

UNIVERSIDADE REGIONAL INTEGRADA DO ALTO URUGUAI E DAS MISSÕES –
URI – CAMPUS DE SANTO ÂNGELO
DEPARTAMENTO DE CIÊNCIAS SOCIAIS APLICADAS
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO – MESTRADO

DO NECESSÁRIO CARÁTER PÚBLICO DA TUTELA PENAL DOS NOVOS DIREITOS

VIVIANI GIANINE NIKITENKO

Santo Ângelo/RS

2008

VIVIANI GIANINE NIKITENKO

DO NECESSÁRIO CARÁTER PÚBLICO DA TUTELA PENAL DOS NOVOS DIREITOS

Dissertação de Mestrado em Direito para a obtenção do título de Mestre em Direito. Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões – URI – Campus de Santo Ângelo, Departamento de Ciências Sociais Aplicadas, Programa de Pós-Graduação em Direito – Mestrado.

Orientador: Prof. Dr. André Leonardo Copetti

Santo Ângelo/RS

2008

VIVIANI GIANINE NIKITENKO

DO NECESSÁRIO CARÁTER PÚBLICO DA TUTELA PENAL DOS NOVOS DIREITOS

Dissertação de Mestrado submetida à Comissão Julgadora do Programa de Pós-Graduação em Direito – Mestrado da Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões – *Campus* de Santo Ângelo como parte dos requisitos necessários à obtenção do Grau de Mestre em Direito, Área de Concentração: Direitos Especiais, Linha de Pesquisa: I – Direito e Multiculturalismo.

Comissão Julgadora:

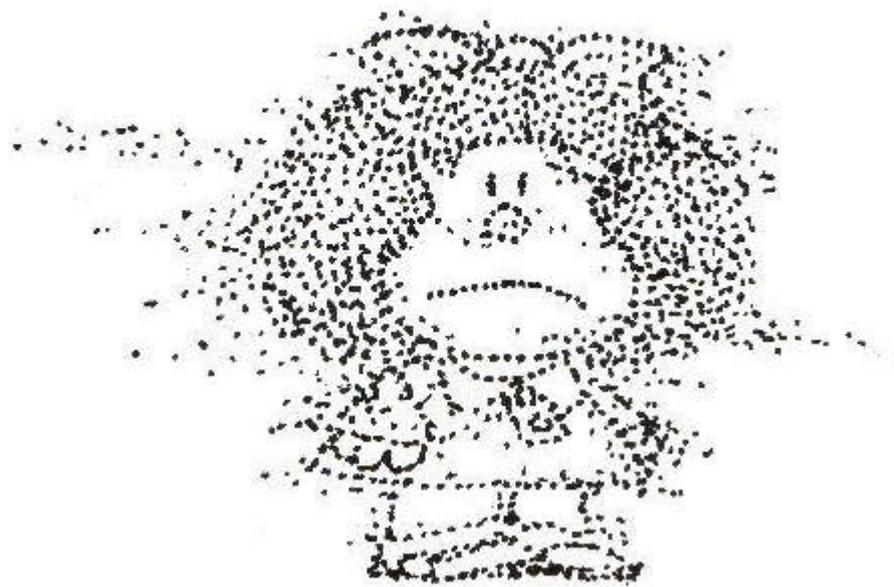
Professor André Leonardo Copetti Santos, Doutor em Direito
Orientador

Professor Paulo Vanderlei Vargas Groff, Doutor em Direito Constitucional
Examinador

Professor Ney Fayet de Souza Junior, Doutor em Direito
Examinador

Santo Ângelo, RS, 19 de dezembro de 2008.

ÀS VEZES VOCÊS
NÃO SE SENTEM UM
TANTO INDEFINIDOS?



Agradeço a minha família, minha mãe Silvia e meu pai Sergio, a minha vó Alice, pelo amor, compreensão, apoio e estímulo no enfrentamento e superação dos desafios surgidos neste trabalho e na vida.

Ao meu orientador, professor André, pela contribuição na realização desta dissertação, especialmente socializando seus conhecimentos e sua biblioteca.

Aos meus colegas de Mestrado, em especial a Liris, a Cristina e ao Adílio, meus amigos.

A todos os professores e funcionários do Mestrado.

RESUMO

O presente trabalho tem como objetivo apresentar reflexões de até que ponto a relativização do monopólio do *jus puniendi* do estado, substituído por formas de resolução de conflitos descentralizadas (conflitos resolvidos de forma autônoma pelas próprias partes) se mostra melhor para a proteção dos novos bens jurídicos penais, fundamentados na constitucionalização dos novos direitos, que possuem como característica principal o seu aspecto difuso e coletivo, isto é, dizem respeito a toda sociedade, sobretudo diante da existência de concentrações de poder não estatal, que não tem as limitações do Direito Penal liberal nascido com o Iluminismo. Assim é preciso saber se a relativização do caráter público do Direito Penal é um avanço na proteção dos novos direitos, ou se, por outro lado, não se trata de um retrocesso na caminhada de consolidação dos direitos do homem. O trabalho compõe-se de introdução, três capítulos e mais considerações finais. No primeiro capítulo faz-se uma vinculação histórica de como se dava a resolução do conflito, se era resolvido pelas próprias partes ou se era centralizado nas mãos de um terceiro (sacerdote, rei, ancião). Finalizando o primeiro capítulo enfoca-se a centralização do Direito Penal no Estado. O segundo capítulo aborda a crise pela qual passa o Estado moderno, especialmente em decorrência da globalização, analisando, também, as crises que afetam o Direito vinculado ao Estado, sobretudo as que se referem ao Direito Penal monopólio do poder estatal. No terceiro e último capítulo trata-se dos novos direitos que surgem neste mundo em constante transformação e da constitucionalização destes e da noção de bem jurídico constitucional, que tem levado os legisladores a incriminar condutas somente tidas como fundamentais pela Constituição Federal. Surgem, então, os novos bens jurídicos penais. Posteriormente, faz-se a análise da tentativa de redução do caráter público do Direito Penal mediante o fortalecimento de novas formas de resolução de conflitos. Fechando o capítulo, enfatiza-se que, diante do caráter transindividual dos novos direitos, é necessária a manutenção da natureza pública do Direito penal.

Palavras-chave: direito penal estatal, novas formas de resolução de conflitos, novos direitos.

RESUMEN

El presente trabajo tiene como objetivo reflexiones sobre la relativización del monopolio del *jus puniendi* estatal, substituido por formas de resolución de conflictos descentralizadas (conflictos resueltos de manera autónoma por las propias partes). Si esto se muestra mejor para la protección de los nuevos bienes jurídicos penales, fundamentados en la constitucionalización de estos nuevos derechos, que poseen como característica principal su aspecto difuso y colectivo, o sea, dicen respecto a toda sociedad, sobretudo delante de la existencia de concentraciones de poder no estatal, que no tiene las limitaciones del Derecho Penal liberal nacido con la Ilustración. Así, necesario si la relativización del carácter público del Derecho Penal es un progreso na protección de los nuevos derechos ou si trata de un retroceso en el sendero de la consolidación de los derechos del hombre. Este trabajo componese de introducción, tres capítulos y conclusión. En el primer capítulo, se hace una vinculación histórica de la resolución de los conflictos, se eran resueltos por los propios agentes de los hechos criminales o si eran resueltos por tercera persona (sacerdote, rey, anciano). En lo fin del primer capítulo, se hace la demostración de la centralización de la punición o del Derecho Penal en el Estado moderno. El segundo capítulo trata de la crisis del Estado moderno, en especial la resuelta de la globalización, analizando, también, las crisis que afectan el Derecho con vínculo al estado, sobretudo, a referida al Derecho Penal monopolizado por el poder estatal. En el tercer y último capítulo hay un estudio de los nuevos derechos que surgen en el mundo actual, siempre en transformación, y da constitucionalización de estos derechos y da noción de bien jurídico constitucional, que hay llevado los legisladores a tipificar conductas tan solas que sean tidas como fundamentales por la Constitución Nacional. Nace, así, los nuevos bienes jurídicos fundamentales. Aún, hablase de la posibilidad de reducción del carácter público del Derecho Penal, con el fortalecimiento de nuevas formas de resolución de conflictos. Al cabo, se hace énfasis en la necesidad, ante el carácter transindividual de los nuevos derechos, de manutención de la naturaleza pública del Derecho Penal.

Palabras-claves: derecho penal estatal, nuevas formas de resolución de conflictos, nuevos derechos

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	8
1 A ESTATIZAÇÃO DO DIREITO PENAL	11
1.1 Antecedentes históricos do moderno Direito Penal.....	11
1.1.1 A antigüidade penal	15
1.1.2 Direito Penal Medieval.....	26
1.1.3 O Direito Penal moderno	28
2 A CRISE DO ESTADO-NAÇÃO MODERNO.....	35
2.1 A Crise do Estado-Nação.....	35
2.2 A Perda Parcial do Monopólio Estatal do Direito	38
2.3 O Direito Penal e a Crise do Direito Estatal.....	43
2.3.1 A crise do princípio da legalidade penal – normas penais em branco e tipos penais abertos	44
2.3.2 Crise do princípio da ofensividade (lesividade) – delitos de perigo abstrato	46
2.3.3 Crise do princípio da territorialidade – crime organizado	47
2.3.4 Crise das funções do Direito Penal moderno – Direito Penal simbólico.....	49
2.3.5 Crise das sanções penais	50
2.3.6 Crise da redução de garantias – Direito Penal do inimigo.....	53
2.3.7 Crise do princípio da culpabilidade – crise teórico-prática do finalismo	61
3 DO NECESSÁRIO CARÁTER PÚBLICO DA TUTELA PENAL DOS NOVOS DIREITOS	66
3.1 Dos novos direitos	66
3.1.1 Os novos direitos como direitos transindividuais	72
3.2 Os novos direitos na Constituição Federal de 1988.....	76
3.3 As implicações da constitucionalização dos novos direitos no redimensionamento da tutela penal.....	79
3.4 Publicidade do Direito Penal e a tutela dos novos direitos.....	84
3.4.1 Crise do caráter público do Direito Penal – novas formas de resolução de conflitos	84
3.4.2 Da necessária manutenção do caráter público do Direito Penal.....	88
CONSIDERAÇÕES FINAIS	92
REFERÊNCIAS	103

INTRODUÇÃO

O presente trabalho consiste numa pesquisa com reflexões de até que ponto a tendência de relativização do exercício estatal do poder punitivo (monopólio do *jus puniendi* no Estado), substituído por meios de soluções de conflitos descentralizados, isto é, resolvido de forma autônoma pelas próprias partes, é melhor para a proteção dos novos bens jurídicos penais, fundamentados na constitucionalização dos novos direitos, especialmente quando se sabe que estes possuem um caráter difuso e coletivo, e existem de concentrações de poder não estatal, que não teriam as limitações do Direito Penal moderno nascido com o Iluminismo.

O problema chave que se busca resolver neste estudo é se a relativização do caráter público do Direito Penal, isto é, se a entrega da resolução do conflito às partes em litígio é a melhor forma de proteção dos novos direitos representados pelos novos bens jurídicos penais, ou se seria isto um retrocesso na caminhada de consolidação dos direitos do homem.

A escolha do presente tema deve-se à relevância que o Direito Penal vinculado ao Estado-nação tem em relação à esfera de proteção dos bens considerados essenciais à coletividade, além de assegurar a garantia dos direitos do cidadão. Assim, a reflexão é merecida pois diante da relativização do exercício estatal do poder punitivo, substituído por meios de solução de conflitos descentralizados, sob o argumento de emancipação das pluralidades de mecanismos de resolução de controvérsias existentes nas sociedades multiculturais atuais, esquece-se da existência de concentrações de poder não-estatais, que não teriam as limitações do *jus puniendi* do Direito Penal moderno e, também, por não se saber quais interesses fundamentalmente tutelam, e, portanto, quem sabe, retornando a um estágio anterior à era moderna no que se refere à garantia dos direitos do cidadão e a proteção dos bens fundamentais à comunidade.

Compreender, portanto, esta dinâmica atual do Direito Penal significa atentar para as necessidades que este requer no sentido de corresponder às vicissitudes do momento histórico presente como instrumento que colabore na construção e preservação de processos e sistemas democráticos na sociedade.

Tenta-se encontrar respostas em três capítulos.

No primeiro capítulo procura-se realçar a vinculação histórica a uma análise de como se dava a resolução do conflito. Se era mais privado, ou seja, resolvido pelas próprias partes em litígio e as suas famílias (portanto, assumindo um caráter descentralizado de resolução),

ou se era mais centralizado nas mãos de um terceiro (sacerdote, rei, ancião). Percorre-se a antiguidade penal, analisando nos seguintes povos quem detinha a legitimidade para exercer o poder de punir: China, Pérsia, Babilônia, Índia, Egito, Israel, Grécia, Roma, Germânia, Sião, Asteca e Inca, além de depois verificar, também, como esse se dava no Direito Penal medieval, no Direito Penal canônico.

Posteriormente, busca-se focar a consolidação do caráter centralizador que o Direito Penal assume na época moderna, na qual então passa a ser monopólio do Estado, afastando, portanto, qualquer forma de vingança descentralizada. Tecendo-se, sobretudo, comentários sobre a importância que teve a Escola Clássica, com Beccaria e Carrara, o primeiro no aspecto de denúncia das arbitrariedades cometidas até então quanto as formas de punir e postulando o nascimento de um Direito Penal mais humanitário, mais fundamentado em pressupostos de legalidade que evitassem a insegurança e a incerteza punitivas, e Carrara que inaugura uma fase jurídica ao Direito Penal, consolidando assim os princípios básicos do novo Direito Penal e processual penal.

O segundo capítulo aborda a crise pela qual passa o Estado moderno, especialmente pela globalização que afeta o conceito de soberania. O mundo parece passar por um novo momento de desenvolvimento, há uma redefinição das noções de tempo e de espaço. Os eventos parecem não estar mais vinculados a um território estatal. Ao lado do poder do Estado surgem novos poderes, sobretudo constituídos pelas grandes companhias transnacionais e por conglomerados financeiros.

Ao lado desse enfraquecimento do Estado e da soberania, o Direito também tem passado por transformações, logo, parece haver uma perda parcial do monopólio estatal do Direito. Diz-se que a regulação social tradicional (aquela que se faz pelo Direito) resta superada pela regulação pós-moderna, ou seja, aquela que defende formas alternativas de regulação social e de solução de conflitos. Em decorrência, há, também cada vez mais a flexibilização de procedimento. E, por fim, buscando-se explicitar as conseqüências no âmbito penal dessa crise do Direito estatal, enfoca-se algumas crises porque passa o Direito Penal moderno: a crise do princípio da legalidade penal – normas penais em branco e tipos penais abertos, crise do princípio da ofensividade (lesividade) – delitos de perigo abstrato, crise do princípio da territorialidade – crime organizado, crise das funções do Direito Penal moderno – Direito Penal simbólico, crise das sanções penais: crise da pena privativa de liberdade e responsabilização da pessoa jurídica, crise da redução de garantias – Direito Penal do inimigo, crise do princípio da culpabilidade – crise teórico-prática do finalismo.

No terceiro capítulo aborda-se os novos direitos que surgem neste mundo em constante transformação, fazendo-se uma análise das gerações de direitos e seu contexto histórico. Depois de situar os novos direitos dentro das dimensões históricas faz-se um estudo das características dos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos (direitos transindividuais), sobretudo porque os novos direitos se encaixam nesta categoria. Ainda, além de descrever as gerações dos direitos e de contextualizar os novos direitos, far-se-á um estudo desses na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, perpassando por toda a história constitucional do Brasil no que diz respeito às garantias e direitos do cidadão. Depois, diante da constitucionalização dos novos direitos, e da noção de que o bem jurídico penal tem de ser aquele protegido constitucionalmente (constitucionalização do bem jurídico penal) é feita uma análise se o legislador penal brasileiro tem levado em conta os princípios constitucionais e os novos direitos ao incriminar condutas. Para tanto, faz-se o estudo de todas as leis penais que instituíram delitos pós-88. Posteriormente apresenta-se a crise do caráter público do Direito Penal, as limitações que os instrumentos punitivos do Estado vem sofrendo diante da tentativa de fortalecimento de novas formas de resoluções de conflitos. E, para o fechamento do capítulo, busca-se enfatizar, diante da necessária proteção dos novos direitos de caráter transindividual, da manutenção do caráter público do Direito Penal.

Nas considerações finais faz-se um resumo articulado do trabalho.

A pesquisa é resultado do método de análise indutivo, sendo que se parte de pontos individuais à universalização da questão apontada como problema do trabalho. O método de procedimento é a sistematização de consultas bibliográficas de livros, artigos de revistas e sites especializados. A teoria de base adotada para o desenvolvimento do trabalho é o garantismo penal.

1 A ESTATIZAÇÃO DO DIREITO PENAL

O Direito Penal pode ser caracterizado pelo seu caráter público, pois é um Direito centralizado no Estado, ou seja, somente este detém o poder de punir¹. Contudo, como estabelece Asúa (1950), a milenar caminhada até o Direito público, tem origens remotas. A luta entre a vingança de sangue ou a expulsão da comunidade da paz, reações da tribo contra o criminoso sem qualquer proporcionalidade à ofensa cometida, e o poder do Estado para converter em públicos os castigos, são antiguíssimas, Portanto faz-se importante o estudo dos antecedentes históricos do moderno Direito Penal.

1.1 ANTECEDENTES HISTÓRICOS DO MODERNO DIREITO PENAL

O estudo da história do Direito tem a finalidade de buscar compreender como o atual Direito se formou e se desenvolveu, analisando a sua evolução no decurso dos séculos.²

Assim, faz-se importante o estudo da história da evolução do Direito Penal, sobretudo, porque compreendê-la possibilita uma melhor avaliação das futuras possibilidades do Direito Penal, ou, como profere Bitencourt:

A história do Direito Penal consiste na análise do Direito repressivo de outros períodos da civilização, comparando-o com o Direito Penal vigente. É inquestionável a importância dos estudos da história do Direito Penal, permitindo e facilitando um melhor conhecimento do Direito vigente. A importância do conhecimento histórico de qualquer ramo do Direito facilita inclusive a exegese, que necessita ser contextualizada, uma vez que a conotação que o Direito Penal assume, em determinado momento, somente será bem entendida quando tiver como referência seus antecedentes históricos (2003, p. 35).

A consolidação do exercício do poder de punir passa por várias fases até chegar ao modelo que hoje se tem, neste aspecto manifesta-se Zaffaroni:

¹ “El Derecho penal de hoy es un Derecho público, porque solo el Estado es capaz de crear normas que definan delitos y que impongan sanciones en holocausto al apotegma liberal: *nullum crimen, nulla poena sine lege*. [...] Esta característica excluye la posibilidad de considerar el llamado Derecho disciplinario que ejercen las sociedades privadas y hasta las corporaciones públicas, como Derecho punitivo propiamente dicho” (ASÚA, 1950, p. 40).

² “O direito é também fenômeno histórico, que resulta de inúmeros fatores que condicionam a vida dos povos, e sua forma atual é produto de largo desenvolvimento. A história do Direito Penal consiste na exposição do direito punitivo de outras épocas e em sua comparação com o direito vigente. A importância excepcional dos estudos de história do Direito Penal para o perfeito conhecimento do direito vigente, isto é, para a Dogmática Jurídico-Penal, tem sido assinalada por toda a doutrina moderna, e isto porque a forma que o Direito Penal assume em determinado momento, só pode ser bem entendida, no seu sentido geral e em cada uma de suas instituições, quando posta em referência com os seus antecedentes históricos” (FRAGOSO, 1986, p. 23).

Un breve panorama de estos conceptos nos mostrará que no siempre la ley penal tuvo el contenido ni la forma que hoy asignamos a la misma. Lo que en otras épocas fue ley objeto de estudio de la ciencia del derecho penal, hoy no lo es, fenómeno explicable, pues, nuestra ciencia – como todas – ha tenido sucesivos y diferentes horizontes de proyección que han trazado distintos límites a su dominio (1987, p. 318).

Neste processo de compreensão do fenômeno jurídico, frisa o mesmo autor, que “Es harto difícil marcar estrictamente etapas o períodos en la evolución del derecho penal hasta nuestros días” (1987, p. 317). Embora a evolução do direito de punir, do exercício do poder de punir, não pode ser tida como uma “progressão sistemática, com princípios, períodos e épocas caracterizadores de cada um de seus estágios” (BITENCOURT, 2003, p. 35). De acordo com o este autor, é possível contar a história do Direito Penal dividindo a vingança penal em três períodos: vingança divina, vingança privada e vingança pública.³

No período da vingança divina, o crime possuía uma conotação religiosa, era visto como a presença de um espírito mal que precisava ser exorcizado. Em decorrência, o fundamento da repressão era a satisfação da divindade ofendida pelo crime, ou seja, o castigo consistia em oferecer aos deuses o infrator da norma, com o fim de aplacar sua ira. No dizer de Asúa,

[...] en la unión social prehistórica, que se funda en la comunidad de sangre y donde aún no se distingue el mandato de Dios, del estatuto de los hombres, el crimen, es el atentado contra la divinidad, y la pena la expulsión de los que atentan al orden social existente, pero como *sacrificio a la divinidad*, en primer término (1950, p. 242).

O Direito Penal desta fase pode ser caracterizado, portanto, como teocrático e sacerdotal (pois a administração da sanção penal ficava a cargo dos sacerdotes que, como mandatários dos deuses, encarregavam-se da justiça).

³ “Franz von Liszt, en su ceñida exposición sobre el ‘desenvolvimiento histórico del delito y de la pena’, en *Die Kultur der Gegenwart* (págs. 195-196), resume así las etapas de la justicia punitiva: a) Primera época. Crimen es atentado contra los dioses. Pena, médio de aplacar la cólera divina; b) Segunda época: Crimen es agresión violenta de una tribu contra outra. Pena, venganza de sangre de tribu a tribu; c) Tercera época: Crimen es transgresión del orden jurídico establecido por el Poder del Estado. Pena es reacción del Estado contra la voluntad individual opuesta a la suya” (ASÚA, 1950, p. 245).

“O direito, como regra de conduta social, surge com a sociedade. O primeiro direito é direito penal. A primitiva idéia da pena é a de reação vindicativa do ofendido, mas não se pode dizer que a simples *vingança individual* dos primeiros grupos sociais constituísse um Direito Penal. Nas sociedades primitivas o direito não é mais do que um dos aspectos da religião (*Fousted de Coulanges*), de sorte que a reação punitiva apresentava caráter religioso, surgindo a pena como *sentido sacral*. A *vingança de sangue* exercida pela vítima ou seus parentes é dever sagrado, visando aplacar a ira da divindade. A pena é, assim, expiação religiosa. Cessada, pelo menos para grande número de infrações penais, essa fase primitiva, a reação penal torna-se represália por parte da vítima, situando-se na esfera privada. A evolução processa-se então no sentido de restringir a princípio a vingança privada, limitando-a pelo talião e pela composição com a vítima (preço da paz), para em seguida assumir o Estado o monopólio da justiça punitiva” (FRAGOSO, 1986, p. 24).

Outra etapa da evolução do exercício do poder de punir se deu com a vingança privada⁴. Neste período o crime já não era caracterizado por ofensa às divindades, mas por ferir os costumes, as crenças e as tradições do grupo social, da tribo. A vingança privada constituía uma reação natural e instintiva, sendo, por isso, considerada por alguns autores, como uma realidade sociológica e não uma instituição jurídica. A punição do infrator era realmente uma vingança, o direito de o ofendido retribuir o mal pelo mal. De acordo com Bruno:

Fala-se comumente da vingança privada como de uma forma de reação que se tenha manifestado desde as origens, nos grupos mais primitivos. A vingança foi um fato geral entre as tribos, uma exercendo sobre outro ato vingativo contra a ação agressiva a qualquer de seus membros, ação agressiva real, de um membro de outra tribo, ou assim suposta de acordo com as idéias mágicas dominantes nos grupos arcaicos. Foi consequência da solidariedade entre os membros do mesmo clã, que é uma das forças de coesão e, portanto, de continuidade do grupo. Mas essa vingança é um ato de guerra, não uma pena (1978, p. 70).

Essa reação violenta podia ter caráter individual ou coletivo, ou seja, o direito de punir era exercido pela vítima (ofendido), seus parentes ou pelo seu grupo social (tribo). Assim, de acordo com Asua (1950), surgem dois novos gêneros de pena primitiva: a) o castigo de um membro da tribo (privação da paz) e b) o castigo do indivíduo não pertencente a tribo (vingança de sangue). Ou, de acordo com Bitencourt:

Quando a infração fosse cometida por membro do próprio grupo, a punição era o banimento (perda da paz), deixando à mercê de outros grupos, que fatalmente o levariam à morte. Quando, no entanto, a violação fosse praticada por alguém estranho ao grupo, a punição era a 'vingança de sangue', verdadeira guerra grupal (2003, p. 36-7).

A terceira fase é a da vingança pública. Aqui o exercício do poder de punir passa a ser exclusivo da autoridade tribal, do chefe e do sacerdote, que aplicam a pena representando o interesse da coletividade. Segundo Asúa “La pena ha entrado en su tercer estágio de desenvolvimiento con su objetivación como *pena pública*. Así se transforma en Derecho penal público el poder penal ilimitado del Estado” (1950, p. 245).

Dentre essas fases da justiça penal tem-se, também, a figura da composição, que apaziguava as represálias de sangue, e, portanto, representou progresso naqueles tempos. A composição era uma espécie de pena pecuniária que substituía a pena corpórea. Podia ser

⁴ “A vingança é sinal de ausência de uma ação pública punitiva, é ainda a guerra entre grupos, embora dentro do agrupamento maior, e, assim, aparece como fora do círculo da autoridade do grupo, até o momento em que se torna reconhecida ou é até mesmo tornada obrigatória pelo poder público. Porque há um momento em que a vingança deixa de ser um direito para tornar-se um dever e, então, verdadeiro rudimento de pena, atuando o vingador, por assim dizer, como agente do poder punitivo do grupo” (BRUNO, 1978, p. 72)

voluntária, quando o ofendido, titular do direito de vingar-se, consentia em perdoar o ofensor após o pagamento de importância livremente ajustada. Ou, depois, com o fortalecimento do poder centralizador na repressão dos delitos, podia ser legal, ou seja, o poder público, como titular da paz e da segurança, fixava as importâncias a serem pagas em cada ofensa.

Vislumbra-se, então, que à medida que a sociedade vai se aprimorando, o exercício do poder de punir também se transforma, passando a pena a ser uma sanção imposta por uma autoridade pública, no entanto, é importante ressaltar que ainda havia uma forte influência do aspecto religioso – autoritarismo teocrático político, no qual reis e imperadores possuíam caráter divino.⁵

Essa dicotomia entre a aplicação do poder de punir, ora mais privada, ou ora mais pública, é uma constante na evolução do pensamento penal. Nesta perspectiva, aponta Zaffaroni:

A história da legislação penal é a história de avanços e retrocessos no confisco dos conflitos (do direito lesionado da vítima) e da utilização desse poder confiscatório, bem como do enorme poder de controle e vigilância que a pretexto da necessidade de confisco proporciona, sempre em benefício do soberano ou do senhor. De alguma maneira é a história do avanço e do retrocesso da organização corporativa da sociedade (Gesellschaft) sobre a comunitária (Gemeinschaft), das reações de verticalidade (autoridade) sobre as de horizontalidade (simpatia), e nessa história a posição da vítima e o grau de confisco de seu direito (de seu caráter de pessoa) sempre constituíram o barômetro definitivo (2003, p. 385).

Em decorrência, estabelece Zaffaroni (2003) que a história da justiça penal pode ser observada a partir de dois modelos de reação punitiva. No primeiro modelo, o de solução entre as partes, há duas pessoas que participam do conflito: o ofensor e o ofendido, no qual as mesmas, numa luta entre elas, resolvem o litígio. E, o segundo modelo, o de decisão vertical ou punitivo, no qual a vítima fica fora, não sendo mais considerada parte para a resolução do conflito “mas sim um signo da possibilidade de interpretação do poder das agências do

⁵ “No se niega ni se excluye, sin embargo, que venganza y pena se influyeran reciprocamente (pág. 6). Ésta pasa por una época de lucha con la venganza – que es más antigua – y toma su envoltura (págs. 6 y 7). Cada una de ellas (venganza y pena) posuen su fundamento: la primera, en la naturaleza humana; la segunda, en la voluntad de mantener una formación social, y por eso han de tener condiciones especiales: para la venganza, la libertad, la fuerza y las disposiciones individuales; para la pena, la existencia de un poder organizado (págs. 8 y 9). La venganza consiste en la manera com que la naturaleza humana reacciona contra el dano, el cual exaspera al individuo com una fuerza diabólica. La pena es también la reacción provocada por el mal, reacción que sin embargo no proviene da la pasión, sino que se apoya en la necesidad de mantener una organización dada de relaciones entre los hombres, existiendo y cooperando en un cierto grupo. En aquélla vemos la fúria de la naturaleza templada en el fuego de la pasión y que nada frena; en ésta se apercibe la actividad ordenada, persiguiendo un cierto fin y cuyas formas están limitadas por diversas consideraciones. Pero debe advertirse que la venganza primitiva no es individual, sino social, de grupo a grupo (p. 26)” (ASÚA, 1950, p. 243).

sistema penal (que intervém quando quer, assim como atua sem levar em conta a vontade do lesionado ou vítima)” (ZAFFARONI, 2003, p. 384).⁶

Assim, nesta parte do primeiro capítulo, a abordagem da justiça penal, no que se refere à sua evolução histórica, far-se-á dando-se maior ênfase às formas de aplicação do poder repressivo, ora mais privado (no qual o conflito era resolvido pelas próprias partes envolvidas), ora mais público (a solução para o litígio era entregue a um terceiro diferenciado das partes envolvidas).

1.1.1 A antigüidade penal

No estudo do Direito Penal, conforme Zaffaroni (1987), a abordagem sobre as suas fases pré-históricas são matérias muito mais da antropologia cultural do que especificamente de legislação penal, pois se trata de uma regulação normativa de alta complexidade⁷. Dessa forma, para o estudo da legislação penal proposto ter-se-á como ponto de partida os povos antigos.

a) China: O Direito antigo da China era caracterizado pelo seu caráter sagrado, sendo que as penas terrenas eram seguidas de castigos que iam além da morte. De acordo com Bruno:

Nas velhas culturas do Oriente, o Direito se apresenta ainda embebido profundamente do matiz religioso. Há sempre um núcleo sacral nas suas manifestações penais. Se a lei tem origem na divindade – e tal é a concepção nesses povos, - o crime, que a transgride, há-de tomar o caráter de ofensa ao divino, que o agente deve expiar pelo castigo da pena. Castigo duro, em geral, porque com ele se procura aplacar a cólera dos deuses e reconquistar-lhes a benevolência para com o seu povo. Daí os sacrifícios expiatórios, ou, em forma muito mais atenuada, as sanções rituais de purificação (1978, p. 74).

⁶ “O modelo de solução de conflitos pelas partes se sustentou enquanto não foi gerado um poder central verticalizante, mas quando este apareceu e adquiriu força suficiente, confiscou a vítima mediante o modelo decisório ou punitivo [...]. O modelo de solução de conflitos era substituído pelo de decisão, que se resolvia pela *inquisitio*, conforme a mutação do paradigma geral do saber. A disciplina devia ser estabelecida por atos de poder verticalizantes, e os conflitos não afetavam a vítima, mas sim o *soberano*: tornaram-se faltas disciplinares contra um monarca que precisa de uma população às suas ordens e, ao mesmo tempo, revelaram que o modelo punitivo era uma considerável fonte de recursos, pois permitia confiscar fortunas e obrigar os nobres a pagar multas para se livrarem das penas atrozés” (ZAFFARONI, 2003, p. 389).

⁷ “[...] cabendo excluir daí os estágios pré-históricos, freqüentemente considerados simples regulações do comportamento quando, na realidade, possuem uma grande complexidade normativa que escapa ao penalista e só pode ser penetrada pela antropologia cultural” (ZAFFARONI, 1987, p. 386).

Esse antigo Direito estava no livro das “Cinco penas”⁸, no qual predominava a vingança e o talião.

As penas eram cruéis, tais como a pena de morte, que se dava em público com a finalidade de correção e de purificação do indivíduo, sendo executada por decapitação, forca, esquartejamento e enterro em vida, além das penas mutiladoras ou de marcação (estas para os delitos menos gravosos), sendo que posteriormente novas modalidades de execução de pena surgiram, tais como perfuração dos olhos e tortura.

Visualiza-se que o fundamento do direito de punir da China antiga tinha fundamentação teocrática (divina), sendo que a aplicação do castigo, embora nenhum autor consultado tenha feito referência expressa, mas usando-se da analogia em relação as outras civilizações antigas de organização teocrática, pode-se dizer que o castigo era aplicado na Terra por alguma autoridade que tenha recebido tal poder por delegação divina, portanto, tratava-se de uma forma de justiça penal mais centralizada, que ao fundamentar o delito como ofensa à divindade, confiscava o direito de vingança do ofendido.

b) Pérsia: O Direito antigo da Pérsia pode ser dividido em duas épocas. No primeiro período, a justiça se funda na vingança e se regula pelo talião; na segunda fase, se condenou todas as infrações como atentatórias à majestade do soberano, sendo este quem aplicava as penas, com finalidade vingativa. Frisa-se que, assim como na China, as penas eram muito severas.

Para Zaffaroni, o Direito Penal da antiga Pérsia também pode ser dividido em dois períodos, contudo:

La idea general del derecho penal persa era de que todo delito era un crimen contra el soberano. Los administradores de las provincias eran responsables ante los particulares y ante el soberano por los delitos que se cometían en las provincias. Eso explica su extremada crueldad. El rey Ciro ordeno que todos los casos fuesen juzgados por los tribunales en juicios que se realizaban en las plazas publicas. Una modalidad ejecutiva consistia en dejar insepultos los cadáveres de los condenados (1987, p. 330).

Diante disso, é possível concluir que no primeiro período a justiça penal da Pérsia, ao adotar como sistema para a resolução de conflitos o instituto da vingança privada, possui, como o próprio nome já diz, uma forma privatizada de enfrentar situações conflitivas, uma forma gerida pelas próprias partes envolvidas no litígio.

⁸ “Parece que fueron los Miao quienes inventaron los cinco castigos que dieron legendario nombre a la primitiva legislación china: amputación de la nariz, amputación de las orejas, obturación de los orificios del cuerpo, incisiones en los ojos y muerte” (ASÚA, 1950, p. 268, nota).

Quanto ao segundo período, no qual as infrações atentavam contra o poder do soberano, passa-se a uma forma diferenciada de resolução do conflito. Nesta forma a resolução dependia da decisão de um terceiro para o restabelecimento da ordem social. No caso, a função desse terceiro interventor era realizada pelo próprio soberano, até porque a infração era atentatória a ele, e não a vítima do delito, ou, então, conforme citação de Zaffaroni (1987), por tribunais compostos por ele. Em suma, no Direito Penal da Pérsia antiga, em sua primeira fase, quem detinha o exercício do poder de punir eram as próprias partes envolvidas, enquanto que, na segunda fase, este passa a ser centralizado nas mãos do soberano.

c) Babilônia: O mais antigo dos códigos do Oriente, ao menos dos que se tem conhecimento, é o Código do Rei Hammurabi, que reinou na Babilônia há aproximadamente 2.250 a.C. Referido Código, de acordo com Asúa, não continha preceitos sagrados ou religiosos, e a vingança era praticamente desconhecida, no entanto, o talião era muito desenvolvido⁹.

Por ejemplo: si un arquitecto construye mal una casa y ésta se hunde, el hijo debe morir; también se da muerte a la hija del que hubiese golpeado a una mujer libre se le hubiera causado la muerte o hecho abortar. Los castigos no podían menos de ser crueles: el de muerte se ejecutaba arrojando al reo al agua, a la hoguera, etc. Entre otras penas se imponen las de mutilación, marca, deportación y pecuniárias (ASÚA, 1950, p. 270).

d) Índia: O Direito Penal da antiga Índia, assim como sua organização política, era fundado na teocracia. A legislação indiana antiga, assim como a penal, estava no Código ou Livro de Manú.

O direito de punir o infrator era exercido pela autoridade terrena, por delegação do deus Brama, sendo, portanto, considerada divina. Nesse sentido pontua Asúa: “El derecho de castigar emanaba de Brahma y el Rey era su delegado (I, 58; II, 7, 8). La idea de la penalidad era muy elevada en este Código; el reo que hubiera cumplido la pena subia al cielo tan limpio de culpa como el que hubiese ejecutado una buena acción (VIII, 318)” (ASÚA, 1950, p. 270).

Como consequência, o Direito não era exercido pelas partes, pois, ao serem os delitos falta contra as divindades, o exercício do poder repressivo era exercido na Terra pela autoridade que recebia a delegação divina. Assim, a solução do conflito era entregue a um terceiro para que exercesse a punição.

⁹ O Código de Hammurabi para Zaffaroni foi a mais importante lei penal da Babilônia, na qual “El principio talional campeaba en toda esta legislación, se devolvía lesión por lesión y muerte por muerte” (1987, p. 325).

e) Egito: O Direito do Egito tinha um forte espírito religioso. O delito era ofensa aos deuses, sendo os mais graves os que lesionavam a divindade e a morte de animais sacros (boi e crocodilo) e os tidos por sagrados (gato, íbis e falcão)¹⁰.

As penas eram aplicadas pelos sacerdotes, que possuíam tal poder por delegação divina. Aplicava-se o talião simbólico: “al espía, se le cortaba a lengua; al estuprador, los órganos genitales, y a la mujer adúltera, la nariz. Como penas para otros delitos existían los trabajos públicos y en las minas, así como la esclavitud” (ASÚA, 1950, p. 271).

O Direito do Egito antigo fora também influenciado pela organização teocrática da época. Dessa forma, a solução para o conflito não dependia das partes, mas sim de um terceiro, sacerdote ou faraó, indicado pelos deuses para tanto.

f) Israel: A lei penal de Israel possuía como fonte os Dez Mandamentos, a legislação de Moisés, que se encontra nos cinco primeiros livros da Bíblia (Pentateuco). As normas penais estão presentes especialmente no Êxodo, Levítico e em Deuteronômio, sendo de seus preceitos jurídico-penais a origem do Direito Penal mosaico (ASÚA, 1950).¹¹

Aqui, como no Egito, o espírito religioso possui muita influência, o mandato de Deus era confundido com o dos homens, pois o exercício do poder de punir também era exercido por delegação divina, enfim, o delito era ofensa a Deus.

A pena para o Direito Penal de Israel tinha finalidades de “[...] intimidación y la expiación. Se mide por el Talión, que en caso de homicidio es absoluto: vida por vida. El reo se purificaba mediante ejercicios expiatorios y el suelo del delito quedaba contaminado, debiendo los sacerdotes impetrar el perdón de Dios” (ASÚA, 1950, p. 272).¹²

Pode-se sustentar que em Israel, assim como no Egito, como os delitos eram ofensas aos deuses, deviam ser julgados por aqueles que exerciam o poder divino na Terra. Dessa forma, mais uma vez, a resolução do conflito penal é proferida por um terceiro, e, não dada pelas partes.

¹⁰ “Los atentados contra los faraones, la complicidad en estos atentados, la desobediencia de las órdenes reales, las ordenes reales, las ofensas al faraón y sus familiares, el perjurio y el homicidio, eran estimados delitos de lesa divinidad” (ASÚA, 1950, p. 271).

¹¹ “A legislação de Moises e a pós-mosaica se caracterizam por uma paulatina suavização das penas em geral, para toda classe de delitos, guardado o máximo de vigor para duas classes de infrações: crimes contra a Divindade e crimes contra a moral e os bons costumes. A vingança pessoal era um direito, a vingança sagrada, um dever. Uma era a reparação do dano a outra, a expiação sagrada da lesão” (FRAGOSO, 1986, p. 62).

¹² Quanto a isso refere Zaffaroni que “La característica más saliente del derecho penal hebreo fue el talión, aunque según algunos juristas y teólogos hebreos medievales y posteriores, el mismo habría tenido un puro sentido metafórico, indicador de la proporcionalidad de la pena y de la reparación. Por el contrario, outra corriente de opinión entiende que la ley hebrea sancionaba el “ojo por ojo, diente por diente, sangre por sangre” en forma literal y que así se aplicaba entre los hebreos” (1987, p. 327).

g) Grécia: O Direito Penal grego pode ser dividido em três fases. Na primeira fase tem-se a vingança privada, que era exercida contra o delinqüente e sua família. O segundo período é identificado como um período religioso, no qual o Estado dita as penas atuando como delegado de Júpiter (aqui religião e pátria se confundem). E, na terceira e última, fase, a pena não mais se fundamenta, exclusivamente, em preceitos religiosos, mas numa base moral e civil, sendo que uma das grandes conquistas deste período fora o caráter individual que se passou a dar as penas, ou seja, somente o ofensor recebia punição pelo delito cometido, não mais se estendo aos seus familiares.

De acordo com Fragoso:

Podemos delinear três períodos na história do pensamento e da prática penal na Grécia. No primeiro, domina a vingança privada, sendo a pena meio da vingança; no segundo, o Estado exerce o direito punitivo como ministro religioso (quem comete um delito ofende a divindade), havendo uma identidade completa entre Estado e religião. No terceiro período perdura o conceito religioso (1986, p. 64).

É importante frisar que como na Grécia existiam vários Estados, portanto, várias eram, também, as legislações penais.

Assim,

Las leys penales atenienses, que son las más importantes, no se inspiraban en absoluto en las ideas religiosas, y – como hemos dicho – en ellas se afirma y predomina el concepto del Estado. La pena tenía su fundamento en la venganza y en la intimidación, y los delitos se distinguían según lesionasen los derechos de todos o un derecho individual. Para los primeros, las penas eran muy crueles y reinaba el mayor arbitrio; para los segundos, por el contrario, había cierta benignidad. El catálogo de delitos no era cerrado y los Jueces podían castigar también los hechos no previstos en la ley, atendiendo a la equidad. Lo cierto es que se acabó con las penas inhumanas que estaban en vigor en todo el viejo Oriente, y llegaron a no diferenciarse según la calidad de las personas (ASÚA, 1950, p. 276).

As leis de Esparta eram relacionadas ao espírito heróico daquele povo, castigando especialmente jovens covardes e com características femininas.

A partir disso é possível constatar que no primeiro período da justiça penal da Grécia antiga, a solução do conflito era reservada as partes (vítima, ofensor e respectivas famílias), que exerciam o direito-dever da vingança privada. Num segundo momento, surge uma organização teocrática, passando então os delitos a constituírem ofensa à religião, e, portanto, centralizando o poder de punir das partes, à pessoa que, por delegação divina, detinha esse poder. Assim, centralizada, também pode ser caracterizada a terceira fase da justiça penal da Grécia antiga, contudo, o fundamento não é mais religioso, passa a ser moral e civil.

h) Roma: Roma, de acordo com Asúa, é tida como a síntese da sociedade antiga, representando um elo entre o mundo antigo e o moderno. O Direito romano é uma formação milenar, desde o ano 753 a.C, no qual se funda Roma, até 553 d.C, que culmina com os últimos textos de Justiniano. Estes 1.300 anos podem ser divididos (conforme a estrutura político-social do país) em três grandes épocas: a Monarquia, até 510 a.C; a República, até o ano 31 d.C; e o Império, que termina no ano 553 d.C. Assim, o Direito romano oferece um ciclo jurídico completo.

O Direito Penal Romano aparece no Corpus Júrís Civilis do imperador Justiniano, especialmente nos livros 47 e 48 do Digesto (533 d.C), chamados *libri terribiles*, e no livro IX do Codex (534 d.C).

De acordo com Franz Von Liszt, o Direito romano, também, pode ser dividido em três estágios: 1) primitivo Direito romano; 2) afirmação do Direito Penal público; 3) a “*congítio extra ordinem*” (ASÚA, 1950, p. 280).

A principal característica do período do Primitivo Direito Romano era o caráter público dado ao delito e a pena. Com a diferenciação entre Direito e religião a pena passa a ser pública, ficando a vingança de sangue e a composição reservada a alguns delitos, especialmente aos privados.

São nos conceitos de dois delitos: *preduellio* e *parricidium* que se efetua a diferenciação dos crimes que afetam os bens jurídicos da comunidade e os bens jurídicos dos particulares. Assim, nos dizeres de Bitencourt:

Ainda nos primeiros tempos da realeza surge a distinção entre os crimes públicos e privados, punidos pelos *ius publicum* e *ius civile*, respectivamente. Crimes públicos eram a traição ou conspiração política contra o Estado (*perduellio*) e o assassinato (*parricidium*), enquanto os demais eram crimes privados – *delicta* – por constituírem ofensas ao indivíduo, tais como furto, dano, injúria etc. O julgamento dos crimes públicos, que era atribuição do Estado, através do magistrado, era realizado por tribunais especiais, cuja sanção aplicada era a pena de morte. Já o julgamento dos crimes privados era confiado ao próprio particular ofendido, interferindo o Estado somente para regular o seu exercício. Os crimes privados pertenciam ao Direito privado e não passavam de simples fontes de obrigações (2003, p. 39).

Além do *preduellio* e do *parricidium* eram punidos com pena pública, de acordo com Asúa, “el incendio, el falso testimonio, el cohecho del juez, la difamación, las reuniones nocturnas y la hechicería” (1950, p. 281).

E assim, diante do número e importância dos delitos apenados com pena pública, se expande a construção estatal do Direito Penal, sobretudo, conforme entendimento de Asúa,

devido a gravidade das penas impostas, pena de morte, e pela organização do procedimento penal.

A Lei das XII Tábuas traz várias disposições penais (especialmente nas Tábuas VIII e XII), entre elas as de que os delitos privados passam a ser determinados previamente, estabelecendo que a vingança privada somente seria exercida nos delitos privados, e, tendo, no entanto, de respeitar o princípio do talião, como delimitador da vingança, chegando a instituir a composição como meio de tentar evitar a vingança. Ou, segundo Bitencourt:

Durante a primitiva organização jurídica da Roma monárquica prevaleceu o Direito consuetudinário, que era rígido e formalista. A Lei das XII Tábuas (séc. V a.C.) foi o primeiro código romano escrito, que resultou da luta entre patrícios e plebeus. Essa lei inicia o período dos diplomas legais, impondo-se a necessária limitação à *vingança privada*, adotando a *lei de talião*, além de admitir a *composição* (2003 p. 38-9).

A afirmação definitiva do Direito Público se dá na época das *“quaestiones”*, sendo que, no ano de 605 de Roma (149 anos d.C), ingressava na vida jurídica romana uma inovação: uma Comissão permanente do Senado, sob a presidência de seu Pretor, estabeleceu a primeira *quaestio* perpétua, para julgar os *crimen repetundarum*, ou seja, os excessos ilegais cometidos pelos Magistrados do governo das províncias. Tratou-se de um procedimento que posteriormente se estendeu para outros delitos, no entanto, frisa-se que era necessária a índole política dos mesmos.

Com a lei de Sila, há a reforma do Direito Penal de Roma:

El procedimiento de las *quaestiones*, utilizado hasta la fecha como arma de partido por la pasión política, se transforma en el instrumento de renovación del Derecho penal romano. Sila aumenta en las *leges Corneliae* el número de las *quaestiones* existentes, confiere su jurisdicción de nuevo a los Senadores, y extiende el procedimiento de las *“quaestiones”* a los delitos comunes. Las *leges Juliae*, de César y Augusto, terminan provisionalmente este ciclo, con la creación de un *ordo judiciorum publicorum* unitario (ASÚA, 1950, p. 282).

Assim, ao lado dos delitos privados (que o ofendido perseguia pela jurisdição civil, com a imposição de multas) se instala um novo grupo de delitos: os crimes públicos (*crimina publica*), sendo que a acusação pertencia a todo o povo.

Na época do Império com as *“cognitio extra ordinem”*,

[...] surgen las consecuencias del fortalecimiento del poder unico del Estado en los dominios del Derecho penal: a medida que la persecución de oficio avanza, se reduce más el ambito de los delitos privados. A comienzos del Império de Augusto, se inician los *judicia publica extra ordinem*: los órganos estatales conducen el processo del principio al fin con la más amplia libertad de forma. Después, los delitos privados se someten a semejante procedimiento (ASÚA, 1950, p. 283).

Um extenso grupo de *crimina extraordinária* (que representam um grau intermediário entre *crimen publicum* e *delictum privatum*) surge na época do Império. As mesmas têm origem nas ordenações dos imperadores e decisões do Senado, ou interpretações jurídicas. O ofendido era quem tinha legitimidade para a denúncia, e eram competentes para julgar o caso os titulares da jurisdição penal.

É possível, de acordo com Asúa, distinguir três grupos dentro dos *crimina extraordinaria*:

Primero: *Los casos más graves*, que salen de los *delitos privados*, y para los que se señalan penas de Derecho penal. Así, del *furtum* surgen: el delito de los *saccularii* (ladrones de bolsillo), *effractores* (autores de robôs), *expilatores* (merodeadores), *balnearii* (ladrones de baños), *abigei* (cuatrerros: *quasi artem exercentes*) y la *expilatio hereditatis*. De la *rapina*, salieron: *los latrones* (contendencia al bandolerismo, o robo con homicídio) y *grassatores*. De la *injuria*: los *libelli famosi* (escritos difamatórios) y el delito de los *directarii* (perturbadores de la paz doméstica), y otros casos.

Segundo: *Nuevos conceptos delictivos*. Así: la receptación (*crimen receptatorum*), la estafa (*stelionatus*, y como caso especial la *venditio fumi*, o sea, el aparentar influencia inexistente para la provisión de cargos), la concusión (*concessio*), el rapto (*raptus*), el aborto (*abactus partus*), la exposición de infante (*expositio infantium*). Además, bajo la influencia del Cristianismo, aparecen los delitos religiosos, desconocidos hasta entonces del Derecho romano: blasfemia, perturbación de los oficios divinos, apostasia, herejía, así como los delitos más o menos semejantes a la hechicería.

Tercero: *Delitos privados con elección de acciones*. – Finalmente, aparece la facultad del ofendido, incluso sin taxativo precepto legal, para elegir en la *mayor parte de los delitos privados* (y no solo en el *furtum* y en la *iniuria*), entre *actio ex delicto civil*, y *acusatio extra ordinem* penal (1950, p. 283).

No Direito Penal primitivo romano era dado, como visto, caráter público ao crime e a pena nos casos dos delitos de traição ou conspiração política contra o Estado e o assassinato. Estes crimes eram atribuição do Estado, sendo julgados por tribunais especiais. Há, aqui, portanto, uma centralização do Estado neste tipo de crime, ou seja, a vítima não mais fazia parte da resolução do conflito. Tal situação diferenciava-se nos demais crimes, pois ao constituírem ofensa ao indivíduo, eram crimes privados, sendo a repressão deixada a cargo do próprio ofendido, somente tendo o Estado o papel de regular o seu exercício.

Na segunda fase há, ainda, a diferenciação entre crime público e crime privado, no entanto, novos delitos passam a ser públicos, pertencendo a acusação a todos do povo.

Na terceira, e última, fase, presencia-se o fortalecimento do poder único do Estado na esfera do poder de repressão penal, avança a persecução de ofício, reduzindo-se o número de crimes privados. Assim, nos delitos públicos, os órgãos estatais conduzem o processo do princípio ao fim, com a mais ampla liberdade de forma, e, depois os delitos privados se submetem também a este procedimento.

Em suma, como estabelece Zaffaroni (1987), a legislação penal greco-romana pode ser caracterizada pela secularização do poder punitivo. Além de no Direito Penal romano haver a diferenciação entre *delicta publica* e *delicta privada*. Os *delicta publica* eram de perseguição dos representantes do Estado em seu próprio interesse. Os *delicta privada* eram perseguidos pelos particulares em benefício pessoal. No período do império afirma-se o caráter público do poder punitivo, inclusive submetendo-se os *delicta privada* a penas públicas. Ainda segundo Zaffaroni:

Pode-se asseverar que a tensão entre a república e o império pelo confisco total dos conflitos foi solucionada de modo decisivo em favor do confisco, por intermédio de tribunais que atuavam por delegação do imperador, corrompendo as instituições republicanas e ampliando o âmbito dos crimes *majestatis* até limites absurdos. A partir daí se observará a essa contradição em todo o posterior processo de criminalização primária: uma legislação que trata de se afirmar sobre a lesão ao direito da vítima e na qual esta não perde seu protagonismo na solução do conflito, e outra – como a do império romano, que pode ser considerada a fonte mais imediata do confisco medieval – que marca a tendência a *publicizar* todos os bens jurídicos e a reduzir a legislação penal a um instrumento a serviço dos interesses do estado. No caso de Roma, cabe também advertir que a legislação penal de Justiniano é a máxima expressão da subjetivização do delito como manifestação de inimizade ao estado, como realização do princípio de que a conservação deste estado é o fundamento da punição. Em síntese, a legislação penal romana nos mostra uma permanente tensão – que ainda hoje perdura – entre o direito penal republicano, que conservava âmbitos nos quais a vítima operava como pessoa, e o imperial confiscatório, que a degradava a um dado referencial (coisa) (2003, p. 387-8).

i) Germânia: As épocas primitivas do Direito germânico podem ser caracterizadas como fases de vingança divina.¹³ No entanto, após esse período, o Direito passa a ser entendido como uma ordem de paz e, como consequência, sua transgressão seria a ruptura dessa paz. O crime para o Direito germânico podia ser público ou privado.

A punição ao infrator da ordem da paz dava-se de acordo com a natureza do crime: público ou privado. Assim, a perda da paz por crime público legitimava qualquer um da comunidade a proceder a punição. Já nos crimes privados, tem-se a vingança de sangue, ou seja, o ofensor era entregue a vítima e seus familiares para que exercessem o direito de vingança.¹⁴

¹³ Importante ressaltar que há divergência quanto a este ponto: “Según afirma Hippel (I, págs. 40 y 103), el Derecho penal germánico estaba libre de influencias religiosas y subraya con reiteración la índole privada incluso en sus formas penales primitivas. Pero parece evidente – y ello se deduce de la exposición de von Liszt – que el derecho punitivo de los germanos pre históricos no pudo librarse de aquella confusión entre el “mandato de Dios y el estatuto de los hombres” (ASÚA, 1950, p. 286).

¹⁴ “Em franco contraste com a romana, no sentido de resgatar a vítima como parte, a punição mais grave que a lei germânica conhecia era a perda da paz (Friedlosigkeit), que consistia em retirar do ofensor a proteção da comunidade, com o que ficava ele a mercê de quem quisesse matá-lo. A pena coletiva ou pública estava reservada aos traidores, tendo em vista que a vítima neste caso também era coletiva, mas no restante dos conflitos a ofensa dava lugar à faida ou inimizade do ofensor e sua família com o ofendido e sua família. Isso era natural em uma sociedade na qual a lesão a um dos membros do clã ou da família afetava economicamente a

En la antigua concepción germánica el Derecho es el orden de paz y, por tanto, su violación representa la privación de la paz (*Friedlosigkeit*), que según se trate de delitos públicos o privados, es ruptura pública o privada de la paz. En caso de ofensa pública, la *Friedlosigkeit* implicaba que el culpable podía ser muerto por cualquiera, y si la muerte advenía de parte de la potestad pública, tenía carácter de venganza divina, análoga a la *capitis sacratio* del Antiguo Derecho romano. Por el contrario, en los delitos privados existió la *Faida*, es decir, un estado de inimicitiae, no solo contra el ofensor, sino contra su parentela (*Sippe*). Constituye la venganza de sangre (*Blutrache*) por intereses privados y se ejecutaba por la familia del ofendido. Pero adviértase que la *Faida* – como resulta de lo dicho por Tácito –, no era solamente un derecho, sino un deber de la *Sippe* (ASÚA, 1950, p. 286).

Após a invasão bárbara, o Direito Penal germânico pode ser caracterizado pelo crescente poder do Estado, assim, à medida que a autoridade pública se consolida, vai limitando a *Faida* (estado de inimizade do ofensor e sua família que levava à vingança de sangue).

Assim, enquanto nos tempos mais remotos conceder a paz era faculdade da vítima, com a consolidação da autoridade pública, esta passa a ser obrigatória (ou seja, o poder político punia quem não respeitava a paz), sendo as condições estabelecidas pelo Juiz-Rei.

A vingança de sangue foi substituída pela composição, sendo que a quantia a ser paga, que antes era fixada pelas partes (composição estipulada pelos parentes e amigos), acaba fixando-se por costume a todas as ofensas (composição judicial).¹⁵ Nos dizeres de Costa:

A vingança privada dominava, tendo a seu lado a pena pública apenas para os casos de ofensa direta à comunidade (traição). O Direito Penal consistia na forma de defesa contra o delito. A vingança e a composição bastavam e, em casos extremos, aquela podia consistir na morte do ofensor por não poder pagar o estipulado na composição. Certo que o direito da força triunfava sobre a força do direito, porém não pode ser olvidado que os germanos tinham grande estima à fidelidade, bom como estava vivo o sentimento de dever e honra. Para a concepção do delito como uma imediata ofensa ao bem comum influi o sentimento religioso

todos, pois constituíam unidades econômicas e bélicas. Tal situação de inimizade poderia terminar com a Wergeld ou composição, que consistia em uma reparação pecuniária ao ofendido ou à sua família, mas também poderia ser resolvida mediante um combate judicial, ou ainda pela ordália ou julgamento de Deus: guerra ritualística ou simbólica. O estado de inimizade ou faida acarretava à família do ofendido o dever de levar adiante a vingança do sangue ou *Blutrache*, sempre que o conflito não se solucionasse através do Wergeld ou pelo combate ou duelo” (ZAFFARONI, 2003, p. 388-9).

¹⁵ “Depois, a vingança de sangue foi superada pela composição, voluntária a princípio e finalmente legal, e mesmo a *Friedlosigkeit* veio a ser resgata pelo pagamento de um preço da paz. Foi uma consequência da instituição de um poder público, representante da vontade coletiva, e da consolidação da sua autoridade. A porção penal das leis germânicas – *Leges barbarorum*, da época franca, e outras posteriores a essa compilação – tornou-se, na sua maior parte, um minucioso tabelamento de taxas penais, variáveis segundo a gravidade das lesões e também segundo a categoria do ofendido, ou a sua idade ou sexo. Naturalmente, o sistema da composição foi se constituindo progressivamente. Por fim veio a compreender o *Wehrgeld*, que, embora pudesse ter tido o caráter de uma indenização de dano, devido à vítima ou ao seu grupo familiar, constituía sobretudo um ato de submissão do agressor ao grupo ofendido, e finalmente o *Friedgeld* (*fredus*), devido à comunidade, em particular ao rei, pela violação da paz (*Königsfriede*)” (BRUNO, 1988, p. 84).

mais tarde desenvolvido. Só aí começam as verdadeiras penas (morte, desterro, mutilação, *friedlos*), geralmente contra os não-livres e contra os inadimplentes no juízo de composição sendo aplicada a pena de morte ou mutilação (1988, p. 73).

Então, a pena pública, que antes tinha o objetivo somente de vingança, vai adquirindo finalidade intimidatória.

Muitos delitos eram considerados públicos, traição, deserção, rebelião, já outros foram se convertendo em públicos.

Embora haja divergência quanto às épocas primitivas do Direito Penal germânico, segundo alguns autores, se pode afirmar que a justiça penal desenvolvia-se pela vingança divina, sendo, então, o mandado de Deus cumprido na Terra por delegação deste, por um homem, um terceiro que resolvia o litígio.

Já em outro período, o crime para o Direito germânico podia ser público ou privado. A forma de aplicação do exercício do poder de punir, no caso dos crimes privados, se dava pela vingança de sangue, a solução do conflito era particular, ou seja, o ofendido e sua família é quem detinha legitimidade para fazê-lo.

No caso do delito considerar-se público, por violar a ordem de paz pública, qualquer membro da comunidade tinha legitimidade para exercer o poder de punir o ofensor. Se esta punição fosse dada sob o domínio público, teria o caráter de vingança divina, pois a organização grega se fundamentava na teocracia. Há aqui uma forma totalmente descentralizada do exercício do poder de punir, na qual tanto as partes, como a família, monarca e qualquer membro da comunidade possuíam o direito de punir o infrator.

j) Sião: No Sião, o Direito Penal não era mais do que a vontade do Rei, que tinha origem “... señalan unos una fuente mística local, en tanto que otros lo derivan del derecho hindu y una tercera opinión lo hace derivar del código de Buda, que reforma las leys de Manú” (ZAFFARONI, 1987, p. 324).

Como no Sião o exercício do poder de punir era representado pela vontade do Rei, quem o exercia era esse, que o detinha, portanto, com centralidade e exclusividade.

l) Asteca: A legislação penal asteca era dura, sancionando uma ética inflexível: “Se habla del código de Netzahuatlcóyotl, que contenía penas severísimas y caracterizadas por la venganza y el talión. [...] El derecho penal azteca era público. [...] En general, no había una jurisdicción especial para la familia real, aunque en algunos delitos se consideraba la pertenencia a la misma como una atenuación (ZAFFARONI, 1987, p. 331).

m) Inca: A organização dos Incas possuía uma base teocrática. A lei penal era severa, característica de seu caráter imperialista e guerreiro.

Zaffaroni pontua que “[...] los Incas no usaban la escritura, no hubo un código, sino que su legislación penal se transmitía oralmente y en base a sentencias concretas” (1987, p. 332). Prossegue o autor, citando Villavicencio, o qual conclui que “es inegable que el derecho penal de los Incas, más que por consideraciones de carácter moral psicológico, estuvo influenciado por la concepción del estado absolutista, por su carácter teocrático, por su organización de tipo socialista” (1987, p. 332).

Essas duas civilizações, Astecas e Incas, também possuíam uma organização teocrática, dessa forma, o exercício da justiça penal se dava de forma centralizada, ou seja, não era dada legitimidade as próprias partes para que resolvessem seus conflitos.

1.1.2 Direito Penal Medieval

A Idade Média pode ser compreendida pelo período entre a queda do Império Romano e a invasão de Constantinopla pelos turcos otomanos. Durante a Idade Média consolidou-se o feudalismo, tendo como algumas de suas características a descentralização do poder político (após a desintegração do Império Romano, surgiram vários reinos, cuja principal característica era a descentralização do poder, dividido entre o rei e os senhores feudais, sendo que aquele não podia interferir nos feudos, pois neles o senhor feudal era soberano, comandando o seu funcionamento e fazendo justiça segundo as tradições)¹⁶, e à religiosidade, sendo a Igreja Católica a instituição mais forte no período.

Também foi conhecida, a Idade Média, como um período de trevas, dominado pela ignorância e pela barbárie. Segundo Cárceres “O grande sentimento que dominou o homem medieval foi o da insegurança, o do medo” (1996, p. 128).

a) Direito canônico: O Direito Penal canônico possuía, em suas origens arcaicas, caráter disciplinar. Contudo, diante do enfraquecimento do Estado e a crescente influência da Igreja, o Direito canônico expande-se a todos os fatos que têm ligação com as idéias religiosas.

¹⁶ “O verdadeiro poder político real não estava nos reis, cujo poder era apenas nominal sobre as populações dos reinos medievais. Cada feudo, produzindo quase tudo que consumia, tendia a tornar-se um pequeno mundo fechado. O rei, ao fazer doações de terras a um nobre, doava também os direitos sobre a propriedade da terra e o domínio sobre a população daquela terra. Portanto, com a propriedade da terra e o domínio sobre as populações dos reinos medievais, cada feudo, produzindo quase tudo que consumia, tendia a tornar-se um pequeno mundo fechado. O rei, ao fazer doações de terras a um nobre, doava também os direitos sobre a população daquela terra. Portanto, com a propriedade da terra e o domínio sobre a população, os senhores feudais passaram a exercer o poder político em seus feudos, podendo cobrar tributos, julgar e punir seus dependentes. Em troca dos benefícios concedidos, o nobre tornava-se vassalo do rei, o que implicava um juramento da fidelidade e de direitos e deveres recíprocos” (CÁRCERES, 1996, p. 127).

Segundo Bitencourt (2003), a jurisdição eclesiástica dividia-se em *ratione personae*, ou seja, em razão da pessoa, estabelecendo que o religioso, independentemente do crime praticado, era julgado pela Igreja. E, também, em *ratione materiae*, fixando que em razão da matéria, o tribunal eclesiástico tinha competência, ainda que o delito fosse cometido por um leigo. Nas palavras de Frago: “Em face da crescente influência da Igreja sobre o governo civil, o direito canônico foi aos poucos estendendo-se a pessoas não sujeitas à disciplina religiosa, desde que se tratasse de fatos de natureza espiritual” (1986, p. 31).

Os delitos subdividiam-se em:

delicta eclesiástica, que eran los que ofendían al derecho divino; delicta mere secularia, que lesionaban tan solo el orden humano, y delicta mixta, que tanto violaban una como outra esfera. Los primeros eran de la exclusiva competencia de la Iglesia, y se castigaban con *paenitentia*; los segundos se penaban por el poder laico con verdaderas penas, y por la Iglesia, en el *foro conscienciae*, con *poene medicinales*, que tenían carácter indeterminado y a las que solo ponía fin la enmienda del culpable; los demás podían castigarse tanto por el poder seglar como por la Iglesia, que aplicaba verdaderas penas: *poene vindicativae*. Está muy debatido, sin embargo, si la Iglesia conminó con verdaderas penas tan sólo a los eclesiásticos, imponiendo únicamente a los laicos censuras o penitencias, y si entre las *poene* del Derecho canónico había penas propiamente dichas, es decir, penas vindicativas. Igualmente es inseguro, si la pena se infligia solamente en interés del reo, para enmedarle y reconciliarle con Dios, o si se aplicaba como médio de reparación del orden jurídico, estando la enmienda relegada a plano subalterno (ASÚA, 1950, p. 290).¹⁷

O Direito canônico considerava a justiça pública, proclamando que a persecução do delito era dever do príncipe e do magistrado, combatendo, portanto a vingança de sangue, assim, “el Cristianismo “condena la venganza privada” y “pone la espada de la Justicia en manos de la Autoridad” (ASÚA, 1950, p. 291).¹⁸

O poder de punir no Direito Penal canônico também pode ser caracterizado como centralizado, isto é, não estava à disposição das partes para que privativamente efetuassem a justiça.

O exercício da punição nesta época, embora centralizado, era complexo, pois era diferenciado quanto ao órgão julgador segundo a natureza do delito e a pessoa autora. Assim,

¹⁷ “A classificação dos delitos era a seguinte: a) *delicta eclesiastica* – ofendiam o direito divino, eram da competência dos tribunais eclesiásticos, e eram punidos com as poenitentiae; b) *delicta mere secularia* – lesavam somente a ordem jurídica laica, eram julgados pelos tribunais do Estado e lhes correspondiam às sanções comuns. Eventualmente, sofriam punição eclesiástica com as *poenae medicinales*; c) *delicta mixta* – violavam as duas ordens (religiosa e laica) e eram julgados pelo tribunal que primeiro deles tivesse conhecimento. Pela Igreja eram punidos com as *poene vindicativa*” (BITENCOURT, 2003, p. 43-4).

¹⁸ “Durante la Edad Media se luchó tercamente contra la venganza, sobre todo por la Iglesia católica, según hemos visto [...] que instaura las treguas de Dios, y que al fin se logra apaciguar con las *treguas perpetuas*, en que la *faida* se prohíbe permanentemente (Dieta de Woorms y de Ausburgo). Pero a pesar de ello la composición subsiste y la dureza de las penas se manifiesta como rasgo característico de esos tiempos, en los modos terribles de *aplicar la muerte*, en el régimen inquisitivo, en la *tortura* y en la *picota*” (ASÚA, 1950, p. 293).

se o delito era contra as divindades, a competência para o julgamento era do tribunal eclesiástico; se o crime violasse somente a ordem social, a punição era estabelecida pelos tribunais do Estado; no entanto, se fossem delitos mistos, isto é, que violassem tanto a ordem laica como a divina, a competência era de qualquer um dos tribunais, estabelecendo-se pela prevenção, ou seja, aquele que primeiramente tomasse conhecimento do caso tornava-se competente. Em suma, pode-se dizer que a justiça penal na época da Idade Média era centralizada: ora na Igreja, ora no Estado.

1.1.3 O Direito Penal moderno

O final do século XVIII marcado, sobretudo, pela mudança da ordem feudal e do Estado absolutista para a ordem capitalista e o Estado de Direito moderno, também foi época de transformações no campo da repressão dos delitos.

a) O monopólio estatal do *jus puniendi*: O monopólio estatal do *jus puniendi*, caracterizado, especialmente, pelo surgimento do moderno Direito Penal, advém de uma nova forma de organização do poder, antes descentralizado e arbitrário, e, agora, depositado no Estado e vinculado ao princípio da legalidade e outras garantias necessárias à proteção dos direitos fundamentais do cidadão.

Importante fazer, inicialmente, considerações sobre esta nova forma de organização do poder: o Estado.

De acordo com Bobbio (1986), Estado não é um conceito universal, mas serve para indicar uma forma de ordenamento político surgida na Europa a partir do século XIII até os fins do século XIX, que depois se estendeu ao mundo inteiro. Estabelece o mesmo autor:

Desde a sua pré-história, o Estado se apresenta precisamente como a rede conectiva do conjunto de tais relações, unificadas no momento político da gestão do poder. Mas é só com a fundação política do poder, que se seguiu às lutas religiosas, que os novos atributos do Estado – mundaneidade, finalidade e racionalidade – se fundam para dar a este último a imagem moderna de única e unitária estrutura organizativa formal da vida associada, de autêntico aparelho da gestão do poder, operacional em processos cada vez mais próprios e definidos, em função de um escopo concreto: a paz interna do país, a eliminação do conflito social, a normalização das relações de força, através do exercício monopolístico do poder por parte do monarca, definido como *souverain* enquanto é capaz de estabelecer, nos casos controversos, de que parte está o direito, ou, como se disse, de decidir em casos de emergência (1986, p. 427).

O Estado passa a ser o detentor do monopólio da força legítima, ou seja, a centralização desta leva à superação do policentrismo do poder (característica do período anterior) à concentração numa instância exclusiva e unitária. Frisa Bobbio:

A história do surgimento do Estado moderno é a história desta tensão: do sistema policêntrico e complexo dos senhorios de origem feudal se chega ao Estado territorial concentrado e unitário através da chamada racionalização da gestão do poder e da própria organização política imposta pela evolução das condições históricas materiais (1986, p. 426).

A juridificação do poder, ilustra Cademartori (1999), rompe com o poder tradicional (existente no período anterior), fazendo surgir o absolutismo das assembléias soberanas, pois a ordem do soberano é agora proveniente de uma norma legal, impessoal, genérica e com previsão de conseqüências jurídicas.

O Direito Penal moderno pode ser caracterizado a partir da lenta transferência do poder de repressão dos delitos de instituições primárias ou do próprio ofendido e de sua família para ser realizado por um corpo constituído, o Estado, que com seu fortalecimento passa a deter o monopólio do *jus puniendi*, sendo a vítima, portanto, afastada de processo punitivo, pois o Estado é o único legitimado para o exercício de controle dos desvios.¹⁹ Em suma, de um controle dos delitos descentralizado, aberto, difuso e arbitrário, passa-se à consolidação do monopólio do *jus puniendi* no Estado (Direito Penal moderno), caracterizado como centralizado, pois a concentração do controle do delito se dava na esfera estatal, e racional, sendo este controle fundamentado na lei, no princípio da legalidade. Segundo Tourinho Filho:

em determinado momento histórico, o Estado chamou a si a tarefa de administrar justiça, fazendo-o por meio do *processo*, verdadeiro “substituto civilizado da vingança privada”. O Estado, então, passou a ser o detentor do monopólio da administração da justiça [...]. O *nulla poena sine judicie* e o *nulla poena sine judicio* são dogmas constitucionais que coíbem e cerceiam a possibilidade, ainda que remota, de se inflingir uma *sanctio juris* penal, senão por meio do Estado-Juiz, com a observância das normas processuais. Mesmo nos delitos de alçada privada, em que, por motivos vários, se comete ao próprio ofendido o *jus accusationis*, não se concebe uma “autocomposição”, com o sentido de as partes ajustarem a pena a ser imposta (2003, p. 288-9).

Essa concentração do direito de punir no Estado possibilitou um grau maior de certeza e segurança jurídica aos indivíduos. Contudo, se o Estado não estiver condicionado há certos limites, seu poder também será arbitrário. Por isso, o Direito Penal deve ser voltado

¹⁹ A centralização manifesta-se pela concentração do controle do delito na esfera estatal e é acompanhada pela normatização da atuação punitiva. Através dela o controle do delito é apresentado como um exercício de poder racional porque, em oposição ao controle vigente no antigo regime, está limitado pela lei. Neste contexto, acentua Andrade (1994, p. 123), o sistema penal adquire uma estrutura marcada pela presença de duas dimensões distintas: uma dimensão programadora, consubstanciada na elaboração normativa dos delitos e das penas e, portanto, na enunciação legal dos limites do poder de punir, e uma dimensão operacional, que compõem-se do conjunto de decisões e ações dos órgãos responsáveis pelo controle (HAUSER, 2001, p. 24-5).

para a tutela dos direitos fundamentais da pessoa contra o abuso de poder do Estado. No ponto de vista de Carvalho:

Indubitavelmente, na emergência da modernidade, o objetivo do Estado Moderno, em sua primeira versão enquanto Estado Absolutista, foi criar e estabelecer, diante do pluralismo da sociedade ascendente, um padrão objetivo de solução dos conflitos (a lei) para uma sociedade cujo relativismo valorativo poderia levar à dissolução. Assim, enquanto comando imperativo do soberano, a lei aparece como fonte objetiva de dissolução das controvérsias e como resposta institucional as incertezas da sociedade de mercado nascente. Mais tarde, com o Estado Liberal, o valor dado à segurança atinge um patamar ainda mais elevado. O Estado, por meio de sua legalidade, fornece proteção não apenas contra a ação dos outros indivíduos, mas acima de tudo contra as investidas de seu próprio poder. Todo o poder do Estado passa a ser, nesse momento, uma competência jurídica, impondo o condicionamento jurídico do poder de criação do Direito (2007, p. 247).

A cultura jurídica penal que se desenvolveu com o nascimento do Estado moderno, desenvolveu uma ciência juspositivista, baseada no princípio da legalidade e nos direitos naturais, que teve como consequência a elaboração, em grande parte, das garantias de liberdade do cidadão e as formas do moderno Estado de Direito, como sistema político submetido a regras e limites jurídicos (FERRAJOLI, 1995).

A escola penal clássica foi o marco histórico desta transição, pois, segundo Carvalho “A doutrina tradicional comumente opõe ao pensamento jurídico-penal do medievo um ‘período humanitário’ consagrado pela chamada ‘Escola Clássica’ do direito penal.” (2003, p. 41).

Assim, não há como se analisar o surgimento do Direito Penal moderno sem referência à Escola Clássica. Esta se caracteriza pela presença inicial de uma filosofia do Direito Penal (necessidade de construção de um discurso de justificação para a atividade repressiva do Estado)²⁰ para depois desenvolver conceitos jurídicos, como os de crime, criminoso e pena, enfim, a busca da norma positivada dos elementos necessários para a legitimidade do controle penal.

A fase fundacional da Escola Clássica é marcada pela obra “Dos Delitos e das Penas”, de Beccaria, 1764²¹, que, simultaneamente, combate à justiça penal do Antigo

²⁰ “Durante o seu período fundacional, de caráter notadamente filosófico, o pensamento clássico coloca como problema central a questão relativa aos limites e a justificativa do poder de punir do estado perante a liberdade individual. Sua característica mais marcante é a busca por um fundamento racional para o exercício punitivo do Estado, com vistas a garantir ao indivíduo proteção contra toda e qualquer forma de intervenção punitiva ilimitada e/ou arbitrária. Esta postura reflete a projeção, para o campo penal, da concepção racionalista de ciência dominante naquele período histórico, demonstra a incorporação do conjunto de pensamentos presentes na filosofia iluminista (racionalismo, humanismo, contratualismo, liberalismo)” (HAUSER, 2001, p. 26-7).

²¹ “Beccaria (1738-1794) com seu *Dei Delitti e delle Pene* foi objeto de entusiasmo em todo o mundo, revolucionando os sistemas repressivos vigentes e abrindo um caminho a modernas concepções sobre a pena, fundando o direito de punir na necessidade de defender a sociedade contra as transgressões e, por tal razão,

Regime e projeta uma nova forma de controle dos desvios, mais humanitária e utilitária, contratualmente modelada. A obra de Beccaria (S.d) pode ser analisada a partir de duas dimensões: uma crítica (negativa) e outra reconstrutora (positiva).

Quanto à dimensão crítica, a obra serviu como denúncia do sistema de controle de delitos até o momento existente. Na dimensão reconstrutora, “Dos Delitos e das Penas” estabelece as bases fundacionais do moderno Direito Penal e Processual Penal orientado pela exigência de segurança individual frente ao arbítrio do controle de desvio existente, sendo a questão central a instauração de um regime de legalidade capaz de evitar esse regime de insegurança e incerteza punitivas.²²

Beccaria (S.d), encontra no contrato social um novo fundamento, agora então racional, e uma nova legitimidade para o *jus puniendi*:

Cansados de só viver no meio de temores e de encontrar inimigos por toda parte, fatigados de uma liberdade que a incerteza de conservá-la tornava inútil, sacrificaram uma parte dela para gozar do resto com mais segurança. A soma de todas essas porções de liberdade, sacrificadas assim ao bem geral, formou a soberania na nação; e aquele que foi encarregado pelas leis do depósito das liberdades e dos cuidados da administração foi proclamado o soberano do povo [...] Por conseguinte, só a necessidade constringe os homens a ceder uma parte de sua liberdade; daí resulta que cada um só consente em pôr no depósito comum a menor porção possível dela, isto é, precisamente o que era necessário para empenhar os outros em mantê-lo na posse do resto. O conjunto de todas essas pequenas porções de liberdade é o fundamento do direito de punir. Todo exercício do poder que se afastar dessa base é abuso e não justiça; é um poder de fato e não de direito; é uma usurpação e não mais um poder legítimo. As penas que ultrapassam a necessidade de conservar o depósito da salvação pública são injustas por sua natureza; e tanto mais justas serão quanto mais sagrada e inviolável for a segurança e maior a liberdade que o soberano conservar aos súditos (p. 29-31).

Beccaria (S.d) retira três conseqüências deste novo fundamento racional do exercício punitivo.

A primeira pode ser definida pelo princípio da legalidade, segundo o qual somente as leis podem definir delitos e penas, e as leis somente podem ser editadas pelo legislador.²³

Estabelece Beccaria (S.d), como segunda conseqüência, que as leis devem ser gerais e escritas em linguagem comum, acessível a qualquer cidadão e ao juiz, sendo que para sua aplicação, devida a sua clareza, não se necessitaria nem mesmo o uso de interpretação. Para o

quando a punição ultrapassava tais limites de necessidade torna-se intrinsecamente injusta, colocando a utilidade como base da justiça humana” (COSTA, 1988, p. 109).

²² “Orienta-se, neste sentido, pela exigência de segurança individual contra a arbitrariedade do Príncipe (poder punitivo), e sua preocupação central é a instauração de um regime estrito de legalidade (Penal e Processual Penal) que evite toda incerteza do poder punitivo, ao mesmo tempo em que promova a sua humanização e instrumentalização utilitária” (ANDRADE, 1997, p. 49-50).

²³ “[...] só as leis podem fixar as penas de cada delito e que o direito de fazer leis penais não pode residir senão na pessoa do legislador, que representa toda a sociedade unida por um contrato social” (BECCARIA, S.d, p. 32).

autor essa sujeição rigorosa do juiz à lei garantiria a igualdade, a certeza e segurança jurídica sonhadas.²⁴

A terceira consequência exposta por Beccaria (S.d, p. 33) refere-se à utilidade da pena. Esta não deve ter como finalidade torturar o condenado, devendo prevenir delitos e ser limitada pelos princípios da humanidade e proporcionalidade ao crime.^{25,26}

Tem-se, então, que a crítica de Beccaria (S.d) representa o marco a partir do qual se desenvolve um conjunto de pensamentos sobre o fundamento do controle punitivo do Estado, pois “Com o saber iluminista-reformista que a obra de Beccaria (S.d) simboliza nasce, portanto, um projeto de refundação do Direito e da Justiça Penal e, com ele, uma promessa de segurança jurídica individual para a modernidade” (ANDRADE, 1997, p. 52).

Se a obra de Beccaria (S.d) representa o fundamento filosófico e ideológico da Escola Clássica, em Carrara encontra-se o maior representante da fase jurídica ou jusracionalista da Escola, que é o segundo período desta, marcado não mais pelo combate a justiça penal do período anterior, mas buscando consolidar os princípios básicos do novo Direito Penal e Processual Penal liberal.²⁷

²⁴ “A segunda consequência é que o soberano, que representa a própria sociedade, só pode fazer leis gerais, às quais todos devem submeter-se, não lhe compete, porém, julgar se alguém violou essas leis” (BECCARIA, S.d, p. 32-3). Aqui surge a figura do juiz, como terceiro imparcial, para decidir acerca da violação ou não do contrato social.

²⁵ “[...] mesmo que os castigos cruéis não se opusessem diretamente ao bem público e ao fim que se lhes atribui, o de impedir os crimes, bastará provar que essa crueldade é inútil, para que se deva considerá-la como odiosa, revoltante, contrária a toda justiça e à própria natureza do contrato social” (BECCARIA, S.d, p. 33).

²⁶ Em síntese efetuada por Costa (1988, p. 110-11) encontra-se que: “Homens isolados e livres, cansados de viver em guerra permanente, fartos de uma liberdade que a incerteza tornava inútil, decidem sacrificar uma parte dessa liberdade para fluir o resto ainda existente com maior tranquilidade. Ficam depositadas a cargo do soberano sendo que tal depósito necessita ser protegido contra as usurpações de cada indivíduo, por causa da tendência ao despotismo. Por tais motivos há penas contra os infratores. Beccaria, depois de haver sustentado que o homem só se vê obrigado a ceder uma parte de sua liberdade pela *necessidade* e que o agregado das proporções da liberdade forma o *direito de reprimir*, afirma que as penas que excedem a necessidade de conservar a segurança pública são obviamente injustas *per natura*. Assim, depois de expor a *tese contratualista* enumera as consequências emergentes: a) só as leis podem estatuir as penas e jamais podem ser ditadas senão pela vontade do legislador, o qual representa a sociedade por contrato; b) o magistrado não pode impor qualquer pena que não esteja fixada em lei, como também ultrapassar os limites por ela delimitados ainda que invoque o bem público; c) o soberano não pode governar sem leis gerais que obriguem a todos e nem tampouco declarar que alguém violou o contrato social; d) as penas não podem ser atroz; e) os magistrados, na aperfeiçoamento dos processos penais, devem fazer silogismo perfeito. Diz Beccaria que nada mais perigoso que consultar o “espírito da lei” e advoga que a desordem que possa gerar a sua vigorosa observação não é comparável com os inconvenientes de interpretação. As leis precisam ser *claras*.

²⁷ Andrade enfatiza que esta fase é marcada pelo abandono da posição crítico-negativa que marcou o momento de fundação da Escola, sobretudo com Beccaria, por uma perspectiva construtiva, ou seja, a crítica à justiça penal vigente no Antigo Regime cede lugar à edificação de uma “construção conceitual sistemática do Direito Penal, do crime, da responsabilidade penal e da pena” (1997, p. 52-3).

É com a obra “Programa do Curso de Direito Criminal”, de 1859, de Carrara, que a “construção sistemática da razão” (método racionalista) atinge seu apogeu (ANDRADE, 1997, p. 52).²⁸

O primeiro elemento conceitual elaborado nesta fase foi o conceito de crime, para Carrara crime é um “ente jurídico”²⁹:

El delito es un ente jurídico, porque su esencia debe consistir necesariamente en la violación de un derecho. Pero el derecho es congénito al hombre, porque fue dado por Dios a la humanidad desde el primer momento de su creación, para que aquella pudiera cumplir sus deberes en la vida terrena. Por lo tanto, el derecho debe tener vida y criterios preexistentes a los pareceres de los legisladores humanos, criterios infalibles, constantes e independientes de los caprichos de esos legisladores y de las utilidades avidamente codiciadas por ellos. Así, a modo de primer postulado, la ciencia del derecho criminal debe considerarse como un orden racional que emana de la ley moral jurídica, preexistente a todas las leyes humanas y que obliga aun a los legisladores. (1988, p. 5).³⁰

Ao considerar crime como “ente jurídico”, a Escola Clássica, com Carrara, também classificou analiticamente seus elementos constitutivos.

Assim, a responsabilidade penal, para Carrara (1988), estava fundada na responsabilidade moral decorrente do livre-arbitrío³¹:

²⁸ Segundo Costa (1988, p. 115) Os princípios básicos difundidos por Carrara foram as pilastras da escola clássica, que são em síntese: a) o delito é um ente jurídico; b) a ciência do Direito Penal é uma ordem de razões emanadas da Lei moral jurídica; c) a tutela jurídica é o fundamento legítimo de repressão e seu fim; d) a qualidade e quantidade de pena, que é repressiva, devem ser proporcionadas ao dano que se ocasionou com o delito ou o perigo ao direito; e) responsabilidade criminal se baseia na imputabilidade moral, desde que não exista agressão ao direito, se não procede da vontade livre e consciente; f) o livre-arbitrío não se discute, é aceito como dogma, pois sem ele a ciência penal careceria de base.

²⁹ “Numa atmosfera política liberal, que se preocupava em fixar claramente os limites da intervenção estatal; num ambiente especulativo que acentuava a supremacia, as possibilidades e as exigências da razão humana, o crime acabava por ser considerado como um “ente jurídico” porque “ente da razão”, dada a fonte racionalista de toda norma jurídica” (ANDRADE, 1997, p. 54).

“O atributo da juridicidade era relacionado ao crime, não porque fosse considerado uma violação de determinado ordenamento jurídico-positivo, mas do Direito, compreendido como categoria lógico-abstrata, como elaboração apriorística de uma noção postulada por uma exigência da razão” (BETTIOL, 1966, p. 22); (ANDRADE, 1997, p. 54).

³⁰ Tem-se aqui que a versão contratualista, que em Beccaria era o fundamento do exercício do poder de punir, agora em Carrara é substituída por uma versão católico-tomista, pois sua origem são as leis divinas.

³¹ “[...] a responsabilidade penal tem por fundamento a responsabilidade moral, e esta tem por pressuposto o livre-arbitrío” (ANDRADE, 1997, p. 56).

“A responsabilidade penal decorre, pois, da violação consciente e voluntária da norma penal. Para que a vontade seja culpável, deve ser exercida no domínio do livre-arbitrío, que confere imputabilidade ao sujeito da ação” (ANDRADE, 1997, p. 56).

“A responsabilidade moral tem como fundamento a liberdade moral, e desta forma, para os clássicos, o criminoso é penalmente responsável, porque tem a responsabilidade moral, e é moralmente responsável porque possui o livre-arbitrío” (COSTA, 1988, p. 16).

“Didaticamente podemos resumir: a) o livre-arbitrío é o fundamento da responsabilidade moral do criminoso; b) só há responsabilidade penal quando existe moral; c) o crime é produto acabado da vontade livre do delinquent e jamais produto natural ou social da ação biopsicossocial” (COSTA, 1988, p. 116).

Já a pena, para Carrara (1988), era vista como retribuição e tutela jurídica, era um castigo justo aplicado ao culpado que o merece por ter cometido livre e conscientemente uma falta.³²

É, portanto, com a fase jurídica da Escola Clássica (o delito como um ente jurídico, que deve consistir na violação de um direito; o criminoso com um ser normal que, por possuir livre-arbítrio, viola conscientemente a norma penal; e a pena como retribuição)³³ que, segundo Andrade, (1997, p. 60), após três quartos de século, o Direito Penal estava construído.

³² “Se o crime é um ente jurídico, a pena é a resposta do próprio ordenamento jurídico. Negação de uma negação, que restabelece o equilíbrio jurídico rompido pelo crime, a retribuição é uma forma de tutela jurídica.” (ANDRADE, 1997, p. 58).

“La teoría de la *pena* contempla el delito en su vida exterior, y a esta la mira en sus relaciones con la sociedad civil, considerada en su primera razón de ser, esto es, como ejecutora necesaria de la *defensa del derecho* sobre la tierra” (CARRARA, 1988, p. 36).

³³ “Do crime como ente jurídico, ditado pela razão, à responsabilidade penal fundada na responsabilidade moral derivada do livre-arbítrio, cuja conseqüência lógica é a pena, concebida então como retribuição e meio de tutela jurídica, que, rigorosamente proporcionado ao crime, não deixa nenhum arbítrio ao interprete judicial, evidenciando-se que a Escola Clássica move-se num universo de conexão sistemática entre livre-arbítrio-crime-responsabilidade penal-penal que encontra no fato crime seu referente de gravitação e na proteção do indivíduo contra o arbítrio sua inspiração ideológica fundamental” (ANDRADE, 1997, p. 58-9). Andrade escreve: livre-arbítrio – crime – responsabilidade penal – penal, contudo se frisa que a intenção da autora era escrever neste último pena.

2 A CRISE DO ESTADO-NAÇÃO MODERNO

2.1 A CRISE DO ESTADO-NAÇÃO

Estado não é um conceito universal, mas serve para indicar e descrever uma forma de ordenamento político surgida na Europa, a partir do século XIII, que depois acabou estendendo-se a todo o mundo civilizado. O termo soberania³⁴ aparece, em sua significação moderna³⁵, no final do século XVI, juntamente com o referente ao Estado. Este termo indica o poder estatal, enquanto sujeito único e exclusivo da política e do Direito. Tal conceito permite ao Estado moderno opor-se à organização medieval de poder, representada pelo papado e pelo império³⁶. Assim, a soberania é acentuada com a finalidade de concentrar o poder numa única instância e, em decorrência, manter o monopólio da força num determinado território, sobre um povo e realizar a máxima unidade e coesão política e jurídica. Soberania é a articulação de poder e autoridade, fornecendo suporte e justificação; estabelecendo condições e limites ao seu exercício. Ou seja, o conceito político-jurídico de soberania moderna indica o poder de mando em última instância, numa sociedade política. É a racionalização jurídica do poder, no sentido da transformação da força em poder legítimo, do poder de fato em poder de Direito. A história do conceito de soberania está relacionada à formação do Estado moderno, com o término da Guerra dos Trintas Anos pelo Tratado de Westfália (1648). As comunidades políticas se organizaram em Estados, exercendo internamente o poder absoluto e não reconhecendo exteriormente nenhum poder maior que o seu próprio. Ou, conforme Leal: “Na passagem do feudalismo para a Idade Moderna, opera-se, com base na figura do príncipe (monarca), um fenômeno de personalização e de centralização territorial do poder, em

³⁴ “No pensamento jurídico e político, diz-se ser *soberana* a pessoa ou instituição que exerce a autoridade final dentro de um determinado território e sobre uma comunidade política específica. *Internamente*, a Soberania refere-se à existência de uma autoridade com poder supremo (*summa potestas*) na estrutura da comunidade. *Externamente*, aplicada às relações entre comunidades políticas, denota a inexistência de qualquer autoridade com pretensão de supremacia” (ARGUELHES, 2006, p. 763).

³⁵ “O modelo político da modernidade ocidental é um modelo de Estados-nação soberanos, coexistindo num sistema internacional de Estados igualmente soberanos – o sistema interestatal. [...] O sistema interestatal foi sempre concebido como uma sociedade mais ou menos anárquica, regida por uma legalidade muito tênue” (SANTOS, 2003, p. 2).

³⁶ “Na Europa Medieval, a sociedade organizava-se pela interação entre diversas instâncias intermediárias de poder (corporações, senhores feudais etc.). Soberania indicava uma posição de proeminência apenas relativa: dentro de um sistema hierárquico definido por costumes e leis de natureza, era-se ou não superior e soberano, em relação os ocupantes de um status inferior” (ARGUELHES, 2006, p. 763-4). Não se distinguem com nitidez as esferas doméstica e externa de organização do poder.

substituição ao modelo policêntrico e descentralizado que identificava o período medieval” (2006, p. 288-9).³⁷

Segundo Capella (2002), o conceito de soberania, como atributo dos Estados-nações modernos, foi elaborado a partir da experiência da superioridade do poder dos monarcas sobre qualquer outro poder em seus reinos. No poder feudal os aspectos econômico, político e ideológico estavam todos em uma única entidade indiferenciada. Com o trânsito do feudalismo ao capitalismo como modo de produção dominante suscitou-se a diferenciação das estruturas de poder. O poder, com a modernidade, dividiu-se em duas esferas distintas: o poder político estatal na esfera pública e o poder econômico na esfera privada.³⁸

De acordo com Bedin (2001), vive-se um momento de declínio da sociedade internacional nascida da Paz de Westfália, ou seja, da sociedade internacional centrada em Estados-nações soberanos e, por conseqüência, de um dos pressupostos que a sustentava: o conceito de soberania estatal. Assiste-se à configuração de um novo momento da história da humanidade, um momento de formulação de novos pressupostos teóricos e conceituais.

A soberania moderna está em crise e a globalização é um dos principais fatores desta, pois o Estado-nação forjado na autonomia soberana não consegue mais controlar e proteger seu território, bem como garantir a legitimação de suas decisões. Os três elementos clássicos formadores do Estado-nação moderno (território, povo e soberania), pressupõem um conceito de espaço e de tempo modernos, que hoje, com a sociedade em redes (espaço de fluxos e tempo virtual pós-modernos) traz mudanças profundas na constituição do Estado-nação moderno, efetivando, portanto, um novo conceito de soberania. A soberania pós-moderna constrói-se a partir de impérios mundiais, que desconhecem os Estados nacionais, ou seja, há um deslocamento do poder para a soberania externa em detrimento da afirmação nacional. A interdependência global acarreta o deslocamento do centro de articulação da sociedade internacional, que passa dos Estados-nação soberanos aos novos atores das relações internacionais (organizações internacionais, empresas transnacionais, organizações não-governamentais).

³⁷ “Como figura maior dessa nova estrutura, o monarca se confunde com o próprio Estado (vale lembrar conhecida máxima ditada por Luís XIV, da França, que afirmava *L’État c’est moi*, isto é, o Estado sou eu), concentrando em si as prerrogativas e os poderes necessários para a consolidação dessa unidade interna, base também da concepção de soberania – associada, originariamente, à idéia de exclusividade, dentro de limites estabelecidos pelo território enquanto elemento essencial do Estado, de exercício do poder” (LEAL, 2006, p. 289).

³⁸ As noções de esfera privada e esfera pública também fazem parte do vocabulário do mito político moderno. Relações que implicam unicamente os indivíduos que entram nelas (relações privadas) ou relações que implicam ao conjunto da coletividade (relações da esfera pública, relações políticas). “Toda relación social ha de encajar en uno de estos ámbitos (o esferas) y solamente en uno. Las dos esferas se hallan estrictamente separadas” (CAPELLA, 2002, p. 110).

O fenômeno da globalização do mundo configura-se como uma grande mudança histórica. O mundo passa pela conformação de um novo momento de desenvolvimento da humanidade, há uma redefinição das noções de tempo de espaço, diminuem-se as distâncias sendo que qualquer acontecimento é instantâneo em qualquer lugar do planeta, ou seja, no mundo de hoje um evento ocorrido em outro continente, a milhares de quilômetros, pode influenciar as nossas vidas quase que instantaneamente. Os problemas não estão mais necessariamente vinculados a um território estatal determinado, há uma “desterritorialização”.³⁹

Visualiza-se, portanto, que o poder político modificou sua estrutura, pois, pela primeira vez desde o nascimento da modernidade, não pode ser descrito em termos de soberania. Há que se prescindir da idéia de um único agente de poder (o Estado-nação) e se passa a falar, como expressa Capella (2002), num campo de forças⁴⁰ no qual o campo de poder contemporâneo é constituído pela inter-relação de soberano privado supra-estatal difuso e por Estados-nação permeáveis ou associações estatais permeáveis, como, por exemplo, a União Européia.

Este poder soberano privado supra-estatal, segundo Capella (2002), é um poder difuso, ou seja, não está concentrado em poucas mãos e nem numa sede determinada, sendo constituído pelas grandes companhias transnacionais, pelos conglomerados financeiros (exemplo Banco Mundial e Fundo Monetário Internacional), pelas instâncias privadas de criação de Direito (*lex mercatoria*).⁴¹

³⁹ Logo, como afirma Ferrajoli (2003), a crescente interdependência econômica, política, ecológica e cultural transformaram o mundo numa aldeia global. Nessa aldeia, graças à rapidez das comunicações, nenhum acontecimento do mundo nos é alheio e nenhuma parte do mundo nos é estranha.

⁴⁰ “O fenômeno da globalização, que tem sido determinante nos tempos atuais para redimensionar a noção de soberania estatal, complementa esse esforço teórico em abandonar o conceito clássico de Estado. Em suma, mais do que se preocupar com a função intervencionista do Estado ou retorno ao liberalismo, a ciência política hodierna ocupa-se com as relações de poder” (CHUT; FILHO, 2006, p. 286).

A modernidade está morta “[...] pela ação de um poder que não está mais localizado no Estado, e sim numa rede capilar de disciplinas, que saturam os interstícios mais minúsculos da vida cotidiana [...]” (ROUANET, 1987, p. 21).

⁴¹ “El estado no es ya el poder político supremo, pues ha de inclinarse ante un difuso soberano privado supraestatal” (CAPELLA, 2002, p. 231-2).

“Esto es: hay que prescindir de la Idea de un único agente causal y pasar a hablar de un ámbito en que el se suscitan determinaciones, aunque éstas no puedan ser atribuidas linealmente a un solo agente generador o incluso aunque en una situación concreta la determinación del generador quede oscurecida o sea imposible dentro del campo” (CAPELLA, 2002, p. 257).

“El poder <<político>> ha modificado su estructura profunda con la *gran transformación*: por vez primera desde el nacimiento de la modernidad no puede ser descrito en términos de soberanía y legitimidad simples. El *campo de poder* contemporáneo – se sostendrá aquí – está constituído por la *interrelación de un soberano privado supraestatal difuso* y – puesto que se mantiene la base territorial de asentamiento del poder – un <<estado permeable>> o unas <<asociaciones estatales>> permeables, abiertas o porosas (como puede ser la Unión Europea” (CAPELLA, 2002, p. 257-8)

Os poderes estatais encontram limitações externas e superiores em certos âmbitos de sua atuação. Isso ocorre, basicamente, devido ao soberano privado supra-estatal difuso, embora ser um poder privado, ter efeitos de natureza pública, especialmente porque determina as políticas estatais, impondo suas próprias políticas aos Estados-nação e impedindo-os de concretizar suas políticas quando essas são incoerentes com as suas próprias. O Estado-nação moderno aberto tem de instrumentar as políticas que lhe vêm assinaladas pela instância supra-ordenada do soberano difuso. Como bem sintetiza Arguelhes (2006, p. 767):

Seria o conceito moderno de soberania um artefato histórico para compreender os Estados contemporâneos? Internamente, o Estado parece ser incapaz de assegurar a unidade de sociedade cada vez mais plurais e fragmentadas, tornando-se apenas um ator importante dentre outros – empresas, organizações da sociedade civil e mídia, por exemplo – que participam dos processos decisórios na comunidade. O centralismo político, causa e efeito do surgimento do conceito moderno de soberania, dá lugar na prática ao pluralismo. Juridicamente, os Estados podem manter o monopólio sobre o uso da força, mas há uma dispersão de fato do poder de decisão (tanto pela legitimidade, quanto pela força) em instâncias externas ao aparelho estatal. Externamente, embora não exista uma autoridade última no âmbito internacional, processos como os de integração e formação de blocos regionais dificultam a aplicação do conceito tradicional de soberania [...]. Processos decisórios nos quais nenhum Estado tem a autoridade final – em especial a colaboração por meio de organismos internacionais e multilaterais e a intervenção internacional para fins humanitários ou militares – redefinem as sagradas fronteiras da soberania [...].

Assim, a crise do Estado-nação moderno deve ser entendida tanto em nível supra-estatal quanto em nível infra-estatal, pois decorre de processos como a globalização⁴² e, também, de práticas locais (localismo).

2.2 A PERDA PARCIAL DO MONOPÓLIO ESTATAL DO DIREITO

O Direito não ficou e nem está imune a transformações⁴³. A globalização coloca em crise os paradigmas do Direito moderno⁴⁴, e, assim, diante das mudanças econômicas, sociais, políticas e culturais, o Direito é obrigado a rever institutos e conceitos construídos ao longo de

⁴² O homem, como lembra Bedin (2001), após ter construído sólidas identidades nacionais e projetos delimitados por fronteiras claramente estabelecidas (Estado-nação), começa a aventurar-se em dimensões planetárias, pois há a percepção de que o mundo tornou-se um único lugar para todos os seres humanos e, portanto, os problemas e interesses relevantes adquiriram o caráter de questões mundiais ou globais.

⁴³ O mundo mudou de forma radical na década de 80, uma nova ordem mundial se impôs: as nações erigidas em Estados soberanos demonstravam-se cada vez menos capazes de controlar suas economias, “[...] e ao mesmo tempo, que os modos tradicionais de regulação não preenchem mais sua função, que o direito não tem mais nenhuma capacidade de assegurar a função para a qual ele havia sido erigido em modo privilegiado de regulação social” (ARNAUD, 1999, p. 1).

⁴⁴ A globalização coloca em questão a regulação jurídica do tipo clássico (fundada nos Estados soberanos).

séculos de história e tradição, pois seus fundamentos não dão mais conta da realidade contemporânea das nossas comunidades.⁴⁵

Resta inegável que as novas formas de organização do poder e da economia, surgidas com a globalização, estão modificando as formas e as práticas jurídicas. As normas caracterizadoras do Direito positivo moderno vêm perdendo sua capacidade de ordenar, controlar e regular a sociedade atual, sendo que seus instrumentos jurídicos e seus mecanismos processuais não conseguem mais desempenhar de modo satisfatório o papel de eliminar as tensões, os conflitos e reduzir a violência, pois se vive uma realidade dominada por forças dinâmicas globais que ultrapassam os marcos tradicionais daquele Direito moderno ligado exclusivamente ao Estado⁴⁶. Ou seja, enfrenta-se muita dificuldade na promoção de um acoplamento entre um mundo virtual emergente e as instituições do mundo real (FARIA, 2002).

Dentre as limitações que o Direito positivo estatal moderno encontra ante a sociedade globalizada, pode-se citar a redução de parte da jurisdição estatal, pois, como as normas e os órgãos jurisdicionais encarregados da aplicação dessas foram criados para desempenhar suas funções dentro dos limites territoriais e com a força monopolizada pelo Estado, o alcance e eficácia de seu desempenho diminuem na medida em que a interdependência das relações globais se intensifica (FARIA, 2002).⁴⁷

Outra limitação, também colocada por Faria (2002, p. 76), refere-se “à discrepância entre seu perfil arquitetônico e a crescente complexidade do mundo contemporâneo”, pois suas normas padronizadas, abstratas, organizadas em um sistema unitário, lógico, fechado, hierarquizado, coerente e por isso, aparentemente, livre de lacunas e antinomias, acabam

⁴⁵ “As velhas fontes de regulação, que antes eram identificadas com o Estado, alienaram-se de forma radical da vida prática e passaram a ser pautadas, não mais pela produção da legalidade através de instituições visíveis, mas pela “mão invisível do mercado”, subordinado diretamente ao capital financeiro volatizado” (GENRO, 2002, p. 41).

⁴⁶ “[...] uma teoria jurídica da modernidade, e o significado mais lapidar que se pode dar à expressão *modernidade* seria aquele de um período, de uma fase em que há uma grande crença numa certa idéia de racionalidade, e essa racionalidade, no Direito, estaria ligada a uma forte noção de Estado. Assim, toda teoria jurídica da modernidade é uma teoria ligada a noção de Estado, e essa racionalidade se desenvolveu, principalmente, numa dinâmica que se chama normativismo” (ROCHA, 2003, p. 185).

“A racionalidade adquirida na modernidade não é mais suficiente para gerir e pensar um sistema jurídico inserido num ambiente tão repleto de possibilidades comunicativas e tão repleto de informações (complexidade), aumentando desmesuradamente os riscos de desapontamento (contingência)” (ROCHA, 2006, p. 196).

⁴⁷ São fenômenos que afetam as tradicionais fontes do Direito: “[...] aparecimento de um direito “de textura aberta” com o deslocamento dessas fontes para os poderes privados econômicos, com a participação maior dos atores privados, e a tomada em consideração de “valores” oriundos dos sistemas econômico ou técnico-científico. Eles percebem também o crescente papel das fontes “soft” do direito (cartas, códigos de bom comportamento, etc.) que ao adquirir força coercitiva, viriam a se tornar “hard”. Eles evocam, por fim, um recuo do Estado visível através do desenvolvimento da normalização e da certificação, mas com uma contrapartida, a da associação do setor privado com os poderes públicos na produção do direito” (ARNAUD, 1999, p. 152).

sendo insuficientes diante da pluralidade e complexidade das relações sociais, econômicas e culturais vivenciadas atualmente.

Assim, de acordo com o autor citado anteriormente (2002), o Direito hoje assume a forma de uma ‘bricolage’⁴⁸ de normas, procedimentos e sanções. Ao ter como pretensão contemplar todas as situações existentes na complexa sociedade atual, não consegue fazê-lo com uma hierarquia de normas e códigos minimamente articulados. Como consequência há o comprometimento de sua racionalidade sistemática, pois surge um ordenamento jurídico fragmentado, sem unidade lógica e sem coerência, acarretando, também, a perda de eficácia de suas normas, e com isso aumentando a insegurança jurídica.

Quanto à produção legislativa, verifica-se, segundo Faria (2002), um alargamento e uma desformalização dos procedimentos. Isso ocorre porque quanto maior a complexidade e o risco apresentados pelas matérias a se normatizar (como, por exemplo, biociência, biomedicina, biotecnologia e energia nuclear), menos os setores institucionais responsáveis manifestam-se dispostos a assumir com exclusividade a responsabilidade, passando, assim, a delegar parte desta à sociedade ou às comunidades interessadas por meio de consultas públicas, audiências públicas, relatórios técnicos.

Conclui-se, portanto, que a crise do paradigma da ciência moderna traz consigo a crise do paradigma do Direito moderno.⁴⁹

A situação contemporânea, diante das formas atuais de produção e implementação do Direito, é confusa e complexa, pois há, ainda, a permanência das formas de produção normativas tradicionais, mas ao lado dessas surgem tipos de produção normativa “pós-modernas”, na medida em que constituem uma superação da filosofia moderna do Direito e do Estado.⁵⁰

Assim, diante do impacto da globalização sobre a relação jurídica, a principal questão colocada atualmente pelos juristas é como pensar o Direito, como operar com o Direito neste período de grandes transformações (ROCHA, SCHWARTZ, CLAM, 2005).

Apresenta-se como característica deste período de sociedade transnacionalizada a divisão da soberania do Estado com outras instâncias⁵¹, e dessa forma também o seu poder

⁴⁸ O termo ‘bricolage’ é usado por Faria (2002) para referir-se a situação legislativa atual do Brasil, ou seja, sua falta de sistematicidade, com uma inflação de legislação especial.

⁴⁹ “[...] a absorção do direito moderno pelo Estado moderno foi um processo histórico contingente que, como qualquer outro processo histórico, teve um início e há-de ter um fim” (SANTOS, 2002, p. 170).

⁵⁰ “Atualmente coexistem no mesmo espaço político ordens jurídicas estatais e não-estatais que são um desafio à concepção moderna de Estado e de direito” (ARNAUD, 1999, p. 172).

⁵¹ “Nada disso é absolutamente novo para o historiador do pensamento jurídico ocidental, e muito menos para o romanista. As noções de fragmentação das soberanias (o Estado divide sua soberania com outras instâncias, inclusive seu atributo de dizer o direito), de pluralismo das fontes (todo direito emana apenas do Estado), de

central de dizer o Direito, ou seja, o Direito não emana apenas do Estado (pluralismo das fontes) e, como consequência há, atualmente, uma policentralidade, representada por Arnaud:

O pluralismo contemporâneo é, pois, um pluralismo oriundo da fragmentação das soberanias; ele é um pluralismo tanto dos modos de regulação como das fontes desta regulação. Ele dá espaço às regulações alternativas não estatais: ele reconhece o informal ao lado do formal. De tudo isso, resulta que a racionalidade do direito moderno cede à vez a um pluralismo das racionalidades. Seria preciso falar hoje, de *lógicas estilhaçadas* a propósito do direito, lógicas essas que quando identificadas pelos autores recebem diversas denominações: lógica da flexibilidade, lógica do impreciso – os anglo-saxões falam até de *soft Law* [...] uma expressão intraduzível nos sistemas de tradição romano-canônica [...] (1999, p. 215).

Dessa forma, o ordenamento jurídico estatal está perdendo sua exclusividade e centralidade⁵², embora, como coloca Faria (2002), ainda seja a referência básica para os cidadãos comuns. O Direito estatal passa a ser parte de um polissistema, pois concorre e convive com normatividades paralelas ou justapostas, que revelam o desenvolvimento de uma regulação jurídica à margem e, até mesmo em alguns casos, contrária ao Direito positivo estatal⁵³, deixando de ser o eixo de um sistema normativo único.

Para Arnaud (1999), “A produção do direito estatal encontra substitutos tanto a montante quanto a jusante do local de sua intervenção tradicional” (p. 156). Estabelece o autor, quanto a montante, a questão dos acordos regionais, que modificam a estrutura tradicional do Direito soberano. E prossegue, o mesmo autor, abaixo do Direito estatal há o deslocamento da produção jurídica aos poderes privados econômicos e o desenvolvimento de um Direito negociado.⁵⁴

Assim, a regulação social, atualmente, pode ser dividida em tradicional e contemporânea. A tradicional, de origem moderna, tem como característica o pressuposto de que a regulação social se faz pelo Direito, sendo que este é exclusividade do Estado. Já a regulação contemporânea ou pós-moderna traz novos pressupostos: a regulação social não

policentralidade (o Estado não está no centro de toda a vida jurídica, nem todo o direito é, necessariamente, um sistema hierarquizado de normas de tipo piramidal), estavam, não apenas muito vivas, mas eram também muito férteis, antes que a filosofia “moderna” tenha dado ao nosso direito o aspecto sob o qual o conhecemos e que se esgarça cada dia mais. Não é, pois, injustificado indagar-nos sobre a relação entre um período de nossa história onde o Estado-Nação se construía, e nossa época, marcada, em razão da globalização, por um movimento de desconstrução desse último” (ARNAUD, 1999, p. 48-9).

⁵² “O direito estatal corre o risco de ser concretamente suplantado por outros tipos de regulação global em decorrência do aparecimento de ordens espontâneas que escapam a regulação estatal, bem como pela ameaça que pesa sobre o equilíbrio internacional” (ARNAUD, 1999, p. 166).

⁵³ Internormatividade: casos nos quais sistemas normativos não jurídicos entram em conflito com o direito estatal (JEAN CARBONIER apud ARNAUD, 1999).

⁵⁴ Poderíamos acrescentar aqui toda a matéria referente à deslocalização, à desconcentração, à descentralização: instâncias locais substituindo o poder central em sua autoridade soberana de dizer o direito. Isto ocorre ainda no âmbito da hierarquia das normas que caracteriza nosso sistema jurídico. Isto não quer dizer que os fatos do dia-a-dia, no campo, não possam modificar as relações de poder e enfraquecer, ao mesmo tempo que a centralidade do poder, o próprio poder do Estado (ARNAUD, 1999, p. 158).

precisa obrigatoriamente passar pelo Direito e o Estado perde terreno em sua soberania através do Direito. Ou seja, o Direito estatal perde terreno em favor de normas alternativas de regulação social e de solução de conflitos.⁵⁵

Vive-se, atualmente, diante dos processos de desregulamentação e aparecimento de novas esferas de poder, uma redução da imperatividade do Direito positivo, caracterizado por uma flexibilidade nunca antes vista, o chamado *soft law*.

Segundo Capella, o Direito do novo campo de poder é dual. De um lado, tem-se o Direito estatal deprimido sob o açoite das políticas de desregulação, do outro, tem-se a fortificação da *lex mercatoria* metaestatal⁵⁶. Ou seja, “[...] os campos antes regimentados pelas normativas estatais ou geral públicas se abrem assim a regulamentações pactuadas entre sujeitos privados ou entidades corporativas (caso do direito laboral) mais ou menos à margem das instituições públicas propriamente ditas” (2002, p. 268).

Ou, como coloca Santos, tem-se além do Direito positivo estatal duas outras instâncias: a supra-estatal e a infra-estatal. No plano supra-estatal, os mecanismos do sistema mundial desenvolvem leis que se sobrepõe à normatividade estatal (seria a *lex mercatoria* meta estatal de que fala Capella). Já no plano infra-estatal, encontram-se ordens jurídicas locais⁵⁷ “com ou sem base territorial, regendo determinadas categorias de relações sociais e interagindo, de múltiplas formas, com o direito estatal” (2002, p. 171).⁵⁸

⁵⁵ “Convém, acrescentar a esses exemplos o surgimento das formas de negociação, de mediação, de conciliação introduzidas em doses cada vez maiores nos procedimentos judiciais na maioria dos Estados. O Estado, ao mesmo tempo que conserva o controle do processo, delega de alguma forma a possibilidade de dizer o direito a um número maior de pessoas, entre as quais surge um conflito, e com latitude maior. Assim fazendo, e de maneira recorrente, o Estado não acaba por conceder aos cidadãos e às instâncias locais ou alternativas às quais eles são confiados, a possibilidade de suplantá-lo? Tocamos, neste ponto, na dificuldade que existe em traçar uma fronteira precisa entre o que se deve à substituição e o que se deve à suplência” (ARNAUD, 1999, p. 158).

⁵⁶ “A mescla do privado e do público nos espaços antes públicos é uma característica própria do babélico direito contemporâneo” (CAPELLA, 2002, p. 266).

⁵⁷ Pode-se falar do direito do cotidiano apresentado por Hespanha (2005, p. 492): “A vida quotidiana (*everyday life*) constitui o mais autêntico (justamente porque espontâneo, não mediado por projectos culturais heterônomos, enraizados nas condições concretas da existência) e mais real e efectivo dos mundos humanos. As normas que aí se produzem e enformam (melhor do que dirigem) os comportamentos constituem, por isso, o mais autêntico e efectivo direito, justamente porque é a-problemático (*taken for granted*), irreflectido e perfeitamente adequado às situações”.

⁵⁸ Para Santos (2002, p. 171) o Estado nunca deteve o monopólio do direito, como também nunca se deixou monopolizar por ele, pois, segundo o autor, sempre houve “[...] a coexistência de várias ordens jurídicas (estatal, supra-estatal, infra-estatal) em circulação na sociedade: o direito estatal por muito importante e central, foi sempre apenas uma entre as várias ordens jurídicas integrantes da constelação jurídica da sociedade: embora as diferentes constelações do sistema mundial variassem muito do centro para a periferia, combinaram sempre as ordens jurídicas estatal, supra-estatal e infra-estatal.”

2.3 O DIREITO PENAL E A CRISE DO DIREITO ESTATAL

Como se visualizou, a sociedade tem passado por inúmeras transformações, parece estar-se numa época de transições, transição de uma sociedade industrial para uma sociedade digital; transição de uma sociedade nacional para uma sociedade global.

Assim, ao lado das dificuldades do Estado moderno em lidar com este novo contexto complexo que se apresenta hoje em nossa sociedade, o Direito Penal também tem sofrido muitas críticas e transformações, especialmente no que se refere aos fundamentos que o justificaram até agora como monopólio do Estado (o Estado como único detentor do *jus puniendi*), colocando em discussão a legitimidade do poder do Estado em estabelecer o que é delito e de definir sanções. Nas palavras de Gomes e Yacobucci:

A partir do segundo pós-guerra mundial, o direito penal sofreu mudanças muito significativas, sobretudo nos fundamentos que o justificam como expressão do poder político, como estrutura normativa do Estado e como ciência jurídica. Por isso, costuma-se falar da crise do direito penal para se referir a esse processo. Nesse período não foi só posta em dúvida a legitimidade do poder do Estado em definir o que é delito e prever sanções, como também se abandonaram os critérios tradicionais com os quais a dogmática penal costumava explicar a estrutura do injusto penal e da culpabilidade (2005, p. 27).⁵⁹

Contudo, como lecionam Gomes e Yacobucci (2005), quando se diz que o Direito Penal está em crise, o que se está pondo em dúvida não é o Direito Penal em si mesmo, mas o modo pelo qual foi tradicionalmente compreendido. Pode-se dizer que há uma transformação no modo de entendê-lo, explicá-lo ou legitimá-lo, ou seja, o Direito Penal entendido como poder do Estado, como ordem normativa exclusiva do Estado é o que está em crise hoje.⁶⁰

Importante ressaltar que, paradoxalmente, o Direito Penal está em crise e expansão, pois, a partir de 1970, se afirma que o Direito Penal está em crise, mas ele nunca se expandiu tanto: “Na realidade, correto parece dizer que o direito penal está em crise e, ao mesmo

⁵⁹ Há a idéia de que o Direito Penal tradicional (Direito Penal clássico-liberal) não consegue fazer frente a esta nova ordem, pois o fenômeno global está a modificar a realidade e, portanto, existe uma nova demanda de modelos de operar na ciência jurídica, ou seja, o Direito Penal clássico, ao não conseguir responder os anseios da sociedade atual (sociedade de riscos), deve passar por um processo de adaptação e, quem sabe, mutação para se enquadrar nesta nova realidade.

“En los últimos años, con las transformaciones que la sociedad va experimentando, principalmente tras la industrialización, se han producido muchos cambios en el Derecho penal. Es una tendencia natural que el Derecho acompañe la evolución de la sociedad, ofreciendo o buscando ofrecer respuestas a los problemas que surgen con estas transformaciones” (MILANESE, 2006, p. 5).

⁶⁰ “[...] quando se diz que o direito penal está em crise, vale a pena esclarecer que na realidade o que se está pondo em dúvida não é o direito penal em si mesmo, senão o modo pelo qual “tradicionalmente” ele foi compreendido. Poder-se-ia dizer que estamos assistindo à transformação daquele direito penal nascido do Iluminismo [...]” (GOMES e YACOBUCI, 2005, p. 28-9).

tempo, se expandiu, constituindo um meio de resposta normativa cada vez mais intenso e habitual. Não se trata de uma contradição senão de fatos que estão em boa medida relacionados” (GOMES e YACOBUCCI, 2005, p. 28).⁶¹

Neste processo de adaptação e transformação, o Direito Penal atual traz uma série de modificações, quase todas colidindo com o Direito Penal moderno. Dizem Gomes e Yacobucci,

Nesse “novo” e hipertrofiado direito penal consolida-se e acentua-se a cada dia uma série de transformações e agressões a princípios fundamentais do sistema penal como o da intervenção mínima (fragmentariedade e subsidiariedade), legalidade, culpabilidade, necessidade da pena, proteção preponderante de bens individuais, danosidade real da conduta (ofensividade) etc. (2005, p. 8).

Assim, far-se-á agora uma análise das transformações pelas quais o Direito Penal moderno vem passando.

2.3.1 A crise do princípio da legalidade penal – normas penais em branco e tipos penais abertos

O estabelecimento de bens jurídicos “elásticos” acaba transformando, também, o princípio da legalidade penal. Segundo Gomes e Yacobucci, muitas das “[...] exigências do princípio da legalidade enfrentam em nossos dias desafios que não estavam presentes na conformação do direito penal tradicional. Por tal motivo que se fala hoje de uma crise da legalidade para se referir à falta de determinação, taxatividade e certeza das leis penais” (2005, p. 100).

À medida que os bens jurídicos que se propõe proteger são universais, interindividuais e difusos, a tendência legislativa em âmbito do Direito Penal para tutelar esses bens é recorrer a utilização de normas penais em branco e tipos penais abertos.⁶²

⁶¹ “O direito penal tradicional, clássico ou liberal, construído pelo movimento filosófico humanista do Iluminismo (Beccaria, Bentham, Carrara, Feuerbach etc. – final do século XVIII e princípio do século XIX), para a defesa do cidadão perante o poder punitivo estatal, encontra-se em crise, porque a defesa do cidadão perante o poder punitivo estatal, encontra-se em crise, porque está passando por profundas transformações. Já o direito penal produzido (especialmente) depois da Segunda Guerra Mundial, de cunho intervencionista, que procura satisfazer as necessidades do mercado político, apresenta-se em franca explosão. O primeiro (direito penal de mínima intervenção, como se pretende) é o denominado *direito penal dos professores*, o segundo (expansionista, hipertrofiado, simbólico, punitivista) é o *direito penal do legislador* (e, muitas vezes, também, do aplicador), que pretende, com ele, “solucionar” os graves problemas sociais, econômicos, financeiros etc. do País, sem ouvir muitas vezes os professores (o mundo acadêmico e científico)” (GOMES e YACOBUCCI, 2005, p. 7-8).

⁶² “Essa nova realidade repercute na consideração das exigências do princípio da legalidade penal. Assim, é possível verificar um considerável aumento nas leis penais em branco, proporcional ao avanço do direito penal

Ao lado da desenfreada edição de normas penais em branco, também se percebe, atualmente, o recurso a tipos penais abertos. Primeiro, cumpre assinalar que tipos penais fechados são aqueles nos quais os atos proibidos estão legalmente caracterizados em todas as suas características, com a descrição de todos os seus componentes fáticos, não deixando margem nenhuma ao intérprete a não ser comprovar a correspondência entre a conduta e a descrição típica, ou seja, são aqueles tipos em que a lei delimita nítida e exatamente, com a maior precisão possível, com o conteúdo concretamente determinado, os elementos do delito.

Ao contrário, os tipos penais abertos são aqueles nos quais a lei descreve somente parte das características da conduta proibida, reenviando geralmente aos juízes e aos Tribunais a tarefa de completar os elementos restantes. Têm-se aqui situações nas quais os elementos do tipo não estão totalmente descritos pela lei. São exemplos os delitos que apresentam como elementos do tipo expressões como: sem justa causa, indevidamente, astuciosamente, dignidade, mulher honesta.⁶³

Segundo Jesus,

A norma penal em branco não se confunde com o tipo aberto, aquele que não apresenta a descrição típica completa e exige uma atividade valorativa do Juiz. Nele, o mandamento proibitivo inobservado pelo sujeito não surge de forma clara, necessitando ser pesquisado pelo julgador no caso concreto (2008, p. 3).

Conclui-se, portanto, que as normas penais em branco, ao possibilitarem uma ruptura da divisão dos poderes, colocando o Executivo em parcelas exclusivas do Legislativo; e os tipos penais abertos, ao não observarem as exigências de seguridade e certeza jurídicas que tem de presidir a tipificação das leis penais, e, também, violando o princípio da divisão dos poderes ao deixar ao arbítrio do juiz elementos do tipo penal, concedem ao princípio da legalidade penal uma flexibilidade incompatível com a essência do mesmo, gerando insegurança jurídica para o cidadão.⁶⁴

nos campos da economia, da regulação do mercado bancário e financeiro, do meio ambiente e da saúde pública” (GOMES e YACOBUCCI, 2005, p. 43).

⁶³ Um exemplo recente segundo Bitencourt: “Mais recentemente, a Lei 10.792/03, ao criar o regime disciplinar diferenciado de cumprimento de pena, viola flagrantemente o princípio da legalidade penal, criando, disfarçadamente, uma sanção penal cruel e desumana sem tipo penal definido correspondente. A tipicidade legal exige que a norma contenha a descrição hipotética de comportamento proibido com alguma precisão, como forma de impedir o poder indiscriminado de atribuir a alguém uma punição legal sem uma correspondente infração penal. É intolerável que o legislador ordinário possa criar tipos tão vagos e imprecisos como “alto risco para a ordem e a segurança do estabelecimento penal” ou ‘recaiam fundadas suspeitas de envolvimento ou participação” (art. 52 §§ 1º e 2º), sem declinar que “tipo de conduta” poderia criar o referido “alto risco” ou caracterizar “suspeitas fundadas”, como sugere aquele diploma legal” (2006, p. 16-7).

⁶⁴ “Nesse sentido profetiza Claus Roxin que: “uma lei indeterminada ou imprecisa e, por isso mesmo, pouco clara não pode proteger o cidadão da arbitrariedade, porque não implica uma autolimitação do ius puniendi estatal, ao qual se possa recorrer. Ademais, contraria o princípio da divisão dos poderes, porque permite ao juiz

2.3.2 Crise do princípio da ofensividade (lesividade) – delitos de perigo abstrato

A técnica legislativa dos delitos de perigo abstrato constitui-se numa das características mais presentes do desenvolvimento atual das legislações penais. Esta tendência tem justificativa na característica preventiva que tem o Direito Penal hoje, orientado mais para a diminuição dos riscos do que para punição em decorrência de lesão a objeto tutelado pela lei, nas palavras de Hassemer: “[...] hoje não podemos esperar que a criança caia no poço, é preciso desde antes prevenir” (1993, p. 56), assim, o uso desse recurso é acentuado nos campos em que se sente à necessidade de uma política de segurança mais preventiva e, além disso, ao visar-se à proteção de interesses cada vez menos delimitados, de caráter difuso, a identificação do bem jurídico penal, e, como consequência, da lesão a esse, se torna difícil, optando, portanto, mais uma vez o legislador pela tipificação dos delitos de perigo abstrato. De acordo com Romero:

Não há como negar que o Direito Penal da sociedade contemporânea busca retirar o delito de lesão, no qual o bem jurídico tutelado sofre um dano substancial, do centro de sua tipologia conceitual, deslocando para este lugar o delito de exposição do bem jurídico tutelado a perigo abstrato. Vislumbra-se que os crimes de perigo abstrato não buscam responder a determinado dano ou prejuízo social realizado pela conduta, senão evitá-la, barrá-la, prevenindo e protegendo o bem jurídico de lesão antes mesmo de sua exposição a perigo real, concreto, efetivo de dano. Quer o Direito Penal dar a sensação de segurança ao corpo social (2008, p. 1).

Importante ao falar-se de delitos de perigo abstrato é conceituá-lo e diferenciá-lo dos tipos de lesão. O tipo penal pode determinar que o crime se perfaça com a efetiva lesão ao bem jurídico penalmente tutelado, ou, em outros tipos, a descrição típica não exige a causação de um dano, bastando à colocação do bem jurídico em perigo de lesão para a consumação do delito (não se exige a lesão efetiva ao bem jurídico).

Os delitos de lesão (ou de dano) são aqueles em que o tipo penal descreve uma ação lesiva ao bem jurídico tutelado, assim, a conduta do agente somente passa a ser de interesse do Direito Penal quando se verificar uma lesão (dano) efetivo ao interesse protegido.

Os delitos de perigo, ao contrário, não produzem nenhuma lesão efetiva ao bem jurídico tutelado. Os delitos de perigo podem ser divididos em delitos de perigo concreto e delitos de perigo abstrato. Na diferenciação de Santos:

Tipos de lesão e tipos de perigo. Conforme o tipo descreva uma lesão do objeto de proteção, ou um perigo para a integridade do objeto de proteção, distingue-se entre os tipos de lesão e tipos de perigo. Os tipos de lesão – a maioria

realizar a interpretação que quiser, invadindo, dessa forma, a esfera do legislativo” (apud BITENCOURT, 2006, p. 15).

dos tipos legais – se caracterizam pela lesão real do objeto da ação, como no homicídio, na lesão corporal etc. Os tipos de perigo descrevem somente a produção de um perigo para o objeto de proteção, distinguindo-se, por sua vez, em tipos de perigo concreto e tipos de perigo abstrato.

Nos tipos de perigo concreto, a realização do tipo pressupõe a efetiva produção de perigo para o objeto da ação, de modo que a ausência de lesão ao bem jurídico pareça meramente accidental, como o perigo de contágio venéreo (art. 130), o perigo para a vida ou a saúde de outrem (art. 132), o incêndio (art. 250), a explosão (art. 251) etc. [...].

Nos tipos de perigo abstrato, a típica ou presumida perigosidade da ação para o objeto de proteção é suficiente para a sua penalização, independente da produção real de perigo para o bem jurídico protegido, como o abandono de incapaz (art. 133), a difusão de doença ou praga (art. 259) etc. (2002, p. 35-6).

Assim, este adiantamento da tutela penal, ao não se esperar a lesão, punindo-se o mero perigo, tem ocasionado a inflação dos delitos de perigo abstrato, o que acaba deixando em crise o princípio da ofensividade.⁶⁵

2.3.3 Crise do princípio da territorialidade – crime organizado

Vive-se num mundo cada vez mais ausente de fronteiras, sejam fronteiras temporais ou fronteiras espaciais. A globalização é quem exerce este papel de “encurtamento” de distâncias, especialmente decorrente do avanço da tecnologia, com o desenvolvimento da comunicação e de meios de transporte rápidos.

Essa globalização acarreta o incremento de determinadas atividades criminosas, há um crescimento da criminalidade organizada internacional (visualiza-se uma mutação da criminalidade individual para a criminalidade organizada), especialmente nos campos de tráfico de drogas, tráfico de armas, tráfico de automóveis e de cartões de crédito furtados, escravidão de mulheres e crianças para exploração sexual, tráfico de imigrantes clandestinos, criminalidade financeira, terrorismo.

Trata-se de uma criminalidade organizada que utiliza métodos sofisticados, dispõe de recursos de alta tecnologia, não obedece fronteiras (possui caráter transnacional, atuando com estratégias globais), geralmente os crimes cometidos por essas organizações são sem vítimas definidas, ou seja, as vítimas são difusas (macrocriminalidade), os seus agentes possuem alto poder de concentração econômica, assim são chamados de delitos de colarinho branco ou, segundo Silva Sánchez (2000), “crimes of the powerful”, “corporate and business crime.”

⁶⁵ Para que se tipifique algum crime, em sentido material, é indispensável que haja, pelo menos, um perigo concreto, real e efetivo de dano a um bem jurídico penalmente protegido. Somente se justifica a intervenção estatal em termos de repressão penal se houver efetivo ataque a um interesse socialmente relevante, que represente, no mínimo, perigo concreto ao bem jurídico tutelado. Por essa razão, são inconstitucionais todos os chamados crimes de perigo abstrato, pois, no âmbito do Direito Penal de um Estado Democrático de Direito, somente se admite a existência de infração penal quando há efetivo, real e concreto perigo de lesão a um bem jurídico determinado (BITENCOURT, 2006, p. 27-8).

Ainda, segundo Sánchez, “Criminalidad organizada, criminalidad internacional y criminalidad de los poderosos son, probablemente, las expresiones que mejor definen los rasgos generales de la delincuencia de la globalización.” (2000, p. 70)

Ou, segundo Hoyos:

El crimen organizado, que interviene en labores que van desde el tráfico de narcóticos hasta el contrabando de inmigrantes y de órganos humanos, actúa hoy en día por medio de redes internacionales elásticas en vez de dentro de sus particulares entornos territoriales. Asimismo, las organizaciones criminales propenden a situar sus ocupaciones en países “poco osados” en los que sus labores se exponen a menos peligros. Por último, debe ponerse atención en el hecho de que la marcha del crimen organizado internacional no solo se ha simplificado notablemente gracias a los modernos adelantos de las tecnologías de la información, sino que parece evidente que la rebelión de esa misma información y de las telecomunicaciones ha modificado la imagen de la delincuencia de un modo elemental. De esta manera, si bien los progresos tecnológicos han facilitado oportunidades y frutos emocionantes e innovadores, igualmente incrementan la fragilidad ante el delito” (2007, p. 54).

Sabe-se que o Direito Penal tem sua validade circunscrita aos limites de cada território.⁶⁶ Segundo Milanese (2006), o Direito Penal aparenta incompatibilidade com a globalização, pois é tido como manifestação genuína da soberania estatal, ou seja, trata-se de um ramo do Direito que parece não se adaptar facilmente ao processo do mundo sem fronteiras.

Há, portanto, o enfraquecimento de certos princípios do Direito Penal, entre eles o princípio da territorialidade, tendo em vista que os delitos não se dão precisamente em um território certo, delimitado, existe, atualmente, uma transnacionalização dos delitos a partir do fenômeno da globalização.

Assim, a globalização tem levado à discussão de uma possível modificação na aplicação da lei penal no espaço (suscitando, em decorrência, uma crise do princípio da territorialidade), pois, ao não estarem limitadas as regras da soberania, as organizações criminosas não encontram obstáculos a sua transnacionalização, muitas vezes beneficiando-se da incapacidade dos Estados de atuar além fronteiras, deixando margem à criação de paraísos jurídico-penais.

⁶⁶ Sabe-se que no Brasil a lei penal tem vigência em todo o território nacional. (“O conceito de território nacional, em sentido jurídico, deve ser entendido como âmbito espacial sujeito ao poder soberano do Estado” BITENCOURT, 2008, p. 177). Trata-se do princípio da territorialidade, fundado no princípio da soberania política do Estado. Assim, aplica-se a lei penal brasileira aos fatos puníveis praticados no território nacional, independentemente da nacionalidade do agente, da vítima ou do bem jurídico lesado (trata-se da regra geral estabelecida no art. 5º, *caput*, do Código Penal).

2.3.4 Crise das funções do Direito Penal moderno – Direito Penal simbólico

Existe atualmente na sociedade uma sensação elevadíssima de insegurança, sensação, segundo Silva Sánchez (2000), causada principalmente pela dificuldade de adaptação da população a essa sociedade em contínua aceleração e transformação, modificação de parâmetros (exemplo local versus global); pela revolução das comunicações (informação instantânea), pois as pessoas encontram dificuldade em identificar a autenticidade das informações; pela falta de domínio no curso dos acontecimentos da vida, frisa o mesmo autor que

más importante que tales aspectos obojetivos es seguramente la dimensión subjetiva de dicho modelo de configuración social. Desde esta última perspectiva, nuestra sociedad puede definirse todavía mejor como la sociedad de la <<inseguridad>> (o la sociedad del miedo). En efecto, uno de los rasgos más significativos de las sociedades de la era postindustrial es la sansación general de inseguridad. (2000, p. 24).

Assim, segurança torna-se uma pretensão social; pretensão cuja resposta deve ser dada pelo Estado, pelo Estado representado, neste caso, pelo Direito Penal (Silva Sánchez, 2000). Visualiza-se, então, um fascínio pelo Direito Penal na sociedade atual, é o Direito Penal o remédio utilizado pelas instâncias de poder político como resposta para quase todos os tipos de conflitos e problemas sociais.

Mas é, também, diante dessa onda de insegurança social e de fascínio pela resposta punitiva a todas as angústias derivadas dessa insegurança que o Direito Penal abandona as funções de retribuição e de prevenção do Direito Penal moderno, substituindo-as por um Direito Penal de caráter simbólico, um Direito Penal que é incapaz de solucionar os conflitos que lhes são apresentados, mas que cumpre a função de tranquilizar, de dar uma sensação de segurança à sociedade, aparentando ser a solução aos problemas cotidianos vivenciados por ela, nas palavras de Roxin:

Ponto nevrálgico da moderna legislação penal é também o chamado direito penal simbólico. Este termo é usado para caracterizar dispositivos penais “que não geram, primariamente, efeitos protetivos concretos, mas que devem servir à manifestação de grupos políticos ou ideológicos através da declaração de determinados valores ou o repúdio a atitudes consideradas lesivas. Comumente, não se almeja mais do que acalmar os eleitores, dando-se, através de leis possivelmente ineficazes, a impressão de que está fazendo algo para combater ações e situações indesejadas (2006, p. 47).

Assim, o legislador, instantaneamente, edita leis que espelham somente uma forma fictícia para a resolução do problema. Trata-se, nas palavras de Jesus de um “Direito penal

emocional, intervencionista. E um direito penal de crimes da moda” (apud LOU, 2008), buscando confortar a população diante dos problemas de seu dia-a-dia. A criminalização e a penalização são recorrências ao plano simbólico para confortar a população.

A resposta penal converte-se em resposta simbólica oferecida pelo Estado em face das demandas de segurança e penalização da sociedade, expressadas pela mídia, sem relação direta com a verificação de sua eficácia instrumental como meio de prevenção ao delito.

2.3.5 Crise das sanções penais

a) Crise da pena privativa de liberdade: Já há algum tempo fala-se da falência do sistema penal e a sua deslegitimação diante do fracasso das ideologias do tratamento ressocializador. Ou seja, a prisão como forma punitiva de privação de liberdade do apenado demonstrou-se ineficiente e incompatível para cumprir os seus propósitos de reinserção, ressocialização e reeducação. Segundo Bitencourt:

Quando a prisão converteu-se na resposta penalógica principal, especialmente a partir do século XIX, acreditou-se que poderia ser um meio adequado para conseguir a reforma do delinqüente. Durante muitos anos imperou um ambiente otimista, predominando a firme convicção de que a prisão poderia ser um meio idôneo para realizar todas as finalidades da pena e que, dentro de certas condições, seria possível reabilitar o delinqüente. Esse otimismo inicial desapareceu e atualmente predomina uma certa atitude pessimista, que já não tem muitas esperanças sobre os resultados que se possa conseguir com a prisão tradicional. A crítica tem sido tão persistente que se pode afirmar, sem exagero, que a prisão está em crise. Essa crise abrange também o objetivo ressocializador da pena privativa de liberdade, visto que grande parte das críticas e questionamentos que se faz à prisão, referem-se à impossibilidade – absoluta ou relativa – de obter algum efeito positivo sobre o apenado (1993, p. 143).

A prisão com suas falhas e deficiências no cumprimento das funções que lhe são atribuídas sempre foi alvo de críticas. Segundo Bitencourt (1993), essa ineficácia da pena privativa de liberdade pode ser resumida em duas premissas. A primeira premissa refere-se ao ambiente carcerário, enfatizando que este não tem nada que permita um trabalho ressocializador do recluso, pois este é afastado da comunidade livre, sendo associado a outros anti-sociais, como no exemplo dado por Thompson, que faz uma analogia entre o recluso que tem de ser reeducado a viver em sociedade isolado dela e do maratonista que almeja ganhar a maratona, mas que treina deitado numa cama.⁶⁷ O outro ponto refere-se às condições

⁶⁷ “Nesse sentido, manifesta-se Antonio Garcia-Pablos de Molina, afirmando que “a pena não ressocializa, mas estigmatiza, que não limpa, mas macula, como tantas vezes se tem lembrado aos ‘expansionistas’; que é mais difícil ressocializar a uma pessoa que sofreu uma pena do que outra que não teve essa amarga experiência; que a

materiais e humanas de execução da pena privativa de liberdade, pois, ressocializar a pessoa presa nas situações atuais trata-se de missão impossível. Há uma total falta de estrutura do sistema carcerário, pois de um modo geral, diz Bitencourt:

as deficiências prisionais compendiadas na literatura especializada apresentam muitas características semelhantes: mau trato verbal (insultos, grosserias, etc) ou de fato (castigos sádicos, crueldades injustificadas e vários métodos sutis de fazer o recluso sofrer, sem incorrer em evidente violação do ordenamento, etc); superpopulação carcerária, que também leva a uma drástica redução do aproveitamento de outras atividades que o centro penal deve proporcionar (população excessiva reduz a privacidade do recluso, facilita grande quantidade de abusos sexuais e de condutas inconvenientes); falta de higiene (grande quantidade de insetos e parasitas, sujeiras e imundícies nas celas, corredores, cozinhas, etc); condições deficientes de trabalho, que pode significar uma inaceitável exploração dos reclusos ou o ócio completo; deficiência nos serviços médicos, que pode chegar, inclusive, a sua absoluta inexistência; assistência psiquiátrica deficiente ou abusiva (em casos de delinqüentes políticos ou dissidentes pode-se chegar a utilizar a psiquiatria como um bom pretexto “científico” para impor uma determinada ordem ou para convertê-lo em um castigo civilizado”); regime alimentar deficiente,; elevado índice de consumo de drogas, muitas vezes originadas pela venalidade e corrupção de alguns funcionários penitenciários que permitem e até realizam o tráfico ilegal de drogas; reiterados abusos sexuais, nos quais normalmente levam a pior os reclusos recém ingressados, sem ignorar, evidentemente, os graves problemas de homossexualismo e onanismo; ambiente propício à violência, em que impera a utilização de meios brutais, onde sempre se impõe o mais forte (1993, p. 145).⁶⁸

Há, atualmente, uma crise do paradigma segregativo.

b) Responsabilidade penal da pessoa jurídica: A responsabilização penal das pessoas jurídicas é um dos temas mais polêmicos do Direito Penal na atualidade, especialmente diante do aumento de crimes econômicos e ambientais com a participação cada vez maior de empresas para a sua efetivação.

No Brasil, a Lei 9.605, de 13 de fevereiro de 1998, Lei dos Crimes Ambientais, acalorou o embate em torno da matéria, ao estipular, em seu art. 3º, a responsabilidade penal da pessoa jurídica no âmbito dos crimes ambientais, conforme já autorizava a Constituição Federal em seu art. 225, § 3º.⁶⁹

sociedade não pergunta porque uma pessoa esteve em um estabelecimento penitenciário, mas tão somente se lá esteve ou não” (BITENCOURT, 1993, p. 143).

⁶⁸ Relato interessante sobre os presídios no Brasil pode ser encontrado no livro Estação Carandiru de Dráuzio Varella (São Paulo: Companhia das Letras, 1999).

⁶⁹ “Art. 3º As pessoas jurídicas serão responsabilizadas administrativa, civil e penalmente conforme o disposto nesta Lei, nos casos em que a infração seja cometida por decisão de seu representante legal ou contratual, ou de seu órgão colegiado, no interesse ou benefício da sua entidade. Parágrafo único. A responsabilidade das pessoas jurídicas não exclui a das pessoas físicas, autoras, co-autoras ou partícipes do mesmo fato.”

“Art. 225, § 3º As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados.”

Como já dito, referido tema é bastante polêmico, há posição doutrinária que não aceita a responsabilização penal da pessoa jurídica e outros que a admitem, sobretudo como meio de reprimir a macrocriminalidade em relação aos delitos econômicos e ambientais.

Os principais fundamentos para não se conhecer a possibilidade de responsabilização penal da pessoa jurídica são a falta de capacidade de ação e de culpabilidade, pois a pessoa jurídica é uma criação artificial da lei e, portanto, não pode ser objeto de responsabilidade penal, o que somente pode recair sobre os reais responsáveis do delito, ou seja, as pessoas por detrás das pessoas jurídicas, em geral, seus sócios e administradores. Em síntese, não se pode falar em culpabilidade da pessoa jurídica à medida que esta não tem um agir independente, movido por vontade própria (ela não tem vontade, pressuposto do dolo na teoria do delito, pois ela atua através de seus representantes).⁷⁰

Visualiza-se, então, que a culpabilidade, estruturada no livre arbítrio e na possibilidade de agir de acordo com a lei, resta atingida pois:

A incapacidade penal da pessoa jurídica não decorre do conceito de ação que se adote – causal, social ou final – mas, como ensina Cezar Bitencourt, “mas da absoluta falta de capacidade natural de ação [...] Tanto para o conceito causal quanto para o conceito final de ação o essencial é o ato de vontade. Ação, segundo a concepção causalista, é movimento corporal voluntário que causa modificação no mundo exterior [...]. Para Welzel, a ação é um acontecer final e não puramente causa. A finalidade ou o caráter final da ação, baseia-se em que o homem, graças a seu saber causal, pode prever, dentro de certos limites, as conseqüências possíveis de sua conduta [...]. A manifestação de vontade, o resultado e a relação de causalidade são os três elementos do conceito de ação [...]. Como sustentar-se que a pessoa jurídica, um ente abstrato, uma ficção normativa, destituída de sentidos e impulsos, possa ter vontade e consciência? (BOSCHI, 2002, p. 134).

Ainda, o princípio da personalidade das penas, segundo o qual só é punível quem executar o ato criminoso; o princípio da individualidade da responsabilidade penal, que estabelece que a responsabilidade criminal somente recai aos autores das infrações; e, por fim, o princípio da intransmissibilidade das penas, que versa que as penas não podem ultrapassar a pessoa que cometeu o delito, restam totalmente prejudicados a partir do momento em que se concorda com a responsabilização da pessoa jurídica.

Sabe-se também que o sistema processual brasileiro é hábil para apurar os fatos criminosos convencionais, imputados a pessoas físicas identificadas, o que já não seria possível, ao menos sem a fragilização de garantias penais e processuais, quanto ao combate

⁷⁰ “A pessoa jurídica, conforme propõe a teoria da ficção, de Savigny, existe como mera abstração. Como sua vontade é em tudo absolutamente coincidente com a de seus representantes ou administradores, segue-se que os eventuais fatos criminosos de sua esfera de atuação são imputáveis não a ela, mas a estes últimos. Séculos atrás, os romanos, com sua sabedoria, já diziam a propósito desse tema: *societas delinquere non potest*” (BOSCHI, 2002, p. 131).

dos crimes de massa e cometidos por organizações criminosas (BOSCHI, 2002). Ou seja, o Direito Penal clássico está despreparado para essas novas manifestações da criminalidade de massas.⁷¹

O Direito Penal tradicional traz conceitos incompatíveis com a responsabilização da pessoa jurídica, pois suas noções são formuladas de acordo com a noção individual de pessoa humana, e ao se admitir essa responsabilização os princípios tradicionais do Direito Penal e do Direito Processual Penal não poderão conviver sem restrições.

2.3.6 Crise da redução de garantias – Direito Penal do inimigo

Atualmente, fala-se em velocidades do Direito Penal. Esta nova concepção mostra a coexistência de mais de um Direito Penal. Na primeira velocidade, o Direito Penal sofreria a restrição de algumas das garantias jurídicas (obtidas no período do Iluminismo e que representam o Estado de Direito); garantias essas suprimidas em decorrência das sanções aplicadas a estes fatos delituosos serem tidas como menos gravosas, tais como a pena pecuniária e as penas restritivas de direitos, formando, portanto, um Direito Penal de intervenção, ou, mesmo, um novo e diferente Direito Penal, mais ágil e menos rígido quanto às garantias. Na segunda velocidade, o Direito Penal adotaria uma postura garantista, preservando todas as garantias, sendo que os delitos regulados por este Direito Penal de segunda velocidade teriam sanções mais gravosas, como a pena privativa de liberdade.

Existem autores (como Silva Sánchez, 2000) que se referem a uma terceira velocidade do Direito Penal, caracterizada por uma ampla relativização ou supressão das garantias penais e processuais mesmo nos casos em que a sanção prevista seja a pena privativa de liberdade. Aqui se encaixa o Direito Penal do inimigo defendido por Günther Jakobs.

O Direito Penal do inimigo nada mais é do que uma expressa manifestação do Direito Penal moderno de tendência expansiva nos âmbitos de sua intervenção e de flexibilização dos princípios e garantias penais e processuais.

Jakobs (2005) ao tratar de Direito Penal faz uma diferenciação entre dois tipos de Direito Penal: o Direito Penal do cidadão e o Direito Penal do inimigo, para o autor o Direito

⁷¹ Isso não significa posicionamento contrário à intensificação das ações oficiais de controle e de repressão aos atos das pessoas jurídicas, o que poderá acontecer mediante imposição de medidas administrativas ou fiscais destinadas a coibir práticas tão reiteradamente cometidas, especialmente pelos grandes conglomerados econômico-financeiros, nestes tempos novos de globalização e de intensa fragilização do Estado e da sociedade (BOSCHI, 2002, p. 138).

Penal do cidadão pode ser caracterizado como aquele que define e sanciona os delitos que os cidadãos praticam de forma incidental, violam as relações sociais como cidadãos, como sujeitos vinculados a e pelo Direito Penal. Assim, o autor desse fato não deve ser destruído como um inimigo, devendo ser tratado como um cidadão que com sua conduta agiu contra a norma, devendo, portanto, ser chamado a restabelecer a vigência dessa, mas como cidadão e não como inimigo.

O autor desse fato normal é tratado como cidadão porque oferece garantias de que se conduzirá ainda como cidadão (apesar do deslize), que permanecerá atuando com fidelidade ao ordenamento jurídico. Como consequência, o criminoso cidadão é tratado pelo Direito, e mantido dentro do ordenamento jurídico, afim de que proceda a reparação do dano e volte a conviver com a sociedade (e, para isso, deve manter seu status de cidadão).

Em contrapartida, o Direito Penal do inimigo é aquele utilizado contra quem se desvia por princípio da relação jurídica social, sendo reincidente na prática de delitos, ou seja, possui uma conduta perigosa. Os inimigos, diferentemente dos cidadãos que tenham incidentalmente cometido um fato delituoso, são indivíduos que levam a vida afastados do Direito de modo permanente, por isso não garantem a mínima segurança cognitiva⁷². Geralmente tais indivíduos mantêm ligações com organizações que operam à margem do Direito, dedicadas à prática delitiva, como: organizações terroristas, narcotráfico, tráfico de pessoas, criminalidade organizada.

No Direito Penal do inimigo, a relação com o autor não se determina pelo Direito, mas pela coação física, até chegar à guerra, pois o delinqüente inimigo, no momento em que pratica o fato criminoso, infringe o contrato social, não mais participando dos benefícios desse, ou seja, “já não vive com os demais dentro de uma relação jurídica” (JAKOBS, 2005, p. 25).

O Direito Penal, segundo Jakobs (2005), apresenta dois pólos de regulação: o tratamento do delinqüente como cidadão, no qual se espera a exteriorização de sua conduta para a reação de afirmação da estrutura normativa da sociedade, pois,

[...] o Estado moderno vê no autor de um fato [...] normal, [...], não um inimigo que há de ser destruído, mas um cidadão, uma pessoa que mediante sua conduta, tem

⁷² Jakobs retira o conceito de segurança cognitiva da diferenciação estabelecida por Luhmann entre expectativas cognitivas e expectativas normativas. “Ao nível cognitivo são experimentadas e tratadas as expectativas que, no caso de desapontamentos, são adaptadas à realidade. Nas expectativas normativas ocorre o contrário: elas não são abandonadas se alguém as transgride” (1983, p. 56). Ou, segundo Greco sobre as expectativas cognitivas e normativas: “as primeiras são aquelas que deixam de subsistir quando violadas: o expectador adapta sua expectativa à realidade, que lhe é contrária, aprende, deixa de esperar. Já expectativas normativas mantêm-se a despeito de sua violação: o expectador exige que a realidade se adapte à expectativa e esta continua a valer mesmo contra os fatos (contrafaticamente). O errado era a realidade, não a expectativa” (2000, p. 139).

danificado a vigência da norma e que, por isso, é chamado – de modo coativo, mas como cidadão (e não como inimigo) – a equilibrar o dano, na vigência da norma. Isto se revela com a pena, quer dizer, mediante a privação de meios de desenvolvimento do autor, mantendo-se a expectativa defraudada pelo autor, tratando esta, portanto, como válida, e a máxima da conduta do autor como máxima que não pode ser norma (p. 32-3).

Jakobs (2005) cita como exemplo o sobrinho que mata seu tio com o objetivo de acelerar o recebimento da herança, tal comportamento não se dirige contra a permanência do Estado ou de suas instituições.

No outro pólo, tem-se o Direito Penal do inimigo, que, diferentemente do Direito Penal do cidadão (que tem como fins a reafirmação do ordenamento jurídico, a intimidação ou a ressocialização) é uma legislação de guerra contra o inimigo, na qual seu principal (ou único) fim seria a exclusão. Ou seja, o Direito Penal do inimigo tem como finalidade a manutenção da segurança cognitiva, e, para isso, elimina todos aqueles que não oferecem as garantias mínimas a fim de serem tratados como pessoas, por isso, ao combater-se muito mais sua periculosidade do que sua conduta, já é interceptado no estado prévio, como por exemplo, é o tratamento dado a quem faz parte de uma associação terrorista: já é punível a partir da fundação da associação, pois um indivíduo que não admite entrar no estado de cidadania não pode participar dos benefícios concedidos aos cidadãos, tornando-se, assim, em uma criatura anômala e, em consequência, o ordenamento carece de razões para defender seus interesses.

Jakobs (2005), ao estabelecer essas duas faces do Direito Penal, como consequência faz a diferenciação entre criminoso cidadão e criminoso inimigo. Os inimigos, assim como os criminosos cidadãos, estão envolvidos na comissão de fatos delitivos como assassinatos, danos, extorsões, seqüestros, ocorre, no entanto, que não são esses fatos que constituem a base de regulação do Direito Penal do inimigo (até porque esses não diferem dos realizados incidentalmente pelos cidadãos vinculados a e pelo direito); o que importa para o Direito Penal do inimigo é a habitualidade e o profissionalismo da atividade delitiva e a permanência em organizações criminosas.

Os inimigos são indivíduos que rechaçam por princípio o ordenamento jurídico, perseguindo sua destruição, há uma negação total dos princípios políticos e sócio-econômicos da sociedade, por isso, também são caracterizados por sua periculosidade, pois não oferecem garantias mínimas de segurança cognitiva (pois, seu comportamento não é mais previsível conforme as expectativas normativas vigentes na sociedade).

Assim, o centro do Direito Penal do inimigo, como diz Martín (2005), é a privação e a negação da condição de pessoa a determinados indivíduos e a atribuição a eles da condição

de inimigos, ou seja, é o que faz um ordenamento punitivo diferente com respeito ao Direito Penal ordinário, da normalidade ou do cidadão. Uma interrogação faz-se necessária neste ponto: é possível a privação e a negação da condição de pessoa a determinados indivíduos?

Esta privação e negação da condição de pessoa a determinados indivíduos somente é possível caso se reconheça que a personalidade (a qualidade de pessoa) não é algo dado pela natureza, mas uma atribuição normativa. Percebe-se que Jakobs (2005) distingue indivíduos e pessoas. O indivíduo pertence a ordem natural, já a pessoa não é algo dado pela natureza, sendo uma construção social que pode ser atribuída, ou não, aos indivíduos. Para Jakobs, segundo Martín (2005), pessoa é o destino das expectativas normativas correspondentes a papéis, porque ser pessoa significa ter que representar um papel, ou seja, os indivíduos tornam-se pessoas quando ficam definidos pelas tarefas e quando seu atuar aparece como cumprimento de deveres de manutenção do grupo. Em síntese, pessoa é algo distinto de um ser humano; enquanto essa é o resultado de processos naturais, aquela é um produto social.

Se o que define as pessoas é o cumprimento de deveres de manutenção do grupo, visualiza-se que todo indivíduo que não a obre desse modo de viver tem de ser excluído do conceito de pessoa. Dessa forma, os inimigos não são pessoas, sendo que o Estado não deve tratá-los como tais, pois se a personalidade como uma construção normativa é irreal e somente pode ser mantida quando tem alguma garantia cognitiva dela, quando já não existe a expectativa de um comportamento pessoal (determinado por direitos e deveres) a pessoa degenera e em seu lugar surge o indivíduo, perigoso e inimigo (MARTÍN, 2005).

A partir de quando há o reconhecimento das não-pessoas? O Direito Penal do inimigo encontra o conceito de não-pessoa na análise de quando um indivíduo abandona de modo duradouro (dedicação habitual e reiterada à comissão de delitos) o ordenamento jurídico. Ocorre que aqui surge mais uma dúvida quanto à doutrina do Direito Penal do inimigo: esse Direito habitual e reiteradamente infringido só pode ser o de cidadão, pois, como ensina Martín (2005), o Direito só pode ser infringido por quem seja destinatário de suas normas, sendo, portanto, que somente pode ser destinatária de uma norma jurídica uma pessoa.⁷³ Dessa forma, aquele que infringe permanentemente o Direito (do cidadão) deve ser uma pessoa e para se comprovar se realmente houve infração ao Direito, deve,

⁷³ “La llamada persona física no es por lo tanto un hombre, sino la unidad personificada de las normas jurídicas que atribuyen deberes y derechos al mismo hombre. No es una realidad natural, sino una construcción jurídica creada por la ciencia del Derecho, un concepto auxiliar en la descripción de hechos jurídicamente relevantes. La llamada persona física es una persona jurídica” (KELSEN apud MARTÍN, 2005, p. 35). “A chamada pessoa física não é, portanto, um homem, senão a unidade personificada das normas jurídicas que atribuem deveres e direitos ao mesmo homem. Não é uma realidade natural, senão uma construção jurídica criada pela ciência do Direito, um conceito auxiliar na descrição de fatos jurídicamente relevantes. A chamada pessoa física é uma pessoa jurídica.”

necessariamente, de se submeter a um processo penal que deve seguir o Direito do cidadão. Assim, segundo Martín (2005), quando o sujeito entra no processo o faz com a condição de cidadão, se durante esse processo obter-se a comprovação de que o sujeito foi autor de uma infração, deverá responder as conseqüências jurídicas de acordo com o Direito Penal do cidadão, por ser esse o Direito infringido e conforme o qual foi julgado. Dessa forma, quem para o Direito Penal do inimigo é julgado pelo Direito Penal do cidadão o é em sua condição de pessoa, sendo que a pena que se impõe ao que resulta condenado por esses Direito em nada lhe priva de seu status de cidadão, nem de sua condição de pessoa, conservando-os integralmente apesar da condenação.

Diante disso questiona Martín (2005) onde o Direito Penal do inimigo encontrará seus destinatários, isto é, indivíduos que careçam da condição de pessoa e que pré-existam à toda regulação e aplicação de tal Direito? Buscando encontrar respostas à questão Martín (2005) diz que essa idéia poderia ser contestada com base na lógica de que é justamente o processo que determina finalmente a privação ao indivíduo de sua condição de pessoa e, por isso, sua exclusão da cidadania e sua declaração como inimigo. Ocorre, contudo, que para isso o processo deve desenvolver-se com todas as garantias do cidadão, pois do início até sua conclusão o acusado não pode encontrar-se em nenhum outro status que não o de cidadão. Diante disso, conclui Martín (2005), o Direito Penal do inimigo só é possível a partir da existência prévia de pessoas, sendo que se isso é afirmativo, então os conteúdos e as regras desse Direito não poderiam ser distintas das do Direito Penal do cidadão.

O Direito Penal do inimigo pode ser caracterizado por:

a) os inimigos não são punidos de acordo com sua culpabilidade, mas consoante sua periculosidade;

b) trata-se o Direito Penal do inimigo de um Direito Penal prospectivo e não retrospectivo como é o da normalidade, ou seja, as medidas contra o inimigo não olham o passado (o que o criminoso fez, o fato cometido), mas o futuro (o que ele representa de perigo futuro); pois o lugar do dano atual à vigência da norma é ocupado pelo perigo de danos futuros, no qual “[...] o ponto de partida ao qual se ata a regulação é a conduta não realizada, mas só planejada, isto é, não o dano à vigência da norma que tenha sido realizado, mas o fato futuro” (JAKOBS, 2005, p. 44).

c) o inimigo, diferentemente do cidadão que mesmo depois de delinquir continua com o status de pessoa, não é um sujeito de direito, mas um objeto de coação;

d) o Direito Penal do inimigo adianta o âmbito de proteção da norma, ou seja, há uma antecipação da tutela penal para alcançar os atos preparatórios; “[...] eliminação de um

perigo: a punibilidade avança um grande trecho para o âmbito da preparação, e a pena se dirige à segurança frente a fatos futuros, não à sanção de fatos cometidos” (JAKOBS, 2005, p. 35-6).

e) há uma desproporcionalidade na quantidade de pena, pois a antecipação da barreira de punição não é considerada para a redução da pena cominada;

f) há uma flexibilização do princípio da legalidade, especialmente no que se refere à descrição vaga dos crimes e das penas;

g) além da flexibilização do princípio da legalidade, outras garantias penais e processuais são relativizadas ou até mesmo suprimidas;

h) o Direito Penal do inimigo incrementou a criação de delitos sem bens jurídicos definidos;

i) aumento desproporcional de penas em relação aos bens jurídicos protegidos;

j) endurecimento da execução penal. Inserida nessa linha encontramos no Brasil a lei nº 10.792 de 1º de dezembro de 2003, que, entre outras coisas, alterou a Lei de Execução Penal, criando o regime disciplinar diferenciado para a execução de penas privativas de liberdade (arts. 52 e 58 da lei nº 7.210/84). Ela estabelece que a prática de fato previsto como crime doloso constitui falta grave, quando ocasionar subversão da ordem ou disciplinas internas, sujeita o preso (tanto provisório como condenado) ao regime disciplinar diferenciado, que possui as seguintes características: duração máxima de 360 dias, sem prejuízo de repetição da sanção por nova falta grave da mesma espécie, até o limite de 1/6 da pena aplicada; recolhimento em cela individual; visitas semanais de duas pessoas, sem contar as crianças, com duração de duas horas; o preso terá direito à saída da cela por duas horas diárias para banho de sol. Além dos presos sobre os quais recaiam fundadas suspeitas de por em risco a ordem e a segurança do estabelecimento penal, também ficam sujeitos ao regime disciplinar diferenciado o preso sobre o qual recaia suspeitas fundada de envolvimento ou participação em organizações criminosas, quadrilha ou bando.

l) concessão de prêmios ao inimigo que se mostra fiel ao Direito (delação premiada);

m) aumento no número de prisões em flagrante e prisões preventivas;

n) infiltração de agentes policiais em organizações criminosas;

o) abuso no uso de medidas preventivas, como interceptações telefônicas e quebras de sigilo bancário, sem justa causa;

p) no caso dos detentos da base americana de Guantânamo e os presos de Abu Grahib⁷⁴, o Direito Penal do inimigo viola declarações internacionais sobre Direitos Humanos utilizando-se de tortura como meio de investigação da verdade, prisão sem os direitos mínimos reconhecidos internacionalmente aos prisioneiros, privação de liberdade meramente governamental, incomunicabilidade (inclusive com advogados), pena de morte.

q) investigação pelo Ministério Público.

O Direito Penal do inimigo é um produto do Direito penal simbólico e do Direito Penal punitivista. Ao eleger um inimigo é um exemplo de Direito Penal de autor, que pune o sujeito pelo que ele é, diferente do Direito penal do fato, que pune o agente pelo que ele fez.

O uso das normas penais constitutivas, que disciplinam diretamente a pessoa e não o seu modo de atuar, o seu comportamento, tem percorrido a história do Direito Penal. Como lembra Ferrajoli (1995, p. 504), primeiro foram as bruxas, depois os hereges, os infiéis e os judeus. Depois o foco virou-se para as classes de sujeitos tidos como perigosos, ociosos, vagabundos, propensos a delinquir, inimigos do povo, em síntese, o subproletariado.

As normas penais constitutivas, ao invés de qualificar o delito pelo modo de atuar da pessoa (preocupando-se com a comissão ou omissão de comportamentos), preferem estabelecer as características biológicas, antropológicas ou sociais do sujeito como elemento constitutivo do delito, tais como a condição social, a opção política, o pensamento religioso, a característica racial.

Assim, a norma penal constitutiva ao identificar, como pressupostos de penalização, as características intrínsecas da pessoa, ao invés de suas ações ou omissões, implica desigualdade e discriminação para com as pessoas natural ou socialmente diversas e distintas, pois “a essência do delito reside numa característica do autor, que explica a pena.” (ZAFFARONI, 2003, p. 131). Gerando, portanto, uma repressão da subjetividade do autor, como foi o direito penal nazista, um direito penal de autor. Ou seja, deixa-se de referir a ação para orientar-se diretamente ao autor, criando uma culpa pelo modo de ser ou condução de vida do autor (FERRAJOLI, 1995, p. 496).

Mezger, advogado criminalista alemão, em 1943 escreveu informes para o regime nacional-socialista sobre um Projeto de lei sobre o tratamento de “Estranhos à Comunidade”, com o seguinte teor:

⁷⁴ Guantânamo é um território pertencente aos Estados Unidos da América dentro de Cuba. Lá os americanos mantêm uma prisão com centenas de estrangeiros. Segundo entidades de proteção dos direitos humanos em condições precárias e sem direito de defesa. Já a prisão de Abu Ghraib, também americana, ficara no Iraque. A maioria dos detentos dessas prisões em acusada de fazer parte da organização Al-Qaeda, ou seja, de terem participado do atentado terrorista de 11 de setembro de 2001.

No futuro haverá dois (ou mais) “Direitos penais”:

-um Direito penal para a generalidade (no que em essência seguirão vigentes os princípios que regeram até agora), e

-um Direito penal (completamente diferente) para grupos especiais de determinadas pessoas, como, por exemplo, os delinqüentes por tendência. O decisivo é em que grupo deve incluir-se à pessoa em questão [...] Uma vez que se realize a inclusão, o “Direito especial” (quer dizer, a reclusão por tempo indefinido) deverá aplicar-se sem limites. E desde esse momento carecem de objeto todas as diferenciações jurídicas [...] Esta separação entre diversos grupos de pessoas me parece realmente novidadeira (estar na nova Ordem; nele radica um “novo começo”) (MEZGER, apud MUÑOZ CONDE, 2005, p. 25-6).

O Direito Penal do inimigo, ao substituir a culpabilidade pela periculosidade, não leva em conta a proporcionalidade das penas, pois não dá importância aos danos causados, somente às características do sujeito eleito como inimigo. Neste mesmo viés, torna o Direito Penal prospectivo e não retrospectivo (que analisa os fatos cometidos pelo agente). Acaba punindo muito mais a subjetividade do agente do que sua conduta.

O processo adotado pelo Direito Penal do inimigo não é o devido processo legal, mas um procedimento de guerra, afastando-se todas as garantias penais e processuais penais. Contudo, deve-se tratar o criminoso habitual, profissional, que pertence a uma organização criminosa como um agente perigoso, até justificando-se a intensificação da resposta penal, mas nunca como um criminoso anormal, patológico que está colocando em risco a estrutura do Estado. Portanto, não se encontra justificativa para um processo com natureza de uma guerra de um combate.

O Direito Penal do inimigo no Brasil é totalmente inconstitucional, pois a Constituição Federal de 1988 somente reconhece medidas excepcionais em tempos anormais, como o estado de defesa e o estado de sítio. Embora a criminalidade etiquetada como inimiga afete bens jurídicos relevantes, e cause grande clamor da mídia e da população, ela não chega a colocar em risco o Estado vigente, nem suas instituições sociais, assim, contra ela só se justifica o Direito Penal do Estado democrático de Direito. Até porque como lembra Gomes (2005) tratar um criminoso comum como um criminoso de guerra é o que ele necessita para questionar a legitimidade do sistema; precisa-se analisar seu fato como mais um fato delituoso, não como um ato de guerra, pois a lógica do vale tudo, da intolerância, leva a excessos, destruindo a racionalidade e colocando em xeque o Estado Democrático de Direito.

O Direito Penal num Estado Democrático de Direito deve sempre tratar a pessoa como cidadão, nunca como um irracional, sob pena de violação de um dos principais princípios do Estado Democrático de Direito: o princípio da dignidade humana.

O ordenamento jurídico deve manter dentro do Direito o criminoso, e isso por uma dupla razão: por um lado, o delinqüente tem direito a voltar a ajustar-se com a sociedade, e para isso deve manter seu ‘status’ de pessoa, de cidadão, em todo caso: sua situação dentro do direito. Por outro, o delinqüente tem o dever de proceder a existência de personalidade, dito de outro modo, o delinqüente não pode despedir-se arbitrariamente da sociedade através de seu ato.

O Direito Penal deve ser único e revestido de todas as garantias fundamentais que configuram a base do Estado Social e Democrático de Direito. Propor a flexibilização de uma parte do Direito Penal, com a supressão de garantias (em razão de não haver em certos casos a previsão de pena privativa de liberdade, ou em razão de um Direito Penal do inimigo) é um verdadeiro retrocesso e um ataque aos fundamentos de um Estado Social e Democrático de Direito. A proposta de supressão das garantias nos casos de sanções rigorosas, inclusive de maneira excepcional, não pode ser aceita em um Estado Democrático de Direito. Configuraria qualquer outra maneira de reação à criminalidade, mas seguramente não seria Direito Penal, isso porque:

Una ley igual para todos es el soporte del Estado Democrático y Social de Derecho en que vivimos y del cual, no es posible alejarse y que no permite que nosotros seamos iguales a aquellos que tratan los “diferentes”, aquellos que creen en vidas diferentes, aquellos que piensan diferente y que hacen las cosas de manera que los molesten, como enemigos, que tienen que vencer a cualquier costo. A nosotros, cabe la tarea de mantener la fe en un Derecho penal que trate a todos, a los “enemigos” y los ciudadanos como iguales ante a ley ⁷⁵ (CARVALHO, 2005, p. 2).

O Direito Penal deve desenvolver um núcleo mínimo, sem o qual qualquer decisão é ilegítima. Trata-se, no caso, da construção de bases mínimas do Direito Penal fundado na difusão da atitude de ver as garantias penais e processuais penais do Estado de Direito não como relíquias de um formalismo ultrapassado, mas sim como requisitos de legitimação do Direito Penal (HASSEMER, 1993).

2.3.7 Crise do princípio da culpabilidade – crise teórico-prática do finalismo

O Direito Penal também passa hoje por uma crise quanto aos seus aspectos dogmáticos, especialmente no que se refere ao conceito de culpabilidade. O Direito Penal

⁷⁵ “Uma lei igual para todos é o suporte do Estado Democrático e Social de Direito em que vivemos e do qual, não é possível alijar-se e que não permite que nós sejamos iguais àqueles que tratam os “diferentes”, aqueles que crêem em vidas diferentes, aqueles que pensam diferente e que fazem as coisas de maneira que os molestam, como inimigos, que tem que vencer a qualquer custo. A nós, cabe a tarefa de manter a fé em um Direito Penal que trate a todos, aos “inimigos” e os cidadãos como iguais ante a lei.”

predominante adota a teoria finalista da ação, que determina que a primeira das estruturas que importam para o Direito é a natureza finalista do agir humano. Assim, segundo os finalistas, se o Direito quer proibir ações, deve proibir então ações finalistas, pois o homem só age finalisticamente. Segundo Welzel em sua teoria finalista da ação:

Ação humana é exercício de atividade final. A ação é, portanto, um acontecer ‘final’ e não puramente ‘causal’. A ‘finalidade’ ou o caráter final da ação baseia-se em que o homem, graças a seu saber causal, pode prever, dentro de certos limites, as conseqüências possíveis de sua conduta. Em razão de seu saber causal prévio pode dirigir os diferentes atos de sua atividade de tal forma que oriente o acontecer causal exterior a um fim e assim o determine finalmente. A atividade final – prossegue Welzel – é uma atividade dirigida conscientemente em função do fim, enquanto o acontecer causal não está dirigido em função do fim, mas é a resultante causal da constelação de causas existentes em cada caso. A finalidade é, por isso, - dito graficamente – “vidente”, a causalidade “cega” (apud BITENCOURT, 2003, p. 156).

Então, a vontade é o principal pilar da ação final, sendo que a finalidade é atribuída à capacidade da vontade de prever a que conseqüências a intervenção no curso causal trará a consecução de um fim.

Portanto, a direção final de uma ação realiza-se em duas fases, segundo Bitencourt (2003, p. 156):

1ª fase) a subjetiva: que é a que ocorre na esfera intelectual, ou seja, na averiguação do fim a que se pretende, na seleção dos meios de execução, e as conseqüências da relação meio/fim;

2ª fase) a objetiva: é a que ocorre no mundo real, ou seja, é o desenvolvimento (segundo um plano subjetivo) do processo causal a fim de que se chegue a finalidade pretendida.

Atualmente, no entanto, o conceito de culpabilidade tem sofrido alterações, sobretudo, diante de conceitos de autores que adotam a teoria funcionalista do delito.

Assim, como desenvolve Greco:

Culpabilidade e necessidades preventiva passam a integrar o terceiro nível da categoria da teoria do delito, que Roxin chama de “responsabilidade” (Verantwortlichkeit). A responsabilidade depende de dois dados, que devem adicionar-se ao injusto: a culpabilidade do autor, e a necessidade preventiva de intervenção penal, que se extrai da lei. Será necessário o concurso tanto da culpabilidade como de necessidades preventivas para que se torne justificada a punição. (2000, p. 154).

No funcionalismo sistêmico, que é, sobretudo, defendido por Jakobs, os conceitos de causalidade e finalidade presentes no sistema naturalista e finalista são substituídos pelo conceito de competência, ou seja,

A vida em sociedade torna cada pessoa portadora de um determinado papel – pedestre, motorista, esportista, eleitor – que consubstancia um feixe de expectativas. Cada qual, e não só o autor de crimes omissivos impróprios, como na doutrina tradicional, é garante dessas expectativas. A posição de garante, que decorre dessa adscrição de um âmbito de competências a um determinado indivíduo, é pressuposto de todo ilícito, quer comissivo, quer omissivo. Compete a cada uma dessas pessoas organizar seu círculo de interações de maneira a não violar as normas penais, a não gerar decepções. Surgem, assim, os delitos por competência organizacional. Mas ao lado desse dever genérico de controlar os perigos emanados da própria organização social, que possui conteúdo meramente negativo, há expectativas de comportamento positivo, que exigem do sujeito que cumpra determinada prestação em nome de alguma instituição social: são estes os delitos por competência institucional. Uma vez violada a expectativa organizacional ou institucional (isto é, uma vez constituído o injusto), procura o direito explicar tal fato, de alguma maneira: ou através do acaso – estado de necessidade, culpa da vítima etc. – ou através da imputação de defeito de motivação a um sujeito determinado. Neste segundo caso, formula-se o chamado júízo de culpabilidade, que declara o sujeito competente pela violação da norma, ou seja, fixa que é às suas custas que a norma deverá ser reestabilizada (2000, p. 141).

Portanto, os conceitos “perdem seu conteúdo pré-jurídico e transformam-se em conceitos de etapas de competências” (GRECO, 2000, p. 141).

Assim, conforme a teoria da imputação objetiva, que é a teoria decorrente do sistema funcionalista, o comportamento e o resultado normativo (jurídico) só são atribuídos ao sujeito quando: “1º) a conduta criou ao bem (jurídico) um risco juridicamente desaprovado e relevante; 2º) o perigo realizou-se no resultado. O evento é considerado no sentido normativo ou jurídico e não naturalístico; 3º) o alcance (âmbito) do tipo incriminador abrange o gênero de resultado produzido” (JESUS, 2002, p. 34-5).

As noções de risco permitido e de risco proibido para a teoria da imputação objetiva são fundamentais.

“O perigo de um dano é inerente a toda a atividade humana” (JESUS, 2002, p. 39). Vive-se numa sociedade de riscos. E, portanto, os conceitos de perigo permitido e proibido projetam-se sobre todas as atividades humanas, sendo que

a diferença entre risco permitido e proibido não está na gravidade do perigo e sim em que às vezes é lícito e em outras não o é. Enquanto o “risco” pertence ao mundo natural, a permissão e a proibição determinam-se de acordo com as regras do ordenamento social. A tolerância para a realização da conduta criadora de risco advém das estruturas sociais, que, por intermédio de diferentes critérios, disciplinam o que é lícito e o que é desaprovado (JESUS, 2002, p. 41).

A utilidade social apontada por Jesus (2002) advém da necessidade que tem a humanidade de avanços em vários campos, os quais muitas vezes trazem perigos à vida das pessoas. Então, entre a proteção total dos bens das pessoas e a utilidade do progresso, o

legislador prefere esta, possibilitando a prática de atividades perigosas, mas é claro, sempre levando em conta o binômio custo-benefício.

Sobre a inevitabilidade do perigo aponta Jesus “que vivemos numa sociedade em que o perigo é nosso companheiro diário” (2002, p. 42), afirmando que se não fosse assim a humanidade chegaria à estagnação, citando como exemplo o transporte rodoviário de combustíveis, que traz muitos perigos, sendo que para evitá-los, teríamos que proibi-lo. Assim, visualiza-se que é impossível a proibição total das atividades que geram riscos, mas que por outro lado também trazem benefícios à população.

Para Roxin (2002, p. 325) risco permitido é “[...] um comportamento que cria um risco juridicamente relevante, risco esse que é em geral – independentemente do caso concreto – permitido. Fica assim excluída já a imputação ao tipo objetivo [...].”

Assim, portanto, como estabelece Roxin, “[...] a imputação ao tipo objetivo pressupõe que o resultado se apresente como a realização justamente do risco que o autor criou. Daí decorre a exclusão da imputação quando, apesar de ter o autor criado um risco para o bem jurídico protegido, o resultado não é consequência deste perigo, mas fruto do acaso. (2002, p. 327).

Segundo Jesus (2002, p. 72), a teoria da imputação objetiva está condicionada a quatro requisitos:

1º) causalidade material entre a conduta e o resultado (só nos delitos materiais); 2º) criação de um risco ao bem jurídico relevante e juridicamente não autorizado; 3º) resultado jurídico advindo do risco; e 4º) correspondência entre o resultado jurídico e o perigo juridicamente desaprovado.

Ocorre, portanto que:

Determinada a causalidade objetiva entre a conduta e o resultado naturalístico, esse dado deve ser submetido ao crivo das regras jurídicas, surgindo o tema da imputação objetiva. De modo que a causalidade é só uma condição mínima, devendo a ela agregar-se a relação normativa entre o comportamento e a produção do resultado (JESUS, 2002, p. 73).

Ou seja, para que haja a imputação objetiva é necessário que o agente crie um risco ao bem jurídico. Contudo, este risco deve ser desaprovado, proibido pelo ordenamento jurídico, pois nos casos em que o risco é permitido a conduta não será típica. Como enfatiza Roxin: “Ainda que o autor tenha criado um risco juridicamente relevante, estará excluída a imputação se este risco se puder dizer permitido.” Ou seja, “Somente quando se ultrapassa o risco permitido haverá um perigo cuja realização torna o resultado imputável enquanto ação típica.” (2002, p. 326).

O Direito Penal, a partir das transformações que se operam no mundo atual, parece passar por várias crises, como se analisou nos itens anteriores, sobretudo no que se refere aos postulados consolidados com o surgimento do Direito Penal liberal, após o movimento Iluminista de reforma deste.

Neste diapasão de crise do Estado, crise da soberania, crise do Direito estatal e crise do Direito Penal, surgem vários movimentos de desconstrução do monopólio estatal do Direito Penal, reivindicando novas formas de se encarar o crime, especialmente no que diz respeito às novas situações e aos novos direitos decorrentes desta sociedade em constante metamorfose.

3 DO NECESSÁRIO CARÁTER PÚBLICO DA TUTELA PENAL DOS NOVOS DIREITOS

3.1 DOS NOVOS DIREITOS

O mundo atual passa por várias transformações, há uma complexidade crescente, em uma velocidade incrível. Tais mutações da sociedade atual estão fazendo surgir novos problemas, novos conflitos, conseqüentemente novos direitos, ou seja, situações que até então nunca tinham sido pensadas, e, que, agora, necessitam de proteção e de regulamentação. Assim, a sociedade passa a conviver com novas modalidades de direitos.

Os direitos, então, são variáveis, modificando-se ao longo da história de acordo com as necessidades e os interesses do homem.⁷⁶ Bobbio esclarece tal processo dizendo que :

os direitos não nascem todos de uma vez. Nascem quando devem ou podem nascer. Nascem quando o aumento do poder do homem sobre o homem – que acompanha inevitavelmente o progresso técnico, isto é, o progresso da capacidade do homem de dominar a natureza e os outros homens – ou cria novas ameaças à liberdade do indivíduo, ou permite novos remédios para as suas indigências: ameaças que são enfrentadas através de demandas de limitações do poder; remédios que são providenciados através da exigência de que o mesmo poder intervenha de modo protetor. As primeiras, correspondem os direitos de liberdade, ou um não-agir do Estado; aos segundos, os direitos sociais, ou uma ação positiva do Estado. Embora as exigências de direitos possam estar dispostas cronologicamente em diversas fases ou gerações, suas espécies são sempre – com relação aos poderes constituídos – apenas duas: ou impedir os malefícios de tais poderes ou obter os seus benefícios. Nos direitos de terceira e de quarta geração, podem existir direitos tanto de uma quanto de outra espécie (1992, p. 6).

Assim, essas transformações podem ser explicadas pelas gerações de direitos⁷⁷ e pela evolução dos processos e mecanismos de tutela.

⁷⁶ “Por certo, os direitos humanos em emergência materializam exigências permanentes da própria sociedade diante das condições emergentes da vida e das crescentes prioridades determinadas socialmente” (WOLKMER, 2002, p. 11).

⁷⁷ “Essa distinção entre gerações dos direitos fundamentais é estabelecida apenas com o propósito de situar os diferentes momentos em que esses grupos de direitos surgem como reivindicações acolhidas pela ordem jurídica. Deve-se ter presente, entretanto, que falar em sucessão de gerações não significa dizer que os direitos previstos num momento tenham sido suplantados por aqueles surgidos em instante seguinte. Os direitos de cada geração persistem válidos juntamente com os direitos da nova geração, ainda que o significado de cada um sofra o influxo das concepções jurídicas e sociais prevalentes nos novos momentos” (MENDES, COELHO, BRANCO, 2008, p. 234).

A doutrina tem sido divergente no que se refere à utilização do termo geração para estabelecer os direitos que marcam um determinado momento histórico. Segundo parte da doutrina o termo geração representa a sobreposição ou revogação de um direito (geração) por outro, assim, propõe o termo dimensão em substituição daquele. De acordo com Bonavides: “o vocábulo “dimensão” substitui, com vantagem lógica e qualitativa, o termo “geração”, caso este último venha a induzir apenas sucessão cronológica e, portanto, suposta caducidade dos direitos das gerações antecedentes, o que não é verdade” (2002, p. 525).

Durante a Idade Média, o sistema socioeconômico social vigente era o feudalismo, tendo este como característica a dispersão do poder público entre inúmeros senhores feudais (sendo que era o próprio Rei quem conferia esses cargos) e, portanto, dessa fragmentação da autoridade resulta uma debilidade do poder central.

Contudo, no fim da Idade Média e início da Idade Moderna, o incipiente comércio, que deu destaque aos mercadores e aos artesões, fez cair o preço da terra e, além disso, as seguidas pestes e guerras entre os senhores feudais, levou a evasão dos servos para o burgos, fortalecendo, então, a crescente burguesia, que em pouco tempo passou a deter a centralização econômica, mas, como esclarece Bester:

faltava-lhe a centralização econômica total, o que passava pela centralização do poder político, notadamente para destruir alguns obstáculos às suas atividades, como a necessidade de pagar tributos aos feudos para transportar as mercadorias de um burgo para outro, a falta de um exército nacional, a necessidade de uma moeda única etc. (2005, p. 17).

Como consequência da necessidade desta centralização, a burguesia alia-se ao Rei, absolutizando o poder neste.

Surge assim o Estado Absolutista, no qual o Rei aliado à burguesia unificou o Estado e passou a governar de forma absoluta⁷⁸. No entanto, aborda Bester,

nestes Estados Absolutos Unificados os direitos do homem como indivíduo não tinham condições de ser exigidos, pois na verdade eram os habitantes do reino apenas “súditos”, e não titulares de direitos. Aliás, não havia um Estado de Direito, e sim algumas tolerâncias por parte do monarca, em um regime de privilégios, sendo que estes poderiam a qualquer momento ser violados ou derogados pelo próprio monarca, conforme sua única e exclusiva vontade (2005, p. 18-9).

Todavia, a burguesia que havia lutado pela unificação e centralização do poder ficou excluída deste, pois o Rei foi buscar os membros de sua corte nos antigos feudos, não privilegiando, portanto, os burgueses. Esses, não satisfeitos, investiram contra o Rei, culminando em revoluções cujo exemplo mais acabado é a Revolução Francesa.

Com a Revolução Francesa, a justificação e a fundamentação do poder político passa da soberania divina dos reis à soberania popular, ou seja, o Estado passa a ser uma criação da sociedade, devendo a ela submeter-se.

O surgimento do Estado-nação moderno se deu por um processo de avocação de funções pelo rei relativamente aos senhores feudais, entre elas a administração da justiça.

É neste contexto que surge a primeira geração de direitos: os direitos de liberdade, sendo que a sua origem, de acordo com Oliveira Junior possui:

⁷⁸ Vale lembrar aqui da célebre frase de Luís XIV: “O Estado sou eu”. (BESTER, 2005).

um significado filosófico-histórico da inversão, característica da formação do Estado moderno, ocorrida na relação entre Estado e cidadãos: passou-se da prioridade dos deveres dos súditos à prioridade dos direitos do cidadão, emergindo um modo diferente de encarar a relação política, não mais predominantemente do ângulo do soberano, e sim daquele do cidadão, em correspondência com a afirmação da teoria individualista da sociedade em contraposição à concepção organicista tradicional (2000, p. 85).

Assim, segundo Mendes (2008), há uma inversão na relação até então existente entre Estado e indivíduo, reconhecendo-se que este tem primeiro direitos e depois deveres perante o Estado.

São direitos individuais⁷⁹ (possuem como paradigma de titularidade o homem individualmente considerado) que dão garantias aos cidadãos perante o poder do Estado (que era, na época, o grande opressor das liberdades individuais) de que se abstinhasse e não interferisse na vida pessoal de cada indivíduo, portanto, podem também ser caracterizados como direitos “negativos” ou direitos de defesa.⁸⁰

O processo de industrialização, o impacto do crescimento demográfico e, principalmente, o agravamento das disparidades no interior da sociedade, de acordo com Mendes (2008), geraram novas reivindicações ao Estado, assim, visualiza o autor que “o ideal absentista do Estado liberal não respondia, satisfatoriamente, às exigências do momento. Uma nova compreensão do relacionamento Estado/sociedade levou os Poderes Públicos a assumir o dever de operar para que a sociedade lograsse superar as suas angústias estruturais” (2008, p. 233).

⁷⁹ Interesses individuais, de acordo com Morais, são aqueles que se referem ao indivíduo isoladamente, não em situações em que o mesmo se insira em determinados contextos coletivos ou grupais. São aqueles que garantem autonomia ao particular, garantindo iniciativa e independência aos indivíduos diante dos demais membros da sociedade política e do Estado. Possuem como características:

- 1) Fruição individual com caráter excludente: o titular desse direito dispõe dele de forma exclusiva. “O meu direito implica o não-direito do outro ao mesmo objeto e o conseqüente impedimento de acesso. Esta fruição é de tal ordem de exclusividade que permite ao titular do direito a *destruição* do objeto, sem a possibilidade de qualquer interferência impeditiva” (1996a, p. 47).
- 2) Direito disponível: há a possibilidade de disponibilidade direta e imediata do bem objeto do direito.
- 3) Exercício pessoal: o direito deve ser exercido pessoalmente por seu titular, a lei excepcionalmente previu casos de substituição processual (quando autoriza que terceiros possam participar/praticar atos visando à salvaguarda do direito de outrem.
- 4) O prejuízo é passível de ressarcimento proporcional, convertendo-se o direito em pecúnia.
- 5) Conflituosidade mínima/circunscrita: pois envolve na disputa apenas sujeitos limitados, individualidades.
- 6) Politização neutral: dada a sua circunscrição subjetiva, permite limitar o conflito impondo-lhe uma definição jurídica pretensamente neutra.

⁸⁰ “Os direitos de defesa caracterizam-se por impor ao Estado um dever de abstenção, um dever de não-interferência, de não-intromissão no espaço de autodeterminação do indivíduo. Esses direitos objetivam a limitação da ação do Estado. Destinam-se a evitar ingerência do Estado sobre os bens protegidos (liberdade, propriedade...)” (MENDES, 2008, p. 255-6).

O Estado passa de Estado mínimo, despreocupado com os problemas sociais, para um Estado ativo na realização da justiça social. Logo, o Estado passa a agir intervindo na economia e orientando suas ações para objetivos de promoção social, pois não há mais somente espaço para a pretensão de abstenção do Estado, este precisa atuar positivamente.

É nesse contexto que surgem os direitos sociais⁸¹, a segunda geração de direitos, também considerados direitos positivos por exigirem prestações positivas do Estado, tais como assistência social, saúde, educação, trabalho, lazer.

Após a primeira e segunda geração de direitos surge a terceira geração, composta pelos novos direitos e decorrente dos avanços tecnológicos, como elucida Copetti:

Numa terceira fase, pós-Segunda Guerra Mundial, pelo qual está passando o Estado moderno, diante do surgimento de novos problemas sociais, temos a instituição de uma terceira geração de direitos humanos, os chamados direitos pós-materiais, que passam a ser reclamados na medida em que o desenvolvimento industrial e tecnológico passou a atingir bens até então intocados, como o ar, a água, todo o ecossistema global e outros interesses coletivos, difusos e transindividuais, ficando evidenciada, a partir daí, a necessidade de institucionalizar-se a sua proteção.” (2005, p. 56).

São os direitos de solidariedade, também conhecidos como direitos transindividuais ou direitos meta-individuais, que compreendem os direitos coletivos e os direitos difusos. Os direitos de terceira geração referem-se à proteção do meio ambiente e do consumidor, além de outros valores considerados importantes para a vida atual em sociedade, como, por exemplo, aqueles estabelecidos no art. 1º da Lei nº 7.347/85 (Lei de Ação Civil Pública): meio ambiente, consumidor, bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico, qualquer outro interesse difuso ou coletivo, ordem econômica, economia popular e ordem urbanística, e, também, o desenvolvimento, a paz, patrimônio comum da humanidade.⁸² De acordo com Wolkmer:

Transformações sociais ocorridas nas últimas décadas, a amplitude dos sujeitos coletivos, as formas novas e específicas de subjetividade e a diversidade na

⁸¹ “Os direitos de segunda geração são chamados de direitos sociais, não porque sejam direitos de coletividades, mas por se ligarem a reivindicações de justiça social – na maior parte dos casos, esses direitos têm por titulares indivíduos singularizados” (MENDES, 2008, p. 234).

O Estado é o sujeito passivo dos direitos de segunda geração, enquanto que o titular destes direitos ainda é o homem em sua individualidade, assim como nos direitos de primeira geração.

⁸² “Ao reconhecer os direitos de terceira dimensão é possível perceber duas posições entre os doutrinadores nacionais: a) Interpretação abrangente acerca dos direitos de solidariedade ou fraternidade (LAFER, BONAVIDES, BEDIN, SARLET): incluem-se aqui os direitos relacionados ao desenvolvimento, à paz, à autodeterminação dos povos, ao meio ambiente sadio, à qualidade de vida, o direito de comunicação etc.; b) Interpretação específica acerca de direitos transindividuais (OLIVEIRA Jr.): aglutinam-se os direitos de titularidade coletiva e difusa, adquirindo crescente importância o Direito ambiental e o Direito do consumidor” (WOLKMER, 2002, p. 16).

maneira de ser em sociedade têm projetado e intensificado outros direitos que podem ser inseridos na “terceira dimensão”, como os direitos de gênero (dignidade da mulher, subjetividade feminina), direitos da criança, direitos do idoso (Terceira Idade), os direitos dos deficientes físico e mental, os direitos das minorias (étnicas, religiosas, sexuais) e novos direitos da personalidade (à intimidade, à honra, à imagem) (2002, p. 18).

Aqui se pode começar a falar em novos direitos.⁸³ O que os caracteriza e os diferencia das gerações anteriores é sua titularidade, pois, enquanto nas gerações de direitos individuais e sociais o titular era o homem considerado individualmente, a terceira geração refere-se à proteção de categorias ou grupos de pessoas⁸⁴, ou segundo Morais:

Da confluência de fatores próprios à sociedade contemporânea emergem interesses que, além de escaparem à tradição individualística, se põem como indispensáveis à vida das pessoas. São interesses que atinam a toda a coletividade, são interesses ditos transindividuais, pois não estão acima ou além dos indivíduos, mas perpassam a coletividade de indivíduos e estes isoladamente. São interesses que se referem a categorias inteiras de indivíduos e exigem uma intervenção ativa, não somente uma negação, um impedimento de violação – exigem uma atividade. Ao contrário do direito excludente, negativo e repressivo de feição liberal, temos um direito comunitário, positivo, promocional (1996a, p. 125).

Os direitos de quarta geração, que emergiram no final do século XX, tratam de questões relativas à vida. São direitos relacionados à manipulação genética, a biotecnologia e a bioengenharia. De acordo com Wolkmer, são aqueles “como a reprodução humana assistida (inseminação artificial), aborto, eutanásia, cirurgias intra-uterinas, transplantes de órgão, engenharia genética (‘clonagem’), contracepção e outros” (2002, p. 19).

Os direitos de quinta geração surgem, segundo Wolkmer (2002), com a transição da sociedade industrial para a sociedade da era virtual, na passagem do século XX para o novo milênio. Podem ser caracterizados como aqueles relacionados à realidade virtual, ao ciberespaço, à Internet, ao comércio e o correio eletrônico, as possibilidades da inteligência artificial. De acordo com a edição especial da revista *Veja Tecnologia* há um recorde, “A cada três segundos, um novo computador é vendido no Brasil. Enquanto o número de máquinas aumenta, difundem-se o uso da banda larga, que cresceu 50% em somente um ano no país. Desde junho, mais de 10 milhões de brasileiros estão ligados à internet por meio de conexões

⁸³ “Quando adentramos nos chamados direitos humanos de terceira geração, particularmente, somos tomados pela percepção de que estamos diante, efetivamente, de uma nova realidade para os direitos fundamentais que, neste momento, se apresentam como detentores de uma universalidade comunitária no sentido de que o seu objeto diz respeito a pretensões que atingem inevitavelmente a comunidade humana como um todo” (MORAIS, 1996a, p. 163).

⁸⁴ “De uma feição eminentemente liberal-individualística, baseada na apreensão exclusiva/egoísta de bens e direitos, caminha-se para a sistematização e normatização dos nomeados interesses transindividuais, onde o núcleo não mais está no indivíduo, como mônada isolada, mas no “coletivo” e sua titularidade encontra-se dispersa nele” (MORAIS, 1996a, p. 19).

rápidas. Três anos atrás, as previsões indicavam que tal patamar seria atingido apenas em 2010” (2008, p. 12).

Essa proliferação ou multiplicação dos direitos aconteceu, segundo Bobbio, por três razões:⁸⁵

a) porque aumentou a quantidade de bens considerados merecedores de tutela; b) porque foi estendida a titularidade de alguns direitos típicos a sujeitos diversos do homem; c) porque o próprio homem não é mais considerado como ente genérico, ou homem em abstrato, mas é visto na especificidade ou na concreticidade de suas diversas maneiras de ser em sociedade, como criança, velho, doente, etc. Em substância: mais bens, mais sujeitos, mais *status* do indivíduo (1992, p. 68).

Assim, de acordo com Mendes (2008), essa tendência de especificação acarreta a multiplicação dos direitos, pois os direitos que antes protegiam reivindicações comuns de todos os homens, passaram a proteger, também, indivíduos singularizados em certas situações específicas, ou seja, “o homem não é mais visto em abstrato, mas na concretude das suas diversas maneiras de ser e de estar na sociedade” (MENDES, 2008, p. 254).

Pode-se dizer, portanto, que os novos direitos são aqueles que levam o Direito para o caminho dos fatos regulados para coletividades, e não, como tradicionalmente, exclusivamente para indivíduos. Ou seja, os novos direitos envolvem disputas, litígios e pretensões transpessoais. Assim, de um caráter essencialmente liberal-individualista, passa-se aos interesses transindividuais, nos quais o indivíduo isolado não está mais no centro, mas sim a coletividade, na qual a titularidade se dispersa.

Os novos direitos podem ser relacionados ao agigantamento dos problemas inerentes à nominada sociedade de massas (por exemplo as relações de consumo), ou, então, à redefinição dos direitos sociais, que embora já tradicionais ao Direito, hoje sofrem a influência da transformação do Estado, que passa de ator coadjuvante a personagem principal da novela humana, e, ainda, aqueles que surgem em decorrência da complexidade da sociedade atual (como exemplo pode-se citar a engenharia genética). Além disso, deve-se frisar que se trata de direitos indispensáveis à sociabilidade contemporânea (MORAIS, 1996a).

Os modernos interesses meta-individuais, como aborda Morais (1996a), encontram no Direito do Trabalho, especialmente na idéia de sindicalismo, o seu primeiro fundamento, mas foi com a Constituição Federal de 1988 que os interesses transindividuais assumiram

⁸⁵ “[...] múltiplas transformações tecno-científicas, das práticas de vida diferenciadas, da complexidade crescente de bens valorados e de necessidades básicas, bem como da emergência de atores sociais, portadores de novas subjetividades (individuais e coletivas)” (WOLKMER, 2002, p. 9-10).

lugar de destaque, sendo depois também tutelados pela legislação infra-constitucional brasileira.

3.1.1 Os novos direitos como direitos transindividuais

A partir da idéia de que os novos direitos são direitos que não estão vinculados somente a um indivíduo, importante se faz a análise dos direitos transindividuais, ou também denominados de meta-individuais, supra-individuais ou pluri-subjetivos. Referidos direitos ultrapassam a esfera de um indivíduo particularmente considerado, têm uma dimensão coletiva, com titulares indeterminados. Trata-se de conceito que ainda suscita discussões doutrinárias, no entanto, pode-se resumir os interesses ou direitos coletivos e difusos como aqueles meta-individuais que envolvem comunidades de pessoas mais ou menos indeterminadas ou de difícil determinação, tendo bens de natureza indivisível e espalhados pela coletividade.

Os interesses ou direitos transindividuais são divididos em direitos difusos, direitos coletivos e direitos individuais homogêneos. Assim, far-se-á o estudo de cada um desses direitos.

a) Interesses ou direitos difusos: Os interesses ou direitos difusos são tutelados constitucionalmente, sendo que a primeira vez que apareceram conceituados na legislação fora na de defesa do consumidos, assim preceitua o Art. 81, parágrafo único, I, Código de Defesa do Consumidor: “interesses ou direitos difusos, assim entendidos, para efeitos deste Código, os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato.”

Os direitos difusos possuem como características:

a1) Indeterminabilidade de sujeitos: a indeterminabilidade de sujeitos, de acordo com Leite, é a principal característica dos direitos difusos. Os titulares dos direitos difusos são substancialmente anônimos, isto em decorrência de o interesse juridicamente reconhecido ser de uma pluralidade indeterminada ou indeterminável de sujeitos, ou seja, a titularidade subjetiva é fluída, dispersa, nas palavras de Morais: “é de todos e de ninguém – é de qualquer um a qualquer momento” (1996a, p. 58). Ou, ainda, segundo o mesmo autor:

Os interesses difusos caracterizam interesses que não pertencem a pessoa alguma de forma isolada, tampouco a um grupo mesmo que delimitável de pessoas, mas a uma *série indeterminada ou de difícil determinação de sujeitos*. Neste sentido, é já tradicional a questão posta por M. Cappelletti inquirindo *a quem pertence o ar que respiramos(?)* e respondendo: *a cada um e a todos, a todos e a cada um*. O

mesmo vale para outros interesses igualmente difusos: valores culturais, espirituais, consumidores, meio ambiente, etc. (p. 58).

a2) Transindividualidade real ou essencial ampla: como consequência dessa titularidade fluída, dispersa, tem-se que o número de sujeitos ultrapassa a esfera de atuação isolada dos indivíduos. Assim, segundo Morais (1996a), pode-se referir a titularidade dos direitos fundamentais como uma titularidade aberta, podendo ser assim conferida a um ente especial como associações de moradores, consumidores, grupos ecológicos, partidos políticos, órgãos burocráticos tradicionais, como o Ministério Público e, até indivíduos isolados que assumam o risco de tal tentativa.

a3) Indivisibilidade ampla: os interesses tutelados pelos direitos difusos são indivisíveis, ou seja, há uma espécie de comunhão, na qual a satisfação ou a lesão do interesse gera consequências para toda a comunidade.

a4) Inexistência de vínculo jurídico entre os sujeitos: nos direitos difusos, diferentemente dos interesses coletivos, inexistente vínculo jurídico que reúna os sujeitos eventuais. Assim de acordo com Morais:

A reunião de pessoas em torno de um interesse difuso assenta-se em *atos genéricos, acidentais e mutáveis*, como habitar a mesma região, consumir os mesmos produtos, viver sob determinadas condições socioeconômicas, sujeitar-se a determinados empreendimentos, etc., como refere o jurista italiano Mauro Cappelletti. Em razão disso, o grupo ligado aos interesses difusos apresenta-se fluído, indeterminado e indeterminável, pois estão diluídos na satisfação de necessidade e interesses de amplos setores da sociedade de massas, características dos tempos atuais (1996, p. 55).

a5) Inapropriabilidade individual exclusiva: nos direitos difusos não é possível a fruição exclusiva por algum titular, ou seja, “A fruição é comum, de todos e de ninguém indistintamente” (MORAIS, 1996, p. 58).

a6) Indisponibilidade no campo relacional jurídico: por não ter títulos determináveis há dificuldade em se transigir de seu objeto no campo jurídico relacional (MORAIS, 1996a).

a7) Ressarcibilidade indireta: como os sujeitos não são individualmente determinados, não é possível a reparação direta a esses, portanto, essa é destinada a um fundo para a recuperação dos bens lesados.

a8) Caráter de efemeridade: de acordo com Morais (1996a), devido ao seu próprio conteúdo diluído, os interesses difusos têm uma tendência à transição e mutação no tempo e

no espaço, exigindo, então, uma tutela jurisdicional rápida e eficaz, sob pena de não mais ser possível reparar a lesão.

a9) Conflituosidade intensa: como consequência da indeterminação dos sujeitos e também da efemeridade dos direitos difusos, não há como se limitar sua abrangência, o que acaba gerando um alargamento *ad infinitum*, especialmente ao que se refere aos sujeitos envolvidos e à extensão dos objetos atingidos.

b) Interesses ou direitos coletivos: Como os direitos e interesses difusos, os coletivos também foram conceituados pela legislação do consumidor, sendo que o art. 81, parágrafo único, II, Lei 8.078/90, estabelece: “interesses ou direitos coletivos, assim entendidos, para efeitos deste Código, os transindividuais de natureza indivisível, de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base.”

Os interesses ou direitos coletivos possuem como características:

b1) Transindividualidade determinável dos sujeitos: aqui, diferentemente dos direitos difusos, é possível a determinabilidade dos titulares dos direitos, a titularidade da coletividade pode ser definida, ou, nas palavras de Moraes:

O que se percebe desde logo é que, embora coletivos, tais interesses têm uma titularidade perfeitamente visível, pois identificada como os membros de um determinado grupo, unidos por um laço jurídico. Neste espectro, podemos, então, situar, exemplificativamente, a sociedade mercantil, o condomínio, a família, o sindicato, os órgãos profissionais, entre outros, como grupos de indivíduos nos quais expressam-se tais interesses (1996a, p. 50).

b2) Os sujeitos são unidos por uma relação jurídica base: nos direitos coletivos há um vínculo jurídico que une os membros desta coletividade, sendo que é em consequência deste laço jurídico que se dá a possibilidade de determinação/identificação dos sujeitos da coletividade.

b3) Transindividualidade real ou essencial restrita: os direitos coletivos são titularizados por um conjunto de pessoas que permanecem adstritos a uma determinada classe ou categoria de pessoas.

b4) Indisponibilidade: De acordo com Moraes:

Assim, nem a coletividade, como organização superposta aos indivíduos isolados, nem os membros simples, poderão, como ocorre com os interesses individuais, dispor de tais interesses que, uma vez estabelecidos, representam um valor disponível da coletividade como entidade diversa tanto de sua apresentação estrutural como figura jurídica, quanto de seus membros visto separadamente (1996a, p. 54).

b5) Despersonalização dos interesses individuais: pois os direitos coletivos apresentam-se como a síntese dos interesses individuais. Segundo Morais:

apresenta o interesse coletivo como a síntese dos diversos interesses individuais em jogo no interior do grupo, materializando um todo-novo interesse identificado com o grupo diretamente e, mediante com os seus membros, despersonalizando os diversos interesses individuais dispersos em seu interior e não personalizando um novo interesse individual na própria entidade grupal (1996a, p. 51).

b6) Impedir a fruição individual excludente por parte de qualquer componente da coletividade: tem-se, portanto, que nos direitos coletivos, não podem os sujeitos que integram categoria ou classe, isoladamente fruir do interesse sintetizado no grupo. No entanto, podem a título particular, usufruir de tal interesse, sem afastar, com isso, a possibilidade de fruição dos demais co-titulares, que poderão fruí-lo em outro momento ou concomitantemente.

b7) A tutela está intimamente ligada ao grupo que: dá substrato jurídico para a formação da coletividade, aqui, segundo Morais, “se espraia a idéia de controle público, perdendo força a dualidade estatização-privatização” (1996a, p. 54).

c) Interesses ou direitos individuais homogêneos: Os interesses ou direitos individuais e homogêneos estão definidos no art. 81, parágrafo único, III, Lei 8.078/90: “interesses ou direitos individuais homogêneos, assim entendidos os decorrentes de origem comum.”

Os interesses individuais homogêneos são direitos de caráter individualista. No entanto, o legislador, com a finalidade de redução de demandas junto ao Poder Judiciário, colocou tais direitos, artificialmente, na categoria dos meta-individuais. Possuem como características:

c1) Origem comum: favorece a uniformidade de decisões, evitando decisões contraditórias e a sobrecarga do Poder Judiciário.

c2) Divisibilidade do objeto: aceita função individual.

c3) Transindividualidade artificial (legal) e instrumental (prática): é a lei que possibilita aos sujeitos envolvidos numa mesma situação possam atuar conjuntamente. E, na medida em que possibilita que os sujeitos se aglutinem, projeta um mecanismo de economia processual.

c4) Determinabilidade dos sujeitos: os sujeitos aqui são determinados.

c5) Núcleo comum das questões de direito ou de fato a unir os sujeitos: há uma origem comum que atinge várias pessoas ao mesmo tempo.

c6) Reparabilidade direta com recuperação dos bens lesados: é possível a indenização a cada sujeito envolvido na pretensão.

3.2 OS NOVOS DIREITOS NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

Antes do estudo dos novos direitos na Constituição de 1988 é relevante que se faça a análise das Constituições brasileiras anteriores, sobretudo, buscando-se os direitos que essencialmente eram tutelados pelas mesmas.

A primeira Constituição do Brasil foi a Constituição Imperial de 1824, outorgada pelo Imperador Dom Pedro I. Segundo Mendes (2008), a primeira experiência como nação livre e soberana se deu à luz do constitucionalismo clássico, considerado em torno das idéias do art. 16 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, que assim estabelece: “Toda a sociedade na qual a garantia dos direitos não for assegurada, nem a separação dos poderes determinada, não tem Constituição.” Há, assim, a prevalência de proteção às clássicas liberdades privadas, civis e políticas na Constituição de 1824, como estabelece o Título 8º “Das Disposições Geraes, e Garantias dos Direitos Civis, e Políticos dos Cidadãos Brasileiros.”⁸⁶

Na data de 15 de novembro de 1889 é proclamada a República, passando, então, o Brasil de Império unitário e centralizado à República presidencialista, federativa e descentralizada. Inicialmente teve-se a Constituição Provisória de 1890 e após a definitiva: Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 24 de fevereiro de 1891, sendo, portanto, a segunda Constituição brasileira e a primeira republicana, mas que também protegia essencialmente as liberdades individuais, como exemplo, pode-se citar o direito de propriedade que mantinha plenitude, somente podendo ser desapropriado por necessidade ou utilidade pública.

A Constituição de 1891 estabelece em seu Título IV Dos Cidadãos Brasileiros, na Seção II sua Declaração de Direitos, sendo que no art. 72 “A Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à liberdade, à segurança individual e à propriedade”, assim, não se diferencia da anterior quanto a tutela dos direitos do cidadão.

A terceira Constituição do Brasil é de 1934: Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de 16 de julho de 1934. Referida Constituição é tida como a versão sul-americana da

⁸⁶ Estabelece o art. 179 que “A inviolabilidade dos Direitos Civis, e Políticos dos Cidadãos Brasileiros, que tem por base a liberdade, a segurança individual, e a propriedade, é garantida pela Constituição do Império [...]”

Constituição Alemã de Weimar (de 1919), por ter, de acordo com Bester (2005), pela primeira vez no Brasil, incorporado direitos sociais, econômicos, culturais, trabalhistas, sindicais e previdenciários. A Constituição de 1934, de acordo com Mendes tratou com abundância dos interesses da coletividade⁸⁷. Segundo Lima de Carvalho:

nasce a Constituição de 1934 que, logo no seu preâmbulo, destaca, como objetivo do regime democrático, o bem estar econômico e social, ao lado da liberdade e da justiça. Essa tendência social acentua-se no seu bojo, não só por via da declaração de direitos e garantias individuais mas, principalmente, com o reconhecimento de novos direitos, como o direito à subsistência e ao trabalho e, principalmente, como os novos títulos consagrados à ordem econômica e social, educação e cultura (1992, p. 19).

A Constituição de 1934 estabelece no Título III uma declaração de direitos, entre eles os direitos políticos e individuais. Merecem destaque os Títulos IV Da Ordem Econômica e Social, que estabelece em seu art. 121 a proteção social do trabalhador, e V Da Família, da Educação e da Cultura. Destaca-se, portanto, que a Constituição de 1934, diferentemente das anteriores, começa a tutelar não só as liberdades individuais, mas também os interesses sociais dá início, então à chamada segunda geração dos direitos.

Com o golpe de Estado de 1937, dado pelo presidente Getúlio Vargas, seguiu-se a imposição da quarta Constituição do Brasil, a Constituição dos Estados Unidos do Brasil, outorgada em 10 de novembro de 1937. Referida Constituição ficou conhecida como a Constituição Polaca, pois era uma cópia da Constituição Polonesa de 1935, do regime do General Pilsudski. De acordo com Lenza (2008), apesar do regime extremamente autoritário, na medida em que o Estado, centralizador, atuava diretamente na economia, não se pode negar o seu importante crescimento neste setor. Buscando o apoio popular a política desenvolvida foi denominada “populista”, consolidando-se as Leis do Trabalho (CLT) e outros direitos sociais. Assim, a Constituição de 1937 continua protegendo os direitos e garantias individuais, a família, a cultura, a educação e a ordem econômica.

Com a redemocratização do país em 18 de setembro de 1946 surge a Constituição dos Estados Unidos do Brasil, lembrando a de 1934 no seu aspecto social, estabelecendo em

⁸⁷ “No que diz respeito à constitucionalização da ordem econômica e social, Paulo Bonavides observa, com a sua costumeira acuidade, que essa decisão se inseriu na modelagem do Estado Social – a terceira revolução política da idade moderna –, em cujo âmbito, inspirada menos na referência ao indivíduo do que no valor da pessoa humana, a própria sociedade, sem derramar sangue nem acender labaredas, antes de forma silenciosa e irreprimível, vai promovendo a convergência entre liberdade e igualdade e se libertando da alternativa, simplória de ter de optar entre o capitalismo e o marxismo, o que, afinal, evidencia que os direitos sociais, fruto desse aggiornamento político e constitucional, “não vieram para eliminar os direitos individuais, mas para dar-lhes dimensão nova, mais rica de promessas e adequação às variações impostas pela acomodação da liberdade no âmbito das exigências sociais, antes que estas venham a redundar em surpresas totalitárias” (MENDES, 2008, p. 167-8).

seu Título V Da Ordem Econômica e Social, frisando no art. 145 que a ordem econômica deve se organizar conforme os preceitos da justiça social, conciliando a liberdade de iniciativa com a valorização do trabalho humano, e no art. 147 que o uso da propriedade será condicionado ao bem-estar social.

Nova fase se inicia com a outorga, em 24 de janeiro de 1967, da primeira Constituição do Regime Militar. Referida Constituição tinha preocupação com a segurança nacional e restrição a autonomia individual, o que acabou gerando a suspensão de direitos e garantias fundamentais.

Novamente com a redemocratização do Brasil, promulga-se em 5 de outubro de 1988, a oitava Constituição brasileira, a Constituição da República Federativa do Brasil, de acordo com Bester:

Promulgada, enfim em 5 de outubro de 1988, a Constituição recebeu imediatamente a alcunha de “Cidadã” por parte de um de seus principais idealizadores, Ulysses Guimarães, presidente da Assembléia Nacional Constituinte. Tal alcunha deveu-se à restituição que em seu texto se fez da ampla cidadania e dos direitos fundamentais, após duas décadas de restrições e cerceamentos no exercício destes e de supressão de liberdades públicas em geral, bem como ao resgate da noção de Estado Social de Direito (2005, p. 112).

A Constituição de 1988 ao lado dos direitos individuais e coletivos do cidadão (estabelecidos no Título II “Dos direitos e garantias fundamentais”, no Capítulo I “Dos direitos e deveres individuais e coletivos”) e dos direitos sociais (no mesmo Título, mas no Capítulo II “Dos direitos sociais”), estabelece agora, também, a proteção dos novos direitos, a proteção dos direitos meta-individuais e dos direitos levando-se em conta as especificidades de cada cidadão.

Assim, no Título VII tem-se a proteção “Da ordem social”, visando ao bem-estar e a justiça social. Neste título, tem-se o Capítulo VI que protege o meio ambiente, no Capítulo VII estabelece o legislador constitucional a proteção do indivíduo em suas especificidades de criança, adolescente e idoso. As relações de consumo também passam a ser protegidas constitucionalmente (art. 5º, XXXII e 170, V).

A Constituição de 1988, então, além das clássicas primeira e segunda geração de direitos, já tutelados pelas Constituições anteriores, resguarda agora também os direitos posteriores, inclusive dando ênfase aos novos direitos.

3.3 AS IMPLICAÇÕES DA CONSTITUCIONALIZAÇÃO DOS NOVOS DIREITOS NO REDIMENSIONAMENTO DA TUTELA PENAL

O bem jurídico penal está passando por transformações, especialmente diante da constitucionalização dos novos direitos⁸⁸ e da complexidade atual das relações sociais⁸⁹. Assim, segundo Milanese:

Hay el surgimiento cotidiano de nuevas situaciones hasta entonces inéditas para el Derecho. Bienes jurídicos que antes no formaban parte del ámbito protegido por el Derecho penal, ahora la sociedad clama por su tutela, como el medio ambiente o la economía. Son bienes jurídicos universales y no individuales, y su protección se refiere no a una lesión o un peligro concreto de lesión de estos bienes jurídicos, sino, a un peligro abstracto (2006, p. 1).

A ciência jurídica é convocada a oferecer respostas aos novos temas da sociedade pós-moderna, e no campo do Direito Penal esta metamorfose também pode ser sentida com a acolhida de novos bens jurídicos.

O surgimento dos novos bens jurídicos pode ser tido como uma das conseqüências do abandono da exclusividade do individualismo na concepção do Direito Penal, ou seja, vivencia-se a ruptura do paradigma da proteção de bens jurídicos individuais para a tutela difusa, para a tutela de interesses coletivos. São bens jurídicos, portanto, que não afetam exclusivamente indivíduos isolados, mas a coletividade de indivíduos, interesses então meta ou pluriindividuais, como aborda Hassemer:

Já não se trata mais da proteção de ultrapassados bens jurídicos individuais concretos, como a vida e a liberdade, mas dos modernos bens jurídicos universais, por mais vaga e superficial que seja a sua definição: saúde pública, regularidade do mercado de capitais ou credibilidade de nossa política externa. [...]

⁸⁸ “Nas Constituições que são expressão do Rechtsstaats as normas concernentes ao direito penal se traduzem em postulados que, em defesa das garantias individuais, condicionam restritivamente a intervenção penal do Estado. Nas Constituições de nossos dias estas instâncias de resguardo dos direitos individuais em matéria penal persistem vigorosas, mas nelas se encontram uma série de preceitos que implicam no alargamento da atuação do direito penal de moldes a ampliar a área de bens objeto de sua proteção. Ou seja, de um lado nas Constituições contemporâneas se fixam os limites do poder punitivo do Estado, resguardando as prerrogativas individuais; e de outro lado se inserem normas propulsoras do direito penal para novas matérias, de modo a fazê-lo um instrumento de tutela de bens cujo resguardo se faz indispensável para a consecução dos fins sociais do Estado” (LUISI, 2003, p. 12).

⁸⁹ “No nosso século, principalmente a partir do segundo pós guerra, se vem presenciando uma fabulosa explosão de progresso, mercado por avanços fantásticos e trepidantes no campo da tecnologia. Avanços que se de um lado trouxeram incontestáveis benefícios, de outro lado, estão a criar situações ameaçadoras da própria sobrevivência da espécie humana. Ao partir o átomo, desvendando segredos íntimos do microcosmo, criou-se um pavoroso instrumento mortífero, que já arrasou cidades e matou, de uma só vez, milhares de seres humanos. A indisciplinada exploração das riquezas naturais vem devastando o meio ambiente, poluído os mares e os ares e destruindo tecidos vitais do nosso planeta como a camada de ozônio. As descobertas e experiências no campo da genética, se criaram instrumentos de melhoria da saúde, abriram a alarmante perspectiva de criação dos humanoides” (LUISI, 2003, p. 106).

Este tipo de Direito Penal não tem nenhum núcleo delimitado, a idéia da punição à ofensa de bens jurídicos individuais há muito se desfez. O novo Direito Penal, derrama-se sobre todos os campos em que a nossa vida se tornou “moderna” e arriscada (1993, p. 48).

Nesta linha, é possível, como destaca Smanio dividir os bens jurídicos penais de forma tríplice:

a) *os bens jurídicos penais de natureza individual*, referentes aos indivíduos, dos quais estes têm disponibilidade, sem afetar os demais indivíduos. São, portanto, bens jurídicos divisíveis em relação ao titular. Citamos, como exemplo, a vida, a integridade física, a propriedade, a honra etc;

b) *os bens jurídicos penais de natureza coletiva*, que se referem à coletividade, de forma que os indivíduos não têm disponibilidade, sem afetar os demais indivíduos. São, dessa forma, indivisíveis em relação aos titulares. No Direito Penal, os bens de natureza coletiva estão compreendidos dentro do interesse público. Podemos exemplificar com a tutela da incolumidade pública, da paz pública etc;

c) *os bens jurídicos penais de natureza difusa*, que também se referem à sociedade como um todo, de forma que os indivíduos não têm disponibilidade sem afetar a coletividade. São, igualmente, indivisíveis em relação aos titulares. Os bens de natureza difusa trazem uma *conflituosidade social* que contrapõe diversos grupos dentro da sociedade, como na *proteção ao meio ambiente*, em que os interesses econômico industriais e o interesse na preservação ambiental se contrapõem, ou na *proteção das relações de consumo*, contrapostos os fornecedores e os consumidores, na *proteção da saúde pública*, no que se refere à produção alimentícia e de remédios, na *proteção da economia popular*, da *infância e juventude*, dos *idosos* etc. (2008, p. 1).

Visualiza-se que a Constituição Federal de 1988, ao lado dos clássicos direitos individuais, protegeu constitucionalmente também uma maior gama de direitos sociais e de bens e interesses transindividuais. No entanto, segundo Lima de Carvalho, a Constituição depende para alcançar seus objetivos, fundamentos, princípio e valores, que a legislação infra-constitucional atenda os reclamos sociais estabelecidos na Constituição. Ainda segundo a referida autora “essa realização não pode permanecer estranho o Direito Penal. Este necessita revitalizar-se em seus conceitos e dogmas, a fim de atender aos atuais reclamos sociais positivados na Constituição” (1992, p. 28).

Pode-se afirmar então que os bens jurídicos penais merecedores de tutela penal são aqueles estabelecidos constitucionalmente como relevantes para o desenvolvimento social⁹⁰.
Escreve Luisi a respeito que

⁹⁰ “O direito penal neste novo contexto caracterizou-se por ampliar a sua área de tutela, incorporando no elenco de suas normas incriminadoras, delitos contra a saúde, contra a organização do trabalho, contra a incolumidade, bem como incrementou, por via de criminalização de condutas omissivas, os deveres individuais de solidariedade familiar, econômica e social. É nesta conjuntura que surge também a idéia de fazer da sanção penal um instrumento de valia social” (LUIZI, 2003, p. 106).

“O direito penal vem procurando desempenhar na presente conjuntura o seu papel. Foi chamado a tutelar esses novos direitos, criminalizando os atentados contra o meio ambiente, os abusos graves de recursos tecnológicos, o

É nas constituições que o Direito Penal deve encontrar os bens que lhe cabe proteger com suas sanções. E o penalista assim deve orientar-se, uma vez que nas constituições já estão feitas as valorações criadoras dos bens jurídicos, cabendo ao penalista, em função da relevância social desses bens, tê-los obrigatoriamente presentes, inclusive a eles se limitando, no processo de formação da tipologia criminal (2003, p. 172).

No entanto sabe-se, como esclarece Luisi, o legislador penal não encontra na Constituição uma lista pronta de bens a serem tutelados. É sua responsabilidade escolher, entre os bens protegidos constitucionalmente, os que devem ser tutelados pelo Direito Penal. Segundo o autor o critério que deve orientar o legislador nesta seleção é o “princípio da ultima ratio, que, partindo da relevância do bem e da gravidade da lesão ao mesmo, faz com que se torne necessária a intervenção penal” (2003, p. 175).⁹¹

Assim, além da importância constitucional dada a um bem, esta não é fundamento suficiente para a utilização do Direito Penal para a sua tutela. É preciso levar em conta os princípios da subsidiariedade e da fragmentariedade, ou seja, somente se pode lançar mão da tutela penal quando as condutas lesivas ao bem jurídico não puderem ser coibidas de outra forma, e, ainda, é preciso que somente as condutas mais gravosas sejam criminalizadas.⁹² Trata-se aqui, esta idéia da constitucionalização do bem jurídico penal, da estrita legalidade de que fala Ferrajoli ao estabelecer duas dimensões de legitimidade às normas,

la que se puede llamar <<vigencia>> o <<existencia>>, que hace referencia a la *forma* de los actos normativos y que depende de la conformidad o correspondencia com las *normas formales* sobre su formación; y la <<validez>> propiamente dicha o, si se trata de leyes, la <<constitucionalid>>, que, por el contrario, tiene que ver con su *significado* o contenido y que depende de la coherencia con las *normas sustanciales* sobre su producción (2001a, p. 21).

E aqui reside a sujeição do direito ao direito, “que és quizá la conquista más importante del derecho contemporâneo: la regulación jurídica del derecho positivo mismo, no sólo en cuanto a las formas de producción sino también por lo que se refiere a los contenidos producidos” (FERRAJOLI, 2001a, p. 19).

uso indevido da informática, os perigos e os danos resultantes do uso da energia nuclear, as manipulações possíveis e alarmantes da engenharia genética” (LUISI, 2003, p. 107).

⁹¹ É preciso, portanto, como enfatiza Paschoal, ancorar na Constituição Federal a formulação das normas penais incriminadoras, tendo como paradigma o elenco dos bens jurídicos constantes do texto constitucional. “Assim, dignos ou merecedores de tutela penal são aqueles bens que integram a ordem constitucional por terem sido reconhecidos em uma dada sociedade como relevantes para sua conservação, observando-se que essa dignidade não é suficiente para justificar a criminalização, fazendo-se ainda mister verificar, no caso concreto, se existe a necessidade da tutela de natureza penal” (PASCHOAL, 2003, p. 51).

⁹² “Tomando-se a Constituição Federal unicamente como um limitador do Direito Penal, estar-se-á permitindo que, antes de recorrer à proteção penal, o legislador lance mão de outros meios de tutela, buscando o Direito Penal apenas quando todos os outros recursos hajam falhado (princípio da subsidiariedade)” (PASCHOAL, 2003, p. 72).

Passo importante é, a partir da noção de que o bem jurídico penal é aquele que está protegido na Constituição, fazer uma análise da legislação penal pós-88 para se conferir se o legislador penal brasileiro tem levado em conta os princípios constitucionais e os novos direitos ao incriminar condutas.

Referida análise será feita com base no seguinte quadro⁹³, no qual serão analisadas as leis penais pós-88 com conteúdo incriminador, o bem jurídico tutelado, a geração de direito correspondente e o dispositivo constitucional regulamentado.

Lei com conteúdo penal	Bem jurídico tutelado	Geração do direito fundamental correspondente ⁹⁴	Natureza do bem jurídico tutelado	Dispositivo constitucional relacionado
Lei 7.679/88	Fauna	Terceira	Não-individual	Art. 225, VII
Lei 7.716/89	Igualdade racial	Terceira	Não-individual	Art. 5º, caput e XLII
Lei 7.752/89	Ordem tributária	Segunda	Não-individual	Arts. 145 a 162
Lei 7.802/89	Saúde pública e meio ambiente	Segunda e terceira	Não-individual	Arts. 196 a 200 Art. 225
Lei 7.805	Reservas minerais	Terceira	Não-individual	Arts. 176 e 177
Lei 7.853/89	Deficientes físicos	Terceira	Não-individual	Art. 1º, III; Art. 7º, XXXI; Art. 23, II; Art. 24, XIV; Art. 37, VII; Art. 203, V; Art. 227, § 2º; Art. 224
LC 64/90	Ordem político-eleitoral	Segunda	Não-individual	Arts. 14 a 17
Lei 8.069/90	Infância e adolescência	Terceira	Não-individual	Art. 227
Lei 8.078/90	Relações de consumo	Terceira	Não-individual	Art. 5º, XXXII; Art. 170,
Lei 8.137/90	Ordem tributária, econômica e relações de consumo	Segunda e terceira	Não-individual	Arts. 145 a 162; Arts. 170 a 192; Art. 5º, XXXII
Lei 8.176/91	Ordem econômica e sistema de estoques de combustíveis	Segunda	Não-individual	Arts. 170 a 192; Art. 238
Lei 8.212/91	Previdência Social	Segunda	Não-individual	Arts. 201 e 202
Lei 8.245/91	Relações locatícias	Primeira	Individual	Sem previsão
Lei 8.313/91	Igualdade, liberdade de expressão e cultura	Primeira e segunda	Individual e não-individual	Art. 5º, caput, IV; Arts. 215 e 216
Lei 8.429/92	Administração e erário público, em consequência, dignidade humana	Segunda	Não-individual	Arts. 37 a 43; Arts. 70 a 75

⁹³ O presente quadro trata-se de uma adaptação e atualização do quadro elaborado por Copetti no artigo: Racionalidade constitucional penal pós-88. Uma análise da legislação penal face ao embate das tradições individualista e coletivista. In: **Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

⁹⁴ Oliveira Junior (2000) é usado como referência para estabelecer a geração a que pertence o bem jurídico tutelado.

Lei 8.666/93	Patrimônio público	Segunda	Não-individual	Art. 5º, LXXIII; Art. 136, § 1º, II; Art. 165, § 9º, II
Lei 8.685/93	Ordem tributária	Segunda	Não-individual	Arts. 145 a 162
Lei 8.974/95	Segurança biológica e meio ambiente	Terceira e quarta	Não-individual	Art. 225, caput, § 1º, II e V
Lei 9.029/95	Dignidade humana e igualdade	Primeira e segunda	Individual e não-individual	Art. 1º, III; Art. 5º, caput
Lei 9.100/95	Ordem político-eleitoral	Segunda	Não-individual	Arts. 14 a 17
Lei 9.112/95	Segurança biológica, meio ambiente e saúde pública	Terceira e quarta	Não-individual	Art. 225, caput, § 1º, II e V; Arts. 196 a 200
Lei 9.263/96	Família, integridade corporal e saúde pública	Primeira e segunda	Individual e não-individual	Arts. 196 a 200; Art. 226, § 7º
Lei 9.279/96	Propriedade industrial	Primeira e segunda	Individual e não-individual	Art. 5º, XXIX
Lei 9.296/96	Sigilo telefônico, de informática e de justiça	Primeira e segunda	Individual e não-individual	Art. 5º, XII
Lei 9.434/97	Integridade corporal, saúde pública e sistema Nacional de Transplante	Primeira, segunda e quarta	Individual e não-individual	Art. 199, § 4º
Lei 9.437/97	Incolumidade pública	Primeira	Não-individual	Art. 5º, caput; Art. 144
Lei 9.455/97	Dignidade humana e integridade física e mental	Terceira	Individual e não-individual	Art. 1º, III; Art. 5º, III e XLIII
Lei 9.472/97	Sistema de telecomunicações	Terceira	Não-individual	Arts. 220 a 224
Lei 9.503/97	Incolumidade pública	Primeira	Individual e não-individual	Art. 5º, caput; Art. 144
Lei 9.504/97	Ordem político-eleitoral	Segunda	Não-individual	Arts. 14 a 17
Lei 9.605/98	Meio ambiente	Terceira	Não-individual	Art. 225
Lei 9.609/98	Propriedade intelectual	Primeira e segunda	Individual e não-individual	Art. 5º, XXIX
Lei 9.613/98	Ordem econômica e financeira	Segunda	Não-individual	Art. 144; Arts. 170 a 192
Lei 10.300/01	Incolumidade pública	Primeira	Não-individual	Art. 5º, caput; Art. 144
LC 105/01	Sigilo bancário	Terceira	Não-individual	Art. 5º, caput
Lei 10.741/03	Idoso	Terceira	Não-individual	Art. 230
Lei 10.826/03	Incolumidade e segurança pública	Primeira	Não-individual	Art. 5º, caput
Lei 11.101/05	Crimes falimentares	Segunda	Individual e não-individual	Art. 5º, caput
Lei 11.105/05	Biossegurança e meio ambiente	Terceira e quarta	Não-individual	Art. 225, II, IV e V
Lei 11.340/06	Mulher	Terceira	Não-individual	Art. 5º, I e 226, § 8º
Lei 11.343/06	Incolumidade física	Primeira	Não-individual	Art. 5º, caput

Após a análise da tabela acima, conclui-se que depois da promulgação da Constituição Federal de 1988 foram editadas 41 leis penais que prevêm crimes. Da análise da tabela, conclui-se que a natureza do bem jurídico tutelado é preponderantemente de bens de natureza não-individual, isto é, bens transindividuais (30 leis penais tutelam exclusivamente interesses não-individuais). É certo, no entanto, que ainda se tutela os bens individuais, mas em geral, estes são protegidos de forma harmoniosa com os interesses também da coletividade (10 leis tutelam conjuntamente interesses individuais e interesses não-individuais), sendo que, sobretudo são protegidos os interesses inseridos na segunda, terceira e quarta geração de direitos.

Ainda, as leis referidas, com a exclusão da Lei 8.245/90, que regula as relações locatícias, possuem relação com dispositivos constitucionais, sendo que, como aborda Copetti (2005), inúmeras delas surgiram especificamente para regulamentar algum dispositivo constitucional. Assim, de acordo com o autor referido:

o legislador ordinário atendeu, mediante criminalização, a uma série de indicações constitucionais criminalizadoras expressas – v.g crimes de tortura, contra o meio ambiente, de prática de racismo – e de tutela constitucional sem qualquer menção à necessidade de criminalização expressa. Houve, portanto, uma clara vinculação do legislador infraconstitucional aos valores e princípios constantes na Magna Carta de 1988 (2005, p. 229).

Pode-se perceber então uma mitigação da predominância dos conflitos individuais e o surgimento cada vez maior de conflitos envolvendo interesses da coletividade no campo de regulamentação penal. Ou seja, o Direito Penal vem acompanhando a evolução dos direitos, tutelando, como se viu os novos direitos.

3.4 PUBLICIDADE DO DIREITO PENAL E A TUTELA DOS NOVOS DIREITOS

3.4.1 Crise do caráter público do Direito Penal – novas formas de resolução de conflitos

O Direito Penal entendido como poder do Estado, o *jus puniendi* como monopólio do Estado, é um dos princípios que se encontra em crise hoje diante do novo contexto social que surge.

O Direito Penal centralizado no Estado passa, então, a ser alvo de desconstruções. Nas palavras de Gomes e Yacobucci:

No nosso tempo se observa no pensamento penal a existência de certas correntes que põem em crise total ou parcialmente o caráter público do direito penal tradicional. Algumas dessas correntes tem em comum a crítica ao direito penal, quer

dizer, sua deslegitimação como instrumento para enfrentar as situações de conflito. Neste campo deve situar-se aquelas correntes que postulam a solução consensual entre as partes enfrentadas, a privatização do conflito, a abolição da resposta penal, assim como a utilização da reparação como resposta superadora da pena e das medidas de segurança (2005, p. 57).

Verifica-se, portanto, que embora cada vez mais ocorra uma ampliação do Direito Penal no que se refere aos campos e bens tutelados por ele (inflação legislativa), percebe-se, também, que os instrumentos punitivos do Estado sofrem limitações, o Estado retira-se da sua atividade punitiva, a pena privativa de liberdade sai de cena, em decorrência, o Direito Penal deixa de ter um caráter estritamente público. Há, atualmente, segundo os autores citados acima,

[...] um novo modo de considerar a resposta a condutas que são tidas por ilícitas. E mais, supõem uma nova reflexão acerca da vítima, uma certa privatização do conflito e uma marcada subsidiariedade da resposta propriamente penal e estatal. No direito penal tradicional a resposta ao conflito está claramente fora do campo do direito privado, com seu sistema de reparações e indenizações. O conflito uma vez “estatizado” é assumido pelo direito penal por meio das conseqüências sancionadoras. Os interesses da vítima na tradição penal estão subordinados ao esquema da pena, suas funções preventivas, retributivas e simbólicas. Nas respostas alternativas, pelo contrário, se dá um espaço aos acordos próprios do direito privado. (2005, p. 60).

O paradigma da ciência penal está sendo mitigado, o Direito Penal moderno centralizado no Estado passa a ceder lugar à mediação penal, aos acordos, as reparações. Cada vez mais há o recurso a essas propostas alternativas que tendem superar a pena privativa de liberdade, que tendem reduzir a intervenção punitiva, permitindo respostas civis aos conflitos, tais como a reparação à vítima.⁹⁵

Um exemplo dessa nova forma de resolução dos conflitos, no caso penal delitos, pode ser encontrado no art. 74 da Lei 9.099/95 que trata da composição de danos, do acordo civil no processo penal.⁹⁶ Trata-se de hipótese em que se deixa uma margem de liberdade para a discussão, a negociação, enfim, a busca de consenso entre as partes, assim, “... o Estado se retira de sua finalidade punitiva se a vítima se vê satisfeita” (GOMES e YACOBUCCI, 2005, p. 40).⁹⁷ Ainda, segundo Santos:

⁹⁵ “[...] o Professor argentino Julio Maier diz que na privatização do direito penal a reparação toma o lugar da pena, deslocando tanto ela como o direito penal. O conflito é assumido pela composição privada no lugar do processo penal” (GOMES e YACOBUCCI, 2005, p. 60).

⁹⁶ Art. 74. A composição dos danos civis será reduzida a escrito e, homologada pelo juiz mediante sentença irrecorrível, terá eficácia de título a ser executado no juizado civil competente. Parágrafo único. Tratando-se de ação penal de iniciativa privada ou de ação penal pública condicionada à representação, o acordo homologado acarreta a renúncia ao direito de queixa ou representação.

⁹⁷ Visualiza-se a tendência do retorno da vítima do delito como interventora da resposta penal, pois esta “[...] não deveria esperar muito da aplicação concreta do direito penal, que estava voltado para prevenção geral (intimidação dos potenciais criminosos). Sua via individual de relação com o ilícito que a afetava só encontrava

Nas práticas restaurativas, é central a busca de processos de comunicação que permitam à vítima do crime exteriorizar os males que sofreu e reclamar o que julga indispensável para os reparar e que permitam ao agente do crime assumir as suas responsabilidades. Os procedimentos restaurativos supõem assim, necessariamente, um espaço de encontro voltado para a reparação e para a cura que repouse na autonomia das vontades individuais (2008, p. 40).

Assim, ao lado das idéias dos defensores do Direito Penal que vêem o crime como um conflito de dimensão coletiva e abstrata, há os que defendem o pensamento da justiça restaurativa, vendo o crime então como uma dimensão individual e concreta. Em síntese, os penalistas vêem o crime como um conflito de um agente com valores essenciais para a comunidade, enquanto os defensores da justiça restaurativa vêem no crime um conflito entre um agente e a sua vítima.

No paradigma restaurativo se concretiza a idéia de devolução do conflito aos seus proprietários, por oposição ao “roubo do conflito” pelo Estado que caracterizaria a justiça penal, pois:

Entre os autores que cultivam o paradigma restaurativo, é usual a referência ao papel central desempenhado no seu pensamento pela célebre afirmação do “roubo de conflito”, feita por Nils Christie no seu tão famoso artigo *Conflicts as property*. A idéia fundamental parece ser a de que o crime é um conflito interpessoal e que a solução para tal conflito deve ser encontrada por aqueles que nele têm uma intervenção directa. O Estado punitivo, que administra a justiça penal, surge assim como um usurpador autoritário que impõe uma solução para um conflito que não é seu, um conflito que é antes pertença do agente e da vítima do crime. Pior do que isso: além de intervir num conflito que não é seu, impõe uma solução que é *má* para o agente do crime e que *não é reparadora* dos danos sofridos pela sua vítima (SANTOS, 2008, p. 32-3).

Contudo, importante lembrar que não são todos os casos que a substituição de penas por respostas alternativas é possível, especialmente nos casos em que além do interesse da vítima, há também o interesse social. Ainda, de acordo com Santos (2008), o Direito Penal deve preocupar-se, além da vítima concreta, com as vítimas futuras, ou seja, por mais que a vítima se veja satisfeita com a reparação de danos, por exemplo, no caso de um delito de homicídio cujo autor é um agente perigoso, a justiça penal deve olhar para frente,

resposta adequada no âmbito civil, em que deveria buscar reparação pelos danos sofridos” (GOMES e YACOBUCCI, 2005, p. 35).

“No paradigma restaurativo, a tentativa de devolver o conflito às partes manifesta-se na defesa de um conjunto de procedimentos (de que a mediação penal é porventura o mais destacado exemplo) em que o agente e a vítima do crime – eventualmente com o auxílio de terceiros – encetam um processo de comunicação orientado para a busca de uma solução que corresponda às suas vontades e que seja reparadora. Neste sentido, são eles os titulares e os sujeitos do processo” (SANTOS, 2008, p. 33).

preocupando-se com a proteção da comunidade e o perigo de enfraquecimento da norma que proíbe matar.⁹⁸

Conclui-se, portanto, que a reparação pretende substituir a resposta punitiva estatal por formas de soluções de conflitos que integrem mecanismos próprios do direito privado (privatização do Direito Penal), com isso, constata-se uma flexibilização do Direito Penal, pois, como esclarecem Gomes e Yacobucci:

Resumindo, dentro do esquema de propostas que privilegiam reparação como resposta ao conflito e que se situam em uma posição favorável para a vítima, há dois aspectos de caráter público do direito penal tradicional que são postos em crise. Por um lado, a formalização da resposta se vê alterada pela necessidade de negociações flexíveis entre as partes, em que não se persegue necessariamente um objetivo público senão a satisfação da vítima. Por outro, isso muda radicalmente a finalidade do direito penal, já que a resposta não atende em princípio as necessidades de ordem pública, mas sim exigências particulares (2005, p. 64).

Ao lado destas hipóteses reparadoras para a resolução dos conflitos penais, da privatização do Direito Penal, existem também propostas abolicionistas do Direito Penal, especialmente baseadas em idéias de que o sistema penal se caracteriza como um problema em si mesmo, defendendo a idéia de que se trata de um sistema inútil e incapaz de resolver os problemas a que se propõe solucionar.

As propostas abolicionistas visam a afastar o Estado da resolução do conflito, colocando como instâncias competentes para tanto instâncias intermediárias, seria um modelo carente de Estado ou poder centralizado, regido então por um reconhecimento comunitário. Pois a configuração do sistema penal atual, consolidado com o aparecimento do Estado-nação, fez desaparecer os instrumentos e mecanismos de solução entre partes conflitantes, pois o soberano passa a posição de vítima, fazendo com que o sistema penal converta-se num exercício de poder vertical e centralizado (GOMES e YACOBUCCI, 2005; SILVA, 2008).

⁹⁸ “A idéia que se pretende transmitir – e que é uma idéia simples – tornar-se-é porventura mais clara através de um exemplo. Imagine-se que André, para roubar sua vizinha Ana, a esfaqueia, deixando-a durante algumas semanas em perigo de vida. Este crime de roubo manifesta-se através de um conflito concreto – o conflito de André com Ana. André causou a Ana vários danos graves e é importante – para Ana e também para André – que haja uma possibilidade de reparação desses danos e de superação desse conflito. Todavia, através daquele mesmo acontecimento histórico, despoletou-se um outro conflito: o conflito da conduta criminosa de André com as normas que consagram dois valores que a comunidade vê como essenciais – a integridade física e a propriedade. A vítima Ana já não é dona deste conflito, é-o antes a comunidade, juntamente com André. Ora, sabendo-se que a solução para este conflito pode impor limitações severas a direitos fundamentais de André, não se vê que haja de momento alternativa melhor do que resposta dada pela justiça penal do Estado, administrada através de um processo que supõe anos de aperfeiçoamento do garantismo. Com isto não pretendo dizer que a única solução para este conflito de dimensão colectiva é a condenação de André à prisão. No processo de administração da justiça penal, depois de demonstrada a culpabilidade de André, deve sempre perguntar-se se essa solução tão desvaliosa é mesmo indispensável, ou se existem no caso outras formas – de que a reparação é apenas exemplo – que tornem desnecessária aquela punição e evitem todas as desvantagens que lhe estão associadas” (SANTOS, 2008, p. 41).

E é justamente isso que crítica o abolicionismo, pois “O abolicionismo penal como ciência jusnaturalista de intenção declarada de dispensabilidade e sepultamento do direito positivo, depositando todas as crenças nas leis naturais, com uma libertação definitiva do poder estatal, procura efetivar todos os seus propósitos em tais bases como forma de suplementos para uma regulação e resolução dos conflitos sociais” (SILVA, 2008, p. 22).

Importante ressaltar, no entanto, que a dissociação entre Estado e Direito pode estar tanto a serviço de políticas reacionárias, quanto de políticas progressistas.

3.4.2 Da necessária manutenção do caráter público do Direito Penal

O Direito estatal, como se viu, cada vez mais, perde terreno e força em favor de novas alternativas de solução de conflitos. Há um apoio cada vez maior a um retorno para formas autônomas de resolução dos conflitos, ou seja, a poder de decidir o conflito centrado nas partes. Enfim, inicia um novo momento para os institutos da justiça privada presentes antes do século XVIII (antes da consolidação do Estado moderno e da centralização do Direito neste).⁹⁹

Muitos defendem que essas novas formas de resolução de controvérsias desvinculadas do Estado são uma evolução para adiante do Direito estatal. No entanto, acredita-se ser necessária uma maior cautela.

Em campos como o Direito Civil, o Direito Empresarial, o Direito do Trabalho, as soluções alternativas de mediação, arbitragem, negociação e conciliação parecem interessantes no que se refere à esfera dos direitos disponíveis, e, até mesmo no campo penal quando o bem jurídico tutelado for o patrimônio e da ação do agente não resultar grave ameaça ou violência.

No entanto, em campos como o Direito Penal, especialmente quanto aos novos bens jurídicos tutelados pelo Direito Penal, que são aqueles em que há a proteção dos direitos coletivos e difusos, é preciso que a idéia de soluções alternativas, ao menos como apresentadas hoje, seja afastada.

Assim, a inserção dessas novas-velhas formas de resolução de conflitos num contexto sócio, político e jurídico baseado nos novos direitos de caráter coletivo e difuso não pode ser lida como uma evolução na proteção dos direitos, e isso porque nestes institutos a busca de uma solução consensual aponta para uma pretensa harmonização dos interesses e o

⁹⁹ Trata-se, como se pode ver, de novidades nem tão novas assim, ou na expressão utilizada por Morais (1999), “novas-velhas” formas de solução de conflitos.

equilíbrio entre as partes. Mas fica difícil, senão impossível sustentar essa idéia numa sociedade de complexas relações sociais onde há, muitas vezes, grandes diferenças entre as partes envolvidas. Como exemplo pode-se citar uma relação de consumo, de um lado tem-se o consumidor, geralmente hipossuficiente, e assim já fora reconhecido pelo Código de Defesa do Consumidor, que inclusive em alguns casos, no processo civil, possibilita a inversão do ônus da prova, e, do outro lado, uma grande empresa, talvez uma das muitas que hoje possuem lucros superiores à renda de países. Consegue visualizar aqui alguma relação de equilíbrio? De consenso?¹⁰⁰

E, se não bastasse, como garantir essa idealizada situação de equilíbrio, de consenso diante da informalização dos procedimentos, característica destas novas formas de solução dos conflitos, que deixam de lado todas as garantias de um Estado Democrático de Direito. Para Gomes essa proposta “[...] apesar da sua imagem libertadora, tem o grave problema de omitir a existência de grandes concentrações de poder não estatal¹⁰¹. Em síntese, esta utopia libertária pode resultar inclusive funcional aos centros de poder econômico, político e conseqüentemente jurídicos, que terminam regendo o desenvolvimento destas pequenas comunidades peculiares” (GOMES e YACOBUCCI, 2005, p. 69). Além disso, de acordo com Roxin,

a situação do delinqüente não melhoraria se o controle do crime fosse transferido para uma instituição arbitral independente do Estado. Pois quem deveria compor e fiscalizar essas instâncias de controle? Quem garantiria a segurança jurídica e evitaria o arbítrio? E, principalmente: como se pode evitar que não sejam pessoas justas e que pensem socialmente, mas sim os poderosos a obter o controle, oprimindo e estigmatizando os fracos? A discriminação social pode ser pior que a estatal. Liberar o controle do crime de parâmetros garantidos estatalmente e exercidos através do órgão judiciário iria nublar as fronteiras entre o lícito e o ilícito, levar à justiça pelas próprias mãos, com isso destruindo-se a paz social. Por fim, não se vislumbra como, sem um direito penal estatal, se poderá reagir de modo eficiente

¹⁰⁰ “O caráter neofeudal da regulamentação social reside em parte nessa evolução e em parte em uma leitura pessimista da forma decisória – a infinidade de foros de negociações descentralizados – sugerida pelo direito reflexivo. Se uma leitura otimista põe em evidencia as possibilidades de emancipação social que existem, através de formas de auto-regulação, vários estudos têm mostrado que o processo decisório em um nível descentralizado (Município, ...) está, muitas vezes, dominado pelas considerações econômicas e pelos interesses das elites políticas pelas considerações econômicas e pelos interesses das elites políticas locais. Negociar a um nível institucional inferior poderia favorecer uma participação social mais ampla e uma menor conformidade entre as regras e os fatos. Porém, não impede, inclusive podendo até favorecer, os processos de dominação local e setorial por algum “barão”. Deve-se recordar que o Estado Moderno foi constituído em oposição às periferias dominadas pelo feudalismo. Além disso, é pouco provável que as condições para uma discussão “razoável” (sem mentiras, nem meias verdades), tal como a concebe Habermas, estejam reunidas no contexto social atual. Seguramente, os resultados da negociação dependerão, em grande parte, da força e da organização de todos os interesses afetados (as relações de forças políticas e sociais), ou seja, de uma sociedade civil ativa e consciente de seus interesses e opressões, bem como de um acesso completo e igual à informação e ao saber.” (FARIA, 1988, p. 25-6).

¹⁰¹ Por exemplo, “O mercado não tem compromisso com o desenvolvimento das nações, não age em razão de sentimentos de solidariedade e tampouco preocupa-se com a implantação das políticas sociais presentes nas cartas constitucionais” (LUCAS, 2005, p. 201).

a delitos contra a coletividade (contravenções ambientais ou tributárias e demais fatos puníveis econômicos) (2006, p. 5).

Referidos novos direitos, de natureza coletiva e difusa, tem como titulares o homem em sua individualidade e coletividade ao mesmo tempo, representam os valores e bens mais elevados para a sociedade (tanto que são direitos protegidos constitucionalmente) e que, portanto, tem como característica a sua indisponibilidade, ou seja, não podem ser objeto de qualquer forma de transação entre as partes, visto que a pessoa somente pode compor direito que lhe é próprio. A transação implica em renúncias ou sacrifícios, enfim, atos de disposição. Portanto, somente pode transacionar o próprio portador do direito, que é quem tem poder de alienação sobre seus direitos. E aqui surge um problema, se os interesses ou direitos difusos não pertencem a um sujeito determinado, e encontram-se dispersos na coletividade, não haveria legitimidade ao indivíduo para transacionar, pois estes direitos não são só seus. Além disso, a transação só pode ter como objeto direitos patrimoniais de caráter privado. Dessa forma, os direitos difusos e coletivos, como direitos fundamentais do homem, cuja manutenção interessa à ordem pública, à coletividade, não podem ser dispostos, pois o interesse público está acima da vontade das partes.

Portanto, não há como deixar o poder decisório exclusivamente às partes diante de os direitos coletivos e difusos representarem interesses de fruição comum, direitos que, segundo Morais (1996a), são de uma “universalidade comunitária”, cujo objeto diz respeito a pretensões de toda a comunidade.

E, se o Direito Penal é um Direito de proteção dos bens fundamentais da sociedade, é por isso um assunto da comunidade. Não se trata de um conflito entre um agente e a sua vítima (dimensão essencialmente individual)¹⁰², mas de um conflito de um agente com valores essenciais para a comunidade (dimensão essencialmente coletiva). Em decorrência, segundo Santos, “Se o crime significa essa lesão insuportável de um valor fundamental para a comunidade, o processo penal tem de ser um assunto da comunidade. E, em Estados democráticos e de direito, é precisamente o Estado que deve representar a comunidade” (2008, p. 40). Copetti ao tratar da mudança dos conflitos individuais para os da coletividade enfatiza:

¹⁰² De acordo com Rosa antigamente era o lesado quem decidia pela imposição da pena, Direito Penal privado, era a vítima e sua família os titulares do direito de punir. Segundo o autor essa realização individualizada entre criminosos e vítima compatibilizava-se com uma sociedade incipiente, de relações menos complexas, com uma população reduzida. Assim, o Direito Penal tutelava o interesse da vítima, contudo passa-se após a uma fase de compreensão de que o crime causava a perda de harmonia da comunidade, ou seja, não se tratava mais só de um mal para a vítima ou sua família, mas sim à comunidade (2006, p. 1).

Isso conduz ao fato, em termos de direito penal, de que seja cada vez mais reclamada uma intervenção do Estado, não somente para garantir o exercício de direitos individuais, cuja titularidade é de cada cidadão atomizado, mas, noutro sentido, exigindo-se a presença efetiva dos poderes públicos para limitar atuações individuais que afetam, impedem e danificam direitos e interesses de grupos ou comunidades (2005, p. 242).

Assim, ao menos por enquanto, não se vislumbra ninguém mais capacitado que o Estado, que o Direito Penal ligado ao Estado e vinculado a todos os princípios e garantias do cidadão¹⁰³ e protetor dos bens jurídicos estabelecidos constitucionalmente para a defesa e a proteção desses novos direitos, nos dizeres de Ferrajoli:

Yo creo que el peligro para el futuro de los derechos fundamentales y de sus garantías depende hoy no sólo de la crisis del derecho, sino también de la crisis de la razón jurídica; no sólo del caos normativo y de la ilegalidade difusa aquí recordados, sino también de la pérdida de confianza en esa *artificial reason* que es la razón jurídica moderna, que erigió el singular y extraordinário paradigma teórico que es el Estado de derecho (2001a, p. 18).

Crê-se que esta tendência de relativização do caráter público do Direito Penal, sendo o exercício estatal do poder punitivo substituído por novas-velhas formas de solução de conflitos, alternativos e descentralizados, apesar da imagem libertadora e emancipadora que aparentam possuir, não são as mais adequadas formas de proteção dos novos direitos. Estes embora de natureza híbrida, ou seja, são privados e públicos ao mesmo tempo, dizem respeito à coletividade, e, portanto, não podem ser deixados à mercê dos interesses individuais, não podem ser protegidos com o retorno que se postula de formas de justiça privada, especialmente diante do problema da existência de concentrações de poder não-estatal, que não teriam as limitações do *jus puniendi* do Direito Penal moderno nascido com o Iluminismo. Corre-se o risco de retorno a um estágio anterior à Era Moderna. Assim, como bem preceitua Ferrajoli (2001a), é preciso manter a confiança na razão jurídica moderna, ou seja, é no Estado, o Estado Democrático de Direito, e por decorrência, o Direito Penal ligado ao Estado, em quem ainda deve-se depositar esperanças para a proteção dos novos direitos e dos direitos do cidadão.

¹⁰³ “Assim, por exemplo, o caráter dialogal e negociado dos Juizados especiais evidenciam um utilitarismo processual despreocupado com as garantias constitucionais legadas pela democracia e revelam o compromisso da Jurisdição/administração com a eficiência e a celeridade definidas pelo mercado. Atropelam-se direitos e garantias para se ajustar a um tempo instantâneo que produza respostas imediatas e se esquece de que o direito, apesar de não estar num tempo correto, não pode ser assemelhado ao tempo do mercado, pois é instrumento de garantia, de defesa de prerrogativas que exigem a reflexão, a maturação e o cuidado para não conduzir a legalismos autoritários” (LUCAS, 2005, p. 196).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente trabalho, dentro do problema inicial apresentado, buscou respostas a melhor maneira de se tutelar os novos direitos. Diante das “novas-velhas” formas reapresentadas hoje e da manutenção do Estado como protetor e estimulador dos novos direitos, tem-se que esta ainda é a mais adequada, sob pena de retrocessos a períodos anteriores a consolidação do Estado moderno. Assim, é preciso reafirmar a confiança no Estado e na razão jurídica estatal, sob pena de violações cada vez maiores dos direitos do homem, sobretudo nos novos direitos de caráter não-individual. Chegou-se as seguintes conclusões, que se sabe não esgotam a discussão, mas que suscitam mais argumentos à discussão.

1 – O Direito Penal hoje tem caráter público. É um Direito centralizado no Estado, ou seja, é o este que detém o monopólio do *jus puniendi*.

2 – No entanto, nem sempre foi assim. A luta até o Direito Penal público é antiquíssima, sendo que a consolidação do exercício do poder de punir passou por várias fases até chegar ao modelo atual.

3 – Embora não seja possível estabelecer uma progressão linear da evolução do direito de punir, pode-se contar a história do Direito Penal dividindo-o em três períodos: a vingança divina, a vingança privada e a vingança pública.

4 – Durante a fase da vingança divina o crime possuía conotação religiosa, era a presença de um espírito do mal que precisava ser exorcizado. Trata-se, portanto, de um Direito Penal teocrático e sacerdotal, pois a administração das sanções ficava a cargo dos sacerdotes, que eram os mandatários dos deuses na Terra.

5 – No período da vingança privada o crime era caracterizado por ferir os costumes, as crenças e as tradições da comunidade. Aqui a punição do infrator era realmente uma vingança, o direito de o ofendido retribuir o mal por mal.

6 – A vingança privada podia ser individual ou coletiva. Na primeira era exercida pela vítima (ofendido) e seus parentes. Na segunda pelo grupo social (tribo).

7 – No período da vingança pública o exercício de punir passa a ser exclusivo da autoridade tribal, do chefe, do sacerdote, que aplicam a pena representando o interesse da coletividade.

8 – Vislumbra-se que à medida que o tempo passou, o exercício do poder de punir também se transforma. Sendo que a dicotomia entre a aplicação do poder de punir, ora mais privada ou ora mais pública, é uma constante na evolução do pensamento penal.

9 – Pode-se também observar a história da justiça penal a partir de dois modelos de reação punitiva: o da solução entre as partes e o de decisão vertical ou punitivo, no qual a vítima fica fora da resolução do conflito.

10 – Como o estudo das fases pré-históricas do exercício do poder de punir são matérias mais da antropologia cultural, o estudo proposto foi realizado a partir dos povos antigos.

11 – O direito de punir da China antiga tinha fundamentação teocrática, sendo o castigo aplicado na Terra por alguma autoridade que tenha recebido tal poder por delegação divina, tratando-se, portanto, de uma forma de justiça mais centralizada.

12- Na Pérsia, num primeiro período, a justiça era fundada na vingança, e, num segundo período, todas as ofensas eram tidas como atentatórias ao soberano, sendo este quem aplicava as penas, centralizava o direito de punir.

13 – Na Babilônia tinha vigência o Código de Hammurabi, sendo que neste não existiam preceitos sagrados ou religiosos. A vingança era praticamente desconhecida, mas o talião era bastante desenvolvido.

14 – Na Índia, de forte organização teocrática, os crimes eram ofensas às divindades, sendo, portanto, o exercício do poder de punir centralizado na autoridade terrena que por delegação do deus Brama, detinha tal competência.

15 – O Direito do Egito, também de forte influência teocrática não dava margem à resolução do conflito pelas partes, pois este era solucionado por um terceiro, indicado pelos deuses para tanto.

16 – Em Israel, mais uma vez, o espírito religioso se faz presente, sendo, então, o exercício do poder de punir também exercido por delegação divina.

17 – Na Grécia, o Direito Penal pode ser dividido em três fases: na primeira fase se tem a vingança privada; o segundo período pode ser identificado como período religioso; e na terceira fase a pena não mais se fundamenta, exclusivamente, em preceitos religiosos, mas sob uma base moral e civil.

18 – O período primitivo do Direito Penal romano pode ser caracterizado pelo caráter público que era dado ao delito e a pena. Sendo que a vingança de sangue e a composição eram reservadas a alguns delitos privados. Existiam, assim, delitos privados e delitos públicos. Por

fim, visualiza-se o fortalecimento do caráter público do poder de punir, culminando, portanto, no Estado como poder único na esfera de repressão penal.

19 – Na Germânia, numa primeira época o Direito podia ser caracterizado pela vingança privada. Depois o delito passou a ser ruptura da ordem da paz, sendo que a punição do infrator se dava de acordo com a natureza do crime: público ou privado. Nos crimes públicos qualquer da comunidade tinha legitimidade para a punição; já nos crimes privados a vingança era a de sangue, entre o ofensor e a vítima e os seus familiares. Ainda, numa fase posterior, diante do crescente poder do Estado, houve uma limitação da vingança.

20 – No Sião o poder de punir era exercido pelo Rei, que o exercia com centralidade e exclusividade.

21 – Os Astecas e Incas também possuíam uma organização teocrática, sendo que o exercício da justiça penal se dava de forma centralizada em alguma autoridade.

22 – Durante a Idade Média consolidou-se o feudalismo, tendo como características a descentralização do poder, sendo que em cada feudo o senhor era soberano, exercendo inclusive o poder de punir. A Igreja Católica era a instituição mais forte no período.

23 – O Direito Penal canônico foi o principal durante a Idade Média. Em sua origem possuía caráter disciplinar, mas que depois do enfraquecimento do Estado e da forte influência da Igreja, expandiu-se aos fatos que tem ligação com as idéias religiosas. O exercício da punição era centralizado e dava-se pelo tribunal eclesiástico, quando o delito era contra as divindades; se a violação era da ordem social a punição era competência dos tribunais do Estado, e se fossem delitos mistos, qualquer um dos tribunais era competente, estabelecendo-se a competência pela prevenção.

24 – O final do século XVIII foi a época de transformações no campo da repressão dos delitos. O monopólio estatal do *jus puniendi*, caracterizado pelo surgimento do moderno Direito Penal, advém de uma forma de organização do poder, antes descentralizado e arbitrário, e agora centralizado no Estado e vinculado ao princípio da legalidade.

25 – O Estado passa a ser o detentor exclusivo da força legítima, sendo que essa centralização leva à superação do policentrismo do poder presente na época do feudalismo.

26 – Passa-se a uma fase de juridificação do poder, sendo este agora emanado de normas das assembléias absolutistas soberanas, e não mais caracterizado com o poder tradicional do regime anterior.

27 – O Direito Penal moderno pode ser caracterizado a partir da transferência do poder de punir do próprio ofendido e de sua família ou de instituições primárias para ser realizado pelo Estado, sendo a vítima afastada do processo punitivo. De um controle de

delitos descentralizado, difuso e arbitrário, passa-se à consolidação do monopólio do *jus puniendi*; e racional, sendo o controle fundamentado na lei.

28 – A Escola Penal Clássica foi o marco dessa transição. A fase fundacional da Escola Clássica é marcada pela obra “Dos delitos e das Penas”, de Beccaria, de 1764, que, simultaneamente, combateu a justiça penal existente anteriormente e projetou uma nova forma de controle dos delitos, mais humana e contratualmente modelada.

29 – A obra de Beccaria pode ser analisada a partir de uma dimensão crítica (negativa) e de uma dimensão reconstrutora (positiva). Na dimensão crítica, a obra foi uma denúncia do sistema de controle de delitos até o momento existente. Na dimensão reconstrutora, estabelece a obra de Beccaria as bases fundacionais do Direito Penal moderno, orientado, sobretudo pela necessidade de segurança frente ao arbítrio do controle existente, sendo a questão central a instauração de um regime de legalidade capaz de evitar essas incertezas.

30 – Foi no contrato social que Beccaria encontrou a novo fundamento para o *jus puniendi*, agora então racional, pois o Direito Penal deve se submeter ao princípio da legalidade.

31 – Enquanto a obra de Beccaria representa o fundamento filosófico e ideológico da Escola Clássica, a obra “Programa do Curso de Direito Criminal”, de Carrara, representa a fase jurídica, ou seja, buscando consolidar os princípios básicos do novo Direito Penal e Processual Penal liberal.

32 – O primeiro elemento elaborado nessa fase foi o conceito de crime como ente jurídico, em consequência a responsabilidade penal era fundada no livre arbítrio e a pena era retribuição e tutela jurídica, que devia ser aplicada ao culpado por ter cometido livre e conscientemente um delito.

33 – Assim, com a fase jurídica da Escola Clássica, após três quartos de século, o moderno Direito Penal estava construído.

34 – Estado é uma forma de ordenamento político surgida na Europa a partir do século XIII. O termo soberania aparece, em seu conceito moderno no final do século XVI, ligado ao Estado. Referido termo indica o poder estatal enquanto sujeito único e exclusivo da política e do Direito. A soberania permite ao Estado moderno opor-se à organização descentralizada do medievo, pois tem a finalidade de concentrar o poder numa única instância.

35 – No entanto, hoje se configura um momento de declínio da sociedade centrada nos Estados, e, por consequência, do conceito de soberania.

36 – Uma das principais causas da crise da soberania moderna é a globalização. Há um deslocamento do poder para a soberania externa em detrimento da afirmação nacional. Há, portanto, uma redefinição das noções de tempo e de espaço, as distâncias diminuíram e qualquer acontecimento é instantâneo em qualquer lugar do planeta.

37 – O Direito não ficou imune a essas transformações. A globalização coloca em crise os paradigmas do Direito moderno.

38 – Apresenta-se como característica deste período a atual divisão da soberania do Estado com outras instancias, e dessa forma, também o seu poder central de dizer o Direito, apresentando-se uma idéia de que o Direito não emana apenas do Estado, surgindo então um pluralismo oriundo da fragmentação da soberania, dando espaço às regulações alternativas não estatais.

39 – O ordenamento jurídico estatal está perdendo sua exclusividade. A regulação divide-se assim em tradicional e contemporânea. A tradicional de origem moderna tem como pressuposto o Direito, sendo este monopólio do Estado. E a contemporânea ou pós-moderna que estabelece que o Direito não precisa passar pelo Estado, dando força a formas alternativas de solução de conflitos.

40 – Ao lado das dificuldades do Estado em lidar com o contexto complexo que se apresenta hoje, o Direito Penal também tem sofrido muitas críticas, especialmente no que se refere aos fundamentos que o justificaram até o momento como monopólio do Estado.

41 – O princípio da legalidade penal passa por uma crise diante das normas penais em branco e dos tipos penais abertos editados pelo legislador visando a tutelar bens jurídicos universais, interindividuais, difusos. Assim, há uma ruptura da clássica divisão dos três poderes, investindo o executivo em parcelas cuja matéria é de competência do legislativo. Além disso, não observam as exigências de seguridade e de certeza jurídica que devem ser pressuposto das leis penais.

42 – Os tipos penais atuais dão ênfase à técnica legislativa de delitos de perigo abstrato. Há atualmente uma necessidade mais de prevenção (diminuição dos riscos) do que pela punição em decorrência da lesão ao objeto jurídico tutelado pela lei. E, também, opta o legislador por delitos de perigo abstrato, por cada vez mais se tutelar interesses cada vez menos delimitados, difusos, nos quais se mostra difícil a identificação da lesão ao bem jurídico penal. Como consequência, tem-se um adiantamento da tutela penal (pune-se o mero perigo).

43 – O mundo está cada vez mais ausente de fronteiras espaciais e temporais, sendo a globalização a responsável por este “encurtamento” especialmente diante do avanço da

tecnologia, dos meios de comunicação e de transporte rápidos. Contudo, isso incrementou também determinadas atividades criminosas. Há um crescimento da criminalidade organizada internacional. Criminalidade que não obedece fronteiras e que utiliza métodos de alta tecnologia. Em geral, os crimes da criminalidade organizada são sem vítimas definidas, são de vítimas difusas (macrocriminalidade). Sendo seus agentes possuidores de alto padrão econômico, por isso denominada de criminalidade de colarinho branco. No entanto, sabe-se que o Direito Penal tem sua validade circunscrita aos limites de cada território, assim há um enfraquecimento do princípio da territorialidade penal diante da criminalidade transnacional. O que tem levado à discussão a aplicação da lei penal no espaço.

44 – A sociedade sente atualmente uma forte sensação de insegurança, sobretudo causada pela dificuldade de adaptação da população a essa contínua aceleração e transformação. A segurança se torna uma pretensão social, cuja solução deve ser dada pelo Estado e, muitas vezes, pelo Direito Penal. Há um fascínio pelo Direito Penal, este parece ser o remédio utilizado para todos os tipos de conflitos e problemas sociais. Mas, muitas vezes esse Direito Penal cumpre somente um papel simbólico, ou seja, é incapaz de solucionar os conflitos que lhes são apresentados, mas cumpre com a função de tranquilizar a sociedade.

45 – A crise da pena privativa de liberdade já se discute a longa data. Fala-se da sua incapacidade ressocializadora, sobretudo, diante das condições do ambiente carcerário. Há, assim, uma crise do paradigma segregativo.

46 – A responsabilidade penal da pessoa jurídica é hoje um dos temas mais polêmicos, especialmente diante do aumento de crimes em que há a participação de empresas. No Brasil, a lei 9.605/98 (Lei dos Crimes Ambientais) acalorou o debate, ao estipular em seu art. 3º a responsabilização penal da pessoa jurídica no âmbito dos delitos ambientais. Há inúmeras divergências, sendo que os principais fundamentos para não se conhecer essa possibilidade são a falta de capacidade de ação e de culpabilidade da pessoa jurídica. E, também, o princípio da personalidade das penas.

47 – Atualmente verifica-se também uma tendência de flexibilização dos princípios e garantias penais e processuais, culminando no denominado Direito Penal do inimigo.

48 – O Direito Penal passa ainda por uma crise relacionada aos seus aspectos dogmáticos, especialmente quanto ao conceito de culpabilidade. O Direito Penal moderno adota a teoria finalista da ação final. Atualmente tal conceito tem sofrido ataques, sobretudo pelos conceitos de autores que adotam a teoria funcionalista do delito.

49 – As transformações porque passa o mundo atual tem feito surgir novos direitos. Situações que até então não haviam sido pensadas e que no momento precisam de proteção e

de regulamentação, passando a sociedade a conviver com novas modalidades de direitos. Essas transformações podem ser explicadas pelas gerações de direitos.

50 – Entre a Idade Média e o início da Idade Moderna com o Estado Absolutista não se pode falar de direitos do homem como indivíduo. Estes eram apenas súditos e não titulares de direitos.

51 – Depois da Revolução Francesa, a justificação e a fundamentação do poder político passa da soberania dos reis à soberania popular, passando o Estado a ser uma criação da sociedade, devendo a ela submeter-se. Contexto em que surge a primeira geração de direitos: os direitos de liberdade. Assim, reconhece-se que o indivíduo tem primeiro direitos e depois deveres perante o Estado. Os direitos individuais, que possuem como paradigma de titular o homem individualmente considerado, dão garantias aos cidadãos perante o poder do Estado, de que esse se abstinhasse e não interferisse na vida pessoal de cada indivíduo, assim, podem ser denominados, também, de direitos negativos ou de defesa.

52 – Diante do processo de industrialização, e especialmente do agravamento das disparidades no interior da sociedade, novas reivindicações chegaram ao Estado, sendo que o Estado não-interventor não respondia mais satisfatoriamente as novas exigências. O Estado passa de Estado mínimo, despreocupado com os problemas sociais, para um Estado ativo na realização da justiça social. Neste contexto, surgem os direitos sociais, a segunda geração de direitos, considerados também como direitos positivos, por exigirem prestações positivas do Estado, tais como a assistência social, saúde, educação, trabalho e lazer.

53 – Os direitos de terceira geração são os direitos de solidariedade, direitos difusos e coletivos, tais como os referentes ao meio ambiente e às relações de consumo. Além de haver um maior reconhecimento do indivíduo em suas especificidades: mulher, criança, adolescente, idoso, portadores de necessidades especiais, minorias étnicas. Nesta geração pode-se falar em novos direitos, sendo que o que os diferencia das gerações anteriores é a sua titularidade, pois enquanto nas gerações de direitos individuais e, em geral, sociais o titular era o homem considerado individualmente, a terceira geração refere-se à proteção de categorias ou grupos de pessoas. São os novos direitos relacionados a interesses que atinam a toda a coletividade.

54 – Os direitos de quarta geração emergiram no final do século XX e dizem respeito à manipulação genética, a biotecnologia, a bioengenharia.

55 – Com a transição da sociedade industrial para a sociedade da era virtual (final do século XX) surge a quinta geração de direitos, que são caracterizados pela sua relação com a realidade virtual, o ciberespaço, a Internet, o comércio e o correio eletrônico, as possibilidades de inteligência artificial.

56 – Os novos direitos são aqueles que levam o Direito para o caminho dos fatos regulados para a coletividade, e não, como tradicionalmente, exclusivamente para indivíduos. Envolve interesses transindividuais.

57 – Os direitos transindividuais são divididos em direitos difusos, direitos coletivos e direitos individuais homogêneos.

58 – Os interesses difusos são aqueles que podem ser caracterizados pela indeterminabilidade de sujeitos; pela titularidade fluída, difusa, sendo o interesse de todos e de ninguém ao mesmo tempo; transindividualidade real ampla; indivisibilidade ampla; inexistência de vínculo jurídico; ressarcibilidade indireta; caráter de efemeridade; conflituosidade intensa.

59 – Os direitos coletivos se caracterizam pela transindividualidade determinável dos sujeitos titulares dos direitos; os sujeitos são unidos por uma relação jurídica base; transindividualidade real ou essencial restrita; indisponibilidade; despersonalização dos interesses individuais; impedem a fruição individual excludente por parte de qualquer componente da coletividade; tutela ligada ao grupo que dá substrato jurídico para a formação da coletividade.

60 – Os interesses ou direitos individuais homogêneos são de caráter individualista, mas o legislador, com a finalidade principal de reduzir demandas ao poder judiciário e a eliminação de decisões diversas, colocou artificialmente tais direitos na categoria dos meta-individuais. Tem como características: origem comum; divisibilidade do objeto; transindividualidade artificial e instrumental; determinabilidade dos sujeitos; núcleo comum de questões de direito ou de fato; reparabilidade direta.

61 – A Constituição brasileira de 1824 e 1891 protegiam essencialmente as clássicas liberdades privadas, civis e políticas. Já a Constituição de 1934 incorpora pela primeira vez o rol dos direitos sociais. As Constituições posteriores continuaram protegendo os direitos individuais e sociais, com uma ressalva quanto ao período da Constituição Militar de 1967, na qual houve uma certa restrição aos direitos individuais. Mas é com a Constituição de 1988 que ao lado dos direitos individuais e dos direitos sociais que surge a proteção dos direitos meta-individuais e dos direitos relacionados a especificidade de cada cidadão.

62 - O bem jurídico penal se tornou mais abrangente, especialmente diante da constitucionalização dos novos direitos e da complexidade atual das relações sociais.

63 – O surgimento dos novos bens jurídicos pode ser tido como uma das conseqüências do abandono da exclusividade do individualismo na concepção do Direito

Penal, há a ruptura do paradigma da proteção dos bens jurídicos individuais para a tutela difusa, para a proteção dos interesses coletivos.

64 – É possível dividir os bens jurídicos penais de forma tríplice: bens jurídicos penais individuais, referentes aos indivíduos dos quais estes possuem disponibilidade sem afetar aos outros; bens jurídicos coletivos são os que se referem a coletividade, não sendo possível a disponibilidade sem afetar todos os indivíduos; bens jurídicos difusos também se caracterizam pela não possibilidade de disponibilidade sem afetar, os demais membros da coletividade. No entanto, são aqueles que trazem uma conflituosidade social que contrapõe diversos grupos dentro da sociedade.

65 – Os bens jurídicos merecedores de tutela penal são os estabelecidos constitucionalmente como relevantes para o desenvolvimento social. No entanto, é preciso que o legislador penal ao escolher os bens protegidos constitucionalmente que mereçam tutela penal oriente-se pelo princípio da *ultima ratio*.

66 – Assim, importante análise foi observar o comportamento do legislador penal pós Constituição Federal de 1988, do qual se pode concluir que absorveu a nova tendência em relação aos novos direitos.

67 – O Direito Penal como poder do Estado é um dos princípios que se encontra em crise hoje. Tem-se que o paradigma do Direito Penal moderno centralizado no Estado passa a ceder lugar à mediação penal, aos acordos, as reparações. Um exemplo dessa nova forma de resolução dos conflitos pode ser encontrada no art. 74 da lei 9.099/95, que trata da composição de danos, do acordo civil no processo penal.

68 – Surge o paradigma restaurativo, no qual o crime tem uma dimensão individual e concreta, um conflito entre um agente e a sua vítima. Enquanto para o Direito Penal moderno vinculado ao Estado o crime é um conflito coletivo e abstrato, um conflito de um agente com valores essenciais para a comunidade.

69 – A reparação traz ao Direito Penal institutos do direito privado.

70 – Ao lado dessas idéias de privatização dos conflitos, surgem também idéias de abolição do sistema penal, visando a afastar o Estado da resolução do conflito, sendo este regido então pela comunidade.

71 – O Direito estatal cada vez mais perde terreno e força em favor de formas alternativas de solução de conflitos. Cada vez mais se apóia um retorno a formas autônomas de resolução dos conflitos (poder de resolução centrado nas partes), culminado num novo momento para os institutos da justiça privada presentes antes do século XVIII.

72 – É preciso, contudo, diante da empolgação que se apresenta em relação a essas novas formas de solução dos conflitos ter uma maior cautela.

73 – Em campos como o Direito Civil, o Direito Empresarial, o Direito do Trabalho, as soluções alternativas de mediação, arbitragem, negociação e conciliação parecem interessantes no que se refere à esfera dos direitos disponíveis, e, até mesmo no campo penal, quando o bem jurídico tutelado for o patrimônio e da ação do agente não resultar grave ameaça ou violência.

74 – Em campos como o Direito Penal, especialmente quanto aos novos bens jurídicos tutelados em que há a proteção dos direitos fundamentais e constitucionais, é preciso que a idéia de soluções alternativas, ao menos como apresentadas hoje, seja afastada.

75 – A inserção dessas novas-velhas formas de resolução de conflitos num contexto de novos direitos de caráter coletivo e difuso não é uma evolução na proteção desses direitos. A busca consensual de uma solução se mostra complicada numa sociedade de complexas relações sociais, onde muitas vezes há grandes diferenças entre as partes envolvidas.

76 – Além disso, fica mais uma vez complicado buscar consenso entre partes tão desiguais em processos totalmente informalizados.

77 – Os novos direitos, de natureza coletiva e difusa, tem como titulares o homem em sua individualidade e coletividade ao mesmo tempo, representando os valores mais elevados para a sociedade, e, tendo, portanto, o caráter de indisponibilidade, não podendo ser objeto de qualquer transação. Assim, não há como deixar o poder decisório exclusivamente as partes, pois são direitos e pretensões de toda a comunidade.

78 – Se o Direito Penal é um Direito de proteção dos bens fundamentais da sociedade, é, por isso, um assunto da comunidade. Não é um conflito entre o agente e sua vítima, mas um conflito com valores essenciais para a comunidade, e, portanto, se a lesão é insuportável para a comunidade, o processo penal deve ser um assunto dessa.

79 – E, assim, não se vislumbra, ao menos por enquanto, ninguém mais capacitado que o Estado, e o Direito Penal ligado a esse e vinculado a todos os princípios e garantias do cidadão e protetor dos bens jurídicos estabelecidos na Constituição, para a defesa e a proteção desses novos direitos.

80 – A tendência de relativização do caráter público do Direito Penal, sendo substituído por novas-velhas formas de solução de conflitos, deve ser afastada, sobretudo por não ser uma das mais adequadas formas de proteção dos novos direitos, pois, ao serem esses de interesse de toda a comunidade, não podem ser deixados à mercê dos interesses individuais, ainda mais em uma sociedade com altas concentrações de poder não-estatal, que

não teriam as limitações do *jus puniendi* do Direito Penal moderno nascido com o Iluminismo. É preciso então manter a confiança na razão jurídica moderna, no Estado, e por decorrência no Direito Penal ligado ao Estado, em quem ainda se deve depositar as esperanças para a proteção dos novos direitos, sob pena de se retornar a um estágio anterior à Era Moderna.

REFERÊNCIAS

- ANDRADE, Vera Regina Pereira. **A ilusão de segurança jurídica**: do controle da violência à violência do controle penal. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.
- APONTE, Alejandro. Derecho penal de enemigo *vs.* derecho penal del ciudadano. Günther Jakobs y los avatares de un derecho penal de la enemistad. *In: Revista brasileira de ciências criminais*. São Paulo: [s.ed.], 2004. n. 51, p. 9-43, nov.-dez.
- ARANA, Raúl Pariona. El derecho penal “moderno”: sobre la necesaria legitimidad de las intervenciones penales. *In: Revista brasileira de ciências criminais*. São Paulo: [s.ed.], 2007. n. 68, p. 112-140, set.-out.
- ARENDT, Hannah. **Origens do totalitarismo**. Tradução Roberto Raposo. São Paulo: Companhia das Letras, 1989.
- ARGUELHES, Diego Werneck. Soberania. *In: BARRETO, Vicente e Paulo (org.). Dicionário de filosofia do direito*. Rio de Janeiro: Renovar. São Leopoldo: Unisinos, 2006. p. 763-767.
- ARNAUD, André-Jean. **O direito entre modernidade e globalização**: lições de filosofia do Direito e do Estado. Trad. Patrice Charles Wuillaume. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.
- ASÚA, Luis Jiménez de. **Lecciones de derecho penal**. México: Pedagógica Iberoamericana, [s.d.].
- ASUA, Luis Jimenez de. **Tratado de drecho penal**. 5. ed. Buenos Aires: Losada, 1950.
- ASÚA, Luis Jiménez **Princípios de derecho penal**: la ley y el delito. Buenos Aires: Abeledo-Perrot/Sudamericana, [s.d.].
- BARATTA, Alessandro. Integración-Prevención: Una “Nueva” Fundamentación de la Pena Dentro de la Teoría Sistémica. **Neopanopticum**, 27 nov. 2005. Disponível em: <<http://neopanopticum.blogspot.com/>>. Acesso em: 14 dez. 2005.
- _____. La política criminal y el derecho penal de la constitución: nuevas reflexiones sobre el modelo integrado de las ciencias penales. *In: Revista brasileira de ciências criminais*. São Paulo: [s.ed.], 2000. n. 29, p. 27-52, jan.-mar.
- BAUMAN, Zygmunt. **O mal-estar da pós-modernidade**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1998.
- BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. Tradução Paulo M. Oliveira. Rio de Janeiro: Ediouro, [s.d.].
- BECK, Ulrich. **La sociedad del riesgo**: hacia una nueva modernidad. Barcelona: Paidós, 1998.

BEDIN, Gilmar Antonio. **A sociedade internacional e o século XXI**: em busca da construção de uma ordem mundial justa e solidária. Ijuí: Unijuí, 2001.

BEDIN, Gilmar Antonio. **Os direitos do homem e o neoliberalismo**. Ijuí: Unijuí, 2002.

BESTER, Gisela Maria. **Direito constitucional**: fundamentos teóricos. São Paulo: Manole, 2005. v. 1.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Falência da pena de prisão**: causas e alternativas. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

_____. **Tratado de direito penal**: parte geral. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 1.

_____. **Tratado de direito penal**: parte geral. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. v. 1.

_____. **Tratado de direito penal**: parte geral. 11. ed. São Paulo: Saraiva: 2006. v. 1.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Tradução Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de política**. 2. ed. Tradução: João Ferreira; Carmem C. Varriale e outros. Brasília: UnB, 1986.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

BOSCHI, José Paganella. **Das penas e seus critérios de aplicação**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

BOUZON, Emanuel. **O código de hammurabi**. 4. ed. Petrópolis: Vozes, 1987.

BRUNO, Aníbal. **Direito Penal**: parte geral. Tomo 1º. Rio de Janeiro: Forense, 1978.

BUSATO, Paulo César. O papel do Ministério Público no futuro do Direito Penal brasileiro. *In: Revista de estudos criminais*. Porto Alegre: [s.ed.], 2002. n. 5.

CÁRCERES, Florival. **História geral**. São Paulo: Moderna, 1996.

CADEMARTORI, Sérgio. **Estado de direito e legitimidade**: uma abordagem garantista. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

CALLEGARI, André Luís *et al.* **Direito penal e funcionalismo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

CALLEGARI, André Luís. **Imputação objetiva**: lavagem de dinheiro e outros temas do Direito Penal. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

CAPELLA, Juan-Ramón. **Fruto proibido**: uma aproximação histórico-teórica ao estudo do Direito e do Estado. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

CAPELLA, Juan-Ramón. La globalización: ante una encrucijada político-jurídica. **Anales de la cátedra Francisco Suárez**. Granada, 2005.

CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal**. Parte geral. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. v. 1.

CARRARA, Francesco. **Programa de derecho criminal**. Parte general. Bogotá: Temis, 1988. v. 1.

CARVALHO, Márcia Dometila Lima de. **Fundamentação constitucional do direito penal**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1992.

_____. **Pena e garantias**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2003.

CARVALHO, Themis Maria Pacheco de. El ciudadano, el terrorista e el enemigo. 04 jan. 2005. **Derecho penal online**. Disponível em: <<http://www.derechopenalonline.com/derecho.php?id=15,16,0,0,1,0>>. Acesso em: 29 nov. 2005.

CARVALHO, Thiago Fabres de. Direito penal, hermenêutica e estado democrático de direito. **Olhares hermenêuticos sobre o direito**: em busca de sentido para os caminhos do jurista. Ijuí: Unijuí, 2007. p. 245-326.

CASTILLO, Gerardo Barbosa; PAVAJEAU, Carlos Arturo Gómez. **Bien jurídico y derechos fundamentales**: sobre un concepto de bien jurídico para Colombia. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1996.

Códigos Penal. Processo Penal e Constituição Federal. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

CONDE, Francisco Muñoz. Las reformas de la parte especial Del derecho penal español em el 2003: de la “tolerancia zero” al “derecho penal del enemigo.” *In*: **Revista eletrônica de ciências jurídicas**. Disponível em: << <http://www.m.p.m.a.gov.br/ampem/artigos/artigos2005/LAS%20REFORMAS%20DE%20LA%20PARTE%20ESPECIAL%20DEL%20DERECHO%20PENAL%20ESPAOL%20EN%20EL%202003.pdf>>>. Acesso em: 29 nov. 2005.

COPETTI, André. **Direito penal e estado democrático de direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

_____. Racionalidade constitucional penal pós-88. Uma análise da legislação penal face ao embate das tradições individualista e coletivista. **Constituição, sistemas sociais e hermenêutica**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

CORREA, Darcísio. **A construção da cidadania**: reflexões histórico-políticas. Ijuí: Unijuí, 1999.

CORRÊA, Tatiana Machado. Crítica ao conceito funcional de culpabilidade de Jakobs. **Revista brasileira de ciências criminais**. São Paulo: [s.ed.], 2004. n.51, p.207-235, nov.-dez.

COSTA, Álvaro Mayrink da. **Direito penal**: doutrina e jurisprudência. Parte geral. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1988. v. 1.

CUNHA, Maria da Conceição Ferreira da. **Constituição e crime: uma perspectiva da criminalização e da descriminalização**. Porto: Universidade Católica Portuguesa, 1995.

D'AVILA, Fabio Roberto; SOUZA, Paulo Vinicius Sporleder de. **Direito penal secundário: estudos sobre crimes econômicos, ambientais, informáticos e outras questões**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

DÁVILA, Fabio Roberto. O espaço do direito penal no século XXI. Sobre os limites normativos da política criminal. *In: Revista brasileira de ciências criminais*. São Paulo: [s.ed.], 2007. n. 64, p. 78-98, jan.-fev.

DELMAS-MARTY, Mireille. **A imprecisão do direito: do Código penal aos direitos humanos**. Trad. Denise Radanovic Vieira. Barueri: Manole, 2005.

DIAS, Jorge de Figueiredo. A criminalidade organizada: do fenómeno ao conceito jurídico-penal. *In: Revista brasileira de ciências criminais*, São Paulo: [s.ed.], 2008. n. 71, p. 11-30, mar.-abril.

DIP, Ricardo. **Direito penal: linguagem e crise**. Campinas: Millennium, 2001.

FARIA, José Eduardo (Org.). **Direito e globalização econômica: implicações e perspectivas**. São Paulo: Malheiros, 1994.

_____. **A crise do direito numa sociedade em mudança**. Brasília: UnB, 1988.

_____. **O direito na economia globalizada**. São Paulo: Malheiros, 2002.

FARIA, José Eduardo; KUNTZ, Rolf N. **Qual o futuro dos direitos? Estado, mercado e justiça na reestruturação capitalista**. São Paulo: Max Limonad, 2002.

FERNANDES, Antonio Scarance. O equilíbrio entre a eficiência e o garantismo e o crime organizado. *In: Revista brasileira de ciências criminais*. São Paulo: [s.ed.], 2008. n. 70, p. 229-268. jan.-fev.

FERNANDES, Luciana de Medeiros. Direito Penal máximo ou intervenção mínima do Direito Penal? Breves lineamentos sobre a função do Direito Penal. *In: Revista brasileira de ciências criminais*. São Paulo: [s.ed.], 2007. n. 69, p. 46-94, nov.-dez.

FERRAJOLI, Luigi. **A soberania no mundo moderno**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

_____. **Derecho y razón: teoría del garantismo penal**. Tradução Perfecto Andrés Ibañez *et alii*. Madrid: Trotta, 1995.

_____. **Derechos e garantías: la ley del más débil**. Trad. Perfecto Andrés Ibañez e Andréa Greppi. Madri: Trotta, 2001a.

_____. **Los fundamentos de los derechos fundamentales**. Trad. Perfecto Andrés Ibañez *et alii*. Madrid: Trotta, 2001b.

FILHO, José Muiños Pinheiro; CHUT, Marcos André. Estado. *In*: BARRETO, Vicente de Paulo (org.). **Dicionário de filosofia do direito**. Rio de Janeiro: Renovar. São Leopoldo: Unisinos, 2006. p. 286-288.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir: história da violência nas prisões**. 4. ed. Petrópolis: Vozes, 1986.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de direito penal: a nova parte geral**. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1986.

GENRO, Tarso. **Crise da democracia: Direito, democracia direta e neoliberalismo na ordem global**. Petrópolis: Vozes, 2002.

GIDDENS, Anthony. **As conseqüências da modernidade**. Trad. Raul Fiker. São Paulo: UNESP, 1991.

GIDDENS, Anthony; BECK, Ulrich; LASH, Scott. **Modernização reflexiva: política, tradição e estética na ordem social moderna**. Trad. Magda Lopes. São Paulo: UNESP, 1997.

GILISSEN, John. **Introdução histórica ao direito**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1986.

GOMES, Luiz Flávio. Críticas à tese do Direito Penal do Inimigo. **Mundo legal**. Disponível em: <http://www.mundolegal.com.br/?FuseAction=Artigo_Detalhar&did=15528>. Acesso em: 29 nov. 2005.

_____. Direito Penal do inimigo (ou inimigos do Direito Penal). *In*: **Revista jurídica UNICOC**. Disponível em: <http://www.revistajuridicaunicoc.com.br/midia/arquivos/ArquivoID_47.pdf>. Acesso em: 29 nov. 2005.

_____. Direito Penal tradicional versus “moderno e atual” Direito Penal. *In*: **Revista brasileira de ciências criminais**. São Paulo: [s.ed.], 2003. n.42, p. 236-241, jan.-mar.

_____. Muñoz Conde e o Direito Penal do inimigo. **Jus navegandi**. Teresina, a.9, n. 826, 7 out. 2005. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7399>. Acesso em: 29 nov. 2005.

_____. **Princípio da ofensividade no direito penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

_____. Prisão de poderosos e direito penal do inimigo. **Última instância**. 26 jul 2005. Disponível em: <http://ultimainstancia.ig.com.br/imprime_noticia.php?idNoticia=17440> Acesso em: 29 nov. de 2005.

GOMES, Luiz Flávio; YACOBUCCI, Guillermo Jorge. **As grandes transformações do direito penal tradicional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. v. 13.

GRECO, Alessandra Orcesi Pedro. Vitimodogmática e Direito Penal. **Revista jurídica consulex**. São Paulo: [s.ed.], 2004. n. 174, p. 51-53, abr.

GRECO, Luís. Introdução à dogmática funcionalista do delito – em comemoração aos trinta anos de “Política criminal e sistema jurídico-penal” de Roxin. *In: Revista brasileira de ciências criminais*. São Paulo: [s.ed.], 2000. n. 32, p. 120-163, out.-dez.

GRECO, Rogério. **Direito penal do equilíbrio**: uma visão minimalista do Direito Penal. 2. ed. Niterói: Impetus, 2006.

HALL, Stuart. **A identidade cultural na pós-modernidade**. 10. ed. Trad. Tomaz Tadeu da Silva e Guacira Lopes Louro. Rio de Janeiro: DP&A, 2005.

HASSEMER, Winfried. **Crítica al derecho penal de hoy**. Traducción Patricia S. Ziffer. Buenos Aires: Ad-Hoc, 1995.

HASSEMER, Winfried. **Três temas de direito penal**. Trad. de Carlos Eduardo Vasconcelos. Porto Alegre: AMP/Escola Superior do Ministério Público, 1993.

HAUSER, Ester Eliana. **Modelos penais minimalistas**: contribuições e limites na reconstrução da legitimidade dos sistemas penais contemporâneos. Florianópolis: UFSC, 2001, Dissertação de Mestrado, Centro de Ciências Jurídicas, Universidade Federal de Santa Catarina, 2001.

HESPANHA, António Manuel. **Cultura jurídica europeia**: síntese de um milênio. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2005.

HIRSCH, Hans Joachim. El desarrollo de la dogmática penal después de Welzel. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, n. 43, p. 11-30, abr.-jun. 2003.

HOYOS, Gustavo Balmaceda. Consideraciones críticas sobre el derecho penal moderno y su legitimidad. *In: Revista brasileira de ciências criminais*. São Paulo: [s.ed.], 2007. n. 65, p. 52-76, mar.-abr.

JAKOBS, Günther. **Imputação objetiva no direito penal**. Tradução André Luis Callegari. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

_____. **Sociedade, norma e pessoa**. Barueri: Manole, 2003.

JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. **Direito penal do inimigo**: noções e críticas. Tradução André Luis Callegari; Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

JESUS, Damásio E. de. **Imputação objetiva**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

_____. Normas penais em branco, tipos abertos e elementos normativos. **Jus navigandi**, Teresina, ano 5, n. 51, out. 2001. Acesso em: 25 nov. 2008.

LEAL, Mônia Clarissa Henning. Estado de Direito. *In: BARRETO, Vicente de Paulo (org.). Dicionário de filosofia do direito*. Rio de Janeiro: Renovar; São Leopoldo: Unisinos, 2006. p. 288-291.

LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

LOU, Ricardo Braga. Direito Penal, o "Salvador da Pátria". **Jus navigandi**, Teresina, ano 2, n. 22, dez. 1997. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=933>>. Acesso em: 07 ago. 2008.

LUCAS, Douglas César. A crise funcional do Estado e o cenário da jurisdição desafiada. **O Estado e suas crises**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

LUHMANN, Niklas. **A nova teoria dos sistemas**. Org. de Clarissa Eckert, Baeta Neves e Eva Machado Barbosa Samios. Porto Alegre: Ed. Universidade/UFRGS, Goethe-Institut/ICBA, 1997.

_____. **Sociologia do direito**. Vol. I. Tradução Gustavo Beyer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983.

LUIZI, Luiz. **Os princípios constitucionais**. 2. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2003.

MACHADO, Maíra Rocha. **Internacionalização do direito penal**: a gestão de problemas internacionais por meio do crime e da pena. São Paulo: 34, 2004.

MARTÍN, Luis Gracia. Consideraciones críticas sobre el actualmente "Derecho penal del enemigo". **Revista electrónica de ciencia penal y criminología**. 2005, n. 07-02. Acesso em 02.jun. 2005.

_____. **O horizonte do finalismo e o direito penal do inimigo**. Tradução Luiz Regis Prado e Érika Mendes de Carvalho. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

MATIAS, Eduardo Felipe P. **A humanidade e suas fronteiras**. São Paulo: Paz e Terra, 2006.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

MILANESE, Pablo. El moderno derecho penal y la quiebra Del principio de intervención mínima. 08 mar. 2005. **Derecho penal online**. Disponível em: <<http://www.derechopenalonline.com/derecho.php?id=13,119,0,0,1,0>> Acesso em: 12 dez. 2006.

MORAIS, Jose Luis Bolzan de. **Do direito social aos interesses transindividuais**: o estado e o direito na ordem contemporânea. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1996a.

_____. **Mediação e arbitragem**: alternativas à jurisdição! Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

_____. As crises do estado contemporâneo. *In*: **América latina**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1996.

NEWSWEEK. The Guantánamo Fallout. July 17, 2006.

NIKITENKO, Viviani Gianine. Funcionalismo-sistêmico penal de Günther Jakobs: uma abordagem à luz do direito penal mínimo e garantista. **Direito em debate**. Ijuí, n. 25, p. 123-135, jan-jun 2006.

_____. O princípio da regulatividade das normas penais como pressuposto de efetivação do sistema garantista. **Jus navigandi**, Teresina, ano 10, n. 1048, 15 maio 2006. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8342>>. Acesso em: 01 mar. 2007.

OLIVEIRA JUNIOR, José Alcebíades. **Teoria jurídica e novos direitos**. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2000.

OLIVEIRA JUNIOR, José Alcebíades; LEITE, José Rubens Morato Leite. **Cidadania coletiva**. Florianópolis: Paralelo 27, 1996.

ORDEIG, Enrique Gimbernat. **O futuro do direito penal**. Barueri: Manole, 2004.

OST, François. **O tempo do direito**. Trad. Maria Fernanda Oliveira. Lisboa: Instituto Piaget, 1999.

PASCHOAL, Janaina Conceição. **Constituição, criminalização e direito penal mínimo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

PAULA, Fábio Guedes de; MOURA, Bruno de Oliveira; MIRANDA, Wesley. **Revista brasileira de ciências criminais**. São Paulo: [s.ed.], 2008. n. 70, p. 71-99, jan.-fev.

PEREIRA, Flávio Cardoso. Apontamentos sobre os delitos de perigo. **Jus navigandi**, Teresina, ano 8, n. 144, 27 nov. 2003. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4545>>. Acesso em: 25 nov. 2008.

PUIG, Santiago Mir. La teoría del delito. **Revista brasileira de ciências criminais**. São Paulo: [s.ed.], 2003. n. 42, p. 121-132, jan.-mar.

RAMÍREZ, Juan Bustos. **Manual de derecho penal**: parte general. 4. ed. Barcelona: PPU, 1994.

RAMOS, Enrique Peñaranda; GONZÁLEZ, Carlos Suárez; MELIÁ, Manuel Cancio. **Um novo sistema do direito penal**: considerações sobre a teoria de Günther Jakobs. Tradução André Luiz Callegari e Nereu José Giacomolli. Barueri: Manole, 2003.

REVISTA VEJA Especial Tecnologia. São Paulo: Abril. Edição 2078, ano 41, de setembro de 2008

RIPOLLÉS, José Luis Guzmán. De la sociedad del ciudadano: um debate desenfocado. **Revista brasileira de ciências criminais**. São Paulo: [s.ed.], 2008. n. 71, p. 70-125, mar.-abr.

ROAUNET, Sergio Paulo. **As razões do iluminismo**. São Paulo: Cia. das Letras, 1987.

ROCHA, Leonel Severo. **Epistemologia jurídica e democracia**. 2. ed. São Leopoldo: UNISINOS, 2003.

_____. Tempo e constituição. **Direitos culturais**. n. 01, dez. 2006.

ROCHA, Leonel Severo; Pepe, Albano Marcos Bastos. **Genealogia da crítica jurídica**: de Bachelard a Foucault. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2007.

ROCHA, Leonel Severo; SCHWARTZ, Germano; CLAM, Jean **Introdução à teoria do sistema autopoietico do direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

ROCHA, Leonel Severo; STRECK, Lenio Luiz. **Constituição, sistemas sociais e hermenêutica**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

ROMERO, Diego. Reflexões sobre os crimes de perigo abstrato. **Jus navigandi**, Teresina, ano 8, n. 439, 19 set. 2004. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5722>>. Acesso em: 25 nov. 2008.

ROSA, Fábio Bittencourt. Da vingança de sangue ao direito penal do inimigo. 31 ago. 2006. **Derecho penal online**. Disponível em: <<http://www.derechopenalonline.com/derecho.php?id=15,67,0,0,1,0>> Acesso em: 12 dez. 2006.

ROXIN, Claus. **Estudos de direito penal**. Trad. Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

_____. **Funcionalismo e imputação objetiva no direito penal**. Tradução Luís Greco. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

SÁNCHEZ, Jesús-Maria Silva. **La expansión del derecho penal**. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales. Madri: Civitas, 2000.

_____. **Eficiência e direito penal**. Barueri: Manole, 2004.

SÁNCHEZ, Mauricio Martinez. **La abolición del sistema penal**. Santa Fé de Bogotá: Temis, 1995.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **A crítica da razão indolente**: contra o desperdício da experiência. São Paulo: Cortez, 2002.

_____. **Pela mão de Alice**. São Paulo: Cortez, 1995.

_____. La transición postmoderna: derecho y política. Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes. **Doxa revista de filosofia**. Disponível em: <<http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/01361620813462839088024/index.htm>>, 2007.

SANTOS, Boaventura de Sousa; MARQUES, Maria Manuel Leitão; PEDROSO, João. Os Tribunais nas sociedades contemporâneas. **Revista brasileira de ciências sociais**. n. 302, fev, 1996.

SANTOS, Cláudia. Um crime, dois conflitos (e a questão, revisitada, do “roubo com conflito” pelo Estado). **Revista brasileira de ciências criminais**. São Paulo: [s.ed.], 2008. n. 71, p. 31-49, mar.-abr.

SANTOS, Juarez Cirino dos. **A moderna teoria do fato punível**. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2002.

SBARDELOTTO, Fábio Roque. **Direito penal no estado democrático de direito: perspectivas (re) legitimadoras**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SILVA, Luciano Nascimento. Manifesto abolicionista penal. Ensaio acerca da perda de legitimidade do sistema de Justiça Criminal. **Jus navigandi**, Teresina, ano 7, n. 60, nov. 2002. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3556>>. Acesso em: 24 nov. 2008.

SMANIO, Gianpaolo Poggio. O conceito de bem jurídico penal difuso. **Jus navigandi**, Teresina, ano 8, n. 437, 17 set. 2004. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5714>>. Acesso em: 24 nov. 2008.

TEUBNER, Gunther. **A Bukovina global sobre a emergência de um pluralismo jurídico transnacional**. Piracicaba: Revista Impulso, 2003.

_____. **Direito, sistema e policontextualidade**. Piracicaba: UNIMEP, 2005.

_____. **Os múltiplos corpos do rei: a autodestruição da hierarquia do Direito**.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo penal**. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 1.

VICENTINO, Cláudio; DORIGO, Gianpaolo. **História para o ensino médio: história geral e do Brasil**. São Paulo: Scipione, 2001.

VIEIRA, Liszt. **Cidadania e globalização**. 2. ed. Rio de Janeiro: Record, 1998.

WEBER, Max. **Economia e sociedade**. Tradução Regis Barbosa e Karen Elsabe Barbosa. Brasília: UnB, 1991. v. 1.

WOLKMER, Antônio Carlos. Direitos humanos: novas dimensões e novas fundamentações. **Direito em debate**, Ijuí, n. 16/17, p. 9-32, jan-jun 2002.

WOLKMER, Antônio Carlos. **Pluralismo jurídico: fundamentos de uma nova cultura no Direito**. São Paulo: Alfa-Omega, 1994.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl *et al.* **Direito penal brasileiro**. Rio de Janeiro: Revan, 2003. v.1.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Tratado de derecho penal**. Buenos Aires: Ediar, 1987. v. 1.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro: parte geral**. 2. ed. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 1999.