

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO DE JANEIRO
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E ECONÔMICAS
FACULDADE DE DIREITO

GLOBALIZAÇÃO E REPERCUSSÕES NA POLÍTICA-CRIMINAL

DANIELA SANGIORGI OLIVETTI

RIO DE JANEIRO

2008

DANIELA SANGIORGI OLIVETTI

GLOBALIZAÇÃO E REPERCUSSÕES NA POLÍTICA-CRIMINAL

Trabalho de conclusão de curso apresentado à Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro como requisito parcial para a obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Carlos Eduardo Adriano Japiassú

RIO DE JANEIRO

2008

Olivetti, Daniela Sangiorgi

Globalização e Repercussões na Política-Criminal / Daniela Sangiorgi Olivetti - 2008.

82 f.

Orientador: Carlos Eduardo Adriano Japiassú.

Monografia (graduação em direito) – Universidade Federal do Rio de Janeiro), Centro de Ciências Jurídicas e Econômicas, Faculdade de Direito.

Bibliografia: f. 77-82.

1. Direito Penal. 2. Teoria Geral. I. Japiassú, Carlos Eduardo Adriano. II. Universidade Federal do Rio de Janeiro. Centro de Ciências Jurídicas e Econômicas. Faculdade de Direito. III. Título.

CDD 341.501

DANIELA SANGIORGI OLIVETTI

GLOBALIZAÇÃO E REPERCUSSÕES NA POLÍTICA-CRIMINAL

Trabalho de conclusão de curso apresentado à Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito.

Aprovação em

BANCA EXAMINADORA

RESUMO

Olivetti, D. S. *Globalização e Repercussões na Política-Criminal*. 2008. 74 f. Monografia (Graduação em Direito) – Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2008.

O presente estudo tem por fim analisar as repercussões da globalização no direito penal e, conseqüentemente, Política-Criminal contemporânea, por meio da análise dos principais modelos hodiernos: o direito penal tradicional (“Bom e velho direito penal liberal”), o direito penal de duas velocidades e o chamado direito penal do inimigo.

Palavras-chave: Direito Penal; Globalização; Teoria geral; Política-Criminal; Direito Penal liberal; Direito Penal de duas velocidades; Direito Penal do Inimigo.

ABSTRACT

The present study has for objective to analyze the consequences of the globalization in the Criminal-Political. For this are analysed the contemporary proposals, such as Enemy Criminal Law, Liberal Criminal Law and The two speeds Criminal Law.

Key-words: Criminal Law; General Theory; Globalization; Criminal-Political.

Sumário

Introdução	08
1 Globalização e direito penal.....	12
1.1 Breves contextualização ao fenômeno da globalização.....	12
1.2 Globalização e direito penal.....	16
1.2.1 Considerações sobre o direito penal tradicional.....	17
1.2.2 Tendências do direito penal na era da globalização.....	21
2 Algumas causas da expansão.....	29
2.1 Os novos interesses.....	29
2.2 O efetivo aparecimento de novos riscos. A sociedade dos riscos.....	34
2.3 A institucionalização e a sensação social da insegurança.....	38
2.4 O descrédito de outras instâncias de proteção.....	44
2.5 Os gestores atípicos da moral.....	45
2.6 A mudança de atitude da esquerda política.....	46
2.7 Um fator colateral.....	47
2.8 A globalização econômica como fator multiplicador da expansão.....	48
3 Propostas político-criminais de adequação do direito penal à nova realidade.....	56
3.1 Entre a construção de um direito penal moderno e o apego irrestrito ao direito penal liberal	56
3.2 Propostas intermediárias para o sistema do direito penal.....	61
3.2.1 Direito penal de duas velocidades.....	61
3.2.2 Direito penal satelitário.....	63
3.2.3 Posicionamentos críticos a tais propostas.....	63
3.2.4 Direito penal do inimigo.....	68
Conclusão.....	74
Bibliografia.....;	76

INTRODUÇÃO

O mundo vem experimentando grandes transformações, acirradas protuberantemente nas duas últimas décadas em decorrência da consolidação do fenômeno econômico intitulado globalização.

Não obstante as repercussões eminentemente econômicas desse acontecimento, seus impactos alastram-se em todas as áreas do conhecimento que se comunicam com o modo de viver do ser humano. Dada a proporção com que invade o seio das relações, pode ser considerado marco divisor na alteração comportamental do homem, seja na intimidade da família, na vida em sociedade, na sua relação para com o Estado ou, ainda, entre os Estados.

A globalização se descerra como novo paradigma de poder do mundo pós-moderno e as mudanças daí advindas alcançam o pilar estrutural do Estado enquanto nação, que, sentindo-se ameaçado, acaba por verter esse estremecer em alterações em seu sistema repressor. Muito embora não seja propriamente possível falar em uma política criminal específica da era da globalização, são notáveis os múltiplos e complexos reflexos que se derramaram na postura da política criminal uma vez presente as expressões do mundo globalizado.

Deparando-se com o panorama do direito penal no mundo globalizado, não pode o estudioso deixar de volver-se às profundas mutilações que tem sofrido a política criminal e a conseguinte expansão de sua abrangência.

Durante o Iluminismo, que disseminou um sentimento comum pela reforma do sistema punitivo, esboçaram os filósofos, os moralistas e os juristas uma doutrina apegada à valorização de princípios atemporais, racionalizada, que primava, sobretudo, por uma reprovação e reforma do espírito errante que descumpria o contrato social, pela necessidade de respeito ao corpo, pela proporcionalidade e individualização da pena.

Uma vez atendida a necessidade de limitar-se a intervenção do Estado nas liberdades individuais, uma nova doutrina muito cuidadosamente nasceu, justificando-se pelo interesse que tem toda a sociedade em proteger os bens jurídicos objeto de tutela penal. Caracterizou-se por ter finalidade preventiva, por ser valorativa -escalando o conteúdo de suas próprias normas-, ser finalista por pretender proteger apenas os mais fundamentais bens jurídicos e, ainda, sancionadora, pelo óbvio. Entre outros basilares princípios, alicerçou-se o direito penal

na reserva legal, na culpabilidade, na humanidade, na insignificância e, sobretudo na fragmentariedade e na intervenção mínima.

Com o decorrer do tempo e as bruscas transformações que enfrentou a sociedade em seu modo de viver, a tendência da política criminal vigente começa a levar o ordenamento jurídico-penal de todos os países à perigosa banalização, e, conseqüentemente, ao descrédito da ineficácia, à fragilidade do simbolismo, e à incoerência paradoxal de sua própria desnaturalização.

Diretriz basilar do Direito Penal, a intervenção mínima se caracteriza por preconizar que somente será legítima a criminalização de uma conduta quando as outras formas de sanção bem como os demais meios extrapenais de frenagem social se mostrarem insuficientes para a tutela do bem jurídico que se almeja proteger. Somente haverá necessidade de serem tutelados pelo direito penal aqueles bens jurídicos que se encontrarem no vértice da escala dos valores sociais. Em outras palavras, deve, para configurar injusto típico, haver uma efetiva lesão a bem jurídico.

Decorre, pois, que o direito penal, pela gravidade de sua interferência, limita-se a castigar somente as ações mais graves praticadas contra os bens jurídicos mais importantes. A subsidiariedade que confere à tipificação penal esse princípio tem por escopo impedir que crie o Estado tipos penais iníquos e sanções cruéis degradantes. Hasteia a doutrina essa bandeira por estar plenamente ciente de que, por conta de suas mazelas e da proporção que as repercussões que o estigma pode deixar podem tomar, o castigo penal expõe a perigo a existência social do afetado, já que o situa à margem da sociedade e, com isso, produz também um dano social.

Contudo, não obstante os inafastáveis mandamentos da *ultima ratio* (subsidiariedade) e da fragmentariedade, tem o sistema legiferante hodierno do mundo todo se inclinado a um intenso incremento da criminalização e da penalização, numa flagrante desconfiguração da matriz do Direito Penal, que só faz causar o descrédito dessa ciência, que perde sua força intimidativa diante do boom legislativo em vigor nos ordenamentos positivos.

O incremento na produção de leis penais a que hoje a comunidade global hoje assiste não é fenômeno novo nem tampouco isolado. É, pelo contrário, fruto de uma evolução histórica progressiva e segue *pari passu* a evolução da idéia do Estado de Direito, que nasce com a pretensão de submeter o Estado ao direito. O direito penal foi se hipertrofiando na medida em que foi crescendo e ganhando novas missões. Agora, o processo que vinha se incorporando lentamente ao longo da história deu um salto ao deparar-se com uma sociedade

cujos complexos efeitos da globalização a tornam meio de cultura inseguro o suficiente para ser propício a uma política estatal oca, isto é, que busca no constante recurso à legislação penal uma pseudo-solução dos problemas sociais, deslocando, assim, ao plano simbólico, por meio da declaração de princípios que tranquilizam a opinião pública, aquilo que deveria ser resolvido no plano da instrumentalidade, para que, então, pudesse ser tido como efetivamente sanado.

Essa tendência, por alterar a estrutura da lógica penal, tem levado à fervorosa discussão os penalistas contemporâneos: uns sustentando que o tradicional direito penal não mais seria capaz que conter os novos riscos e outros, mais garantistas, opositores da expansão, na proporção e da maneira que ela vem sendo conduzida.

O presente estudo tem por escopo analisar as alterações que a globalização direta e indiretamente tem provocado na política criminal contemporânea, atendo-se a se debruçar apenas sobre os modelos de política criminal mais importantes, quais sejam, o direito penal do inimigo, o direito penal de duas velocidades e o bom e velho direito penal liberal.

O primeiro capítulo objetiva contextualizar o leitor ao fenômeno da globalização em si, suas características, repercussões diretas na sociedade e modo de viver do ser humano e indiretas, no direito penal. Serão abordadas também as tendências do direito penal da era da globalização e as mudanças que provocam no direito penal tradicional.

Já o segundo capítulo, irá tratar da chamada sociedade de risco, analisando suas causas, características e reflexos expansionistas que produz na política criminal. Será demonstrado que estamos hoje inseridos numa sociedade de objetiva insegurança, onde a interação entre os indivíduos é tal que a salvaguarda de bens jurídicos de um depende da realização de condutas positivas de outro. Por isso, distribuem-se os riscos com espantável facilidade. Esse inseguro complexo social implica no aumento dos tipos de perigo bem como na exasperação dos delitos comissivos por omissão.

O capítulo terceiro irá analisar os principais modelos de política criminal que surgiram como proposta diante dessa nova realidade, já que é amplamente aceito na doutrina o entendimento segundo o qual o direito penal tradicional não possui aparato para proporcionar resposta efetiva às novas formas de delinquência.

O modelo de política criminal chamado de bom e velho direito penal liberal propugna por um apego irrestrito ao direito penal tradicional e todas as suas garantias, abrangendo, porém, tão-somente os delitos tidos como clássicos (aqueles que envolvem apenas bens jurídicos individuais), considerando que esse modelo não possui estrutura para se coadunar

com a criminalidade moderna de maneira eficaz. Esta, então, seria tutelada pelo direito da intervenção, um novo ramo do direito especializado em criminalidade moderna, menos garantista, porém, tipificador de sanções mais drásticas do que as elencadas pelo Direito Penal tradicional.

O segundo modelo é defensor da expansão do direito penal, por eles tida como necessária e inevitável ante a realidade concreta, uma vez que o surgimento de novos bens jurídicos estaria a requerer, logicamente, a maior abrangência do direito penal para que fossem eles efetivamente protegidos.

O terceiro modelo, chamado de direito penal de duas velocidades, refutando que as medidas antigarantistas se misturem no direito penal tradicional, provocando sua desnaturalização, propõe um sistema dualista: um Direito penal tradicional, garantista, a ser aplicado às violações clássicas a bens jurídicos individuais e, outro, inominado por esse modelo, a ser aplicado às violações a bens jurídicos supraindividuais de forma que se admita a flexibilização das garantias posto que ausente a cominação de pena privativa de liberdade.

O quarto modelo apresentado é o direito penal do inimigo, cuja aplicação e estudo ganharam significativo impulso após os atentados terroristas de 11 de setembro de 2001. Nesse contexto, é analisado também o direito penal do cidadão, contraposto ao direito penal do inimigo, por prezar pela devida aplicação das garantias penais e processuais penais.

1 GLOBALIZAÇÃO E DIREITO PENAL

1.1 Breve contextualização ao fenômeno da globalização

Antes de ter início a primeira fase da globalização, os continentes encontravam-se separados por intransponíveis extensões acidentadas de terra e de águas, que faziam com que a maioria dos povos e das culturas soubesse da existência uma das outras apenas por meio de lendas ou imprecisos e imaginários relatos de viajantes. Cada povo vivia isolado dos demais, cada cultura, na medida dos seus limites, era auto-suficiente.

Historiadores afirmam que o processo de interação teve início nos séculos XV e XVI, com as Grandes Navegações. Neste contexto histórico, o homem europeu entrou em contato com povos de outros continentes, estabelecendo relações comerciais e culturais. As navegações e o processo colonialista permitiram à humanidade acelerar os contatos de troca de informações, de técnicas, de cultura e principalmente expandir o capitalismo e interligar os mercados mundiais.

Até a Revolução Industrial, o processo de mundialização da economia foi vagaroso, devido às limitações nos transportes e nas comunicações. A partir de então, com a liberação do Capitalismo para suas plenas possibilidades de expansão, a globalização deu um salto qualitativo significativo. A ampliação dos espaços de lucro conduziu à globalização. O mundo passou a ser visto como uma referência para obtenção de mercados, locais de investimento e fontes de matérias-primas.

Num primeiro momento, a globalização foi também o espaço para o exercício de rivalidades intercapitalistas e resultou em duas guerras mundiais. Ao longo do século XX, a globalização do capital foi conduzindo à globalização da informação e dos padrões culturais e de consumo. Isso se deveu não apenas ao progresso tecnológico, mas, sobretudo, ao imperativo dos negócios. Ao entrarmos nos anos 80/90, o Capitalismo, ingressou na etapa de sua total euforia triunfalista, sob o rótulo de Neo-Liberalismo. Oportunamente, o neoliberalismo, impulsionou o processo de globalização econômica. Com os mercados internos saturados, muitas empresas multinacionais buscaram conquistar novos mercados consumidores, principalmente dos países recém saídos do socialismo. A concorrência fez com que as empresas utilizassem cada vez mais recursos tecnológicos para baratear os preços e também para estabelecerem contatos comerciais e financeiros de forma rápida e eficiente.

Apesar do dissenso no que tange a um conceito fixo, determinado, trata-se de um processo ainda em curso de integração de economias e mercados nacionais a tal ponto que compreende mais do que o fluxo monetário e de mercadoria; implica na interdependência dos países e das pessoas e repercute de forma intensa nos espaços social e cultural. Ventila-se uma tomada de consciência de que muitos problemas não podem ser tratados de maneira minimamente eficaz, através de uma simples referência aos Estados, sem uma referência aos vínculos que passaram a unir as diferentes partes do globo terrestre. Unem-se os Estados porque, entre outros motivos, eles passam a reconhecer que são comuns usufrutuários de um planeta que requer cuidados que só serão eficazes se advierem de ação conjunta neutralizadora de riscos.

Globalização engloba vasto e complexo conjunto de processos intimamente interligados, apresentando-nos um cenário inédito de acontecimentos como a superação das restrições de espaço, o aumento da capacidade de tratamento instantâneo de um gigantesco volume de informações, um complexo e intenso fenômeno de interações transnacionais, onde a empresa privada progressivamente substitui o Estado como ator principal e avassaladora é a dimensão alcançada pelos movimentos transnacionais de capital, especialmente o financeiro.

Como leciona Boaventura de Souza Santos¹, globalização é um:

“processo complexo que atravessa as mais diversas áreas da vida social, da globalização dos sistemas produtivos e financeiros à revolução nas tecnologias e práticas de informação e de comunicação, da erosão do Estado nacional e redescoberta da sociedade civil ao aumento exponencial das desigualdades sociais, das grandes movimentações transfronteiriças de pessoas como emigrantes, turistas ou refugiados, ao protagonismo das empresas multinacionais e das instituições financeiras multilaterais, das novas práticas culturais e identitárias aos estilos do consumo globalizado”.

Boaventura de Sousa Santos analisa duas dentre as principais leituras cabíveis à globalização- a paradigmática e a subparadigmática². A primeira sustenta que o final dos anos sessenta e o início dos anos setenta marcaram o período de transição paradigmática no sistema mundial, um período de crise final do qual emergirá um novo paradigma social, enquanto que a segunda perspectiva vê o período atual como um importante processo de ajustamento estrutural, no qual o capitalismo não parece dar mostra de falta de recursos ou de imaginação adequados. Portanto, Boaventura defende a transição de regimes de acumulação, cujo novo regime se sustenta numa nova estrutura, não mais se apóia no Estado-nação, como a unidade

¹ SANTOS, Boaventura de Souza. A Globalização e as Ciências Sociais, p. 11.

² Ibid., p. 94-98.

de análise econômica, sustentando a crise da regulação nacional da economia, da qual emergirá uma regulação transnacional. Os argumentos paradigmáticos apontam para atores coletivos que privilegiam a ação transformadora, enquanto os argumentos subparadigmáticos apelam a atores coletivos que privilegiam a ação adaptativa e demonstram a restrição desta análise em comparação com aquela. A leitura paradigmática entende que as crises do regime de acumulação e do modo de regulação são meros sintomas de uma crise muito mais profunda, uma crise civilizatória ou epocal.

Análises incertas, e até mesmo contraditórias, são a marca deste nosso tempo, no qual as interpretações paradigmáticas e subparadigmáticas coexistem. Alguns podem experimentar a globalização da economia no modo subparadigmático e a globalização da cultura no modo paradigmático, enquanto outros podem as podem conceber de modo inverso. Alguns podem conceber como econômicos os mesmos processos de globalização que outros consideram culturais ou políticos. Desse modo, o que é contornável para alguns, pode ser visto como uma ruptura radical para outros. Tamanhas contradições e incertezas levam Boaventura de Sousa Santos³ a questionar justamente se esse cenário não seria inerente a todos os períodos de transições paradigmáticas, fazendo-o adepto da leitura paradigmática do fenômeno da globalização, em detrimento da leitura subparadigmática.

Ramonet⁴ elenca as características principais do fenômeno da globalização como sendo, em breve síntese, as seguintes: a inequívoca hegemonia política dos Estados Unidos, que se apresenta como a primeira potência econômica em escala mundial, a primeira potência política, militar, tecnológica, informacional e cultural; a grande mudança que se deu no conceito de valor estratégico; a profunda mudança no conceito de Estado-nação, que está mergulhado em crise de identidade e de estabilidade; o fato de terem os organismos internacionais e intergovernamentais se tornado os geoatores da globalização; a preponderância do sistema democrático como regime político e a desnacionalização como meta econômica; a desverticalização e a desierarquização do exercício do poder; a profunda mudança na identidade pessoal; as grandes ameaças terem se tornado as enfermidades incuráveis, as catástrofes naturais, as epidemias incontroláveis, o crime organizado, o terrorismo; o incremento das desigualdades socioeconômicas e culturais;

³ Ibid, p.98. Entretanto, o autor justifica a sua postura em outras obras suas, respectivamente, *Toward a New Common Sense, Science and Politics in the Paradigmatic Transition*. Nova Iorque. Routledge, 1995- *A crítica da razão indolente, contra o desoerdício da experiência*. Porto. Afrontamento.2000. Barcelona Intermon, 2000.

⁴ RAMONET, Ignácio. *Situación actual del proceso de globalización, El proceso de globalización mundial*, Barcelona: Intermon, 2000

a globalização financeira; a possibilidade de o Direito ser criado e aplicado por organismos internacionais.

Globalização, longe de ser um conceito unívoco, vem sendo frequentemente utilizado para expressar, traduzir, descrever um vasto e complexo conjunto de processos interligados⁵, descortinando um cenário de acontecimentos inéditos como a superação das restrições de espaço pela minimização das limitações de tempo, graças ao vertiginoso aumento da capacidade de tratamento instantâneo de um gigantesco volume de informações, um complexo e intenso fenômeno de interações transnacionais, onde a empresa privada progressivamente substitui o Estado como ator principal, criando algo qualitativamente diferenciado de quase tudo o que se teve até agora em matéria de ordenação sócio-econômica e de regulação político-jurídica, a avassaladora dimensão alcançada pelos movimentos transnacionais de capital, especialmente o financeiro, a formação de uma hierarquia dinâmica de acesso e trocas desiguais entre os fatores de produção, com amplitude mundial⁶.

Outro aspecto marcante da globalização econômica neoliberal reside na enorme concentração de poder econômico e, inclusive, político adquirido pelas transnacionais⁷ ao longo do processo de reestruturação do modelo de organização industrial, que se tornou flexível ao tempo em que se internacionalizou. Com o advento da “especialização flexível da

⁵“Entre os processos mais importantes destacam-se, por exemplo: a crescente autonomia adquirida pela economia em relação à política, a emergência de novas estruturas decisórias operando em tempo real e com alcance planetário, as alterações em andamento nas condições de competitividade de empresas, setores, regiões, países e continentes, a transformação do padrão de comércio internacional, deixando de ser basicamente inter-setorial e entre firmas e passando a ser eminentemente intra-setorial e intrafirmas, desnacionalização dos direitos, a desterritorialização das formas institucionais e a descentralização das formas políticas do capitalismo, a uniformização e a padronização das práticas comerciais no plano mundial, a desregulamentação dos mercados de capitais, a interconexão dos sistemas financeiro e securitário em escala global, a realocação geográfica dos investimentos produtivos e a volatilidade dos investimentos especulativos, a unificação dos espaços de reprodução social, a proliferação dos movimentos migratórios e as mudanças radicais ocorridas na divisão internacional do trabalho, e por fim, o aparecimento de uma estrutura político-econômica multipolar incorporando novas fontes de cooperação e conflito tanto no movimento do capital quanto no desenvolvimento do sistema mundial.” In FARIA, José Eduardo, O direito na economia globalizada. 1 edição, 3 tiragem. São Paulo. Malheiros Editores, 2002. p. 59-60.

⁶ Para uma análise sobre a internacionalização do mercado financeiro, a crescente revogação dos monopólios estatais, a gradativa substituição das multinacionais pelas transnacionais, levando ao advento da “sociedade informacional”, bem como à emergência de um novo tipo de organização social da produção – a “especialização flexível da produção” – ver José Eduardo Faria em dois sub-capítulos (“2.1. A ‘sociedade informacional’ e os novos paradigmas de produção” e “2.2 A expansão tecnológica e a ‘economia-mundo’”) da sua obra “O Direito na Economia Globalizada”, op. cit., p. 64-95.

⁷ Das 100 maiores economias do mundo, 47 são empresas multinacionais; 70% do comércio mundial é controlado por 500 empresas multinacionais; 1% das empresas multinacionais detém 50% do investimento direto estrangeiro. In: CLARK, Tony. **Mechanisms of Corporate Rule**, in: J. Mander, E. Goldsmith (orgs.), *The Case Against the Global Economy*. São Francisco: Sierra Club Books, 1996. p. 297-308, *apud* SANTOS, Boaventura de Sousa, op. cit., p. 36.

produção”⁸ e na medida em que plantas industriais cada vez mais flexíveis tornam possíveis respostas rápidas e adequadas às mudanças dos desejos, vontades e preferências dos consumidores, o próprio mercado tende a se diversificar e a se segmentar.⁹ Esta fragmentação, desterritorialização, da produção acaba por deslocar o poder decisório do Estado-nação para o mercado.

1.2 Globalização e direito penal

Esse tão contundente fenômeno, porque modificador do modo de viver do homem, alterador de seus usos, culturas, e histórias, como não poderia deixar de ser, alcançou também o direito penal. Ainda que não seja corrente referir-se a uma específica política criminal da era da globalização, é imprescindível delinear, mesmo que sem grande profundidade, as suas múltiplas e complexas relações com o sistema de direito penal.

Importa, porém, antes de mais, distinguir o direito penal da globalização do direito penal da era da globalização. Enquanto o primeiro versa sobre um fenômeno novo (das duas últimas décadas), se caracteriza pelas últimas tendências do direito penal, as características do direito penal na era da globalização são produto e reflexo da soma de todas as profundas transformações do direito penal tradicional, construído originalmente pelo movimento iluminista, com as modificações típicas da globalização (somadas ao direito penal da globalização).

⁸ Ou seja: “a substituição das plantas industriais tradicionalmente operadas por amplos contingentes de trabalhadores semiqualeificados ou monoqualificados e baseadas no uso da maquinaria especializada, apoiadas no controle mecânico dos ritmos de trabalho, na rígida fragmentação das tarefas, na setorialização das responsabilidades e na supervisão direta da produção, por plantas industriais mais novas e maleáveis, preparadas para fabricar produtos diversificados e bens heterogêneos, aptas a responder em pequeno espaço de tempo às exigências de mudanças do mercado consumidor e operadas por grupos selecionados de trabalhadores com poliquificação, isto é, treinados para exercer simultaneamente múltiplos encargos e assumir diferentes responsabilidades funcionais.” In: FARIA, José Eduardo, op. cit., p.80.

⁹ “Conscientes das limitações de escala dos mercados nacionais, inclusive dos mais ricos e mais dinâmicos, e de sua incapacidade de absorver integralmente uma ampla variedade de produtos e uma enorme gama de serviços com a expansão tecnológica contínua, não lhes restou outra alternativa a não ser organizar a produção em escala planetária. Ou seja, a fragmentá-la e a dispersá-la geograficamente, com o objetivo de aproveitar as vantagens comparativas de cada mercado local, regional ou nacional, em termos de preço e fornecimento de insumos, nível de consumo, qualidade e valor do trabalho, infra-estrutura urbana e clima ou ambiente político, convertendo a ordem econômica internacional no que Wallerstein, um dos mais respeitados analistas das transformações do capitalismo contemporâneo, chama de ‘economia-mundo’.” In: Ibid., p. 87.

1.2.1 Considerações sobre o direito penal tradicional

Antes do iluminismo, as leis penais inspiravam-se em idéias e procedimentos de excessiva crueldade, prodigalizando os castigos corporais e a pena capital. O Direito era um instrumento gerador de privilégios, o que permitia aos juízes, dentro do mais desmedido arbítrio, julgar os homens de acordo com a sua condição social. Inclusive os criminalistas mais famosos da época defendiam em suas obras procedimentos e instituições que respondiam à dureza de um rigoroso sistema repressivo.

A reforma dessa situação não podia esperar mais. É na segunda metade do século XVIII quando começam a removerem-se as velhas concepções arbitrarias: os filósofos, moralistas e juristas dedicam suas obras a censurar abertamente a legislação penal vigente, defendendo as liberdades do indivíduo e enaltecendo os princípios da dignidade do homem.¹⁰

O direito penal tradicional ergueu suas bases com a significativa contribuição de Beccaria¹¹, Voltaire, Montesquie e Carrara durante a Revolução francesa e o Iluminismo. Esse movimento de idéias rendeu os frutos da democracia, da republica, das idéias revolucionarias e da consciência dos direitos humanos. Essa consciência mudou toda a tônica do direito penal que, tomando por base a dignidade da pessoa humana, pautou-se numa série de princípios garantistas que foram positivados nas codificações que aconteceram durante o século XIX em toda a Europa Ocidental, traduzindo-se na grande herança desta época, que até os dias de hoje representa a base da legislação penal do estado Democrático de Direito.

Durante o Iluminismo, que disseminou um sentimento comum pela reforma do sistema punitivo, esboçaram os filósofos, os moralistas e os juristas uma doutrina apegada à valorização de princípios atemporais, racionalizada, que primava, sobretudo, por uma reprovção e reformado espírito errante que descumprira o contrato social, pela necessidade de respeito ao corpo, pela proporcionalidade e individualização da pena.

A doutrina então emergente caracterizou-se pela sua adstrição à legalidade, por ter finalidade preventiva, por ser valorativa-escalonando o conteúdo de suas próprias normas-, ser finalista por pretender proteger apenas os mais fundamentais bens jurídicos e, ainda,

¹⁰ Garrido Guzman, *Manual de Ciência Penitenciária*, Madrid, Edersa, 1983, p.86.

¹¹ “Seu livro (Dos delitos e das penas, publicado pela primeira vez anonimamente em julho de 1764-segundo Garrido Guzman, Manual, cit. P.89), foi oportunamente formulado com um estilo convincente, expressando os valores e esperanças de muitos reformadores de prestígio de seu tempo. Sugeriu mudanças que eram desejadas e apoiadas pela opinião pública. A Europa estava preparada para receber a mensagem do livro em 1764. Serviu para destrocar muitos costumes e tradições da sociedade do século XVIII, especialmente através da ação dos protagonistas da nova ordem. O grande mérito de Beccaria foi falar claro, dirigindo-se não a um limitado grupo de pessoas doutas, mas ao grande público. Dessa forma, conseguiu estimular os práticos do Direito a reclamarem dos legisladores uma reforma urgente.” Bitencourt, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal, Parte Geral*, 3. ed., São Paulo, Saraiva, 2003, v.1,p.33.

sancionadora, pelo óbvio. Entre outros basilares princípios, alicerçou-se o direito penal na reserva legal e, sobretudo, na fragmentariedade e na intervenção mínima.

O princípio da reserva legal ou da legalidade constitui uma efetiva limitação ao poder de punir estatal. Embora constitua hoje um princípio fundamental do direito penal, seu reconhecimento constitui um longo processo, com avanços e recuos, não passando, muitas vezes, de simples “fachada formal” de determinados Estados¹². Feuerbach, no início do século XIX, consagrou o princípio da reserva legal através da fórmula *nullum crimen, nulla poena sine lege*. O princípio da reserva legal é um imperativo que não admite desvios nem exceções e representa uma conquista da consciência jurídica que obedece a exigências de justiça, que somente os regimes totalitários o têm negado¹³. Pelo princípio da reserva legal, a elaboração de normas incriminadoras e função exclusiva da lei, isto é, nenhum fato pode ser considerado crime e nenhuma pena criminal pode ser aplicada sem que antes da ocorrência desse fato exista uma lei definindo-o como crime e cominando-lhe a sanção correspondente. A lei deve definir com precisão e de forma cristalina a conduta proibida. A Constituição brasileira de 1988, ao proteger os direitos e garantias fundamentais, cláusulas pétreas do ordenamento, em seu artigo 5, inciso XXXIX, determina que “Não haverá crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem previa cominação legal”, dispositivo inserido também no artigo primeiro do Código Penal Brasileiro em vigor.

Diretriz basilar do Direito Penal, a intervenção mínima se caracteriza por preconizar que somente será legítima a criminalização de uma conduta quando as outras formas de sanção bem como os demais meios extrapenais de frenagem social se mostrarem insuficientes para a tutela do bem jurídico que se almeja proteger. Somente haverá necessidade de serem tutelados pelo direito penal aqueles bens jurídicos que se encontrarem no vértice da escala dos valores sociais. Em outras palavras, deve, para configurar injusto típico, haver uma efetiva lesão a bem jurídico.

Como preconizava Maurach¹⁴, “na seleção dos recursos próprios do Estado, o direito penal deve representar a *ultima ratio legis*, encontrar-se em último lugar e entrar somente quando resulta indispensável para a manutenção da ordem jurídica”. Afirma Roxin que a razão desse princípio “radica em que o castigo penal coloca em perigo a existência social do afetado, se o situa à margem da sociedade e, com isso, produz também um dano social”¹⁵.

¹² Muñoz Conde e García Aran, *Lecciones Derecho Penal, Parte Geral*, 3.ed. Valencia, Tirant lo Blanch, 1996.

¹³ Milton Cairoli Martinez, *Curso de Derecho Penal uruguayo*, 2.ed., 2 reimpr., Montevideo, Fundacion de Cultura Universitária, 1990, t.1, p.99.

¹⁴ Reinhart, Maurach, *Tratado de Derecho Penal*, Trad Juan Córdoba Roda. Barcelona, Ed. Ariel, 1962 p.31.

¹⁵ Claus Roxin et alii *Introduccion al derecho penal al derecho precesal penal*. Barcelona, Ariel.

O princípio da fragmentariedade é corolário do princípio da intervenção mínima e da reserva legal. Nem todas as ações que lesionam bens jurídicos são proibidas pelo direito penal, como nem todos os bens jurídicos são tutelados por ele. O direito penal limita-se a proteger as ações mais graves praticadas contra os bens jurídicos mais importantes, decorrendo daí o seu caráter fragmentário, uma vez que se ocupa de somente uma parte dos bens jurídicos protegidos pela ordem jurídica. Segundo Regis Prado, “Faz-se uma tutela seletiva do bem jurídico, limitada àquela tipologia agressiva que se revela dotada de indiscutível relevância quanto à gravidade e intensidade da ofensa”.¹⁶

O princípio da culpabilidade dita que “não há crime sem culpabilidade” (*nullum crimen sine culpa*). A culpabilidade, como afirma Muñoz Conde, “não é fenômeno isolado, individual, afetando somente o autor do delito, mas é fenômeno social”. Não é uma qualidade da ação, mas uma característica que se lhe atribui, para poder ser imputada a alguém como seu autor e fazê-lo responder a ela. Em última instância, “será a correlação de forças sociais existentes em um determinado momento que irá determinar os limites do culpável e do não culpável, da liberdade e da não liberdade”¹⁷. Não há uma culpabilidade em si, individualmente concebida, mas uma culpabilidade em relação aos demais membros da sociedade, propugnando-se, atualmente, por um fundamento social, em vez de psicológico, para o conceito de culpabilidade. Ainda segundo Muñoz Conde,

“a culpabilidade não é uma categoria abstrata ou aistóica, à margem, ou contrária às finalidades preventivas do direito penal, mas a culminação de todo um processo de elaboração conceitual, destinado a explicar porque, e para que, em um determinado momento histórico, recorrer-se a um meio defensivo da sociedade tão grave como a pena, e em que medida se deve fazer uso desse meio”¹⁸

Decorre, pois, que o direito penal, pela gravidade de sua interferência, limita-se a castigar somente as ações mais graves praticadas contra os bens jurídicos mais importantes. A subsidiariedade que confere à tipificação penal esse princípio tem por escopo impedir que crie o Estado tipos penais iníquos e sanções cruéis degradantes. Hasteia a doutrina essa bandeira por estar plenamente ciente de que, por conta de suas mazelas e da proporção que as repercussões que o estigma pode deixar podem tomar, o castigo penal expõe a perigo a

¹⁶ Regis Prado, *Direito Penal Ambiental*, São paulo, revista dos tribunais, 1992, p.52.

¹⁷ Munoz Conde, *Introduccion al Derecho Penal*, Barcelona, Bosh, 1975, p.72

¹⁸ Munoz Conde, *Teoria Geral do delito*, trad. Juarez Tavarez e Luis Regis Prado, Porto Alegre, Sergio A, Fabris, Editor, 1988.

existência social do afetado, já que o situa à margem da sociedade e, com isso, produz também um dano social.

Por fim, o princípio da humanidade sustenta que o poder punitivo não pode aplicar sanções que atinjam a dignidade da pessoa humana ou que lesionem a constituição físico-psíquica dos condenados. A proscrição de penas cruéis e infamantes, a proibição de tortura e maus-tratos nos interrogatórios policiais e a obrigação imposta ao Estado de dotar sua infraestrutura carcerária de meios e recursos que impeçam a degradação e a dessocialização dos condenados são corolários do princípio da humanidade. O princípio da humanidade –afirma Bustos Ramirez- recomenda que seja reinterpretado o que se pretende com “reeducação e reinserção social”, uma vez que se foram determinados coativamente implicarão atentado contra a pessoa como ser social¹⁹.

O bem jurídico pode ser definido como todo valor da vida humana protegido pelo direito. O bem jurídico constitui a base externa e interpretação dos tipos penais. O bem jurídico, no entanto, não pode identificar-se simplesmente com a *ratio legis*, mas deve possuir um sentido social próprio, anterior à norma penal e em si mesmo decidido, caso contrário, não seria capaz de servir a sua função sistemática, de parâmetro e limite do preceito penal e de contrapartida das causas de justificação na hipótese de conflito de valorações.

Objeto de tutela do direito penal tradicional são os bens jurídicos de caráter individual, isto é, aqueles que encampam o patrimônio jurídico de cada indivíduo. São exemplos de bens jurídicos individuais a vida, a integridade física, a honra, a propriedade. Os bens jurídicos individuais, uma vez ofendidos, ocasionam lesão direta no patrimônio jurídico apenas da vítima da ofensa. Todo aparato da estrutura do direito penal tradicional foi desenvolvido tendo os bens jurídicos individuais como critério e molde.

A pena, para o direito penal tradicional, tem caráter preventivo geral e especial, além do seu caráter retributivo. A prevenção geral está atrelada à coação psicológica que a cominação penal provoca no indivíduos, que temem a punição anunciada caso se pratique determinada conduta que, então, tendem a não cometer. A pena na concepção de Feuerbach²⁰ é efetivamente uma ameaça da lei aos cidadãos para que se abstenham de cometer delitos, é, pois, uma coação psicológica com a qual se pretende evitar o fenômeno delitivo. A prevenção geral se fundamenta na consideração de que o homem usará de ponderação racional e calculará as conseqüências de eventual delito que pretenda praticar. Já o caráter de prevenção

¹⁹ Juan Bustos Ramirez, *Manual de Derecho Penal*, 3 ed, Barcelona, Ed. Ariel, 1989, p. 386

²⁰ Feuerbach, *Lehrbuch des peinlichen rechts*, 11. ed., 1832, citada por Mir Puig em *Introducción a las bases*, cit., p.65.

especial da pena, está direcionado ao próprio delinqüente, procurando evitar que volte a delinqüir. Dessa forma, ao mesmo tempo em que com a execução da pena se cumprem os objetivos de prevenção geral, isto é, de intimidação, com a pena privativa de liberdade busca-se a chamada ressocialização do delinqüente.

Contudo, apesar dos mandamentos da *ultima ratio* (subsidiariedade) e da fragmentariedade, da estrutura voltada à proteção de bens jurídicos individuais às finalidades da pena, tem o sistema legiferante hodierno do mundo todo se inclinado a um incremento atécnico da criminalização e da penalização, que provoca flagrante desconfiguração da matriz do direito penal que, por sua vez, causa o descrédito dessa ciência, que perde sua força intimidativa diante do boom legislativo em vigor nos ordenamentos positivos.

1.2.2 Tendências do direito penal na era da globalização

O incremento na produção de leis penais a que hoje a comunidade global hoje assiste não é fenômeno novo nem tampouco isolado. É, pelo contrário, fruto de uma evolução histórica progressiva e segue *pari passu* a evolução da idéia do Estado de Direito, que nasce com a pretensão de submeter o Estado ao direito. O direito penal foi se hipertrofiando na medida em que foi crescendo e ganhando novas missões. Agora, o processo que vinha se incorporando lentamente ao longo da história deu um salto ao deparar-se com uma sociedade cujos complexos efeitos da globalização a tornam meio de cultura inseguro o suficiente para ser propício a uma política estatal oca, isto é, que busca no constante recurso à legislação penal uma pseudo-solução dos problemas sociais, deslocando, assim, ao plano simbólico, por meio da declaração de princípios que tranqüilizam a opinião pública, aquilo que deveria ser resolvido no plano da instrumentalidade, para que, então, pudesse ser tido como efetivamente sanado.

Essa tendência, por alterar a estrutura da lógica penal, tem levado à fervorosa discussão os penalistas contemporâneos: uns sustentando que o tradicional direito penal não mais seria capaz que conter os novos riscos e outros, mais garantistas, opositores da expansão, na proporção e da maneira que ela vem sendo conduzida.

O direito penal deve ser reservado tão-somente à proteção dos tidos como mais relevantes bens jurídicos visto que as marcas que ele deixa são penosas demais para aqueles que as carregam. A referida expansão em grande parte se deu e se dá ao surgimento de novos

interesses jurídicos, que antes não notados, antes não valorados ou antes não existentes passam a ser bens jurídicos objeto de tutela penal. Sustentam os defensores dessa tendência expansionista que a complexidade da nova sociedade requer novos tipos e que isso não necessariamente acarretaria uma consideravelmente maior abrangência do direito penal porque naturalmente também desapareceriam algumas espécies penais. É incontestável que novos interesses surgidos no seio social fazem jus à proteção penal. Há, contudo, que se atentar para a contenção do impulso em tornar todos os novos interesses, por mais frívolos que sejam, em objeto da *ultima ratio*. Ocorre que a desproporção com que se dá o movimento descriminalização-criminalização, que criativamente produz novos tipos e raramente extingue um tipo, só pode descompensar o equilíbrio que fora anunciado para que se mantivesse a salutar idéia de um direito penal mínimo.

Por agora, hemos de nos limitar à sucinta apresentação das ditas qualidades, com uma ou outra elucidação que se faça oportunamente necessária. Adiante, porém, encontraremos campo mais fértil para esmiuçar, relacionar e desenvolver as propriedades decorrentes da atuação da globalização no direito penal.

No que se refere às principais tendências político-criminais na era da globalização, vale fazer breve referência à descriminalização dos crimes anti-globalização, à globalização da política criminal, da cooperação policial e da justiça criminal, que passam, então, a ser comentados.

A descriminalização dos crimes anti-globalização é uma das tendências do direito penal da globalização. Se o processo de livre circulação implica em livre trânsito de mercadorias, a livre circulação de moedas, mobilização do capital estrangeiro, etc., é natural que os delitos que perturbam o bom desenvolvimento do processo de globalização tendam a configurar arqueologia jurídica. Nesse sentido, os crimes de descaminho²¹ (importar ou

²¹ CP. Art. 334 *Importar ou exportar mercadoria proibida ou iludir, no todo ou em parte, o pagamento de direito ou imposto devido pela entrada, pela saída ou pelo consumo de mercadoria:*

Pena - reclusão, de um a quatro anos.

§ 1º - *Incorre na mesma pena quem:*

a) *pratica navegação de cabotagem, fora dos casos permitidos em lei;*

b) *pratica fato assimilado, em lei especial, a contrabando ou descaminho;*

c) *vende, expõe à venda, mantém em depósito ou, de qualquer forma, utiliza em proveito próprio ou alheio, no exercício de atividade comercial ou industrial, mercadoria de procedência estrangeira que introduziu clandestinamente no País ou importou fraudulentamente ou que sabe ser produto de introdução clandestina no território nacional ou de importação fraudulenta por parte de outrem;*

d) *adquire, recebe ou oculta, em proveito próprio ou alheio, no exercício de atividade comercial ou industrial, mercadoria de procedência estrangeira, desacompanhada de documentação legal, ou acompanhada de documentos que sabe serem falsos.*

§ 2º - *Equipara-se às atividades comerciais, para os efeitos deste artigo, qualquer forma de comércio irregular ou clandestino de mercadorias estrangeiras, inclusive o exercido em residências.*

§ 3º - *A pena aplica-se em dobro, se o crime de contrabando ou descaminho é praticado em transporte aéreo.*

exportar mercadoria sem o pagamento devido de impostos e taxas), de evasão de dívidas etc., dentro em pouco desaparecerão. Outra implicação redundante na globalização da política criminal. A forma como devemos reagir ao delito constitui a essência da política criminal. Tradicionalmente, cada país tinha suas próprias diretrizes político-criminais. Como expressão da soberania, cada Estado procurava delinear suas formas de controle da criminalidade. Tudo isso está mudando rapidamente em relação a alguns delitos. A grande reivindicação hoje consiste na uniformização da reação contra os delitos que perturbam a ordem internacional, particularmente o crime organizado. Insiste-se na harmonização das legislações. Contra a criminalidade transnacional, reações também transnacionais.

A ONU conta com projetos de internacionalização das reações penais principalmente para crimes como a lavagem de dinheiro e a tortura. Os organismos intergovernamentais (FMI, Banco mundial, etc.) também andam interferindo nas legislações internas de cada país. A Lei de Responsabilidade Fiscal e os crimes respectivos, no Brasil, foram exigências internacionais.

As cooperações policial e judicial também estão globalizadas. Não basta, entretanto, harmonizar a legislação. É preciso que todos os países passem a colaborar uns com os outros para que o controle do crime transnacional tenha resultado. Tratados ou acordos de cooperação, bilaterais ou multilaterais, estão se proliferando. Os órgãos encarregados da *persecutio criminis* estão se aproximando cada vez mais. Sem a cooperação e a troca de informações, não há como controlar o delito organizado internacional.

A globalização da justiça criminal apresenta-se como a mais recente reivindicação dos movimentos de defesa dos direitos e garantias fundamentais consiste na criação de uma justiça criminal internacional permanente. Dentre as grandes mudanças que marcarão as ciências criminais no século XXI seguramente insere-se o nascimento do Tribunal Penal Internacional (doravante TPI), que terá competência para julgar os chamados crimes de lesa-humanidade. A criação do TPI, dessa forma, significa respeito à garantia do princípio do juiz natural, que possui duas dimensões: a) juiz previamente previsto em lei ou constituição (juiz competente); b) proibição de juízos ou tribunais de exceção (ad hoc).

Insta aduzir que repercutiu em âmbito penal o fenômeno eminentemente econômico ora em foco ao multiplicar o agravamento da hipertrofia do direito penal, ao globalizar os crimes e os criminosos, assim como os bens jurídicos, as vítimas, a explosão carcerária e a desformalização da justiça penal.

O primeiro motivo dessa hipertrofia se encontra no fato de o aparato que a tecnologia trazida pela globalização, principalmente com as revoluções da comunicação (e com ela, da informação) e dos transportes, ter proporcionado, entre muitas outras coisas, que a execução do crime passasse a se dar por tantos meios quantos a imaginação humana pudesse conspirar. Como primeira contribuição, a era da globalização nos trouxe a delinqüência organizada. Tendo alcançado patamar transfronteiriço, fez-se necessário que o crime aprendesse a hierarquicamente se estruturar. O crime organizado, em regra, tem finalidade econômica, é macro, é lucrativo. Por isso, parece apropriado dizer que o crime organizado é o crime dos poderosos (ou dos powerful). Em razão de todas as facilidades que a globalização proporciona, alguns criminosos internacionalizaram-se e inúmeros crimes globalizaram-se. Isso será tema de aprofundamento ulterior.

Antes de alastrarem-se os efeitos da globalização, no tempo do direito penal tradicional, falava-se em ofensa aos direitos subjetivos do indivíduo. Com o florescer das modificações deles decorrentes, mais tarde, passou-se a admitir os bens coletivos e supraindividuais e, agora, que vivemos o clímax do triunfo da mundialização, já se propugna até pelo reconhecimento de bens jurídicos universais ou planetários. A ecologia, indiscutivelmente, constitui exemplo patente dessa tendencial globalização dos bens jurídicos.

Até então, os delitos sempre tiveram vítimas certas, individualizadas. Dificilmente poder-se-ia vislumbrar a vitimização simultânea de um imenso número de pessoas. Hoje, porém, na era da globalização, as vítimas tendem a ser também globalizadas. De vítima individual, passamos a vítima coletiva e agora já se fala em vítima planetária ou globalizada. Um potente vírus, um ataque nuclear, uma doença incurável, por exemplo, são ameaças que fragilizam e intimidam toda a comunidade global.

No que diz respeito à explosão carcerária, não houve um país sequer, nas duas últimas décadas do século XX, que tenha diminuído o número de pessoas encarceradas. Ao contrário, o fenômeno da explosão carcerária pode dizer-se global. A clara distinção entre globalizados e excluídos vem contribuindo em muito para esse fenômeno. Certo é que para ela concorrem também fatores outros, como a maior eficiência da polícia e o melhor funcionamento da justiça criminal mas a demanda por maior proteção que se verifica na sociedade de risco em que vivemos, é traduzida pelo Estado, como será detalhadamente tratado adiante, por demanda por punição, o que, elementarmente, faz com que aumente o número de encarcerados.

Faz-se imperioso notar a transformação paradigmática no direito penal. O déficit social gerado pela globalização econômica a sinergia entre a marginalidade econômica e marginalidade social têm levado o Estado a reformular seus esquemas de controle e prevenção dos delitos e a incorporar no âmbito das políticas penais problemas e situações criadas pela deslegalização e desconstitucionalização dos direitos sociais e pela ausência de políticas distributivas e compensatórias. O direito penal passa a exercer um papel de controle sobre a “massa de excluídos” produzida pelo sistema capitalista globalizado, ampliando o caráter repressivo de suas normas e negligenciando os fatores sócio-econômicos inerentes aos comportamentos que define como transgressores.

Interessante notar que, embora o discurso repressivo justifique tais ações como absolutamente necessárias a fim de aumentar a eficácia do combate à criminalidade organizada - em seus amplos aspectos: narcotráfico, lavagem de dinheiro, fraudes financeiras, crimes do colarinho branco, etc – perceber-se-á que, na prática, tais ações apenas conseguem ser eficazes no que se refere à disseminação do medo e do conformismo no seu público alvo – os excluídos. Porque, no final, estes são os únicos que efetivamente sentem as conseqüências desse sistema repressor, que utiliza o direito penal como instrumento de manutenção do *status quo*, perpetuando a desigualdade social ao passo que mantém os excluídos “sob controle”.

Outro ponto a ser pincelado refere-se à formalização de que carece o direito penal. A justiça penal nasceu formalizada porque o Estado Moderno foi criado sob a égide do princípio da legalidade. O apego à formalização veio como uma arma em favor do indivíduo, da coletividade contra o uso indiscriminado do aparato de força do Estado. Assim, ao burocratizar-se, o Estado dotou-se de regras uniformes a serem seguidas por ele mesmo, independentemente do grau de influência da pessoa com quem ele esteja lidando. Depois da Segunda Guerra começou a alastrar-se a flexibilização de todas as garantias penais e processuais. O pragmatismo efficientista é a nota do direito criminal nesta era da globalização. O que importa é que o sistema seja eficiente, que alcance seus resultados programados, ainda que disso advenha um alto custo em termos de corte de direitos e garantias fundamentais.

Importa aludir ao fato de que o direito penal da globalização não é, por si só, o causador da hipertrofia do direito penal. Ele é um enorme potencial impulsionador, multiplicador da expansão do direito penal. Tanto a globalização quanto as integrações supranacionais postulam exigências práticas, que requerem um direito eficiente e rápido. Tudo deve ser instrumentalizado em função dos objetivos econômicos da globalização. Descarta-se a preocupação com a sistemática, bem como com a construção de uma dogmática.

Impera a eficiência pragmática. Isso conduz à demolição do edifício conceitual da teoria do delito e de todas as garantias que ela abrange. Admite-se, conseqüentemente, a flexibilização das regras de imputação, bem como das garantias penais e processuais penais tendendo, assim, a construir um direito unificado, porém, menos garantista.

O direito penal da globalização, então, é o reflexo de todas as transformações do direito penal tradicional que foram acontecendo ao longo dos dois últimos séculos mais as profundas e novas alterações decorrentes da própria globalização.

Já como principais características desse direito penal moderno, podemos começar pela deliberada política de criminalização, causadora da expansão patológica do direito penal, que começou com a incriminação generalizada das afetações lesivas mínimas, em flagrante menosprezo ao princípio da intervenção mínima.

Na era da globalização, alguns delitos internacionalizaram-se e os bens jurídicos e as vítimas estão se globalizando. As comunidade locais, assim como alguns movimentos internacionalistas, diante da insegurança gerada ou incrementada pelo processo de globalização, tendem a pedir a intervenção do direito penal.

O fenômeno da hipertrofia do direito penal hoje conta com uma dupla fonte de impulso: o influxo do movimento de direito, que postula a criminalização da microcriminalidade e o clamor esquerda, a hastear a criminalização dos *powerful*.

Outra característica é o aumento dos marcos penais dos delitos clássicos. A Lei dos crimes hediondos (Lei 8072/90), no Brasil, é o exemplo mais patente dessa tendência. Sanções previstas para diversos crimes qualificados como hediondos foram aumentadas consideravelmente. A exarcebação foi tão elevada que, em certos casos, as penas mínimas já igualaram, ou superaram o limite máximo de cumprimento de pena, que, de acordo com o art. 75 do CP, é de 30 anos. Isso se dá porque o art. 9 da Lei dos Crimes Hediondos determina o aumento da metade da pena nos casos em que a vítima se encontra em qualquer das situações previstas no art. 224 do CP, *in verbis*

“Art. 224. *Presume-se a violência, se a vítima:*

- a) *Não é maior de 14 (catorze) anos;*
- b) *É alienada ou débil mental, e o agente conhecia essa circunstância;*
- c) *Não pode, por qualquer outra causa, oferecer resistência.”*

Por conta de tal determinação, a cominação penal, por exemplo, da extorsão mediante seqüestro com resultado morte, em se tratando de vítima que não pode oferecer resistência, passa a ter seus limites fixados entre 36 e 45 anos. Como a pena máxima, conforme determina o próprio art. 9, não pode ultrapassar 30 anos resulta que os limites mínimo e máximo são iguais, que se pode ter como uma ofensa ao princípio constitucional da individualização da pena (art. 5., XLVI, da CF).

A proteção institucional dos bens jurídicos denota clara a preferência pelos bens jurídicos supraindividuais, universais ou coletivos/difusos, que são forjados, muitas vezes, de forma porosa, em detrimento dos individuais. Com isso, o princípio da proteção de bens jurídicos deixa de cumprir seu papel de limite “negativo” da criminalização para assumir um moderno e “positivo” papel, que se materializa em exigências hipertrofiadas de intervenção penal.

Outra repercussão tem sido a ampla utilização da técnica de perigo abstrato. Essa técnica de antecipação do delito, antes de sua efetiva lesão a bem jurídico produz uma relativização do conceito de bem jurídico-penal. Ao mesmo tempo que dificulta em muito a defesa, facilita a atividade da *persecutio criminis*. A multiplicidade, a contingência e a inconsistência dos bens equivalem, na realidade, a uma desvalorização da idéia mesma de bem. A Lei 7802/89 é uma dentre tantas normas penais que lançam mão desse recurso. Em seu art. 15 ela criminaliza a ação daquele que “*produzir, comercializar, transportar, aplicar ou prestar serviço na aplicação de agrotóxicos, seus componentes e afins, descumprindo as exigências estabelecidas nas leis e seus regulamentos*”, cominando a pena de reclusão de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, além de multa. Em caso de culpa, a pena prevista é de reclusão de 1 (um) a 3 (três) anos, além da multa. Note-se que se o agente descumprir uma exigência, sem que isso importe em qualquer dano, e nem sequer, perigo de dano para o bem tutelado, haverá o enquadramento formal na conduta descrita no art. 15. o dispositivo, ao prever punição para o agente que realizar as condutas previstas “descumprindo as exigências estabelecidas nas leis e nos regulamentos”, trata, em verdade, de questão que seria melhor resolvida em sede do Direito Administrativo. Isso porque o direito penal exige, sempre, uma ulterior conseqüência (ofensa a bem jurídico), ou, no mínimo, um perigo concreto de lesão àquele bem, o que não decorre, necessariamente, da falta de cumprimento das exigências a que remete o artigo.

O menosprezo patente ao princípio da lesividade ou ofensividade é outra tendência do direito penal moderno e significa a difusão dos delitos de mera desobediência à norma. A Lei 8137/90, em seu art. 1, parágrafo único, prevê que *“a falta de atendimento da exigência da autoridade, no prazo de dez dias, que poderá ser convertido em horas em razão da maior ou menor complexidade da matéria ou da dificuldade quanto ao atendimento da exigência, caracteriza a infração prevista no inciso V”*, o qual, por sua vez, trata da ação de *“negar ou deixar de oferecer, quando obrigatório, nota fiscal ou documento equivalente, relativa a venda de mercadoria ou prestação de serviço, efetivamente realizada, ou fornece-la em desacordo com a legislação”*. A sanção estabelecida é de reclusão de dois a cinco anos e multa. Trata-se de um crime de desobediência cuja punição é bem mais acentuada do que aquela prevista no CP (detenção, de quinze dias a seis meses, e multa-art. 330).

O pragmatismo efficientista é outra característica do direito penal moderno. Para alcançar a meta da efetividade, profundas alterações estão ocorrendo na área do processo penal, quase sempre orientadas à aceleração do procedimento, agilização da instrução e rapidez da justiça, com o corte de direitos e garantias fundamentais para facilitar a operatividade da intervenção penal.

O funcionamento do livre mercado aliado ao exercício tendencialmente autoritário do poder que se verifica especialmente nos países de democracia mais formal que substancial, pelo que se vem evidenciando, implica na postergação ou superação do liberalismo político clássico, que é personalista e garantista; isso significa que a cada dia ampliam-se as restrições às liberdades democráticas e se flexibilizam as garantias.

A erosão do conteúdo da norma de conduta, o uso do direito penal como política de segurança, em flagrante contradição com a sua natureza subsidiária, pouca preocupação com os princípios da igualdade e da proporcionalidade, para atender a uma exacerbada preocupação prevencionista. Já não mais importa retribuir o mal causado, senão prevenir futuras perturbações, mediante a intimidação, privatização ou terceirização da justiça, transformação funcionalista de clássicas diferenciações dogmáticas.

2 ALGUMAS CAUSAS DA EXPANSÃO

2.1 Os novos interesses

O direito penal é ciência que se limita à proteção apenas dos bens jurídicos mais importantes em virtude da mazela social que a sua intervenção, uma vez concretizada, pode provocar. Tradicionalmente, os objetos de tutela se restringiam ao direito à vida, à integridade física, à propriedade, e aos bons costumes. Contudo, a aparição de novos bens jurídicos, seja pela efetiva aparição de novos interesses, seja pelo incremento na valoração de interesses pré-existentes implicou e implica num alargamento da abrangência do direito penal.

São distintas as raízes da emergência de novos bens jurídicos. Em primeiro lugar, insta elencar a generalização de novas realidades que antes não existiam ou, pelo menos não com a mesma incidência, e em cujo contexto os indivíduos passam a viver, como as instituições econômicas de crédito ou de inversão. A seu turno, o desperdício, o uso predatório e ininteligente bem como a intensa deteriorização de bens antes abundantes acarreta a sua escassez. Isso desequilibra a relação de disponibilidade-necessidade e, por sua vez, incrementa de valor o bem que torna-se raro. Muito bem exemplifica essa tendência a realidade do meio ambiente. Até que desastres de proporção fenomenal viessem a ocorrer por causa do até então desmedido abuso com que ele era aproveitado, não se valorizava a importância desse bem. Por fim, mister se faz aludir àqueles bens que sempre existiram mas que, em virtude de uma evolução cultural, foram acrescidos de maior valorização que outrora, como o patrimônio histórico-artístico.

Liszt²² apontava a diversidade de formas dos bens jurídicos, decorrente da complexidade da própria vida e das coisas, processos e instituições que a integram e nela se movimentam. Sustentava a existência de portadores individuais dos bens, ao lado de portadores supra-individuais, entre os quais sobressaía o Estado como portador dos interesses coletivos.

Jescheck reputa que os titulares de um bem jurídico podem ser a pessoa individual ou a coletividade e apresenta a seguinte classificação dos bens jurídicos:

²² LISZT, Franz von. **La Idea de fin en el Derecho Penal**. Ciudad de México: Universidad Nacional Autónoma de México y Universidad de Valparaíso de Chile, 1994.

Hay bienes jurídicos de la persona individual (bienes jurídicos individuales) (v.g. la vida, la libertad y la propiedad), entre los que forman un subgrupo los bienes jurídicos personalísimos (v.g. la integridad corporal y el honor), y bienes jurídicos de la colectividad (bienes jurídicos universales) (v.g. la protección de los secretos de Estado, la seguridad del tráfico viario y la autenticidad del dinero)²³ (grifos nossos).

A evolução da doutrina vem acompanhando o desenvolvimento da Teoria do Bem Jurídico e a perspectiva social do crime, deixando de lado cada vez mais o exclusivo individualismo na concepção do Direito Penal, para reconhecer o sistema social na caracterização do bem jurídico.

Não se trata de ignorar o interesse humano ou personalista na concepção do bem jurídico, conforme já assentamos neste trabalho, cujas garantias individuais estão constitucionalmente garantidas, mas, sim, reconhecer a evolução social e a importância da manutenção do sistema social, em que os indivíduos encontram sua realização e o desenvolvimento de sua personalidade, para a conceituação do bem jurídico.

Assim, Muñoz Conde e García Arán²⁴ demonstram a existência de *bens jurídicos individuais*, que afetam diretamente as pessoas individualmente consideradas, e *bens jurídicos coletivos*, que afetam o sistema social. Como exemplos de bens jurídicos coletivos, contam a saúde pública, o meio ambiente, a organização política etc.

Zaffaroni²⁵, embora entenda que não há diferença qualitativa entre bens supra-individuais e bens individuais, reconhece a existência de *bens jurídicos de sujeito múltiplo*, de forma que um não pode dispor do bem individualmente sem afetar a disponibilidade de outro.

Conforme podemos perceber, a idéia de bens jurídicos penais que não afetem diretamente os indivíduos, mas a coletividade de indivíduos e, portanto, interesses de relevância social, já é conhecida e aceita pela doutrina do Direito Penal, com mudanças de enfoque, conforme o momento histórico e a perspectiva da análise de cada doutrinador.

²³ JESCHECK, Hans-Heinrich. *Tratado de Derecho Penal: Parte General*. 4.^a ed. Granada: Editorial Comares, 1993. p. 234.

²⁴ MUÑOZ CONDE, Francisco; GARCÍA ARÁN, Mercedes. *Derecho Penal: Parte General*. 3.^a ed. Valência: Tirant Lo Blanch, 1998. p. 65.

²⁵ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Tratado de Derecho Penal: Parte General*. Buenos Aires: Ediar, 1981. vol. 3, p. 242.

As modificações que o capitalismo e os modelos econômicos vêm enfrentando, entre eles, o modelo de Estado, diante das relações sociais em que vivemos, vêm despertando a doutrina penal para a proteção de interesses que não são individuais, mas metaindividuais ou pluriindividuais, atingindo amplos setores da população.

Figueiredo Dias demonstra a importância da proteção dos interesses metaindividuais para o presente e, principalmente, para o futuro do Direito Penal:

Uma convicção que só se reforçará recusando – como se deve recusar – uma ilegítima restrição da noção de bens jurídico-penais a interesses puramente individuais e ao seu encabeçamento em pessoas singulares, e aceitando antes a plena legitimidade da existência de bens jurídicos transpessoais, coletivos, comunitários ou sociais. É, em meu juízo, no aprofundamento e esclarecimento do estatuto desta classe de bens jurídicos – cujo reconhecimento, de resto, não afetarà a natureza em última instância "antropocêntrica" da tutela penal – que reside, no futuro próximo, a tarefa primária da doutrina que continue a fazer radicar a função exclusiva do direito penal na tutela subsidiária de bens jurídicos.²⁶

Reconhecida a existência dos bens jurídicos penais transindividuais ou metaindividuais, resta caracterizar a distinção entre os bens jurídicos penais coletivos e os bens jurídicos penais difusos, para então definirmos estes últimos e analisarmos as conseqüências penais da tutela dos interesses difusos.

Mir Puig reconhece expressamente a existência e a importância da proteção penal dos interesses difusos na atualidade:

Las modificaciones que entretanto ha ido experimentando el capitalismo e el modelo de Estado en nuestro ámbito cultural van determinando o exigiendo ciertos cambios en los bienes jurídicos del Derecho Penal. En la actualidad va abriéndose paso la opinión de que el Derecho Penal debe ir extendiendo su protección a intereses menos individuales pero de gran importancia para amplios sectores de la población, como el medio ambiente, la economía nacional, las condiciones de la alimentación, el derecho al trabajo en determinadas condiciones de seguridad social y material – lo que se llaman los intereses difusos (grifos nossos).²⁷

A doutrina penal brasileira também já vem reconhecendo a existência de bens jurídicos coletivos e, principalmente, difusos e a sua importância para a tutela penal.

²⁶ FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *Questões fundamentais do Direito Penal revisitadas*. São Paulo: RT, 1999. p. 74.

²⁷ MIR PUIG, Santiago. *Derecho Penal: Parte General*. Barcelona: Reppertor, 1998. p. 135.

Miguel Reale Júnior²⁸ aponta a existência de novas áreas no Direito Penal, como a defesa do meio ambiente, da justiça social e das divisas financeiras do País, consistindo em bens jurídicos a serem penalmente tutelados.

Ivete Senise Ferreira, analisando os crimes ambientais, no mesmo sentido:

Na segunda metade do séc. XX, porém, novos problemas vieram solicitar a atenção do ordenamento jurídico pela constatação de uma progressiva degradação, e por vezes destruição, do meio ambiente, aliada à previsão das conseqüências catastróficas que isso acarreta para a vida do homem e dos outros seres da natureza, devendo ser por todos os meios obstada para garantir a sobrevivência da própria humanidade.

O Direito Penal, parte integrante desse ordenamento jurídico, não pode assim deixar de oferecer a sua contribuição para essa missão salvadora, justificando-se a sua intervenção não somente pela gravidade do problema e pela sua universalidade, mas também porque o direito ao meio ambiente, na sua moderna concepção, insere-se entre os direitos fundamentais do homem, os quais incumbem tradicionalmente ao Direito Penal defender, como ultima ratio²⁹.

René Ariel Dotti reconhece expressamente a proteção penal dos interesses coletivos, anotando que parte da doutrina inclui nessa expressão os interesses difusos usados como sinônimos dos coletivos. Realiza, entretanto, a distinção entre os interesses difusos e coletivos, acompanhando a visão de Ada Pellegrini Grinover, também no que se refere ao Direito Penal, sem que dessa distinção resulte antagonismos ou exclusões. Ao contrário, são interesses que, na sua visão, complementam-se para a proteção penal:

Não obstante, porém, a existência de uma "área de conflittualità" característica do âmbito dos interesses difusos, as concepções em torno dos fenômenos interesses coletivos e interesses difusos não são excludentes nem antagônicas. Com efeito, existem sempre no território de qualquer um dos interesses coletivos (preservação da vida, da integridade, da saúde, do ambiente, a tutela do consumidor, etc.) maiores ou menores núcleos de conflitos e divergências. Ao interesse geral da preservação da saúde pública, por exemplo, se manifestam também outros interesses coletivos como ocorre na limitação e expansão da propaganda e de fabricação de cigarros, de bebidas alcoólicas, etc.³⁰

²⁸ *Novos rumos do sistema criminal*. Rio de Janeiro: Forense, 1983. p. 214.

²⁹ *A tutela penal do patrimônio cultural*. São Paulo: RT, 1995. p. 67-68.

³⁰ A tutela penal dos interesses coletivos. In: GRINOVER, Ada Pellegrini (Coord.). *A tutela dos interesses difusos*. São Paulo: Max Limonad, 1984. p. 69-70.

Salomão Shecaira, ao analisar os efeitos das transformações sociais no Direito Penal, também reconhece o interesse da proteção dos interesses difusos e coletivos:

Quer-se sublinhar que os fenômenos sociais produzem no âmbito jurídico uma relação dialética e interativa: a lei como resultado social, mas também como produtora de modificações. O homem, em seu espírito associativo, e pela utilização das tecnologias, pode, pela primeira vez na história da humanidade, pôr em perigo a própria escala humana, destruir a si próprio e se destruir enquanto espécie. Não é por outra razão que o Direito deve dar uma resposta a essas situações, permitindo modificações em alguns de seus dogmas tradicionais. É o Direito (e também o Direito Penal) fruto dessa situação. O interesse de proteção de direitos difusos e coletivos, e principalmente as alterações surgidas no âmbito dos crimes ambientais que conformam essa nova realidade do Direito Penal, que excepciona determinadas regras, garantem uma certa efetividade do próprio sistema punitivo.³¹

Conforme a doutrina referida, já está assentada a existência de bens jurídicos penais de natureza coletiva, restando agora efetuar a distinção também para o Direito Penal entre os bens jurídicos coletivos e os difusos, distinção de enorme valor para a futura perspectiva do Direito Penal, que sofrerá modificações de forma a acolher uma eficaz proteção contra a criminalidade dos interesses difusos.

Os bens jurídicos penais difusos são distintos dos interesses coletivos, no sentido utilizado no Direito Penal. Quando a doutrina penal cita bens jurídicos coletivos, está fazendo referência ao interesse público, ou seja, àqueles bens que decorrem de um consenso coletivo, em que há unanimidade social de proteção e forma de proteção. Os conflitos que podem gerar, portanto, ocorrem entre o indivíduo que pratica o crime e a autoridade do Estado efetuando a punição. Em relação aos bens jurídicos difusos, a conflituosidade de massa está presente em suas manifestações, contrastando interesses entre grupos sociais na sua realização. Dessa forma, o Estado realiza muitas vezes uma intermediação, ou melhor, dispõe uma diretriz para as condutas socialmente consideradas, ao tipificar tais condutas como crime, ou não tipificá-las, deixando outros ramos do Direito realizarem a solução.

Aos cuidados dessa nova realidade, a doutrina dedicou o instituto dos bens coletivos ou difusos. Ocorre, entretanto, que não há convergência sobre quais bens difusos devem ser pelo

³¹ SHECAIRA, Sérgio Salomão. A responsabilidade penal da pessoa jurídica e nossa recente legislação. In: GOMES, Luiz Flávio (Coord.). *Responsabilidade penal da pessoa jurídica e medidas provisórias e Direito Penal*. São Paulo: RT, 1999. p. 133.

direito penal disciplinados e em que medida. Por isso, ao mesmo tempo verifica-se uma expansão razoável e imperiosa do direito penal e outra, a esta relacionada, porém, absolutamente desarrazoada. A tipificação da lavagem de dinheiro oferece uma boa ilustração: A injeção maciça de dinheiro negro em determinado setor da economia implica em desastrosa desestabilização desse setor. Isso posto, está justificada a inserção dessa conduta na seara de proteção do direito penal. Logo, trata-se de uma necessária e prudente expansão. Já a tipificação de condutas acessórias, de pouquíssima repercussão, ao crime de lavagem de dinheiro é uma expansão desnecessária porque sua implicância não tem o condão de lesionar a ordem econômica de forma penalmente relevante.

2.2 O efetivo aparecimento de novos riscos e a chamada sociedade dos riscos

No mundo contemporâneo, desde *Chernobil*³², com sua demonstração dos perigos da era atômica – somos espectadores de uma cisão dentro da modernidade que nos reflete o contraste entre modernidade e sociedade industrial e entre sociedade industrial e sociedade do risco.

O modo social pós-industrial em que vivemos caracteriza-se como “sociedade do risco”. O enorme impulso variante em âmbito econômico, os avanços tecnológicos, o desenvolvimento da técnica, tudo isso levou a uma elevação no padrão de vida individual. Porém, o risco de procedência humana, nas palavras de Jesus Maria Silva-Sanchez,

³² O acidente nuclear de Chernobil ocorreu dia 26 de abril de 1986, na Usina Nuclear de Chernobil (originalmente chamada Vladimir Lenin) na Ucrânia (então parte da União Soviética). É considerado o pior acidente nuclear da história da energia nuclear, produzindo uma nuvem de radioatividade que atingiu a União Soviética, Europa Oriental, Escandinávia e Reino Unido.

Grandes áreas da Ucrânia, Bielorrússia e Rússia foram muito contaminadas, resultando na evacuação e reassentamento de aproximadamente 200 mil pessoas. Cerca de 60% de radioatividade caiu em território bielorrusso.

O acidente fez crescer preocupações sobre a segurança da indústria nuclear soviética, diminuindo sua expansão por muitos anos, e forçando o governo soviético a ser menos secreto. Os agora separados países de Rússia, Ucrânia e Bielorrússia têm suportado um contínuo e substancial custo de descontaminação e cuidados de saúde devidos ao acidente de Chernobil. É difícil dizer com precisão o número de mortos causados pelos eventos de Chernobil, devido às mortes esperadas por câncer, que ainda não ocorreram e são difíceis de atribuir especificamente ao acidente. Um relatório da ONU de 2005 atribuiu 56 mortes até aquela data – 47 trabalhadores acidentados e nove crianças com câncer da tireóide – e estimou que cerca de 4000 pessoas morrerão de doenças relacionadas com o acidente.

“configurou-se como fenômeno social estrutural”³³. No mesmo sentido, Paulo Silva Fernandes diz que vivemos um momento em que “as sociedades industriais geraram riscos que comprometem a própria existência da sociedade”³⁴. Considerável parte de ameaças que sofrem os indivíduos provém da tomada de decisões de outros indivíduos no manejo dos avanços técnicos. São riscos mais ou menos diretos para os cidadãos que derivam das aplicações técnicas dos avanços na indústria, na genética, na energia nuclear, na informática, nas comunicações, etc...

O progresso técnico possibilita à delinqüência inúmeras novas maneiras de execução. A técnica aplicada ao crime induz a resultados especialmente lesivos. Surgem, assim, novas modalidades delitivas dolosas, sendo perfeito exemplo disso a criminalidade associada aos meios informáticos e à internet. Do mesmo modo, a criminalidade não intencional, derivada da culpa, passa a acarretar conseqüências muito alastrantes. Uma pequena falha técnica em uma operação causa grandes acidentes. Assim, a desatenção de um minuto de um controlador de vôo de uma companhia aérea pode provocar a incomunicação que levará a choque duas aeronaves, por exemplo. Segundo Ulrich Beck,

*“Os riscos e perigos de hoje se diferenciam essencialmente dos da Idade Média pela globalidade de suas ameaças e por suas causas modernas. São riscos da modernização. São um produto global da maquinaria do progresso industrial e são aumentados sistematicamente com seu desenvolvimento posterior”*³⁵

Vivenciamos uma inversão de paradigmas. Enquanto o conceito de sociedade industrial ou de classes girava em torno da questão de como se pode repartir a riqueza produzida socialmente de uma maneira desigual e ao mesmo tempo legítima, hoje – na sociedade do risco – a questão gira em torno de como se pode evitar, minimizar, direcionar os riscos produzidos sistematicamente no processo avançado de modernização de tal modo que nem o obstaculize, nem ultrapassem os limites do suportável. Muito embora tenhamos ultrapassado o risco da sociedade pré-industrial da miséria absoluta (sociedade de carência), hoje vivemos os riscos trazidos com uma exacerbada produção industrial. Os riscos que caracterizam a sociedade atual se diferenciam de todos os outros até então conhecidos pela humanidade, não só pela globalidade de sua ameaça, mas também por suas causas modernas – são um produto global da maquinaria do progresso industrial. Os tais riscos não restringem

³³ Silva Sanchez, Jesus Maria, *A expansão do direito penal, Aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais*, tradução de Luiz Otavio de Oliveira Rocha, ed. Revista dos Tribunais.

³⁴ Fernandes, Paulo Silva, p. 46, Apud

³⁵ Beck, Ulrich, *La sociedad de riesco: hacia una noeva modernidad*, Barcelona, Paidós, 1998, p.28, Apud

suas conseqüências ao local do seu surgimento. Ao contrário, colocam em perigo a vida do próprio Planeta Terra ao ameaçar a vida em todas as suas formas de manifestação.

A maneira como a sociedade lida com esses riscos em seus diversos âmbitos de atuação – político, social e jurídico – acaba por redefinir um novo paradigma de atuação sócio-político que, na esteira do pensamento de Beck³⁶, podemos analisar sob os seguintes pontos centrais de argumentação:

1. Os riscos gerados no nível mais avançado do desenvolvimento das forças produtivas causam danos sistemáticos e, freqüentemente, irreversíveis, costumam permanecer invisíveis, se baseiam em interpretações causais – como se estabelecem através do saber (científico ou não científico), no saber podem ser transformados, ampliados ou reduzidos, dramatizados ou minimizados, estando, assim, abertos numa medida especial aos processos sociais de definição. Ademais, como o centro da consciência do risco não reside no presente, mas sim, no futuro, eles apresentam algo de irreal, de não palpável, o que se fortalece com o fato de que sua constatação depende de conhecimentos técnicos específicos. Dessa forma, os meios e as posições de definição dos riscos se convertem em posições sociopolíticas chave. Na sociedade do risco, o conhecimento determina o ser

O saber adquire um novo significado político, os riscos conhecidos socialmente têm um conteúdo explosivo muito peculiar – o que até o momento era considerado apolítico se torna político.³⁷ A disputa pública sobre a definição dos riscos torna-se crucial³⁸, ao passo que se define não só os riscos para a natureza ou saúde humana, mas também os efeitos secundários de tais riscos, quais sejam: quebra de mercados, desvalorização de capital, controles burocráticos das decisões empresariais, início de novos mercados, custos altíssimos, procedimentos judiciais, etc. Na sociedade do risco surge, assim, o potencial político das catástrofes. A defesa e administração destas, pode incluir uma reorganização do poder e da competência.

2. Os riscos da modernização contêm um “efeito bumerang” que descaracteriza os tradicionais esquemas de classes característicos das sociedades industriais: acaba por afetar, mais cedo ou mais tarde, também àqueles que os produzem ou deles se beneficiam.

³⁶ Op. cit., p. 28 ss.

³⁷ Corroborando essa assertiva, posiciona-se LUHMANN: “ Se sabe que toda estimación de riesgo se encuentra ligada al contexto. No existe ni desde el punto de vista psicológico ni bajo las condiciones sociales dominantes una preferencia o no-preferencia abstracta de riesgo.” In: op. cit., p. 152.

³⁸ “(...) sólo se habla en riesgos cuando y se se atribuyen consecuencias a las decisiones”, In: LUHMANN, Niklas. **Observaciones de la Modernidad: Racionalidad y Contingencia en la Sociedad Moderna.** Madrid: Paidós, 1992, p. 133.

Objetivamente, os riscos estendem um efeito igualador entre as pessoas afetadas, neste sentido específico, as sociedades do risco não são sociedades de classes .

Fenômeno social interessante é o fato de a ameaça de destruição civilizacional que paira sobre o planeta fazer com que surja uma gama nova de interesses em comum, conectando pessoas das mais diversas classes sociais, tornando real a comunidade do risco. A situação tende a chegar a um ponto em que as ameaças se façam tão visíveis que já não seja possível vislumbrar nelas nenhuma vantagem, preparando o terreno para o surgimento de comunidades com interesses em comum: para evitar as ameaças que procedem da energia nuclear, do lixo tóxico ou da destruição da natureza, os membros das diversas classes, partidos, grupos profissionais e grupos de idade se organizam em iniciativas cidadãs. Nesse sentido, entende Beck que, com a sociedade do risco, enveredamos por um novo tipo de organização social, ultrapassando a idéia de sociedade de classes.

(...) As sociedades do risco não são sociedades de classes, isso ainda é demasiado pouco. Contém em si uma dinâmica de desenvolvimento que faz saltar as fronteiras e é democrática de base e, ademais, obriga a humanidade a unir-se na situação das auto-ameaças civilizatórias.³⁹

3. Estes riscos também produzem novas desigualdades internacionais, tanto entre a periferia e o centro, quanto entre os próprios Estados centrais, posto que com o fenômeno da globalização, a produção industrial é acompanhada do universalismo dos perigos, independentemente dos lugares de sua produção.

Desse modo, tais riscos não se circunscrevem aos espaços nacionais, superando as fronteiras dos Estados-nação, tornando mais urgente, a idéia de uma sociedade mundial. A necessidade de um diálogo mundial para solucionar estas questões é uma constatação, muito embora até então não tenha sido possível uma tal organização, seja porque entrava diante das idiosincrasias dos Estados nacionais, seja porque tampouco interessa às corporações internacionais que uma tal solidariedade política mundial realmente se desenvolva.

4. Apesar de tudo, a expansão dos riscos não rompe com a lógica de desenvolvimento capitalista, ao contrário, a eleva a um novo nível. Os riscos da modernização são um *big business*. É possível satisfazer a fome e as necessidades, mas os riscos da civilização são um barril de necessidades sem fundo. Beck, parafraseando Luhmann, afirma que com os riscos a

³⁹ BECK, Ulrich, op. cit., p. 53. (Tradução livre da autora),

economia se torna *autorreferencial*⁴⁰, independente do entorno da satisfação das necessidades humanas⁴¹.

O ponto nevrálgico é justamente a percepção de que a maneira de lidar com os riscos implica novos conflitos sociais. Na sociedade pós-industrial os riscos assumem uma dupla face: apresentam-se não só como riscos, mas também como oportunidades de mercado. Isso se faz notório no desenvolvimento dos ramos e setores da economia, da mesma forma que nos gastos públicos crescentes para a proteção do meio ambiente, para a luta contra enfermidades da civilização, etc. O sistema industrial tira proveito das irregularidades que produz. Assim, com o desenvolvimento da sociedade do risco, desenvolvem-se também os contrastes entre aqueles que estão afetados pelos riscos e aqueles que se beneficiam com eles. De maneira similar cresce o significado social e político do saber e, conseqüentemente, o poder sobre os meios que o configuram (a ciência e a investigação) e o difundem (os meios de comunicação de massas). Neste sentido, a sociedade do risco é também a sociedade da ciência, dos meios de comunicação e da informação.

2.3 A institucionalização da sensação social da insegurança

A sociedade pós-industrial é, além de sociedade do risco, uma sociedade de objetiva insegurança. O emprego de meios técnicos, a comercialização de produtos, a utilização de substâncias cujos possíveis efeitos nocivos são ainda desconhecidos e manifestar-se-ão anos após a realização da conduta introduzem importante fator de incerteza na vida social.

Em nosso contexto, torna-se problemático não só as decisões humanas potencialmente perigosas mas, sobretudo, as decisões humanas que multiplicam e distribuem esses perigos . A cada vez mais, a salvaguarda do patrimônio jurídico de um depende da realização de condutas positivas por parte de terceiros. Vivemos em uma sociedade complexa na qual a

⁴⁰ In: op. cit., p. 29.

⁴¹ LUHMANN critica a sociologia por entender que esta ciência, ao não analisar os problemas da autoreferencia, acaba por se esquivar do cerne da questão: “(...) el tema del riesgo correspondería a la sociología en el marco de una teoría de la sociedad moderna, teoría que se encargaría de acuñar un aparato categorial específico. Empero, no existe semejante teoría y las tradiciones en las que con frecuencia se orientan la mayoría de los teóricos en la sociología ofrecen pocos puntos de apoyo para temas como la ecología, tecnología, riesgo, por no hablar de los problemas de la autorreferencia.”, In: op. cit., p. 128.

intensa interação individual aumenta a possibilidade de que um dos contatos redunde na produção de efeitos lesivos. Essa expectativa constante em relação ao proceder de outrem, um indivíduo desconhecido qualquer, semeia incerteza enorme e torna frágil e aflita a comunidade.

Fator outro desencadeador de insegurança é a marginalidade produzida pelo neoliberalismo. Concretizada em bolsões de desemprego, de pobreza faz com que mais freqüentes sejam os episódios de violência por esse grupo protagonizado. Isso implica no efeito de a própria convivência tornar-se uma fonte de conflitos. O fenômeno da criminalidade de massas determina que o “outro” se mostre como um risco, o que dissemina ainda mais a sensação de insegurança.

Ao supra aludido importa acrescentar, como outro ponto disseminador de instabilidade, o fato de a população não acompanhar o ritmo do desenvolvimento da tecnologia. Isso a deixa perplexa, pelo falta de domínio do curso dos acontecimentos. Bom exemplo disso foi a revolução dos transportes e, em seguida, a revolução das comunicações. A aceleração assusta a população, que se depara com novidades mal começara a digerir um fato recém ocorrido. A abundância de informações, por sua vez, inobstante ter vindo para assegurar, desencadeia insegurança ante a falta de critérios dos indivíduos para eleger o que é certo e o que é errado, o que é bom e o que é mau, sobretudo porque a grande maioria das pessoas carece de o mínimo de senso crítico para ponderar sobre o que está defronte de si. Sentem-se desnorteados os indivíduos em função da dificuldade de se encontrar uma informação autêntica, oriunda de uma fonte fidedigna. Esse contexto de aceleração e incerteza produz uma crescente desorientação pessoal que culmina em uma sensação de insegurança generalizada.

É duvidoso que a insegurança sentida pelos cidadãos corresponda de modo exato ao nível de existência objetiva de riscos dificilmente controláveis que lhes afetem pessoalmente e de modo imediato. A insegurança experimentada, sentida pela nossa sociedade é maior do que os motivos objetivos dela determinantes. A aparição de novos riscos está compensada pela eliminação dos perigos procedentes de fontes naturais. A vivência subjetiva dos riscos é claramente superior à própria existência objetiva dos mesmos. Apesar dos riscos que sofremos, muitos outros foram erradicados e isso deveria os proporcionar uma segurança tal que compensasse a insegurança que paira oriunda dos riscos atuais. Dessa forma, a sociedade não deveria se caracterizar por ser uma sociedade de riscos. Deveria, sim, ser uma sociedade de novos riscos, diferentes dos de outrora mas uma sociedade que, como qualquer outra,

enfrenta alguns perigos. A sociedade pós-industrial, porém, se fixa no risco, se concentra na sua possibilidade e vive, por isso, amedrontada, o que a torna objeto muito manipulável.

Entra, então, o incontestável papel de destaque exercido pelos meios de comunicação na difusão da insegurança. Com a importância que lhe foi designada nessa era da informação, os meios de comunicação fizeram-se poderosos vetores da difusão da impotência e da insegurança. A reiteração, a atitude dramática e escandalosa com a qual determinadas notícias são divulgadas disseminam uma insegurança subjetiva que não corresponde ao nível de risco objetivo. Não se trata de criar o medo da criminalidade mas de reforçar ou estabilizar medos já existentes. Tem também a sua parte de responsabilidade a sociedade na medida em que ela demonstra interesse pelo o que é veiculado pela mídia. Fôssemos mais elevados intelectual e moralmente, não haveríamos de ser tão apegados ao trágico, ao desastroso, ao perigoso, enfim, ao mal. Entre tantos fatos a serem noticiados, há sem dúvida, muitos bons acontecimentos, que espalhariam esperança, alento e alegria mas que, no entanto, são preteridos em razão da preferência grosseira do nosso estágio espiritual pelo mal. A massa ainda está muito longe de uma conscientização profunda, capaz de dotá-la de um senso crítico arguto e promovê-la a dona de sua própria edificação, ao invés de mera esponja receptora do que for conveniente para o lucro da empresa.(terminar o final dessa frase)

Entender a manipulação feita através dos meios de comunicação é crucial para o dimensionamento da questão em nossa sociedade eminentemente informacional. A percepção pública dos riscos sempre nos deixa na dúvida de se os riscos se intensificaram ou se foi apenas nossa visão sobre eles. Como tal percepção se dá na medida do conhecimento que temos deles e sendo tal conhecimento manipulável, de uma maneira diferente das necessidades, os riscos podem ser mostrados, prolongados, ou seja, manipulados ao sabor dos interesses de mercado. Assim, cria-se uma verdadeira “cosmética do risco”.

(...) colocando envoltórios, diminuindo sintomaticamente as substâncias contaminantes, instaurando depuradores ao tempo em que continuam os despejos. Isto é, manter não uma indústria e uma política preventivas que evitem o aumento dos riscos, mas sim, **uma indústria e uma política simbólicas** (grifo nosso).⁴²

A sociedade industrial se nutre dos próprios riscos que produz, criando situações de perigo social e perigos político-sociais que questionam as bases da modernização conhecidas até então. O círculo torna-se vicioso. A liberdade de agir vai se estreitando cada vez mais, na

⁴² Ibid., p. 63 (tradução livre).

tentativa de romper este ciclo vicioso, vai se desenhando um panorama de um autoritarismo científico-burocrático, colocando em xeque a própria democracia. Eis o dilema do sistema democrático: fracassar à vista dos perigos produzidos sistematicamente, ou derrogar princípios democráticos básicos mediante ditames autoritários próprios de um Estado de ordem. É exatamente esta transformação das ameaças civilizatórias da natureza em ameaças sociais, econômicas e políticas do sistema, o desafio real do presente e do futuro que justifica o conceito de sociedade do risco.

Por fim, uma última característica, imprescindível para o entendimento da nova dimensão sociopolítica que se abre com os novos riscos, reside na complexidade organizativa das relações de responsabilidade por conta do considerável incremento das interconexões causais. O desconhecimento da autoria ou as dificuldades em sua individualização, junto à crescente substituição de contextos de atuação individuais por outros de caráter coletivo, determina que a responsabilidade se ramifique cada vez mais através de processos para os quais contribuem muitas causas. Quanto mais complexa e perfeccionista for uma organização, mais interconectado resultará o indivíduo, por conseguinte, menor será sua sensação de responsabilidade quanto mais considere reduzida sua contribuição pessoal em vista do conjunto de ações⁴³.

Essa sinergia causal acaba gerando uma cumplicidade geral e, portanto, uma irresponsabilidade geral⁴⁴ “organizada”. A complexidade organizativa das relações de responsabilidade propaga um reflexo notório na perspectiva jurídica, posto que as regras tradicionais de imputação vigentes na sociedade industrial – causalidade, culpabilidade e responsabilidade individuais – já não se amoldam aos novos riscos.

Estes aspectos acarretam uma sensação generalizada de insegurança ao passo que não se consegue individualizar as causas, nem encontrar formas convincentes de atribuição de responsabilidade. Surgem novas fontes de conflito e de consenso. A sociedade da carência é substituída pela sociedade do risco (que não deixa de ser, justamente, uma sociedade do desperdício) – no lugar do sistema axiológico da sociedade desigual, aparece, então, o da sociedade insegura, modificando a própria qualidade da sociedade. A aversão ao risco contraposta à aspiração por segurança faz com que os indivíduos reclamem de maneira

⁴³ “(...) nascem sentimentos de solidariedade experimentados não somente em um plano consciente, mas também em outro que em psicologia se denomina sincrético ou inconsciente. Existe aqui um paralelo com os bandos de delinquentes juvenis: em todos os casos os indivíduos se vêem, se não impelidos, ao menos alentados a realizarem o que nunca se atreveriam a fazer se atuassem de forma isolada.” In: MALAMUD GOTI, Jaime E. **Política criminal de la empresa: cuestiones alternativas**. Buenos Aires: Hammurabi, 1993, p. 23-4 Apud SHECAIRA, Sérgio Salomão. **Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica**. São Paulo: RT, 1998, p. 98.

⁴⁴ BECK, op. cit., p. 39.

crescente uma tomada de posição por parte do Estado, exigindo uma prevenção aos riscos e uma provisão de segurança de modo que esta se converte num motivo dominante da ordenação da vida social.

Ao analisar e definir a sociedade de risco, Ulrich Beck a define com base nos grandes riscos criados pelo homem à própria subsistência da vida no Planeta, colocando como marco para essa análise o desastre de Chernobyl com as implicações dos perigos da era atômica, estendendo sua análise aos demais riscos advindos do exaustivo desenvolvimento tecnológico atual. Assim, anuncia o fim de uma sociedade pautada na distribuição das riquezas e a passagem a uma sociedade pautada na distribuição dos riscos – uma sociedade exasperadamente tecnológica, massificada e global, onde a ação humana, quase sempre anônima, se revela suscetível de produzir riscos, também eles globais, suscetíveis de serem produzidos em tempo e em lugar largamente distanciados da ação que os originou, ou para eles contribuiu e, de poderem ter como consequência, pura e simplesmente, a extinção da vida.

Podemos afirmar que vivemos não só numa sociedade do risco, mas também numa “sociedade da insegurança” – insegurança no sentido da sensação generalizada de medo que acomete os grandes centros urbanos da atualidade, além da sensação de anomia no que se refere à incapacidade do Estado-nação frente às novas formas de criminalidade surgidas com a globalização. A mesma tecnologia, os mesmos valores de mercado, a mesma ganância que leva o homem a colocar em risco a própria existência do planeta, também proporciona o surgimento de um modo de agir, também global, que problematiza a possibilidade de controle local, colocando em xeque quaisquer valores éticos em nome dos valores de mercado.

Assim, na sociedade do risco, os riscos são criados pelo uso insustentável das tecnologias que coloca em xeque a segurança da vida no planeta e, neste paralelo proposto, na “sociedade da insegurança”, o que está sendo posto em xeque é a legitimidade do Estado-nação e dos seus instrumentos de controle (dentre eles, o direito penal) diante dos desafios suscitados pelas complexidades das sociedades pós-industriais e dos conflitos locais e globais que, conforme estamos analisando, as mesmas apresentam. De qualquer sorte, tanto a idéia do risco quanto da insegurança promovem uma sensação generalizada de medo – esse é o grande ponto de convergência seja da sociedade do risco, seja da sociedade da insegurança: a manipulação do medo.

Essa sensação de insegurança diz respeito não só a conflitos que se passam na ordem interna, mas também àqueles que advêm de questões externas, cujos sintomas de uma anomia

generalizada são ainda mais fortes. Os novos conflitos insurgentes com a sociedade do risco dizem respeito justamente àqueles campos nos quais se executa a modernização da nossa vida, campos que se expandem e em boa medida ainda são desconhecidos, tais como a globalização da economia e do sistema financeiro, a migração e integração, o meio ambiente, o processamento de dados, o tráfico internacional de drogas, a criminalidade organizada transnacional, etc. Todos esses campos geram inseguranças em potencial, privilegiando-se a prevenção em detrimento da repressão destas novas condutas, suscitando, indiscutivelmente, problemas novos e, até então, incontornáveis, ao sistema penal. Problemas, tanto de natureza dogmática quanto de natureza político-criminal, evidenciando a absorção dos fenômenos da sociedade do risco e a concepção de um conjunto de respostas preventivas e de reação aos mesmos que, *de lege ferenda*, influenciarão o sistema jurídico-penal.

Assim, a segurança se transforma em pretensão social a qual se supõe que o Estado, e, em particular, o direito penal, devem oferecer uma resposta. A “sociedade da insegurança” faz fecundar ao redor do mundo os respectivos terrenos e florescer em cada localidade, embora por motivos endógenos peculiares⁴⁵, um ambiente propício ao discurso penal repressor, seja como panacéia para os mais variados conflitos sociais, como instrumento político interno de controle social, tal qual analisado no capítulo anterior, seja como meio de tentar conter a criminalidade organizada de âmbito transnacional ou, de um modo geral, a criminalidade própria da chamada sociedade do risco.⁴⁶ Acaba, portanto, por legitimar a expansão do direito penal através do florescimento de novas tendências político-criminais repressoras e demagógicas, que fazem uso do direito penal como instrumento político, gerando vários transtornos no seio da dogmática do direito penal.

Tais transtornos se iniciam com a patente antecipação da tutela penal ao se valer do direito penal (instrumento eminentemente reativo-repressivo e limitador posto que geralmente

⁴⁵ Nos Estados Unidos como consequência do gradual enfraquecimento do Estado de bem-estar social; na Europa a esse mesmo fenômeno conjuga-se a intensificação das imigrações e os conflitos sociais daí advindos; enquanto que nos países periféricos, como no caso do Brasil, por nunca terem implementado de fato um Estado de bem-estar, como consequência dos conflitos sociais sempre existentes, advindos do contexto de exclusão social e contemporaneamente acirrados por conta das políticas neoliberais adotadas sem a devida reflexão e estruturação do ambiente interno, além da corrupção generalizada que floresce em meio à fragilidade das instituições públicas e da democracia, que em boa medida retroalimenta a questão da exclusão social, mantendo um terreno sempre fértil a discursos políticos demagógicos e ao uso político e cada vez mais repressor do direito penal.

⁴⁶ “A representação social do Direito Penal que comporta a atual tendência expansiva mostra, pelo contrário, e como se verá, uma rara unanimidade. A divisão social característica dos debates clássicos sobre o Direito Penal foi substituída por um consenso geral, ou quase geral, sobre as ‘virtudes’ do Direito Penal como instrumento de proteção dos cidadãos. Desde logo, nem as premissas ideológicas nem os requerimentos do movimento de ‘lei e ordem’ desapareceram: ao contrário, se integraram (comodamente) nesse novo consenso social sobre o papel do Direito Penal.”, In: SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. **A expansão do direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais**. Traduzido por Luiz Otavio de Oliveira Rocha. São Paulo: RT, 2002. p. 25.

age *ex post*, após o dano) para a proteção de bens jurídicos que reivindicam uma atuação *ex ante*, anterior ao dano, numa perspectiva preventiva. Esse contínuo processo de expansão que vem sofrendo o sistema penal, ao fazê-lo o principal destinatário de todas as exigências de segurança, está a suscitar uma mudança paradigmática no seio do próprio Estado-nação, através da construção de um “Estado de Segurança”, ao passo que vai preenchendo o déficit de controle no terreno técnico-econômico, bem como o déficit social gerado pelo desmantelamento do Estado de bem-estar, ou pela não implementação deste, nos países periféricos, com medidas cada vez mais repressoras de forte caráter simbólico.⁴⁷

Como quer que denominemos a sociedade contemporânea, é fato que vivenciamos uma sensação generalizada de medo – seja por conta de um possível colapso ambiental, seja por conta de um colapso nas relações entre os próprios seres humanos, como a atual “guerra” contra a violência urbana nos grandes centros ou contra o terror – que acaba sendo utilizada como objeto político para manipulação e controle das massas, sob um discurso altamente repressor que “vende” o direito penal como solução para os nossos medos e incertezas, como se a melhor maneira de construir um mundo justo e seguro fosse através da violência institucionalizada do sistema jurídico-penal.

No fundo, todo esse movimento de manipulação política não passa da tentativa de se construir uma visão consensual e única de mundo onde seja possível eliminar os possíveis dissidentes. Acontece que, no complexo mundo globalizado, o fenômeno da globalização não implica uma visão unívoca do mundo, posto que o globalismo necessariamente gera movimentos de localismo que se contrapõem e se complementam, fomentando não só o consenso, mas também a pluralidade. Diante da pluralidade é mais produtora fomentar a tolerância do que a perversa e arbitrária ilusão de um pensamento único.

2.4 O descrédito de outras instâncias de proteção. A administrativização do direito penal

⁴⁷ Assim, percebemos que, à medida que o Estado-nação vai se desvinculando de suas funções sociais, aumenta a tendência em fazer um uso cada vez mais simbólico do sistema penal. Esse processo acaba por implementar um círculo vicioso, que se retro-alimenta: “Outro malefício que a função simbólica acarreta é representado pelo fato de a articulação de uma aparência de eficácia, fundada em medidas fáceis de política criminal, unicamente destinadas a acalmar uma demanda social, desobriga o Estado de compor programas estruturais que tratem de política-social. Ademais, desconsidera, em sua atuação, os custos de uma eventual criminalização. Este aspecto é particularmente importante, já que uma tutela incondicionada pode gerar malefícios não autorizados. Os efeitos criminógenos decorrentes da atuação penal são inúmeros e, muitas vezes, mais prejudiciais do que a falta de intervenção.” In: BIANCHINI, Alice. **Pressupostos materiais mínimos da tutela penal**. São Paulo: RT, 2002, p. 148.

Não só o direito penal tem o condão de orientar, de ditar para a sociedade as condutas ideais a serem tomadas. Outras instâncias sempre cumpriram com o seu papel de educação social, de frenagem de impulsos egoísticos obstaculizadores da vida em sociedade. A moral social, a ética, o direito civil, com sua grande mensagem de ressarcimento e reparação bem como o direito administrativo sempre protegeram certos bens jurídicos suficientemente de modo que não fosse necessária a atuação no Direito penal.

Ocorre, porém, que demonstram-se extremamente fragilizadas essas balizas sociais. Por um ou outro motivo, vêm perdendo a potencialidade de mensageiro e isso faz com que o direito penal, pela robusta mensagem do seu mero acolhimento de um bem jurídico, tenha que abrigar esses bens agora desprotegidos.

As normas da moral social desempenham uma função de orientação dos indivíduos e, conseqüentemente, proporcionam um asseguramento do comportamento dos demais. Desse modo, a ausência de uma ética social mínima a que assistimos torna imprevisível a conduta alheia e desencadeia a angústia que proporciona o esforço permanente de cálculo e asseguramento fático das próprias expectativas.

A perda de valores referenciais de uma sociedade tende a implicar na transferência ao direito penal de ditar o que é bom e o que é mau. Os magistrados declaram que, além de aplicar ao caso o direito, as pessoas passam a dele exigir algo que não é incito de sua função, a responsabilidade de produzir os valores.

A função de garantir o ressarcimento exercida pelo direito Civil, apesar de seu potencial de reprovação, vem sendo mitigada pelo “modelo de responsabilidade” e pelo “modelo de seguro” hodiernamente vivenciados. A idéia de o dano estar segurado inevitavelmente poda de diligências o agente vez que, em sendo necessário, responderá a seguradora pela indenização devida. Desse modo o modelo de seguro acarreta um decréscimo da eficácia preventiva que o direito de responsabilidade civil por danos poderia ter em relação a condutas individuais danosas. Esvazia-se, assim, o teor preventivo desse ramo do direito.

O descrédito sofrido pelo direito administrativo é ainda mais decepcionante. Seja por causa da intensa burocratização, a atravancar o deslanche da resolução dos interesses em questão, seja a corrupção alastrada em quase todas as suas áreas de atuação, seja por conta do misterioso coringa proporcionado pelo Princípio da Oportunidade, a ressonância que encontra o direito administrativo na sociedade é tão-somente no âmbito da desconfiança.

O resultado é desalentador. Por um lado porque a visão do direito penal como único instrumento eficaz de pedagogia político-social, como mecanismo de socialização, de

civilização supõe uma expansão *ad absurdum* da *ultima ratio*. Mas, principalmente porque tal expansão em boa parte é inútil, na medida em que transfere ao direito penal um fardo que ele não pode carregar. Trata-se de remeter ao direito penal as grandes questões do funcionamento da comunidade como tal, questões que nem as instituições políticas nem os grupos sociais são capazes de resolver.

2.5 Os gestores atípicos da moral

Emergem novos gestores da moral coletiva que hoje adquiriram grande relevância no papel de associações ecologistas, feministas, de consumidores, de vizinhos, de pacifistas (contra a propagação de ideologias violentas), antidiscriminatórias, ou as organizações não-governamentais que protestam contra a violação de direitos humanos em toda parte do mundo. Todas elas encabeçam a tendência de uma progressiva ampliação do direito penal no sentido de uma crescente proteção de seus respectivos interesses. Produz-se um fenômeno de fascinação de diversas organizações sociais pelo direito penal.

2.6 A mudança de atitude da esquerda política

Em matéria de política criminal, sempre divergiram a Direita e a Esquerda no que tange à própria visão do Direito Penal. Enquanto a primeira discorria conservadoramente pela segurança – o que, em sua óptica, significava maior pressão punitiva, havia em contrapartida o posicionamento esquerdista que, quase diametralmente e este oposto, gritava pela menor abrangência dos tentáculos penais, chegando até a defender o abolicionismo.

Apesar da constante dicotomia até então existente, verificou-se certa anomalia no posicionamento esquerdista frente às características da criminalidade atual globalizada, organizada, macro, lucrativa. Isso porque a própria esquerda, outrora declamadora dos desastrosos rastros deixados pela pena e do tão errôneo e precipitado alcance do Direito Penal bem como da magnitude da co-responsabilidade social na gênese do delito, passa a advogar pela punição dos “novos delinquentes”- os powerfull-.

Enquanto era pregado o abolicionismo perante a criminalidade dos menos favorecidos economicamente, discorria-se pela quase intolerância em relação aos poderosos delinquentes. Isso acabou por se caracterizar como mais um motivo expansionista, posto que um brado pela tipificação desses novos crimes e pela urgência em sancioná-los ainda que antigarantisticamente passou uníssonamente a ecoar. Somente uma firme persistência na

necessidade de manter escrupulosamente as garantias político-criminais do Estado de Direito e as regras clássicas de imputação também na luta contra a macrocriminalidade poderia evitar um dos elementos determinantes em maior medida da expansão do direito penal.

A fuga ao direito penal deixa de ser apenas um problema de legisladores frívolos e superficiais e começa a ganhar preocupante respaldo ideológico. Levanta-se um ilusório consenso geral sobre as virtudes do direito penal como instrumento de proteção dos cidadãos.

Nesse sentido, Silva Sanchez⁴⁸ cita as palavras de Kunz:

“Somente os cínicos podem aceitar que a legislação penal contra macrocriminalidade já ultrapassou o Rabicón da vinculação pelos princípios tradicionais e pode em seguida dar azo a luta contra as percebidas megaameaças, de modo conseqüente e sem atenção ao lastro dos formalismos do Estado de Direito: mediante intervenção profilática que não espera a produção de lesões de direitos; mediante responsabilidade coletiva, que renuncia a imputação individual; mediante inversão do ônus da prova e delitos de mera suspeita que desprezam a presunção de inocência e o princípio in dubio pro reo; mediante a dotação de instituições de persecução penal de competências análogas a dos serviços secretos, que somente podem ser controladas judicialmente de modo limitado”.

2.7 Um fator colateral

A ansiedade pela segurança de uma sociedade que se vitimiza acaba por causar uma verdadeira aversão a alguns dos elementos característicos do direito penal clássico: o trato com valores como a verdade e a justiça e a articulação de tal trato por meio de procedimentos formais. Esses valores passam a ser vistos como obstáculo, como problemas em si mesmos que se opõem a uma gestão eficiente das questões de segurança. A presunção de inocência, o princípio da culpabilidade as regras do devido processo e a jurisdicionalidade, bem como os conceitos da própria teoria do delito, os princípios do direito penal em conjunto são contemplados como sutilezas que se opõem a uma solução real dos problemas.

Surgem, assim, modelos de justiça negociada, nos quais a verdade e a justiça são relegadas a segundo plano. Difunde-se o desprezo pela forma e pelo conteúdo e a adoração de instrumentos rápidos e eficazes para lutar contra a criminalidade. O direito penal aparece,

⁴⁸ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. **A expansão do direito penal**: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais. Traduzido por Luiz Otavio de Oliveira Rocha. São Paulo: RT, 2002. p. 25.

assim, como mecanismo eficiente de determinados problemas, sem conexão alguma de valores.

Nesse contexto, encontra campo fértil a pretensão de privatização do direito penal. A privatização e a desformalização são, ainda, uma consequência certamente inevitável da expansão. Se o sistema do direito penal cresce e o setor público não se mostra apto a geri-lo, o recurso a instâncias privadas se mostra inevitável. Os fenômenos de desformalização e privatização vêm sendo criticados classicamente por causa da diminuição de garantias que podem implicar. Alude-se aos déficits de legalidade e de imparcialidade que geram para opor-se aos que os defendem a partir de perspectivas de eficiência no equacionamento dos problemas.

Importa ainda aludir ao fato de que grande parte da eficácia preventiva do direito penal deve-se ao desconhecimento por parte da sociedade dos concretos mecanismos por meio dos quais o Estado reage contra o delito. Se se conhecesse detalhadamente o modo seletivo com que na prática se persegue o delito, as limitações do processo, ou o modo de execução das penas, as coisas poderiam ser diferentes. Desse modo, a eficácia preventiva somente se manterá caso continue o direito penal público, formalizado. Do contrário, a manutenção dessa capacidade preventiva do sistema exigirá reações faticamente muito mais severas. A privatização e a desformalização, a renúncia à dimensão de igualdade e generalidade, de distância e de imparcialidade em favor de soluções “de emergência” redirecionam as reações contra o delito ao âmbito do cotidiano. Com isso, privam-lhe da sacralização tradicionalmente própria do que é público, de seu conteúdo simbólico, as deslegitimam e conduzem a uma diminuição da eficácia preventiva, que pode requerer, como compensação, um incremento da sanção em seu sentido fático.

2.8 Globalização econômica como multiplicador da expansão

A ótica do lucro – nossa sociedade do consumo e do desperdício – impulsionada pela revolução tecnológica, pela nova engenharia espaço-tempo do mundo globalizado, traz a lume um novo paradigma de produção que propicia um esgotamento dos recursos naturais e um incremento de atividades arriscadas ou inconvencionais, atividades estas, perpetradas, em boa medida ou em maior escala, pelos conglomerados transnacionais e, portanto, inicialmente permitidas e em consonância com a filosofia da acumulação da sociedade contemporânea.

A revolução tecnológica, o novo papel adquirido pela mídia, o esgotamento dos recursos naturais, sob a égide do modelo de produção capitalista globalizado, conformam o centro irradiador das novas condutas conflitivas da chamada sociedade do risco.

Durante o século XX, sofremos diversas transformações, ocasionadas pelos mais diferentes fatores geradores não só de evolução, mas também do caos da vida moderna, tais como: grandes descobertas da ciência; tecnologia; informatização; aceleração do ritmo de vida; explosão demográfica; ocupação desenfreada de novos espaços; concentração da riqueza em poder de grandes monopólios; desemprego crescente; rápido crescimento das comunicações de massas; criminalidade organizada; tráfico internacional de entorpecentes; criminalidade dos bancos internacionais; lavagem de dinheiro; processo de privatização da segurança e o poder de intervenção da mídia, dentre outros. A nova ótica do crime, intitulada criminalidade moderna, surge justo no seio destas condutas inicialmente permitidas (exploração do meio ambiente, transações econômicas e financeiras, ações através da internet, manipulação genética, etc.), embora arriscadas em si mesmas, residindo aí a primeira dificuldade, por não ser possível uma definição clara entre o lícito e o ilícito.

As peculiares exigências da reação jurídico-penal à delinquência própria da globalização e da integração supranacional acentuam substancialmente as tendências no sentido da demolição do conceito da teoria do delito e das garantias formais e materiais do direito penal e do direito processual penal. Isso porque a globalização dirige ao direito penal demandas fundamentalmente práticas, no sentido de uma abordagem mais eficaz da criminalidade. A reflexão científica quanto a esse aspecto não surge como produto de uma aspiração intelectual de unidade ou de perfeição teórica. Trata-se de responder a exigências do poder político ou das instâncias de aplicação judicial do direito.

A delinquência da globalização é econômica em sentido amplo, isto é, ainda que se ponham em risco outros bens jurídicos, o que se intenta é a lucratividade, são os delitos qualificados criminologicamente como crimes *of the powerful*. A criminalidade moderna abrange um amplo espectro de comportamentos lesivos que incluem – além dos crimes econômicos e financeiros, que adquiriram uma nova força com a globalização econômica através do conúbio entre o mundo político e o mundo dos negócios: a evasão fiscal; os crimes ligados à tecnologia informática; os crimes contra o ambiente e a biopirataria; os crimes de tráfico internacional de substâncias entorpecentes, de armas, de pornografia, de prostituição de menores; o contrabando e comércio de pessoas ou de partes do corpo; as contrafações; a espionagem industrial; o terrorismo, entre outros. Trata-se de delitos que fogem à lógica do

paradigma clássico, têm uma regulamentação legal insuficientemente assentada, cuja dogmática se acha parcialmente pendente de elaboração. Tudo isso redundando em uma configuração dos mesmos sobre bases significativamente diversas das do Direito Penal clássico.

Os fenômenos da globalização e da integração supranacional têm um duplo efeito sobre a delinquência. Dão lugar a que determinadas condutas tradicionalmente delitivas devam deixar de sê-lo, sob o risco de se transformarem em óbices às finalidades almejadas pela globalização e pela integração supranacional. Assim, condutas violadoras de barreiras e controles estatais sobre a livre circulação passam de puníveis para não-puníveis. Por outro lado, os referidos fenômenos dão lugar à conformação de modalidades novas de delitos clássicos, bem como à aparição de novas formas delitivas. A integração gera uma delinquência contra os interesses financeiros da comunidade. Gera também a aparição de uma nova concepção de objeto do delito, centrada em elementos tradicionalmente alheios à idéia de delinquência como fenômeno marginal; em particular os elementos de organização, transnacionalidade e poder econômico.

Do ponto de vista estrutural, duas são as características mais significativas da criminalidade da globalização. Em primeiro lugar, trata-se de uma criminalidade em sentido amplo, organizada. Nela intervêm coletivos de pessoas estruturadas hierarquicamente. A dissociação que isso produz entre a execução material direta e responsabilidade determina que o resultado lesivo possa aparecer separado, tanto no espaço quanto no tempo da ação dos sujeitos mais relevantes no plano delitivo. Além de tais condutas não serem perpetradas através de ações individualizáveis, o que dificulta sobremaneira a aferição da autoria para fins de imputação, trazendo à tona a questão da responsabilidade penal da pessoa jurídica, apresentam os seguintes pontos em comum: sofisticada estrutura organizacional, uma finalidade geral de obtenção de lucros ilimitados, uma grande dificuldade na determinação territorial e uma capacidade de criar uma zona cinzenta entre o lícito e o ilícito.

Do ponto de vista material, a criminalidade da globalização é a criminalidade dos poderosos, caracterizada pela magnitude de seus efeitos, normalmente econômicos, mas também políticos e sociais. Sua capacidade de desestabilização dos mercados assim como de corrupção de funcionários e governantes são traços da mesma forma notáveis.

Ante a natureza econômica dos fenômenos da globalização e da integração, o direito penal é um produto político. O objetivo fundamental do direito penal da globalização é eminentemente prático. Esses novos âmbitos de conflito colocam o Estado Democrático e de

Direito em posição bastante delicada, ante a constante exigência de posturas e respostas, sobretudo no âmbito penal. Dentro do cenário da criminalidade moderna, destaca-se uma crescente preocupação internacional com relação ao problema da criminalidade organizada, contribuindo para o incremento de estudos científicos, para a formulação de políticas públicas específicas e para a criação de entidades ou grupos de especialistas que denunciam o enorme potencial econômico das organizações criminais, assim como as grandes dificuldades de controlar seus efeitos.

A análise da criminalidade organizada – corrupção, tráfico, lavagem de dinheiro, etc. - implica encarar a necessidade de revisar a estrutura da distribuição da justiça penal, tradicionalmente voltada aos menos favorecidos e aos crimes cuja titularidade do bem jurídico é individual, além da relevância em identificar os fatores mais importantes no processo de controle do delito, traçando alternativas político-criminais.

Esta preocupação é tema recorrente na elaboração das políticas públicas da maioria das nações, trazendo novos problemas à construção da dogmática e da política criminal do futuro. Trata-se de proporcionar uma resposta uniforme ou, ao menos, harmônica à delinqüência transnacional, de modo a evitar a conformação de paraísos jurídico-penais. A obtenção de resposta dessa maneira uniforme, entretanto, não resta fácil. O processo de harmonização das legislações nos preceitos correspondentes, inobstante ser necessário, não é suficiente, vez que é preciso também homogeneizar as regras legais da parte geral que determinam essencialmente a aplicação que deve corresponder a tais preceitos.

Surgem, porém, dificuldades muito importantes. Por um lado, nem assimilação nem harmonização legislativas garantem em nenhum caso a homogeneidade das respostas, além de apresentarem dificuldades de índole constitucional. Isso nem sequer se garante com a adoção de tratados de unificação setorial do direito penal, que não possam abordar sua aplicação uniforme por parte dos órgãos jurisdicionais nacionais. Enfim, a atribuição do *ius puniendi*, tanto em sua dimensão legislativa como jurisdicional a instâncias supranacionais tropeça ao menos de momento com os déficits democráticos das instituições surgidas dos processos de integração, quanto mais se se trata de outros tipos de instâncias supranacionais. Na medida em que as penas que se imponham sejam as privativas de liberdade, não parece possível hoje em dia atribuir a órgãos de instituições supranacionais o exercício do *ius puniendi* contra a delinqüência da globalização. Parece, portanto que o mais provável será a adoção de tratados de uniformização também em temas de parte geral, acompanhados de esforços para garantir de fato uma aplicação a mais homogênea possível dos mesmos.

Num enfoque político-criminal, percebe-se que o processo de controle deste tipo de crime se torna mais efetivo quando são levados em consideração três pontos fundamentais: a) o compartilhamento de informações; b) o aperfeiçoamento dos mecanismos de prevenção (principalmente do sistema legal); c) a especialização técnica das entidades e forças envolvidas no combate a macrocriminalidade. A especialização de efetivos policiais, de Juízes e Promotores de Justiça vocacionados ao controle dos delitos organizados, torna-se cada vez mais imprescindível. No que tange à dogmática penal, o Direito Penal Econômico surge como protagonista, merecendo destaque cada vez maior.

O modelo padrão de comportamento social ora apontado sugere a existência de um novo paradigma normativo de análise jurídica. Portanto, para se falar na utilização do direito penal para combater este novo tipo de criminalidade inerente à sociedade pós-industrial – sociedade do risco – deve-se partir, em primeiro lugar, da análise das bases paradigmáticas que caracterizam este “direito penal moderno/ direito penal do risco”, diferenciando-o, por conseguinte, do “direito penal clássico”. A questão central gira em torno da possibilidade, ou não, de se resolver questões completamente novas – envolvendo autoria complexa, bens jurídicos difusos e necessidade de um direito penal mais preventivo que, propriamente, retributivo – com o aparato fornecido pelo tradicional direito penal que tem por base a culpa individual, a proteção de bens jurídicos concretos/individuais e a retribuição.

Analisemos, resumindo, na visão de Hassemer e Muñoz Conde⁴⁹, quais as principais características que amoldam este moderno direito penal:

- a) Manifesta-se, sobretudo, em determinados âmbitos, ignorando outros. A política criminal moderna não se preocupa em modificar a parte geral do direito penal, nem tampouco o direito de execução penal, preocupa-se, sim, com a criação de novos tipos penais, bem como com o aumento da severidade das penas, ou seja, só realiza modificações na parte especial do direito penal;
- b) Tendência à proteção de bens jurídicos de caráter social, difuso ou institucional, ao invés de bens jurídicos de caráter individual, tais como: saúde pública, meio ambiente, direito dos consumidores, equilíbrio econômico, criminalidade organizada, etc;
- c) Antecipa o momento de intervenção do direito penal, punindo a mera exposição do bem jurídico ao perigo, criando, para tanto, os delitos de

⁴⁹ In: **La responsabilidad por el producto en derecho penal**. Valencia: Tirant lo Blanch, 1995. passim.

perigo abstrato (conceituar crime de perigo abstrato). Estes tipos ampliam enormemente o âmbito de aplicação do direito penal, pois, ao prescindir do prejuízo, se prescinde também de demonstrar a causalidade. Com isso são reduzidas as possibilidades de defesa, os pressupostos e limitações do castigo, reduzindo-se também as diretrizes que o legislador tem que dar ao juiz para que este interprete os tipos delitivos, visto que a periculosidade não precisa ser por ele verificada, bastando a constatação da ação típica;

d) O direito penal deixa de ser um instrumento de reação frente às lesões graves da liberdade dos cidadãos e se transforma num instrumento de uma política de prevenção, distanciando-se das suas características penais e aproximando-se das funções do direito civil ou administrativo;

e) Debilitação dos pressupostos da punibilidade, tanto na constatação dos diferentes graus de imputação objetiva (causalidade, posição de garante, etc.), quanto subjetiva (tendência a prescindir do dolo no elemento volitivo referido ao resultado, ampliação do conceito de dever de cuidado no âmbito empresarial e das figuras que se centram na negligência, etc.);

f) Redução das garantias processuais, eliminando fases completas do processo penal, encurtando sua duração ou convidando o acusado a aceitar sua condenação como forma de conclusão antecipada do processo, incorporando uma desformalização própria do direito anglo-saxônico;

g) Utilização de leis setoriais bastante técnicas ou de normas penais em branco, deixando, em todo caso, uma ampla margem à discricionariedade do juiz, tanto na constatação dos pressupostos da punibilidade, quanto na determinação das conseqüências jurídicas.

No moderno direito penal, as distinções entre: autoria e participação; tentativa e consumação; dolo e culpa – que são características dogmáticas do direito penal clássico – vão-se tornando cada vez mais vagas, ampliando-se, conseqüentemente, o arbítrio judicial.⁵⁰

⁵⁰ A criminalidade moderna enseja uma série de implicações à dogmática do direito penal, fazendo por merecer uma análise profunda de determinados temas novos e complexos, tais como: os bens jurídicos supraindividuais; os crimes de perigo; os chamados delitos cumulativos; os problemas de causalidade objetiva surgidos pela dificuldade de identificar o lugar da ação, bem como de individualizar a autoria – aprofundando o estudo da participação e da autoria mediata, no que tange a autoria individual e o estudo da responsabilidade penal da pessoa jurídica, no que tange a autoria coletiva; a teoria da imputação objetiva, que também lança uma nova perspectiva à análise da causalidade ao inserir na mesma o incremento do risco, bem como sua exclusão pelo risco permitido; além das dificuldades que surgem em relação à imputação subjetiva, fazendo-se necessário aprofundar os estudos sobre dolo e culpa, principalmente no que se refere à zona cinzenta entre dolo eventual e

Em nome da eficácia, transcende os tradicionais pressupostos da imputação que se baseavam na imputação individual, além disso, tende a aplicar penas mais graves e a disseminar o conceito de delito, precisando, não rara vez, lançar mão de regulamentações administrativas a fim de determinar os limites do injusto. A intenção é justamente ser o mais flexível e abrangente possível, a fim de poder se amoldar às constantes mudanças que o envolvem, para tanto, utiliza-se demasiadamente dos tipos de perigo abstrato.

Além dessas violações pertinentes ao direito material, são cada vez maiores as perversões dos princípios clássicos do direito processual penal. Outras vias processuais são buscadas a fim de aumentar sua capacidade real que não condizem com as expectativas de soluções esperadas, em franca tendência de eliminar as sutilezas do processo penal e assegurar sua capacidade funcional. No direito penal processual alemão, foi introduzido e amplamente utilizado, para tanto, o princípio da oportunidade. Outras quebras referem-se tanto à extensão da instância, quanto à prática da prova, bem como aos acordos feitos entre as partes como uma forma de acelerar o processo, dentre outras. Todas elas, em última instância, aumentando a capacidade processual em detrimento de suas garantias.

Em idêntico sentido, faz-se necessária uma reorganização da própria administração da justiça, tais como: a abreviação do processo, deixando fora de publicidade uma boa parte do mesmo; recortar os níveis de competência judicial ou dar-lhes ao ministério público⁵¹ ou, inclusive, à polícia, ou reduzir as possibilidades de recursos de apelação, cassação e amparo, dentre outras possibilidades sempre no sentido de agilizar a prestação jurisdicional. Enfim, em nome da eficácia e da funcionalidade, o direito penal moderno flexibiliza e relativiza os tradicionais princípios e garantias caracterizadores do Estado de Direito.

Esses novos pressupostos que caracterizam o moderno direito penal acarretam dois perigos principais, extremamente interligados: por um lado, que o direito penal só de modo deficitário possa realizar-se na prática; por outro, a perspectiva de reduzi-lo a uma função meramente promocional⁵² e simbólica.⁵³ Tais déficits de execução, na verdade, demonstram

culpa consciente, uma vez que as condutas negligentes ficam cada vez em maior evidência. Tais estudos, pela pesquisa criteriosa que requerem, não serão abordados no presente trabalho por ultrapassar o escopo do mesmo, ficando, entretanto, registrada a relevância destes temas.

⁵¹ No Brasil, discute-se, no pleno do Supremo Tribunal Federal, ainda sem definição, a possibilidade de o Ministério Público investigar.

⁵² “(...) o legislador contemporâneo sente, em certas ocasiões, a necessidade de proteger certos bens que ainda não foram assumidos pela sociedade como fundamentais. A incriminação sobre cuja eficácia, para a proteção eficaz do bem, apresenta sérias dúvidas, desempenha, aqui, pois, em primeiro, junto a alguma outra função, uma função informativa e, provavelmente, também ‘formativa’ pedagógica.” In: SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **Aproximación al Derecho Penal Contemporáneo**. Barcelona: Bosch, 1992, p. 302. (Tradução livre da autora).

⁵³ A função simbólica se expressa em “dar lugar, mais do que a resolução direta do problema jurídico-penal (a proteção de bens jurídicos), à produção na opinião pública da impressão tranqüilizadora de um legislador atento

até que ponto o direito penal utiliza-se de mecanismos que não são seus, acabando por cumprir funções que lhes são estranhas, o que vem a produzir sua desnaturalização permanente e não apenas transitória. Tudo em nome de uma política criminal que propugna uma função promocional de valores que tornaria o direito penal um instrumento de governo da sociedade, diluindo a linha de fronteira entre esse direito e o direito administrativo, no espírito de um “direito penal do risco”.

IV PROPOSTAS POLÍTICO-CRIMINAIS DE ADEQUAÇÃO DO DIREITO PENAL À NOVA REALIDADE

Este cenário de mudanças suscita proposições político-criminais dissonantes à ciência do direito penal: **a)** suscita propostas radicais e diametralmente opostas – alguns doutrinadores advogam o ajuste do direito penal e dos seus instrumentos e garantias ao moderno desenvolvimento tecnológico, numa perspectiva de um “direito penal moderno”, enquanto outros entendem que o direito penal não se amolda a tais exigências, devendo-se buscar soluções em outros instrumentos jurídicos, advogando, assim, um apego irrestrito ao direito penal liberal; **b)** além de suscitar algumas proposições intermediárias – direito penal de duas velocidades, sistema jurídico satelitário – onde o sistema penal é concebido num sistema dualista que preserva as garantias do direito penal liberal, quando se trate de violações clássicas a bens jurídicos individuais, e, por outro lado, flexibiliza tais garantias quando se trate de violações a bens jurídicos supraindividuais, ou seja, de modelos de condutas próprios desta nova criminalidade.

Apesar de ser possível, para fins didáticos, uma diferenciação entre proposições extremistas (de conservação irrestrita ou de renúncia absoluta ao direito penal liberal) e

e decidido”. “(...) Problemático não é, pois, o elemento simbólico, mas sim, o seu caráter absoluto em disposições que, incapazes de cumprir diretamente a declarada finalidade de proteção de bens jurídicos (função instrumental), se limitam a exercer esse efeito [simbólico] que resulta elevado à categoria de ‘função exclusiva’.” In: *Ibid*, p. 305; 306. (Tradução livre da autora). Em sentido conclusivo, posiciona-se Garcia-Pablos: “Um Direito Penal com características simbólicas carece, portanto, de legitimidade: manipula o medo ao delito e à insegurança, reage com um rigor desnecessário e desproporcionado e preocupa-se exclusivamente com certos delitos e infratores. Introduce um sem fim de disposições excepcionais, sabendo de sua inutilidade ou impossibilidade de cumprimento e, a médio prazo, desacredita o próprio ordenamento, minando o poder intimidador de suas proibições.” In: GARCIA-PABLOS, Antonio. **Derecho Penal**. Madrid: Universidad Complutense, 1995, p. 51. (Tradução livre da autora). Para uma análise do caráter simbólico do direito penal através de outros autores, conferir: BARATTA, Alessandro. *Funciones instrumentales y simbólicas del derecho penal: una discusión en la perspectiva de la criminología crítica*. **Pena y Estado**, Barcelona: PPU, n. 1, p. 36 e ss., set.-dez., 1991; BIANCHINI, Alice. **Pressupostos materiais mínimos da tutela penal**. São Paulo: RT, 2002; FRANCO, Alberto Silva. **Crimes Hediondos**. 4ª ed. São Paulo: RT, 2000; TORON, Alberto Zacharias. **Crimes Hediondos: o mito da repressão penal**. São Paulo: RT, 1996; ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Em busca das penas perdidas: a perda de legitimidade do sistema penal**. Traduzido por Vânia Romano Pedrosa e Amir Lopes da Conceição. Rio de Janeiro: Editora Revan, 1991.

propostas intermediárias, a grande maioria dos doutrinadores elaboram propostas ecléticas onde não fica possível proceder a uma dicotomia tão clara. Passemos a uma visão geral de tais propostas, culminando em alguns posicionamentos críticos e finalizando com a análise do polêmico direito penal do inimigo.

3.1 Entre a construção de um “Direito Penal Moderno” e o apego irrestrito ao “Direito Penal Liberal”

Hassemer salienta que as transformações do direito penal atual se baseiam na dialética do moderno. Tal dialética se fundamenta não na moralização, inspirada no direito penal clássico iluminista, mas nas modernas técnicas sociológicas, mudando-se os signos desta aplicação do direito penal. É um direito penal orientado para as conseqüências que se renova e fortalece pela necessidade de legitimação, a fim de que demonstre ser um instrumento permanente de política tecnicamente eficaz. Decorre daí, uma política criminal simbólica que se caracteriza pela agravamento das sanções penais, com efeito intimidador, mas que encontra apoio na opinião pública e obriga o legislador a satisfazê-la⁵⁴.

Conforme o pensamento de Hassemer⁵⁵, já está suficientemente provado que o direito penal clássico não possui instrumentos eficazes para solucionar essa nova criminalidade insurgente com a sociedade moderna⁵⁶. Portanto, pode-se enveredar por dois caminhos distintos: ou continuar avançando na modernização do direito penal como vem sendo feito até agora, baseando-se em velhos paradigmas já comprovadamente ineficazes para tanto, ou liberar o direito penal clássico dessas modernas exigências. A primeira hipótese acarretaria um direito penal puramente simbólico, já a segunda pressuporia um desenvolvimento de novas respostas jurídicas que se adaptassem aos desafios da modernização social.

Neste sentido, Hassemer propõe, em primeiro lugar, limitar o direito penal à resolução das infrações que fazem parte da sua história, ou seja, aos delitos tradicionais, caracterizados por protegerem bens jurídicos individuais e, igualmente, as exposições a perigos graves e

⁵⁴ HASSEMER, Winfried. **Persona, Mundo y Responsabilidad**. Trad. de Francisco Muñoz Conde e Maria Del Mar Díaz Pita. Valencia: Tirant lo Blanch, 1999, p. 39, Apud Antonio Luís Chaves Camargo. **Imputação Objetiva e Direito Penal Brasileiro**, São Paulo: Cultural Paulista, 2001, p. 35, 36.

⁵⁵ Cf. HASSEMER, Winfried & MUÑOZ CONDE, Francisco. **La responsabilidad por el producto en derecho penal**. Valencia: Tirant lo Blanch, 1995. Outros penalistas que respaldam esta opção: Peter-Alexis Albrecht, Rolf-Peter Callies, Olaf Hohmann, Wolfgang Naucke, Apud MENDOZA BUERGO, Blanca, op. cit., p. 62.

⁵⁶ Transpassando essa falta de preparo aos demais ramos do direito, posiciona-se François Ost: “é impossível identificar uma categoria social estável de representação e de proteção ‘abstrata e geral’ pela via do direito”. In: **O tempo do direito**. Traduzido por Maria Fernanda Oliveira. Lisboa: Instituto Piaget, 1999, p. 341.

evidentes, configuradas em tipos concretos. E, em segundo lugar, a criação de um novo direito para lidar com essa nova criminalidade. Para tanto, idealizou o “Direito de Intervenção”, que estaria posicionado entre o direito penal e o direito sancionador administrativo; entre o direito civil e o direito público; com um nível de garantias e formalidades processuais inferiores ao do direito penal, mas também com sanções menos intensas. Na visão deste autor, as categorias necessárias para dar uma resposta adequada aos problemas da sociedade moderna não são as categorias próprias do direito penal. Não se trata de compensar a injustiça, mas sim de prevenir o dano; não se trata de castigar, mas sim de controlar; não se trata de retribuir, mas sim de assegurar; não se trata do passado, mas sim do futuro.

Os defensores do Direito Penal Clássico, tendo Hassemer como seu maior expoente, defendem uma teoria do bem jurídico puramente individualista – “pessoal”. De acordo com esta concepção, o Direito Penal Moderno se caracteriza pela contínua criação de novos tipos penais destinados à proteção de bens jurídicos universais definidos de modo vago e que sustentam déficits crônicos de execução, sendo necessário eliminar a crise produzida por esta expansão descontrolada do direito penal para reduzi-lo a um direito penal nuclear, no sentido de uma teoria pessoal do bem jurídico.

Neste sentido, o direito penal deveria afastar-se de qualquer pretensão que não tenha relação direta com a violação de um interesse humano. Um claro exemplo se verifica na defesa de classificar os crimes ambientais como injustos administrativos, retirando-os da esfera de proteção penal, pelo fato de não haver uma relação direta entre os danos ambientais e a proteção de interesses individuais, estando aqueles bastante afastados dos crimes contra a vida e contra a integridade física, propriamente ditos.

Schünemann⁵⁷ aponta duas falhas na teoria pessoal do bem jurídico de Hassemer: 1) primeiro, a estreiteza de conceber como bem jurídico merecedor de proteção penal o indivíduo que viva no momento presente em detrimento da sobrevivência da espécie humana da qual o indivíduo é parte, sobrevivência esta que é valor universal, e não, individual. Assim, pergunta-se: como excluir da proteção penal o direito à sobrevivência das gerações futuras, que só pode ser garantido através da preservação dos recursos naturais? 2) segundo, o fato de não levar em conta as dimensões das distintas potencialidades de lesão presentes numa determinada sociedade, em função do seu estado de desenvolvimento tecnológico.

⁵⁷ In: **Consideraciones críticas sobre la situación espiritual de la ciencia jurídico-penal alemana**. Traduzido por Manuel Cancio Meliá, Universidad Externado de Colombia, 1996. p. 21-42.

A eficácia do direito perpassa pela sua capacidade de adequar-se às necessidades sociais do seu tempo, assim, na sociedade tecnológica atual, o fato de localizar os delitos patrimoniais no setor central do direito penal, enquanto que, ao mesmo tempo, se deseja remeter a maior parte dos crimes ambientais ao campo das infrações administrativas, como o propõe a Escola de Frankfurt, só pode soar atávico, no entender de Schünemann, uma verdadeira perversão de valores.

Analisando a superficialidade da cultura de massas da sociedade pós-moderna e pós-industrial (que, através das manipulações dos meios de comunicação, acaba criando indivíduos vazios de conteúdo, incapazes de ver a gênese manipuladora e industrial de sua forma de vida só aparentemente individual), Schünemann entende que a teoria pessoal do bem jurídico, ao contrário do que parece num primeiro momento, encontra-se em consonância com os objetivos daqueles que querem manter intocável o estilo de vida da sociedade pós-industrial:

(...) a teoria pessoal do bem jurídico caiu na armadilha desta sociedade pós-moderna, tomou seus mundos fictícios e suas técnicas de dissimulação por seu núcleo essencial e elevou à categoria de objeto de proteção de maior nível do Direito Penal sob o desperdício dos recursos de gerações futuras por parte do hedonismo sem sentido de um pseudo-individualismo fabricado industrialmente (...).⁵⁸

Ainda neste sentido, critica o uso da acessoriedade administrativa que leva a conclusões equivocadas, ao passo que se exige que o direito penal respeite, inclusive, aquelas autorizações de emissões poluidoras realizadas pela autoridade administrativa, mesmo que sejam antijurídicas. Idealizar uma proteção ambiental, através do olhar dos interesses de uma política industrial míope, levaria a uma construção defeituosa do direito penal, propugnando seu abandono em grande escala, ao invés de trabalhar na elaboração de um direito penal ambiental mais eficiente e igualitário.

Outro ponto destacado por Schünemann versa sobre a crítica exacerbada realizada pela Escola de Frankfurt em relação à categoria do crime de perigo abstrato. Categoria essa incrementada através da idéia de “sociedade do risco”. A princípio, quais seriam as características de tal sociedade? Pois, se é certo que, individualmente falando, os riscos vitais do indivíduo são hoje muito menos significativos do que o eram, por exemplo, na Idade Média. Por outro lado, é corrente o discurso sobre a sociedade de risco atual. Mas, na verdade,

⁵⁸ Ibid., p. 25. (Tradução livre da autora).

se traçarmos uma análise das características da nossa sociedade atual, perceberemos que ela se caracteriza muito mais por ser uma sociedade do desperdício que, propriamente, de risco, visto que o volume da colocação em perigo dos recursos é essencialmente inferior ao da destruição, pelo mau uso dos mesmos.

Na esteira do pensamento de Schünemann seria, no mínimo, reacionário excomungar, por princípio, os delitos de perigo abstrato⁵⁹. Isso impossibilitaria tanto a contribuição da ciência penal a uma legitimação construtiva e crítica dos delitos de perigo abstrato, quanto à contribuição de uma atividade legislativa racional neste âmbito. Esta mencionada contribuição deveria seguir a seguinte direção: 1) individualizar os lugares em que se encontram os pontos de conexão coletivos nos quais deve intervir uma proteção eficaz dos bens jurídicos; 2) num segundo nível, deve-se assegurar que esta modalidade de comportamento não se ache abarcada pelo legítimo âmbito de liberdade do indivíduo; 3) há de se ter em conta o princípio de determinação e 4) finalmente, na hora de examinar a proporcionalidade, ou seja, a existência de uma relação adequada entre o injusto típico e a intensidade da pena ameaçada, no âmbito do perigo abstrato, é possível se estabelecer uma conexão muito mais estreita que no delito de resultado, no qual o autor, em última instância, se coloca como pessoalmente responsável por todas as demais causas e, com isso, pela desafortunada configuração da situação social da qual se partia.

Numa posição diametralmente oposta à proposta por Hassemer, Giorgio Marinucci e Emilio Dolcini⁶⁰, sensibilizados com os males causados pela criminalidade moderna na estrutura social – tais como: o fenômeno patológico dos escândalos financeiros que não se circunscrevem ao território nacional, causando prejuízos globais de proporções incomensuráveis; a correlação da criminalidade econômica com o mundo político e a maneira como aquela se insere neste mundo, através do financiamento de campanhas políticas, corrompendo-o em prol da defesa dos seus interesses mercadológicos; o envolvimento das atividades industriais negligentes com os grandes acidentes ambientais, além da poluição gradativa do meio ambiente, chegando a níveis insustentáveis; o fenômeno da criminalidade organizada e a conivência do sistema bancário internacional, no que se refere à transformação do capital, advindo de suas atividade ilícitas, em capital lícito e os atentados contra a

⁵⁹ STRATENWERTH coloca-se numa posição semelhante à de Schünemann, defendendo a legitimidade da proteção, por exemplo, de interesses puramente ecológicos, através da estrutura de delito de perigo abstrato, pois não seria admissível renunciar a intervenção do direito penal a supostos que afetam interesses vitais da humanidade. In: *Zukunftssicherung mit der Mitteln des Strafrechts?*, ZStW 105 (1993), p. 679-696 Apud MENDOZA BUERGO, Blanca, op. cit., p. 62-63.

⁶⁰ MARINUCCI, Giorgio e DOLCINI, Emilio. Derecho penal mínimo y nuevas formas de criminalidad. **Revista de Derecho Penal y Criminología**. 2ª época, n. 9, p. 147-167, jan., 2002, p. 147-154.

integridade dos Estados – combatem quaisquer manifestações em prol a um direito penal mínimo e manifestam-se por um direito penal expansivo, diante da crença de que o direito penal deve sim corrigir a sua natural tendência à hipertrofia, mas deve ao mesmo tempo realizar uma tutela equilibrada de todos os bens fundamentais, individuais e coletivos; e a doutrina penalista, precisamente no momento em que a justiça penal começa a dedicar suas atenções também aos grandes da economia e da política, não pode patrocinar, nem inconscientemente, um retorno ao passado, que outra coisa não pode significar senão a restauração de um estereótipo de delinqüente recortado sobre *classes perigosas*

Fazendo contraponto a estas posições opostas, surgem teorias intermediárias que nem acreditam no retorno de um direito penal liberal, tampouco advogam uma total adaptação do direito penal a fim de conformar um tal “direito penal moderno”. Silva Sánchez, em seu livro onde analisa a expansão do direito penal, enumera uma série de causas que dariam margem a essa expansão, entendendo, portanto, que a sociedade pós-industrial demanda, consensualmente, uma expansão do direito penal.⁶¹ Neste sentido, se coloca contrário a uma pretensa volta ao Direito Penal Liberal:

Ante os fenômenos que vêm sendo constatados e que redundam em uma progressiva expansão do Direito Penal, há quem advogue pela volta ao Direito Penal Liberal, (...) nessa pretensão se dão elementos não somente anacrônicos, senão precisamente ucrônicos. Efetivamente, o Direito Penal Liberal, que certos autores pretendem reconstruir agora, na realidade nunca existiu como tal⁶². Por um lado, porque tal construção ignora a presença naquele de uma rígida proteção do Estado, assim como de certos princípios de organização social. Por outro lado, porque a rigidez das garantias formais que nele era possível observar não representava senão o contrapeso do extraordinário rigor das sanções imponíveis. A verdadeira imagem do Direito Penal do século XX não é, pois, aquela que alguns pretendem desenhar em nossos dias.

Vejamos, a partir de então, algumas dessas propostas intermediárias.

⁶¹ Essa é a idéia que perpassa em toda a obra, Cf. p. 25, 96, 104. In: **A expansão do direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais.** Traduzido por Luiz Otavio de Oliveira Rocha. São Paulo: RT, 2002.

⁶² Marinucci e Dolcini são partidários do mesmo entendimento: “No debe olvidarse que el Derecho penal liberal – evocado por quienes añoran un pasado que nunca existió – no se ha circunscrito a la tutela de los bienes individuales, sino que siempre ha protegido una gama más o menos amplia de bienes colectivos. Aquello que caracteriza al Derecho penal contemporáneo es sólo una creciente atención a los bienes colectivos, fruto no de una visión panpenalista de control social por parte de la doctrina y del legislador, sino que de las transformaciones económico-institucionales, que han hecho emerger nuevas entidades merecedoras y necesitadas de pena, o que han acrecentado la importancia de los bienes colectivos clásicos.” In: op. cit., p. 160.

3.2 Propostas “intermediárias” para o sistema do direito penal

3.2.1 Direito Penal de duas velocidades

Para Silva Sánchez, esta proposta de retorno ao direito penal liberal – um direito centrado na proteção de bens jurídicos essencialmente personalistas e do patrimônio, com estrita vinculação aos princípios de garantia – é não só anacrônica, mas também ucrônica, haja vista entender que jamais existiu um tal direito penal liberal, conforme está sendo desenhado por alguns, em nossos dias. Ele também critica a tentativa de se solucionar o problema através da recondução dos tipos penais, que sejam fruto desta expansão do direito penal, ao direito administrativo sancionador.

Em busca de uma solução, Silva Sánchez propõe um modelo que tem ponto de partida na direta relação existente entre as garantias que incorporam um determinado sistema de imputação e a gravidade das sanções que resultam de sua aplicação, afirmando que nem sempre há que se exigir as mesmas garantias para todo o sistema sancionatório penal, uma vez que as conseqüências jurídicas sejam substancialmente diversas. Tendo essa assertiva como premissa, elabora sua teoria do “Direito Penal de duas velocidades”⁶³, na qual enfatiza que o problema não é tanto a expansão do direito penal em geral, senão, especificamente, a expansão do direito penal da pena privativa de liberdade. Portanto, é esta última que deveria ser realmente contida.

Neste sentido, a solução estaria em se admitir uma graduação da vigência das regras de imputação e dos princípios de garantia no próprio seio do direito penal. Isto diferencia sua proposta do “Direito da Intervenção”, proposto por Hassemer e Muñoz Conde, visto que, para Silva Sánchez, não haveria necessidade da criação de um novo direito para absorver esse modelo de menor intensidade garantística, uma vez que o mesmo poderia ser elaborado dentro do próprio direito penal.

Em suas conclusões sobre o tema, advoga que, por um lado, será difícil frear uma certa expansão do direito penal, dada a configuração e aspirações das sociedades atuais e que, por outro lado, um direito penal moderno (com vocação intervencionista e “regulamentadora” baseado, por exemplo, nas penas pecuniárias e restritivas de direitos) não teria que expressar

⁶³ Ibid., p. 136-147.

as mesmas medidas garantísticas exigidas pela teoria clássica do delito e suas instituições processuais (que, por sua vez, refletem a correspondente vocação político-criminal de garantias próprias do direito nuclear da pena de prisão).

Assim, conclui que tudo isso pode ser encarado a partir de uma configuração dualista do sistema do direito penal, com regras de imputação e princípios de garantia de dois níveis. Na medida em que a sanção seja a de prisão, uma pura consideração de proporcionalidade requereria que a conduta assim sancionada tivesse uma significativa repercussão em termos de afetação ou lesividade individual; ao mesmo tempo, seria produtora de manter um claro sistema de imputação individual. Porém, na medida em que a sanção não seja a de prisão, parece que não teria que se exigir tão estrita afetação pessoal e a imputação tampouco teria que ser tão abertamente pessoal.

3.2.2 Sistema jurídico satelitário

Todas essas tendências do “Direito Penal Moderno”, quais sejam: revitalização ou disseminação do direito administrativo, criação de um direito sancionador (que não teria a pena de prisão no seu seio), bem como o redimensionamento do sistema penal (dele retirando todos os fatos típicos que não possuem as características necessárias para ostentarem a categoria de ilícito penal), na visão de Palazzo⁶⁴, são vários prismas de um mesmo processo que tende à construção de um sistema jurídico satelitário.

Através da jurisdicionalização do setor mais relevante dos ilícitos penais descriminalizados, criar-se-ia uma nova espécie de direito: direito sancionador. O objetivo seria manter o direito penal tradicional com todas as garantias penais e processuais (fundado na pena de prisão) e construir um direito sancionador jurisdicionalizado, mas com alguma flexibilização nessas garantias (que permitisse a punição da pessoa jurídica, a transação penal, a flexibilização da imputação objetiva, etc., jamais adotando a pena de prisão) e, por último, relegando ao direito administrativo a sanção das infrações penais menos relevantes (aplicadas por autoridades administrativas).

3.2.3 Posicionamentos críticos a tais propostas

⁶⁴ PALAZZO, Francesco C. **Direito Penal e sociedade tecnológica**: princípios em crise e reformas esperadas. Fascículos de Ciências Penais, ano 6, n. 1, v. 6, Porto Alegre: Fabris, jan.-fev.-mar., 1993, passim.

Enquanto o Direito de Intervenção é concebido fora do direito penal, Silva Sánchez deslocou o modelo excludente da pena privativa de liberdade, ou seja, o modelo menos garantístico, para dentro do sistema penal, por entender eficaz aproveitar-se da dimensão simbólico-comunicativa do julgamento penal. Entretanto, duas críticas principais perpassam ambos os modelos.

Em primeiro lugar, acabar-se-ia por se construir um modelo dual que separaria os sujeitos pela classe a qual pertencem⁶⁵, tal qual se posicionou Klaus Lüderssen ao analisar o perigo de se voltar a um Direito Penal “oitocentista”: “(...) não se voltava jamais contra os grandes, seja no plano da economia, seja no plano da política, dominado como era pela idéia segundo a qual os pequenos eram enforcados, os grandes eram mandados embora.”⁶⁶ Em segundo lugar, não há como garantir uma não invasão incontrolável do “cerne” pela “periferia”. Neste sentido, posicionou-se Figueiredo Dias, concluindo com as seguintes palavras:

A tutela dos novos ou grandes riscos típicos da ‘sociedade do risco’ deve assim continuar a fazer-se (também e subsidiariamente) por intermédio do direito penal, para tanto me não parecendo, em definitivo, que se torne necessária uma mudança radical do paradigma penal, com uma nova política criminal e uma nova dogmática jurídico-penal⁶⁷.

Uma crítica ainda mais contundente é feita por Zaffaroni:

(...) há quem resignadamente se dispõe e se oferece de bom grado a colocar-se ao serviço destas mensagens, insistindo no mero efeito simbólico da lei penal e assumindo-o, passando por alto que a lei penal se traduz em criminalizações secundárias de maneira seletiva em relação aos mais vulneráveis (...). (...) **Sustenta-se que se deve elaborar um direito penal de duas velocidades: um, com maiores garantias para os débeis e, outro, com menores garantias para os poderosos, ignorando que o último não fará outra coisa que alcançar aos menos poderosos, aos não poderosos que aspiram sê-lo ou àqueles que perderam em relação aos mais poderosos o que, ademais, terminará se tornando algo comum.** Reconhece-se que o direito penal para os poderosos será de aplicação mais excepcional, portanto, se propõe compensar a impunidade com penas mais

⁶⁵ Silva Sánchez, em resposta a esta crítica, posiciona-se da seguinte forma: “(,,,) opor-se à ‘modernização’, ademais, em absoluto equivale a propugnar um ‘Direito Penal de classes’, no qual o ladrão convencional continue sofrendo uma pena, enquanto o delinqüente econômico ou ecológico ficaria à margem do Direito Penal. (...) Conforme entendo, não se trata de distinguir – nem parece que alguém o tenha pretendido – segundo sujeitos, senão segundo fatos e segundo consequências jurídicas.” In: op. cit., p. 143-44.

⁶⁶ Apud MARINUCCI, Giorgio e DOLCINI, Emilio, op. cit., p. 163.

⁶⁷ O direito penal entre a “sociedade industrial” e a “sociedade do risco”. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. ano 9, n. 33. São Paulo: RT, jan.-mar. 2001. p. 55.

severas aos poucos casos em que haja punição. (...) Sua tradução prática é que penas mais severas serão aplicadas aos menos poderosos que forem pegos para que o povo acredite em sua eficácia. Também se sustenta que quanto menor gravidade tem uma pena, menores são as garantias para sua imposição. Esquece-se de que o poder configurador cotidiano – que é o mais importante do poder punitivo – lida com penas menores e, inclusive, contravencionais, enquanto que as mais graves têm muito pouca importância configuradora, dado que a maioria da população se abstém de semelhantes crimes.(...) (grifo nosso).⁶⁸

Analisando essa questão de o modelo do direito penal de duas velocidades acabar implicando em respostas diferenciadas segundo a classe a qual pertença o sujeito, sempre punindo de forma mais branda, sem privação de liberdade, os poderosos, Alberto Silva Franco propõe a seguinte saída:

(...) a possibilidade de migração de um modelo para outro. E isso se mostra factível quando, no segundo modelo, a autoria deixa de ser coletiva ou incerta e se individualiza numa pessoa concreta. Nesse caso, o autor deverá ser catapultado do segundo para o modelo central e ali, respeitado o processo garantístico, poderá ser atingido pela pena privativa de liberdade, sem prejuízo de aplicação de sanções referentes ao segundo modelo à empresa de que fazia parte.⁶⁹

Isso porque, em sua visão, se houvesse tal migração sem que a empresa sofresse as conseqüências da ordem provinda da sua diretoria, criar-se-iam facilmente “bodes expiatórios”. Solução semelhante encontra-se redigida no artigo 3º e § único, da Lei 9.605/98⁷⁰ - Lei dos Crimes Ambientais – inclusive, recebendo críticas, dentre outras, no que se refere a um possível *bis in idem*. Ademais, é possível que “bodes expiatórios” continuem a existir, tal qual bem nos alertou Zaffaroni, citado acima: “(...) ignorando que o último [o sistema menos garantista] não fará outra coisa que alcançar os menos poderosos, aos não poderosos que aspiram sê-lo ou àqueles que perderam em relação aos mais poderosos o que, ademais, terminará tornando-se algo comum”.

⁶⁸ La globalización y las actuales orientaciones de la política criminal. **Nueva Doctrina Penal**. Buenos Aires: Editores del Puerto, 1999. p. XVII-XVIII. (Tradução livre da autora).

⁶⁹ Globalização e criminalidade dos poderosos. **Revista Portuguesa de Ciência Criminal**. Coimbra: Coimbra Editora. ano 10, fasc. 1º, jan.-mar. 2000, p. 226.

⁷⁰ “**Art. 3º**. As pessoas jurídicas serão responsabilizadas administrativa, civil e penalmente conforme o disposto nesta Lei, nos casos em que a infração seja cometida por decisão de seu representante legal ou contratual, ou de seu órgão colegiado, no interesse ou benefício da sua entidade. **Parágrafo único**. A responsabilidade das pessoas jurídicas não exclui a das pessoas físicas, autoras, co-autoras ou partícipes do mesmo fato.”

Félix Herzog, rechaçando qualquer tipo de política criminal emotiva, é categórico ao dizer que o direito penal não soluciona conflitos sociais e que, portanto, utilizá-lo com esse fim não passa de mero populismo:

(...) hoje em dia quase todas as manifestações de desorganização social e de debilitação da consciência de responsabilidade levam a reclamar o Direito Penal e a uma atividade legislativa temperamental. Muitos cidadãos participam desta inovação da atuação do legislador. Tais reações consternadas são compreensíveis. A vista de numerosos avanços da sociedade pós-moderna, compartilho da valoração popular de que as máximas diretivas desta sociedade ignoram ao homem e são tendencialmente destrutivas. Como penalista e filósofo do Direito me corresponde, sem embargo, a tarefa de refletir criticamente e não cair numa Política criminal emotiva. (...) Política criminal sem projeto global algum e sem sensibilidade em relação aos limites de eficácia do Direito penal (...).⁷¹

Figueiredo Dias individualiza como centro das mudanças que vivenciamos na sociedade atual a crise ecológica que faz ressurgir a interação sujeito-objeto de forma a cobrar do homem uma postura mais responsável por seus atos. Coloca como ponto essencial para transcender a crise da sociedade moderna, a inevitável necessidade de superação do dogma da razão técnico-instrumental que, profundamente imperialista, entende o homem como dominador absoluto do mundo e da natureza. Fundamentando-se no pensamento de Anselmo Borges, aduz Dias:

(...) se podendo ter a esperança de superar a crise da razão moderna e do seu imperialismo devastador: perante a ameaça comum de que somos *objecto todos*, e de que o serão seguramente ainda mais as gerações futuras, impõe-se que a humanidade, se quiser ter futuro, se tenha de tornar sujeito comum da responsabilidade pela vida.⁷²

Entretanto, não acredita que uma reformulação na dogmática do direito penal a fim de adequar-se à “criminalidade moderna”, em detrimento do direito penal garantista, vá de alguma forma ajudar a proteger a sociedade dos riscos da era pós-industrial. Dessa forma, Figueiredo Dias expressa a seguinte conclusão:

⁷¹ HERZOG, Félix. Algunos riesgos del derecho penal del riesgo. Traduzido por Enrique Anarte Barrallo. **Revista Penal**. vol 4. Huelva-Salamanca-Castilla-La Mancha: Editorial Práxis, julho de 1999, p. 54; 56. (Tradução livre da autora).

⁷² Figueiredo Dias formula esse pensamento fundamentando-se no seguinte texto de Anselmo Borges: O crime econômico na perspectiva filosófico-teológica. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, vol. 10, 2000. In: O direito penal entre a “sociedade industrial” e a “sociedade do risco”. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, ano 9, n. 33. São Paulo: RT, jan.-mar. 2001. p. 48.

(...) Os caminhos do futuro do direito penal passam antes pela superação daquela razão técnica instrumental e, assim, pela redescoberta do axioma onto-antropológico que preside à função penal, produtor de uma imagem do homem com ser-com e ser-para os outros. Nisto reside a melhor protecção que o direito penal pode oferecer às gerações futuras, sem que para tanto precise de renunciar ao (ou modificar o) paradigma estabelecido pela modernidade.

O novo século e o novo milênio devem, em conclusão, assistir à persistência da função do direito penal e exclusiva tutela subsidiária de bens jurídico-penais tanto individuais e pessoais, como sociais e trans-pessoais (...). O direito penal deve continuar a resguardar-se de tentativas de instrumentalização como forma de governo, de propulsão e promoção de finalidades da política estadual, ou de tutela de ordenamentos morais – porque aí mesmo abica o movimento de secularização que se apresenta como um dos factores mais importantes de superação da razão instrumental. A dogmática penal deve evoluir, fornecendo ao aplicador critérios e instrumentos que não podem ser decerto os dos séculos passados como formas adequadas de resolver os problemas do século XXI; mas sim por isso ceder à tentação de ‘dogmáticas alternativas’ que podem, a todo o momento, volver-se em ‘alternativas à dogmática’ incompatíveis com a regra do Estado de direito e, como tal, democraticamente ilegítimas.⁷³

Numa posição ainda mais radical coloca-se Zaffaroni, denunciando o simbolismo no qual se encerra o direito penal, ao querer dar respostas a problemas para os quais ainda não há respostas efetivas no plano dos fatos reais:

(...) Se pretende regular o que não há poder que regule e se elabora uma legislação penal econômica que não será aplicável na prática porque produziria um imediato deslocamento de capital que o poder político não está em condições de evitar. Deseja-se regular o mercado criando ilicitudes quando não existe poder regulador eficaz, de modo que não se faz mais do que encarecer os objetos e serviços ilícitos. Se administrativiza a legislação penal ante a impotência da legislação administrativa, o que na realidade é uma banalização da lei penal, que se considera útil para qualquer objeto. Diminuem-se as garantias processuais e se restituem instituições medievais, tais quais a delação e os testemunhos, juízes e promotores secretos ou anônimos. Nunca a legislação penal havia abarcado um número de condutas tão amplo como no presente: a cada dia são em menor número os ilícitos administrativos que não são ao mesmo tempo penais, seja como crimes ou como contravenções (...).⁷⁴

⁷³ Ibid., p. 64-65.

⁷⁴ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. La globalización y las actuales orientaciones de la política criminal. (Tradução livre da autora). **Nueva Doctrina Penal**. Buenos Aires: Editores del Puerto, 1999. p. XVI.

Esboçando tais argumentos, Zaffaroni assume uma postura em total oposição às tendências expansionistas, conclamando, um direito penal humanitário que lute por uma redução do poder punitivo estatal: “Um novo liberalismo penal é o que requer a doutrina contemporânea, mas que, diferentemente do fundacional, não legitime nem mesmo parcialmente o poder punitivo, mas que se limite a reduzi-lo, na medida de seu poder jurídico.”⁷⁵

3.3 Direito Penal do Inimigo

Uma análise acurada das tendências político-criminais atuais não pode negligenciar a polêmica ensejada pelo denominado direito penal do inimigo. Como ponto de partida, este tema nos remete a um desconcertante questionamento: Jakobs, ao mencionar tal fenômeno, o faz enquanto proposta político-criminal ou enquanto constatação de uma realidade contemporânea?

De acordo com as palavras do próprio Jakobs, ele seria um mensageiro que traz uma má notícia.⁷⁶ Neste sentido, declara que diagnosticou um fato e que lhe parece mais coerente conscientizar-se em relação aos fenômenos insurgentes, por pior que pareçam, que negá-los e, com isso, acabar por generalizar uma situação que deve ser tratada de forma pontual.

Em consonância com sua visão sistêmica da sociedade – sob a qual o indivíduo só passa a ser pessoa através da qualidade de portador de um papel e enquanto cumpridor das expectativas de comportamento que lhe são impingidas dentro da comunidade jurídica que integra – passa a classificar como inimigo a todo aquele que, por princípio, se conduz de modo desviado e que, portanto, não presta uma segurança cognitiva de um comportamento pessoal. Assim, tomando por premissa filosófica os argumentos de HOBBS e KANT, mantém o status de cidadão para aqueles que não se desviam por princípio e priva-se de tal status àqueles “que me ameaçam constantemente”.⁷⁷

⁷⁵ IDEM, Globalización y sistema penal en la América Latina: de la seguridad nacional a la urbana. (Tradução livre da autora). **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. ano 5, n. 20. São Paulo: RT, out.-dez. de 1997, p. 21.

⁷⁶ In: **Derecho penal del enemigo**. Traduzido por Manuel Cancio Meliá. Madrid: Civitas Ediciones, 2003, p. 16-17.

⁷⁷ No direito natural de argumentação contratual estrita (ROSSEAU e FICHTE), todo delinqüente é visto como inimigo. Entretanto, a fim de que se mantenha um destinatário para as expectativas normativas, Jakobs entende preferível manter o status de cidadão para aqueles que não se desviam por princípio (HOBBS e KANT). In: **Derecho penal del enemigo**. Traduzido por Manuel Cancio Meliá. Madrid: Civitas Ediciones, 2003, p. 55.

Seguindo esse raciocínio, Jakobs diagnostica a existência de um direito penal do inimigo que, ao contrário do direito penal do cidadão, não revalida normas, mas, combate perigos. Neste âmbito, o legislador passa a elaborar uma legislação de luta, por exemplo:

(...) no âmbito da criminalidade econômica, do terrorismo, da criminalidade organizada, no caso de delitos sexuais e outras infrações penais perigosas, (...) pretendendo-se combater em cada um desses casos a indivíduos que em sua atitude (...), em sua vida econômica (...) ou mediante sua incorporação numa organização (...) tenham se afastado, provavelmente de maneira duradoura, ao menos de modo decidido, do Direito, ou seja, que não prestam a garantia cognitiva mínima que é necessária para o tratamento como pessoa. (...) não se trata, num primeiro momento, de compensação de um dano à vigência da norma, mas da eliminação de um perigo: a punibilidade se adianta até o âmbito da preparação, e a pena se dirige ao asseguramento frente a fatos futuros e, não, a sanção de fatos cometidos.⁷⁸

Especialmente após o acirramento do terrorismo atingindo o mundo ocidental, fato marcante com o 11 de setembro de 2001, há uma propensão de recrudescimento e perda de garantias no âmbito do direito penal e, inclusive, do processo penal, ao se tratar o terrorista como delinqüente cidadão. Nesse sentido, Jakobs entende que admitir um direito penal do inimigo claramente delimitado é menos perigoso, desde a perspectiva do Estado de Direito, que entremesclar todo o direito penal com fragmentos de regulamentações próprias do direito penal do inimigo e faz o seguinte alerta:

(...) quem inclui o inimigo no conceito de delinqüente cidadão não deve assombrar-se caso se mesquem os conceitos de ‘guerra’ e ‘processo penal’. De novo, em outra formulação: **quem não quer privar o Direito penal do cidadão de suas qualidades vinculadas à noção de Estado de Direito** – controle das paixões; reação exclusivamente frente a fatos exteriorizados; respeito à personalidade do delinqüente no processo penal, etc. – **deveria chamar de outro modo àquilo que se deve fazer contra os terroristas**, caso não se queira sucumbir, ou seja, deveria chamá-lo de Direito penal do inimigo, guerra contida (grifo nosso).⁷⁹

Silva Sánchez, ao analisar o fenômeno do direito penal do inimigo, classifica-o como sendo uma terceira velocidade do direito penal. Neste âmbito seria possível aplicar sanções privativas de liberdade dentro de um sistema menos garantista, para o qual concorra uma ampla relativização de garantias político-criminais, regras de imputação e critérios processuais. Pela característica que assume o inimigo, como um sujeito que abandona de

⁷⁸ Ibid., p. 38-40. (Tradução livre da autora).

⁷⁹ Ibid., p. 42. (Tradução livre da autora).

forma duradoura o direito, apresentando uma ausência da mínima segurança cognitiva em sua conduta, seria mais adequada uma contenção através de medidas de segurança aplicadas a inimputáveis perigosos que exatamente a aplicação de uma pena, num claro regime de exceção, que só seria legítimo num contexto de emergência.⁸⁰

O diagnóstico feito por Jakobs e as prováveis conseqüências suscitadas são alvo de duras críticas por boa parte da doutrina. Em relação a esse diagnóstico, o próprio Jakobs afirma existirem inúmeras tomadas de posição por parte da doutrina, quase todas num sentido de crítica e de negação, que acabam por chegar a uma posição surpreendente, para o âmbito científico, de que o diagnóstico dá medo e que sua formulação é indecorosa. A tais posicionamentos, Jakobs tece um único comentário: “(...) certamente, o mundo pode dar medo e, de acordo com um velho costume, mata-se o mensageiro que traz a má notícia por conta do indecoroso de sua mensagem. Nenhuma palavra mais sobre isto”.⁸¹

Cancio Meliá, com quem Jakobs publicou sua obra sobre o tema, concorda com o diagnóstico e, inclusive, compartilha da preocupação central que permeia toda a elaboração feita por Jakobs: que as regras próprias de combate ao inimigo – melhor se encaradas dentro da formulação política adequada, como medidas de um estado de exceção – contagem o núcleo do direito penal. Sobretudo porque, diferentemente do que acontece nos Estados Unidos, onde se reconhece abertamente que se trata de uma guerra, na Europa tais medidas são implementadas sob o manto de uma pretendida e total “normalidade constitucional”, incrementando os riscos de contágio a todo o direito penal.⁸²

Muito embora Cancio Meliá comparta do diagnóstico feito por Jakobs, diverge, com razão, em relação à forma de lidar com este. Nesse sentido, de forma extremamente lúcida, tece duas críticas centrais às formulações de Jakobs: 1) aquilo a que se denomina direito penal do inimigo não pode ser considerado direito; 2) o direito penal do inimigo acaba por gerar uma reação internamente disfuncional.⁸³

1) Não pode ser considerado direito penal posto que a função da pena neste setor difere da função que a pena desempenha no direito penal – a pena não estabiliza normas, mas, sim, demoniza determinados grupos de infratores – portanto, representa uma quebra ao direito penal do fato, transfigurando-se em características próprias de um direito penal do autor.

2) Desde a perspectiva da pena e do direito penal com base na prevenção geral positiva, a reação que reconhece excepcionalidade à infração do

⁸⁰ In: **A expansão do direito penal**, op. cit., p. 148-151.

⁸¹ JAKOBS, Günther e CANCIO MELIÁ, Manuel. **Derecho penal del enemigo**, op. cit., p. 15.

⁸² Prólogo de Cancio Meliá à obra em conjunto com Jakobs. In: *Ibid*, p. 16-17.

⁸³ *Ibid.*, p. 89-102.

inimigo mediante uma mudança de paradigma de princípios e regras de responsabilidade penal é disfuncional, posto que o direito penal do inimigo praticamente reconhece - ao optar por uma reação estruturalmente diversa - a competência normativa, ou seja, a capacidade do infrator de questionar a norma. Portanto, desde a perspectiva do comportamento do inimigo como, por exemplo, o terrorista – inimigo por excelência – que apresenta um comportamento de enfrentamento a ordem posta, é muito mais idôneo confirmar a normalidade, ou seja, negar a excepcionalidade reagindo através dos parâmetros normais do sistema jurídico-penal.

Ademais das coerentes formulações suscitadas por Cancio Meliá, ainda é cabível um adendo de cunho filosófico a questionar o paradoxal direito penal do inimigo: não representaria uma quebra no dogma contratualista que fundamenta as bases do moderno Estado-nação? A proposta de desconsideração da condição de cidadão imposta ao inimigo fere a idéia de salvaguarda dos direitos fundamentais que embasam o contratualismo, sob o qual se erigiu o Estado moderno. Logo, rompe com a idéia contratualista de formação do próprio Estado, a partir da qual cada cidadão cede uma parcela de sua liberdade em nome de uma proteção mais eficiente, a ser realizada exclusivamente pelo Estado. Se permitirmos ao Estado, cuja função precípua é nos proteger, que ele desconsidere nossa condição inerente de cidadãos, condição esta que é a base da legitimação do poder estatal, quem nos protegerá do Estado a partir do momento em que a base que o legitima é por ele desconsiderada?

Diante do exposto, não há como negar um retorno a um direito penal de autor, tal qual já se praticou no primeiro terço do século XX, ficando patente que se amolda muito mais a um regime de exceção que a um regime de direito, conforme o entendemos sob a égide de um Estado democrático de Direito. É fato que uma legislação permeada de elementos de um tal regime de exceção vem sendo construída já há algum tempo, principalmente nos Estados Unidos e Europa, com largos passos de influência sobre a legislação das últimas décadas na América Latina.⁸⁴ Há muito, os agentes que atuam em nome do Estado, no que tange à segurança pública, seja nos Estados Unidos e na Europa, seja na América Latina, vêm tratando seus dissidentes, indiscriminadamente – leia-se àqueles que provêm das classes populares – não só como excluídos que precisam ser controlados, mas também como verdadeiros inimigos.

⁸⁴ Numa análise crítica da legislação brasileira das últimas décadas, verificam-se vários pontos dignos de um regime de exceção. Nosso melhor exemplo configurou-se recentemente com a adoção da Lei 10.792/03, que modificou a Lei de Execução Penal (LEP), estipulando o Regime Disciplinar Diferenciado (RDD), prevendo uma disciplina carcerária muito mais rígida para alguns presos que demonstrem “altos riscos para a ordem e a segurança do estabelecimento penal ou da sociedade” (vide o § 2º, art. 52 da LEP), numa clara demonstração de um direito penal do autor. Vide comentários específicos ao RDD na terceira parte deste estudo, no sub-capítulo “II.2 Endurecimento da legislação penal como resposta ao aumento da criminalidade”.

Um aspecto de um fenômeno que já se tornou lugar-comum nos discursos político-jurídicos – a fantasmagorização da sensação de violência generalizada que nos atinge a todos – não deixa de ser mais um aspecto da sociedade da insegurança, fartamente utilizável pelo setor político como meio fácil de promoção. É impressionante como essa questão mexe com o imaginário coletivo – sedento de segurança, nesse mundo permeado de incertezas – a segurança transforma-se na nova moeda não só no âmbito interno, mas também no cenário internacional. A questão do terrorismo está na ordem do dia dentro das questões políticas prementes no mundo contemporâneo. A sensação de medo – seja por conta da insegurança provocada pela violência urbana nos grandes centros, seja por conta das inseguranças provocadas pelos riscos da modernidade ou pelo terrorismo – é algo abstrato, inatingível em sua completude, algo para o qual não há expectativas de satisfação absoluta.

Em nome da segurança, da paz e em combate ao inimigo invisível – o terrorismo – justificam-se as maiores atrocidades políticas, muitas vezes com um forte viés econômico. É um poço de manipulações sem fundo, quando em mãos de mentes maquiavélicas: ganha-se eleição na maior potência do mundo sob a égide desse argumento; invadem-se países e consegue-se legitimar tal invasão perante a comunidade internacional – ou, ao menos, forçar uma aceitação – tudo em nome do combate ao terror. Um show de sedução e convencimento através da manipulação dos medos que povoam o inconsciente coletivo, que levam a uma visão estreita de mundo e aos perigos do pensamento único, onde não há espaço às contra-argumentações.

O mesmo discurso é usado em esferas completamente díspares: o adolescente, no âmbito interno, transforma-se em “animal predador selvagem”, enquanto o terrorista, perante a comunidade internacional, é o “inimigo predador”. Diante destas constatações, é fundamental que, ao invés de negar o óbvio, a ciência do direito penal deva se conscientizar em relação a tal movimento político-criminal, a fim de exigir uma firme separação entre regime de exceção e regime jurídico-penal, ou seja, a fim de combater qualquer tipo de regime de exceção. Somente através desta tomada de consciência é possível pensar em contra-argumentar esse movimento político-criminal que se vale da sensação generalizada de medo que nos acomete para justificar toda sorte de transgressões jurídico-penais.

De acordo com Jakobs, não se trata de legitimar um indiscriminado direito penal do risco ou, numa proporção ainda mais desmedida, um direito penal do terror/ do inimigo. Trata-se de não confundir um regime de exceção – o terror deve ser tratado como exceção – com o sistema jurídico-penal e, em nome do combate à exceção, contagiar todo o sistema

jurídico-penal com características que lhe são estranhas. Entretanto, ao constatar e pleitear tal diferenciação de tratamento, Jakobs acaba por admitir um regime de exceção. Admitir um regime de exceção, independente de quais os fins a que se quer chegar, é um retrocesso que nos parece inconcebível dentro de uma concepção de direito penal própria de um Estado de Direito.

CONCLUSÃO

A história do direito penal sempre acompanhou a história da instituição e distribuição do poder. No decorrer da sua história é interessante notar que a partir do Iluminismo o poder deixou de ser aplicado ao bel-prazer dos soberanos, passando às mãos do povo, centralizando-se sua aplicação através do Estado-nação que começava a ser construído com bases em princípios que tornaram a aplicação do direito penal envolta de garantias, forjando também uma base principiológica para a aplicação da pena, inclusive no que se refere às teorias para sua justificação. Naquele momento histórico, surgiu o Estado-nação pelas mãos de uma classe social também insurgente, que necessitava torná-lo garantista e limitá-lo no princípio da legalidade, a fim de justificar o ideal da época que se contrapunha ao poder do soberano, por entendê-lo totalitário, clamando por um poder que nascesse do povo, para o povo, segundo os ideais liberdade, igualdade, fraternidade. Assim, foi forjado um direito penal liberal garantista e desde então fica difícil legitimar qualquer discurso que implique um retrocesso desse sistema de garantias.

Acontece que o sistema produtivo implantado desde então, hoje maximizado pela globalização econômica, trouxe uma série de benesses no que tange aos aspectos de melhoria da qualidade de vida como um todo, propiciou uma verdadeira revolução tecnológica; entretanto o aumento da riqueza não propiciou uma melhor distribuição de renda; ao contrário, acentuou ainda mais as desigualdades sociais. Hoje, na sociedade globalizada altamente informacional em que vivemos assistimos ao sistema penal perder legitimidade por não conseguir conciliar os anseios políticos que o utilizam como retórica para solução de

todos os males com suas reais possibilidades jurídicas, muito aquém do papel político que lhe é impingido. Nesse contexto, o sistema penal busca um novo discurso que o legitime perante a população, para que ele possa seguir realizando seu papel de distribuição de poder, tornando-se cada vez mais repressor, contrariando cada vez mais as garantias que o embasam desde sua humanização nos idos do Iluminismo.

Essas novas tendências político-criminais são o reflexo cristalino de uma sociedade que se encontra num impasse por não saber como resolver os conflitos insurgentes de seu próprio sistema de produção. Enquanto não se foca o olhar numa mudança estrutural de distribuição de poder e de riquezas, vai-se utilizando o sistema penal como forma de conter os desvios que o próprio sistema sócio-econômico fomenta.

O novo viés legitimador do sistema penal, bem como do retrocesso que hoje vivenciamos, centra-se na necessidade de uma maior intervenção penal para dar resposta aos novos conflitos insurgentes com a globalização dos capitais e a sociedade tecnológica e informacional atual, que atinja eminentemente a criminalidade perpetrada pelos poderosos. Em tempos de globalização econômica, em que vigora uma redefinição do papel do próprio Estado-nação, o temor é que se legitime um sistema penal anti-garantista disfuncional e completamente contrário ao que se sonhou com o advento do Iluminismo.

É imprescindível que a ciência não se deixe confundir com a política e comece a desempenhar um papel questionador em relação aos fins do sistema penal. A ciência do direito penal deve ter em foco que o sistema penal jamais conseguiu solucionar os conflitos sociais. Numa sociedade insegura, transfere-se ao Direito Penal uma missão que não tem ele meios para assumir, uma carga que não pode ele suportar, que é a completa transformação do meio social, com a solução de todos os seus inconvenientes. Nos dias de hoje esse seria um fim ainda mais difícil de se atingir, haja vista a complexidade social do mundo globalizado em que vivemos. Dessa forma, os discursos por um direito penal ainda mais repressivo e anti-garantista, sob a escusa de pacificação dos conflitos sociais, não podem ser encampados no seio da ciência do direito penal. Esta, ao contrário, deve atuar na esfera jurídica como limite aos anseios da esfera política, salvaguardando a legalidade e as garantias que devem basear o processo penal no seio de uma sociedade democrática.

A globalização – enquanto novo momento de poder planetário – lança novos desafios ao direito penal, com tendências expansionistas, em detrimento do direito penal liberal garantista inspirado nos ideais trazidos pelo Iluminismo. Perante tais desafios, o direito penal enfrenta uma crise de legitimidade e de eficácia. Crise esta que pode ser sentida tanto no que se refere a sua atual (in)capacidade frente à criminalidade clássica (criminalidade de massas, que se circunscreve aos limites do território nacional), quanto ao desafio de elaborar respostas coerentes frente à criminalidade intitulada “moderna” (criminalidade dos poderosos, criminalidade transnacional).

O mundo está sempre em constante evolução, a sociedade se torna mais complexa, os conflitos se tornam mais complexos, a criminalidade não foge a essa regra de complexificação. Perante uma criminalidade globalizada e internacional, fica difícil a aplicação pura e simples de um direito penal com características clássicas, através de um sistema fechado, baseado nos apriorismos positivistas do século XIX. Torna-se imprescindível buscar uma evolução na dogmática jurídico-penal que, coadunando-se com os imperativos da nova realidade social, não afaste dos mandamentos fundamentais que caracterizam o direito penal. Tema extremamente delicado, deve ser manipulado com dose extra de cautela por quem se preste ao fim de atuar na esfera da dogmática penal contemporânea. Ainda que se constate ser inevitável a expansão do direito penal frente à necessidade de tutelar novos bens jurídicos bem como de proteger mais eficazmente bens jurídicos já amparados pelo direito penal anteriormente, faz-se necessário amoldar os novos anseios e fatos sociais ao princípio da *ultima ratio*, para extrair se há uma real necessidade de expansão do direito penal ou se se trata de medida atécnica, simbólica ou eivada de outra vicissitude qualquer provacadora de verdadeira desnaturalização da ciência do direito penal.

REFERÊNCIAS

BIBLIOGRAFIA CITADA

BECK, Ulrich. **La sociedad del riesgo: hacia una nueva modernidad.** Traduzido por Jorge Navarro, Daniel Jiménez e Maria Rosa Borrás. Barcelona: Paidós, 1998.

BUERGO, Blanca Mendoza. **Limites dogmáticos y Político-Criminales de los delitos de peligro abstracto.** Granada: Comares, 2001.

CAMARGO, Antônio Luís Chaves. **Imputação Objetiva e Direito Penal Brasileiro.** São Paulo: Cultural Paulista, 2001.

DAZA, Abrahan Pérez. **El Derecho Penal ante la Globalización.** Instituto de Ciencias Jurídicas de Egresados de la UNAM, Campus Aragón A.C., 2001.

DIAS, Jorge de Figueiredo. **Questões fundamentais do Direito Penal revisitadas.** São Paulo: RT, 1999.

_____: **O direito penal entre a “sociedade industrial” e a “sociedade do risco”.** **Revista Brasileira de Ciências Criminais.** Ano 9, n. 33. São Paulo: RT, jan.-mar. 2001.

FARIA, José Eduardo. **Eficácia jurídica e violência simbólica.** São Paulo: EDUSP, 1988.

FRANCO, Alberto Silva. **Globalização e criminalidade dos poderosos.** **Revista Portuguesa de Ciência Criminal.** Coimbra: Coimbra Editora. ano 10, fasc. 1º, jan.-mar. 2000.

GARRIDO GUZMAN, Compendio de Ciência Penitenciária. Universidad de Valencia, 1976
_____. **Manual de Ciência Penitenciária.** Madrid, Edersa, 1983.

GOLDBLATT, David. **Teoria Social e Ambiente.** Instituto Piaget, 1999.

HASSEMER, Winfried. **Características e crises do moderno Direito Penal.** **Revista Síntese de Direito Penal e Processual Penal.** Porto Alegre: Síntese, v. 18, 2003.

_____: **Persona, Mundo y Responsabilidad.** Trad. de Francisco Muñoz Conde e Maria Del Mar Díaz Pita. Valencia: Tirant lo Blanch, 1999

HERZOG, Félix. **Algunos riesgos del derecho penal del riesgo**. Traduzido por Enrique Anarte Barrallo. Revista Penal. vol 4. Huelva-Salamanca-Castilla-La Mancha: Editorial Práxis, julho de 1999.

GÜNTHER, Jakobs. **Criminlización em el estadio previo a la lesion de um bien jurídico**. In: Estudios de derecho penal. Tradução de Enrique Peñaranda Ramos, Carlos J. Suárez González e Manuel Cancio Meliá. Madri: Civitas, 1997.

_____ : **Criminlización em el estadio previo a la lesion de um bien jurídico**. In: Estudios de derecho penal. Tradução de Enrique Peñaranda Ramos, Carlos J. Suárez González e Manuel Cancio Meliá. Madri: Civitas, 1997.

JESCHECK, Hans-Heinrich. *Tratado de Derecho Penal: Parte General*. Trad. Mir Puig e Muñoz Conde, Barcelona, Boxh, 1981, v.1 e 2.

LUHMANN, Niklas. El concepto de riesgo. In: GIDDENS, A., BAUMAN, Z., LUHMANN, N. & BECK U. Las consecuencias perversas de la modernidad: Modernidad, contingência y riesgo. Jostxo Beriain (org.). Traduzido por Celso Sánchez, Capdequí. **Autores, Textos y Temas. Ciencias Sociales**, n. 12, p. 123-153.

MAZZILI, Hugo Nigro. **A Defesa dos Interesses Difusos em Juízo**. 8ª Ed. Saraiva. São Paulo/SP. 1996.

MANCUSO, Rodolfo Camargo. **Interesses Difusos**. 4ª Ed. RT. São Paulo/SP. 1997.

MARINUCCI, Giorgio e DOLCINI, Emilio. **Derecho penal mínimo y nuevas formas de criminalidad**. Revista de Derecho Penal y Criminología. 2ª época, n. 9, p. 147-167, jan., 2002.

MARTINEZ, Milton Cairoli *Curso de Derecho Penal uruguayo*, 2.ed., 2 reimpr., Montevideo, Fundacion de Cultura Universitária, 1990, t.1, p.99.

MIR PUIG, Santiago. **El Derecho penal en el Estado social y democrático de derecho**. Barcelona: Ariel Derecho, 1994.

MUÑOZ CONDE, Francisco e GARCÍA ARAN, Mercedes. *Derecho Penal, Parte General*, 3.ed. Valencia, Tirant lo Blanch, 1996

PALAZZO, Francesco C. *Direito Penal e sociedade tecnológica: princípios em crise e reformas esperadas. Fascículos de Ciências Penais*. ano 6, n. 1, v. 6, Porto Alegre: Fabris, jan.-fev.-mar. 1993.

RAMIREZ, Juan Bustos, *Manual de Derecho Penal*, 3 ed, Barcelona, Ed. Ariel, 1989,.

RAMONET, Ignácio. **Situación actual del proceso de globalización, El proceso de globalización mundial**. Barcelona: Intermon, 2000.

REINHART, Maurach, *Tratado de Derecho Penal*, Trad Juan Córdoba Roda. Barcelona, Ed. Ariel, 1962 p.31

ROXIN, Claus. **Política Criminal y Sistema de Derecho Penal**. Traduzido por Francisco Muñoz Conde. Barcelona: Bosch, 1972.

SANTOS, Boaventura de Souza. **A Globalização e as Ciências Sociais**. São Paulo: Cortez, 2002.

SANTOS, Juarez Cirino dos. **A Moderna Teoria do Fato Punível**. São Paulo: 2002.

SCHÜNEMANN, Bernd. **Consideraciones críticas sobre la situación espiritual de la ciencia jurídico-penal alemana**. Traduzido por Manuel Cancio Meliá, Universidad Externado de Colombia, 1996

SHECAIRA, Sérgio Salomão. A criminalidade e os meios de comunicação de massas. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 3, n. 10, p. 135-143, abr.-jun., 1995.

_____. **Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica**. São Paulo: RT, 1998.

WELZEL, Hans. **Derecho penal alemán**. Santiago: Jurídica de Chile, 1987

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Globalización y Sistema Penal en America Latina: De La Seguridad Nacional a la Urbana**. Revista Brasileira de Ciências Criminais. Nº 20 – Outubro /Dezembro. RT. São Paulo/SP. 1997.

_____: **La globalización y las actuales orientaciones de la política criminal**. Nueva Doctrina Penal. Buenos Aires: Editores del Puerto, 1999.

_____ Tratado de Derecho Penal, Buenos Aires, ediar, 1980.

BIBLIOGRAFIA CONSULTADA

BECCARIA, Cesare. De los delitos y de las penas. Madrid, Alianza Editorial, 1968

BECK, Ulrich. *La sociedad del riesgo: hacia una nueva modernidad*. Traduzido por Jorge Navarro, Daniel Jiménez e Maria Rosa Borrás. Barcelona: Paidós, 1998.

BIANCHINI, Alice. **Pressupostos Materiais Mínimos da Tutela Penal**. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2002. p. 29.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Código Penal Comentado**. 4ª edição, São Paulo, Saraiva, 2007.

_____. Tratado de direito penal; Parte Geral, 8.ed., São Paulo, Saraiva, 2003, v.1.

FOUCAULT, Michel. *Vigiar e Punir – História da Violência nas prisões*. Petrópolis, Vozes, 1998.

COSTA, Daniela Carvalho Almeida da. *O fenômeno da globalização e seus reflexos nas ciências criminais*. São Paulo. Tese de Doutorado defendido na USP em setembro de 2005, sob a orientação do Professor Dr. Sérgio Salomão Shecaira.

GOMES, Luiz Flávio; BIANCHINI, Alice. *O direito penal na era da globalização*. São Paulo: Revista dos Tribunais. Série as ciências criminais no século XXI, volume X. 2002.

GOMES, Luiz Flávio. *O direito penal do inimigo (ou inimigos do direito penal)*. Disponível em www.revistajuridicaunicoc.com.br/midia/arquivos/ArquivoID_47.pdf.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal - Parte Geral – Vol. 1.** 9ª edição, Rio de Janeiro, Impetus, 2007.

JAKOBS, Günther; CANCIO MELIÁ, Manuel. *O direito penal do inimigo – noções e críticas*. Tradução de Manuel Cancio Meliá. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2003.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código Penal Comentado.** 7ª edição, São Paulo, RT, 2007.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro – Vol. 1.** 7ª edição, São Paulo, RT, 2007.

_____ Direito Penal Ambiental, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1992.

REALE Jr., Miguel. **Instituições de Direito Penal.** Parte Geral. vol. 1., Rio de Janeiro: Forense, 2002.

ROMERO, Diego. **Reflexões sobre os crimes de perigo abstrato.** Jus Navigandi, Teresina, ano 8, n. 439, 19 set. 2004.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús Maria. *A expansão do direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais.* Tradução de Luiz Otávio de Oliveira Rocha. São Paulo: Revista dos Tribunais. Série as ciências criminais no século XXI, volume II. 2002.

SIQUEIRA, Flávio Augusto Maretti. **Tutela penal dos interesses difusos na sociedade de risco.** Jus Navigandi, Teresina, ano 7, n. 65, maio 2003.

ZAFFARONI, Eugenio Raul. *Em busca das penas perdidas: a perda de legitimidade do sistema penal*. Tradução de Vânia Romano Pedrosa e Amir Lopes Conceição. Rio de Janeiro: Revan. 1991.