e ofensividade. O modelo de crime como ofensa ao bem jurídico. *Ofensividade em Direito penal*. Escritos sobre a teoria do crime como ofensa a bens jurídicos. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 67;

⁷ FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. O movimento da descriminalização e o ilícito de mera ordenação social. *Direito penal económico europeu: textos doutrinários*, v. 1, Coimbra: Coimbra Editora, 1998, pp. 21 e ss.

No estudo desenvolvido no terceiro capítulo, focar-se-ão, após análise histórica desse instituto, questões relacionadas à autonomia do Direito de mera ordenação social, em especial, o ilícito, a sanção e o regime processual das contra-ordenações.

Tendo sido expostas, nesta introdução, as linhas gerais do presente trabalho, começa-se a analisar, mais detalhadamente, cada um dos assuntos *supra* referidos.

CONSIDERAÇÕES CONCLUSIVAS

As frases que seguem se resumem às principais conclusões que advieram desta investigação, tendo como finalidade não traçar uma resposta definitiva ao tema proposto, mas, sim, um breve comentário dos desafios enfrentados no presente estudo – por isso, “nada de final, nem de ponto final”⁸.

1. O caminho percorrido neste trabalho teve como origem o exame das modificações ocorridas nos parâmetros sociais causadas pelo avanço técnico-científico da sociedade contemporânea, caracterizando-a, desde uma perspectiva sociológica, como uma sociedade do risco⁹. Nesta, observou-se que os riscos – surgidos como consequência dos processos de modernização social – estão voltados à própria coletividade, acarretando, de efeito, uma crise ao sistema jurídico-penal posto. Isto porque, na sociedade do risco, os aparatos institucionais estão voltados, principalmente, na pretensão de proteger os interesses sociais, frente aos riscos e perigos que derivam da própria sociedade, recorrendo-se ao Direito penal.

A partir dessas linhas iniciais, constata-se que as discussões sobre o desenvolvimento da sociedade atual são refletidas, no campo jurídico-penal, por uma tendência à expansão do alcance do Direito criminal. O legislador (penal) contemporâneo se orienta à realização de objetivos preventivos e, por isso, entende a norma penal como instrumento de controle social adequado a prever e eliminar os “novos” riscos que surgem. Desta maneira, busca-se controlar todas as situações de risco por meio do Direito penal, transformando-o em um “sistema de orientação global e em uma ‘organização de atuação’ social”¹⁰.

Nesse contexto, o tratamento jurídico às questões levantadas pelos novos riscos dá-se através de uma intervenção jurídico-penal caracterizada por uma tendência (a) de tutela de bens jurídico-penais coletivos, de conteúdo vago e impreciso; (b) de normas penais em branco, que, em determinados casos, violam o princípio da legalidade; (c) de Direito penal preventivo, com um acentuado adiantamento da proteção penal, através de formulações de delitos de perigo, que se apresenta, em determinadas situações – especialmente nos delitos de perigo abstrato –, formatada como mera inobservância de normas organizativas e, nesse

⁸ OST, François. *O tempo do direito*. Bauru: Edusc, 2005, p. 399.

⁹ BECK, Ulrich. *La sociedad del riesgo: Hacia una nueva modernidad*. Barcelona: Paidós, 2001, *passim*.

¹⁰ HASSEMER, Winfried. *Introdução aos fundamentos do direito penal*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2005, p. 361.

sentido, carente de referência lesiva; e (d) de criminalizar condutas de pessoas coletivas, criando uma disfunção nas estruturas e regras de atribuição da responsabilidade penal habituais até agora no Direito penal.

A adoção desses modelos de imputação penal implica em o Direito penal abandonar a tarefa de assegurar um mínimo ético, consistente na repressão de lesões a bens jurídicos concretos, convertendo-se em um instrumento de controle dos grandes problemas sociais¹¹. Por certo que o Direito penal deve estar atento às modificações que ocorrem na sociedade, bem como tutelar os novos interesses sociais. Contudo, não poderá, para atingir esse objetivo, flexibilizar os pressupostos clássicos de imputação, objetivos e subjetivos, como também os princípios garantistas próprios do Direito penal de um Estado de Direito¹².

2. Da reflexão desse panorama, tem-se que o movimento expansionista – caracterizado pela criminalização de condutas não lesivas, pela antecipação da tutela ao perigo meramente abstrato e pela utilização do Direito penal em áreas antes regulamentadas por outros ramos do ordenamento jurídico – denota uma atuação distinta da idealizada para um instrumento de *ultima ratio*.

Em virtude de tais fatos, buscou-se entender acerca da questão do bem jurídico-penal. Com a observação do avanço evolutivo do bem jurídico-penal – desde FEUERBACH e BIRNBAUM até as mais contemporâneas teses constitucionais, quer amplas, quer estritas –, demonstrou-se o eterno caminhar dogmático na tentativa de desenvolver um conceito que correspondesse aos princípios político-criminais de garantia dos limites ou das condições de justificação da proibição penal.

Analisando-se conjuntamente o bem jurídico-penal e os princípios da ofensividade, da dignidade penal e da necessidade penal, percebe-se que o ordenamento jurídico-penal deverá estar atento ao limite que prevê o mandato constitucional, e, dessa forma, o legislador não poderá eleger criminalmente comportamentos incompatíveis com os valores constitucionais

¹¹ HASSEMER, Winfried. Derecho penal simbólico y protección de bienes jurídicos. *Pena y estado*. Función simbólica de la pena. Santiago do Chile: Conosur, 1995, p. 33.

¹² Nesse sentido se posiciona ROXIN, ao afirmar que “no se podrá renunciar totalmente a la intervención del Derecho penal en este campo. Pero también al luchar contra el riesgo mediante el Derecho penal hay que preservar la referencia al bien jurídico y los restantes principios de imputación propios del Estado de Derecho; y donde no sea posible, debe abstenerse de intervenir el Derecho penal” (ROXIN, Claus. *Derecho penal: parte general*. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito. t. I, 2. ed., Madrid: Civitas, 1997, p. 61)

ou que não demonstram uma lesão ou perigo de lesão a um bem jurídico. A ordem jurídico-constitucional possui, então, papel decisivo na determinação dos bens jurídico-penais. Ainda, mesmo que o bem jurídico seja constitucionalmente reconhecido, dever-se-á observar se a proteção pretendida não é recepcionada pelos demais ramos do Direito.

3. O último vértice das observações propostas refere-se ao fato da necessidade de conciliar um Direito penal reduzido à proteção fragmentária dos bens jurídicos, fazendo valer os princípios da subsidiariedade e *ultima ratio*, com o combate aos novos riscos. A doutrina penal moderna, ao dar encaminhamento à questão, apresenta como alternativa algo que está entre o Direito penal e o Direito administrativo. Trata-se do Direito de mera ordenação social.

Este novo ramo do Direito – com autonomia dogmática, sancionatória e processual – caracteriza-se pelo esforço de purificar o Direito penal daquelas condutas para as quais a punição, a esse nível, é entendida como exagerada e incorreta. Por isso, buscou-se um critério material para distinguir o ilícito verdadeiramente penal.

E, como se viu, são estas considerações de princípios sobre o *quid specificum* do ilícito criminal que obrigam afastar do seu âmbito a maioria das infrações decorrentes do progressivo intervencionismo do Estado, pois nestas não se encontram uma relevância ética que o ilícito criminal sempre reclama. Tratam-se, na verdade, de violações de ordenação que o Estado aponta como importantes, por razões muitas vezes meramente conjunturais. Sendo assim, a tutela desses valores terá de ser realizada através deste instrumento, porventura menos exigente que o Direito penal, denominado Direito de mera ordenação social.