

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO

PUC – SP

ALEXANDRA FRANCO PINTO CHERRI

A “SEGUNDA VELOCIDADE DO DIREITO PENAL” PARA
A SOCIEDADE CONTEMPORÂNEA

MESTRADO EM DIREITO

São Paulo

2010

Livros Grátis

<http://www.livrosgratis.com.br>

Milhares de livros grátis para download.

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO

PUC – SP

ALEXANDRA FRANCO PINTO CHERRI

A “SEGUNDA VELOCIDADE DO DIREITO PENAL” PARA
A SOCIEDADE CONTEMPORÂNEA

Dissertação apresentada à Banca Examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de Mestre em Direito, na subárea de Direito Penal, sob a orientação do Professor Doutor Dirceu de Mello.

São Paulo

2010

Banca Examinadora

RESUMO

Na sociedade atual, vive-se uma sensação de insegurança generalizada, que implica necessariamente num aumento profuso da legislação criminal. Ao mesmo tempo, réus confessos ou aqueles cuja materialidade do crime encontra-se robustamente provada deixam de cumprir suas penas.

O objetivo do presente trabalho é analisar sob um enfoque fenomenológico as relações entre Direito, Estado e Sociedade, constatando-se que no Estado liberal, o Direito penal funcionava em uma “primeira velocidade” e no atual Estado social, o Direito penal precisa de uma “segunda velocidade” para alcançar o equilíbrio necessário entre os anseios sociais e a dignidade humana.

Palavras-chave: segunda velocidade do direito penal – direito penal secundário – Sociedade e Direito – Direito penal e Estado.

ABSTRACT

In our society today, a feeling of unsafety grows among the people. That makes necessary some improvements in criminal legislation. There are several cases of proven and assumed criminals that are free.

The goal of this study is analyze – by using a phenomenological approach – the relations between Right, State and Society. I use the premise that in the Liberal State, the criminal law used to work as a “first velocity” and, in the Social State we live today, the criminal law needs a “second velocity” to reach the balance between the wills of the society and the human dignity.

Key-words: second velocity of criminal law – secondary criminal law – Society and Rights – Criminal law and State.

DEDICATÓRIA

Este trabalho é dedicado a todas as pessoas que são vítimas de uma sociedade injusta. E que fique bem claro que vítima de uma sociedade injusta, na atualidade, não passa nem perto dos “desvalidos” profissionais.

Dedico este trabalho às pessoas que acordam cedo para ir trabalhar até mesmo doentes e, à noite, se dirigem às escolas e faculdades em busca de encontrar meios para conquistar uma vida melhor;

Que pagam regularmente por impostos de valor maior que sua capacidade de contribuir, mesmo sem usufruir dos precaríssimos direitos sociais constitucionalmente garantidos;

Que sofrem todo tipo de violência, desde a típica urbana até as fraudes mais elaboradas e ao serem ludibriadas por novos e velhos usurpadores, institucionalizados ou não, sentem-se tolas e ingênuas, o que não deveriam jamais sentir.

Para aqueles que desejam (e merecem) confiar no próximo um dia novamente.

Para os que perderam violentamente seus parentes e entes queridos.

Para os que, apesar de tudo, acreditam ser possível, se baseado no afeto.

Para todos eles, dedico este trabalho.

AGRADECIMENTOS

A Deus por ter me colocado no bom caminho e por ter transformado minha vida.

Ao Professor Doutor Dirceu de Mello, por acreditar que seria possível, antes mesmo que eu pudesse crê-lo.

Aos professores do Programa de Pós Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, em especial a Antonio Carlos da Ponte, Oswaldo Henrique Duek Marques e Marcelo Souza Aguiar, cujas aulas foram fundamentais para meu crescimento intelectual.

À professora Dr^a Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos, pelo amparo e afeto.

Aos professores componentes da Banca Examinadora, pela disposição em apreciar este trabalho e pelas sugestões e críticas que contribuirão para o aprimoramento desta pesquisa.

À professora Alessandra Orcesi Pedro Greco, pelas sugestões e exemplo de coragem.

Aos funcionários da Secretaria Acadêmica, da Secretaria do Programa de Direito e da Biblioteca Nadir G. Kfourri, cuja presteza e auxílio foram essenciais para a realização deste trabalho.

Para todos os funcionários e integrantes da Associação dos Pós Graduandos da PUC-SP, pelos esforços desprendidos no apoio aos alunos.

À minha mãe, Doris Franco Pinto Cherri, e meu tio, Edson Franco Pinto, por me proporcionarem a oportunidade de viver numa família feliz.

Às minhas grandes amigas Camila Castanhato (Guerreira!) e Marcia Arnaud Antunes pelo incentivo e pela força.

À Isabel Cristina Malischesqui Paegle por me oferecer todo o apoio psicológico necessário para superar mais esta etapa.

À Dr^a Jussára Cristina Van del Velde Vieira da Silva, cujo afeto disponibilizado se traduziu numa ajuda fundamental.

Ao Doutor Georges Amauri Lopes, pelo exemplo e incentivo.

À Dr^a Daniele Andrade Rodrigues e Marcos Pereira de Souza pela presteza, paciência e ajuda.

Ao Doutor Roberto Tadeu Sampaio Lopes pela generosidade da acolhida, por ter compreendido minhas ausências e pela paciência. Sem a sua contribuição, este trabalho jamais seria materializado.

Ao meu querido Luiz Gustavo Coelho cujo amor, carinho e companheirismo me proporcionaram hígidez mental suficiente para concluir mais este desafio.

A todos os amigos e amigas que lamentaram minha ausência, pela compreensão e pelo afeto.

Muito obrigada.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	11
1. SOCIEDADE E DIREITO	20
1.1. Considerações preliminares	20
1.2. O direito positivo e sua relação com a sociedade	24
1.3. A pena e sua relação com a sociedade	34
2. AS CARACTERÍSTICAS DO MUNDO CONTEMPORÂNEO E SUA INFLUÊNCIA NO DIREITO PENAL	51
2.1. Direito penal no Estado Liberal e no Estado Social.....	51
2.2. Medo, insegurança e sociedade de risco: anseios da modernidade	64
3. A SOCIEDADE CONTEMPORÂNEA, SUAS CONQUISTAS E SEUS ANSEIOS: UMA NOVA ABORDAGEM DO DIREITO PENAL.....	74
3.1. Do direito à liberdade aos direitos sociais	74
3.2. Os direitos de terceira geração: direitos coletivos	79
3.3. A tutela penal em face da nova realidade	82
4. “SEGUNDA VELOCIDADE DO DIREITO PENAL”: O DIREITO PENAL DO FUTURO	91
4.1. “Segunda velocidade” para os delitos de primeira geração em face do caráter célere e tecnológico da modernidade	91

4.2. A segunda velocidade do Direito penal e os delitos advindos dos novos anseios sociais.....	97
4.3. Excurso: “Terceira velocidade” do Direito penal e Direito penal do inimigo	104
CONCLUSÃO	111
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	119

INTRODUÇÃO

O Direito penal interfere no bem fundamental da existência humana, qual seja, a liberdade. Por esta causa, deveria ser o último instrumento jurídico a ser utilizado como meio coercitivo e, mesmo assim, com parcimônia e sobriedade, mas não é o que se constata, em tese, ao observar a legislação brasileira atual: até mesmo em leis de natureza administrativas é possível observar normas que demandam a pena como sanção.

Ao mesmo tempo verifica-se que o senso comum vê a Justiça penal com descrédito, principalmente quando apesar da materialidade da prova e da completa indicação de autoria o réu não cumpre pena, como as situações abaixo relatadas. Observe-se:

1ª Situação:

“Naquele dia, Patrícia deixou seu automóvel estacionado nas proximidades de seu local de trabalho, no município de São Bernardo do Campo. Era por volta de 08:00 horas da manhã e ela estava apressada, uma vez que havia acordado um pouco mais tarde. Justamente naquele dia tivera

que deixar seu filho na Escola, em virtude de um problema havido com o transporte escolar. Adentrou na loja em que trabalha, abriu as portas e janelas das vitrines preparando-se para receber a clientela.

Por volta das 13:00 horas, ao sair para almoçar, Patrícia não encontra seu automóvel. Mesmo abalada, resolve tomar medidas frente ao ocorrido: telefonar para a Polícia Militar e informa a subtração, ainda que sem esperanças de recuperar seu bem.

Enquanto aguardava ser atendida na linha, agradecia mentalmente a Deus por não haver acontecido nada com ela ou com seu filho. Só ficava triste nos momentos em que pensava nas muitas prestações de aproximadamente R\$ 300,00 que ainda deveria pagar, já que o carro não estava segurado.

Informando a placa do seu automóvel, Patrícia teve uma grande surpresa: ele havia sido localizado, no município de Santo André, vizinho ao do seu trabalho, por volta das nove horas da manhã.

Uma pessoa foi encontrada conduzindo seu carro, alegando ser funileiro e estar levando o carro para a oficina.

Os policiais militares solicitaram ao condutor os documentos pessoais, bem como os de porte obrigatório do automóvel. Como este não foi apresentado, resolveram apreender o carro administrativamente.

Como nada de ilícito além da irregularidade da documentação do auto foi encontrado com o condutor, os policiais militares resolveram dispensá-lo.

Patrícia ficou feliz por seu bem haver sido recuperado. Emocionou-se e agradeceu novamente a Deus, agora pela sua boa aventura. Dirigiu-se à Delegacia para formalização da entrega do automóvel.

Dois dias depois, policiais civis entraram em contato com Patrícia e pediram que voltasse à Delegacia, pois haviam encontrado o indivíduo que subtraía seu automóvel. Ela diligentemente se dirigiu à unidade policial, onde foi convidada a observar o indivíduo em uma sala que tinha uma janelinha fosca para quem olha de fora.

Patrícia o observou, mas desconhecia o indivíduo, não se recordava de tê-lo visto nas imediações do seu trabalho no dia dos fatos, nem em outros dias ou lugares.

Pensou no seu íntimo mais uma vez, que bom que era não ter condições de reconhecer tal homem, pois isto significava que nenhuma violência fora empregada diretamente contra si ou contra seu filho.

Foi assinar os papéis do reconhecimento e teve suas declarações sobre os fatos registradas. Após os trabalhos e satisfeita com a localização do seu automóvel e com a captura do agente, indagou para qual Cadeia este seria levado.

Indescritível era a expressão de assombro em seu rosto ouvir a resposta: “nenhuma”.

Indescritível era a expressão mista de dúvida, indignação, insegurança e temor ao ouvir a justificativa de que a situação flagrancial havia se esvaído no tempo e que o crime de furto não estava elencado no rol da lei que permitia a representação pela prisão temporária do agente que subtraía seu veículo.

Patrícia e o agente saíram pela mesma porta da Delegacia, quase que simultaneamente.

2ª Situação:

“Hoje faz dez anos que a jornalista Sandra Gomide foi assassinada pelo jornalista Antônio Marcos Pimenta Neves, 73, seu ex-namorado. Pimenta matou Sandra com dois tiros pelas costas no dia 20 de agosto de 2000 e confessou o crime quatro dias depois (...) Embora o jornalista seja réu confesso, a ministra do STJ Maria Thereza de Assis Moura revogou a ordem de prisão invocando o princípio que presume a inocência de toda pessoa que não tiver sofrido condenação definitiva”¹.

A primeira situação se refere aos fatos tratados no Inquérito Policial 167/2010, instaurado pelo 4º Distrito Policial de Santo André, redistribuído à comarca de São Bernardo do Campo, sobre fato ocorrido em 02/03/2010.

A segunda é um extrato da notícia veiculada em 20/08/2010 sobre a situação do jornalista e ex-diretor do Jornal “O Estado de São Paulo”, Antonio Pimenta Neves, que matou sua namorada Sandra Gomide em Ibiúna, há exatamente dez anos da publicação.

O que ambas as situações apresentam em comum é que dois indivíduos que cometeram atos ilícitos, tipicamente descritos e culpáveis,

¹ Notícia veiculada no sítio eletrônico do jornal “Folha de São Paulo”. Acessado em 23.08.2010 através do endereço eletrônico: <http://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/786015-dez-anos-apos-crime-assassino-de-jornalista-continua-solto.shtml>

que ensejam penas de reclusão (de um a quatro anos para o furto e de 6 a 20 anos para o homicídio), não haverem sido presos.

Este é um fator que dá ensejo a uma sensação de impunidade, medo e desalento em relação à Justiça ao qual o indivíduo leigo está habituado.

O Direito é uma ciência voltada para sociedade. Seu fim principal deveria ser o alcance da harmonia perdida em face de um conflito que necessita da ação de um terceiro para se estabilizar. Mas na atualidade, a impressão que se tem é que o Direito existe apenas por questão de conveniência.

Sua função de solução de conflitos, que sempre existiu em sociedades primitivas, arcaicas, simples e complexas parece que se perdeu neste início de milênio. Parece que a sociedade espera mais da justiça do que ela pode efetivamente oferecer.

A estabilização e resgate da confiança do Direito penal são fundamentais para a harmonia da vida em sociedade, pois o homem é um ser vingativo. A ausência de instrumentos que proporcionam estabilização de expectativas conflitantes quando se envolve algum tipo de violência, pode gerar nova série de conflitos, que por sua vez pode gerar retaliação,

num interminável exercício de razões próprias que conduzem ao caos social.

É necessário que os critérios estabelecidos para a realização de uma “vingança justa” sejam respeitados, se não se quiser retroceder ao estado primitivo em que o homem se encontrava nos primórdios da humanidade.

O objetivo do trabalho é partir para uma análise fenomenológica, consistente no confronto entre Direito penal, Estado e Sociedade, levando-se em consideração o recorte compreendido entre o século XIX até meados do século XX e de meados do século XX até os tempos atuais, além das particularidades que determinam suas respectivas realidades.

Analisar-se-á em primeiro lugar a situação em que o Estado liberal se consolidou no século XIX e a relação do Direito penal com os anseios sociais, efetuando-se as interligações necessárias para a compreensão.

Em seguida, faremos a análise das características do Estado social e sua relação com o Direito penal, para então se passar a refletir sobre as características da sociedade atual e seus reflexos na esfera legislativa. Assim, tentaremos levantar algum dos problemas que fazem o Direito penal aparentar inoperância.

A resposta pode estar na justificativa que os Abolicionistas e simpáticos ao “Direito penal máximo” utilizam para fundamentar seus respectivos pontos de vista: o Direito penal está em confronto com a realidade atual.

O trabalho começa estabelecendo um paralelo entre sociedade e Direito, para analisar o que o Direito representa para a sociedade e as diferenças entre direito natural e direito positivo através das principais eras históricas. Em seguida, serão analisadas as relações entre a pena e a sociedade, também confrontando com sociedades e épocas em que as mudanças tiveram influência significativa para o Direito penal da atualidade.

No segundo capítulo, serão examinadas as características do mundo contemporâneo e sua influência no Direito penal, partindo-se das concepções de Estado do mundo moderno. Depois, será feita a análise dos anseios da modernidade, que mais influenciam não só o Direito penal, mas o Direito como todo, e que são o medo, a insegurança e o risco.

No terceiro, passaremos a uma análise de como tais anseios se misturam no âmbito legislativo e porque para aí se direcionam, passando também a uma breve análise de seus efeitos

Por fim, contrastando o mundo do século XIX, com o da atualidade, constata-se que hoje tudo é mais “acelerado”, e “fluído”. O Direito penal do século XIX funcionava na velocidade de seu tempo. Agora será analisada uma possível transformação nesta disciplina em face da nova velocidade mundial, cabendo admitir também um Direito penal de “segunda velocidade”.

Desta maneira se deseja colaborar não só com a comunidade científica do Direito, mas com todos os interessados em contribuir para decisões mais justas, adequando-se os instrumentos penais que possuímos e assim, alcançar um mundo mais equilibrado em que, independente das velocidades dos fatos e acontecimentos, seja possível acreditar nas instâncias de proteção penal.

1. SOCIEDADE E DIREITO

1.1. Considerações preliminares

Ainda que sociedade e direito sejam disciplinas de conteúdo coincidente, estabelecer um paralelo entre ambas é tarefa árdua e delicada.

Talvez a falta de precisão do conteúdo e objeto dentro da própria ciência que a estuda, a Sociologia, atrapalhe esta interligação essencial, já que tal falta implica em concepções díspares que influenciarão duas correntes principais.

A primeira é interligada ao positivismo sociológico de Auguste Comte, que atribui ao homem e às relações humanas o principal foco de abordagem da sociologia; a segunda, ligada ao pensamento de Talcott Parsons, considera a ação humana como base principal de um conjunto muito maior e complexo, este sim objeto da sociologia.

Ely Chinoy constata que a pluralidade de conceituações significa que as pessoas estão considerando aspectos diferentes do mesmo fenômeno. Dependendo do objeto de estudo a ser abordado, é possível optar qual o

ponto de partida mais conveniente, se as relações humanas ou as estruturais².

De qualquer forma, independente da escolha do enfoque, o Direito estará sempre presente na sociedade e a sociedade no Direito. Ele nasceu em função³ dela e ela por ele se deixa – e precisa se deixar – dominar. A sociedade é formada por atores, palco e expectadores que utilizam o Direito como técnica de atuação, quando o objetivo é o alcance da Justiça.

O Direito, portanto, possui local de destaque na sociedade e tem antes a função de harmonizar, trazendo através de seus enunciados lógico-abstratos os meios indispensáveis de coalizão da dinâmica social⁴.

Nilo Batista ainda salienta a característica finalística do Direito penal⁵. Tal função está ligada a uma determinada política que se ligará aos

² CHINOY, Ely. **Sociedade: Uma introdução à sociologia**. Trad. de Charles Page. São Paulo: Ed. Cultrix, 1982, p. 53.

³ Na voz de Nilo Batista, “o direito penal vem ao mundo (ou seja, é legislado) para cumprir funções concretas dentro de e para uma sociedade que concretamente se organizou de determinada maneira.” BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**. 11ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007, p. 19.

⁴ A título de exemplo, o sociólogo, Talcott Parsons ensinando sobre a relação da comunidade societária e seus ambientes, afirma que “o núcleo de uma sociedade como um sistema é a ordem normativa padronizada através da qual a vida de uma população se organiza coletivamente”. (PARSONS, Talcott. **Sociedades evolutivas e comparativas**. Trad. de Dante Moreira Leite. São Paulo: Livraria Pioneira Editora, 1969, p. 23).

⁵ Idem, *ib idem*, p. 21.

fins aos quais se dispõem um determinado modelo de Estado⁶. O controle social efetuado pelo Direito penal será direcionado pelo tipo de Direito que determinado Estado objetiva tutelar.

A partir do momento em que as ciências sociais se estabelecem, sob a influência positivista-cientificista, o Direito é abordado como uma ciência dogmática, construída em preceitos lógico-abstratos que se fundamentam e se resolvem por si mesmos.

A sociedade é relegada a um plano inferior, importante, mas não essencial, que se presta apenas e tão somente quando é necessário subsidiar alguns critérios valorativos de fundamentos básicos, como a validade, a efetividade e a legitimidade.

Mais que pela ânsia em estabelecer bases científicas para o Direito, este afastamento se deve pelo fato do positivismo sociológico adotar uma postura de “ciência por excelência”, reduzindo o direito a um mero capítulo da sociologia⁷, o que trouxe repúdio dos juristas e pelo fato da necessidade do Direito ser estabelecido como um saber autêntico, independente e

⁶ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal, volume 1: parte geral. 14ª ed., rev., atual. e ampl.** – São Paulo: Saraiva, 2009, p. 07. Como veremos a seguir, o Estado liberal tem um determinado objeto de proteção que influenciará o seu direito penal, assim como o Estado social.

⁷ REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito.** 27ª Edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2002, p. 19.

coerente, atendendo as exigências da ciência positivista do século XIX. Este último argumento é o mesmo que afasta o Direito positivo do século XIX e XX das demais ciências humanas.

De qualquer forma, as definições de Direito que durante a sua construção o aproximam a idéia de sociedade, são as melhores pelo fato de trazê-lo mais próximo da realidade do mundo leigo.⁸

De fato, as sanções sociais informais⁹, por exemplo, possuem um apelo tão efetivo quanto às sanções penais, sem que exista alguma congruência normativa nas regras que estabelece.

É bom lembrar que o direito não é feito somente para juristas e com a crescente complexidade da sociedade (complexidade no sentido luhmmaniano¹⁰), suas demais facetas apelam ao direito para se estruturar e

⁸ “O direito é muito difícil de ser definido com rigor”, constata Tércio Sampaio Ferraz Jr. “De uma parte, consiste em grande número de símbolos e ideais reciprocamente incompatíveis, o que o homem comum percebe quando se vê envolvido num processo judicial”, enquanto que “não deixa de ser um dos mais importantes fatores de estabilidade social, posto que admite um cenário comum em que as mais diversas aspirações podem encontrar uma aprovação e uma ordem”. (FERRAZ Junior. Tercio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão dominação**. 4ª Ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 32, grifo nosso). Mesmo Miguel Reale, defende que “o Direito corresponde à exigência essencial e indeclinável de uma convivência ordenada, pois nenhuma sociedade poderia subsistir se um mínimo de ordem, de direção e solidariedade”. (REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 27ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 02, grifo nosso).

⁹ MAÍLLO, Alfonso Serrano. **Introdução à criminologia**. Trad. de Luiz Regis Prado, 1ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 168.

¹⁰ “Complexidade deve ser entendida (...) como a totalidade das possibilidades de experiências ou ações, cuja ativação permita o estabelecimento de uma relação de sentido – no caso do direito isso significa

para se regular, na medida de suas respectivas necessidades de estabilização.

Este apelo não ocorre por acaso, mas quando os meios de contenção naturais¹¹ se tornam insuficientes para solucionar conflitos, ou pela corrosão das instituições informais de contenção, ou pelo fato da grandeza e complexidade das expectativas de comportamento e de ação ser de tão grande contingência e complexidade que as identidades e personalidades humanas se diluem. Como consequência, a atribuição de responsabilidade fica impraticável.

Direito e sociedade são, portanto, objetos que se correspondem. Não há sociedade sem direito e o direito não tem motivos para existir sem ela.

1.2. O direito positivo e sua relação com a sociedade.

A origem da idéia de direito natural em contraposição a idéia de direito positivo é dúbia. Para Norberto Bobbio, a idéia de direito positivo como a “norma posta”, ou seja, que diferencia o direito instituído (lei) do

considerar não apenas o legalmente permitido, mas também as ações legalmente proibidas, sempre que relacionadas ao direito de forma sensível, como por exemplo, ao se ocultarem”. (LUHMANN, Niklas. **Sociologia do Direito I**. Trad. de Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Edições Tempo Brasileiro, 1983, p. 12-13).

¹¹ Em confronto com o controle social exercido pelo Direito penal.

direito como natural remonta a Antiguidade. Para Chaïm Perelman, esta antítese surge no século XIX¹², pois este autor vê na dicotomia supra a oposição entre *respeito à justiça* e *respeito à lei*.

Norberto Bobbio¹³ discorrendo historicamente sobre o positivismo identifica no pensamento clássico estas duas abordagens do direito: a primeira, referida por Platão, o direito natural é objeto e consequência da natureza (*physis*); na segunda, o direito instituído é o resultado do direito convencionado e instituído pelos homens (*thésis*), assim como para Aristóteles que identifica na justiça política sua parte natural, inerente a todos os locais e para todos os seres humanos e outra “convencional”¹⁴, que existiria para regular determinados comportamentos convenientes à administração de uma determinada sociedade.

Esta dicotomia penetrará na sociedade Romana (e também na sua atividade jurídica) na forma do *jus gentium*, que trata das questões

¹² PERELMAN, Chaïm. **Ética e direito**. Trad. Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. 2ª ed. – São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 386.

¹³ BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito**. Comp. por Nello Morra e Trad. e notas de Marcio Pugliesi et all. São Paulo: Ed. Ícone, 1995, p. 15.

¹⁴ “A justiça política é em parte natural, em parte convencional. Uma regra de justiça natural é aquela que apresenta idêntica validade em todos os lugares e não depende de nossa aceitação ou inaceitação. Uma regra convencional é aquela que, em primeira instância, pode ser estabelecida de uma forma ou outra indiferentemente, ainda que uma vez estabelecida, deixa de ser indiferentemente, ainda que, uma vez estabelecida, deixa de ser indiferente”. (ARISTÓTELES. **Ética a Nicômano**. Trad. Edson Bini. 2ª Ed., Bauru-SP: EDIPRO, 2007, p. 163).

referentes a *naturalis ratio* (direito natural) em oposição ao *jus civile* (direito positivo)¹⁵.

Ao contrário da atividade jurídica grega que era concebida como uma contemplação, o jurisconsulto romano se preocupou em estabelecer uma forma de legitimá-la, acrescentando à dicotomia do direito natural/instituído o pensamento prudencial, resultado do uso da técnica da dialética, que além de estabelecer uma teoria do direito, no sentido de estabelecer regras, princípios, figuras retóricas e meios de interpretação, separa o direito da sociedade, mas o fundamenta nas raízes hereditárias de seus usos e costumes e assim o legitima¹⁶.

Se o direito para os romanos tinha seu fundamento em suas raízes hereditárias, confirmadas pelos seus usos e costumes, na Idade Média, com a ascensão do cristianismo ao exercício da autoridade política, a obediência a lei e a submissão ao julgamento era legitimada por um fator extra-humano: Deus.

¹⁵ BOBBIO, Norberto. *Idem*, p. 18.

¹⁶ FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. **Introdução ao Estudo do Direito: técnica, decisão, dominação**. 4ª Ed – São Paulo: Atlas, 2003, p. 59-61.

A lei por excelência é o livre-arbítrio, que está inscrita no coração de todos os homens (e, portanto, posta). As leis “materializadas”, ou seja, que foram escritas, são derivadas da lei principal.

A díade direito natural/direito positivo se reflete na lei que está interiorizada no ser humano e que se refere às coisas do mundo em geral (em contraposição às coisas somente de Deus), denominada *lex naturalis*. As leis que possuem a mesma origem, mas estão materializadas e são expressas para obediência geral, eis que não pode ficar apenas inserida no coração humano (já que não são todos os homens que possuem a sensibilidade necessária para conceber e obedecer por si próprio uma lei escrita por Deus): estas são denominadas *lex humana*. O direito, portanto, possui um caráter sagrado em virtude da sua legitimação divina.

Ainda que o direito seja exercido por um terceiro, que podia ser o príncipe de um determinado espaço territorial ou alguém por ele delegado, sua interpretação está submetido à égide cristã, que traz para o pensamento jurídico o caráter de autoridade, na forma de dogmas, os quais servindo a ser orientação para ação e para a decisão, serve também para reafirmar o domínio político dos príncipes¹⁷.

¹⁷ FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. **Introdução ao Estudo do Direito: técnica, decisão, dominação**. 4ª Ed – São Paulo: Atlas, 2003, p. 64.

A transição da Idade Média para a Idade Moderna traz ao pensamento jurídico novos paradigmas, onde o Direito passa a ter seu fundamento na razão humana.

Não que o fundamento divino da Idade Média deixasse de existir. Descartes, por exemplo, fundamenta a teoria do poder absoluto¹⁸ alegando que a vontade do rei era a expressão da vontade de Deus e assim, a razão real sendo expressão fidedigna da razão divina, deveria ser obedecida por ser perfeita. Da mesma forma, Hans Kelsen¹⁹ apura que no pensamento de Hugo Grotius, a Lei adquire sua coerência pelo fato de haver sido ditada por Deus.

Esta concepção adentra a Idade Moderna influenciando o Direito natural que se concebe como objeto inerente à natureza racional do homem. Este pensamento fundamentará a nascente ciência jurídica, que fundamentará o direito positivo em razão deste ser o Direito emanado pelos órgãos de Poder do Estado.

¹⁸ “A vontade do rei, pela graça de Deus, se torna a lei, justa porque emanção de um poder santificado. Essa ideologia glorifica a monarquia absoluta e justifica o uso da força para com aqueles que se atrevessem a revoltar-se contra a sua arbitrariedade. (PERELMAN, Chaïm. **Ética e direito**. Trad. Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. 2ª ed. – São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 363.)

¹⁹ KELSEN, Hans. **O que é justiça?** Trad. de Luís Carlos Borges. 3ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2001p. 138.

A consequência é que o enfoque e objeto dose seus trabalhos era estabelecer um sistema no qual o direito pudesse ser abordado de forma científica, a partir da concepção de Direito enquanto produto da razão humana.

Ainda que a norma escrita e instituída não fosse objeto de estudo dos teóricos do direito, o fato é que com o estabelecimento do Estado absolutista e o desenvolvimento progressivo da concentração do poder de legislar, as normas jurídicas são expressas cada vez mais por meio escrito, até que no século XIX o direito escrito predomina sobre o costumeiro como principal fonte jurídica, pois que mantém a precisão de seu entendimento e aguça também a consciência dos limites²⁰.

Por outro lado, em que pese o Direito escrito alcançar lugar de destaque no âmbito do estudo jurídico, sua interpretação carece de regras.

A sociedade se mostra cada vez mais receptiva ao direito escrito, que tem a seu favor a capacidade de se tornar cognoscível para todos, mas que por sua vez, necessita de instrumentos eficazes no sentido de reparar as

²⁰ FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. **Introdução ao Estudo do Direito: técnica, decisão, dominação**. 4ª Ed – São Paulo: Atlas, 2003, p. 72.

incongruências e conflitos que as normas escritas podem trazer (o que é um dos defeitos da norma posta/escrita).

Além disso, a nascente noção de soberania e de tripartição dos poderes estabelece um isolamento do poder legislativo e do poder judiciário. Ainda que o objeto de ambos os poderes seja o direito, a separação dos poderes dá ensejo a técnicas especiais para seus respectivos manejos, haja vista a intensa e crescente complexidade social decorrente a partir das transformações da Revolução Francesa e as referentes a Revolução Industrial.

Observa-se que a complexidade social é quem, principalmente, enseja a fixação de parâmetros do direito e sua instrumentalização racional para um exercício eficaz e preciso. E justamente tais necessidades são levadas pelo direito a abordagem positivista do início do século XX, tendência esta que norteia o pensamento intelectual em diversas áreas do conhecimento humano.

Junto com a noção de democracia e de soberania, o direito natural vai perdendo seu sentido por não comportar em sua estrutura os ideais republicanos. A atribuição de soberano não é mais uma prerrogativa natural, mas sim resultado de um pleito; o poder se divide em suas funções

legislativas, executivas e judiciária; o reflexo da revolução industrial transforma a sociedade a um ritmo acelerado. Tudo isso é grande demais para o pensamento jusnaturalista, que ainda liga o homem ao estado de natureza, tão distante nesses tempos de (re)evolução.

A tripartição dos poderes resultou no desenvolvimento e especialização de cada um deles, principalmente no tocante ao poder judiciário, cuja atividade se concentrará na análise do direito posto.

A norma escrita, posta, aos poucos vai tomando lugar de destaque como objeto principal do direito, na medida em que passa a ser seu principal meio de expressão, sem detrimento do direito natural, que passa a ser absorvido e reelaborado.

Por outro lado, a atividade jurídica vai tomando a forma como a de hoje: um sistema que, dentro de regras lógico-abstratas, procura a completa realização funcional de suas atribuições.

Dentre tais atribuições o Direito buscará sob a égide da Idade Moderna resolver problemas de validade, legitimidade e lacunas e demais problemas que vão surgindo com a práxis jurídica.

Substituí-se as antigas premissas teleológicas por um esquema de racionalização, baseado no dogma da subsunção, cuja sistematização lógico-abstrata fundamentará e estruturará o direito como um sistema coerente e válido considerado em si mesmo e eficaz na medida em que se relaciona com outros sistemas.

Podemos admitir como exemplo desta construção a ótica de Hans Kelsen²¹, que trata o direito positivo a partir da premissa de uma norma pressuposta (e não posta/escrita), que fundamentará e validará os sistemas jurídicos, independente do que se traz para a abordagem do direito.

Explicitando em pouquíssimas linhas a Teoria Pura do Direito, aplicando técnica lógico-abstrata, a partir de um dogma, Hans Kelsen traz para a ciência jurídica elementos das ciências naturais, estabelece como fundamento de validade do ordenamento jurídico a “Norma Fundamental”, pressuposta (portanto, não posta, não positivada) e imaterial, que valida o ordenamento jurídico como um todo.

²¹ “Fundamento de validade (...) é a norma fundamental, pressuposta segundo a qual devemos agir de harmonia com uma Constituição efetivamente posta, globalmente eficaz, e, portanto, de harmonia com as normas efetivamente postas de conformidade com esta Constituição e globalmente eficazes”. (KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Trad. de João Baptista Machado. 6ª ed., 5ª tiragem. São Paulo: Ed. Martins Fontes, 2003, p. 236).

A relação de validade é aplicável a todo ordenamento jurídico, independente do caráter do poder que o institui e das situações que lhe são trazidas a normatização.

Além disso, é verificável graficamente, bem ao gosto científico: partindo-se da visualização do ordenamento jurídico como um triângulo, a norma fundamental que se encontra fora e acima dele. Ela, partindo de si mesma, o valida como um todo, numa relação vertical e hierarquizada, partindo da constituição, passando pelas normas ordinárias, chegando até sua base.

Esta estruturação esquematizada do direito atende ao problema da alternância do direito (compreendendo-se como tal, os diversos assuntos a pluralidade de assuntos que são trazidos a esfera jurídica para apreciação e normatização). Entretanto, sua contínua abstração, levada a efeito para distinguir o sistema jurídico dos demais sistemas sociais cria o risco do distanciamento progressivo da realidade, em nome de uma permanente organização e reorganização jurídica²².

²² “A ciência dogmática instaura-se como uma abstração dupla: a própria sociedade, à medida que o sistema jurídico diferencia-se com tal de outros sistemas – do sistema político, do sistema religioso, do sistema social – *stricto sensu* – constitui, ao lado das normas, conceitos e regras para sua manipulação autônoma. Ora, isto (normas, conceitos e regras) passa a ser o material da ciência dogmática, que se transforma numa elaboração de um material abstrato, num grau de abstração ainda maior, o que lhe dá, de um lado, certa independência e liberdade na manipulação do direito, permitindo-lhe grande mobilidade; pois tudo aquilo que é direito passa a ser determinado a partir de suas próprias construções (...) De outro lado, porém, paga-se um preço por isso: o risco de um distanciamento progressivo da

1.3. A pena e sua relação com a sociedade.

Até a concepção do direito penal como resultado e dever centralizado de um poder punitivo estatal, resultado de um contrato social, este fundamentado por um direito natural racionalizador²³, a humanidade passou por uma longa estrada, onde a idéia de pena nem sempre esteve ligada apenas à proteção social e a preservação dos valores fundamentais.

O homem primitivo, longe de uma sociedade organizada de forma complexa, exercia seu direito de punir executando de forma privada seu desejo de justiça, ainda que primitivamente transmutado em vingança. A ofensa à sobrevivência fundamentava este direito que era executado de forma ilimitada e indiscriminada²⁴.

Com o passar do tempo, à vingança privada juntou-se a vingança divina, que era uma forma dos deuses responderem a uma ofensa praticada pela tribo como um todo ou por um integrante. Para aplacar a ira divina,

realidade, pois a ciência dogmática, sendo abstração da abstração, vai preocupar-se de modo cada vez mais preponderante com a função de suas próprias classificações, com a natureza jurídica de seu próprios conceitos etc." (FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. **Introdução ao Estudo do Direito: técnica, decisão, dominação**. 4ª Ed – São Paulo: Atlas, 2003, p. 80-81).

²³ SANTOS, Boaventura de Souza. **Para um novo senso comum: a ciência, o direito e a política na transição paradigmática – vol. 1. A crítica da razão indolente: contra o desperdício da experiência**. 5ª ed. São Paulo: Cortez, 2005, p. 124.

²⁴ NORONHA, E. Magalhães. **Direito Penal**. São Paulo: Saraiva, 1999. v.1, p. 20. LYRA, Roberto. **Direito penal - parte geral**. Rio de Janeiro: Livraria Jacynto, 1936, p. 177.

eram necessários determinados sacrifícios, como oferendas de alimentos e de animais, a automutilação, e até mesmo a morte do infrator²⁵.

Na Antiguidade Clássica, em uma sociedade voltada para o desenvolvimento da virtude²⁶, aos crimes de impiedade (crime contra os pais, a pátria, ou as divindades do Estado) era imputada a pena de morte, se cometido por cidadão comum. Quando cometido por escravo ou estrangeiro, marcava-se a sua mão e sua testa, além de expulsá-lo para além das fronteiras da cidade²⁷.

A reação ainda é um resultado de vingança que fundamenta a pena e também a legítima, mas aos poucos passa a ser institucionalizada, oferecendo então um duplo sentido: a retribuição (como dito, fundamentada na vingança) e a prevenção, uma vez que demonstra aos demais indivíduos componentes da sociedade a reação penal.

²⁵ A não-compreensão dos fenômenos naturais conduzia os homens primitivos à crença em forças sobrenaturais, que os levavam a ser dominados por totens e tabus. (MARQUES, Oswaldo Henrique Duek, **Fundamentos da Pena**. 2ª ed. – São Paulo: WMF Martins Fontes, 2008, p. 16).

²⁶ Importante lembrar a importância da virtude para a sociedade ateniense e da sua intrínseca relação com a justiça. Para Aristóteles, a justiça é a virtude perfeita, por nela ser encontrada toda a virtude somada, o que nos indica o seu valor para os gregos. (ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**. Trad., textos adicionais e notas de Edson Bini, 2ª ed. Bauru-SP: EDIPRO, 2007, p. 148).

²⁷ PLATÃO. **As leis, ou da legislação e epinomis**. Trad. Edson Bini, 1ª ed. Bauru-SP: EDIPRO, 1999, p. 358-359.

O desenvolvimento político do império romano, derivado da sua crescente complexidade social, ajuda a consolidar o caráter retributivo e preventivo do exercício da punição. Assim, sem desvincular-se do caráter de vingança privada e divina, a pena é uma declaração de poder.

A pena executada se prestará a significar a retribuição e a prevenção, antes. Mas agora, a ofensa vai além do ofendido, recaindo também sobre a figura do imperador, que restituirá o equilíbrio, confirmando o seu poder, na medida em que imputa e executa a pena publicamente.

A execução da pena deverá ser pública e impactante, pois é necessário ao imperador declarar o seu poder que, neste patamar da história se consumará com a exposição da violência e da impiedade da sua reação.

Um eventual perdão seria possível, na medida em que fosse útil para a declaração do caráter magnânimo e benevolente do imperador, se fosse o caso.

Na Idade Média a recepção do direito romano aliada ao desenvolvimento do direito canônico intensificou a pena e o ato de punir em todos os aspectos. Não se trata mais apenas de ofensa ao indivíduo e ao soberano, mas também – e principalmente – a Deus. São dois desejos de

vingança e um flagelo a sustentar a punição, pois que é o meio do poder divino ser declarado também.

O sofrimento advindo da execução da pena servia de expiação dos pecados. A pena era imputada pelos tribunais eclesiásticos do Santo Ofício, que fundia a ofensa ilícita/crime ao pecado²⁸. E se havia o aceite da população, como defende João Bernardino Gonzaga²⁹, este se devia a religiosidade arraigada da sociedade da época (mais uma vez a sociedade lapida o direito penal), aliada a uma crescente onda de criminalidade e guerras constantes³⁰.

Ainda que aos poucos a Inquisição vai se desvencilhando do direito institucional de punir, o meio de execução permanece cruel e desproporcional às ofensas³¹.

²⁸ Como exemplo, observemos o crime descrito no Título XIII do livro V das Ordenações Filipinas: *“Toda a pessoa, de qualquer qualidade que seja, que peccado de sodomia per qualquer maneira commetter, seja queimado e feito per fogo em pó, para que nunca de seu corpo e sepultura possa haver memoria...”* (PIERANGELLI, José Henrique. **Códigos Penais do Brasil: Evolução Histórica**. 2ª. Ed. 2ª Tir. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2004, p. 106, grifo nosso)

²⁹ GONZAGA, João Bernardino. **A inquisição em seu mundo**. 3ª Ed. São Paulo: Ed. Saraiva, 1993, *passim*.

³⁰ *“Como terá sido possível tanta brutalidade ser tão tranquilamente aceita? Inegavelmente, como razão primeira há de estar a rudeza da vida de então e dos costumes vigentes (...). A proliferação de crimes constituía verdadeira calamidade. Não havia nenhuma segurança nos campos, nas estradas nas cidades. Tudo se achava infestado por legiões de assaltantes, muitas vezes organizados em bandos, de assassinos, de ladrões, trapaceiros, prostitutas e mendigos(...) Concomitantemente, inexistia qualquer política social eficaz. Coube então à Justiça Penal a tarefa de suprir essa falha, contendo os insatisfeitos e ordenando a sociedade; o que ela fez através do terror.”* (GONZAGA, João Bernardino, *op. cit.*, p. 48).

³¹ Uma clássica descrição de execução do período transitório entre Idade Média e Moderna observar em FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir: nascimento da prisão**. Trad. Raquel Ramalhete. 24ª ed. Petrópolis: Editora Vozes, 2001, p. 9-10.

Este fato pode ser facilmente constatado analisando-se o Livro V das Ordenações Filipinas, primeira legislação criminal positivada no Brasil.

A pena de morte é a punição principal. O que muda é a maneira de executá-la. Quanto mais execrável o crime do ponto de vista da sociedade da época, maior a violência do emprego, onde a morte na forca era a mais amena.

A influência jusnaturalista não impediu a tradição de reforço do poder através da execução cruel da pena de atravessar a Idade Média e, foi somente com o estabelecimento dos princípios de Estado a partir de um contrato social que a pena pode ser concebida de modo menos hemorrágico.

Com base nas filosofias políticas liberais, os primeiros princípios para um direito penal humanitário são lançados por Cesare Bonesana, Marques de Beccaria na conhecidíssima obra “Dos delitos e das penas”.

Analisando o direito de punir, este autor o fundamenta na porção de liberdade cedida por cada homem em troca de segurança³². E quem cede parte de sua própria liberdade, não cede o direito à vida, o que já inviabiliza a justificativa de uma pena de morte.

Os princípios elencados por Cesare Bonesana serviram como base coerente para estabelecer princípios humanitários mínimos para nortear toda a política criminal ocidental³³.

O direito natural racionalista apresenta uma ética social secular, de caráter universal e, portanto, universalmente aplicável. Serviu tanto para legitimar o “despotismo iluminado”, quanto para conduzir a “Revolução

³² “Foi, pois, a necessidade que constrangeu os homens a cederem parte da própria liberdade; é certo, portanto, que cada um queira colocar no depósito público a mínima porção possível da mesma liberdade, aquela que somente seja suficiente a induzir os outros a defendê-lo. O conjunto destas mínimas porções possíveis forma o direito de punir. Todo o direito a mais é abuso, e não justiça; é fato, já não é direito. As penas que ultrapassam a necessidade de conservar o depósito da salvação pública são injustas por sua natureza; e tanto mais justas são as penas quanto mais sagrada e inviolável é a segurança, e é maior a liberdade que o soberano proporciona aos súditos.” (BECCARIA, Cesare Bonesana, marchese di. **Dos delitos e das penas**. Trad.: Marcílio Teixeira. Rio de Janeiro, Ed. Rio, 1979, p. 39).

³³ A declaração dos direitos do Homem e do Cidadão de 1789 “representa, por assim dizer, o atestado de óbito do Ancien Régime, constituído pela monarquia absoluta e pelos privilégios feudais, e, neste sentido, volta-se claramente para o passado. Mas o caráter abstrato e geral das fórmulas empregadas, algumas delas alpidares, tornou a Declaração de 1789, daí em diante, uma espécie de carta geográfica fundamental para a navegação política nos mares do futuro, uma referência indispensável a todo projeto de constitucionalização dos povos”. (COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 4. ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2005, p. 146)

Francesa”, pois assenta seus fundamentos na medida da evolução da humanidade, visando sempre um ideal³⁴.

As teorias do contrato social são influenciadas pelo direito natural racionalizador que também considera a liberdade como objeto de primeira ordem em uma sociedade humana. A sociedade terá um caráter vertical hierarquizante, cuja exigência de obediência implica necessariamente na manutenção da ordem, mas ao mesmo tempo possui um caráter horizontal-comunitário, no qual os componentes da sociedade são tratados de igual para igual. Eis as bases então que estabeleceram um novo olhar sobre o direito de punir.

Ao mesmo tempo em que a sociedade e a política se movimentava em torno de uma forte estrutura intelectual que trazia novos paradigmas à política e a gestão de Estado, a Revolução Industrial se estruturava na Europa, trazendo fortuna e riqueza para os que nela podiam investir e pobreza aos que dela dependiam como único meio de sobrevivência.

Os ideais libertários da Revolução Francesa aliados ao expansionismo econômico da Revolução Industrial ditaram a tônica da

³⁴ SANTOS, Boaventura de Souza. **Para um novo senso comum: a ciência, o direito e a política na transição paradigmática – vol. 1. A crítica da razão indolente: contra o desperdício da experiência.** 5ª ed. São Paulo: Cortez, 2005, p. 128.

sociedade que se instalou no século XIX. O Estado Libertário necessitava ser estruturado cientificamente, em todos os âmbitos possíveis para uma legitimação completa e condizente com a tradição intelectual que o impulsionou.

O direito penal foi construído sob este aspecto: os postulados de Cesare Bonesana, Marquês de Beccaria serviram como referencial e alicerce, juntamente com os ideais libertários da Revolução Francesa.

Um bom exemplo da inserção positivada destes postulados é a primeira legislação criminal genuinamente brasileira, o Código Criminal do Império, de 1830, o qual representou um grande avanço para a comunidade jurídica mundial e, principalmente, para o país.

Este código quebra totalmente com o espírito do Livro V das Ordenações Filipinas, em praticamente todos os aspectos: adota-se o princípio da legalidade, proibindo-se a analogia e a interpretação extensiva; estabelece-se o concurso de agentes; os delitos são mais claros e específicos.

A pena de morte, ainda que não abolida totalmente – em virtude da sociedade da época ainda depender da mão de obra escrava e de que, como

eram considerados “seres inferiores” a pena de prisão não oferecia a mensagem retaliadora suficiente – proibiu expressamente as penas cruéis e infamantes³⁵.

No final do século XIX, o positivismo penetra gradualmente nas ciências naturais e sociais, ligada ao anseio capitalista – em franco desenvolvimento – de maximizar a produção³⁶. Maximizar a produção significa o aumento científico-tecnológico de produção da fábrica, o que o termo evidentemente nos leva a pensar, mas significa também impedir que movimentos e ações externas que eventualmente pudesse prejudicar a produção e obtenção de lucros, de cunho social. Ou seja, o positivismo, a introdução científicista nas ciências sociais trazem para a política um meio de ratificar não só as benesses trazidas com a Revolução Industrial e com o capitalismo, mas também justificar suas conseqüências nocivas.

³⁵ “Art. 44. Não há penas infamantes. As penas restrictivas da liberdade individual são temporárias e não excederão de 30 annos (sic)”. Código Criminal do Império do Brazil (sic). Lei de 16 de dezembro de 1830. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/LIM/LIM-16-12-1830.htm.

³⁶ “O aparecimento do positivismo na epistemologia da ciência moderna e o do positivismo jurídico no direito e na dogmática jurídica podem considerar-se, em ambos os casos, construções ideológicas destinadas a reduzir o progresso societal ao desenvolvimento capitalista, bem como a imunizar a racionalidade contra a contaminação de qualquer irracionalidade não capitalista, quer ela fosse Deus, a religião ou a tradição, a metafísica ou a ética, ou ainda as utopias ou os ideais emancipatórios. No mesmo processo, as irracionalidades do capitalismo passam a poder coexistir e até conviver com a racionalidade moderna, desde que se apresentem como regularidades (jurídicas ou científicas) empíricas”. (SANTOS, Boaventura de Souza. **Para um novo senso comum: a ciência, o direito e a política na transição paradigmática – vol. 1. A crítica da razão indolente: contra o desperdício da experiência.** 5ª ed. São Paulo: Cortez, 2005, p. 141).

O positivismo reduz a dogmática jurídica a um esquema lógico-formal rígido e complexo, estruturado e fundamentado em si mesmo, portanto avalorativo. Esta lógica migra para o direito penal, trazendo esquemas lógicos para definir suas estruturas.

Esta redução do direito a um esquema científico avalorativo desempenhará um papel importante para o direito penal, na medida em que garante sua cientificidade e impede que elementos alheios à política estatal constituída interfiram nas decisões.

No alvorecer do século XX as ciências fomentadas pela filosofia positivista se multiplicavam em profusão, surgindo a política criminal e a criminologia. Portanto, além do crime, a ação ilícita e ofensiva a integridade alheia, novos meios de coerção social passaram a ser considerados, a partir de teorias discriminatórias, calcadas numa outra ciência em franca expansão: a Biologia.

Dentre as teorias biológicas mais prestigiadas da época encontrava-se a teoria da seleção natural, onde as espécies mais aptas sobreviveriam às desfavorecidas.

Como as ciências sociais traziam os postulados das ciências naturais para sua construção científica, esta teoria também foi adotada pelas disciplinas conjuntas do direito penal.

Isso significou que um problema causado pela expansão da Revolução Industrial e pelo avanço do capitalismo, que era a expansão populacional urbana, de mendigos, vagabundos, desocupados de um posto de trabalho fixo, assim como os indivíduos fisicamente deficientes fossem consideradas espécies aptas a serem eliminadas, pensamento este fundamentado nas proeminentes teorias científicas da época.

Note-se que no direito penal brasileiro, o único motivo que não levou a total abolição da pena de morte foi justamente a consideração de que um indivíduo humano considerado inferior – o negro – por ser assim considerado, poderia ser submetido a morte enquanto pena. Era só mais uma consequência da seleção natural.

Na Alemanha este pensamento fundamentou toda a legislação do 3º Reich. Os indivíduos com deficiências físicas, os vagabundos, mendigos e alcoólatras faziam parte daquilo que foi chamado de “estranhos à comunidade”. A estes indivíduos e aos delinquentes que eram considerados

incurrigíveis tratavam de não imputar pena, mas de inocuízá-los e incapacitá-los.

Importante frisar que a Alemanha positivou esta teoria através do Projeto Nacional-Socialista sobre o Tratamento dos “Estranhos a Comunidade”, que não chegou a ser executado, mas seu conteúdo resumia uma parte do pensamento científico da época³⁷.

Interessante observar o conflito entre os pensamentos capital-positivista e os ideais libertários pregados pela Revolução Francesa. A explicação de ausência de manifestação no sentido de defender o mínimo de dignidade humana era justamente de que os indivíduos considerados “estranhos” simplesmente fossem considerados diferentes, sem direito ao mínimo de dignidade³⁸.

No Brasil, um exemplo de incursões eugênicas em legislação penal foi a inclusão do delito de mendicância na Lei de Contravenções Penais³⁹.

³⁷ CONDE, Francisco Muñoz. **Edmund Mezger e o direito penal de seu tempo: estudos sobre o direito penal no nacional-socialismo**. Trad. de Paulo César Busato, 4ª Ed., rev. e ampl. Rio de Janeiro: Editora Lume Juris, 2005, p. 101.

³⁸ “Dignidade humana”, segundo Tailson Pires Costa, “é o direito da pessoa conviver no ambiente social de acordo com a própria natureza”, cuja configuração se dará ante “um conjunto essencial de direitos como condição mínima necessária para assegurar uma vida baseada na liberdade”. (COSTA, Tailson Pires. **A dignidade da pessoa humana diante da sanção penal**. São Paulo: Fiuza Editores, 2004, p. 13-14.

³⁹ Art. 60 do Decreto-Lei 3.688/41 (Lei de Contravenções Penais): “*Mendigar, por ociosidade ou cupidez: Pena – prisão simples, de 15 (quinze) dias a 3 (três) meses. Parágrafo único. Aumenta-se a pena de 1/6*”

Tal inclusão consiste em uma verdadeira afronta à dignidade humana, uma vez que registra em lei o caráter preconceituoso e eugênico da era Vargas. Demonstra também a influência nazi-facista do ditador brasileiro⁴⁰.

Somente no ano de 2009, por força da Lei Federal 11.983 de 16 de julho de 2009 é que mendicância deixou de ser infração penal⁴¹.

Em geral, o Código Penal de 1940 (Decreto 2.949 de 07 de dezembro de 1940) absorveu o positivismo científico de modo menos contundente, eis que sua inspiração foi o Código Penal Italiano de 1931, conhecido como Código Rocco. Ainda que promulgado sob o regime fascista de Benito Mussolini, as concepções positivo-científicas mais radicais não foram recepcionadas, tendo em vista os preceitos adotados, principalmente os delineados pela biologia criminal, que necessitavam de comprovações científicas inquestionáveis⁴².

(um sexto) a 1/3 (um terço), se a contravenção é praticada a) de modo vexatório, ameaçador ou fraudulento; b) mediante simulação de moléstia ou deformidade; c) em companhia de alienado ou de menor de 18 anos.”

⁴⁰ A melhor doutrina, trata do tema como uma “teratologia legislativa, totalmente inconstitucional (e, portanto inválida)” (GOMES, Luis Flávio; CUNHA, Rogério Sanches; MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Comentários à reforma criminal de 2009 e à Convenção de Viena sobre o direito dos tratados**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 114.).

⁴¹ O texto da lei, publicado no Diário oficial da União apenas revoga o artigo 60 do Dec.-lei 3.688/41, não trazendo em seu bojo nenhum outro detalhe ou justificativa, por isso deixa-se de transcrevê-lo.

⁴² Embora o regime fascista almejasse ser a mais completa antítese da democracia, as novidades científicas propostas pelo positivismo através do Projeto Ferri se tornaram inviável, haja vista a forte

De fato, a Segunda Guerra Mundial mostrou-se diferentemente da Primeira, justamente *por ter sido deflagrada com base em proclamados projetos de subjugação de povos considerados inferiores*⁴³, situação esta na qual o 3º Reich acreditava e procurava comprovar cientificamente, o que dava sustentação a ideologia e legitimava dentro do sistema jurídico nazista a criação de campos de concentração.

Com o término da Segunda Guerra Mundial, a enorme cifra de vítimas, dentre elas as mortas em campo de concentração, bem como a constatação do efetivo poder de destruição em massa demonstrado pelo efeito das bombas atômicas lançadas nas cidades japonesas de Hiroshima e Nagasaki em 06 e 09 de agosto de 1945 o homem toma consciência da importância do reconhecimento incondicional e internacional dos direitos humanos.

Os indivíduos deveriam obrigatoriamente ser respeitados em sua liberdade e como humanos serem considerados, independente de condição

reação política e científica contra seus preceitos. Dentre os mais polêmicos se encontra a idéia do direito penal partir do delinqüente e não do delito e da imputação da pena por tempo indefinido (BETTIOL, Giuseppe; BETTIOL, Rodolfo. **Instituições de direito e processo penal**. Trad. Amílcare Carletti – 1ª ed – São Paulo: Ed. Pillares, 2008, p. 85-86).

⁴³ COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 4. ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2005, p. 210.

física, nacional ou social. Sem respeitar estes requisitos mínimos de garantias, não seria possível viver pacificamente.

O mundo se organiza internacionalmente com vistas a garantia de respeito aos direitos humanos no plano internacional. Paulatinamente, ainda que enfrentando o clima de tensão gerado a partir dos muitos conflitos que persistiram, no decorrer do século XX a maioria dos países instrumentaliza seus sistemas jurídicos para recepcionar e promover as garantias mínimas de liberdade aos seus cidadãos.

O sistema penal, que para o nazismo chegava a ter um objetivo eugenista, é voltado, a princípio, para a promoção da prevenção geral e especial, com ênfase ao caráter ressocializador da pena. Conforme o sistema se consolida, apenas o caráter retributivo permanece.

Se a herança liberal já se encontrava impressa nos ordenamentos jurídicos penais do mundo, esta tendência se fortaleceu muito mais no decorrer do século XX. O direito penal é visto como a reação justa do Estado em razão de uma ação injusta. Esta reação está sempre voltada ao indivíduo, devendo este ser determinável e determinado. A ação injusta para ser objeto de reação penal deverá apontar para um dano, uma lesão e/ou um perigo concreto. Os objetos materiais onde recaem a ação deverão

se referir aos bens essenciais ao indivíduo no Estado Liberal: a vida, liberdade e propriedade.

Entretanto, é um fenômeno mundial, o aumento significativo no número de legislações penais extravagantes, de alterações na parte especial do código penal e a inserção de normas penais em legislações que não cuidam especificamente de crimes.

Geradas por um novo anseio, as leis e normas penais criadas na atualidade, em sua maioria visam a proteção de bens jurídicos difusos e coletivos, em que não se exige uma lesão a tais bens para efetiva a punição, apenas a realização de uma conduta que caracterize um perigo abstrato, uma das várias incoerências constatadas na atualidade, em relação a tradição liberal do século XIX.

Tal descompasso nos mostra que o direito penal da modernidade com sua profusão de leis e de normas penais incriminadoras, não passa de um diagnóstico da crise das instituições no mundo contemporâneo.

O objeto de estudo é o confronto entre os conjuntos *anseio social* e *Direito penal do Estado liberal* e *anseio social* e *Direito penal do Estado social*.

Trabalhando com a hipótese de que é possível existir um direito penal congruente na atualidade, desde que os anseios da sociedade sejam canalizados para os sistemas jurídicos mais aptos a atender suas necessidades, sem que com isso se tenha que sacrificar sua coerência interna.

2. AS CARACTERÍSTICAS DO MUNDO CONTEMPORÂNEO E SUA INFLUÊNCIA NO DIREITO PENAL.

2.1. Direito Penal no Estado Liberal e no Estado Social.

A sociedade com as características da atualidade começa a se formar em meados do século XX, aqui chamada de sociedade pós-industrial no esteio de Daniel Bell⁴⁴. Em muito se difere da sociedade do começo dos finais do século XIX, início do século XX, denominada sociedade industrial, principalmente por motivos políticos e econômicos.

Economicamente, as marcantes diferenças entre uma e outra é que a sociedade pós-industrial tem como engajamento o desenvolvimento científico, que por sua vez implica em mudanças como transferência do foco de produção de bens para a produção de serviços, trazendo a burocratização e especialização do trabalho intelectual, além do que, os cientistas passam a integrar as esferas de poder.

⁴⁴ BELL, Daniel. **O advento da sociedade pós-industrial: uma tentativa de previsão social.** Trad. de Heloysa de Lima Dantas. São Paulo: Ed. Cultrix, 1977, p. 69.

Em termos políticos, ambas as sociedades ansiavam pela centralização do poder, mas enquanto no século XIX seu objetivo era proporcionar que o homem pudesse exercer suas atividades livremente, principalmente dentro do contexto capitalista de produção de bens e geração de lucros e riqueza, no século XX a finalidade do Estado se dirige a garantir condições mínimas de vida a toda coletividade.

No primeiro caso, o Estado deveria intervir o mínimo possível na atuação privada, apenas para garantir a ordem necessária para a produção capitalista. No segundo, a sociedade reclama uma intervenção constante e atuante do Estado, para garantir direitos que visavam propiciar uma série de direitos necessários para se alcançar uma vida digna⁴⁵.

O direito penal do século XIX é fruto da limitação do poder de punir do Estado ante ao sangrento direito penal da Idade medieval e moderna. Portanto, as legislações se caracterizarão pela concretização dogmática deste limite de intervenção na esfera de liberdade individual.

⁴⁵ CAMPILONGO, Celso Fernandes. **Política, sistema jurídico e decisão judicial**. São Paulo: Max Limonad, 2002, p. 28.

Ao lado desta característica, é possível constatar que o bem jurídico mais precioso desta época não era a vida humana, mas a vida do Estado, que precisava fortalecer e consolidar suas estruturas.

É isto o que se pode perceber em análise ao Código Criminal do Império, de 1830 e no Código Penal da República de 1890.

O primeiro se dividia em três grandes partes, as quais eram subdivididas em Títulos e em seguida em diversos capítulos.

Na primeira Grande Parte, denominada “Dos crimes e das penas”, numa clara alusão a obra referencial-estrutural do direito penal, é estabelecido o novo padrão de punição respeitando os ideais do Estado Liberal.

O primeiro título trata da natureza dos crimes, uma primitiva parte geral, onde já se é possível visualizar uma série de princípios, como no primeiro artigo inserido no capítulo I, onde já se encontra expresso o Princípio da Legalidade.

O artigo 2º cuida de uma definição de crime, ainda que primitiva do ponto de vista dogmático. No artigo 3º encontra-se estabelecido um

conceito de dolo, também primitivo. O título II trata das penas, as quais, segundo o teor do artigo 33 ali inserido, deverão obedecer às disposições legais.

A segunda Parte trata dos “Crimes públicos”. O título I desta parte trata dos “crimes contra a existência política do Império”. São passíveis de punição as ações que atentarem contra a independência, integridade e dignidade da nação, contra o livre exercício dos poderes políticos, contra o livre gozo e exercício dos direitos políticos e dos cidadãos, e demais condutas que afrontem direta ou indiretamente a soberania do Império, recém conquistada.

Só na terceira parte é que serão objeto de tutela penal as ofensas cometidas contra as pessoas. O primeiro bem jurídico tutelado é a liberdade individual, e o primeiro delito desta natureza consiste em “reduzir á escravidão a pessoa livre, que se achar em posse da sua liberdade”. O homicídio era amparado em título posterior, no artigo 192 desta carta penal.

Em seguida, o código passa a tutelar as ações que consistem em “crimes policiaes”, os quais correspondem aos ilícitos previstos no Dec.Lei 3.688/41 – Contravenções penais.

O código penal da República, de 1890 segue o mesmo padrão do código penal do Império de 1834, acima exposto, o que em nada surpreende, já que ainda se vive sob a égide de um Estado liberal, ainda que tenha mudado a forma de governo, inserindo em seu corpo de descrição de crimes, tipos penais que começam a atender aos anseios da época.

O artigo 204, por exemplo, comina pena as ações que afrontam a liberdade do trabalho e, nos artigos 342 a 355, temos a proteção a propriedade literária, artística, industrial e comercial, onde são incriminadas ações que atentem contra os direitos da propriedade literária e artística, direitos de patentes de invenção e descobertas e direitos de marcas de fábrica e de comercio.

Assim seguiu a consolidação das leis penais de 1932, que juntou no corpo do código penal da República de 1890 a profusão de crimes criados em legislação penal dispersada, legislação esta que também visa atender os novos anseios do século XX, inserindo-se nas antigas tipologias, novas condutas e elementos que expressam a velocidade das transformações sociais.

É no código penal de 1940, ainda que concebido sob a ditadura getulista, onde se observa sinais efetivos da mudança de pensamento, deslocando os crimes contra as pessoas para a primeira espécie de crimes a serem elencados, a começar com o homicídio.

Inicia-se assim no âmbito nacional a recepção pelo direito penal em que o homem tem efetivamente papel principal, fato este consolidado com a promulgação da Constituição Federal de 1988, a qual traz em seu bojo diversos mandados de criminalização, resultado da estabilização da transferência de paradigma do Estado liberal para o Estado social.

É possível observar o quanto o Estado Liberal do século XIX utilizou o direito como seu fundamento e estrutura. Construiu o conceito de cidadania e de justiça, através de uma constituição formal, rígida, autônoma e avaliativa, fortemente racionalizada, com o objetivo de manter a liberdade, revestida de segurança. Não intervinha nas relações sociais/econômicas, que se auto-regulamentariam segundo os princípios de livre-concorrência e de mercado.

Entretanto, por mais que a autonomia e auto-regulação fossem privilégios da liberdade defendida pelo Estado Liberal, o próprio desenvolvimento do capitalismo passa a exigir sua intervenção, tanto para

regular as relações econômicas, quanto da vida social, no sentido de solucionar os “*problemas decorrentes da rápida e autônoma industrialização, tais como pobreza generalizada, prostituição, criminalidade, alcoolismo, epidemias, analfabetismo, greves, desemprego e subversão socialista*”⁴⁶.

Paulatinamente, inclusive em razão das atrocidades da Segunda Guerra Mundial, os direitos sociais são acrescidos à garantia à liberdade.

Em âmbito nacional é a Constituição Federal de 1988 que traz em seu corpo diversos dispositivos que tutelam os direitos sociais. Todos estes direitos unidos funcionam como o dispositivo norteador das leis infraconstitucionais e necessita de meios que viabilizem a execução, para a realização de uma vida mais próxima da dignidade⁴⁷, esta uma das razões de Estado.

⁴⁶ SANTOS, Boaventura de Souza. **Para um novo senso comum: a ciência, o direito e a política na transição paradigmática – vol. 1. A crítica da razão indolente: contra o desperdício da experiência.** 5ª ed. São Paulo: Cortez, 2005, P. 146.

⁴⁷ “Essa construção teórica destaca, em realidade, a dupla dimensão (ou duplo caráter) dos direitos fundamentais, projetando, a partir dessa categoria normativa, dois efeitos jurídicos: a) por um lado, avultaria seu caráter de direitos subjetivos, ou seja, de direitos de defesa do particular frente ao Estado (...); b) por outro lado, os direitos fundamentais, funcionando em sua dimensão objetiva como imperativos de tutela, estariam igualmente a exigir uma atuação (positiva) do Estado (...).” (FELDENS, Luciano. **A constituição penal: a dupla face da proporcionalidade no controle de normas penais.** Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2005, p. 98)

O direito à liberdade, portanto, é resultado de uma primeira luta dentro de um Estado organizado em nome da democracia. Os direitos sociais, por sua vez são fruto do amadurecimento e estabelecimento do direito à liberdade e, se antes afastava a atuação do Estado, agora exige dele condições para propiciar um modo de vida mais próximo da dignidade.

Assim, os primeiros direitos são conhecidos como “direitos de primeira geração”, enquanto que os segundos, “direitos de segunda geração”, já que pertencem às categorias centrais liberdade e direitos sociais, respectivamente.

Em âmbito de Direito penal, os direitos de primeira geração como fins desta disciplina se materializam em proteção a bem jurídicos fundamentais, ainda que possuam um sentido social próprio⁴⁸.

Norberto Bobbio aduz que, com a consolidação dos primeiros gerou a exigência dos segundos⁴⁹, o que faz parte de um progresso natural. E assim, aos poucos a exigida intervenção estatal para proporcionar garantias

⁴⁸ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal, volume 1: parte geral. 14ª ed., rev., atual. e ampl.** – São Paulo: Saraiva, 2009, p. 06.

⁴⁹ BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos.** Trad. de Carlos Nelson Coutinho, apes. Celso Lafer. Nova Ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004, p. 24.

e melhorias na vida dos cidadãos, provoca gradativamente um aumento na complexidade dos subsistemas sociais.

Esta intervenção estatal para a produção dos direitos sociais – ou providência, como identifica Boaventura Souza Santos⁵⁰ – a princípio não é completamente propiciada pela mão do Estado.

Pelo fato de não conseguir proporcionar com eficiência o garantido nas constitucionais, o Estado passa a regulamentar através de leis esparsas a maior parte das atividades sociais e humanas, numa tentativa de dar aparência de garantia aos direitos outrora reconhecidos.

O resultado foi a mercantilização destes direitos, já que muitos deles, ainda que não providenciados pelo Estado, mas considerados essenciais, como a saúde, a educação e a providência privada podem ser contratados com entidades que se comprometem a proporcionar os direitos sociais garantidos constitucionalmente. Mas estes direitos proporcionados não são gratuitos: devem ser pagos com a renda do trabalho.

⁵⁰ SANTOS, Boaventura de Souza. Sociedade providência ou autoritarismo social? **Revista Crítica de Ciências Sociais**. Coimbra: nº 42, pg. 1-4. Disponível em: http://www.boaventuradesousasantos.pt/media/pdfs/Sociedade_Providencia_ou_Autoritarismo_Social_RCCS42.PDF. Acesso em 17.07.2010.

Para gerar mais renda, as pessoas são obrigadas a ficar mais tempo em seus trabalhos. Este fator, aliado à crescente falta de segurança, a onda de medo, a falta de confiança, faz com que os laços afetivos se enfraqueçam, assim como a idéia de comunidade.

A quebra de laços afetivos enseja mais conflitos. E os meios informais de contenção não suportam mais o seu mister, uma vez que o que os mantinham sólidos aos poucos foi se perdendo.

Todos estes fatores juntos implicam num aumento da complexidade dos subsistemas sociais, o que demanda mais regulamentação. A intervenção do Estado, porém, não é outra a não ser regulamentar mais e mais as relações sociais, sem proporcionar outras esferas de solução e de garantia além da observância da norma regulamentada.

Este é o fenômeno da juridicização da vida social, interferindo em seus mais diversos aspectos. Definitivamente, as instituições não oficiais que outrora regulavam comportamentos, como a escola, a família e a igreja perderam sua força. E a consequência disso é a substituição da coerção moral para a coerção estatal, que muitas vezes pode ser cruel demais com quem é digno apenas de uma reprimenda.

Aliás, a falta da reprimenda por um órgão de controle baseado em laços afetivos é um dos motivos que contribuem para a criminalidade de massa da atualidade: o uso de drogas, as brigas em geral, mas principalmente as de trânsito, as crescentes injúrias, calúnias e difamações, são exemplos de ações em que a atuação da família e da escola por si só já aliviariam – e muito – as estatísticas policiais.

Voltando ao direito penal da modernidade, é preciso mencionar que a afirmação dos direitos sociais pelas constituições trouxe também uma nova categoria de direitos: os direitos que não pertencem apenas a uma pessoa em especial, mas uma grande coletividade, quando não a humanidade como um todo.

Por outro lado, determinados aspectos da sociedade que tinham importância relativa, com a consolidação dos direitos sociais ou por conta de um desastre irreparável, passam a ter uma importância maior, ensejando assim proteção penal.

Jesús-María Silva Sanchez chama de “novos interesses” estes novos bens elevados a categoria de bens jurídicos penais e descreve três causas distintas: a própria evolução tecnológica, científica e econômica, a valorização de realidades tradicionalmente abundantes, mas que com o

avanço tecnológico-social passa a merecer intervenção estatal e outras realidades que também sempre existiram, mas que agora passam a ter um incremento de valor⁵¹.

Constata-se uma curiosa mudança na autoria do delito: do homem pobre, marginal, passa-se agora a figurar como réu (ao menos no corpo das legislações penais) o proprietário da fábrica que produz resíduos nocivos à natureza, o dono da rede de restaurantes que produz alimentos em desrespeito às normas sanitárias e assim provoca doenças, ou às empresas que desrespeitam as relações de consumo e junto à ordem tributária, como já desejava Alessandro Baratta⁵², pois identificou uma criminalidade que passava despercebida e incólume.

De outro lado, as organizações não governamentais, como por exemplo, as voltadas para empreender medidas que visem superar discriminações de raça, gênero e cor, garantir os direitos das pessoas portadoras de necessidades especiais e dos idosos, também na toada de proteção intensiva aos direitos sociais promulgados pelo Estado social, arrebatam as vítimas sob uma só bandeira e pressionam os poderes

⁵¹ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. **A expansão do direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais**. Trad. de Luiz Otávio de Oliveira Rocha. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, p. 27-28.

⁵² BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do direito penal: introdução à sociologia do direito penal**. Trad. de Juarez Cirino dos Santos, 3ª Ed. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2002, p. 198.

executivo e legislativo a “tomarem uma atitude” frente ao problema para o qual estão militando, o que invariavelmente implica ou numa nova lei ou numa alteração legislativa mais intensa.

Incentivadas pelas vítimas potenciais organizadas debaixo de uma bandeira a qual hasteiam freneticamente na exigência de seus direitos, os políticos da antiga esquerda incentivam a criminalização dos “poderosos”, o que obsta o trabalho, e assim contribui para inserir novas condutas na legislação criminal e implicando com as garantias tradicionais do direito penal, em nome de não tornar mais tão evidente a velha constatação de que “só os pobres cumprem pena privativa de liberdade”.

A Justiça na sociedade contemporânea chama para si a tarefa de solução de conflitos, enfraquecendo a gestão autônoma de solução de problemas da vida social. Entretanto, a grande demanda implica no enfraquecimento do Estado Social em mais um fim ao que se destinou. Mas ainda assim, permanece sendo uma das únicas instâncias válidas de discussão de problemas.

Até aqui foram expostas algumas facetas do direito penal que se transformaram com a mudança do Estado liberal para o Estado social e, na

tentativa de adaptar a disciplina às novas necessidades, ensejou a proliferação das leis, sobretudo as leis penais.

Conclui-se, a princípio, que muitas destas mudanças requerem a atuação efetiva do Estado social, que por sua vez despeja no Direito penal esta responsabilidade, não como senão como primeira instância de intervenção estatal, como a principal forma de atuação desta instância⁵³.

É necessário discutir as formas de intervenção do Estado anterior à imposição de pena, uma vez que não é cedo para considerar que a mera produção legislativa é insuficiente para promover a proteção dos bens jurídicos amparados constitucionalmente, que além de se tornar ineficaz, tem o poder de gerar mais prejuízo para uma sociedade já tão usurpada.

2.2. Medo, insegurança e sociedade de risco: anseios da modernidade.

É preciso atentar para as características que tomam conta do espírito individual na sociedade atual, pós-moderna e pós-industrial. Esta análise identificará outros aspectos do dia a dia das pessoas que influenciam os

⁵³ GONÇALVES, Luiz Carlos dos Santos. **Mandados expressos de criminalização e a proteção de direitos fundamentais na Constituição brasileira de 1988**. Belo Horizonte: Fórum, 2007, p. 110.

dispositivos penais da atualidade, bem como auxiliará na identificação da correspondência “Direito penal” e “anseios sociais”.

Partindo de uma perspectiva histórica, o fim da Segunda Guerra Mundial ao invés de significar o restabelecimento e solidificação da paz, viu no confronto entre o mundo capitalista e comunista a iminência do fim da humanidade a partir de uma guerra nuclear, o que aumentou a sensação de angústia provocada pela incerteza do amanhã.

Por outro lado, como já dito, a intervenção do Estado nas esferas sociais que possuíam seu próprio modo de solução de conflitos (por meio de normas morais e coerção social), acabou deslegitimando a união advinda dos laços afetivos.

Além das conseqüências já abordadas, esta dissolução de laços aliados ao estilo de vida capitalista, torna os cidadãos mais distantes entre si e intolerantes com o próximo, prejudicando a confiança entre os homens.

A quebra de confiança implica num ceticismo exacerbado que por sua vez também gera falta de solidariedade e indiferença com os

sentimentos alheios. Deste modo, fica difícil reconhecer no próximo a “comportamento cognitivo” ao qual se refere fala Niklas Luhmann⁵⁴.

O sentimento comum nestas três características é o medo, que na voz de Baumann está ligado à incerteza dos fatos e dos atos⁵⁵. Ele gerencia e domina a nossa vida. É a razão do nosso trabalho, para ganhar mais dinheiro e assim ter mais segurança.

Zygmunt Baumann⁵⁶ ainda vê diversos atributos do medo na sociedade atual: ele é objeto de fomento consumista – consome-se bens e serviços que ofertam proteção de todo tipo.

Dentre os serviços, está a venda a crédito. Nossa geração é a mais endividada da história e o sucesso do negócio está ligado ao risco, na medida em que a realização dele vai impedir o amanhã.

A venda a crédito, ao mesmo tempo em que é impulsionada pela incerteza do amanhã (ou mais precisamente, da chegada do dia de

⁵⁴ LUHMANN, Niklas. **Sociologia do Direito I**. Trad. de Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Edições Tempo Brasileiro, 1983, p. 56.

⁵⁵ BAUMANN, Zygmunt. **Medo líquido**. Trad. Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2008, p. 08.

⁵⁶ Idem, ib idem, passim.

vencimento da fatura), serve como exorcismo da angústia gerada pelos medos e pela solidão.

Isto posto, começa-se a análise pela identificação da característica da sociedade contemporânea que implica na insegurança em assumir riscos do dia a dia, característica esta que tende a perdurar, principalmente quando o risco pode implicar numa benesse.

Assumir o risco implica em uma escolha, que muitas vezes o cidadão não está disposto a pagar, embora precise adquirir. Só o fato de exigir a escolha já implica numa demonização do risco, e assim justifica a criminalização da produção deste risco.⁵⁷

Assumir o risco não se refere apenas em conviver com avanços tecnológicos que possam gerar um prejuízo, mas em diversos níveis da vida dos cidadãos, inclusive o de restabelecer os laços de afeto perdidos e assim retomar aos poucos a confiança e a tolerância.

O medo impede e mina cada vez mais tais possibilidades. É preciso desenvolver um meio de lidar com os medos e, conseqüentemente com os

⁵⁷ GIDDENS, Anthony. **Modernidade e identidade**. Trad. de Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2002, p. 32.

riscos, pois eles sempre fizeram parte da vida, desde os primórdios da humanidade. Na atualidade, mais do que nunca, já que vivemos em um Estado democrático, o qual gera riscos de diversas ordens⁵⁸, em franca expansão tecnológica e econômica, onde as pessoas tendem a viver num ambiente eminentemente individualista.

Na sociedade contemporânea, liberta e abastecida (ainda que em termos) de seus direitos sociais, a responsabilidade pela escolha malograda recai em quem a escolheu. Por isso, a questão da escolha gera mais um motivo de angústia, ainda mais quando se trata de assumir riscos.

O sistema capitalista explora essa angústia, oferecendo a preços módicos os “analgésicos” tanto para uma possível “solução de problemas”, quanto para o seu esquecimento. Para a “solução de problemas”, em termos jurídicos, o direito penal acaba sendo a “morfina”.

Estes fatores possuem em comum o medo como sentimento propulsor. O medo justamente na visão de Zygmunt Baumann, acima

⁵⁸ “A democracia é a mais difícil de todas as formas de Estado, ela é uma forma de Estado em risco, está constantemente ameaçada pelo fracasso.” O autor ainda compara a situação da democracia com o Estado totalitário, lembrando que neste não há decisões a tomar, e por isso mesmo muitas pessoas se recordam nostalgicamente dele. (KAUFMANN, Arthur. **Filosofia do direito**. Trad. de António Ulisses Cortês. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2004, p. 441). Zygmunt Baumann lembra ainda a revolta de Elponoros contra Ulisses, que o libertou da condição de porco, transformando-o novamente em homem, enquanto se sentia contente por estar livre de meditações e dúvidas, em Odisséia. (BAUMANN, Zygmunt. **Medo líquido**. Trad. Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2008, p. 25)

elencada, é resultado da ignorância da ação nociva e dos meios necessários para obstá-lo.

O direito penal acaba tendo a função de defesa dos riscos e esta função encontra-se a anos-luz de distância da função preconizada pelo direito penal do Estado liberal.

De posse da função de defesa dos riscos, o Direito penal atuará como instrumento mantenedor da ordem, já que seu caráter coercitivo faz com que seja um dos poucos pontos estáveis de orientação na sociedade atual, perdendo desta maneira a sua característica de promoção de Justiça.

A tutela do risco pelo direito penal se dirigirá em direção da tentativa de controle da produção tecnológica-econômica de nocividades, cujo anseio de respaldo jurídico resulta da institucionalização e sensação social generalizada de insegurança⁵⁹.

Os avanços tecnológicos-econômicos tem a característica de produzir objetos cuja nocividade pode ou não ser percebida de imediato, se puder ser percebida, o que pode levar ao controle da produção de riscos.

⁵⁹ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. **A expansão do direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais.** Trad. de Luiz Otávio de Oliveira Rocha. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 30 e ss, 32-41.

Na tentativa de combater a não informação dos riscos, o arsenal jurídico recomenda em princípio a atuação de agências reguladoras ou outros órgãos do poder estatal para identificação de possíveis irregularidades.

Como estas muitas vezes não são percebidas, as ações que podem vir a gerar um dano são incriminadas, passando assim a integrar a codificação penal como crimes de perigo abstrato, já que o dano é presumido⁶⁰.

Aliado a incerteza de existência ou não de risco, o Estado-social acostumou a considerar o cidadão em uma situação de passividade, cujo conjunto forma a sociedade de classes passivas, assim denominada por Jesús-María Silva Sánchez⁶¹, na qual o cidadão é beneficiário dos serviços públicos mínimos que representem a dignidade humana, constitucionalmente garantida.

⁶⁰ Compreende-se nesta frente ainda as ações delegadas a terceiros que implica numa perda de domínio real. Idem, ib idem, p. 35.

⁶¹ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. **A expansão do direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais**. Trad. de Luiz Otávio de Oliveira Rocha. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 41.

Luciano Feldens identifica também que o cumprimento de mandados de criminalização constitucionais, que implicam na dogmática penal não só sua finalidade intrínseca, mas também a função que deve cumprir, conforme as decisões políticas fundamentais⁶², ou seja, incluir instrumentos de realização da dignidade humana em seu corpo, dentre outras exigências.

O cidadão se considera como sujeito passivo, passando das ações afirmativas do Estado-social até como sujeito passivo de riscos e, portanto, vítima potencial de abandonos, desprezos e, conseqüentemente, de crimes, principalmente aqueles cometidos por empresas, cujo algoz representa um detentor de poder econômico.

O produtor do risco então é visto como um sujeito ativo em potencial, cuja atividade merece ser constantemente vigiada e fortemente combatida.

Na sociedade de riscos, esta atividade a ser combatida muitas vezes se materializa na incriminação de condutas que evidenciam a probabilidade de realização de um risco, que invariavelmente envolve toda atividade tecnológica e econômica da atualidade.

⁶² FELDENS, Luciano. **A constituição penal: a dupla face da proporcionalidade no controle de normas penais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2005, p. 70.

Derivada da conjuntura acima, a expansão do direito penal é resultado também da identificação social com a vítima (sujeito passivo do delito)⁶³, fator este atrelado ao medo contingencial e generalizado, afora a própria situação constitucional do cidadão já mencionada.

Risco e medo se misturam e transformam indivíduos em vítimas sem terem ainda sofrido um dano e assim propulsionam o Estado social a lhes amparar.

Em determinado ponto, este amparo é impossível, a não ser que se obste a produção de riquezas.

O que se quer consolidar com o Direito penal não é apenas a instituição da proteção contra o medo. Encontra-se também o desejo de se recuperar um Estado que, ao que parece, está a desaparecer.

A globalização, entendida como o conjunto de processos transnacionais que interferem na soberania, na identidade e nas chances de

⁶³ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. **A expansão do direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais**. Trad. de Luiz Otávio de Oliveira Rocha. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 50.

poder de um Estado⁶⁴, dilui a consciência coletiva da sociedade e, por consequência, na autoconsciência coletiva.

O impulso de efetuar leis penais que almeje tutelar os potenciais geradores de risco esconde a fragilidade do Estado em face da globalização. O Direito penal deixa de ser um instrumento de punição e manutenção do equilíbrio social, substituindo a vingança pela Justiça, para ser o meio que imporá, através do último resquício de força coativa, a submissão do fenômeno expansivo à tutela do Estado.

⁶⁴ BECK, Ulrich. O que é globalização? **Equívocos do globalismo: respostas à globalização**. Trad. André Carone. São Paulo: Paz e Terra, 1999, p. 30. Também cabe acrescentar aqui a definição que Ulrich Beck faz em relação ao termo “globalidade”, que corresponde ao fato de que “daqui para a frente, nada que venha a acontecer em nosso planeta será um fenômeno espacialmente delimitado, mas o inverso: que todas as descobertas, triunfos e catástrofes afetam a todo o planeta, e que devemos redirecionar e reorganizar nossas vidas e nossas ações em torno do eixo ‘global-local’”. (Idem, ib idem, p. 31). Estas definições põe em xeque a compreensão de jurisdição, que ante as características da atualidade não podem mais se restringir ao espaço físico-territorial e, influenciam desta maneira a estrutura do Direito penal concebido pelo Estado liberal.

3. A SOCIEDADE CONTEMPORÂNEA, SUAS CONQUISTAS E SEUS ANSEIOS: UMA NOVA ABORDAGEM DO DIREITO PENAL.

3.1. Do direito à liberdade aos direitos sociais

Até neste ponto foi possível constatar que, a partir da primeira fase da Revolução Industrial, a preservação da integridade humana passa a ocupar o principal objetivo do Direito, que volta toda sua organização para materializar instrumentos eficazes para seu amparo, partindo do Direito à liberdade.

Pudemos perceber também que a proteção foi se estendendo na medida em que os anseios sociais foram eclodindo: a partir do momento em que a liberdade é positivamente amparada, novos bens emergem do emaranhado de vontades que compõem a psique humana.

“O homem é um animal teleológico”, como afirma Norberto Bobbio⁶⁵ e assim, a cada desejo alcançado, passada sua estabilização, cria outras realidades e circunstâncias, que por sua vez traz à tona novos

⁶⁵ BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Trad. de Carlos Nelson Coutinho, apes. Celso Lafer. Nova Ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004, p. 68.

anseios. E, como não poderia ser, tais anseios provocam uma reação social que se refletem na Política e no Direito.

Foi este o grande impulso ocasionado com a materialização dos direitos do homem nas primeiras cartas humanísticas: o anseio de liberdade e igualdade está amplamente impresso na Declaração de Independência dos Estados Unidos e na Constituição dos Estados Unidos da América do Norte, em 1776, na Declaração de Direitos da Revolução Francesa e nas demais constituições que adviriam⁶⁶.

Com a afirmação do direito a liberdade, ainda que reconhecido em alguns países apenas e para a classe burguesa, foi possível a estruturação dos direitos trabalhistas, o primeiro dos direitos sociais a serem inseridos num texto constitucional, portanto plenamente exigível de proteção, como se verifica na Constituição Mexicana de 1917 e na Constituição da

⁶⁶ Apenas a título de ilustração, o texto da Declaração de Independência dos Estados Unidos diz expressamente *“consideramos as seguintes verdades como auto-evidentes a saber, que todos os homens são criaturas iguais, dotadas pelo seu Criador de certos direitos inalienáveis, entre os quais a vida, a liberdade e a busca da felicidade.”* A Constituição dos Estados Unidos, por sua vez, traz no artigo primeiro que *“Todos os seres humanos são, pela sua natureza, igualmente livres e independentes, e possuem certos direitos inatos, dos quais, ao entrarem no estado de sociedade, não podem por nenhum tipo, nenhum pacto privar ou despojar sua posteridade; nomeadamente, a fruição da vida e da liberdade, com os meios de adquirir e possuir a propriedade de bens, bem como de procurar e obter a felicidade e a segurança”*. O primeiro artigo da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão aduz que *“Os homens nascem e permanecem livres e iguais em direitos. As distinções sociais só podem fundar-se na utilidade comum.”* (COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 4. ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2005, p. 105, 114, 154, respectivamente).

República Alemã, de 1919, que insere ainda o amparo institucional da Educação⁶⁷.

Foi também exposto que o mundo precisou passar pelas atrocidades das duas grandes guerras, principalmente pelo poder destruidor observado na Segunda Guerra, para que os direitos à liberdade, à igualdade e aos direitos sociais fossem reconhecidos como essenciais por todos os países do mundo.

Neste sentido foi firmada a Declaração Universal dos Direitos do Homem, em 10 de dezembro de 1948, tendo sido acolhida no seio de toda comunidade internacional, inspirando e orientando a inserção de valores universalmente considerados em seus respectivos ordenamentos jurídicos, apenas pelo seu respeito a autoridade que representa – a proteção da humanidade – já que sua coerção passa apenas por embargos econômicos e políticos.

De maneira paulatina, a Organização das Nações Unidas tenta desenvolver as atividades para as quais foi proposta. E assim, na medida

⁶⁷ Idem, ib idem, p. 179-184 e 194-195, respectivamente.

em que estas são ao menos em parte concretizadas, outras vão surgindo, como é natural de acontecer, portanto, de se esperar⁶⁸.

Assim, se a Organização das Nações Unidas iniciou seu mister em 1948 focando a manutenção da liberdade e da igualdade entre os povos, conforme estes direitos vão sendo concretizados pelos países, de modo a serem inseridos em seus respectivos ordenamentos jurídicos, outros anseios vão nascendo. E assim cresce o leque de extensão de direitos protegidos pela ONU e seus demais organismos.

Por outro lado, a tecnologia vai melhorando a qualidade de vida das pessoas e estas passam a viver mais; o respeito à individualidade e a livre manifestação do pensamento faz com que possam se expressar; surgem políticas de amparo à infância, aos deficientes, às mulheres, aos negros, homossexuais, etc.

A melhoria de qualidade de vida traz amplitude de direitos a serem reconhecidos e muitos destes conflitam com outros direitos, também garantidos.

⁶⁸ A este propósito, Norberto Bobbio aduz que *“não é preciso muita imaginação para prever que o desenvolvimento da técnica, a transformação das condições econômicas e sociais, a ampliação dos conhecimentos e a intensificação dos meios de comunicação poderão produzir tais mudanças na organização da vida humana e das relações sociais que se criem ocasiões favoráveis para o nascimento de novos carecimentos e, portanto para novas demandas de liberdade e poder”* (BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Trad. de Carlos Nelson Coutinho, apes. Celso Lafer. Nova Ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004, p. 53).

Este problema se verificará nem tanto em âmbito internacional, mas na medida em que os Estados vão inserindo em seus ordenamentos os direitos amparados internacionalmente.

É como o próprio Norberto Bobbio reconhece, que o maior desafio da humanidade na atualidade não é mais estabelecer o fundamento dos direitos humanos, já que são universalmente válidos, mas sim efetivamente concretizá-los, realizar sua proteção⁶⁹.

Em âmbito nacional, Paulo Bonavides reconhece que este é o verdadeiro problema do Direito Constitucional da atualidade, como juridicizar o Estado social, transformar os direitos sociais básicos em uma realidade⁷⁰.

De fato, ainda que os direitos sociais estejam institucionalizados constitucionalmente, não estão plenamente distribuídos. E, como estão

⁶⁹ BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Trad. de Carlos Nelson Coutinho, apes. Celso Lafer. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004, p. 45.

⁷⁰ BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 16ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, p. 373

instituídos, principalmente para diminuir as diferenças sociais, não é a sua descrição normativa⁷¹ que irá concretizá-los.

3.2. Os direitos de terceira geração: direitos coletivos

Em princípio é preciso esclarecer que o tratamento de direitos por gerações não significa que uma geração exclui a outra, mas ao contrário, cada geração de direitos inclui a anterior dentro do seu rol de amparo.

Aliás, a terminologia de gerações de direitos, segundo Gilmar Mendes, et al⁷² e Paulo Bonavides, foi utilizada por Karel Vasak que utilizou as expressões dos ideais libertários da Revolução Francesa – liberdade, igualdade, fraternidade – para fazer uma analogia das conquistas dos direitos humanos em dimensões.

Daí que a primeira dimensão seria o direito à liberdade. Com sua estabilização, alcançou-se o direito à igualdade, através dos direitos sociais.

Com o avanço tecnológico e as ameaças de destruição em massa, em razão

⁷¹ Artigo 6º da Constituição Federal: São direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.

⁷² MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 3. Ed. ver. E atual. – São Paulo: Saraiva, 2008, p. 712.

da degradação do meio ambiente, da produção de armamentos atômicos, dos riscos advindos com a evolução tecnológica, estaríamos diante da terceira geração de direitos – a fraternidade.

Esta classificação mereceu a reprovação de Antonio Augusto Cançado Trindade, que, dentre muitas críticas, vê na visão fragmentária dos direitos humanos uma brecha, na qual muitos governos fogem a sua obrigação de promover os meios necessários de promoção dos direitos humanos, seja em qual dimensão for, devendo respeitar o princípio da não discriminação, em relação à promoção e efetivação destes direitos.

Esta constatação é pertinente e válida para o âmbito internacional. Entretanto, apesar de sua deficiência nesta área, descreve bem o efeito da adoção dos direitos humanos no âmbito interno dos Estados, por isso a ampla aceitação⁷³.

Norberto Bobbio⁷⁴ foca que na era pós-moderna, caracterizada pelo enorme progresso, pelas transformações tecnológicas e tecnocrática do mundo, as ameaças e as lesões ao Direito advém do poder das conquistas

⁷³ TRINDADE, Antonio Augusto Cançado. **O direito internacional em um mundo em transformação**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 658.

⁷⁴ BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Trad. de Carlos Nelson Coutinho, apes. Celso Lafer. Nova ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004, p. 229.

científicas e das suas aplicações derivadas, como, por exemplo, a questão do ambiente.

Paulo Bonavides⁷⁵ acrescenta à terceira geração de direitos – sem ligar a nenhuma bandeira política ou ideológica – o direito à democracia, à informação e ao pluralismo, eis que deles depende a concretização da sociedade aberta do futuro.

De fato, as transformações sociais da humanidade ensejam à proteção dos direitos coletivos, como garantia dos direitos fundamentais, pois que a sua infração pode resultar em danos irreparáveis para toda a humanidade. Ao mesmo tempo, é impossível e indesejável obstar a atividade científica da atualidade.

O equilíbrio entre a profusão de direitos advindos do sistema jurídico da sociedade e seu controle faz parte do grande desafio do Direito na atualidade, que é de mediação eficiente entre as dicotomias profusas que marcam e caracterizam a sociedade pós-moderna⁷⁶.

⁷⁵ BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional** 16ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, p. 572.

⁷⁶ SANTOS, Boaventura de Souza. **O Estado e o Direito na transição pós-moderna: para um novo senso comum sobre o poder e o direito**. In *Revista crítica de ciências sociais*. Coimbra: nº 30, pg. 13.

3.3. A tutela penal em face da nova realidade.

O complexo normativo erigido para tutelar os interesses coletivos e difusos se estendem em duas frentes essenciais: a primeira tem por objeto impedir que determinadas ações (ou atividades econômicas), inclusive as alheias ao bem tutelado, possam de alguma forma prejudicar o objeto da tutela. A segunda terá o objetivo de promover ações que visam a promoção, conscientização e efetiva preservação do bem.

Para a promoção da primeira frente, o Estado social põe em ação suas forças administrativas, por meio de seus organismos regulatórios que irão definir as regras para o desenvolvimento das atividades econômicas, científicas ou tecnológicas, no meio ensejador de tutela, impondo limites para sua atuação e estabelecendo sanções para o caso da extrapolação destes.

A segunda frente vai instituir órgãos que visem o controle dos interesses, campanhas publicitárias para conscientização, investir e incentivar medidas alternativas que visem a preservação do bem tutelado, dentre elas o pleno acesso à informação das formas de preservação e de

como viabilizar as atividades, quaisquer que sejam, sem tangenciar a esfera de proteção do bem tutelado.

Ocorre que estas medidas não impõem a coercibilidade necessária para a efetiva tutela dos bens jurídicos. E os direitos de terceira geração, que tem como característica pertencer não a um indivíduo apenas, mas a toda coletividade, muitas vezes é irresistível à lesão e perece. O problema é que o perecimento do bem coletivo, especificamente, implica no perecimento da viabilidade da existência de todo o conjunto protegido ao seu redor.

Soma-se a esta nova geração de direitos, que por sua vez traz novos bens jurídicos à guarda do direito penal, as novas formas de consumação dos delitos de primeira geração, que evoluíram na mesma velocidade tecnológica.

Atualmente, a rede mundial de computadores é o palco principal dos antigos “golpes” de estelionato, e dos atos libidinosos que chegam aos olhos das nossas crianças de forma muitas vezes incontrolável. O avanço das telecomunicações trouxe diversos crimes para o código penal, como a extorsão pelo “falso seqüestro” e a incriminação das pessoas que ingressem ou deixem de empregar meios para impedir a entrada de aparelhos de

telecomunicação nas cadeias públicas, novas formas de prevaricação e de favorecimento real, dentre muitas outras modalidades criminosas.

O fato é que o direito penal brasileiro ainda segue os preceitos do Estado liberal, e em nome da eterna preservação da esfera de liberdade individual, não acompanha e, pior, reluta em reavaliar os princípios que ainda hoje são essenciais, mas precisam ser relativizados quando da ocorrência de crimes. E este problema alcança a quebra de sigilo bancário, fiscal, eleitoral e telefônico.

A situação atual de preservação da intimidade, a não incriminação da utilização de celulares clandestinos no interior das cadeias públicas, a morosidade na obtenção de dados cadastrais em bancos e companhias prestadoras de serviços telefônicos, traz para a realidade jurídica brasileira uma grande onda de impunidade.

Antonio Carlos da Ponte constata que a tecnologia é utilizada em desfavor da comunidade, para o cometimento de crimes, cabendo ao direito penal estabelecer o equilíbrio⁷⁷.

⁷⁷ PONTE, Antonio Carlos da. **Crimes eleitorais**. Editora Saraiva, 2008, p. 46.

Trata-se de uma dicotomia que merece análise profunda para se dirimir a questão: ao mesmo tempo em que inexiste a tutela penal da privacidade, como invocado por Luis Luisi⁷⁸, na medida em que os avanços tecnológicos são empregados para o cometimento de crimes, é necessário rever o instituto proclamado do artigo 5º, inciso XII da Constituição Federal, principalmente no tocante ao sigilo de dados, muitas vezes única prova da qual se pode dispor para a instrução criminal.

Além dos tópicos já mencionados, é preciso esclarecer que os crimes da atualidade também entram em franco confronto com o princípio da determinação taxativa⁷⁹, já que muitas são elaboradas em esquema de normas penais em branco, cujo preceito quanto ao conteúdo é indeterminado, preciso apenas quanto à sanção⁸⁰.

É uma necessidade, pois a criminalidade da atualidade comporta várias frentes de atuação, cujo combate vai além da nossa criatividade. Ajustado aos avanços que implicam na celeridade nas ofensas aos bens

⁷⁸ LUISI, Luiz. **Os princípios constitucionais penais**. 2ª ed. rev. e aument. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2003, p. 74.

⁷⁹ Idem, ib idem, p. 24.

⁸⁰ NORONHA, E. Magalhães. **Direito Penal v. 1: Introdução e parte geral**. 34ª Ed. atual. por Adalberto José Q. T. de Camargo Arranha. São Paulo: Editora Saraiva, 1999, p. 49.

jurídicos essências, é necessário se estabelecer a devida complementação, que pode acompanhar os avanços tecnológicos que implicam em lesões⁸¹.

O Direito penal tradicional necessita de um urgente reparo, a fim de que possa ao menos chegar próximo de seu fim, e até mesmo esta finalidade do direito penal deve ser repensada, como o faz Günther Jakobs ao afirmar que a função do direito penal é a confirmação da identidade normativa, ao propor um direito penal funcional⁸².

Para tanto, o Direito penal, assim como todo o sistema jurídico deve atender às necessidades da modernidade, e não apenas aos desejos expressos. Isso significa que não adianta estabelecer normas que infrinjam as garantias do Estado liberal com o fim único de combater crimes. O que o sistema jurídico deve e tem condições de proporcionar é justamente um meio que reduza a distância entre as desigualdades.

Isso não significa que medidas mais drásticas do que as da atualidade não devam ser tomadas. As mudanças não se operam com ações a longo prazo, somente, mas também em ações a curto e médio que, provavelmente, necessitarão de medidas mais efetivas do direito penal, já

⁸² JAKOBS, Günther. **Sociedad, norma y persona em uma teoría de um Derecho penal funcional**. Trad. de Manuel Cancio Meilá y Bernardo Feijóo Sanchez. 1ª ed, 2ª reimpr., 2000, p. 25.

que esta é, como já dito, uma dos poucos pontos estáveis de orientação da sociedade contemporânea.

Enquanto o Direito como sistema procura seu novo norte, buscando a solução de conflitos e a manutenção de sua congruência interna, na tentativa de equilibrar suas possibilidades aos direitos surgidos com as estabilizações advindas das conquistas materiais operadas dentro do Estado social, o Direito penal precisa se adaptar à nova velocidade da modernidade.

Deve, antes de tudo, estar de acordo com sua peculiaridades. Precisa abarcar em seu contexto a interação tecnológica e científica que dá sustento ao novo modo de atuação da economia, da sociedade e da evolução das ciências. Deve também, como todos estes âmbitos já o fez, superar as questões de tempo e espaço.

Em resumo, o mundo contemporâneo exige uma *segunda velocidade* do direito penal.

O termo “segunda velocidade do Direito penal” é cunhado por Silva Sánchez, quando trata da expansão do Direito penal em face da realidade pós-industrial.

Sob sua concepção, o Direito penal de “segunda velocidade” deverá se referir a ações que podem ou não ensejar um dano, ou seja, os crimes típicos advindos da produção de riscos, os quais são gerados pelo avanço tecnológico, fundamentalmente.

Diante deste fato, propõe que uma “segunda velocidade” do Direito penal, em que as penas privativas de liberdade devem ser afastadas para efetuar uma necessária relativização de princípios de garantia.

Constatando a realidade da sociedade nos tempos atuais, onde observa a coexistência de “*vários Direitos penais distintos, com estruturas típicas, regras de imputação, princípios processuais e sanções substancialmente diversas*”.⁸³

A constatação de Silva-Sánchez no que diz respeito à “segunda velocidade” do Direito penal para enfrentar as demandas onde a sociedade atual deseja ação da Justiça criminal se encontram perfeitamente de acordo com o objeto do Direito penal que é promover a Justiça.

⁸³ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. **A expansão do direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais**. Trad. de Luiz Otávio de Oliveira Rocha. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 143.

Entretanto, a existência de um novo Direito penal, com a sua forma sistêmica modificada não encontra o mesmo acerto.

Silva-Sánchez efetua uma série de observações que justificam tanto a expansão do Direito penal, quanto sua transformação, mas em nenhum momento aduz às novas formas de se cometer velhos crimes.

O sistema do Direito penal deve continuar fechado e restrito à tutela de danos e perigos concretos. O legislador não deve criar novas leis a cada nova forma de se cometer os mesmos crimes de outrora e sim rever a proteção de garantias a direitos fundamentais que retardam a persecução criminal.

Esta proposta é uma solução para dois problemas: o primeiro, que traz celeridade à persecução criminal e em segundo, proporciona a efetiva tutela aos danos, que conduzirá os ilícitos de perigo abstrato à sua real e efetiva tutela jurídica, o Direito administrativo, sem prejuízo da efetiva tutela penal quando o dano houver sido consumado.

Cabe, contudo refletir sob uma ótica valorativa, com observância às determinações da Organizações da Nações Unidas, mas sem fazer delas um impeditivo da apuração criminal.

O homem deve ter sua dignidade tutelada e amparada. Na atualidade, a simples quebra de dados sigilosos de alguém que efetivamente recebeu dinheiro ilícito não infringe sua dignidade. Não se está a divulgar estes dados, apenas a cotejá-los para averiguação de crime, que se não o realizou diretamente, para ele concorreu, merecendo assim a pena devida na medida de sua participação.

O que se deve viabilizar são os meios de elucidação. Deve-se ampliar sem dilatar além da fronteira da dignidade, os critérios das prisões preventivas. Deve-se, portanto, efetuar uma grande reflexão sobre as garantias preconizadas no Estado liberal que se refiram à manutenção da liberdade e as necessidades de tutela da atualidade.

Sem preconceitos e com amplo debate, para restringir a ação de grupos que possam ser privilegiados pela ausência destas garantias, quanto os que já se aproveitam pelas rigorosíssimas regras de imputação e como pseudo-vítimas da violência razoável aproveitam os lucros gerados pelo crime que nunca será imputado.

4. SEGUNDA VELOCIDADE DO DIREITO PENAL: O DIREITO PENAL DO FUTURO.

4.1. Segunda velocidade para os delitos de primeira geração, em face do caráter célere e tecnológico da modernidade.

A última década do século XX é inesquecível para quem passou por ela, pelo que simbolizou o fim da Guerra Fria e a conseqüente perda de poder do comunismo, pelo aumento ritmado das tecnologias e dos transportes que cada vez mais encurtaram distâncias, pela gradativa implementação do regime democrático em uma série de países e pelo aumento considerável do fluxo internacional de capitais, pelo comércio exterior, aumento de movimento da bolsa de valores, enfim, algo que apontava para uma melhoria significativa das condições de vida humana⁸⁴.

Os crimes executados no âmbito da modernidade do Estado social não podem ter seus danos comparados aos representados no Estado liberal. Foi o desenvolvimento tecnológico que propulsionou e refinou a execução dos crimes, na medida em que a ética capitalista foi inserida na alma de

⁸⁴ NAÍM, Moisés. *Ilícito: o ataque da pirataria, a lavagem de dinheiro e do tráfico à economia global*. Trad. Sérgio Lopes. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editores, 2006, p. 17.

seus executores, que direcionaram suas ações malévolas para a obtenção não mais de uma renda, mas de verdadeiros lucros.

Todavia os crimes em proporções menores – mas não menos execráveis – ainda continuam a acontecer, como no século XIX e não há horizonte que faça acreditar que um dia tal comportamento seja erradicado.

Por outro lado, a tutela penal dos bens coletivos enseja também nova forma de abordagem pelo direito penal: trata-se de admitir a elaboração de crimes de perigo abstrato, principalmente nos delitos de proteção ao meio ambiente (enquanto natureza), pois que a concretização de um dano pode implicar em uma perda irreparável que também pode ser incompensável e, daí prejudicar outros ecossistemas e alterar as condições de vida no planeta.

São, portanto, frentes diversas de uma mesma realidade: tem-se no cenário atual os velhos crimes de outrora, concebidos nos primeiros ordenamentos penais, sendo realizados dentro da realidade atual, com a devida celeridade e emprego de aparatos tecnológicos que dificultam, quando não prejudicam totalmente a apuração do crime, a identificação dos agentes, a individualização da conduta, e a exigível sentença, inviabilizando sensivelmente o processo e julgamento.

Ao mesmo tempo, os crimes de perigo abstrato, cuja função é obstar uma ação efetivamente lesiva, que poderá implicar num dano de grande monta, muitas vezes de reparabilidade impossível ou duvidosa.

Estes crimes, típicos da modernidade, são denominados de crimes plásticos, tendo em vista que na descrição típica está inserida uma amplidão de ações, complementada por uma série de circunstâncias agravantes ou atenuantes, às vezes implementada por normas alheias ao ordenamento jurídico penal.⁸⁵

Neste cenário, o Direito penal deverá se estruturar no sentido de atender a toda esta demanda, sem, contudo, infringir os âmbitos de respaldo da dignidade humana.

Assim, deverá adotar meio de atuação diferentes para os crimes naturais realizados na nova realidade e para os crimes de perigo abstrato/crimes plásticos.

Para viabilizar a atuação da primeira realidade, é necessário aceitar que o Direito penal do Estado liberal, ou seja, de primeira velocidade, foi

⁸⁵ FÜHRER, Maximiliano Roberto Ernesto. **História do direito penal: crime natural e crime de plástico**. Malheiros Editores Ltda, 2005, p. 114.

concebido, conforme relata Silva Sánchez, em um ambiente (no sentido luhmmaniano) em que a rigidez das garantias formais se dava em face da força do Estado na esfera liberdade humana, formando um contrapeso ao excessivo rigor das sanções puníveis⁸⁶, o que acontece de maneira menos intensa no Estado social, de modo que os princípios preconizados naquela realidade podem – e devem – ser reexaminados por uma questão de adequação.

O Estado liberal do século XIX via na pena uma função retributiva, que para Winfried Hassemer⁸⁷ cumpria uma estabilização das condições de controle social. O direito penal liberal, em sua concepção é o direito que castiga e, portanto, pretende evitar as lesões à liberdade.

Este caráter do Direito penal implica em três conseqüências: somente as lesões à liberdade são asseguradas pelo contrato social; a parcela de liberdade cedida na contrato social devem ser específicas e contundentes, devendo ser evitadas modificações e intervenções posteriores, assim como

⁸⁶ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. **A expansão do direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais**. Trad. de Luiz Otávio de Oliveira Rocha. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 136.

⁸⁷ HASSEMER, Winfried. **Persona, mundo y responsabilidad: bases para una teoría de la imputación em Derecho penal**. Trad. de Francisco Muñoz Conde e Maria del Mar Díaz Pita. Valencia, Espanha: Tirant lo blanch, 1999, p. 44.

interpretação das leis; o Estado deve impedir a manifestação de qualquer poder usurpador.

Por conta de tais fatores, aliados às demais características histórico-positivistas, o direito penal é concebido num sistema fechado, onde a influência externa só é admitida por meio de introdução normativa que altere suas estruturas.

O caráter fechado do sistema penal assim continua quando se trata de tutelar crimes naturais, cuja única diferença na atualidade é o modo de sua atuação, que acompanha o caráter célere e tecnológico da modernidade.

Não há necessidade, portanto, de inovações típicas neste sentido. Contudo, princípios que tangem a inviolabilidade da intimidade, das comunicações em geral e principalmente, na obtenção de dados devem ser relativizados quando se trata de apuração criminal, eis o grande peso dos bens jurídicos tutelados, e pelo fato da intervenção se dar sem interromper efetivamente a liberdade.

Além disso, a celeridade na quebra destes direitos é essencial para a apuração criminal. Os princípios como o preconizado no artigo 5º, inciso X e XII da Constituição Federal deveriam ser imediatamente revistos. Não

basta a obtenção dos dados, mas também sua obtenção rápida, ante indícios de cometimento de crime – qualquer crime, desde que seja natural – e em face da inexistência de outros meios para obtenção de prova.

Winfried Hassemer⁸⁸ alerta, contudo, que a ampliação dos instrumentos de investigação implica em exacerbações do poder de polícia que por sua vez, não trará muitos benefícios e sim enormes estragos, quando for utilizado para o controle da criminalidade de massa.

De fato, esta assertiva encontra seu eco no Estado de Direito. Portanto, para a criminalidade de massa, tais instrumentos devem ser aliados a instrumentos de diminuição de desigualdade social, o que pode conferir na sentença a uma diminuição de pena pela utilização de tais instrumentos, porquanto ainda que rígidos, são essenciais a escalada da criminalidade habitual, profissionalizada e derivada da criminalidade tradicional.

O aumento da criminalidade precisa ser contido e a aplicação de tais instrumentos – embora não sejam os únicos que possam contribuir nesta contenção – é essencial para a obtenção deste ensejo, pois que não há

⁸⁸ HASSEMER, Winfried. **Segurança pública no Estado de Direito**. In: **Revista da Associação dos juizes do Rio Grande do Sul**. Porto Alegre, ano XXI, nº 62, nov., 1994, p. 159-160.

perspectivas de diminuição por outros meios. Jesús-María Silva Sanchez⁸⁹ lembra que este aumento de crime se assemelha com o advindo da onda migratória do campo para as cidades no do século XIX, fruto da Revolução Industrial, o que no semelhar da história, arrefece as esperanças de contenção por outros meios.

Além do mais, as raízes da nova criminalidade se fincam nas demais características da modernidade, ou seja, no medo generalizado, na geração pessoal de riscos, na crise do Estado social, na obsessão pela segurança e na nunca superada – e nem superável – diminuição das desigualdades sociais.

4.2. A “segunda velocidade” do Direito penal e os delitos advindos dos novos anseios sociais.

A adoção de medidas normativas que visem assegurar a efetiva proteção a determinados bens jurídicos cujo perecimento implica em grave

⁸⁹ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **A expansão do direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais.** Trad. de Luiz Otávio de Oliveira Rocha. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 100.

dano e reparação dificultosa (quando não impossível) consiste num dos maiores desafios jurídicos da atualidade.

O amparo integral destes bens envolve não só os aspectos jurídicos, mas também medidas outras de ação efetiva, típicas do Estado social, que promova a plena preservação e conscientização dos efeitos nocivos de seu perecimento.

A execução de tais medidas, muitas vezes se torna inexecutável e o que prepondera são os meios jurídicos de proteção.

Além da própria dificuldade de execução, a conscientização e ação individual no sentido de preservar os direitos coletivos necessitam demanda e predisposição pessoal, o que na sociedade atual se torna mais difícil, tendo em vista seu caráter imediatista e individualista, onde o coletivo tem pouca valia.

A grande maioria dos institutos jurídicos de preservação dos bens coletivos abarcados pela Constituição Federal de 1988, se encontra em legislações esparsas que geralmente contém um dispositivo em que incrimina uma série de condutas que atentem contra os bens jurídicos, em obediência à própria constituição que muitas vezes prevê um mandado de

criminalização para a conduta a se preservar, em contrário aos limites materiais do Direito penal do Estado liberal (novamente voltando a idéia de 1ª geração de direitos), que levam em consideração a função do Direito penal e a natureza de sua sanção⁹⁰.

Dentro desta lógica, a pergunta que se faz é justamente esta: na atual conjuntura, para os delitos que visem degradar os direitos de segunda e terceira gerações, direitos estes típicos de modernidade, qual é a função da pena e qual a natureza da sua sanção?

Para Jorge de Figueiredo Dias⁹¹ e Jesús-María Silva Sánchez⁹², o Direito penal na atual conjuntura não se restringe apenas a atender os delitos naturais de primeira geração, mas ao se adequar à ordem contemporânea, passa a exercer um caráter de administração, na medida em que contém em seu interior sancionamento de caráter administrativo, com a finalidade de antecipação das fronteiras de proteção penal a fase anterior a do dano.

⁹⁰ DIAS, Jorge de Figueiredo. **Temas básicos da doutrina penal: sobre os fundamentos da doutrina penal, sobre a doutrina geral do crime**. Coimbra: Coimbra Editora, 2001, p. 135.

⁹¹ Idem, Para uma dogmática do direito penal secundário. In **Direito penal secundário: estudos sobre crimes econômicos, ambientais, informáticos e outras questões**. Coord. Fabio Roberto D'Ávila e Paulo Vinícius Sporleder de Souza. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2006., p. 27.

⁹² SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. **A expansão do direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais**. Trad. de Luiz Otávio de Oliveira Rocha. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 113.

Isso não significa dizer que todo o ordenamento penal está voltado para a tutela destes crimes, mas que, com cada vez mais frequência e ansiando cada vez mais uma medida punitiva, o amparo aos direitos difusos e coletivos se dá por meio de incriminação de condutas que ensejam um crime de perigo abstrato.

A consequência desta modificação é que o direito penal acaba conferindo tutela de uma maneira incompatível com a que tradicionalmente confere.

Esta situação pode gerar insegurança jurídica na medida em que a sua apuração e processamento se dá de modo diferente com os preceitos do Direito penal de primeira velocidade, que exige a lesão ou que a ação perigosa implique num perigo efetivo para ser submetido à sua tutela, passa a reagir à mera realização de uma conduta, por ser ela descrita com um crime, ensejador de pena.

Além deste fator, a própria descrição típica é incongruente com as previstas no Direito penal de primeira velocidade, pois insere diversas ações na descrição típica e, muitas vezes, exige complemento de outras esferas legislativas.

Entretanto, por mais que sua inserção no Direito penal cause ambigüidades, a reversão ou redistribuição da tutela penal para outras esferas do direito, é tarefa muito difícil, por seu caráter comunicante, pelo fato de que a tutela penal dos direitos coletivos oferece a imagem de um Estado empenhado e ativo⁹³.

O Direito administrativo privilegia o interesse público, de modo que seus princípios, podem sofrer flexibilizações sem grandes problemas. O Direito penal é uma medida de impunidade para uma grande maioria dos delitos de perigo abstrato, na medida em que este tipo de delito entra em conflito com grande número de seus princípios, o que pode gerar impunidade.

Por outro lado, a tutela pelo Direito administrativo dos ilícitos de perigo abstrato não implicam na impunidade penal quando uma lesão houver sido efetivada.

O bem jurídico cuja ação perigosa é tutelada pelo Direito administrativo não sai da esfera de tutela do Direito penal. Ocorre que este será aplicado somente quando o dano for efetivado, sem incorrer em *bis in*

⁹³ PALAZZO, Francesco. **Valores constitucionais e direito penal: um estudo comparado**. Trad. Gérson Pereira dos Santos. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1989, p. 103.

idem, já que são situações diferentemente tuteladas: uma no estado prévio à lesão, por meio de sanções administrativas e outras com a lesão efetivada, por meio de penas.

A recepção dos ilícitos de terceira geração pelo Direito administrativo, resolve outro grave problema para a esfera penal: a questão do conteúdo do ilícito.

Atualmente, a diferenciação entre ilícito penal e administrativo se dá pelo conteúdo do injusto. Tal classificação é equivocada, segundo Jesús-María Silva Sanchez, pois que incompleta.

Tendo em vista os anseios da atualidade, o Direito administrativo é o que melhor comporta os ilícitos difusos e coletivos, pois que esta disciplina contém um critério teleológico⁹⁴, na medida em que a supremacia do Poder Público sobre os cidadãos permite um alcance teleológico dos seus objetos tutelados, desprovido de valorações⁹⁵.

⁹⁴ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 20ª ed. São Paulo: Atlas, 2006.

⁹⁵ MEIRELES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 34ª ed. atual. por Eurico de Andrade Azevedo et all. São Paulo: Malheiros Editores, 2008, p. 50.

O decisivo para se estabelecer a natureza do ilícito será o critério teleológico, ou seja, a finalidade perseguida pelo Direito Penal e pelo Direito Administrativo. O primeiro persegue a proteção a bens concretos e o segundo, a ordenação dos setores de atividade estatal, de maneira gerencial, o que implica no não seguimento dos critérios de garantia penais, que ao julgar uma determinada situação prevista em seu interior de modo incoerente, tenderá a incorrer ou numa injustiça, ou em impunidade.

Dentro de um Estado social, o direito penal necessitaria para tutelar os direitos difusos e coletivos de um sistema aberto, que segundo Claus Roxin viabiliza o desenvolvimento prático de um direito penal mais frutífero⁹⁶.

Uma classe de ilícitos de perigo abstrato devem ser tuteladas pelo Direito penal: todos aqueles que corroem as estruturas democráticas, como os crimes previstos no código eleitoral, os crimes tributários e os contra o sistema financeiro nacional.

Por fim, o Direito administrativo obedece a princípios constitucionais, de forma que norteia o poder punitivo estatal com os

⁹⁶ ROXIN, Claus. **Política criminal y sistema del derecho penal**. Trad. Francisco Muñoz Conde. 2ª ed., 1ª reimp. Buenos Aires: Editorial Hammurab SRL, 2002, p. 36.

princípios gerais de Direito. Sem quebra no sistema jurídico, sem abrir o sistema e causar incongruência, e com a capacidade de abarcar quase que a totalidade dos bens jurídicos coletivos, cumprindo assim a necessidade de tutela, sem infringir a dignidade da pessoa humana.

4.3. Excurso: “Terceira velocidade” do Direito penal e Direito penal do Inimigo.

Silva Sánchez continuando sua explanação na obra “A expansão do Direito penal” conclui pela necessidade de um Direito penal de “terceira velocidade”, na qual o Direito Penal da pena de prisão concorreria com uma ampla relativização de garantias político-criminais, regras de imputação e critérios processuais, para a delinquência patrimonial profissional, delinquência sexual violenta e reiterada, ou fenômenos como a criminalidade organizada e o terrorismo⁹⁷.

⁹⁷SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. **A expansão do direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais**. Trad. de Luiz Otávio de Oliveira Rocha. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 148.

Ao lado da “terceira velocidade do Direito penal”, encontra-se a teoria do “Direito penal do inimigo”, elaborada e defendida por Günther Jakobs⁹⁸.

Nesta teoria, o Direito penal é baseado na teoria dos sistemas de Niklas Luhmann, que sustenta que o Direito Penal possui a função primordial de reafirmar a vigência da norma⁹⁹, de modo que, quando um esquema normativo, por mais justificado que esteja, não dirige a conduta das pessoas, é porque carece de realidade social (Realidade fenomenológica)¹⁰⁰.

Assim, uma vez que a legitimação do Estado pressupõe a manutenção da segurança interna, o direito penal deve agir de forma a preservar a sociedade que o estabelece. E quando se trata de manter a segurança estrutural não deve haver resposta e sim defesa, o combate a perigos.

⁹⁸ JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. **Direito penal do inimigo: noções e críticas**. Trad. de André Luís Callegari, Nereu José Giacomolli. 2ª ed. – Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, passim.

⁹⁹ MORAES, Alexandre Rocha Almeida de. **Direito Penal do Inimigo: a terceira velocidade do direito penal**. Curitiba: Juruá, 2009, p. 181.

¹⁰⁰ JAKOBS, Günther, MELIÁ, Manuel Cancio. **Direito Penal do Inimigo: noções e críticas**. Org e trad. André Luís Callegari, Nereu José Giacomolli. 2. ed. – Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007, p. 21.

A finalidade do Estado é promover meios que conduzam a vida de seus integrantes de forma racional e ordenada. Desta maneira, prevê a existência de delitos e não vislumbra, a princípio, diferença entre cidadãos e inimigos a quem possa tê-los cometido.

Num primeiro momento o Estado interviria com a legislação penal, enquanto não houver afronta às suas estruturas, mas deslizes concebíveis em qualquer sociedade.

A resposta, porém passa a ter outra ênfase, na medida em que o comportamento do sujeito criminoso demonstre sua intenção em ver as estruturas democráticas sucumbirem.

Este sujeito será considerado o “inimigo”, porque seu comportamento não oferece garantia de ser condizente com a não produção de riscos, os quais não visam o cometimento de crimes comuns, mas a realização de um risco que pode abalar as estruturas do Direito e do Estado.

Günther Jakobs não vê uma afronta às garantias individuais, uma vez que considera que os indivíduos, uma vez que visam abalar as estruturas do

Estado e do Direito negam este Estado e este Direito. Desta forma, renunciam à condição de cidadãos e, portanto, como em guerra, são insuscetíveis de direitos e garantias destinados aos cidadãos.

Silva Sánchez utiliza critério semelhante para definir quem estaria sujeito ao Direito penal de “terceira velocidade”.

O cidadão perderá gradativamente sua posição na medida em que a reincidência, a habitualidade, a delinquência profissional e, finalmente, a integração em organizações delitivas estruturadas, demonstrem que, de fato, a atuação deste sujeito é prejudicial às estruturas básicas das instituições de Estado, dentre elas a segurança, uma das garantias aos seus membros.

Além do significado de cada fato delitivo concreto, analisar-se-ia a dimensão fática da periculosidade, a qual teria que ser enfrentada de um modo prontamente eficaz¹⁰¹.

¹⁰¹ O Direito do inimigo, então seria, sobretudo, o direito das medidas de seguranças aplicáveis a imputáveis perigosos, isso ainda que as medidas se revelassem com freqüência sob a aparência formal de penas. Expresso de outro modo, não haveria um Direito Penal em sentido estrito, de inimigos. (SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. **A expansão do direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais**. Trad. de Luiz Otávio de Oliveira Rocha. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 150).

Com base nestes aspectos, o direito penal de terceira velocidade, que combate ações que visam desestabilizar não somente uma norma em concreto, mas o Direito como tal, neste âmbito, é possível discutir a questão do incremento das penas de prisão concomitantemente a da relativização das garantias substantivas e processuais.

Entretanto, o autor ressalta que este direito penal de terceira velocidade não pode manifestar-se senão como o instrumento de abordagem a fatos de emergência, onde a sociedade, diante da gravidade da situação excepcional de conflito, renuncia de modo qualificado a suportar os custos da liberdade de ação.

Quanto a sua legitimidade, Silva Sánchez afirma que ela deveria se basear em considerações de absoluta necessidade, subsidiariedade e eficácia, em um contexto de emergência, já que o direito penal do inimigo é uma pura reação defensiva de fato perante sujeitos excluídos. “Tratando-se de reações ajustadas ao estritamente necessário para fazer frente a fenômenos excepcionalmente graves, que possam justificar-se em termos de proporcionalidade e que não ofereçam perigo de contaminação ao Direito penal da normalidade, seria certamente o caso de admitir que,

mesmo considerando o direito penal da terceira velocidade um mal, este se configura como um mal menor”¹⁰².

O direito penal de “terceira velocidade” vai se diferenciar do de “segunda” porque neste não acontece uma verdadeira supressão das garantias de imputação, e dos direitos fundamentais.

Na segunda velocidade do Direito penal, as garantias de imputação e alguns direitos fundamentais, são readaptados à nova realidade social.

Alguns direitos, principalmente os que se referem aos sigilos e preservação da intimidade, serão confrontados ante a atual realidade.

Assim, dados hoje sigilosos, como os bancários, terão uma divulgação mais acessível e os critérios das prisões cautelares serão revisitados na medida em que estiver determinado à fuga para se livrar da acusação da acusação e do cumprimento de pena.

¹⁰² SILVA SÁNCHEZ, op. cit., p. 151.

Em geral, ao contrário da “terceira velocidade” do Direito penal, na “segunda velocidade”, os critérios de imputação da pena continuam os mesmos, apenas a velocidade dos meios de persecução serão “acelerados”.

CONCLUSÃO

O objetivo do presente trabalho foi, confrontar as estruturas Estado, Sociedade e Direito para, a partir de uma análise fenomenológica, identificar a real situação do direito penal na atualidade e, em seguida, através de uma análise das características sociais da atualidade, constatar os problemas que levam o direito penal a confrontar com os desejos e anseios contemporâneos.

A hipótese prevista era de que o mundo atual vive uma realidade incompatível com a do direito penal estabelecido como o conhecemos, diante do que, necessitaríamos de um direito penal de nova velocidade: a segunda velocidade do direito penal.

Para alcançar este objetivo, o capítulo I foi dedicado a traçar um paralelo entre Sociedade e Direito, onde foram verificadas as interações destes dois entes e qual a função do direito penal na sociedade. Para tanto, teceu-se breves considerações sobre as normas sociais e os meios de contenção naturais.

Em seguida, no mesmo capítulo, foi analisada a relação entre o direito positivo e a sociedade. A partir da definição de direito positivo

como “norma posta”, foi efetuada uma pequena análise nas diversas eras históricas, passando pela Antiguidade grega até chegar ao Império Romano, seguindo pela Idade Medieval e Moderna, até chegar a Idade Contemporânea, onde o direito positivo se estabelece definitivamente, sendo então objeto do estudo dogmático do Direito.

Ainda neste capítulo, confrontou-se a relação da pena com a sociedade. Com a afirmação de que a pena é a administração do desejo de vingança, traçou-se a sua concepção também nas diversas eras históricas, inclusive suas funções particulares na Segunda Guerra Mundial, onde ela teve especial significado.

Chegamos aqui a uma primeira constatação, a de que o Direito penal da atualidade encontra-se em descompasso com a herança liberal na qual foi formada a disciplina.

Com base nesta constatação, o estudo é direcionado no segundo capítulo a efetuar a constatação das características do mundo contemporâneo.

Em primeiro lugar o Direito penal é analisado sob o enfoque dos anseios que geraram o Estado liberal e o Estado social. Percebe-se que no

primeiro, as estruturas do Direito penal se voltam contra as práticas do antigo regime, onde as penas eram desproporcionais, aleatórias, muitas vezes executadas com crueldade.

Assim, privilegiando a liberdade, o Direito penal construído no Estado liberal se foca na limitação da intervenção estatal na esfera de liberdade do indivíduo, daí decorrendo os princípios gerais do Direito penal, como o princípio da legalidade, da culpabilidade, da presunção de inocência, dentre outros.

Em seguida, passa-se à análise das transformações decorrentes com o advento do Estado social, explicitando as mudanças que ocorreram na sociedade que ensejaram a mudança para um novo paradigma, onde à preservação da liberdade, acresce-se o direito a direitos mínimos para uma vida melhor.

Depreende-se das duas análises que o Estado liberal lutou por uma primeira geração de Direitos, na qual a liberdade era o vetor fundamental e o Estado social agrega a estes primeiros Direitos, outros que são considerados de segunda geração, pois advém do amadurecimento dos primeiros.

Da mesma forma que os direitos de segunda geração são fruto do amadurecimento e fortalecimento dos de primeira, os direitos de terceira geração, que correspondem aos direitos difusos e coletivos advém do desenvolvimento dos de segunda, que tais reflexos no Direito penal, principalmente no tocante ao aumento de número de leis cujos direitos tutelados, a um primeiro momento, ensejam sanções passíveis de penas.

Em seguida, passa-se a análise de características específicas dos anseios da modernidade: medo, insegurança e a situação de uma sociedade que é obrigada a viver com a idéia de risco constante.

O terceiro capítulo é dedicado ao confronto entre a sociedade contemporânea, suas conquistas e conflitos e como este conjunto influencia o direito penal.

Analisa-se as influências a transição do direito à liberdade integrado aos direitos sociais, trouxe para a sociedade e, conseqüentemente, para as legislações em geral.

Dedica-se a traçar um breve enunciado sobre a consolidação dos direitos humanos, chegando-se a conclusão de que ainda que a efetivação

deles não seja plena em todos os países, determinaram grandes mudanças que por sua vez também trouxe conseqüências para a sociedade.

Dentre as conseqüências, estão o aumento de leis estabelecidas para garanti-los em todas as disciplinas jurídicas, não sendo indiferente ao Direito penal.

Chega-se então a segunda constatação de que o aumento de Direitos a serem garantidos foi que causou a profusão legislativa, não só em matéria penal, mas para todas as instâncias de proteção do Direito. Associado a isso, existe o fato de que o mundo atual superou barreiras que outrora demandavam muito tempo para se transpor.

Assim, percebe-se que o Direito penal da atualidade ainda se encontra vinculado aos problemas e anseios da sociedade que fundou o Direito penal do Estado liberal.

Isso significa que o Direito penal não acompanha a velocidade tecnológica e cultural da sociedade contemporânea e para que seja eficaz, o Direito penal necessita de uma segunda velocidade.

Apesar de haver novos crimes, por terem sido criadas novas realidades, até os crimes cometidos no Estado liberal, contra os direitos de primeira geração não mudaram. O que mudou foi a forma deles serem cometidos.

A apuração, o julgamento e a instrução necessitam de mais agilidade. A celeridade do mundo atual facilita mudanças de identidade, fugas, desaparecimentos e facilita em muito a impunidade.

Portanto, os direitos e garantias firmados em âmbito de Direito penal no século XIX devem ser reexaminados e confrontados com a realidade e os valores da atualidade.

O quarto capítulo descreve como o Direito penal de segunda velocidade deve lidar com os delitos de primeira geração cometidos na nova realidade e discute em que instância se deve tutelar com sanção penal os direitos difusos e coletivos, concluindo que deve haver outras instâncias no Direito diversas do penal que tutelem os perigos de ameaça aos direitos difusos e coletivos, enquanto que os danos, estes sim, merecem a tutela penal.

Estas conclusões levam a crer que a finalidade objetivada no início do trabalho foi devidamente alcançada. Com o confronto entre Sociedade, Direito e Estado, foi possível perceber que as mudanças e alterações sociais influenciam diretamente as estruturas do Estado e do Direito.

Entretanto, o Direito penal não acompanhou esta mudança, tendo em vista o caráter humanista com que foi concebido no século XIX onde as alterações nos princípios podem gerar um descompasso sistêmico no interior da disciplina cuja aplicação pode incorrer em transgressões irreparáveis a dignidade da vida humana.

Depreende-se que mesmo assim, é necessário que o Direito penal reveja seus princípios, adequando-os à nova realidade aos valores da atual sociedade, para que possa assim oferecer elementos necessários para garantir uma atuação justa.

Não se trata, portanto de um novo Direito penal, mas de um Direito penal de segunda velocidade, adequada a celeridade das transformações do mundo contemporâneo, sem que esta adequação incorra em prejuízos às garantias essenciais já conquistadas e essenciais para uma convivência pacífica e justa.

Apenas para não ficar passar despercebido, a título de excursão, discorreu-se brevemente sobre o Direito penal de “terceira velocidade” e sobre o Direito penal do inimigo, principalmente no sentido de tecer considerações que diferenciam estas teorias do Direito penal de “segunda velocidade”.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARISTÓTELES. **Ética a Nicômano**. Trad. Edson Bini. 2ª Ed., Bauru-SP: EDIPRO, 2007.

BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do direito penal: introdução à sociologia do direito penal**. Trad. de Juarez Cirino dos Santos, 3ª Ed. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2002.

BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**. 11ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

BAUMANN, Zygmunt. **Medo líquido**. Trad. Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2008.

_____. **Modernidade líquida**. Trad. Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2001.

BECCARIA, Cesare Bonesana, marchese di. **Dos delitos e das penas**. Trad.: Marçílio Teixeira. Rio de Janeiro, Ed. Rio, 1979

BECK, Ulrich. O que é globalização? **Equívocos do globalismo: respostas à globalização.** Trad. André Carone. São Paulo: Paz e Terra, 1999.

_____. **La sociedad del riesgo: hacia una nueva modernidad.** Trad. de Jorge Navarro et all. Barcelona: Paidós, 1998.

BELL, Daniel. **O advento da sociedade pós-industrial: uma tentativa de previsão social.** Trad. de Heloysa de Lima Dantas. São Paulo: Ed. Cultrix, 1977.

BETTIOL, Giuseppe; BETTIOL, Rodolfo. **Instituições de direito e processo penal.** Trad. por Amilcare Carletti. 1ª ed. São Paulo: Editora Pillares, 2008.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal, volume 1: parte geral. 14ª ed., rev., atual. e ampl.** – São Paulo: Saraiva, 2009.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos.** Trad. de Carlos Nelson Coutinho, apres. Celso Lafer. Nova ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

_____. **O positivismo Jurídico: lições de filosofia do direito.**

Comp. Por Nello Morra, trad. e notas de Márcio Pugliesi, et all. São Paulo: Ed. Ícone, 1995.

_____. **Teoria da norma jurídica.** Trad. de Fernando Pavan

Baptista e Ariani Bueno Sudatti. Apres. Alaôr Caffé Alves. Bauru-SP: Edipro, 2001.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional** 16^a ed. São Paulo: Malheiros Editores.

CARDOSO, Fernando Henrique; IANNI, Octávio. **Homem e sociedade: leituras básicas de sociologia geral.** 9^a ed. São Paulo: Ed. Nacional, 1975.

CAMPILONGO, Celso Fernandes. **Política, sistema jurídico e decisão judicial.** São Paulo: Max Limonad, 2002.

CHINOY, Ely. **Sociedade: Uma introdução à sociologia.** Trad. de Charles Page. São Paulo: Ed. Cultrix, 1982.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos.** 4. ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2005.

CONDE, Francisco Muñoz. **Edmund Mezger e o direito penal de seu tempo: estudos sobre o direito penal no nacional-socialismo**. Trad. de Paulo César Busato, 4ª Ed., rev. e ampl. Rio de Janeiro: Editora Lume Juris, 2005.

COSTA, Tailson Pires. **A dignidade da pessoa humana diante da sanção penal**. São Paulo: Fiuza Editores, 2004.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 20ª ed. São Paulo: Atlas, 2006.

DIAS, Jorge de Figueiredo. Para uma dogmática do direito penal secundário. In **Direito penal secundário: estudos sobre crimes econômicos, ambientais, informáticos e outras questões**. Coord. Fabio Roberto D'Avila e Paulo Vinícius Sporleder de Souza. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2006.

_____. **Temas básicos da doutrina penal: sobre os fundamentos da doutrina penal, sobre a doutrina geral do crime**. Coimbra: Coimbra Editora, 2001.

DINIZ, Maria Helena. **Compêndio de introdução à ciência do direito.**

16ª Edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2004.

FALCÓN y TELLA, María José; FALCÓN y TELLA, Fernando.

Fundamento e finalidade da sanção: existe um direito de castigar?

Trad. Claudia de Miranda Avena. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

FELDENS, Luciano. **A constituição penal: a dupla face da**

proporcionalidade no controle de normas penais. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2005.

FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. **Introdução ao Estudo do Direito:**

técnica, decisão, dominação. 4ª Ed – São Paulo: Atlas, 2003.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir: nascimento da prisão.** Trad. de

Raquel Ramallete, 24ª ed. Petrópolis-RJ: Ed. Vozes, 2001.

FÜHRER, Maximiliano Roberto Ernesto. **História do direito penal:**

crime natural e crime de plástico. Malheiros Editores Ltda, 2005.

GIDDENS, Anthony. **Modernidade e identidade**. Trad. de Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2002.

_____. **Sociologia**. Trad. de Alexandra Figueiredo, et all. 4ª Ed. revista e atualizada. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2004.

GOMES, Luis Flávio; CUNHA, Rogério Sanches; MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Comentários à reforma criminal de 2009 e à Convenção de Viena sobre o direito dos tratados**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

GONÇALVES, Luiz Carlos dos Santos. **Mandados expressos de criminalização e a proteção de direitos fundamentais na Constituição brasileira de 1988**. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

GONZAGA, João Bernardino. **A inquisição em seu mundo**. 3ª Ed. São Paulo: Ed. Saraiva, 1993.

HASSEMER, Winfried. **Direito penal: fundamentos, estrutura, política**. Trad. Adriana Beckman Meireles, et all. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editora, 2008.

_____. **Direito penal libertário.** Trad. Regina greve. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

_____; CONDE, Francisco Muñoz. **Introducción a la criminología y al derecho penal.** Valencia: Tirant lo Blanch, 1989.

_____. **Persona, mundo y responsabilidad: bases para una teoría de la imputación em Derecho penal.** Trad. de Francisco Muñoz Conde e Maria del Mar Díaz Pita. Valencia, Espanha: Tirant lo blanch, 1999.

_____. **Segurança pública no Estado de Direito.** In: **Revista da Associação dos juízes do Rio Grande do Sul.** Porto Alegre, ano XXI, nº 62, nov., 1994, p. 152-172.

JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. **Direito penal do inimigo: noções e críticas.** Trad. de André Luís Callegari, Nereu José Giacomolli. 2ª ed. – Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

_____. **Sociedad, norma y persona em uma teoría de um Derecho penal funcional.** Trad. de Manuel Cancio Meilá y Bernardo Feijóo Sanchez. 1ª ed, 2ª reimpr., 2000,

KAUFMANN, Arthur. **Filosofia do direito**. Trad. de António Ulisses Cortês. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2004.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Trad. de João Baptista Machado. 6ª ed., 5ª tiragem. São Paulo: Ed. Martins Fontes, 2003.

_____. **O que é justiça?** Trad. de Luís Carlos Borges. 3ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

LOPES, Georges Amauri. **Fundamentos do controle penal sobre a ordem econômica: a criminalidade empresarial**. Dissertação de Mestrado. São Paulo: Universidade Presbiteriana Mackenzie, 2007.

LUHMANN, Niklas. **Sociologia do Direito I**. Trad. de Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Edições Tempo Brasileiro, 1983.

_____. **Sociologia do Direito II**. Trad. de Gustavo Bayer. Rio de Janeiro, Edições Tempo Brasileiro, 1985.

_____. **Complejidad y modernidad: de la unidad a la diferencia.** Trad. Jostxo Beriain y José María García Blanco. Madrid: Editoria Trotta, 1998.

LUIZI, Luiz. **Os princípios constitucionais penais.** 2ª ed. rev. e aument. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2003.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional.** 3. Ed. ver. E atual. – São Paulo: Saraiva, 2008.

MAÍLLO, Alfonso Serrano. **Introdução à criminologia.** Trad. de Luiz Regis Prado, 1ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

MARQUES, Oswaldo Henrique Duek, **Fundamentos da Pena.** 2ª ed. – São Paulo: WMF Martins Fontes, 2008.

MEIRELES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro.** 34ª ed. atual. por Eurico de Andrade Azevedo et al. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

MORAES, Alexandre Rocha Almeida de. **Direito Penal do Inimigo: a terceira velocidade do direito penal.** Curitiba: Juruá, 2009

NAÍM, Moisés. **Ilícito: o ataque da pirataria, a lavagem de dinheiro e do tráfico à economia global.** Trad. Sérgio Lopes. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editores, 2006.

NORONHA, E. Magalhães. **Direito Penal v. 1: Introdução e parte geral.** 34ª Ed. atual. por Adalberto José Q. T. de Camargo Arranha. São Paulo: Editora Saraiva, 1999.

PALAZZO, Francesco. **Valores constitucionais e direito penal: um estudo comparado.** Trad. Gérson Pereira dos Santos. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1989.

PLATÃO. **As leis, ou da legislação e epinomis.** Trad. Edson Bini, 1ª ed. Bauru-SP: EDIPRO, 1999.

PARSONS, Talcott; SMELSER, Neil J. **Economy and society: a study in the integration of economic and social theory.** Nova York: The Free Press Editor, 1965.

_____. **Sociedades: perspectivas evolutivas e comparativas.**

Trad. de Dante Moreira Leite. São Paulo: Livraria Pioneira Editora, 1969.

PERELMAN, Chaïm. **Ética e direito.** Trad. Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. 2ª ed. – São Paulo: Martins Fontes, 2005.

PIERANGELLI, José Henrique. **Códigos Penais do Brasil: Evolução Histórica.** 2ª. Ed. 2ª Tir. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2004.

PONTE, Antonio Carlos da. **Crimes eleitorais.** Editora Saraiva, 2008.

REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito.** 27ª Edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2002.

ROXIN, Claus. **Estudos de direito penal.** Trad. Luís Greco, 2ª ed. revista. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

_____. **Política criminal y sistema del derecho penal.** Trad. Francisco Muñoz Conde. 2ª ed., 1ª reimp. Buenos Aires: Editorial Hammurab SRL, 2002.

SANTOS, Boaventura de Souza. O Estado e o Direito na transição pós-moderna: para um novo senso comum sobre o poder e o direito. In **Revista crítica de ciências sociais**. Coimbra: nº 30, pg. 13-41. Disponível em http://www.boabventuradesousasantos.pt/media/pdfs/Estado_Direito_Transiç_Pos-Moderna_RCCS30.PDF. Acesso em 17.07.2010.

_____. **Para um novo senso comum: a ciência, o direito e a política na transição paradigmática – vol. 1. A crítica da razão indolente: contra o desperdício da experiência**. 5ª ed. São Paulo: Cortez, 2005.

_____. Sociedade providência ou autoritarismo social? **Revista Crítica de Ciências Sociais**. Coimbra: nº 42, pg. 1-4. Disponível em http://www.boabventuradesousasantos.pt/media/pdfs/Sociedade_Providência_ou_Autoritarismo_Social_RCCS42.PDF. Acesso em 17.07.2010.

SILVA, Alberto Tadeu Tavares Vieira da. A pena de morte e a codificação penal brasileira. In **LEX - Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e Tribunais Regionais Federais**. ano 4, nº 33,, maio 1992, p. 07-48.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. **A expansão do direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais.** Trad. de Luiz Otávio de Oliveira Rocha. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

_____. **Aproximación al derecho penal contemporâneo.** Barcelona: J. M. Bosch Editor, 2002.

SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. **Direito penal supra-individual: interesses difusos.** Editora Revista dos Tribunais, 2003.

TRINDADE, Antonio Augusto Cançado. **O direito internacional em um mundo em transformação.** Rio de Janeiro: Renovar.

SÍTIOS ELETRÔNICOS PESQUISADOS

Código Criminal do Império do Brazil (sic). Lei de 16 de dezembro de 1830. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/LIM/LIM-16-12-1830.htm. Acessado em 15.06.2010.

Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 10 de novembro de 1937. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil/Constituicao/Constitui%C3%A7%C3%A3o37.htm>. Acessado em 15.05.2010.

<http://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/786015-dez-anos-apos-crime-assassino-de-jornalista-continua-solto.shtml>. Acesso em 22.08.2010.

Legislação Consultada

Constituição Federal de 1988

Código Penal de 1940, reformado pela Lei 7.209/84

Código Penal do Império

Decreto-lei nº 3.688, de 3 de outubro de 1941.

Lei federal 11.983/2009.

Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 10 de novembro de 1937.

Lei 7.960/89.

Livros Grátis

(<http://www.livrosgratis.com.br>)

Milhares de Livros para Download:

[Baixar livros de Administração](#)

[Baixar livros de Agronomia](#)

[Baixar livros de Arquitetura](#)

[Baixar livros de Artes](#)

[Baixar livros de Astronomia](#)

[Baixar livros de Biologia Geral](#)

[Baixar livros de Ciência da Computação](#)

[Baixar livros de Ciência da Informação](#)

[Baixar livros de Ciência Política](#)

[Baixar livros de Ciências da Saúde](#)

[Baixar livros de Comunicação](#)

[Baixar livros do Conselho Nacional de Educação - CNE](#)

[Baixar livros de Defesa civil](#)

[Baixar livros de Direito](#)

[Baixar livros de Direitos humanos](#)

[Baixar livros de Economia](#)

[Baixar livros de Economia Doméstica](#)

[Baixar livros de Educação](#)

[Baixar livros de Educação - Trânsito](#)

[Baixar livros de Educação Física](#)

[Baixar livros de Engenharia Aeroespacial](#)

[Baixar livros de Farmácia](#)

[Baixar livros de Filosofia](#)

[Baixar livros de Física](#)

[Baixar livros de Geociências](#)

[Baixar livros de Geografia](#)

[Baixar livros de História](#)

[Baixar livros de Línguas](#)

[Baixar livros de Literatura](#)
[Baixar livros de Literatura de Cordel](#)
[Baixar livros de Literatura Infantil](#)
[Baixar livros de Matemática](#)
[Baixar livros de Medicina](#)
[Baixar livros de Medicina Veterinária](#)
[Baixar livros de Meio Ambiente](#)
[Baixar livros de Meteorologia](#)
[Baixar Monografias e TCC](#)
[Baixar livros Multidisciplinar](#)
[Baixar livros de Música](#)
[Baixar livros de Psicologia](#)
[Baixar livros de Química](#)
[Baixar livros de Saúde Coletiva](#)
[Baixar livros de Serviço Social](#)
[Baixar livros de Sociologia](#)
[Baixar livros de Teologia](#)
[Baixar livros de Trabalho](#)
[Baixar livros de Turismo](#)