

NOVA FEIÇÃO DO DIREITO PENAL

ROGÉRIO FELIPETO

Promotor de Justiça do Estado de Minas Gerais

SUMÁRIO: 1 Introdução – 2 Contexto mundial – 3 O reflexo no direito penal – 3.1 Criminalidade, capitalismo e resposta penal – 3.2 Balizas para a intervenção penal – 4 Conclusão

1 Introdução

O presente trabalho constitui pequeno estudo sobre a influência que a nova ordem mundial tem imposto ao Direito Penal. Para tanto, procede-se a confronto histórico da evolução do quadro econômico mundial no final do século passado com a transição que se realiza no presente momento, abordando-se a transformação experimentada pelos meios de produção e os seus reflexos na produção de riqueza, empenho de mão-de-obra e relações entre os países.

Diante dessas mudanças, procura-se vincular a influência que o mundo econômico exerce sobre a vida cotidiana, notadamente sob a perspectiva do Direito Penal, com o surgimento de novas manifestações criminais, bem como com o aguçamento daquelas práticas ilícitas existentes, quer sob o prisma da intensidade dos delitos, quer sob o prisma da qualidade criminal surgida.

Diante disso, aparecem as respostas apresentadas pelo Direito Penal, instigado que é como instrumento de controle social. Essas respostas, antagônicas entre si, interagem e exigem do operador do Direito um posicionamento lúcido e coerente. O cerne dessas respostas pode ser resumido no confronto da teoria da Ciência Penal com a realidade prática do que a sociedade reclama. A conciliação entre ambas é tarefa ingrata, mas talvez se apresente como solução de longo prazo, como medida garantidora do bem-estar social e concretizadora da evolução da Ciência Penal.

Portanto, este estudo objetiva o enfoque dessa nova realidade, seus instrumentos, instigando o senso crítico, com vistas a proporcionar uma tomada de posicionamento fundamentado.

2 O contexto mundial

O final do século 20 e o início do século 21 foram e estão sendo marcados por grandes transformações no mundo. Houve sensível alteração do modelo

econômico então vigente, colocando-nos diante de uma denominada nova ordem mundial. Tivemos transformações de monta, resultantes das atuais relações econômicas, que por sua vez, proporcionam, também, a alteração do modelo sociopolítico.

As relações econômicas transformaram-se durante o século 20. Abandonou-se o modo de produção baseado numa economia feudal, que tinha o seu pilar na propriedade da terra, para uma economia marcadamente baseada na propriedade do capital. Nesse contexto, grande foi a influência da revolução industrial, transmudando a valoração da terra para a valoração do capital, alterando as relações de trabalho, de modo que o vínculo empregatício, permeado pelo conflito capital-trabalho, substituiu as antigas relações de servidão e o regime escravocrata.

Decorrência desse novo sistema de produção (revolução industrial) foi a grande disponibilidade de mão-de-obra, dispensada pela utilização de máquinas. Com efeito, a revolução industrial, introduzindo a utilização de recursos outros que não só a força de trabalho humana, fez com que houvesse sensível aumento da produtividade por trabalhador, com a conseqüente ociosidade de mão-de-obra, o que provocou notável aumento do desemprego, com agravamento das questões sociais. No entanto, esse desajuste foi absorvido pela economia mundial sem provocar maiores transtornos de cunho social, o que se justificou através da criação ou do surgimento de novos mercados na América, que absorveram a força de trabalho dispensada pela indústria emergente.

O excesso de mão-de-obra liberado pela revolução industrial não tinha mercado para ser absorvido no continente europeu, vale dizer, não havia demanda dos meios de produção de riqueza para reter o contingente de trabalhadores liberados dos antigos afazeres. De outro lado, a produção que emergia das novas indústrias carecia de implementar o consumo de seus produtos, ou seja, de um mercado, enquanto de outro lado, os trabalhadores ociosos não proporcionavam a circulação da riqueza. No entanto, na América, surgia literalmente um mundo novo, com espaço para o desenvolvimento econômico. Tratava-se de um espaço inexplorado do ponto de vista de seus recursos naturais, da agricultura e mesmo sob o prisma industrial. Para lá emigrou grande contingente humano europeu, não absorvido pelo novo sistema econômico. Os emigrantes dedicavam-se à lavoura e à indústria, que ainda era incipiente.

Mas o final do século passado e início do terceiro milênio está destacando-se pelo denominado fenômeno da *globalização*. Tal fenômeno, a rigor, não é novo e tem como paralelo a era mercantilista e imperialista, tudo

marcado pela luta por um mercado novo, sofrendo a vida mundial, assim, a notável influência do econômico, de sorte a fazer lembrar da velha discussão suscitada por Marx e Hegel, no sentido de que a infra-estrutura determina a hiper-estrutura, ou seja, de que o fator econômico é o predominante na determinação da caracterização das outras esferas (sociais e políticas). De fato, a globalização vem desempenhando um papel de grande influência na alteração de todas as relações humanas existentes, quer seja do ponto de vista cultural, social, ou mesmo econômico, impondo novos modelos a todo o planeta.

É de se notar que esse fenômeno é composto por uma controvérsia intrínseca, pois aparenta ser o ensaio do fim das fronteiras entre os países e a união global. Em contrapartida, também caminha em sentido nitidamente contrário, em verdadeiro retomo aos tempos feudais, em que as economias eram adstritas às terras dos respectivos senhores. Veja-se que a dispensa das fronteiras econômicas encontra limite na formação de grupos de países econômicos (União Européia, Mercosul, etc.). Portanto, a integração é aparente, quase falaciosa, pois há uma aproximação dos países, para se protegerem das práticas econômicas exercidas por outros grupos, fomentando-se práticas protecionistas, enquanto se busca a introdução de produtos em mercados externos. Pode-se dizer que a globalização tem como consequência antitética a regionalização. Há um fechamento, ainda que restrito, à importação, e estímulo à exportação, o que também sucede dentro dos próprios grupos formados, entre os países componentes, mas em menor escala. O definitivo rompimento de barreiras efetuado pela globalização, e que é irreversível, é mesmo aquele proporcionado na esfera das comunicações.

Há um notável inter-relacionamento do ponto de vista cultural. O acesso às comunicações transforma o mundo na denominada aldeia global, ao mesmo tempo que permite que os costumes e as características dos povos sejam de amplo conhecimento, contribuindo para o desenvolvimento e para a necessidade de um direito único dos povos. Mas, antes, o rompimento formal das fronteiras pela rápida e eficiente comunicação faz com que a propaganda seja um instrumento fomentador do surgimento de novas demandas e nichos mercadológicos, transmitindo a oferta de novos produtos e incutindo o desejo de consumo em cada vez mais pessoas. Sob o manto de unir os povos pelo poder da palavra (internet, TV via satélite, comunicações através de fibra ótica, etc.), transmite-se, também, a oferta de produtos e serviços, criando-se a necessidade de seu consumo. A necessidade pode ser conceituada como a privação de um bem, e a categoria dos bens sofre incremento diário, fruto da atuação das técnicas de *marketing* que açulam a vontade humana a agregar cada vez mais bens materiais, ainda que perfeitamente dispensáveis. A facilidade nas comunicações permite surgir a mesma necessidade, do mesmo produto, a todos

os povos. Dessa forma, o automóvel que aqui se faz é o mesmo desejado pelo consumidor alemão, o DVD-player japonês é o mesmo almejado pelo cidadão norte-americano e assim por diante. Há o aumento do mercado e a diminuição de propostas alternativas ou similares.

Não é recente a discussão acerca da influência do conteúdo econômico no Direito, mormente quando se cuida do Direito Penal. Se é verdade que na mais perfeita das sociedades, na mais igual delas, a indígena, há existência do crime, demonstrando que os fatores criminógenos não se restringem aos fatores de ordem econômica, por outro lado, é inegável que quanto mais desemprego, quanto mais desigualdade social, conseqüência esta da desigualdade econômica, maior é o crescimento da taxa de criminalidade dentro de uma sociedade. Nesse sentido, a globalização tem contribuído para o crescimento da criminalidade. Tome-se como exemplo a volatilidade dos investimentos nos países que outrora foram chamados de terceiro mundo e que agora ganharam a simpática alcunha de *emergentes*. Não existem mais nações poderosas, nações ricas, mas sim conglomerados econômicos que conseguem movimentar quantidades de riqueza muito maiores do que alguns países podem dispor. Acontece que algumas dessas conglomerações são potências econômicas muito mais fortes do que alguns países que conhecemos. Isso acontece porque o fenômeno da globalização permite o fim das fronteiras, a riqueza transcende o limite dos países, ao mesmo tempo que concentra o poderio econômico na mão de cada vez menos pessoas, concentrando também a riqueza.

A diminuição das taxas de importação e a facilidade para o comércio global; a criação de necessidades por meio da propaganda, fazendo surgir uma igual demanda em todo o planeta; ao mesmo tempo que a busca pela competitividade entre as empresas faz com que procurem fixar-se onde possam reduzir seus custos e aumentar a sua produtividade; tudo isso causa um sério risco para as garantias trabalhistas e, conseqüentemente, um risco ao emprego e o aumento da criminalidade como um todo.

Ora, essas empresas logicamente procuram países em que o sindicalismo é menos desenvolvido e onde a legislação trabalhista seja a mais flexível possível, de modo a reduzir seus custos com insumos para a produção. Essa mudança também pode se refletir na competitividade entre os países, de modo a fazer com que os conglomerados busquem instalar suas fábricas onde possam colher favores fiscais e trabalhistas, por isso a tendência hodierna de alteração das leis sobre trabalho e a guerra de subsídios à indústria. Esse fenômeno pode ser sentido, inclusive, dentro do estado federado, com a competição dos estados membros pela captação de indústrias e outras iniciativas privadas que possam proporcionar

emprego. A arma utilizada faz emergir uma verdadeira *guerra fiscal*, com renúncia na arrecadação, comprometendo o próprio pacto federativo, na medida em que se impõe a desigualdade entre os estados membros, pois aquele que se encontra melhor financeiramente poderá arcar com a deficiência na arrecadação, compensada pelos dividendos políticos obtidos com o crescimento da economia, ainda que seja aparente. De outro lado, o estado membro menos estruturado em suas finanças, além de não ser destinatário, perde o investimento da iniciativa privada, de modo que, a longo prazo, passa a ver frustrada a possibilidade de aumento de sua arrecadação e de crescimento econômico.

Como conseqüência da transferência de investimentos de um para outro local, teremos um inchaço do desemprego e queda de qualidade de vida de alguns povos. Isso explica a preferência de alguns segmentos econômicos em fixar fora da sede o seu parque produtivo. Por exemplo, tome-se a indústria automotiva em locais como o Brasil, onde aqui está o parque produtivo, mas a matriz empresarial é estrangeira. Aliás, a nacionalidade dessas empresas é meramente formal, uma vez que essas multinacionais ou transnacionais não se submetem à soberania de determinado Estado; são verdadeiramente apátridas. As diretrizes operacionais são orientadas por seus próprios interesses, independentemente do Estado nacional originário. A qualidade de transnacional permite que pertençam ao mundo, ao mesmo tempo que não são de nenhum Estado nacional específico. Elas têm a sua própria configuração internacional.

Ao contrário de tempos atrás, o sindicalismo agora luta pela manutenção do emprego e não mais pelo aumento dos salários e melhores condições de trabalho. É que, se assim não fosse, com a mesma facilidade com que aportam em determinado país, esses capitais estrangeiros rumam para um outro paraíso, sem se preocupar com as mazelas sociais que deixam para trás, em virtude do desemprego provocado. A título de ilustração, veja-se a própria indústria automobilística, que recentemente fixou novos representantes nos Estados de Minas Gerais, Rio de Janeiro e Paraná. No caso de Minas Gerais, a nova fábrica, incumbida inicialmente da produção de um veículo mais simples, diverso do que normalmente compreende os seus padrões, tinha produção exclusivamente destinada ao mercado nacional, mas agora também dedica-se à produção de um automóvel de luxo, que, pelo seu valor, sequer se cogitou de ser comercializado no país tupiniquim. Sua produção é dirigida somente à exportação. A preferência desse segmento industrial pelo Brasil é de fácil percepção: mão-de-obra barata e incentivos fiscais. Mas não se tem garantia de que esses investimentos venham a aqui permanecer por muito tempo. Mais uma vez, recorrendo-se ao exemplo do que acontece nas Gerais, noticia-se que a comercialização do veículo mais barato não é aquela esperada; sinal disso, a busca de um novo produto destinado exclusivamente ao exterior. Recuperado o investimento inicial e sem novas perspectivas, certamente haverá espaço para a busca de um novo veio a ser explorado além-mar, colhendo o investidor internacional o lucro empresarial pelo tempo que aqui sediou sua produção, correspondente ao seu bônus e relegando ao país abandonado

o ônus social decorrente de sua retirada.

Essas digressões denotam, então, que o fenômeno econômico pode produzir mazelas sociais, ainda que se partindo de uma perspectiva *macroeconômica*, de uma atuação econômica mundial, porque os reflexos, que aparentemente estão longe do cotidiano das pessoas, fazem-se presentes através da repetição daquele fenômeno, nos mesmos moldes, só que já numa esfera *microeconômica*. Isso devido à interação econômica existente.

3 O reflexo no direito penal

Pois bem, tem-se, então, que se está a passar por profundas transformações de conteúdo econômico. Há, em decorrência desse fenômeno global, um aumento da criminalidade de forma geral, criminalidade violenta e não violenta, causadas pela instabilidade econômica, fruto da luta pela sobrevivência no mercado, proporcionando um novo perfil dos agentes econômicos, como vem ocorrendo com as fusões de empresas e os fenômenos que a elas sucedem.

3.1 Criminalidade, capitalismo e resposta penal

Há algum tempo, já se vinha sentindo o reflexo da economia capitalista no Direito Penal. Os crimes vinculados às relações oriundas do capitalismo vinham aparecendo e sofrendo um incremento. Havia uma antiga e romântica previsão do festejado penalista Nelson Hungria, no sentido de que o que os crimes do futuro seriam os crimes dos batedores de carteira, os crimes baseados na argúcia e na habilidade; não foi o que aconteceu. O aumento da criminalidade encontra registro na criminalidade com violência. No entanto, juntamente com esta, cresceram os chamados crimes de colarinho branco, os crimes contra o meio ambiente, os crimes contra a economia popular, os crimes falimentares, todos guardando íntima relação com a evolução do capitalismo.

O fenômeno criminal, como um todo, tem relação com o desenvolvimento das relações lastreadas no capital, o que abrange os crimes sem conteúdo econômico e marcados por violência contra a pessoa. A perversidade do conflito capital-trabalho refletiu-se nas relações humanas dele decorrentes. A busca pelo “ter” e a dificuldade do “conseguir” tiram do indivíduo a noção do certo e do errado, retiram-lhe os parâmetros de conduta social, de censura, causam um cisma no sistema de valores, ainda que do ponto de vista moral. A luta pela sobrevivência, a competitividade, que é vista como algo saudável e é estimulada como valor, tomam tênues os limites do aceitável e do inaceitável, do lícito e do ilícito, fazendo com que o indivíduo tenha diminuída a sua capacidade de frear seus impulsos, mesmo aqueles mais bestiais, proporcionando a prática de atos que ele próprio, normalmente, teria como inaceitáveis. Essa é uma das explicações para alguns crimes contra os costumes, como o de estupro, normalmente desprovido de fim econômico; para

alguns crimes patrimoniais permeados por violência exacerbada; para a prática de homicídios recheados de perversidade, entre outras práticas ilícitas.

Portanto, temos um quadro novo da criminalidade com duas características básicas: de um lado, crimes econômicos; de outro, crimes com violência desregrada. E a estrutura estatal repressiva continua a mesma. Do ponto de vista material, a persecução penal volta-se, notadamente, para os crimes contra a vida, o patrimônio, os costumes, o uso de substâncias entorpecentes; portanto, para o criminoso e não para o crime. Não há uma estrutura investigativa hábil a dismantelar organizações criminosas, nem desvendar delitos econômicos de maior complexidade. Os operadores do sistema ficaram alheios às transformações econômicas, sem compreender, a contento, as novas e intrincadas relações decorrentes da evolução do capitalismo. As penas de curta duração e a inabilidade da Polícia Judiciária, Ministério Público e Poder Judiciário em lidar com essa nova faceta da delinqüência permitem que tais crimes caiam na vala comum da prescrição e da impunidade, isso, quando descobertos.¹

Fazendo um contraponto, a evolução do Direito Penal é caracterizada pela procura cada vez maior de cercear a intervenção penal nos fenômenos sociais, buscando guarnecer a proporcionalidade que a repressão do delito deve conter. Numa concepção quase utópica, poder-se-ia dizer que a evolução do Direito Penal desaguaria no seu ocaso.

Dessa forma, incrementa-se uma nova discussão acerca dos limites do bem jurídico, acerca dos limites e da conceituação do delito, com um enfoque cada vez mais acentuado para a questão da culpabilidade. Há uma grande preocupação em resguardar o Direito Penal para aquelas condutas que realmente necessitem de sua intervenção, diminuindo a invocação do Direito Penal de máxima intervenção, do Direito Penal meramente funcional e retribucionista, clamando-se pela aplicação de um Direito Penal de mínima intervenção, posicionando o Direito Penal como forma de controle social de *ultima ratio*.

Sinal disso é o surgimento de movimentos como o das contra-ordenações, em Portugal, Alemanha e Espanha, destinados a retirar do Direito Penal aquelas condutas que já eram tidas como de menor repercussão criminal: as contravenções, transferindo a repressão estatal para outro ramo do Direito (despenalização), notadamente para o Direito Administrativo, de modo a se cogitar do surgimento de uma especialização desse ramo do Direito, de um Direito Administrativo-Penal, informado pelas garantias do Direito Penal

¹ “Estranhamente, enquanto em outros campos a sociedade pós-industrial contemporânea tem feito enormes progressos, a Justiça Criminal, apesar de frequentemente rejuvenescida e melhorada, continua estrutural e formalmente o que era em fins do século XIX e começos do século XX, isto é, girando quase exclusivamente em torno do delinqüente. Correção, reajustamento, reeducação e coisas semelhantes, mas também repressão mais severa e pena capital, ainda estão sendo defendidas, e ainda são uma realidade. A denominada ‘polícia criminal e criminológica radial’ fracassou, o que se deveu principalmente à sua orientação ideológica unilateral.” (LÓPEZ-REY. Necessidade de uma nova ordem internacional – nacional da justiça criminal, p.212)

e pela capacidade sancionatória do Direito Administrativo (simplicidade de julgamento e de penas).

Há mais, ganha corpo a discussão sobre a teoria da imputação objetiva², de ampla aplicação no continente europeu, mas ainda nova abaixo do Equador. Teoria essa que, a despeito de sua nomenclatura, não busca uma responsabilidade do autor, mas reclama uma discussão sobre a relação causal do delito, com vistas a discutir a própria tipicidade da conduta, almejando a revisão dos critérios rígidos da teoria da *conditio sine qua non*, mitigada apenas pela dosagem do dolo e da culpa e pela teoria do domínio do fato. Ao mesmo tempo que surge como forma de aperfeiçoamento da tipificação de condutas, apresenta-se revestida de certa inocuidade, pois a sua aplicação praticamente alcança o mesmo resultado das teorias tradicionais, denotando muito mais o inconformismo e a reação dos teóricos do Direito a um processo de incriminação exagerada, reação a um Direito Penal que chamaríamos de *Direito Penal hard*, do que propriamente uma evolução do pensamento científico em sede criminal. Peca, inclusive, porque se reduz ao casuísmo de explicar determinadas situações fáticas, o que não se presta a estruturar uma teoria, que como tal deve ter a pretensão de abranger situações não identificadas, já que os postulados teóricos caracterizam-se pela marca da generalidade.

O que se vislumbra diante desse fenômeno antagônico de aumento do crime do ponto de vista quantitativo e sua variação qualitativa, diante de uma tendência científica de redução do papel do Direito Penal, é um confronto entre a evolução teórica do próprio Direito Penal com a evolução ética experimentada pela sociedade. O Direito Penal é tomado no sentido de cada vez mais ser utilizado em menor proporção como instrumento regulador da sociedade, como resultado da evolução que ela própria deveria ter, no sentido ético e filosófico, e a constatação da inexistência material dessa evolução. Acontece que o esperado seria que o homem assumisse cada vez mais a consciência de sua existência como ser racional, afastando práticas que atingissem a dignidade humana, de modo que os ilícitos criminais tivessem reduzido seu conteúdo de violência. A luta pela preservação da dignidade humana deixou a existência etérea e principiológica para assumir conteúdo normativo orientador entre nós, o que se perfaz pela Convenção Americana sobre Direitos Humanos, ou Pacto de São José da Costa Rica, aprovado pelo Decreto 678, de 06/11/92, e pela , própria *Constituição Cidadã*, de 1988.

Tal desproporcionada evolução pode ser sentida e exemplificada, também, pela evolução da aplicação das penas, que perdem a cada dia o conteúdo corporal, assumindo

² É Damásio de Jesus quem assevera: “Sem abandonar o finalismo, passamos a adotar a teoria da imputação objetiva, que significa, num conceito preliminar, a atribuição (imputação) de uma conduta ou de um resultado normativo (jurídico) a quem realizou um comportamento criador de um risco juridicamente proibido”. JESUS. *Imputação objetiva*, p.17.² É Damásio de Jesus quem assevera: “Sem abandonar o finalismo, passamos a adotar a teoria da imputação objetiva, que significa, num conceito preliminar, a atribuição (imputação) de uma conduta ou de um resultado normativo (jurídico) a quem realizou um comportamento criador de um risco juridicamente proibido”. JESUS. *Imputação objetiva*, p. 17.

novas formas de sanção. Abandonaram-se, com o tempo, as penas de morte, açoite, mutilação, e diminuiu-se a restrição da liberdade, surgindo novas formas de expiação: as penas restritivas de direitos, que alguns preferem chamar de penas alternativas, justamente por constituírem uma alternativa à pena de prisão. Não se perde de vista que o aumento e a diversificação da criminalidade decorrem da nova moldura econômica e a ela deve ser reputada, de modo que a solução para o novo fenômeno criminógeno deve ser combatido na origem e não com formas paliativas, invocadas por meio do Direito Penal. De outro lado, principalmente no que diz respeito à criminalidade violenta, grassa no seio social profundo sentimento de insegurança diante da ineficácia do aparelho estatal preventivo e repressivo na sua missão de conter a evolução criminal, o que suscita o clamor de se recorrer ao último e mais forte sistema de controle social: o Direito Penal, utilizando-o para abarcar as novas condutas surgidas e aumentar o grau de censura sobre os ilícitos de especial violência que insistem em crescer.³ Em resumo, as sanções evoluem tentando adaptar-se às novas facetas da criminalidade, mas, ao lado da evolução do crime, a sociedade e o homem mantêm grau notável de involução, o que se faz perceber pela manutenção de delitos que chocam a existência humana.

Como se sabe, grosso modo, pode-se dizer que no início dos tempos o Direito surgiu como um todo único e indivisível, e que, com o aprimoramento das relações humanas, essa imensa árvore foi permitindo o surgimento de ramos especializados. No começo, existia o Direito Penal e o direito extrapenal. O estudo da pena pode proporcionar uma visão do desenvolvimento do estudo do Direito Penal em confronto com o desenvolvimento da própria humanidade. As penas continham um caráter corporal muito mais acentuado do que temos hoje. É verdade que, em algumas sociedades, ainda se admitem penas como o açoite, a prisão perpétua, e até a pena de morte. No entanto, o que mais se tem visto no mundo, que se autoproclama civilizado, é o decréscimo das penas de conteúdo corporal e o aumento de penas ou medidas denominadas alternativas, que buscam a recriminação da conduta com a prevenção especial e geral através de penas sem o conteúdo corporal e aflitivo, e aplicação de medidas outras que chegam a evitar o próprio processo penal. Foucault relata em *Vigiar e Punir* a evolução das penas. A princípio, a aflição tinha de ser pública, a aplicação da pena era verdadeiro espetáculo, o terror que deveriam provocar, com vistas a uma prevenção de conteúdo geral, na verdade, converteu-se no divertimento dos espectadores, como sucedia nas arenas romanas. O desenvolvimento

³ “O fato é que o medo do crime, seja ou não o tradicional, é uma das principais características da sociedade contemporânea, notando-se que essa característica haverá de se acentuar num futuro próximo, se uma nova ordem de Justiça Criminal internacional-nacional não for instituída.” LÓPEZ-REY. Necessidade de uma nova ordem internacional-nacional da justiça criminal, p. 212.

das relações humanas foi fazendo com que determinadas penas perdessem o seu sentido, já que a pena deixou de ter enfoque individual, o enfoque da vingança privada, para assumir uma concepção social, uma concepção de prevenção do crime e de educação do indivíduo. Nessa perspectiva, perdeu efeito o espetáculo da aplicação das penas, ganhando elas, então, uma dimensão social e não mais meramente individual. O desenvolvimento das sociedades foi, então, acentuando o afastamento da barbárie na aplicação das penas. Aliás, um dos critérios para se auferir o grau de desenvolvimento de determinada sociedade consiste no banimento de hábitos bárbaros.⁴

O surgimento de penas de menor conteúdo corporal não é condizente com a continuidade ou até com o surgimento de crimes que provocam acentuado clamor, em virtude do grau de perversidade com os quais são revestidos. Tome-se, como exemplo, o estupro seguido de morte, o sequestro seguido de morte, o homicídio qualificado e outros crimes que chegaram a ser denominados pela lei brasileira de hediondos. Assim, pode-se dizer que a sociedade humana experimentou um desenvolvimento desproporcional entre os crimes e as penas. Pelo que se percebe, a humanidade não atravessou uma evolução do ponto de vista ético e filosófico, o que aconteceu foi o surgimento de uma nova criminalidade, de uma criminalidade especializada, de uma criminalidade econômica, a necessitar de penas adequadas à sua reprovação e não o desaparecimento ou diminuição de uma criminalidade violenta, mas a manutenção de sua existência aliada à nova modalidade de crime. Talvez se possa falar mesmo em seu incremento, diante até do aumento da população mundial.

Ainda persistem os delitos informados de violência exagerada, cujos autores estão indiferentes à ameaça de sanção, ainda que corporal. Em síntese, não se pode afirmar que o ser humano evoluiu no sentido ético, afastando práticas bárbaras, como deveria ser o curso normal das coisas, pois ainda permanecem os crimes permeados de violência desregrada e requintes de crueldade, enquanto que as penas experimentaram a evolução que deveria existir. Contudo, a evolução da pena consistiu em adaptação à nova modalidade de crime e não em ajuste da repressão à criminalidade existente, de modo que as medidas alternativas à pena de prisão não podem servir de parâmetro para se auferir a evolução da sociedade.

Com efeito, sabe-se que a parte do corpo humano que mais se faz sensível a qualquer forma de expiação é o bolso. Mas as sanções de natureza pecuniária, exemplos dessa nova modalidade de pena, desprovidas da expiação corporal, somente são eficazes

⁴ FELIPETO. O suplício das penas.

para aqueles que detêm condição econômica, para aqueles que não se incluem no rol dos chamados excluídos⁵ (FRANCO. 2000: 114). De outra parte, aquele que nada tem nada pode expiar com o sofrimento do bolso; para estes, ainda se deve impor a falida pena corporal, por absoluta falta de outra alternativa.

Aliás, nesse sentido não é incongruente a maior presença do Direito Penal, quando se percebe que a evolução humana não vem guardando proporcionalidade com a evolução criminal, como seria desejável e natural, pois esta vem sendo marcada por uma violência desregrada, aviltante da condição humana, sendo certo, para estas circunstâncias, um Direito Penal de maior funcionalidade. Talvez, por causa disso, Miguel Reale Júnior sustente, na exposição de motivos do projeto de reforma da parte geral do Código Penal, que não se deve falar de Direito Penal de intervenção mínima, nem máxima, mas de um *Direito Penal eficaz*. Eficaz na medida em que deve afastar os expedientes improdutivos para conter o fenômeno do crime, no que diz respeito à atuação do Direito Penal, buscando efetivar a aplicação da lei penal e o cumprimento da sanção imposta, com o escopo de reduzir o sentimento social de impunidade, de modo a proporcionar que o Direito Penal possa exercer realmente a sua missão de instrumento regulador da sociedade. Essa, ao menos, a característica que tenta emprestar ao projeto já encaminhado ao Congresso Nacional, mas que na verdade contém características cerceadoras da intervenção penal, como a que se faz sentir com a redação proposta ao art. 12 do Código Penal, de modo a tornar, ao menos questionável, a manutenção da vigência da Lei de Crimes Hediondos, no que diz respeito à possibilidade de progressão de regime de pena.

⁵ “Exclusão é o conceito sociológico representativo da pobreza ‘que se encontra no interior da sociedade moderna: sem residência não há trabalho; sem trabalho não há residência; sem residência e sem trabalho, não há democracia’. Em duas décadas, a produção mundial aumentou de 4 para 23 trilhões de dólares e o número de pobres aumentou em 20%. A participação na renda mundial dos 20% mais pobres caiu de 4 para 1%, entre 1960 e 1990. Por outro lado, 358 multimilionários possuem hoje mais do que ganha a metade de toda a humanidade. E ainda que isso encontre pouco interesse, morrem todos os dias em todo o mundo mais de 35 mil crianças, não por causa de catástrofes naturais como tufões ou inundações, mas sim devido a doenças da civilização, que são relativamente fáceis de evitar ou curar (pneumonia, diarreia, malária, tétano, varíola, coqueluche). Em dois anos morrem, portanto, mais crianças do que o número de americanos mortos na guerra do Vietnã (58 mil). Na Alemanha, vivem mais de sete milhões de pessoas à margem do bem-estar: é o próprio centro, aparentemente seguro da sociedade, que está ameaçado de decadência. Tanto nos Estados Unidos como nos países europeus comunitários cresce a preocupação com esse cenário social e político de um processo, em aumento, de rotura entre pobreza e riqueza no interior dos países e entre países, cenário que coloca, em nível mais elevado da economia e da política, a necessidade de perguntar-se: quanta pobreza pode suportar a democracia?” BECK, Uirich. Qué es la globalización? BARCELONA: Paidós, 1998.

3.2 Balizas para a intervenção penal

O Direito Penal, então, desenvolveu mecanismos para resguardar a sua atuação, afastando as ingerências do econômico do mundo do Direito. O mais significativo dos princípios que vem ganhando ênfase nos últimos tempos é o princípio da intervenção mínima.

O princípio da intervenção mínima consiste em assegurar que o Direito Penal somente seja chamado a intervir nos casos extremos de violação social. Sabe-se que o Direito é instrumento controlador das relações sociais e o Direito Penal, em especial, por cuidar dos bens mais caros aos homens, quais sejam, a liberdade e a vida, somente deve ser invocado em casos de extrema necessidade, os quais se caracterizam quando outros instrumentos de controle social mostram-se ineficazes para viabilizar a manutenção da coesão social. O ilícito criminal é um ato que atenta contra a coesão social, contra a viabilidade da vida em sociedade; e é por isso que se justifica a intervenção do Direito Penal. Mas o Direito Penal não se destina a regulamentar toda e qualquer relação social, por isso deve ser invocado somente quando outros instrumentos de controle mostram-se inócuos, porque à extrema violação social deve corresponder uma extrema resposta estatal.

O princípio da intervenção mínima completa-se no princípio da fragmentariedade do Direito Penal, a permitir que este tenha sob seus cuidados apenas aquelas ações de danosidade social especial, de modo que se fragmentem, que se extraiam do Direito Penal aquelas condutas que não assumam esse perfil de extrema ameaça ou dano ao bem jurídico.

Como consequência do aperfeiçoamento desses princípios, constata-se o crescimento de um movimento pela descriminalização de condutas, que se faz sentir entre nós, de forma tênue, desde que as contravenções passaram a ser submetidas a tratamento especial pela Lei 9.099/95 (Leis dos Juizados Especiais), que as equiparou a *delitos de menor potencial ofensivo*.

Significativo o posicionamento do Supremo Tribunal Federal, julgando Recurso Ordinário no HC 80.362-8, quando decidiu, por maioria, ter havido a derrogação do art. 32/LCP, resguardando-se exclusivamente ao Código de Trânsito Brasileiro o trato das questões pertinentes aos crimes praticados em vias de tráfego. É o que se extrai do Informativo 217/STF: “*Concluído o julgamento de recurso ordinário em habeas corpus em que se discutia se o art. 32 da Lei de Contravenções Penais (‘Dirigir, sem a devida habilitação, veículo na via pública, ou embarcação a motor em águas públicas’.) teria sido revogado pelo art. 309 do Código de Trânsito Brasileiro (‘dirigir veículo automotor, em via pública, sem a devida Permissão para Dirigir ou Habilitação ou, ainda, se cassado o direito de dirigir, gerando perigo de dano’)* – v. Informativo 216. O Tribunal deu provimento ao recurso para deferir o habeas corpus, por entender que o CTB (Lei 9.503/97), ao regular inteiramente o Direito Penal de trânsito

nas vias terrestres do território nacional, derogou parcialmente o citado art. 32 (remanesce o dispositivo na parte em que se refere à embarcação a motor em águas públicas). O Min. Ilmar Galvão, relator, retificou o seu voto para dar provimento ao recurso”.

O que chama a atenção é que a derrogação fixada pelo STF teve inspiração também no princípio da intervenção mínima, que preconiza a utilização do Direito Penal apenas como *ultima ratio*. Cumpre lembrar, no entanto, que o Direito Penal é erigido sobre as bases das garantias individuais (princípio da legalidade, da irretroatividade da lei, da ausência de pena sem prévia cominação legal, etc.), e sua história se confunde com a história do indivíduo contra o Estado onipotente. A nova ordem mundial reclama, com razão, que o Direito Penal deixe de preocupar-se com delitos menores. Mas, em vez do que se espera, não ocorre o simples fenômeno da *descriminalização*, mas outro semelhante, da *despenalização*, já que os ilícitos acabam por persistir, puníveis sob outra órbita do Direito, normalmente o Direito Administrativo.

As premissas do Direito Administrativo não coincidem com as do Direito Penal ou Processual Penal. É de se ver que o Direito Administrativo fulcra-se na presunção de legitimidade e veracidade, bem como na auto-executoriedade do ato administrativo, decorrentes do *jus imperi* do Estado. Quando a contravenção de falta de habilitação passa a ilícito administrativo, implementa-se a inversão do ônus da prova, porquanto, se no Direito Penal havia o Estado de comprovar a culpabilidade do agente, agora é o indivíduo que tem de se demonstrar inocente. Há nítida supressão de garantia e, em matéria de garantias individuais, é sempre bom lembrar o perigo que decorre do precedente, que abre ensanchas para a dispensa de outras garantias. É preocupante um movimento extremado de despenalização e fortalecimento do Direito Administrativo, sem prévia discussão sobre as bases dessa transformação. É importante proporcionar o implemento da capacidade sancionatória do Direito Administrativo, com a simplicidade de suas penas, mas não se pode descurar de preservar as garantias inerentes ao Direito Penal, como forma de preservação do próprio indivíduo.

Por isso, há necessidade de adaptação da transição do ilícito criminal para o administrativo, que talvez encontrasse sucesso em um *Direito Penal Administrativo*,⁶ ramo do Direito de coercibilidade penal mitigada (adequação das sanções), mas de garantia individual privilegiada (garantias processuais). Fala-se, também, em direito de intervenção.⁷

⁶ James Goldschmidt foi quem propôs na Alemanha a segregação de um direito penal administrativo do direito penal. CEREZO MIR. *Curso de derecho penal español*, p.44.

⁷ “O direito de intervenção proposto por Hassemer é uma dessas alternativas: ‘Este *direito de intervenção* estaria situado entre o Direito Penal e o Direito sancionatório administrativo, entre o Direito Civil e o Direito Público, com um nível de garantias e formalidades processuais inferior ao do Direito Penal, mas também com menos intensidade nas sanções que pudessem ser impostas aos indivíduos.’” FRANCO. Globalização e criminalidade dos poderosos, p.131.

Paradoxalmente, registre-se o desenvolvimento de uma tendência retribucionista acentuada do Direito Penal, do chamado Direito Penal simbólico, que, ao contrário, busca uma maior intervenção do Direito Penal, como se este fosse o instrumento único capaz de resolver as mazelas sociais, corporificadas no fenômeno do crime.

Nesse sentido, é interessante o fenômeno legislativo brasileiro ocorrido na década de 90, caracterizado por uma legislação incriminadora, abrangendo situações anteriormente não contempladas e também exasperadora de penas, aumentando o *quantum* temporal das penas corporais, impondo restrições à obtenção de benefícios na execução de penas de alguns delitos, suprimindo garantias processuais e criando situações esdrúxulas, não raro, com ofensa ao princípio da proporcionalidade.

Tal fenômeno, entre nós, e como salientado, ganhou incremento a partir de 1990, em decorrência de um fato individualizado: o sequestro do empresário Abílio Diniz. Mas a semente já se encontrava plantada no texto constitucional de 1988, com a criação dos delitos chamados de hediondos. Isso foi resultado de um movimento mundial conhecido por movimento da lei e da ordem (*Law and Order*), surgido nos anos setenta e originário de fatos sociais relevantes, tais como o crescimento da criminalidade violenta contra os mais afortunados (roubos abancos, seqüestros e outros); do terrorismo político; do tráfico de drogas; do crime organizado; da pequena criminalidade que ataca a maior parte da população (furtos e roubos); da consciência do incremento da violência, proporcionada pela exploração dos fatos pelos órgãos de mídia; entre outros fatores.

A resposta estatal à constatação do novo perfil criminal fez-se por meio de uma legislação caracterizada pelo caráter retribucionista, partindo da concepção de que existia verdadeira anomia (falta de regras) e que a legislação penal exasperada seria o único instrumento capaz de corrigir a horda existente, daí o caráter funcionalista emprestado ao Direito Penal. Tais providências, de certa forma, serviam e servem de venda a impedir o diagnóstico das reais causas criminais. Não é nova a afirmação de que a melhor política criminal é uma política social, porque esta de fato reduz as diferenças e proporciona condições dignas de vida, atacando não só a febre, mas efetivamente a doença que causa tanto mal-estar.

Convém não olvidar que o Direito Penal, por sua principal fonte, a lei, não é o único instrumento de controle social e de solução dos problemas sociais, mas não deixa de ser um dos mais importantes. Desse modo, se temos febre elevada, o combate à doença deve acontecer em duas frentes, atacando-se o problema em si, mas também providenciando

um bom *antitérmico* e *analgésicos*, soluções paliativas que permitam a sobrevivência e reação do organismo comprometido.

O tratamento proporcionado pela legislação penal é muito mais repressivo do que preventivo. É de se ver que a expectativa de prevenção geral é por demais reduzida, porque muitas vezes destina-se àquele denominado *homem de bem*, que normalmente já não se inclinaria para o mundo do crime. Acontece que esse indivíduo é que tem condições socioeconômicas de conhecer as dimensões de seus atos e de se autodeterminar. Não se está aqui falando de imputabilidade penal, mas sim daquele que, inserido no processo de produção, tem como exercer a cidadania, ao contrário daquele que engrossa as fileiras dos

excluídos, que recebem diversas nomenclaturas modernas: sem-casa, sem-teto, descamisados e outras, de sorte que o componente desses grupos não se consegue fazer inserir no mercado de trabalho e deve procurar formas alternativas para sobreviver. A pena nunca perdeu seu conteúdo retribucionista e de vingança pública; de ser um mal, correspondente ao mal causado, reminiscência de Kant e Hegel, e essa característica possui aspecto salutar, pois se presta até para evitar a vingança privada. A lei penal assume um novo papel em virtude do clamor por maior segurança. Se não há política voltada à prevenção criminal, mas existe política voltada para a repressão ao delito, não se deve afastar a aplicação da lei só porque ela constitui instrumento político de elites econômicas, indiferentes à realidade social e que buscam a proteção de parcela reduzida e privilegiada da sociedade, ou porque tal ação acontece em detrimento de parcela da sociedade, que, na verdade, é massa de manobra daquela elite.

Partindo de uma perspectiva macrocriminal para uma perspectiva individual do crime, é preciso desmascarar a maior intervenção penal, sem descuidar de proteger o indivíduo, aplicando as disposições, mesmo que draconianas, porquanto foram estipuladas, dentro das normas democráticas, como instrumentos a serem erigidos contra o aumento do crime. Esse, talvez, um dos grandes dilemas do operador do Direito: saciar com a vontade da lei o pleito retribucionista da vítima, que ao seu lado se posta, ou mitigar a vingança estatal, inspirado pela consciência dos fenômenos de causa e consequência da evolução desmedida do capital. Ou, ainda, optar por situação intermediária, criando critérios harmonizadores da lei com a necessidade do caso concreto.

Nesse aspecto, tome-se como exemplo os casos de roubo em que há dupla causa de aumento de pena, os chamados roubos *bi-qualificados*, normalmente praticados com o uso de arma e concurso de pessoas (art. 157, § 2º, incisos I e II, do Código Penal). Em uma visão puramente retribucionista, ao implemento de dupla causa de aumento de pena, haveria de suceder um aumento de pena superior a 1/3, que é a fração mínima cominada. Posição essa adotada pelo Superior Tribunal de Justiça.⁸ De outro lado, existe considerável corrente jurisprudencial que propugna pela imposição do aumento de pena mínimo (1/3), mesmo havendo duas causas de aumento. Sustentam que, para acrescer a pena além do mínimo, seria preciso que o uso de armas fosse de grosso calibre ou em grande quantidade e que o número de agentes fosse excessivo, de molde a proporcionar maior perigo de dano ao bem jurídico. Essa a posição, por exemplo, do Tribunal de Alçada de Minas Gerais. No exemplo citado, a indagação que se faz é se seria *justa* a imposição de pena, senão igual, ao menos semelhante àqueles que praticaram um roubo sobre o qual incidem as duas causas especiais de aumento de pena, que se diferenciam em face do armamento usado, do perigo suportado pela vítima, pela excessiva quantidade de agentes e pelo prejuízo econômico suportado. A diferenciação é a opção adotada pelo Tribunal Estadual de Minas Gerais. Mas será que tal posição não coloca em risco a segurança jurídica decorrente do

⁸ STJ, T. 5ª, HC 10042/SP, rel. Min. Felix Fischer, DJU de 18/10/1999, p. 00246, j. de 21/09/1999. STJ, T. 6ª, HC 10474/SP, rel. Min. Fernando Gonçalves, DJU de 08/03/2000, p. 00164, j. de 15/02/2000.

primado do império da lei, pois são eleitos critérios não vislumbrados no texto fruto de trabalho legislativo, e, assim, não se estará abdicando de impor resposta penal, prevista e desejada pela sociedade, impondo-se uma interpretação avessa à Lei?...

Não se quer fazer, aqui, um discurso em prol do movimento da lei e da ordem, mas, por outro lado, não se pode esquecer a origem dos fenômenos criminais que atormentam a sociedade moderna. Entretanto, impõe lembrar que, em Direito, o melhor norte é o do bom senso, de sorte que, não obstante as críticas à intervenção penal, se esta tiver de se efetivar, haverá de ser de forma intensa sim ou, pelo menos, *eficaz*., para viabilizar o convívio social.

4 Conclusão

Por todas as digressões feitas, partindo-se de uma comparação entre a evolução do quadro econômico mundial, da ética da sociedade e do fenômeno criminológico, conclui-se que existe uma íntima relação a interligá-los, que se processa não só sob o ponto de vista quantitativo, expresso pelo aumento da criminalidade, como também sob o prisma qualitativo, com o surgimento de uma criminalidade estreitamente ligada à evolução das práticas capitalistas e também de uma criminalidade mais violenta.

Em contraposição a esse fenômeno, constata-se a existência de duas vertentes buscando uma resposta, ambas com o objetivo de minimizar as causas e conseqüências do crime, para proporcionar uma maior tranqüilidade social. A primeira, fruto do pensamento científico, clamando por um maior regramento da atuação penal, acompanhada pela busca de novas formas de expiação, mais condizentes com as características dos crimes de conteúdo econômico, consciente da ineficácia da pena restritiva de liberdade e de que essa nova criminalidade tem contorno econômico, resultante da ação de pequenas elites, em detrimento de uma grande parcela da população, de modo a proteger o Direito Penal de sua utilização como instrumento de elites econômicas descompromissadas socialmente. Neste último aspecto, esta primeira orientação constitui resposta também à segunda vertente aludida, porquanto é esta fruto da atuação dos detentores do poder econômico e de uma casta econômica intermediária, que se vê utilizada pelos primeiros. A segunda vertente, ao contrário, pauta-se por um recrudescimento penal: mais penas, mais crimes, menos benefícios de cumprimento de pena. É o uso de mão forte para a contenção criminal, inspirada

na existência de caos social que somente pode ser resolvido pelo Direito Penal. Tem em seu favor o fato de que, mesmo considerando que o crime tem essa origem econômica, não se pode deixar de constatar a realidade fática, clamando por uma resposta estatal mais eficaz, uma vez que aquela mencionada casta econômica intermediária é que se vê como a mais atingida pela crescente criminalidade, surgindo forte necessidade de segurança, até para que se evite que a sociedade mesma procure formas alternativas de proteção, valendo-se, quiçá, da sua própria justiça.

Essa dicotomia é uma constante, tal qual a ação e a reação no mundo da física. A uma intervenção legal maior corresponde uma proposta exegética mitigadora. No centro, o operador do Direito, que se vê premido por ambas as forças, havendo de se posicionar em decorrência de seu mister. Para nós, é preciso não perder a perspectiva maior dos acontecimentos, mas também não se pode simplesmente desprezar o texto legal. A influência política e legislativa deve ser exercida em campo próprio, na áspera aplicação da lei, atendendo-se à inspiração do legislador, mesmo que perdida da orientação do Direito Penal mundial, porque as realidades sociais e culturais ainda não são globais, havendo de ser preservada a autonomia dos Poderes, com o resguardo dos respectivos papéis, sob pena de se perderem as conquistas duramente conseguidas nesses séculos, sobretudo no que diz respeito ao direito à liberdade em suas mais amplas formas.

Referências Bibliográficas

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. O papel do pensamento economicista no direito criminal hoje. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v.8, n.32, p.297-310, out./dez. 2000.

DIAS, Jorge Figueiredo. *Questões fundamentais do direito penal revisitadas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

FELIPETO, Rogério. O suplício das penas. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v.84, n. 713, p. 447/454, mar. 1995.

FRANCO, Alberto Silva. *Crimes Hediondos*. 4.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

_____. Globalização e criminalidade dos poderosos. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 8, n. 31, p. 102 – 136, jul./set. 2000.

GOMES, Luís Flávio. *Estudos de direito penal e processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

JESUS, Damásio E. de. *Imputação objetiva*. São Paulo: Saraiva, 2000.

_____. Criminalidade organizada: tendências e perspectivas modernas em relação ao Direito Penal transnacional. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v.8, n.31, p. 137 – 143, jul/set. 2000.

LÓPEZ-REY, Y. Arrojo Manuel. Necessidade de uma nova ordem internacional da justiça criminal. Tradução: Armida Bergamini Miotto. *Revista de Informação legislativa*, v. 22, n.86, p. 205 – 212, abr./jun. 1985.

CEREZO MIR, José. *Curso de derecho penal espa*. 5.ed. Madrid: Tecnos, 1997. v. 1.

_____. Sanções penais e administrativas no direito espanhol. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 1, n. 2, p. 27 – 40, abr./jun. 1993.

QUEIROZ, Paulo. Crítica à teoria da imputação objetiva. *Boletim do Instituto de Ciências Penais*, n. 11, p. 3 – 5, dez. 2000.