

Alguns desafios do direito penal na sociedade de risco

Some challenges to criminal law in risk society

Miguel Tedesco Wedy¹

Universidade do Vale do Rio dos Sinos, Brasil

miguel@unisinos.br

Resumo

O direito penal enfrenta uma séria crise no contexto da sociedade de risco. O presente artigo analisa a necessidade de aceitação dos crimes de perigo abstrato, dos bens jurídicos coletivos, da responsabilidade penal da pessoa jurídica, a fim de que sejam protegidas as gerações futuras, sem ofender os direitos e as garantias individuais que remontam ao iluminismo penal.

Palavras-chave: direito penal, sociedade de risco, iluminismo penal.

Abstract

Criminal law faces a serious crisis in the context of risk society. This article analyzes the need for an acceptance of crimes of abstract danger, collective legal goods and the criminal liability of legal entities in order to protect future generations without jeopardizing the individual rights dating back to the Criminal Enlightenment.

Key words: criminal law, risk society, criminal enlightenment.

Introdução

Na sociedade de risco atual, marcada pelo relativismo moral, pela fragmentação do Estado, pela ausência de densidade das soluções jurídicas, qual o caminho que deve ser seguido pelo direito penal? Aceitar ou repudiar o direito penal do inimigo? Tolerar os crimes de perigo abstrato? Aceitar ou repelir a res-

ponsabilidade penal da pessoa jurídica? Reconhecer os bens jurídicos de cariz coletivo?

Para Roxin (2004, p. 389), o fundamental é discutir a validade das concepções clássicas e, caso seja necessário, revisá-las, e também dedicar-se, com especial atenção e intensidade, aos novos problemas não resolvidos, a fim de que coloquemos o direito penal em desenvolvimento social, científico e técnico.²

¹ Universidade do Vale do Rio dos Sinos. Av. Unisinos, 950, Cristo Rei, 93022-000, São Leopoldo, RS, Brasil.

² Segundo afirma Roxin (2004, p. 392-393), "Tampoco puede ignorarse que el desarrollo de la legislación y de la justicia en el terreno de la Administración de Justicia Penal en los últimos 20 años se ha desplazado cada vez más a la llamada idea de la eficiencia orientada a la eficacia de la función, con la cual que la seguridad jurídica pierde terreno frente al margen de decisión de los Tribunales y de los órganos de persecución penal. Especialmente los derechos y libertades fundamentales de los ciudadanos son puestos cada vez en mayor medida a posición de ponderaciones procesales, que a la carga socavan estas garantías de una forma dudosa en un Estado de Derecho."

Os novos riscos se apresentam como os grandes desafios da ciência penal. Qual o papel do direito penal nessa sociedade? Recolher-se à sua pretensa incapacidade e ineficiência ou adaptar-se à sociedade de risco, sem traçar antigas e tradicionais conquistas? Enfim, qual o papel do direito penal para a proteção das gerações futuras?

Daí a relevância de se enveredar por diferentes concepções acerca do direito penal.

O direito penal da atualidade na visão de Figueiredo Dias, Silva Sánchez e Faria Costa

Para Figueiredo Dias (2003, p. 1124), na sociedade atual, que assumiu o significado de uma “ruptura epocal” com um passado recente, percebe-se um choque antropológico brutal, devido ao colapso iminente dos instrumentos técnico-institucionais de segurança. Assim, impõe-se não apenas reformar o direito penal, mas uma “nova ética, uma nova racionalidade, uma nova política”.

Assim, o direito penal não pode negar a sua “quota-parte” de legitimação para a proteção das gerações futuras. A tutela dos novos ou grandes riscos da sociedade de risco, segundo Figueiredo Dias (2001, p. 55), “deve continuar a fazer-se (também e subsidiariamente) por intermédio do direito penal, para tanto me não parecendo, em definitivo, que se torne necessária uma mudança radical do paradigma penal, com uma nova política criminal e uma nova dogmática jurídico-penal”.

Figueiredo Dias (2003, p. 1129-1130) não nega o papel relevante que outras esferas do direito possam vir a ter no enfrentamento dos novos riscos, como um *Interventionsrecht*, mas julga infundado pensar que com eles se esgote o papel que cabe ao direito. No entanto, entende que a tutela que o direito penal pode oferecer não é absoluta, mas deve se caracterizar pela criminalização das ofensas inadmissíveis. Assim, aduz que o direito penal deve realizar também a tutela dos bens jurídicos coletivos, ainda que de forma subsidiária.

Face a tal concepção, repele a ideia de Hassemer de uma visão “exasperadamente antropocêntrica” dos

bens jurídicos coletivos, devendo estes ser aceitos, sem tergiversações, como “bens jurídicos universais, transpessoais ou supra-individuais” (Figueiredo Dias, 2003, p. 1131). Isso em razão de o caráter supraindividual do bem jurídico não excluir a existência de interesses individuais que com ele convergem (no caso, a legitimidade e possibilidade de que todas as pessoas possam usufruir e gozar os referidos bens jurídicos).

Mas Figueiredo Dias (2003, p. 1132) vai além, sustentando que

ao direito penal não poderá reconhecer-se a mínima capacidade de contenção dos mega-riscos que ameaçam as gerações futuras se, do mesmo passo, se persistir em manter o dogma da *individualização* da responsabilidade penal, de modo que para a uma protecção jurídico-penal das gerações futuras perante os mega-riscos que pesam sobre a humanidade torna-se pois indispensável a aceitação, clara e sem tergiversações, de um *princípio de responsabilização penal dos entes coletivos como tais*.

Em que pese apregoar a necessidade urgente de tutela dos bens jurídicos coletivos, a responsabilização das pessoas coletivas, bem como a aceitação dos crimes de cuidado de perigo³, Figueiredo Dias (2003, p. 1138) é enfático e veemente ao defender a manutenção de um certo paradigma jurídico-iluminista:

Deste modo, julgando manter-me ainda fiel ao paradigma jurídico-iluminista que nos acompanha e que confio que possa continuar a ser fonte de desenvolvimentos e de progressos mesmo no seio da “sociedade de risco”; e que possa por isso continuar a assumir o seu papel na insubstituível (se bem que parcial) função tutelar também dos interesses das gerações futuras.

Em função disso, tem de recusar uma “evolução” do paradigma penal que passe a colocar em causa a defesa consistente e efetiva dos direitos humanos, o pluralismo ideológico e axiológico, a secularização. Por isso, numa palavra, deve manter-se a recusa de qualquer concepção penal baseada na *extensão* da criminalização,

³ Figueiredo Dias (2003, p. 1136) afirma “Que a partir daqui, tais delitos devam ser construídos como delitos de perigo abstracto, de perigo concreto ou de perigo abstracto-concreto (de ‘idoneidade’ ou de ‘aptidão’), ou mesmo como delitos de lesão, constitui já somente um problema de relevo subordinado, uma questão dogmática de segunda ordem.” E prossegue, mais adiante: “Essencial me parece neste contexto – e é esta a segunda ideia que me proponho acentuar – não perder nunca de vista que em direito penal colectivo nos deparamos substancialmente (isto é, insisto, segundo o conteúdo material de ilícito em questão) com delitos que possuem uma natureza análoga à da categoria dos *delitos de perigo abstracto*; delitos nos quais, é bem sabido, a relação entre a acção e o bem jurídico tutelado surgirá as mais das vezes como longínqua, nebulosa e quase sempre particularmente débil. Se apesar disso se aceita a legitimidade jurídico-constitucional desta espécie de delitos – como creio dever aceitar-se, suposto que se encontrem respeitados em espécie os parâmetros mínimos de determinabilidade do tipo de ilícito e a referência ao bem jurídico que em última instância se visa proteger – a questão que então se coloca é a de saber se o aludido ‘enfraquecimento’, em matéria de direito penal colectivo, da relação entre acção e bem jurídico não tem de ir, para que a tutela dispensada por um tal direito se revele minimamente eficaz, demasiado longe e não obriga, por isso, a aceitar ‘estruturas novas e atípicas de imputação’ particularmente questionáveis (quando não censuráveis) à luz dos princípios jurídico-constitucionais próprios do Estado de Direito.”

em que o direito penal se transforme em instrumento diário de governo da sociedade e em promotor ou propulsor de fins de pura política estadual (Figueiredo Dias, 2001, p. 169).

Nesse contexto, percebe-se que o âmbito de proteção do direito penal vem se expandindo, inclusive com a violação do princípio da taxatividade e a adoção e proliferação de termos vagos e porosos, com cláusulas gerais ou de intenso conteúdo valorativo (Silva Sánchez, 1996, p. 42), de forma que, na lição de Silva Sánchez (2002, p. 128), “a pretensão de evitação da lesão de um interesse pessoal ou patrimonial dá lugar à descrição de condutas lesivas, concretamente perigosas ou inclusive abstratamente perigosas para os mesmos. Esse vem sendo o âmbito da progressiva extensão do Direito Penal.”

Os textos legais não oferecem mais bases suficientes para concretar o nível de risco jurídico penalmente relevante em relação com o bem jurídico de que se trate. Assim, o bem jurídico se associa de modo certamente mecânico com a *ratio legis*; e, por sua parte, parece estimar-se a concorrência de um risco jurídico-penal relevante tão logo se constate a realização gramatical dos elementos do tipo. O conjunto representado pela regulação legal e as propostas interpretativas efetuadas evocam mais a imagem de um ilícito de mera desobediência, sancionatório, orientado à proteção secundária de um determinado modelo de gestão setorial-administrativo que a de um injusto criminal (Silva Sánchez, 1998a, p. 10).

Outrossim, como assevera Silva Sánchez (1998a, p. 12), os chamados bens jurídicos supraindividuais se caracterizam, em particular, pela indefinição de suas margens e a consequente dificuldade em determinar quando se pode estimar efetivamente lesionado um bem dessa natureza.

E assim, como salienta Silva Sánchez (1998a, p. 22), alimenta-se a ideia da necessidade de um direito diferenciado para atender ao anseio de combate à criminalidade socioeconômica da sociedade de risco. E, assim, surge,

[...] un Derecho penal más alejado del núcleo de lo criminal y en el que se impongan penas más próximas a las sanciones administrativas (privativas de derechos, multas, sanciones que recaen sobre personas jurídicas) y se flexibilicen los criterios de imputación. Y, también

por ello, cabría incluso estimar razonable la creación de un sector intermedio, judicializado, que se ocupara de injustos (y sanciones) para los que es mejor la garantía de imparcialidad del juez (entre otras) y que sin embargo, no tuvieran el estigma de lo criminal. En esa línea cabe situar probablemente el *Interventionsrecht* propugnado por Hassemer y otros autores.

Assim, segundo a cosmovisão do pensamento jurídico de Silva Sánchez (1998b, p. 66), o direito penal da globalização e da integração supranacional será um direito crescentemente unificado, mas também menos garantista, em que se flexibilizarão regras de imputação e em que se relativizarão as garantias político-criminais, substantivas e processuais. Isso em razão de a globalização exigir do direito penal uma abordagem *mais eficaz* frente à criminalidade.

Mas o penalista espanhol vai além, afirmando que o direito penal da globalização não é direito penal. Tal direito se concentra na delinquência econômica e organizada, o que daria vazão à criação de um direito penal de duas velocidades.

Outra característica flagrante do moderno direito penal seria a sua marcante “administrativização”, essencialmente nas áreas do meio ambiente, dos delitos de trânsito e da criminalidade econômica, bem como uma “transição rápida do modelo de delito de bens individuais” ao “modelo delito de perigo (presumido) para bens supra-individuais” (Silva Sánchez, 2002, p. 113), ou seja, “o Direito Penal, que reage a posteriori contra um fato lesivo individualmente delimitado (quanto ao sujeito ativo e passivo), se converte em um direito de gestão (punitiva) de riscos gerais e, nessa medida, está ‘administrativizado’” (Silva Sánchez, 2002, p. 114).

A sociedade do risco faz surgir, nesse contexto, o chamado “Estado de Prevenção”, ou o que alguns denominam de *regulatory State*, o qual busca uma prevenção comunicativa ou contrafática (cominação de sanções penais e administrativas para quem cria o risco), substancialmente mais afastada do momento da lesão (Silva Sánchez, 2002, p. 125-127).

A fim de “gerir” os riscos da sociedade atual, o direito penal passa a olhar, novamente, para a ideia de *neutralização*, o que é percebido com assombrosa facilidade, primordialmente no direito anglo-saxão e norte-americano.⁴

⁴Vejam-se os casos das leis *three strikes* (incorporadoras do princípio *three strikes and you're out*), bem como as teorias da neutralização seletiva (*selective incapacitation*), que preveem até prisão perpétua caso os criminosos cometam três infrações penais sucessivas (Cf. Silva Sánchez, 2002, p. 131). Utilizam-se, outrossim, raciocínios que levam em conta o custo/benefício das prisões, como por exemplo (Silva Sánchez, 2002, p. 131-132): “segregar 2 anos 5 delinquentes cuja taxa previsível de delinquência é de 4 delitos por ano, gera uma ‘economia’ para a sociedade de 40 delitos e lhe custa 10 anos de prisão. Em contrapartida, se esse mesmo custo de 10 anos de prisão se emprega para segregar 5 anos 2 delinquentes, cuja taxa prevista de delinquência é de 20 delitos por ano, a ‘economia’ social é de 200 delitos; e assim sucessivamente. De ser admitida a correção do anterior *modus operandi*, a *selective incapacitation* mostraria significativamente vantagens econômicas perante a indiscriminada, ou cega, geral *incapacitation*.” Citação em referência à obra de Backmore e Welsh (1983) e Wilson et al. (in Von Hirsch e Ashmorth, 1992, p. 148 e ss., 158 e ss., 165 e ss.).

Toda contingência atual impediria, por via de consequência, uma volta ao “velho e bom direito penal liberal”, segundo Silva Sánchez (2002, p. 136).⁵ Tal situação induziria a uma outra via de solução, consubstanciada na criação de um “direito penal de duas velocidades”. Ou seja, tratar-se-ia de uma

modernização caracterizada – não se deve esquecer – pela expansão e pela flexibilização dos princípios político-criminais e regras de imputação *também no Direito Penal das penas privativas de liberdade*. Não se trata de voltar a um Direito Penal liberal que nunca existiu nos termos em que agora é apresentado, mas tampouco de aceitar sem reparos o processo de desnaturalização do sistema de garantias do Direito Penal (Sánchez, 2002, p. 143).

Ainda, conforme Silva Sánchez (2002, p. 146-147), num modelo de “direito penal de duas velocidades”, a pena de prisão seria destinada aos fatos mais graves, quando também seriam ofertadas aos acusados todas as garantias tradicionais do direito penal clássico. Contudo, em casos sem a mesma gravidade, para os quais não seria determinada pena privativa de liberdade, o rol de garantias e o modelo de imputação poderiam ser flexibilizados, embora devesse ser mantida uma instância judicial penal, de modo que fossem preservados os elementos de estigmatização social e de capacidade simbólico-comunicativa próprios do Direito Penal.⁶

Ou seja, o que realmente é sugerido por Silva Sánchez (2002, p. 148) é uma reformulação bem aprofundada do direito penal, que teria um matiz mais restrito em matéria de penas de prisão e mais amplo e extenso quando se tratasse de aplicar penas não restritivas de liberdade. Como referimos, surge aí o chamado “direito penal de duas velocidades”,

uma primeira velocidade, representada pelo Direito Penal “da prisão”, na qual haver-se-ia de manter rigidamente os princípios político-criminais clássicos, as regras de imputação e os princípios processuais; e uma segunda velocidade, para os casos em que, por não tratar-se já de prisão, senão de penas de privação

de direitos ou pecuniárias, aqueles princípios e regras poderiam experimentar uma flexibilização proporcional à menor intensidade da sanção.

Por fim, Silva Sánchez (2002, p. 148-149) ainda descreve o que chama de “direito penal da terceira velocidade”, semelhante em muito ao “direito penal do inimigo”, de Jakobs, nos casos, por exemplo, de delinquência sexual, patrimonial profissional, criminalidade organizada e terrorismo. Tal direito, de cuja existência real não se poderia duvidar, traria à baila, sem sombra de dúvida, a discussão acerca de sua legitimidade. O penalista espanhol ainda acolhe com reservas “a opinião de que a existência de um espaço de Direito Penal de privação de liberdade com regras de imputação e processuais menos restritas que as do Direito Penal da primeira velocidade, com certeza, é, em alguns âmbitos excepcionais, e por tempo limitado, inevitável.”

Ficaria assim irresponsada a questão sobre o fato de o “direito penal da terceira velocidade” ou do “inimigo” ser ou não um verdadeiro “direito”, embora seja perceptível, como refere Silva Sánchez (2002, p. 151), que o “direito penal dos inimigos” irá, ilegitimamente, estabilizar-se e crescer.⁷

No cenário globalizado em que estamos inseridos, o fenômeno da criminalidade atinge relevantes proporções, muito também em decorrência de uma insegurança premente do viver cotidiano. Um viver cada vez mais inconstante e incerto, fragmentário e multifacetado, no qual a aceleração do tempo é uma realidade. Para Faria Costa (2001, p. 15), “numa sociedade que cada vez mais valoriza o fazer, o movimento, a constante informação em tempo real”.

Nesse sentido, segue o autor afirmando que

a lentidão das instituições democráticas entra em manifesta ruptura com a vertigem da exigência de respostas rápidas e eficientes – e, portanto, também respostas rápidas e eficientes contra a criminalidade – que a mundivência actual, um pouco frivolamente, erigiu como modelo de actuação quer do nosso modo-de-ser individual, quer do nosso modo-de-ser colectivo (Faria Costa, 2001, p. 15).

⁵ Ou seja, impediria uma volta do direito penal ao seu núcleo tradicional, como almejaría Hassemer.

⁶ Assim, prossegue Silva Sánchez (2002, p. 147), “pode-se afirmar que certamente existe, como mencionado no princípio, um espaço de expansão razoável do Direito Penal. O espaço da expansão razoável do Direito Penal da pena de prisão é dado pela existência de condutas que, por si só, lesionam ou põem em perigo real um bem individual; eventualmente, cabe admitir o mesmo a propósito de bens supra-individuais, sempre que efetivamente lesionados ou colocados sob perigo real pela conduta do sujeito em concreto. Nesse âmbito, ademais, a razoabilidade da expansão requereria plena salvaguarda de todos os critérios clássicos de imputação e princípios de garantia. Paralelamente a isso, pode-se admitir *resignadamente* a expansão – já produzida – do Direito Penal até os ilícitos de acumulação ou perigo presumido, isto é, a condutas distanciadas da criação de um perigo real para bens individuais (e inclusive supra-individuais, desde que concebidos com um mínimo rigor). Mas a admissão da razoabilidade dessa segunda expansão, que aparece acompanhada dos traços de flexibilização reiteradamente aludidos, exigiria inevitavelmente que os referidos ilícitos não recebessem penas de prisão. Na medida em que essa exigência não vem sendo respeitada pelos ordenamentos jurídicos de diversos países, até o momento, a expansão do Direito Penal carece, em minha opinião, da requerida razoabilidade político-jurídica.”

⁷ Também de Silva Sánchez sobre a conjuntura do moderno direito penal, leia-se: *Aproximación al derecho penal contemporáneo* (1992).

Não se pode, assim, fechar os olhos para a realidade, mas é preciso descortinar um caminho não refratário ao novo e consciente das qualidades do passado, mas como “projectar tudo isso em um horizonte ético?”, “Em um quadro ético que também ele se encontra em mutação ou, talvez pior, em metástica desagregação?” (Faria Costa, 2005, p. 33).

Segundo Faria Costa (2005, p. 34), alinha-se, no atual panorama, uma ideia de Estado Punitivo, caracterizado e estribado em ideias-força, tais como

adopção de uma cultura do controlo (uma sociedade civil que quer instituir um modo de vida colectivo que afaste o risco, uma espécie de mundo da fantasia onde o risco seja igual a zero); proliferação de leis de emergência; aumento de leis de tonalidade securitária; tolerância zero; estratégias globais diferenciadas; diminuição das garantias processuais; tentativa de neutralização axiológica perante o aumento fantástico da carcerização; defesa de um ilegítimo, mas já difuso, direito penal do inimigo, afirmação da soberba ética e contracção insustentável de espaços livres de direito.

Tal Estado deve ser repellido, combatido, a fim de que se mantenham eretas e sólidas as garantias já conquistadas em inefáveis jornadas. Isso não significa, como reconhece Faria Costa, que se queira defender uma política criminal transigente e permissiva; ao contrário, o que se deve almejar é uma política criminal consequente, forte e empenhada (Faria Costa, 2005, p. 39)⁸.

Nessa esteira de pensamento, Faria Costa (2000, p. 388) aceita a legitimidade dos delitos de perigo abstrato, não só em razão de a relação de cuidado de perigo permear todo o ordenamento jurídico-penal, numa espécie de “teia relacional”, mas também em virtude de os referidos delitos objetivarem, por intermédio de um adensamento, a proteção de bens jurídicos com dignidade penal (Faria Costa, 2000, p. 641).

Também admite a responsabilização penal das pessoas jurídicas, pois estas representam um real construído (Faria Costa, 1998, p. 515), “um dos nódulos essenciais do modo de ser comunitário das actuais sociedades pós-industriais” (Faria Costa, 1998, p. 503), sendo

“descoberta pelo direito penal e pela criminologia como um centro suscetível de gerar ou de favorecer a prática de factos penalmente ilícitos, porque de repercussão desvaliosa no tecido económico-social”, verdadeiro “topos ‘de onde’ a criminalidade económica pode advir” (Faria Costa, 1998, p. 505-506).

Almeja, dessa forma, que se tenha um comportamento ousado face aos desafios da ciência penal, com uma ousadia capaz de “transformar qualitativamente o direito penal em qualquer coisa de melhor” (Faria Costa, 2005, p. 39), ainda que tal se apresente como uma meta, uma utopia, fazendo a ressalva de que,

mesmo que não consigamos chegar a esse lugar, que é o lugar dos não-lugares, mesmo que, como nós, se ache que o crime é uma manifestação onto-antropológica do modo-de-ser da humanidade e como tal inarredável, urge que não nos deixemos seduzir pela via fácil do endurecimento do direito penal (Faria Costa, 2005, p. 39).

Os traços amplos de um caminho prudente para a ciência penal.

Após tudo o que se disse, parece possível delinear os traços amplos de um caminho mais seguro, “eficiente”, equilibrado e sem grandes deambulações para o enfrentamento dos riscos. Um caminho que tenha a retidão necessária para a orientação a um direito penal e processual penal legítimo e minimamente justo, mas, ao mesmo tempo, fiel a um passado pleno de realizações e conquistas.

Daí a razão pela qual é necessário repelir um ilegítimo “direito penal do inimigo”, não como um direito demasiadamente eficiente, mas sim como um *instrumento* do “não direito”, a partir do instante em que sustenta a possibilidade de uma “não pessoa”. Tal não é possível. Como conceber um direito legítimo sem considerar e respeitar a concepção de “pessoa humana”?

Quem sustenta, no direito penal, a ideia de não pessoa, na atualidade, não está a falar de direito, mas de meio puro de coerção.¹⁰ Um mero mecanismo de controlo. Como assevera Castanheira Neves (1995, p. 40),

⁸ E ainda aduz Faria Costa (2005, p. 39): “O fundamental é acreditar que politicamente se devem fazer mudanças estruturais no sistema punitivo, que se têm que operar mudanças, racionalmente sustentadas, na própria estrutura e função jurídica do Estado, que se têm de modificar tantas e tantas coisas das relações sociais. O essencial é assumir uma atitude de maior e firme maleabilidade – aquilo a que poderíamos chamar uma política criminal de geometria variável – dentro do ordenamento nacional, internacional e comunitário. De que maneira? Desde logo, diminuir as leis penais, torná-las claras, límpidas e precisas e, acima de tudo, aplicarem-se as penas de forma rápida e consequente. Evitar as amnistias e indultos e tudo o que seja manifestação de um direito de graça. Alterar alguns pontos da arquitectura processual penal. Repensar os órgãos nacionais da prossecução penal. Tornar as medidas de cooperação internacional inteligíveis. Fazer tudo, mas tudo, para que os incipientes direito penal e processual penal da União se mostrem simples e de aplicação caseira. Isto, que parece qualquer coisa de evanescente, não é mais do que uma singela tentativa de concretizar uma nova ideia de refundação de uma política criminal que a todos deve servir.”

⁹ Importa ver a citação de Marcic, feita por Neves (1995, p. 70), referindo expressamente que o “não-direito abriga-se no seio do direito”.

¹⁰ Em relevante ensaio acerca do aborto, bem como sobre as discussões de um direito penal contra o inimigo e de um direito penal de cidadãos ou de pessoas, assevera Silva Sánchez (2007, p. 18) que não se pode jamais esquecer aquela ideia “que no es conservadora, sino portadora de un ideal revolucionario: El de que cualquier ser humano, libre de toda exclusión, sea acogido, precisamente en virtud de su humanidad real e irrepetible, en el común ‘nosotros’.”

“o primeiro sentido da ideia de direito é, certamente, o do respeito incondicional da pessoa humana”, de forma que “o direito não pode sequer pensar-se se não for pensado através da pessoa e para a pessoa”. A verdade é que

ninguém poderá ser considerado apenas como objecto ou factor fungível num plano de eficácia, antes deverá ser sempre considerado como um valor último, uma pessoa [...], mas ainda que nenhuma imposição será legítima, quaisquer que sejam as justificações para ela aduzidas, se não for eticamente fundada (Neves, 1995, p. 43).

Um ordenamento jurídico democrático, como o brasileiro, refuta e repele um “direito penal do inimigo”, pois inadmissível ante uma ordem constitucional legítima e plural.

O que Jakobs chama de *Feindstrafrecht* é já um reflexo da ausência do Estado de Direito, é a supremacia do “direito de guerra” ou, mais além, de um “direito de combate” contra “inimigos perigosos”, contra “não pessoas”.¹¹

Ao utilizar um referencial jurídico desse quilate, o Estado de Direito decai ao “Estado de barbárie”, quando então logo adiante e fatalmente o “direito” vai se voltar não mais contra os “inimigos”, mas contras as “pessoas”, até se transformar o próprio *Feindstrafrecht* no inimigo a ser combatido. Aí será possível constatar uma nova situação de *Rechtsfreiraum*, pois já não haverá instrumentos jurídicos para a proteção do cidadão comum contra a ação do “Estado inimigo”, mas uma situação de vazio ou tibieza jurídica, com esteios no ignoto.¹²

O Estado que se serve do “direito penal do inimigo”, para seguirmos a assertiva de Hassemer, perde

a prevalência moral sobre o delito e, para além disso, fratura aquele divisor entre a racionalidade e a irracionalidade, instaura uma metódica autoritária como paradigma penal e passa ele próprio a delinquir, ao não reconhecer a figura do “outro-como-pessoa”.

É um dever repelir tal cenário dentro da normalidade democrática, pois inconstitucional e ilegítimo um instrumento jurídico dessa espécie. Tal não significa autoimpor-se uma venda aos olhos, a fim de não enxergar a criminalidade, sobretudo a econômica e a organizada, mas, sim, manter uma postura ativa, ética, equilibrada e democrática ante os novos riscos da sociedade contemporânea.

Assim, como referiu Figueiredo Dias, é de se aceitar, “sem tergiversações” ou meias palavras, a dignidade penal de certos bens jurídicos supraindividuais ou transpessoais (como o meio ambiente) – até porque possuidores, na grande maioria dos casos, de um referente interesse pessoal – a fim de se salvaguardar e fazer cumprir um patrimônio constitucional de matriz dirigente.¹³ Ademais, um conceito histórico-social de direitos humanos permite incluir como possíveis objetos de tutela penal certos interesses coletivos (Baratta, 1987, p. 623).¹⁴

De outra parte, também não se pode negar, às vezes por mor de um dever constitucional, como no Brasil¹⁵, mas também por ser uma imposição da realidade da sociedade pós-moderna, a necessidade de previsão de uma punição penal para as pessoas jurídicas, em geral, as grandes autoras dos maiores atentados ao meio ambiente e à ordem econômica.¹⁶

A concepção que ora se defende não invalida, de forma alguma, certas ponderações corretamente soer-

¹¹ Segundo Pritwitz (2004, p. 44), não se pode também esquecer que “aqueles que por assim dizer querem ‘inverter’ o direito penal, querendo voltá-lo principalmente contra os poderosos, também mostram uma perigosa tendência ao direito penal do inimigo, tendo apenas trocado de inimigo”.

¹² Veja-se o caso das prisões controladas pelo Exército americano em Abu Graihb e Guantánamo, agora em vias de extinção, pelas mãos do presidente Barack Obama, onde os detidos não foram reconhecidos como réus ou como prisioneiros de guerra, mas como “combatentes inimigos”, o que os colocava numa situação esdrúxula de ausência de proteção jurídica. O paradigmático caso dos Estados Unidos da América após o “11/09” reflete bem o que foi dito: para combater inimigos e terroristas, o Estado lançou mão do “USA Patriot Act”, que redundou na “prisão de centenas de pessoas” (inclusive advogados de supostos terroristas) “por longos períodos, cujos nomes são desconhecidos para o público” (há casos de pessoas que ficaram presas por meses, sem qualquer comunicabilidade). “Uma outra tática que muitos reconhecerão tem sido a de retirar suspeitos de processos penais e colocá-los sob a custódia militar em nome da segurança. Ali eles não podem fazer uso do *habeas corpus* e são submetidos a interrogatórios ilimitadamente” (ler Chevigny, 2004, p. 386-407).

¹³ Aqui, não ignoramos a relevante ponderação de Canotilho (1996, p. 9, 16-17) acerca do seu próprio pensamento. Uma ponderação que permite um respiradouro extraordinário para a ideia de Constituição Dirigente, ao afirmar que “confiar ao direito o encargo de regular – e de regular autoritária e intervencionisticamente – equivale a desconhecer outras formas de direcção política que vão desde os modelos típicos da subsidiariedade, isto é, modelos de autodirecção social estatalmente garantida, até aos modelos neocorporativos [...]”, e, assim, “[...] a lei dirigente cede lugar ao contrato, o espaço nacional alarga-se à transnacionalização e globalização, mas o ânimo de mudanças aí está de novo nos ‘quatro contratos globais’. Referimo-nos ao contrato para as necessidades globais – remover as desigualdades – o contrato cultural – tolerância e diálogo de culturas – contrato democrático – democracia como governo global e contrato do planeta terra – desenvolvimento sustentado. Se assim for, a constituição dirigente fica ou ficará menos espessa, menos regulativamente autoritária e menos estatizante, mas a mensagem subsistirá, agora enriquecida pela constitucionalização da responsabilidade [...]”.

¹⁴ Isso não quer dizer que o direito penal deva abrir mão de ser a “*ultima ratio*” ou uma resposta contingente, isto é, um ato solene de resposta aos problemas fundamentais da sociedade” (Baratta, 1987, p. 630).

¹⁵ Leia-se o parágrafo 3º do art. 225 da Constituição Federal do Brasil: “As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas e jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados.”

¹⁶ Nesse teor, a referência de Faria Costa (1998, p. 504): “E se o não cumprimento das regras de segurança, por parte da empresa, constitui, evidentemente, um facto desencadeador de uma criminalidade cujo centro de imputação se tem de ir buscar à estrutura organizatória da própria empresa, pesquisando as cadeias de responsabilidade, ou se tem de imputar, *in toto*, à própria empresa, é também indiscutível e de meridiana transparência que os mais profundos e violentos ataques ao meio-ambiente são perpetrados, não pelas pessoas singulares, mas sim pelas pessoas colectivas (expressão jurídica das empresas). Ou, digamo-lo com as palavras de Figueiredo Dias: ‘As maiores e mais graves ofensas à sanidade do ambiente provêm, hoje, sem dúvida, não de pessoas individuais, mas de pessoas colectivas.’”

guidas por Hassemer ou Silva Sánchez. De fato, caso se observe o grau de desenvolvimento da sociedade atual, pode-se constatar, facilmente, o quão formal, lento e moroso pode ser o direito penal para enfrentar os grandes riscos. Por isso, a relevância de quem sabe se estruturar, verdadeiramente, um *Interventionsrecht*, que se apresente num estágio de prevenção aos grandes riscos anterior ao do direito penal.¹⁷

Numa sociedade em que a sensação do tempo é mutável e inconstante, em que o agir eficiente e pronto parece ser uma exigência legítima, impõe-se, como inevitável, delegar ao Poder Executivo – como Administração – uma certa discricionariedade para a proteção de determinados bens jurídicos que não alcançam o patamar da dignidade penal.

Tal se poderia perfazer justamente por um *Interventionsrecht*, mais ágil e maleável, mas menos incisivo e férreo que o direito penal, talvez, por isso, mais proficiente no tratamento dos riscos e perigos de nossa civilização.¹⁸

A “proposta intermédia” passaria por aí, pela conciliação de certos postulados da Escola de Frankfurt e da Escola *Conimbrigensis* com a descriminalização de uma série de delitos e contravenções (no Brasil), que seriam transpostas ou para a seara administrativa, sob a guarida de um novo, célere, eficiente e significativo *Interventionsrecht*, semelhante ao proposto por Hassemer¹⁹, ou até para o quadro de um espaço livre do direito (*Rechtsfreiraum*), com um amplo espectro de liberdade

e diversidade.²⁰ A diferença está em que certos bens jurídicos supraindividuais de relevância deveriam também ser protegidos pela tutela penal, de forma subsidiária, nos casos graves de agressão ao meio ambiente ou à ordem econômica. A sanção penal em tais casos, como é translúcido, tem um importante, mas não único, papel de retribuição, prevenção e inibição²¹, pois não pode ser repassada integralmente como “custo de transação”.

Isso não significa querer dar ao direito penal “velocidades” diferentes daquelas que ele naturalmente empreendeu, o que seria subvertê-lo, isto é, chamar “direito penal” o que não será mais “direito penal”, mas arremedo de “direito penal”, seria entrelaçar dois níveis de diferentes texturas, tamanhos e propriedades.

Privilegiar certa clientela criminosa com penas não privativas de liberdade (em geral, mais gabaritada e bem aquinhoada economicamente) e atribuir à outra a severidade do sistema penal (em geral, para a criminalidade comum) é uma diferenciação que soa estranha ao princípio da igualdade e da isonomia.²² É claro, dir-se-ia – as condutas são diferentes –, mas também há condutas praticadas contra bens jurídicos supraindividuais altamente lesivas, graves e merecedoras de sanção penal privativa de liberdade.

Ao “direito penal” deve ser resguardado o papel de “direito penal”, sensível às orientações constitucionais de proteção dos bens jurídicos supraindividuais, a punição penal da pessoa jurídica, a utilização das técnicas mais sofisticadas, justas e seguras de tipificação,

¹⁷ E aqui, mais uma vez, há de se lembrar de Radbruch (1999, p. 119): “Não é a melhoria do Direito Penal, mas a substituição do Direito Penal por algo melhor.”

¹⁸ Não se partilha aqui da preocupação de Sergio Seminará (2004, p. 282-284) acerca do risco de criação de uma zona gris subtraída aos mais rigorosos princípios caracterizadores do direito penal liberal e tampouco é temida uma suposta e não comprovada “neoliberalização” do direito penal, pois não se retirariam do seu raio de ação todas as lesões da esfera ambiental e econômica. De outra banda, como relembra Van Swaaningen (2003, p. 117-118), para o controle dos riscos têm colaborado, muito mais que o direito penal, as políticas de segurança, tais como as políticas de redução de danos e de reparação de danos orientadas para as vítimas (no caso das drogas, por exemplo), trabalhos de prevenção com jovens, instâncias administrativas de atuação, principalmente na área de trânsito, novos agentes de controle dos riscos, como agentes de segurança privados, câmeras de vigilância, bancos de dados dos bancos e interligação com órgãos estatais de fiscalização. Querer ficar agrilhado a um penalismo lato e agigantado, mas ineficiente, não é a melhor solução. Ao contrário, proceder assim é, para usar uma imagem de Van Swaaningen, fazer como o professor de informática que ensina o código Morse.

¹⁹ Assim, seria possível manter um necessário e transcendental espaço livre do direito penal, bem como se daria maior “eficiência” e efetividade ao sistema jurídico. Outrossim, é preciso entender que não é estranho o fato de a sociedade deixar de punir na esfera penal certo tipo de comportamento. Höffe (2004, p. 358-359), citando Nietzsche, afirma que “no sería impensable una conciencia de poder de la sociedad, en la que podría darse el lujo más selecto que hay para ella dejar impune a quien le lesionó”. “Conforme va creciendo su poder, una comunidad ya no da tanta importancia como antes a las faltas de los individuos, ya que ya no le pueden parecer peligrosas y subversivas en la misma medida que antes para la existencia del todo”, e prossegue: “Cuando crece el poder y la seguridad en sí misma de una comunidad, siempre se atempera también el derecho penal.” Ou ainda, como diz Höffe (2004, p. 365): “De esa actividad de inmiscuirse científicamente forma parte también la información acerca de que los nuevos riesgos (por ejemplo, respecto de la protección de los datos informáticos o del medio ambiente) exigen nuevas respuestas, pero no necesariamente una nueva criminalización.”

²⁰ Na mesma linha, Baratta (1987, p. 643), ao afirmar que a alternativa à criminalização nem sempre é representada por outra forma de controle social formal ou informal.

²¹ E não se confunda aqui esta opinião com uma constatação acerca dos fins da pena. A prevenção nos parece, seja ela positiva ou negativa, antes do que um fim, uma imanência do preceito secundário do tipo penal construído. Não deve ser necessariamente uma função querida e almejada, mas é uma decorrência. Ela dimana da criação do tipo. Ela não existe como um fim. Ela é o que é. Pura e simplesmente existe ou pode existir. E com opinião semelhante Morselli (1995, p. 273), para quem “es erróneo considerar la consolidación y el refuerzo de los sentimientos de justicia, de la fidelidad a la ley y de la conciencia jurídica colectiva como objetivos últimos de la pena en el ámbito de la concepción de la prevención general. Estos son mejor para considerar como ‘efectos inducidos’, o sea indirectos, de la función retributiva de la pena.” Sobre teorias retributivas e críticas acerca dessas teorias: Rodrigues (1995).

²² O risco que se corre é a instituição, a seguir assim um direito penal diferenciado, é a adoção de uma “gestão punitiva da pobreza”, o que se apresenta como mais provável nos países em desenvolvimento, mas não só neles. Leia-se sobre tal problema em Espanha e Estados Unidos: Beiras (2004). No contexto dos Estados Unidos da América em especial e com dados aterradores acerca das prisões dos afro-americanos, Wacquant (2001). Crítica semelhante também é a de Diez Ripollés: “De un modo insostenible ideológicamente dentro de las sociedades sociodemocráticas actuales, establece muy significativas diferencias entre las intervenciones sociales a practicar sobre las conductas lesivas de los sectores socialmente poderosos, y aquellas que deben ejercerse sobre comportamientos de las clases baja y marginal” (2007, p. 29).

mas sempre vigilante e atento para a manutenção do paradigma de garantias do *Aufklärung*.

Não se trata de propugnar uma “cultura del garantismo unilaterale”, “un Illuminismo fuori del tempo e dello spazio”, mas efetivamente de um “ritorno alla cultura della vita”, a um “Diritto della vita” (Mantovani, 1999, p. 1224-1253), como um valor das gerações presentes e futuras. Um direito penal preocupado com a pessoa.²³

Alguns poderão dizer ser uma via utópica e inatingível, ao que se responderia, estribando-se em Costa (2005, p. 39):

Via difícil, dizíamos, mas, de qualquer maneira, a única, em nosso entender, que nos torna legitimamente orgulhosos do património espiritual de que somos herdeiros. Não é por vivermos em um mundo globalizado que devemos esquecer os princípios, as regras e os axiomas axiológicos que têm feito a grandeza – e simultaneamente a sua fragilidade – dos modelos de vivência comunitária que, com sangue, suor e lágrimas, temos paulatinamente construído desde os tempos da mais remota das antiguidades.

Conclusão

Diante de todo exposto, entende-se que não se deve desconsiderar, de plano, os avanços que vêm sendo alcançados pela ciência penal, como a previsão de bens jurídicos coletivos, dos delitos de perigo abstrato e da responsabilização penal da pessoa jurídica. Contudo, tem-se também a compreensão de que, com isso, não devemos desconsiderar as conquistas acerca dos direitos e das garantias individuais, bem como uma contenção equilibrada do direito penal, especialmente para os mais débeis socialmente, os maiores “clientes” do sistema penal.

Referências

- BARATTA, A. 1987. Principios del derecho penal mínimo (Para una teoría de los derechos humanos como objeto y límite de la ley penal). *Doctrina Penal*, **10**(40):623-635.
- BEIRAS, I. 2004. Forma-Estado, mercado de trabajo y sistema penal (“nuevas” racionalidades punitivas y posibles escenarios penales). *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, **47**:317-353.
- BLACKMORE, J.; WELSH, J. 1983. Selective Incapacitation: Sentencing According to Risk. *Crime & Delinquency*, **29**(4):504-528. <http://dx.doi.org/10.1177/00112878302900402>

- CANOTILHO, J.J.G. 1996. Rever ou romper com a Constituição dirigente? Defesa de um constitucionalismo moralmente reflexivo. *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*, **15**, sem número.
- CHEVIGNY, P. 2004. Repressão nos Estados Unidos após o ataque de 11 de setembro. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, **47**:386-407.
- DIEZ RIPOLLÉS, J.L.D. 2007. De la sociedad del riesgo a la seguridad ciudadana: un debate desenfocado. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, p. 1-37. Disponível em: <http://criminet.ugr.es/recpc>. Acesso em: 29/08/2007.
- FARIA COSTA, J.F. de. 2001. O fenômeno da globalização e o direito penal econômico. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, **34**:9-26.
- FARIA COSTA, J.F. de. 2005. A criminalidade em um mundo globalizado: ou Plaidoyer por um direito penal não securitário. *Revista de Legislação e Jurisprudência*, **135**(3934):33-39.
- FARIA COSTA, J.F. de. 2000. *O perigo em direito penal*. Coimbra, Coimbra Editora, 801 p.
- FARIA COSTA, J.F. de. 1998. A responsabilidade jurídico-penal da empresa e dos seus órgãos (ou uma reflexão sobre a alteridade nas pessoas colectivas, à luz do direito penal). In: E. CORREIA et al., *Direito penal econômico e europeu: textos doutrinários*. Coimbra, Coimbra Editora, vol. 1, p. 503-515.
- FIGUEIREDO DIAS, J. de. 2003. O papel do direito penal na protecção das gerações futuras. *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, **75**:1123-1128.
- FIGUEIREDO DIAS, J. de. 2001. O direito penal entre a “sociedade industrial” e a “sociedade do risco”. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, **9**(33):48-55.
- HÖFFE, O. 2004. La ciencia, proto-derecho penal: programa y cuestiones de un filósofo. In: F. MUÑOZ CONDE (coord.), A. ESER; W. HASSEMER; B. BURKHARDT (coord.), *La ciencia del derecho penal ante el nuevo milenio*. Valencia, Tirant Lo Blanch, p. 358-365.
- KANT, I. 2007. *Fundamentação da metafísica dos costumes*. Lisboa, Edições 70, 196 p.
- KELSEN, H. 1998. *O que é Justiça?* São Paulo, Martins Fontes, 404 p.
- MANTOVANI, F. 1999. Criminalità sommergente e cecità politico-criminale. *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, **42**(4):1224-1253.
- MORSELLI, E. 1995. Neo-retribucionismo y prevención general integradora en la teoría de la pena. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, **48**(1):265-274.
- NEVES, A.C. 1995. *Digesta*. Vol. I, 600 p.
- PRITTWITZ, C. 2004. O direito penal entre o direito penal do risco e direito penal do inimigo: tendências atuais em direito penal e política criminal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, **12**(47):32-45.
- RADBRUCH, G. 1999. *Introdução à ciência do direito*. São Paulo, Martins Fontes, 248 p.
- RODRIGUES, A.M. 1995. *A determinação da medida da pena privativa de liberdade*. Coimbra, Coimbra Editora, 736 p.
- ROXIN, C. 2004. La ciencia del derecho penal ante las tareas del futuro. In: F. MUÑOZ CONDE (coord.); A. ESER; W. HASSEMER; B. BURKHARDT (coord.), *La ciencia del derecho penal ante el nuevo milenio*. Valencia, Tirant Lo Blanch, p. 389-395.
- SEMINARA, S. 2004. La evolución del derecho penal del mercado financiero desde una perspectiva europea. In: S. MIR PUIG; M. CORCOY BIDASOLO (dir.); V.G. MARTÍN (coord.), *La política criminal en Europa*. Barcelona, Atelier Penal, p. 282-288.
- SILVA SÁNCHEZ, J.-M. 1996. Nuevas tendencias político-criminales y actividad jurisprudencial del Supremo Tribunal Español. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, **4**(15):46.

²³ O ser pessoa que existe, para seguir Kant (2007, p. 68-69), “[...] como fim em si mesmo, não só como meio para o uso arbitrário desta ou daquela vontade. Pelo contrário, em todas as suas acções, tanto nas que se dirigem a ele mesmo, como nas que se dirigem a outros seres racionais, ele tem sempre que ser considerado simultaneamente como fim” [...] “o imperativo prático será pois o seguinte: age de tal maneira que uses a humanidade, tanto na tua pessoa como na pessoa de qualquer outro, sempre e simultaneamente como fim e nunca simplesmente como meio”.

- SILVA SÁNCHEZ, J.-M. 2002. *A expansão do direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais*. São Paulo, RT, 154 p.
- SILVA SÁNCHEZ, J.-M. 1998a. Política criminal “moderna”? Consideraciones a partir del ejemplo de los delitos urbanísticos en el nuevo Código Penal Español. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, 6(23):10.
- SILVA SÁNCHEZ, J.-M. 1998b. El derecho penal ante la globalización y la integración supranacional. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, 6(24):67-80.
- SILVA SÁNCHEZ, J.-M. 1992. *Aproximación al derecho penal contemporáneo*. Barcelona, Bosch, 426 p.
- SILVA SÁNCHEZ, J.-M. 2007. Los indeseados como enemigos, la exclusión de seres humanos del *status personae*. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, p. 1-18. Disponível em: <http://criminnet.ugr.es/recpc>. Acesso em: 29/08/2007.
- SWAANINGEN, R.V. 2003. Controle do crime no século XXI: analisando uma nova realidade. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, 42:106.
- VON HIRSCH, A.; ASHWORTH, A. 1992. *Principled sentencing*. Boston, Northeastern University Press, 419 p.
- WACQUANT, L. 2001. *As prisões da miséria*. Rio de Janeiro, Jorge Zahar, 176 p.

Submetido: 11/05/2013
Aceito: 15/05/2013