

Boletim Científico

Escola Superior do Ministério Público da União

Seção III

Direito Penal e Liberdades Constitucionais

O direito penal como gestor último da exclusão social

Juarez Mercante*

Sumário: 1 O ser humano na teoria sistêmica. 2 O direito penal e os excluídos do sistema de mercado. 3 A nova gestão carcerária atuarial. 4 A modernização do direito penal.

1 O ser humano na teoria sistêmica

Para Luhmann, a sociedade é um sistema auto-referente e autopoietico composto de comunicações. Explica-se: ao largo da evolução temporal e da história, a sociedade constitui-se, progressivamente, em diferentes subsistemas sociais, tais como o direito, a economia, a política, a religião, a educação etc., cada qual fechado e auto-referente, possuindo um âmbito determinado de comunicações e de operação, que limitam o seu entorno e reduzem a complexidade de um modo especializado. Um dos traços importantes dessa concepção reside no fato de que a sociedade não está composta de seres humanos, mas tão-somente de comunicações. Os seres humanos – sistema auto-referente que tem na consciência e na linguagem seu próprio modo de operação autopoietica – não integrariam a sociedade, sendo apenas o seu entorno. Evidentemente, a sociedade supõe os homens, porém não de modo que estejam nela incluídos, senão como seu entorno. Isso obriga Luhmann a manter uma particular relação entre homem e sociedade, uma relação de

* Juarez Mercante é Procurador da República, mestre em Direito das Relações Sociais pela UFPR e professor de Direito Penal da UPF.

interpenetração e de observação, que alcança níveis de extrema complexidade. O sistema, em seu processo de diferenciação por subsistemas, adaptar-se-á ao entorno por seleção, diminuindo a complexidade deste e aumentando sua própria complexidade ao mesmo tempo por um processo de organização autopoietica – auto-referencialidade –, irreversível no tempo, no qual se deve reagir com velocidade, porque a impossibilidade da reprodução produz rapidamente a dissolução – entropia, caos – do sistema¹.

Para a maioria dos seus estudiosos, Luhmann não menospreza o ser humano ao supô-lo como entorno da sociedade. Em certa medida, sua teoria concede ao ser humano uma decisiva importância, porém afastada das concepções clássicas que vêem no homem um simples componente da sociedade, nela totalmente integrado. Na verdade, a ausência de referência antropológica do sujeito não equivale a um desinteressar-se de quanto componente humano existe na sociedade. Essa ausência, na sua teoria, funcionaria como uma espécie de ante-sala para delinear, de um modo radicalmente novo, sobre bases mais firmes, uma reivindicação do valor do sujeito humano. Reivindicação esta que, para Luhmann, o pensamento clássico realiza em uma sociedade menos evoluída que a nossa e que não pode manter-se na atual situação de sociedade, sob pena de cair em sentimentalismos vazios, carentes de qualquer fundamento.

Tais esclarecimentos, no entanto, não foram suficientes para aplacar a contundente oposição que a mencionada teoria de Luhmann sofreu do pensamento pós-moderno, capitaneada principalmente por aqueles que fazem a crítica da filosofia do sujeito, da subjetividade moderna, tendo sido acusada de assumir as funções legitimadoras – conservadoras – do poder, até então exercidas pela consciência positivista reinante. De acordo com os pós-modernos,

¹ LUHMANN, 1998.

o sistema – na definição que lhe deu Luhmann – nem sempre tem capacidade de responder ao aumento da complexidade do entorno (o que, como visto acima, dá-se mediante o aumento da sua própria complexidade, por adaptação orgânica). Essa não capacidade do sistema explicaria o crescente aparecimento do número de vítimas, de excluídos, de sujeitos negados, peça referencial da chamada práxis da libertação. Segundo Dussel, o sujeito aparece em toda a sua clareza nas crises dos sistemas, quando o entorno adquire uma tal complexidade que não pode mais ser controlado, simplificado. Surge, assim, em e ante os sistemas, nos diagramas do poder, nos lugares estandardizados de enunciação, imediatamente, pelas referidas situações críticas, o rosto do oprimido ou excluído, a vítima não-intencional, como efeito da lógica performativa do todo formal racionalizado, mostrando toda a sua irracionalidade a partir da vida negada². Bem se vê, pois, que essa censura dos pós-moder-nos está calcada em aspectos da realidade objetiva. Luhmann não teria contemplado na sua teoria as exigências da vida concreta, da vida real, do crescente número de vítimas que irrompe na história, cuja complexidade é superior à capacidade de resposta do sistema social. Para seus críticos, em resumo, Luhmann não soube como reintegrar esses sujeitos.

Essas considerações acerca da posição do ser humano na teoria sistêmica assumem especial relevância no contexto do chamado capitalismo informacional global, o qual, apesar de criar grandes benefícios para alguns, não tem sido capaz de aplacar o aumento das desigualdades sociais, da pobreza, da miséria e da exclusão social em todo o mundo. Segundo esse modelo, existem indivíduos sem qualquer função produtiva para o mercado, já que perderam seu valor como trabalhadores e consumidores e, como tal, não possuem qualquer importância: são os estigmatizados (negros, índios, imi-

² DUSSEL, 2002, p. 529.

grantes), os brutalizados (prostitutas, drogados, ex-presidiários), os ineficientes (enfermos, portadores de necessidades especiais, analfabetos), os problemáticos (sem-teto, sem-terra, vendedores informais) e os encarceráveis (menores infratores, assaltantes de rua). Tais pessoas são simplesmente ignoradas pelos fluxos de riqueza e de informação e, em última análise, privadas da infra-estrutura tecnológica básica que nos permite comunicar, inovar, produzir, consumir e, até mesmo, viver no mundo de hoje³. Essa situação perversa cresce à medida que o Estado social desaparece, incapaz de conceber e de implementar políticas reais de proteção e inclusão social. Em seu lugar, em vez da assunção do Estado democrático, organização que deveria reunir o singular aos outros homens, a eles semelhantes, para que, dessa união, a sociedade fosse recomposta não mais como um todo orgânico, mas como uma associação de indivíduos livres⁴, como foi a promessa, surge o Estado caritativo, organização que não se pauta pela solidariedade, mas pela compaixão, que não fortalece os laços sociais (nem reduz as desigualdades), só alivia a miséria mais gritante, que aplica a doutrina do *laissez-faire, laissez-passer* a montante, em relação às desigualdades sociais, mas mostra-se brutalmente paternalista a jusante, no momento em que se trata de administrar suas conseqüências⁵, tudo com um único objetivo: inercial, neutralizar os despossuídos contra uma eventual reação ao sistema de mercado.

2 O direito penal e os excluídos do sistema de mercado

O direito penal aparece, utilizando uma expressão que lhe é bastante cara, como *ultima ratio* desse quadro trágico, regulando as

³ CASTELLS, 2000, p. 99.

⁴ BOBBIO, 2000, p. 47.

⁵ WACQUANT, 2001, p. 20-21.

conseqüências perversas advindas da pobreza e da miséria. Converte-se em gestor último de um processo de exclusão prévio, realizado por outras instâncias de controle – sociais e estatais –, como a família, os serviços sociais, o direito administrativo, o direito civil etc. Não é por outra razão que, paradoxalmente, enquanto em todos os demais ramos do direito positivo presencia-se um afastamento do Estado, mediante processos de desregulamentação, deslegalização e desconstitucionalização, eliminando os entraves que impedem as condições de competitividade sistêmica, no direito penal observa-se exatamente o contrário, ou seja, uma ampliação da sua presença. As palavras de ordem ditadas pelo sistema econômico atual são absentéismo, nas áreas de livre mercado, e rígida intervenção quando a tranqüilidade do mercado assim exigir. Segundo essa tendência, o modelo de controle que se impõe é o de exclusão daquela parte da população que não tem nenhuma função no modelo produtivo, daquela parte da população (multidão) que nunca mais reingressará na produção e, por conseqüência, no mercado consumidor. Esses rebotalhos do mercado devem ser simplesmente armazenados, confinados, encarcerados, uma vez que se transmudam em fonte geradora de risco à preservação do seu sistema.

Essa utilização do direito penal para mortificação da miséria contribui para embaralhar a distinção entre o verdadeiro crime e os comportamentos que são apenas incômodos e chocantes⁶. Contrastando com a fácil criminalização de fatos disfuncionais ao sistema de produção e distribuição de riquezas e poder, há uma grande dificuldade de serem criminalizados certos fatos delitivos que são a ele funcionais⁷. As próprias categorias denominadas “direito subjetivo” e sua sucessora “bem jurídico”, base teórica sobre a qual repousa a justificação para a intervenção penal, desen-

⁶ IRWIN, 1984, p. 111-118, apud WACQUANT, 2001, p. 37.

⁷ ANDRÉS IBÁÑEZ, 1979, p. 19, apud TOLEDO Y UBIETO, 1990, p. 21.

volveram-se no interior de uma visão eminentemente burguesa de sociedade, sendo utilizadas para a tutela dos valores que eram funcionais aos seus interesses privados, jamais para a tutela de direitos ou interesses antagônicos. Esse fenômeno ocorre porque o sistema penal, como um todo, notabiliza-se por ocultar as complexidades e contradições do mundo real vividas pelas pessoas, escamoteando o significado das relações estruturais estabelecidas entre elas⁸. Qualquer poder, já disse Foucault, só é tolerável com a condição de disfarçar uma parte importante de si mesmo. Seu êxito está na proporção direta de como consegue esconder parte de seus mecanismos. Para o poder, o oculto não pertence à ordem do abuso, é indispensável para seu funcionamento⁹.

Diversas concepções teóricas surgiram nos últimos anos como resultado dessa endemicidade do direito penal ao modelo social excludente. A mais conhecida denomina-se “tolerância zero”, modelo de controle social surgido nos Estados Unidos, com referência especial à cidade de Nova York, cuja principal característica é justamente uma agressiva persecução à criminalidade decorrente das disfunções sociais, como a mendicância, o consumo de drogas e álcool, a prostituição etc. Segundo os aportes dessa teoria, a pequena criminalidade fomentaria a delinqüência violenta grave ao transmitir a sensação de que a sociedade estaria descontrolada. Assim, a melhor forma de luta contra as grandes patologias criminais con-

⁸ Enfocando a delinqüência econômica, García-Pablos de Molina (1984, p. 185) aborda essa questão da seguinte forma: “Es interesante observar como precisamente en él ámbito económico y de las finanzas se encuentran argumentos y lemas para propiciar una actitud pública de comprensión hacia el delincuente, degradando la trascendencia de su infracción, justificándola, desviando el interés colectivo hacia otros delitos ‘prioritarios’ y explotando su ‘buena imagen’. Es lo que sucede, por ejemplo, cuando se argumenta que el ‘supuesto crimen’ es tan solo una infracción ‘administrativa’ o ‘fiscal’, pero no penal; una mera ‘irregularidad’ formal; una conducta castigada por razones ‘circunstanciales’, cambiantes, pero no intrínsecamente mala”.

⁹ FOUCAULT, 2005b, p. 83.

siste na perseguição severa das pequenas desordens cotidianas. O delito passa a ser considerado como um problema de indisciplina, um assunto de “indivíduos malvados”, de “personalidades anti-sociais” que devem ser dissuadidas e merecem ser castigadas¹⁰.

Outra dessas concepções teóricas, reintroduzida por Günther Jakobs após os atentados de 11 de setembro de 2001, denomina-se “direito penal do inimigo”. Trata-se de um discurso doutrinal e político-criminal que nega a condição de pessoas a determinados indivíduos, àqueles

[...] que en su actitud [...], en su vida económica [...] o mediante su incorporación a una organización [...] se han apartado probablemente de manera duradera, al menos de modo decidido, del Derecho, es decir, que no prestan la garantía cognitiva mínima que es necesaria para el tratamiento como persona¹¹,

a saber: terroristas, traficantes, imigrantes, mafiosos, reincidentes, delinquentes sexuais violentos. Considerando-se, porém, o uso que se tem feito do direito penal nas atuais sociedades ocidentais, bem como o inevitável e gradual contágio da “legislação normal” por aquela tida como de exceção¹², parece certo afirmar que a esse catálogo de “inimigos” candidatar-se-ão todos aqueles que não possuem voz, os “etiquetados”, os “estigmatizados”, exatamente por não terem a condição – concreta – de pessoas. Isso fica mais evidente ao recordarmos que o tratamento penal diferenciado aos

¹⁰ GARLAND, 2001, p. 177-178.

¹¹ JAKOBS, 2003, p. 40.

¹² O próprio Jakobs (2003, p. 21-22) já tratou de esclarecer que o “direito penal do inimigo” e o “direito penal do cidadão” não podem ser contrapostos como esferas isoladas do direito penal, como tipos ideais, mas, sim, como dois pólos de um mesmo mundo, como duas tendências opostas em um mesmo contexto jurídico penal, já que “[...] es perfectamente posible que estas tendencias se superpongan, es decir, que se solapen aquellas conducentes a tratar al autor como persona y aquellas otras dirigidas a tratarlo como fuente de peligro o como medio para intimidar a otros”.

chamados “inimigos” é uma constante histórica, bastando lembrar os “dissidentes” dos regimes políticos totalitários, de recente presença – e triste lembrança – nos países latino-americanos.

Embora tenha afirmado que as conseqüências que possam advir da diferenciação entre os sistemas psíquicos e sociais e o sistema jurídico encontram-se a uma enorme distância com respeito ao direito penal¹³, é patente que a construção de semelhante concepção teórica e de conceitos como “inimigo”, “não-cidadão”, só são possíveis em Jakobs em razão da adoção do modelo sistêmico elaborado por Luhmann, o qual acabou por romper definitivamente com as premissas da tradição humanista ao considerar que o ser humano não é parte da sociedade. E tal como em Luhmann, o momento crítico, a consciência crítica reclamada pelos pós-modernos (reintrodução dos excluídos, em vez da sua inocuidade) também é impossível em Jakobs, isso porque ambos compreendem o sistema social sob a ótica do paradigma da consciência (tardia que seja) e a partir de uma racionalidade instrumental. Por exigências metódicas de análise (de funcionalidade), abstrai-se – no sentido de não importar – o “sujeito concreto” do sistema social. Sob o ponto de vista da inteligibilidade, essa abstração pode até ser tida como correta e necessária. É que, dada à racionalidade formal dos sistemas autopoieticamente concebidos, toda intervenção do sujeito seria considerada uma ameaça à sua própria saúde, pois a auto-reflexão – atividade do sujeito – poderia redundar em uma interferência noética, acarretando a própria negação/eliminação desses sistemas. Os sistemas formais, portanto, não podem levar em conta a vida concreta dos sujeitos reais. Esses sistemas têm a vida (dimensão biológica, naturalista) como condição, mas não como critério material e princípio ético.

¹³ JAKOBS, 2000, p. 16.

3 A nova gestão carcerária atuarial

Dentre as explicações para o aparecimento e a perseverança dessas concepções teóricas, tem-se dito que se tratam de manifestações de um fenômeno maior, porém ainda pouco perceptível, cujo curso iniciou-se há poucos anos: a substituição gradual do modelo de controle social penal que se convencionou chamar de “ressocializador” por um outro modelo dotado de feições mais repressivas, próximo da retribuição e da prevenção especial negativa. Em vez do recuperar, do reintegrar, do ressocializar, está-se a direcionar o instrumental penal, com certa primazia, para o intimidar, o neutralizar, o inocuizar. Trata-se de uma reedição do processo verificado na Europa entre os séculos XVII e XVIII que foi tão bem definido por Foucault como o “grande internamento” daqueles que perturbavam, daqueles que incomodavam, fossem eles loucos, pobres ou criminosos¹⁴. Configura-se, mais do que qualquer outra coisa, segundo De Giorgi, “como uma tentativa de definir um espaço de contenção, de traçar um perímetro material ou imaterial em torno das populações que são ‘excedentes’, seja a nível global, seja a nível metropolitano, em relação ao sistema de produção vigente”¹⁵. Esse fenômeno, como já parece permitido afirmar, deve-se a uma mudança profunda das crenças e formas de vida da sociedade moderna¹⁶. A mais cruel e perversa, se levado em conta o tema aqui proposto, é aquela ditada pela mesma racionalidade que atualmente domina o mercado: o privilegiamento do individualismo, das políticas anti-sociais e, atrelado a isto, a fixação da idéia de que os delinquentes já não merecem ajuda para serem definitivamente reintegrados, a idéia de que a sociedade não está mais disposta a bancar os “custos” dos programas de ressocialização, cujos frutos

¹⁴ FOUCAULT, 2005a, p. 45-78.

¹⁵ DE GIORGI, 2006, p. 28.

¹⁶ GARLAND, 2001, p. 6-20.

seriam escassos, a assumir como suas as causas da delinquência, desenvolvendo iniciativas dirigidas a eliminar a exclusão social de certos cidadãos¹⁷. Se outrora o Estado do bem-estar subscrevia os custos sociais e humanos, os “pecados” da economia capitalista e da competição de mercado, agora deve transferir o pagamento para as próprias vítimas, presentes e futuras¹⁸.

A lógica dessas mudanças é simples: essas pessoas sem função, esses “inimigos”, esses “estranhos”, constituem-se nos próprios “demônios interiores” da sociedade atual, daí a tentativa de exorcizá-los não mais por meio das dispendiosas instituições de bem-estar, dos dispositivos de previdência coletiva, mas sim por prisões e fornecimento de donativos individuais. Bauman esclarece que cada sociedade, segundo suas próprias medidas (tipo de ordem que se esforça em ser), gera fantasias dos perigos que ameaçam a sua identidade. Assim, insegura da sobrevivência da sua ordem, a sociedade desenvolve a mentalidade de uma fortaleza sitiada. Mas os inimigos que lhe bloquearam os muros são os seus próprios “demônios interiores”, ou seja, os medos reprimidos e circundantes que lhe permeiam a vida diária e a normalidade, os quais devem ser dominados, extraídos do cotidiano e moldados em um corpo estranho, um inimigo tangível com que se possa lutar, e lutar novamente, e lutar até sob a esperança de vencer, a fim de permitir que a realidade seja algo suportável¹⁹. Outrora, os “inimigos” eram todos aqueles que tentavam substituir a ordem existente, administrada pelo Estado; o “demônio interior” era a tendência autodestrutiva do próprio esforço legislativo do Estado. Hoje, os medos relacionados com a precariedade da ordem deixaram de se concentrar no Estado, já que não preside mais a reprodução da ordem sistêmica, tendo deixado

¹⁷ Díez Ripollés, 2004, p. 17.

¹⁸ Bauman, 1998, p. 52.

¹⁹ Ibidem, p. 52-53.

tal tarefa para as forças de mercado desregulamentadas²⁰. Na modernidade recente, a “frustração da demanda expressiva” juntamente com a “privação relativa no mundo material” tornaram-se as principais fontes de tensão do sistema e, por conseqüência, fontes poderosas de desvio²¹. Os atuais demônios interiores são, portanto, os chamados consumidores falhos, os deserdados da sociedade de mercado, aqueles que foram levados – seduzidos – a desejar, sem ter ou reunir as mínimas condições para satisfazer seus desejos. Primeiro, incentivou-se racionalmente o aparecimento desses consumidores e, agora, não se sabe o que fazer com aqueles que se frustraram, senão colocá-los para fora do jogo. Paradoxalmente, também nada é feito para interromper a produção de novos consumidores falhos, uma vez que são necessários para mostrar àqueles que seguem no jogo os tormentos da outra única alternativa (estigmatização, isolamento, incriminação, severidade dos castigos), incentivando-os, com isso, a suportar as agruras e tensões geradas pela “vida vivida” como jogo²². Em resumo: exorcizam-se os demônios interiores com técnicas de *manage* atuarial, sem a pretensão de eliminá-los por completo, mas apenas a de minimizar seus danos ao menor custo possível, mantendo-os a uma distância sacramentada, fixando-os numa exaltação inversa, para falar como Foucault.

Na tentativa de correção das inseguranças ontológicas e subjetivas da sua ordem, além de declarar (no sentido de estereotipar) e depois excluir grupos sem importância, a sociedade tende ainda a ressuscitar valores do passado, a adotar discursos consubstanciados na volta ao básico, no retorno ao essencial, relegando por completo sua atual complexidade. Por isso, é possível afirmar que as concepções teóricas acima aduzidas (tolerância zero, direito penal do inimigo)

²⁰ BAUMAN, 1998, p. 53.

²¹ YOUNG, 2002, p. 29.

²² BAUMAN, 1998, p. 57.

são também expressões próprias de um refluxo à criminalidade clássica, causada, dentre outros motivos, por uma atitude contemporizadora da doutrina ante os obstáculos surgidos na persecução da delinqüência moderna²³. Aliás, grande parte dos operadores jurídicos hoje sequer é capaz de associar delinqüência com outro tipo de pessoa que não seja os marginais da sociedade, com aqueles “eternos hóspedes” dos sistemas carcerários, não obstante “a ingenuidade ocasional de um ou outro magistrado que, tomando ao pé da letra a forma do direito, tentou enviar para a prisão, nesse meio tempo, hóspedes por assim dizer ‘inesperados’ [...]”²⁴. Em vez de procurar racionalizar, com os instrumentos dogmáticos disponíveis, as possíveis respostas às formas modernas de criminalidade, mormente aquela relacionada ao crime organizado e ao colarinho branco, acomoda-se a doutrina em um pseudo-rigorismo científico sem qualquer base ou nexos com a atual realidade histórica, calcado na tese de que ao direito penal deve ser reservado um “núcleo duro”, coincidentemente aquele formado pelos comportamentos ditados, na sua essência, pela pobreza e pelas condições sociopáticas a ela relacionadas, a saber: assaltos de rua, seqüestros-relâmpago, furtos nos supermercados e residências, invasões de propriedade privada, delinqüência juvenil, pequenas degradações ambientais, rebeliões nos estabelecimentos prisionais etc. Simultaneamente, apregoa-se um utópico retorno ao direito penal liberal, esquecendo-se que se tratava sobretudo de um direito que servia a uma determinada classe social, que não se voltava nunca contra os grandes, nem no plano econômico, nem no plano político, dominado como era da idéia segundo a qual os pequenos se enforcam e os grandes se deixam passar (*i piccoli siano impiccati, i grandi siano lasciati andare*)²⁵. Tudo isso acompanhado de diferentes enunciados

²³ BAUMAN, 1998, p. 7.

²⁴ Conforme Dario Melossi (prefácio do livro *A miséria governada através do sistema penal*, de Alessandro De Giorgi).

²⁵ LÜDERSSEN, 2005, p. 104.

discursivos para barrar as políticas favoráveis à expansão do direito penal na direção dos novos e modernos espaços, dentre os quais se destacam: I) as entidades aí protegidas não estariam compreendidas no conceito de “bem jurídico-penal”, próprio de um pequeno círculo de interesses primários, palpáveis, concretos e delimitáveis, estreitamente relacionados ao desenvolvimento da personalidade humana e à idéia da existência de “vítimas de carne e osso”²⁶; II) para a ofensa aos bens denominados de “transindividuais” (institucionais, coletivos, difusos), seria mais apropriado a utilização de outros meios de controle social não-jurídicos (o “mercado” e o “próprio cuidado da vítima”, por exemplo), bem como novas formas de controle estatal, como o direito administrativo, o direito de intervenção etc.²⁷; III) se o direito penal for utilizado para a proteção desses bens, as tradicionais garantias liberais do Estado de Direito serão liquidadas, ao menos relativizadas, dentre as quais o próprio princípio da exclusiva proteção de bens jurídicos, dado que não se trata de concretos “bens jurídico-penais”, mas sim de vagas e indeterminadas “funções” (proteção de instituições, de modelos de organização social, de unidades funcionais de valor etc.).

4 A modernização do direito penal

Esses enunciados, gestados principalmente a partir da Escola Penal de Frankfurt e amplamente dominantes no meio acadêmico, inclusive nos países ocidentais ditos periféricos, começaram a ser

²⁶ Esse enunciado está, particularmente, presente nas obras de Wilfried Hassemer (1993; 1998, p. 37-41; 1994, p. 41-51; 1998, p. 25-30).

²⁷ Segundo as palavras do próprio Hassemer (1992, p. 236-249): “De mayor importancia es que el Derecho Penal se despoje de problemas que ha entrado en época reciente. El Derecho de las contravenciones, el derecho civil, el derecho administrativo, pero también el *mercado y el propio cuidado de la víctima* son ámbitos a los cuales se podrían desplazar muchos de los problemas que han sido asumidos por el Derecho Penal y que harían mejor quedándose fuera”.

refutados, em especial por serem incapazes de se adaptar às recentes mudanças político-criminais, como também por ignorarem as diferenças existentes entre os vários movimentos que proclamam a expansão qualitativa e a modernização do direito penal. Para Bernd Schünemann, quiçá o maior crítico dos penalistas de Frankfurt, a postura de se criar trincheiras contra a modernização do direito penal revela-se inadequada, pois “a indiscutível modernização da sociedade também abarca naturalmente a conduta desviada, o que levaria a uma modernização da criminalidade e, com isto, a uma irrecusável e correspondente modernização do direito penal”²⁸. Uma das alternativas propostas para o direito penal do presente adquirir a condição de “moderno”, distinguindo-se do “direito penal liberal”, por muitos chamado de “clássico”, passa pelo reconhecimento da existência e da importância dos bens jurídico-penais transindividuais (macroconceito que alberga todos aqueles bens jurídicos que se caracterizaram por não serem individuais). Embora conhecidos há muito tempo²⁹, são bens cuja existência encontra-se estreitamente vinculada a fenômenos relativamente recentes, dentre os quais se destacam: o “Estado social e democrático de direito”, a “globalização” e a “sociedade de risco”, denominações estas representativas da atual evolução das estruturas socioestatais e dos sistemas econômicos e tecnológicos. Trata-se de bens dotados de feições mais solidaristas, que escapam à tradição eminentemente liberal, inserindo o indivíduo numa dimensão comunitária, garantindo-lhe condições para poder ostentar papel participativo nas ações sociais. Sua proteção pelo direito penal revela-se tanto digna quanto necessária, visto que encontra res-

²⁸ Conforme Bernd Schünemann (apresentação do livro *Prolegómenos para la lucha por la modernización y expansión del derecho penal y para la crítica del discurso de resistencia*, de Luis Gracia Martín).

²⁹ Os “bens jurídicos” de Birnbaum eram situações fáticas permeadas de valor que pertenciam tanto a uma pessoa determinada quanto a toda a coletividade.

sonância legitimadora na atual realidade sociocultural ou, como preferem os constitucionalistas, na ordem axiológica constitucional relativa aos direitos sociais, econômicos, culturais e ecológicos³⁰ – particularmente visíveis na Constituição brasileira –; bem como porque, desde uma visão global e integradora dos diferentes instrumentos jurídico-positivos que coadjuvam a conformar uma coerente e sólida política criminal, pode-se afirmar que aqueles mecanismos chamados a intervir antes do direito penal ainda se revelam insuficientes e ineficazes para tanto.

Nesse particular, não se encontra no direito administrativo ou na sua fórmula aperfeiçoada, chamada por Hassemer de “direito de intervenção”, uma saída totalmente adequada para a proteção dos bens transindividuais. As dificuldades de persecução e de determinação do objeto de proteção seriam as mesmas, com o inconveniente de se estar enfrentando condutas altamente danosas às pessoas e à sociedade com um “direito” que ainda não tem seu instrumental e suas estruturas suficientemente conhecidas e testadas e que, ademais, será menos garantístico que o próprio direito penal. “Subtrair à tutela penal precisamente as condutas mais gravosas à sociedade e pensar que o sancionamento das ofensas *hoc sensu* inadmissíveis possa ser atribuído a sanções administrativas” seria, conforme Figueiredo Dias, uma “burla de etiquetas”, um “pôr o princípio jurídico-penal de subsidiariedade ou de *ultima ratio* de pernas para o ar”³¹. Para bem ilustrar essa situação, imagine-se alguns atos que hoje são tidos – tipificados – como graves crimes econômicos (colarinho branco, lavagem de dinheiro sujo, evasão fiscal) ou como graves crimes ambientais (reiterados derramamentos de óleo nos rios e oceanos) sendo totalmente relegados à análise do direito administrativo. Além de banalizar fatos altamente danosos e evitar

³⁰ DIAS, 2001, p. 58.

³¹ *Ibidem*, p. 49-50.

aos agentes infratores qualquer impacto traumático com a justiça penal – uma menor ingerência na esfera pessoal dos autores desses ilícitos, aliás, parece ser a única vantagem do “direito de intervenção” proposto por Hassemer –, essa transferência significaria dupla lesão à sociedade. Num primeiro momento, os cidadãos seriam chamados a suportar diretamente as conseqüências dos mencionados atos criminosos, para, depois, serem chamados a satisfazer indiretamente as sanções aplicadas aos infratores. Isso ocorrerá porque, se, diante dos mencionados eventos danosos, optar o operador do direito administrativo pela aplicação de uma “multa” – que pode até ser expressiva, se a administração pública não for corrupta³² –, não será essa satisfeita pela pessoa física do dirigente, mas sim pela empresa em nome da qual e em cujo interesse ele agiu. Assim, não é preciso nenhum esforço para imaginar que esse “custo do negócio” será posteriormente transferido à sociedade – aos consumidores – por meio de um aumento de preços nos produtos ou serviços ofertados pela empresa infratora. Se a sanção administrativa for ainda mais rigorosa, com a “interdição do negócio”, por exemplo, maiores ainda serão os efeitos a serem suportados pela sociedade, a qual será chamada a responder pelo passivo da empresa infratora, já por certo bem maior do que seus ativos³³.

Além da constituição de novos objetos de proteção, a moder-

³² Segundo Silva Sánchez (2002, p. 61), “[...] no que se refere ao Direito Administrativo, o recurso ao princípio de oportunidade, ao que se vem somando a incontrolável burocratização e, sobretudo, a corrupção, se perde em meio a um crescente descrédito em relação aos instrumentos de proteção específicos desse setor (sejam preventivos, sejam punitivos). Desconfia-se – com maior ou menor razão, de acordo com as situações – das Administrações Públicas nas quais se verifica uma tendência a buscar, mais do que meios de proteção, cúmplices de delitos socioeconômicos de várias espécies”.

³³ Já a sanção criminal, conforme Filippo Sgubbi (1975, p. 460), “data la sua non assimilabilità ai costi di produzione, non può essere assorbita e trattata allà luce di quelle regole economiche que governano questi: non potrà essere coperta da interventi assicurativi, non potrà essere trasferita sui consumatori, e così via”.

nização do direito penal dar-se-á quando forem incorporadas ao seu discurso todas as formas de criminalidade, inclusive aquela oriunda da chamada “classe poderosa”, cujos integrantes têm sido capazes de iludir a persecução penal (em todos os seus níveis) mediante assessoramento técnico somente acessível a pessoas com seu nível econômico e respaldo político, que explora de maneira abusiva algumas garantias e princípios liberais do direito e do processo penal, até mesmo por apresentarem definições altamente fluídicas, como é o caso, por exemplo, do princípio da intervenção mínima. Segundo afirma Díez Ripollés, é preciso abandonar a argumentação do mero terreno dos princípios e descer a discursos nos quais as alternativas defendidas estão mais bem apoiadas em dados empírico-sociais, retomando com decisão os esforços a favor de uma modernização do direito penal, isto é, de uma ampliação da intervenção penal a âmbitos socioeconômicos e de interesse comunitário até há pouco considerados alheios à política criminal. O caráter essencial dos interesses protegidos e a exigência constitucional de igualdade no trato de todos os cidadãos, completa Díez Ripollés, obrigam a incorporar a criminalidade dos poderosos ao acervo das condutas, objeto de consideração do direito penal. Há de liberá-lo do estigma de ser o direito dos pobres e há de assegurar que cumpra realmente sua função, a de ser um direito orientado a salvaguarda dos pressupostos essenciais para a convivência das pessoas^{34 e 35}. Não se trata, portanto, como já

³⁴ Díez RIPOLLÉS, 2004, p. 32.

³⁵ Bauman (Über die notwendigen Veränderungen im Bereich des Vermögensschutzes, 1972; ou em *Strafrecht im Umbruch*, Luchterhand, Neuwied y Darmstadt, 1977, p. 55), como um dos idealizadores dessa proposta, afirma que “non sarà un compito facile penalizzare finalmente nell’ambito del diritto penale condotte socialmente dannose, che sconvolgono la comunità più intensamente del furterello de un borseggiatore. Ma questo compito va assolto. *Il codice penale non può più essere un codice per i poveri e per gli stupidi*, ai quali non viene in mente nulla di meglio che infilare goffamente lê mani nelle tasche del prossimo” (apud MOCCIA, 1995, p. 348) [o destaque não está no original].

se anteciparam a afirmar alguns autores de Frankfurt³⁶ com ressonância no Brasil, de uma simples “troca de inimigo” (do “excluído” para o “poderoso”), mas sim de aloca-los com igualdade perante o direito penal. Isso implica, dentre outras medidas, o fim das chamadas “seletividade” e “especialização” (de agentes, de condutas ou de foros), as quais são concebidas sob o discurso do aperfeiçoamento da persecução criminal, mas na prática acabam quase sempre se revelando privilégios não reconduzíveis a todas as pessoas.

Poder-se-ia objetar que esse direito penal moderno, calcado substancialmente na constituição de novos objetos de proteção e numa mudança de perspectiva para determinada classe social, infringiria o conceito de Estado de Direito, bem como iria de encontro a certos princípios fundamentais do direito penal liberal. Ocorre que, entre as garantias liberais e o conceito de Estado de Direito, não se deve estabelecer nenhuma relação de causalidade e de reciprocidade absoluta. Como lembra Gracia Martín, com amparo em Nietzsche, tanto o Estado de Direito como as garantias políticas e penais são entidades que não possuem origem (enquanto continuidade metafísica), não são produtos de nenhuma evolução natural, mas, sim, conceitos inventados (enquanto ruptura histórica)³⁷. Assim, entre Estado de Direito e garantias penais liberais somente é possível formar uma síntese *a posteriori*, cuja validade dependerá absolutamente da permanência das condições históricas de sua possibilidade. Na atualidade, segundo ainda Gracia Martín, já não se dão em absoluto essas condições, senão outras que unicamente podem dar lugar a uma compreensão social e democrática das garantias políticas e penais do Estado de Direito³⁸. Desse modo, todos os bens, todos os enunciados, proposições e instrumentos

³⁶ Nesse sentido, PRITWITZ, 2004, p. 44.

³⁷ GRACIA MARTÍN, 2003, p. 207.

³⁸ *Ibidem*, p. 208.

dogmáticos e político-criminais do direito penal devem estar de acordo com as garantias políticas do Estado social e democrático de direito e não com as garantias políticas e penais do Estado liberal (cujo discurso funcionava para as classes subalternas apenas de modo formal, já que, materialmente, atuavam como instrumentos de classificação, disciplina e repressão). Como no Estado social e democrático de direito as garantias penais devem ser interpretadas plenas de conteúdos materiais de igualdade e de justiça social, não há como desqualificar a expansão qualitativa e, por consequência, a modernização do direito penal. Sob as diferentes e sucessivas ordens sociais e constitucionais, enfim, não se podem ter as garantias individualistas presentes no sistema e no ordenamento penal como algo plenamente realizado, mas sim como algo em construção, como um ideal a ser perseguido, o que não se coaduna com as propostas de uma volta ao velho direito penal liberal.

Nesse sentido, se tomado o princípio da exclusiva tutela de bens jurídico-penais, hoje é possível também entendê-lo como critério para exigir a intervenção do direito penal, e não somente como instância limitadora dessa intervenção, como aconteceu na sua gênese. Cumpre, pois, não somente uma função conservadora, mas também uma função propulsora, convertendo-se em uma entidade dinâmica que não se esgota na cristalização de situações e relações existentes. Para a norma penal, o bem jurídico não é somente um ponto de partida, pode representar também uma meta, um ponto de chegada³⁹. Se essas duas funções axiológicas forem

³⁹ O próprio Hassemer (2007, p. 194-195), embora sem defendê-la, aponta essa característica do “direito penal moderno”: “A proteção do bem jurídico torna-se, no direito penal moderno, de um conceito negativo para um conceito positivo da incriminação. O que foi formulado classicamente como crítica ao legislador, o qual não poderia se reportar à proteção de um bem jurídico, torna-se, a partir de agora, em um apelo a ele, legislador, para que este imponha uma pena a determinados tipos de comportamento. Com isso, o princípio da proteção do bem jurídico se

observadas, aberta estará a possibilidade de uma revisão crítica da norma sancionadora, como de todo o ordenamento penal, em um duplo processo de discriminação de certas condutas cujo tratamento penal perdeu vigência social e, por outra parte, de incriminação de outras condutas que, dentro da dinâmica do processo social, necessitam de tratamento penal. De qualquer sorte, ao haver a formulação de novos bens jurídico-penais, especialmente quando dotados de feições não individuais, entende-se ser absolutamente necessário um contínuo esforço de concreção, delimitando mais precisamente possível os seus contornos. É consenso impor-se uma compatibilidade adequada entre a descrição empírica das realidades sociais merecedoras de proteção jurídica penal com uma delimitação conceitual aceitável, nos estritos termos da dogmática penal. A elaboração de um conceito de lesão material ou danosidade dos bens transindividuais, cumprindo as exigências dogmáticas, permitiria substituir, em um bom número de casos, as muitas questionáveis estruturas típicas de perigo (hoje tão generalizadas em relação com esses objetos de tutela) por outras mais garantísticas de resultado material.

Referências

BAUMAN, Zygmunt. *O mal-estar da pós-modernidade*. Rio de Janeiro: J. Zahar, 1998. 267 p.

BOBBIO, Norberto. *Liberalismo e democracia*. São Paulo: Brasiliense, 2000. 100 p.

CASTELLS, Manuel. *Fim de milênio – A era da informação: economia, sociedade e cultura*. São Paulo: Paz e Terra, 2000.

modifica totalmente [...] se transforma de uma proibição condicionada de punição para um mandamento de punição, de um critério negativo para um critério positivo de uma incriminação mais correta”.

DE GIORGI, Alessandro. *A miséria governada através do sistema penal*. Rio de Janeiro: Revan, 2006. 128 p.

DIAS, Jorge de Figueiredo. O direito penal entre a “sociedade industrial” e a “sociedade de risco”. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 9, n. 33, p. 39-65, jan./mar. 2001.

DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. El nuevo modelo penal de la seguridad ciudadana. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, n. 06-03, 2004. Disponível em: <<http://criminet.ugr.es/recpc/06/recpc06-03.pdf>> Acesso em: 23 out. 2006.

DUSSEL, Enrique. *Ética da libertação: na idade da globalização e da exclusão*. Petrópolis: Vozes, 2002. 671 p.

FOUCAULT, Michel. *História da loucura*. 8. ed. São Paulo: Perspectiva, 2005a. 543 p.

———. *História da sexualidade*. 16. ed. São Paulo: Graal, 2005b. t. 1. 152 p.

GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio. *Problemas actuales de la criminología*. Madrid: Publicaciones del Instituto de Criminología de la Universidad Complutense de Madrid, 1984.

GARLAND, David. *La cultura del control: crimen y orden social em la sociedad contemporanea*. Barcelona: Gedisa, 2001. 461 p.

GRACIA MARTÍN, Luis. *Prolegómenos para la lucha por la modernización y expansión del derecho penal y para la crítica del discurso de resistencia*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2003. 219 p.

HASSEMER, Winfried. Perspectivas de uma moderna política criminal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 2, n. 8, p. 41-51, out./dez. 1994.

HASSEMER, Winfried. Perspectivas del derecho penal futuro. *Revista Penal*, Universidades de Huelva, Salamanca y Castilla-La Mancha: Praxis, ano 1, n. 1, p. 37-41, 1998.

_____. Rasgos y crisis del derecho penal moderno. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Madrid: Ministerio de Justicia, t. 45, fasc. 1, p. 236-249, ene./abr. 1992.

_____. *Três temas de direito penal*. Porto Alegre: AMP/Escola Superior do Ministério Público, 1993.

_____. Limites del estado de derecho para el combate contra la criminalidad organizada. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 23, p. 25-30, jul./set. 1998.

_____. *Direito penal libertário*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. 244 p.

IRWIN, John. The jail: managing the underclass. Apud WACQUANT, Loïc. *Punir os pobres: a nova gestão da miséria nos Estados Unidos*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2001.

JAKOBS, Günther. *Sociedad, norma y persona en una teoría de un derecho penal funcional*. Madrid: Civitas, 2000. 85 p.

JAKOBS, G.; MELIÁ, M. C. *Derecho penal del enemigo*. Madrid: Civitas, 2003. 102 p.

LÜDERSSEN, Klaus. *Il declino del diritto penale*. Milano: Giuffrè, 2005. 164 p.

LUHMANN, Niklas. *Sistemas sociales: lineamentos para una teoría general*. Barcelona: Anthropos, 1998. 445 p.

MOCCIA, Sergio. Dalla tutela di beni allà tutela di funzioni: tra illusioni postmoderne e riflussi illiberali. *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, Milano: Giuffrè, v. 38, n. 2, p. 343-374, apr./giug. 1995.

PRITTWITZ, Cornelius. O direito penal entre direito penal do risco e direito penal do inimigo: tendências atuais em direito penal e política criminal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 47, p. 31-45, mar./abr. 2004.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *A expansão do direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. 154 p.

SGUBBI, Filippo. Tutela penale di “interessi difusi”. *La questione criminale*. [S.l.]: [s.n.], 1975. p. 439-481.

TOLEDO Y UBIETO, Emilio Octavio. Función y límites del principio de exclusiva protección de bienes jurídicos. *Anuario de Derecho Penal e Ciencias Penales*, Madrid, t. 43, fasc. 1, p. 5-27, ene./abr. 1990.

WACQUANT, Loïc. *Punir os pobres: a nova gestão da miséria nos Estados Unidos*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2001. 160 p.

YOUNG, Jock. *A sociedade excludente: exclusão social, criminalidade e diferença na modernidade recente*. Rio de Janeiro: Revan, 2002. 314 p.