



**UNIVERSIDADE ESTADUAL DO NORTE DO PARANÁ - UENP**  
CENTRO DE CIÊNCIAS SOCIAIS APLICADAS - CCSA  
*Campus de Jacarezinho*

---

**PROGRAMA DE MESTRADO EM CIÊNCIA JURÍDICA**

**A IDONEIDADE DA PROTEÇÃO PENAL  
DOS BENS JURÍDICOS TRANSINDIVIDUAIS**

**TATIANA MORAES COSATE**

**Orientador: Prof. Dr. Valter Foletto Santin**



---

UNIVERSIDADE ESTADUAL DO NORTE DO PARANÁ - UENP  
CENTRO DE CIÊNCIAS SOCIAIS APLICADAS - CCSA  
*Campus de Jacarezinho*

---

## **PROGRAMA DE MESTRADO EM CIÊNCIA JURÍDICA**

### **A IDONEIDADE DA PROTEÇÃO PENAL DOS BENS JURÍDICOS TRANSINDIVIDUAIS**

**TATIANA MORAES COSATE**

Dissertação apresentada ao Programa de Mestrado em Ciência Jurídica, da Universidade Estadual do Norte do Paraná, como requisito final para a obtenção do título de Mestre em Ciência Jurídica.

**Orientador: Professor Doutor Valter Foletto Santin**

## **TERMO DE APROVAÇÃO**

TATIANA MORAES COSATE

### **A IDONEIDADE DA PROTEÇÃO PENAL DOS BENS JURÍDICOS TRANSINDIVIDUAIS**

Dissertação de mestrado apresentada ao programa de Mestrado em Ciência Jurídica, da Universidade Estadual do Norte do Paraná – UENP, Centro de Ciências Sociais Aplicadas, área de concentração Teorias da Justiça: Justiça e Exclusão, linha de pesquisa: Função Política do Direito, defendida por Tatiana Moraes Cosate e aprovada em 05 de agosto de 2011, por banca constituída pelos seguintes doutores:

#### **COMISSÃO EXAMINADORA**

---

Presidente: Professor Doutor Valter Foletto Santin

---

Membro: Professor Doutor Vladimir Brega Filho

---

Membro: Doutor Vidal Serrano Nunes Junior

---

Coordenador do Curso: Professor Doutor Vladimir Brega Filho

Jacarezinho, 05 de agosto de 2011.

A aprovação da presente dissertação não significará o endosso do conteúdo por parte do Professor Orientador, da Banca Examinadora ou da Universidade Estadual do Norte do Paraná à ideologia que a fundamenta ou que nela é exposta.

*À minha família, por toda compreensão,  
paciência e amor incondicional.*

## **AGRADECIMENTOS**

Aos meus amigos, por desculparem as ausências e a falta de participação em ocasiões especiais.

Aos professores do Programa de Mestrado em Direito da Universidade Estadual do Norte do Paraná, em especial ao meu orientador, Doutor Valter Foletto Santin, cujos conhecimentos e confiança tornaram possível a consecução deste trabalho.

Ao professor Doutor Vladimir Brega Filho, também docente e Coordenador do Programa de Mestrado em Direito da Universidade Estadual do Norte do Paraná, pela oportunidade de uma dedicação mais eficaz a este estudo.

Ao professor Doutor Zulmar Facchin, por ter semeado a elaboração deste sonho.

A CAPES, pela bolsa.

Aos meus companheiros de sala, em especial Luiz Henrique Hidalgo, Jairo Neia Lima e Juliana Vieira Csiszer, por imprimirem mais leveza e graciosidade a esta caminhada.

À Natalina Costa, sempre presente, atenciosa e amiga.

*A grande miséria da Criminologia é  
de ter sido somente uma  
Criminologia da miséria.*

Lola Anyar de Castro.

COSATE, Tatiana Moraes. *A idoneidade da tutela penal nos bens jurídicos transindividuais*. Dissertação apresentada ao Programa de Mestrado em Ciência Jurídica – Área de Concentração: Teorias da Justiça: Justiça e Exclusão, linha de pesquisa: Função Política do Direito – da Universidade Estadual do Norte do Paraná - UENP: Jacarezinho, 2011.

## RESUMO

O trabalho afirma a imprescindibilidade da proteção penal dos bens jurídicos transindividuais. Partindo desta premissa, analisa o modelo econômico-político denominado neoliberalismo e a aplicação de um discurso criminológico positivista que sustenta a ideia de criminoso nato. Identifica, ainda, a influência dos meios de comunicação como apologia à insegurança subjetiva coletiva, repassando a falsa noção de que crime se iguala à violência urbana. Em seguida, destaca a importância e o conceito de um Direito Penal Mínimo e a criação equilibrada das leis criminais, sempre voltadas à proteção de valores essenciais à sociedade. Apresenta a classificação dos bens jurídico-penais, destacando a modalidade transindividual e a sua estreita ligação com o surgimento de novos riscos sociais e globais. Considerando estes conceitos preliminares, o trabalho foca a sua atenção no estudo das distintas correntes doutrinárias acerca da legitimidade da intervenção penal no campo dos valores macrossociais. Contextualiza o conceito doutrinário de criminalidade moderna e econômica, distinguindo-as da feição clássica, na qual há violação do bem jurídico-penal individual. Por fim, são tecidas considerações em torno da criminologia interacionista e crítica, como forma de sustentar que é ínsito ao Direito Penal um caráter seletivo, estigmatizante e consentâneo aos valores dominantes da sociedade. Dessa forma, o presente estudo reflete se a tutela penal dos valores transindividuais realmente representa um Direito Penal do Inimigo, ou se, ao contrário, estar-se-ia fortalecendo uma justiça criminal e a construção de um Estado Democrático de Direito.

**PALAVRAS-CHAVE:** Neoliberalismo. Criminologia Positivista. Bem Jurídico-penal. *Labeling Approach*. Criminologia Crítica.

COSATE, Tatiana Moraes. *L'idoneità della tutela penale nei beni giuridici transindividuali*. Dissertazione presentata al Programma di Master in Scienza Giuridica – Area di Concentrazione: Teorie della Giustizia: Giustizia ed Esclusione, linea di ricerca: Funzione Politica del Diritto – dell'Università Statale del Nord Paraná – UENP ; Jacarezinho, 2011.

## RIASSUNTO

Il lavoro afferma l'imprescindibilità della protezione penale dei beni giuridici transindividuali. Partendo da questa premessa, analizza il modello economico-politico denominato neoliberalismo e l'applicazione di un discorso criminologico positivista che sostiene l'idea di criminoso a priori. Identifica l'ingerenza dei mezzi di comunicazione come apologia all'insicurezza soggettiva collettiva, passando la falsa nozione che il reato criminoso si uguala alla violenza urbana. Evidenzia l'importanza e il concetto di un Diritto Penale Minimo e la creazione equilibrata delle leggi criminali, sempre svolte alla protezione dei valori essenziali alla società. Presenta la classificazione dei beni giuridico-penali, staccando la modalità transindividuale e il suo stretto legame con la venuta di nuovi rischi sociali e globali. Considerando questi concetti preliminari, il lavoro prende la sua attenzione nello studio delle distinte correnti dottrinali sulla legittimità dell'intervento penale nel campo dei valori macrosociali. Contestualizza il concetto dottrinario di criminalità moderna ed economica, distinguendole dalla fisionomia classica, nella quale esiste violazione del bene giuridicopenale individuale. Finalmente sono fatti dei commenti sulla criminologia interazionista e critica, come forma di sostenere che è insito al diritto penale un carattere selettivo, stigmatizzante e consensuale ai valori dominanti della società. In questo modo, il presente studio riflette se la tutela penale dei valori transindividuali veramente rappresenta un Diritto Penale del Nemico, oppure se starebbe fortificando una giustizia criminale e la costruzione di uno Stato Democratico di Diritto.

**PAROLE CHIAVE:** Neoliberalismo. Criminologia Positivista, Bene Giuridicopenale. Labeling Approach. Criminologia Critica.

## SUMÁRIO

|   |     |
|---|-----|
| INTRODUÇÃO .....  | 11  |
| 1 O NEOLIBERALISMO E A CRIMINALIZAÇÃO DA MISÉRIA .....  | 14  |
| 1.1 A cartilha de políticas públicas dos neoliberais .....  | 15  |
| 1.2 A expansão dos preceitos neoliberais e a sua chegada em solo brasileiro .....                                   | 29  |
| 1.3 A crise do Direito Penal em decorrência do neoliberalismo .....   | 34  |
| 1.4 A atuação tendenciosa do Quarto Poder .....   | 43  |
| 2 O RESGATE DO CONCEITO DE BEM JURÍDICO-PENAL COMO CAMINHO PROPÍCIO<br>À APLICAÇÃO DE UM DIREITO PENAL MÍNIMO ..... | 48  |
| 2.1 O significado de um Direito Penal Mínimo .....  | 53  |
| 2.2 Conceito e finalidades do bem jurídico-penal .....  | 60  |
| 2.3 Evolução histórico-cultural do bem jurídico-penal .....   | 62  |
| 2.4 Teorias constitucionalistas .....   | 67  |
| 2.4.1 Teoria constitucionalista ampla ou genérica .....   | 69  |
| 2.4.2 Teoria constitucionalista estrita ou rígida .....   | 71  |
| 2.4.3 Teoria constitucionalista eclética .....  | 73  |
| 2.5 Bem jurídico individual e transindividual .....   | 75  |
| 3 DA NECESSIDADE DE ATUAÇÃO DO DIREITO PENAL FRENTE AOS BENS<br>JURÍDICOS UNIVERSAIS .....                          | 82  |
| 3.1 Das razões invocadas para o afastamento do Direito Penal na tutela de bens jurídicos<br>transindividuais .....  | 88  |
| 3.2 Da imperatividade da proteção penal dos bens jurídicos transindividuais .....                                   | 95  |
| 3.3 Novos delineamentos trazidos pelo interacionismo social e pela criminologia crítica .....                       | 104 |
| CONSIDERAÇÕES FINAIS .....  | 120 |
| REFERÊNCIAS .....   | 123 |

## INTRODUÇÃO

Criminalidade organizada, tráfico internacional de armas, de drogas, de órgãos e de seres humanos, evasão de divisas, lavagem de dinheiro, destruição de ecossistemas, manipulação genética, terrorismo, risco atômico e sonegação fiscal. Este elenco de infortúnios, aparentemente dispostos de forma aleatória, na verdade, resume uma característica comum: a violação de bens jurídicos transindividuais. Nestes, como o próprio nome sugere, as lesões não ficam adstritas a um indivíduo em particular, mas afetam a sociedade como um todo.

Contudo, em que pese a importância desses bens, verifica-se que a ciência jurídica sempre esteve mais voltada à proteção dos conflitos individuais. Neste campo, o Direito Penal é emblemático, sendo que esta visão centralizadora perdura há séculos, remontando à época iluminista (século XVIII), momento em que se concebeu a necessidade de limitar a ação estatal absolutista como forma de proteger a liberdade, a propriedade e a igualdade. Posteriormente, o saber criminal se enveredou no campo do pensamento positivista e científico delineando a figura do delinquente nato, ou seja, aquele que, em decorrência de traços biológicos, já nasceria com tendência à prática de crimes. Acompanhando esta linha de raciocínio, estabeleceu-se, ainda, que o meio social no qual a pessoa se encontra inserida também seria um fator determinante no provável cometimento de crimes.

E assim seguia o Direito Penal. Interpretações meramente deterministas e formais ocupavam o centro das preocupações dogmáticas, resumindo a análises estruturais da tipicidade, antijuridicidade e culpabilidade. Se a conduta perpetrada por um agente era típica, não incidindo nenhuma causa justificante ou eximente, o crime nascia. Bastava, portanto, a subsunção da conduta ao texto normativo.

Contudo, a partir de 1939, os estudos de Edwin Sutherland ganharam notoriedade, desmitificando o imaginário popular de que pessoas pertencentes à alta classe social não cometiam crimes. A partir dessa constatação, as pessoas com alto poder econômico, cultural ou político também foram incluídas na berlinda punitiva, desenvolvendo-se a designação *crimes de colarinho branco*. Ademais, percebeu-se que as condutas criminosas realizadas por este grupo social possuíam um viés funcional que não correspondia aos delitos tradicionais, uma vez que o sujeito ativo utilizava-se da ocupação desempenhada no seio social como meio propício ao cometimento de crimes.

Associado a essa nova concepção criminológica, surge o conceito de criminalidade moderna, significando a lesão aos bens jurídicos transindividuais. Assim, verificou-se que uma única conduta humana pode ocasionar estragos incalculáveis, mesmo que imperceptíveis e desconhecidos, visto que fogem à percepção imediata. A esta situação somou-se um ingrediente que incrementa, ainda mais, o seu lado drástico: o efeito globalizante das consequências nocivas.

Diante desse novo cenário, o sistema jurídico não ficou inerte, acompanhando as principais mudanças sociais. Sendo assim, questiona-se se a tutela penal se faz necessária e legítima neste campo. E, como forma de analisar essa problematização, o presente trabalho desenvolveu-se em três capítulos. No primeiro, o objetivo é entender a dimensão do controle penal contemporâneo. Para tanto, necessário se faz abordar alguns aspectos do neoliberalismo, o seu nascimento e principais postulados, destacando-se a exaltação ao mercado e a mimetização do Estado, a fim de que a estreita ligação entre tal modelo econômico e a expansão do poder punitivo seja devidamente evidenciada.

Posteriormente, retratar-se-á o movimento Lei e Ordem, especificando-o como fruto da aplicação dos preceitos neoliberais, propício ao nascimento de uma política penal maniqueísta, que transforma os problemas sociais em criminais. Sob esse aspecto, torna-se obrigatório tecer críticas ao papel desempenhado pelos meios de comunicação, enfatizando-se o caráter sensacionalista e tendencioso das notícias criminais.

No segundo capítulo, traça-se um recorte histórico sobre a gênese de um discurso minimalista do Direito Penal, como caminho fecundo para ilustrar o Princípio da exclusiva proteção de bens jurídicos, segundo o qual a missão do Direito Penal é proteger os valores essenciais da sociedade. E, na busca de se determinar quais seriam os bens mais caros ao ser humano, erigiu-se a Constituição Federal como referencial idôneo à tutela penal, momento em que as teorias constitucionalistas ampla, restrita e eclética serão descritas. Ainda, nesse campo, discute-se a diferenciação entre bem jurídico individual e transindividual, incluindo a noção de sociedade de risco, cunhada por Ulrich Beck, como expoente de novas formas delitivas macrossociais.

No derradeiro capítulo, como forma de justificar a proteção penal dos bens jurídicos transindividuais, inicia-se a apresentação do lado oposto argumentativo, que sustenta o afastamento das normas penais, para a criação de uma terceira via (direito administrativo sancionador ou direito de intervenção), a fim de tutelar estes novos riscos sociais. Sendo assim, discutir-se-á o principal raciocínio desta ala doutrinária, qual seja, a alegação de que a

incidência do Direito Penal sobre os novos conflitos representa uma renegação aos ideários iluministas, ao mesmo tempo em que configura a expressão de um Direito Penal Máximo.

Para desconstruir este argumento, serão apresentadas duas correntes criminológicas, a saber: *labeling approach* e criminologia crítica. A primeira, também denominada criminologia da reação social ou interacionismo social, representou uma mudança de pensamento ao se distanciar da visão positivista que, até então, predominava no ambiente jurídico. Assim, a sua proposta foi evidenciar que o crime não é um conceito neutro ou uma entidade ontologicamente pré-constituída à conduta, mas sim, uma imposição social alocada em determinados indivíduos por intermédio de reações sociais. Não é a lei quem define o sujeito ativo de uma conduta considerada criminoso. Este poder pertence a uma parte da sociedade que cria ou influencia o projeto de elaboração da lei. Desta nova visão extrai-se o caráter seletivo do Direito Penal.

Aprimorando este caminho trilhado pelos interacionistas, surgiu a criminologia crítica, desnudando a visão macrossociológica da criminalização, que sepulta a imagem secular de que o Direito Penal protege os bens jurídicos mais caros à sociedade. As pesquisas empíricas, apoiadas nos ensinamentos marxistas, demonstrarão que são os sistemas de produção que influenciam na criação das normas penais, sendo que, cada fase econômica corresponde a uma etapa evolutiva do capital, com repercussão direta no poder punitivo do Estado. Portanto, seria ilusório acreditar que a eleição dos bens jurídicos a serem protegidos pelo Direito Penal corresponda à vontade geral da sociedade. No fundo, a sua missão é manter a ordem estabelecida, o *status quo* das relações sociais. Será por isso que a “intromissão” penal nos campo dos bens jurídicos transindividuais incomoda tanto?

## 1 O NEOLIBERALISMO E A CRIMINALIZAÇÃO DA MISÉRIA

Está excluído e estar excluído não é o mesmo que ser explorado. Ser explorado é uma dialética; sem explorado, não existe o explorador, sem dúvida. Mas, o excluído não é necessário para o incluído. O incluído não necessita do excluído. O excluído perturba; é alguém que está demais, alguém que nasceu errado, que é descartável.

Eugenio Raúl Zaffaroni.

É sabido que, nas últimas décadas, o Direito Penal, entendido como o ramo jurídico que criminaliza e sanciona condutas violadoras de bens jurídicos, vem sendo utilizado como instrumento de políticas sociais, abandonando a sua essência de *ultima ratio*. Neste contexto, estratégias de segregação punitiva ganham notoriedade e simpatia popular, incentivando um discurso de luta e proteção do “cidadão do bem” contra o marginal, o inimigo, contra aquele que insiste em delinquir.

Dentro deste aspecto, o papel midiático não pode ser renegado. Por intermédio de uma atuação massiva, os meios de comunicação, em especial a televisão, conseguem transformar o crime em produto de consumo, resultando na formação de um senso comum propício à aplicação recrudescida do Direito Penal. Isso ocorre em decorrência da interpretação errônea que atribui ao crime a responsabilidade por toda e qualquer deterioração social. O problema dessa distorção é que a verdadeira causa das tensões sociais resta ocultada. Assim, pobreza e desigualdades sociais abissais são mascaradas, ao mesmo tempo em que se exalta a falta de determinação de alguns indivíduos indesejados e a convivência legislativa para com eles.

De modo a comprovar a assertiva suscitada, torna-se imprescindível compreender os princípios neoliberais aplicados no campo econômico, decifrando as suas principais premissas e demonstrando a intrínseca relação existente entre aquele modelo econômico e a pulverização dos ditames penais.

## 1.1 A cartilha de políticas públicas dos neoliberais

Conceituar o neoliberalismo não é uma tarefa simples, devido às múltiplas facetas desse fenômeno. Sendo assim, seria perfeitamente possível atribuir-lhe uma conceituação econômica, política, social, jurídica e ética. De acordo com o Dicionário de Economia do Século XXI, o neoliberalismo vem a ser uma “doutrina político-econômica que representa uma tentativa de adaptar os princípios do liberalismo econômico às condições do capitalismo moderno” (SANDRONI, 2005, p. 590). Logo, pode-se afirmar que há uma ligação entre o liberalismo e o neoliberalismo, suscitando a impressão de que este vem a ser o resgate daquele.

No intuito de saber se esta primeira impressão procede, é preciso relembrar os últimos acontecimentos históricos, principalmente o ano de 1929, época em que ocorreu a quebra da Bolsa de Valores de Nova York, ocasionando uma crise sem precedentes na economia americana. Nessa ocasião, vigorava nos Estados Unidos, bem como na maioria dos países, o sistema econômico denominado liberalismo cuja matriz, como explica Nina Ranieri (2001, p. 139), é a concepção de que:

Ao Estado compete um domínio residual, que compreende as ações relativas à soberania e à ordem pública. Todas as demais áreas da vida social, notadamente no que concerne à economia, são franqueadas à iniciativa privada, abstando-se o Estado de qualquer interferência no funcionamento do mercado.

Portanto, a pedra fundamental do liberalismo é o afastamento do Estado a fim de que os próprios indivíduos consigam reger o seu percurso econômico e pessoal. Tal pensamento inaugurou a chamada era moderna e a sua consolidação somente foi possível com o surgimento do modelo jusnaturalista que se contrapõe à visão organicista da sociedade. De fato, antes da chegada da “era moderna” predominava o entendimento de que “a sociedade como um todo vem antes dos indivíduos” (BOBBIO, 2002, p. 4). Seu grande expoente foi Aristóteles, para quem o homem é um animal político que nasce dentro de um grupo social menor (família) e que se aperfeiçoa a partir do seu ingresso num grupo social maior (Estado). Como assinala Bobbio (2002, p. 58), o importante era ressaltar que a sociedade é um todo e o todo está acima das partes, que são os indivíduos:

O indivíduo singular é essencialmente um objeto do poder, ou, no máximo, um sujeito passivo. Mais do que de seus direitos, a tratadística política fala de seus deveres, entre os quais ressalta, como principal, o de obedecer às leis. Ao tema do poder de comando, corresponde – do outro lado da relação – o tema da obrigação política, que é precisamente a obrigação, considerada primária para o cidadão, de observar as leis. Se se reconhece um sujeito ativo nessa relação, ele não é o indivíduo singular com seus direitos originários, válidos também contra o poder de governo, mas é o povo em sua totalidade, na qual o indivíduo singular desaparece enquanto sujeito de direitos.

Contudo, este modelo aristotélico sofreu um declínio substancial a partir do século XVI, período em que se presenciou a Reforma Protestante e a cristalização de uma nova classe social: a burguesia. Até então, toda a estrutura política permanecia nas mãos da realeza que a utilizava de forma absoluta e despótica, estabelecendo direitos tão somente aos aristocratas, deixando de fora as demais camadas sociais. No entanto, os burgueses eram os que possuíam o poder econômico, mas lhes faltava a força política, como relata Castor Ruiz (2004, p. 71):

A burguesia, à diferença da aristocracia, é a classe que não tem honra. Ela pertence à massa do burgo, não possui nobreza e, sem o reconhecimento da nobreza, fica excluída dos títulos nobiliários e dos privilégios que eles outorgam. O burguês tem o poder econômico, mas não tem reconhecimento de *status* diferenciado; ele é um mero indivíduo sem linhagem nem prerrogativas familiares e sangüíneas que lhe possibilitem aceder às estruturas de poder da velha ordem. O burguês se defronta com o paradoxo de deter o controle econômico dos novos modos de produção, mas estar excluído dos dispositivos de poder que conferem a honra e o mando. Ele pertence ao burgo, é um indivíduo, universal, abstrato, sem brasões familiares nem títulos que lhe confirmem reconhecimento de honra familiar ou estamental.

Outrossim, o catolicismo era a religião predominante e, segundo sua concepção, a aferição de lucro era uma atitude pecaminosa, devendo o homem se contentar com o mínimo para a sua sobrevivência. Há de se mencionar, ainda, que esta mesma religião pregava uma origem teológica do poder, no sentido de que as decisões políticas provinham de Deus, cujo representante no mundo terrestre era a pessoa do Rei, do Monarca, do Imperador, do Príncipe, sendo natural a crença na desigualdade das pessoas.

Importante notar que tais compreensões contrariavam os anseios burgueses, afinal, como conjugar a prática de atividades econômicas com o pensamento cristão? Como contrariar as leis soberanas se o Rei era o representante de Deus na terra? Era preciso inverter este pensamento. E o ponto crucial para operar esta mudança, adotando uma interpretação weberiana, foi o surgimento de uma ética calvinista que, além de propiciar a prática lucrativa,

atribuía ao trabalho e ao esforço físico a salvação individual, interpretando o acúmulo de riquezas como sinônimo de benção divina (WOLKMER, 2001, p. 32).

Dessa forma, unindo a vontade da burguesia de controlar o poder político e o seu anseio em deter mais bens materiais, opera-se uma inversão de perspectiva na relação política Estado/cidadão. Este passa a ser o ponto de partida para a construção de uma doutrina moral e jurídica, retirando-se da sociedade o núcleo gravitacional. Nasce uma visão mais libertária e igualitária do indivíduo que, ao invés de súdito, passa a ser considerado cidadão, titular de direitos e não apenas de deveres, como era o pensamento até então predominante.

A partir deste momento surgiu o jusnaturalismo, cuja grande genialidade foi a aplicação de uma ética individualista, concebendo o homem em si mesmo, sem qualquer vínculo social, possuidor de um estado natural originário de perfeita sintonia entre a liberdade e os direitos. Ressalta-se que esse era o único caminho viável para inverter a concepção secular segundo a qual o poder político procede de cima para baixo. Assim, utilizando a doutrina dos direitos naturais, a burguesia logrou encontrar uma fundamentação teórica para limitar o poder do monarca e declarar alguns direitos fundamentais.

O filósofo inglês John Locke foi o grande inspirador dessa nova visão.<sup>1</sup> Em sua obra intitulada *Segundo Tratado sobre o Governo* (1690), Locke defendia a existência de um estado de natureza hipotético, em que os indivíduos eram titulares de direitos naturais como, por exemplo, a propriedade, a liberdade e a vida. Nesse estado de natureza verificava-se a mais perfeita sintonia entre a liberdade e a igualdade, já que a fruição dos direitos ocorria de maneira igualitária, não se permitindo que um indivíduo tivesse mais prerrogativas que o outro.

Outra consideração importante: nesse estágio natural não havia a formação do Estado. Os direitos originalmente concebidos por Locke antecedem à criação do Estado, o qual passa a ser fruto de um contrato social firmado pelos indivíduos. Logo, qualquer limitação à ação individual não poderia ir além do que fora estabelecido consensualmente no contrato social. Observa-se, neste ponto, total discrepância com a visão organicista da

---

<sup>1</sup> Dentro desta versão contratualista do Estado, também ganham destaque as enunciações de Thomas Hobbes condensadas na obra *Leviatã* (1651), considerada o grande marco que inaugura o pensamento político moderno e que antecede, cronologicamente, às formulações lockeanas. Em sua obra, Hobbes afirma que o estado de natureza dos homens é marcadamente beligerante, violento, inseguro, para o qual a única saída seria a criação de um Estado Político que fosse capaz de devolver aos indivíduos o sentimento de paz. Deste pensamento, advém a célebre frase de Hobbes, que o consagrou por séculos: “o homem é o lobo do homem”, preceituando que o Estado é a única esperança que resta aos homens para sair daquele estágio de natureza hostil. Logo, não há direitos oponíveis contra o Estado, já que tais faculdades inexistem no estágio anterior à sua formação. Aqui reside a total discordância entre Hobbes e Locke e o porquê da construção lockeana ir ao encontro dos anseios burgueses.

sociedade, pois, ao contrário desta, inaugura-se uma visão contratualista da formação do Estado, em que as partes (indivíduos) antecedem e são superiores (detentores de direitos) ao todo (Estado).

Como nexos recíprocos deste novo pensamento, surge a noção de Estado de Direito, no qual a legalidade assume função ímpar, tendo em vista que é a lei, fruto do contrato social, que controla a ação executiva, instituindo a competência de agir do governo. E, para que a lei conseguisse alcançar tais objetivos políticos, ela necessariamente deveria ser abstrata, impessoal e geral, não estando vinculada ao arbítrio dos detentores do poder. É a consagração da “superioridade do governo das leis sobre o governo dos homens” (BOBBIO, 2005, p. 18), constituindo-se como a única solução para garantir a liberdade humana e limitar o poder político.

Paralelamente à noção de Estado de Direito, obteve-se o nascimento e a positivação dos direitos fundamentais de primeira dimensão, os chamados direitos civis e políticos. Seu conteúdo gira em torno das liberdades individuais que condicionam a atuação estatal, estabelecendo verdadeira barreira à atuação arbitrária do poder público, que se limita a uma atitude abstencionista, de modo a não interferir na esfera de autonomia do homem.

De acordo com a visão de Agostinho Ramalho Marques Neto (2004, p. 104), este traço pode ser enumerado como marcante da época, pois, até então, “as ordens jurídicas, por assim dizer, não tinham voz para atribuir direitos subjetivos, mas apenas para prescrever obrigações e estabelecer as sanções aplicáveis nos casos de transgressão”.

Todas essas inovações políticas e jurídicas ecoaram no campo econômico, concebendo a formulação de Estado Mínimo, cujo maior patrono é Adam Smith. Em sua obra intitulada *A riqueza das nações*, publicada em 1776, Smith exprime sua ideia central: *laissez faire, laissez passer*, que se traduz na redução do papel do Estado como forma de incentivar a livre iniciativa privada das atividades econômicas, desprendendo-as das leis e regulamentos estatais. O fundamento desta doutrina vem a ser a crença na total eficiência do mercado, que prescinde de um Estado forte, devendo-se abolir os inúmeros regulamentos estatais mercantilistas que configuravam um verdadeiro entrave à livre atuação dos indivíduos. Assim, para o bom funcionamento da sociedade bastava a existência de um Estado mínimo, limitado em suas funções, devendo apenas atuar em três campos: “manutenção da segurança interna e externa, a garantia da propriedade e dos contratos e a responsabilidade por serviços essenciais de utilidade pública.” (MORAES, 2001, p. 13).

Tais formulações, oriundas no século XVIII, receberam a denominação de liberalismo e constituíram o núcleo doutrinário das ações governamentais de diversos países,

incluindo os Estados Unidos. No entanto, a partir do momento em que a economia americana se viu submetida ao debacle de 1929, começou-se a repensar sobre a sua eficácia. Foi então que os democratas conseguiram ganhar as eleições presidenciais de 1933, tendo seu representante, Franklyn Delano Roosevelt, abandonado a visão liberal e proposto medidas de ingerência do governo na economia, que ficaram conhecidas como *New Deal*. Esse intervencionismo social e econômico do Estado americano inaugurou um novo modelo estatal: o *Welfare State*<sup>2</sup> que se fundamenta numa maior intervenção do Estado na geração e na canalização dos investimentos. É o Estado como gestor das ordens econômica e social, como explica Fábio Guedes Gomes (2006, p. 3):

A definição de *welfare state* pode ser compreendida como um conjunto de serviços e benefícios sociais de alcance universal promovidos pelo Estado com a finalidade de garantir uma certa “harmonia” entre o avanço das forças de mercado e uma relativa estabilidade social, suprimindo a sociedade de benefícios sociais que significam segurança aos indivíduos para manterem um mínimo de base material e níveis de padrão de vida, que possam enfrentar os efeitos deletérios de uma estrutura de produção capitalista desenvolvida e excludente.

O documento de referência para esta nova política governamental foi a *Teoria Geral do emprego, do juro e da moeda* de John Maynard Keynes (1936), que prega um aumento do nível de consumo como forma de revigoramento do déficit público. No entanto, esse objetivo apenas seria conseguido se o nível de emprego fosse elevado e houvesse uma participação estatal na promoção de políticas públicas<sup>3</sup> (seguridade social, habitação, moradia, saúde, transporte urbano) suprimindo as lacunas deixadas pela atuação hegemônica dos mercados. (NUNES, 2003, p. 5 e 6).

---

<sup>2</sup> Utilizando os ensinamentos de Luis Moreno (2001, p. 17-24), torna-se necessário explicitar que o Estado de Bem-Estar deita suas raízes históricas na Europa, pela promulgação da legislação britânica *New Poor Law* (1834) que estruturou um sistema de ajuda aos pobres que, até então, ficavam sob a custódia da igreja ou das instituições benéficas, sendo praticamente nula a participação estatal neste campo. Posteriormente, outro fator que contribuiu para a titularidade europeia sobre o modelo de Bem-Estar, foi a implementação de programas estatais de seguridade social, durante o governo de Bismarck (1883) na Alemanha, destinado aos trabalhadores mais necessitados. Em continuidade, Moreno acrescenta que, atualmente, existem dois modelos de Estado de Bem-Estar: o universalista, adotado pela Suécia e Dinamarca, em que alguns direitos sociais são prestados aos cidadãos, sem restrições ou distinções, já que as contribuições sociais são de igual valor para todos os contribuintes. Por outro lado, existe o modelo ocupacional, também denominado bismarckiano que, como o próprio nome sugere, é utilizado pela Alemanha e se funda na ideia de que a prestação dos direitos sociais vai de acordo com a contribuição realizada pelo cidadão.

<sup>3</sup> Também denominadas de programas de ação governamental, as políticas públicas constituem “meios de planejamento para a execução dos serviços públicos” (SANTIN, 2004, p. 35), fornecendo ao Estado um planejamento eficaz de suas atividades. Dessa forma, o poder Executivo, por intermédio de um planejamento, consegue sistematizar e efetivar os direitos sociais, dando vida às prestações positivas do Estado.

Segundo Keynes, portanto, a inferência do Estado assume papel fundamental na reorganização da sociedade, igualando os desníveis provocados pela crescente industrialização e aplicação sistemática do pensamento liberal. Como consequência desta nova construção ideológica, houve o incremento<sup>4</sup> dos direitos fundamentais de segunda dimensão, os ditos direitos sociais,<sup>5</sup> culturais e econômicos, que demandam, exatamente, uma maior intervenção do Estado com a finalidade precípua de promover a justiça social.

E o cenário mundial, sobretudo a partir da 2ª Guerra Mundial, foi a sedimentação da teoria keynesiana, implementada em vários países capitalistas e correspondente aos anos dourados da Europa e da América do Norte. Neste período, descreve Jock Young (2002, p. 16), houve um forte crescimento econômico, alta taxa de produção manufatureira e de empregabilidade, constituindo-se em uma “era de inclusão, de afluência e de conformidade”. Porém, como o percurso histórico é cíclico, essa suposta hegemonia do *Welfare State* começa a decair em razão de três acontecimentos marcantes.

Em primeiro lugar, cita-se o assustador crescimento do mercado financeiro na década de 70, com a intensificação do fluxo transnacional de capitais. A respeito deste processo, Göran Therborn (2008, p. 45) comenta que o mesmo foi um golpe duro à soberania dos Estados, tendo em vista que a geração de capital pelos mercados atingiu um patamar inigualável e a implementação das políticas estatais passaram “a depender da confiança destes mercados”.

Em segundo, há de se atentar que, para cumprir todas aquelas ações sociais, o Estado precisava de capital, leia-se, impostos. Por isso, o Estado Social também ficou conhecido como Estado Fiscal. A partir da década de 70, a demanda por serviços estatais cresceu vertiginosamente, em contrapartida, ninguém queria arcar com tais serviços, fazendo com que as despesas públicas ultrapassassem as receitas (RIVERA BEIRAS, 2004, p. 325). É a famosa crise fiscal dos anos 70, responsável pelos péssimos índices de crescimento econômico e altas taxas de inflação, configurando uma verdadeira recessão pós-guerra (SALINAS, 2009, p.

---

<sup>4</sup> Fala-se em incremento porque a origem de tais direitos fundamentais reporta-se ao cenário totalmente devastador ocasionado pela Revolução Industrial no século XVIII no tocante às condições precárias de trabalho e ao baixo nível salarial dos trabalhadores. Nesta ocasião, sob a influência da crítica socialista, chegou-se à conclusão que a garantia formal das liberdades públicas não era suficiente, posto que a maioria da população não possuía condição material para usufruí-las. Logo, era necessário que o Estado voltasse a interferir, outorgando ao homem prestações sociais estatais, “revelando uma transição das liberdades formais abstratas para as liberdades materiais concretas” dirigidas ao bem estar humano (SARLET, 2007, p. 55). Em suma: “estes direitos, portanto, não são direitos estabelecidos ‘contra o Estado’ ou direitos de ‘participar no Estado’, mas sim direitos garantidos ‘através ou por meio do Estado’” (BEDIN, 2002, p. 62). Para uma visualização mais fidedigna deste cenário de pobreza, *Daens – Um grito de justiça* é ótima indicação.

<sup>5</sup> Vladimir Brega Filho (2002, p. 23) observa que, apesar da denominação “direitos sociais”, estes representam a concretização de uma justiça social referente às reivindicações individuais das classes menos favorecidas, não podendo ser confundidos com os direitos coletivos, que reportam à terceira dimensão.

131). Somando-se a tudo isso, ainda se presenciou a baixa produção de petróleo, mundialmente conhecida como o primeiro choque petrolífero.

Essa crise fiscal do Estado Social também é resultado direto do declínio do modelo societal fordista e do ingresso ao que se denomina de pós-fordismo (RIVERA BEIRAS, 2004, p. 339). Em linhas gerais, o modelo fordista caracterizava-se pela produção em série, em que cada trabalhador desempenhava uma única função predeterminada, transformando a sua força laborativa em uma atividade altamente especializada. Este modelo de organização do trabalho foi aplicado, inicialmente, por Henry Ford (por isso, fordismo) em sua fábrica de automóveis localizada na cidade de Detroit, a *Ford Motor Company*, que tinha como base conceitual as técnicas de produção desenvolvidas por Frederick Winslow Taylor.

Taylor foi o responsável por sistematizar e aplicar uma “divisão técnica do trabalho humano dentro da produção industrial” que consiste em repassar a cada trabalhador uma única função, estritamente necessária à consecução do seu serviço (PINTO, 2007, p. 31). Pondo em prática esta nova equação do trabalho, o taylorismo pretendia eliminar a prática, até então utilizada nas fábricas, de alocar demasiadas funções sobre um único trabalhador, o que lhe ocasionava uma perda desnecessária de energia e tempo para a realização das suas atividades.

Dessa maneira, ao atribuir a cada empregado uma única tarefa que fosse compatível com suas habilidades e conhecimentos técnicos, Taylor acreditava na obtenção de dois resultados concomitantes: rapidez e precisão na execução do trabalho. Em termos práticos, toda essa inovação teve como fundamento a extrema especialização do trabalhador, atribuindo-lhe capacidades técnicas padronizadas e a realização de funções estáticas em um menor tempo possível e sob a vigilância constante da fábrica (PINTO, 2007, p. 37).

Utilizando estes ensinamentos inovadores, implementados por Taylor nas metalúrgicas, Ford conseguiu ampliar a sua produção, ficando mundialmente conhecido como o articulador da produção de massa<sup>6</sup> e da verticalização produtiva, como descreve Geraldo Augusto Pinto (2007, p. 45):

Se a ‘racionalização taylorista permitia uma significativa intensificação do trabalho humano através do controle pela cronometragem dos tempos de operação parciais, no sistema fordista é a velocidade automática da linha de série (do objeto de trabalho, portanto) que impõe ao trabalhador (o sujeito do trabalho) a sua condição de disposição para o labor, estabelecendo, dentro de limites cada vez mais estreitos de tempo, a ‘melhor maneira’ de trabalhar.

---

<sup>6</sup> Para uma melhor visualização do fordismo, sugere-se o filme *Tempos Modernos* no qual o autor Charles Chaplin interpreta Carlitos, funcionário de uma empresa de montagem que segue a linha fordista, demonstrando a fragmentariedade das funções, o controle ostensivo do supervisor e das câmaras de vigilância.

Aliás, neste ponto Raúl Cervini (1995, p. 31) lança uma observação contundente: como o Estado intervencionista adotava o modelo fordista, no qual havia uma produção material em larga escala, era necessário incrementar o consumo de tais bens, “de forma que não se pode conceber o chamado Estado de Bem-Estar Social sem uma sociedade de consumo” que, em última análise, ia ao encontro dos anseios capitalistas.

Isso também foi observado por David Harvey (2010, p. 122) ao explicar que, em decorrência da preocupação de Ford em garantir a sustentabilidade do consumo de bens, a sua fábrica aplicava o seguinte *slogan*: “seu dia de oito horas e cinco dólares”. O objetivo era fornecer ao trabalhador “renda e tempo de lazer suficientes para que consumissem os produtos produzidos em massa que as corporações estavam por fabricar em quantidades cada vez maiores” (HARVEY, 2010, p. 122).

É desta constatação que se justifica a estreita ligação entre o Estado do Bem Estar Social e as ideias de Ford, já que, com a realização de gastos sociais, acreditava-se que o consumo seria incrementado, mantendo a economia forte e a demanda estável. Em suma: tanto no Estado Social como no modelo fordista estava presente a equação keynesiana de que “era possível combinar crescimento ilimitado com uma melhor distribuição da riqueza e uma maior seguridade social”<sup>7</sup> (RIVERA BEIRAS, 2004, p. 338, tradução nossa).

O problema é que, como informado, os gastos estatais assumiram um patamar cuja manutenção tornou-se insuportável. Além disso, a intensificação do mercado financeiro fez nascer um novo polo comercial que requisitava uma maior fluidez nas suas operações, deixando de lado a “racionalidade burocrática técnico-científica” (HARVEY, 2010, p. 133) do modelo fordista. Dessa maneira, aquela visão estanque, de mão de obra desqualificada e burocrática, já não atendia mais aos interesses do volátil mercado financeiro e de serviços.

Diante desta realidade, o fordismo vai perdendo espaço e, em seu lugar, surgem visões alternativas de reestruturação produtiva, entre as quais destaca-se o toyotismo. Implementado no Japão, por intermédio da empresa *Toyota Motor Company*, o toyotismo se caracterizava pela “desverticalização e subcontratação de empresas que passavam a desenvolver e a fornecer produtos e atividades” (PINTO, 2007, p. 53). É o nascimento da terceirização da atividade laborativa e, junto a isso, a gênese do que Harvey (2010, p. 140) denomina de “acumulação flexível”, caracterizada pela queda das barreiras comerciais e estatais que permitiam a entrada e a saída de recursos financeiros. Este novo panorama recebe

---

<sup>7</sup> Era posible combinar crecimiento ilimitado con una mejor distribución de la riqueza y una mayor equidad social. (RIVERA BEIRAS, 2004, p. 338).

a denominação de pós-fordismo, caracterizado pelo trabalho fragmentário, precário, flexível, instável e automatizado.

Ademais, como destaca Maurício Gonçalves Saliba (2008, p. 171), o fluxo de informação adquire posição de destaque, determinando o nível de produção, já que muitas empresas apenas se dedicam à fabricação do produto depois de ter a certeza de que o mesmo foi efetivamente comprado, impondo um estoque zero de mercadorias. Com essa prática, consegue-se uma produção variada e heterogênea, sendo possível o pronto atendimento a diversificadas predileções consumistas (ALVES, G., 2007, p. 246).

E o ponto decisivo dessa derrocada do Estado Intervencionista foi a subida de Margareth Thatcher ao poder, na Inglaterra (1979), e de Ronald Reagan, nos Estados Unidos (1980). Tais políticos passaram a utilizar os ensinamentos de Friedrich August von Hayek e Milton Friedman como bases teóricas para suas ações governamentais. Hayek e Friedman eram economistas que, nos anos de 1944 e 1950, respectivamente, defendiam a volta dos preceitos liberais clássicos, propulsionados pelo mínimo envolvimento do Estado na Economia.<sup>8</sup>

No tocante à mensagem de Hayek, vale destacar a sua obra intitulada *O Caminho da Servidão*, onde realiza um “ataque apaixonado contra qualquer limitação dos mecanismos de mercado por parte do Estado, denunciadas como uma ameaça letal à liberdade, não somente econômica, mas também política” (ANDERSON, 2008, p. 9). Nas primeiras páginas de seu livro, o economista austríaco exprime a sua repulsa ao Estado Intervencionista, comparando-o aos regimes totalitários da Rússia comunista e da Alemanha nacional-socialista<sup>9</sup> que acabaram por tolher a liberdade individual e a competição saudável e necessária entre as pessoas.

Outro alvo de inúmeras críticas de Hayek são os movimentos sociais, principalmente a atuação dos sindicatos, uma vez que tais ações “corroem as bases de acumulação capitalista” (ANDERSON, 2008, p. 10), provocando um aumento do gasto público com a feitura de políticas sociais. Realmente, a força sindical galvanizou ganhos substanciais aos operários,

---

<sup>8</sup> É justo aludir aqui que tanto Hayek quanto Friedman apoiaram suas convicções teóricas nos ensinamentos de Ludwig von Mises que, no ano de 1922, já havia externado a sua crítica ao Estado Social em sua obra conhecida *Economia Comunal*. Contudo, apesar desta importância teórica, realmente são Hayek e Friedman os grandes ícones do neoliberalismo, cujos ideais renderam a Hayek, o Prêmio Nobel de Economia em 1974 e, a Friedman, o mesmo prêmio em 1976.

<sup>9</sup> “O fato de que este novo rumo tomado com tanta esperança e ambição nos fizesse deparar com o horror do totalitarismo representou um profundo choque para esta geração, que se recusa ainda a relacionar uma coisa à outra. (...). Fomos aos poucos abandonando aquela liberdade de ação econômica sem a qual a liberdade política e social jamais existiu no passado. Embora alguns dos maiores pensadores políticos do século XIX, como De Tocqueville e Lorde Acton, nos advertissem de que socialismo significa escravidão, fomos continuamente avançando em direção ao socialismo. E agora, tendo visto uma nova forma de escravidão manifestar-se diante de nós, já esquecemos de tal modo essa advertência que mal nos damos conta da possível relação entre as duas coisas” (HAYEK, 1990, p. 41).

organizando-os e incentivando-os a participarem das decisões políticas das empresas, como forma de reivindicarem seus direitos, como relata Vicente Navarro (2009, p. 92):

Os movimentos operários de fins da década de 60 tomaram de surpresa tanto as organizações operárias como a classe capitalista, que se viram dramaticamente afetadas. Durante os anos 50 e 60, os sindicatos tinham obtido benefícios trabalhistas e bons salários em troca de sua colaboração no processo de racionalização técnica. Haviam colaborado com os empresários no desenvolvimento de experiências sociológicas (pertencentes à escola de relações humanas) destinadas a otimizar a satisfação e motivação dos trabalhadores na fábrica.

Dessa forma, a atitude mais sensata para sair da crise dos anos 70 era voltar com as leis do mercado, devendo o Estado assumir um caráter subsidiário, como mero arrecadador de impostos, sem qualquer vinculação aos gastos sociais, haja vista a sua falta de operacionalidade em lidar com momentos de depressão econômica. E foram exatamente esses saberes promovidos por Hayek e seus aliados que Thatcher e Reagan colocaram em prática durante as suas ações governamentais,<sup>10</sup> recebendo a denominação de neoliberalismo que, como explica Deborah Farias (2007, p. 67), é “uma revisão dos pressupostos econômicos descritos pelos teóricos liberais clássicos”. Nesse mesmo sentido, Nelson Werneck Sodré (1998, p. 19) expõe:

O neoliberalismo, assim, vinha com roupa nova, muito bem confeccionada, primorosa e rigorosamente talhada, substituir o que o colonialismo, em velhos e distantes tempos, usara tanto e com tanto  xito. Tratava-se, no fim das contas, de um novo colonialismo, travestido, enfeitado, cheio de truques e momices.

Assim, partindo do pressuposto liberal de que o Estado   um mal necessário, a teoria neoliberal prega a supremacia do mercado, promovendo-o como “instância reguladora por excelência das rela es econômicas e sociais no capitalismo contemporâneo. Ao mercado

---

<sup>10</sup> Comparando o governo britânico com o americano no que tange   efetiva o de mudanças orientadas para o mercado, Thatcher sai na frente, pois o modelo neoliberal implementado na Inglaterra “foi o pioneiro e o mais puro”, instituindo altas taxas de juros, diminui o de gastos públicos, cria o de leis antissindcais, proibi o de greves nos serviços essenciais do Estado, elimina o de controles financeiros e um amplo programa de privatiza es que atingiu a habita o pública e as indústrias de petróleo, a o, gás, água e eletricidade. Como resultado destas medidas, a dama de ferro conseguiu diminuir os gastos e aumentar a arrecada o. Já nos Estados Unidos, o caminho perseguido por Reagan foi um pouco diverso, tendo em vista algumas peculiaridades deste país, como a inexistência de um estado de bem estar social nos moldes do presenciado na Europa, bem como a insistência americana em realizar uma corrida armamentista com o objetivo de manter a sua superioridade obtida na Guerra Fria. Este último fator foi responsável pelo alto dispêndio estatal, muito embora houvesse cortes sociais significativos, eleva o da taxa de juros e reformula o das leis tributárias a favor das classes dominantes (ANDERSON, 2008, p. 12).

caberia determinar, inclusive, o tipo e a quantidade de investimento na economia, decisão privada com profundos impactos públicos” (DUPAS, 1998, p. 135). Em síntese, menos Estado, mais mercado, caracterizando o processo de desregulamentação da economia.

A justificativa encontrada pelos neoliberais para legitimar o posicionamento antiestatista foi a divulgação de uma ideologia<sup>11</sup> de que tudo que provém do Estado é ineficiente, improdutivo e corrupto, enquanto que o mercado passa a ser glorificado como sinônimo de sucesso produtivo. Logo, nada mais prudente do que retirar do Estado os seus bens e controlar os seus gastos por meio de privatizações e terceirizações, transferindo à iniciativa privada a administração das agências e empresas estatais, como registra Atilio Boron (2008, p. 80):

(...) atualmente a ortodoxia dominante aconselha ‘diminuir’ Estado, liquidar suas empresas para fortalecer o setor privado da economia, e nossos governos estão atuando – com a fúria e o dogmatismo dos convertidos – em função dessas novas idéias. Esta violenta oscilação no ‘clima ideológico’ do capitalismo tem, sem dúvida, enorme significação do ponto de vista das capacidades efetivas do Estado para intervir na vida econômica. O ‘papel retor’ que se atribuía à ideologia desenvolvimentista do pós-guerra foi significativamente diminuído; seus recursos e sua capacidade para executar uma política econômica soberana também.

Seguindo este raciocínio, outra estrutura que necessitava ser restringida era a atuação dos sindicatos. E a via encontrada pelo neoliberalismo para conquistar esse objetivo foi a “restauração da taxa ‘natural’ de desemprego, ou seja, a criação de um exército de reserva de trabalho para quebrar os sindicatos” (ANDERSON, 2008, p. 11). Assim, quanto maior o número de desempregados, maior é o poder de barganha do mercado, que pode promover uma reestruturação produtiva que inclui a reformulação das leis trabalhistas, diminuindo, sensivelmente, os gastos com estas demandas.

---

<sup>11</sup> A respeito da ideologia dominante em que se transformou o neoliberalismo, Perry Anderson (2008, p. 23) realiza a seguinte observação contundente: “(...) economicamente, o neoliberalismo fracassou, não conseguindo nenhuma revitalização básica do capitalismo avançado. Socialmente, ao contrário, o neoliberalismo conseguiu muitos dos seus objetivos, criando sociedades marcadamente mais desiguais, embora não tão desestatizadas como queria. Política e ideologicamente, todavia, o neoliberalismo alcançou êxito num grau com o qual seus fundadores provavelmente jamais sonharam, disseminando a simples idéia de que não há alternativas para os seus princípios, que todos, seja confessando ou negando, têm de adaptar-se a suas normas”. Andréia Galvão (2007, p. 42) explica que essa hegemonia ideológica do neoliberalismo foi conseguida através de um tecnicismo da linguagem, redutor do espaço público de debates, fazendo com que haja uma aparente neutralidade nas decisões governamentais: “As decisões passariam a ser tomadas pelo mercado ou por tecnocratas, supostamente apolíticos e não submetidos a qualquer ordem de pressão. Num governo de *experts* não se admitem críticas e não há espaço para a negociação: as decisões são tomadas por uma ‘elite’ esclarecida, em luta contra o povo ‘irracional’ e conservador, que constitui um entrave à ‘modernidade’, que não percebe ser o neoliberalismo a ‘única escolha possível’”.

E, nesse campo, há de se concordar que as formulações de Hayek experimentaram um êxito espantoso, já que a Inglaterra e os Estados Unidos presenciaram níveis de desemprego massivo, com a conseqüente perda do poder sindical e a diminuição expressiva do número de greves. Em verdade, parte deste sucesso deve-se à significativa redução do “proletariado industrial, fabril, tradicional, manual, estável e especializado, herdeiro da era da indústria verticalizada de tipo taylorista e fordista” e à fortificação do sistema toyotista em que a informalidade e a flexibilidade das relações empregatícias constituem o calcanhar de Aquiles na construção de um contingente de pessoas ávidas por qualquer espécie de trabalho (ANTUNES; ALVES, 2004, p. 336).

Outro resultado provocado pelo prelúdio neoliberal foi a renegação, por parte do Estado, das políticas públicas que proporcionavam à população a prestação de serviços sociais, tais como educação, saúde, moradia. Assim, para aquela parcela da população que não podia dispor de recursos materiais para a aquisição de um dos serviços enumerados acima, o Estado arcava com a sua prestação. No entanto, ao pregar a supressão do Estado econômico, o neoliberalismo também defende o afastamento do Estado das atividades sociais que passam a ficar total e absolutamente desprotegidas, como relata Andréia Galvão (2007, p. 37):

O neoliberalismo combate, em nome de um Estado mínimo e ‘enxuto’, o Estado de bem-estar social e seus congêneres (como o Estado desenvolvimentista brasileiro). Os direitos sociais universais (ou nem tanto, já que não é possível falar em *Welfare State* no Brasil, uma vez que os direitos sociais são restritos e hierarquizados a partir de um critério ocupacional, sendo negados a várias parcelas de trabalhadores autônomos, informais, subempregados) são substituídos por políticas compensatórias e focalizadas, que dão ao ‘cidadão’ precavido – transmutado em cliente – a ‘liberdade’ de adquirir no mercado a forma de proteção social que melhor lhe convém.

Esta mercantilização dos bens sociais está intrinsecamente relacionada à visão defendida pelo reformismo liberal acerca da desigualdade social. Sob este aspecto, Enrique de La Garza Toledo (2009, p. 80) explica que, para o neoliberalismo, a existência de desigualdades sociais é um fator positivo e eficaz, pois incrementa a iniciativa otimizadora e seleciona os indivíduos mais aptos a concorrer no mundo livre do comércio. Por conseguinte, quanto mais distante o Estado estiver dessa área, melhor será, pois o mercado, naturalmente, conseguirá vencer o estágio de pobreza e desigualdade, instalando uma verdadeira justiça social. É a *ordem natural* dos acontecimentos.

Mas, se essa ordem natural não se tornar realidade? A resposta é simples, explica Manoel Luiz Malaguti (1998, p. 64), já que “o sucesso ou o fracasso de cada um depende apenas de a) seus próprios esforços e b) do que lhe é reservado pelo destino”. Em outros termos, os neoliberais responsabilizam o próprio indivíduo pela situação social em que se encontra, seja porque não houve empenho suficiente, ou então, porque ninguém pode escapar da própria sorte. Independente da resposta eleita, em ambas encontra-se a mesma mensagem: o mercado não é culpado e a existência de desigualdades sociais é um dado imparcial, neutro e até admitido. É a aplicação de um verdadeiro darwinismo social, em que impera a grandeza do mais forte.

Por estas razões, os neoliberais assumem, inclusive, uma postura totalmente contrária à universalização do voto. Segundo esse pensamento, ao ampliar aquele direito, o Estado transforma-se em uma máquina ociosa, pois deverá arcar e sustentar os eleitores, ocasionando uma despesa irracional dos recursos materiais. Sendo assim, conclui Reginaldo Moraes (2001, p. 24):

O direito de voto se converteria numa arma de saque dos despossuídos contra os proprietários, e aqueles que ‘não se dessem bem’ no mercado poderiam pretender recuperar terreno mediante a ação política do Estado, a tributação progressiva e a imposição de leis sociais aos proprietários. Seria uma espécie de ‘chantagem’ política.

Aplicando-se tais preceitos, restam apenas dois caminhos a seguir: limitar o acesso e o âmbito do sufrágio e transferir ao mercado a proteção social. A respeito deste último, Asa Cristina Laurell (2009, p. 167) adverte que somente interessa ao mercado a cessão dos bens sociais rentáveis. E, para que isso ocorra, torna-se imprescindível a junção de dois fatores: existência de consumidores que estejam aptos a pagar pela aquisição de tais benefícios e que a prestação pública destes serviços seja de má qualidade. Diante dessas explicações, torna-se passível entender o porquê de a doutrina neoliberal pregar o corte dos gastos sociais públicos.

Contudo, como já ressaltado por Andréia Galvão, o problema desta nova postura é que o cidadão acaba se transformando em consumidor, visto que, cada serviço, antes fornecido pelo Estado, deve ser adquirido, comprado, pago. É a transformação do espaço público em espaço seletivo, no qual o receptor dos benefícios sociais é discriminado de acordo com a sua renda. Ou seja, aquele que não possui recursos financeiros para adquirir os serviços de saúde, educação, moradia, assistência social, segurança, acaba desprovido de tais itens, afinal, quem não paga, não leva.

Tendo em vista essa deterioração dos direitos sociais é que Agostinho Marques Neto (2004, p. 109) afirma que há uma diferenciação crucial entre o neoliberalismo e o liberalismo. O autor informa que o movimento ideário surgido no século XVIII e que fundamentou as Revoluções Americana (1776) e Francesa (1789) se caracterizou por conter uma atitude estatal ativa, no sentido de que o Estado proclamasse direitos, mesmo que estes consistissem em apenas liberdades públicas, como analisado. O movimento neoliberal, por sua vez, ocasionou um verdadeiro desfazimento do conteúdo material dos direitos conquistados ao longo dos séculos, sobrelevando a importância do mercado e inferiorizando o valor da democracia. Dessa forma,

No **terreno político**, princípio e conceitos cruciais, como os de democracia, Estado, Nação, soberania e cidadania fundados no princípio ético da dignidade da pessoa humana, vão se transfigurando e mesmo, num sentido limite, se dissolvendo. (...). O Mercado, esse ser metafísico, inatingível e indestrutível enquanto tal, é o verdadeiro soberano no mundo da economia globalizada (MARQUES NETO, 2004, p. 109).

O resultado desta sistemática não podia ser outro senão o aumento das desigualdades sociais, originando a formação de uma sociedade injusta. E é neste ponto que transparece a face mais nefasta do neoliberalismo. Eis que, em decorrência de sua aplicação, presenciou-se um dramático retrocesso social, cuja característica essencial foi o aumento assustador do segmento pauperizado da população.

Alberto Silva Franco (2000, p. 115) retrata com lucidez as consequências sociais ocasionadas pela onda de exaltação ao comércio, ao comparar que no ano de “1960, 20% da população mais rica do mundo dispunha de uma renda 30 vezes mais elevada do que a dos 20% mais pobres”, sendo que essa diferenciação atingiu um patamar 82 vezes maior, no ano 2000. “Dos 6 bilhões de habitantes do planeta, apenas 500 milhões vivem confortavelmente, enquanto cinco bilhões e quinhentos milhões permanecem na necessidade” (FRANCO, 2000, p. 115). Em síntese, com a aplicação dos paradigmas neoliberais, polarizaram-se as desigualdades sociais, desnivelando ainda mais a pequena parcela da população que usufruía dos benefícios neoliberais, da maioria que carecia da presença estatal.

## 1.2 A expansão dos preceitos neoliberais e a sua chegada em solo brasileiro

Inglaterra e Estados Unidos foram o berço da aplicação dos preceitos liberais. Porém, essa política de fundamentalismo liberal não ficou adstrita às políticas de Thatcher e Reagan, haja vista que seus paradigmas influenciaram a política de outros países, a exemplo da Alemanha com a vitória de Helmut Kohl (1982), da Dinamarca com Schuster (1983), François Mitterrand na França, González na Espanha, Portugal com Soares e na Itália com Craxi. No tocante à América Latina, o Chile é o país precursor na adoção da política neoliberal. A razão desta originalidade, explica Moraes (2001, p. 45), encontra-se no fato de que, durante o governo de Augusto Pinochet (1973-1989), os seus principais dirigentes haviam se formado na Universidade Católica do Chile que, por sua vez, sofreu nítida influência ideológica da Universidade de Chicago, da qual Friedman é o maior expoente e defensor da volta do liberalismo.

A partir da década de 80, os demais países latino-americanos também não ficaram imunes à aplicação dos preceitos neoliberais, sendo esta adoção interpretada como sinônimo de equilíbrio da inflação herdada pelos governos anteriores (SALLUM JR., 1999). Neste contexto, o papel das ditaduras militares foi imprescindível para a consolidação do neoliberalismo, já que quaisquer manifestações sociais contrárias eram duramente reprimidas, garantido, dessa forma, um ambiente estável para a sedimentação da “nova racionalidade econômica” (GROS, 2002, p. 38).

No caso do Brasil, o ponto primordial para a consolidação da política neoliberal foi a suplantação da Era Vargas, que se caracterizou como um Estado desenvolvimentista, com presença forte e central nas decisões políticas e econômicas. Esta experiência perdurou durante as décadas de 30 a 70. Em 1983, o Estado Vargas experimentou uma crise que o desagregou completamente. Trata-se da crise fiscal, propulsionada pela incontável dívida externa assumida pelo Brasil, que eliminou os investimentos e os empréstimos internacionais, debilitando o pagamento dos débitos e o equilíbrio das finanças públicas. Tal contratempo acabou repercutindo no campo político, motivado pela intenção dos antigos aliados do Estado desenvolvimentista de adoção das ideias neoliberais como caminho de superação, conforme explica Sallum Jr. (1999, p. 26):

No correr da década dos 80 foi tornando-se claro para o empresariado que a retomada do crescimento econômico e a redução das tensões sociais já não

poderia depender da presença dominante do Estado no sistema produtivo. Pelo contrário, ela dependeria da ampliação do grau de associação da burguesia local com o capital estrangeiro e envolveria concessões liberalizantes em relação ao padrão de desenvolvimento anterior. Agora, o empresariado combate o intervencionismo estatal, clama por desregulamentação, por uma melhor acolhida ao capital estrangeiro, por privatizações, etc. Em suma, passa a ter uma orientação cada vez mais desestatizante e internacionalizante.

Neste ponto, há de se ressaltar a forte pressão dos Estados Unidos sobre a América Latina para a adoção dos preceitos neoliberais que ficaram regulamentados no Consenso de Washington (novembro de 1989). Este vem a ser uma cartilha de recomendações elaborada pelo governo norte-americano juntamente com as instituições financeiras internacionais (Fundo Monetário Internacional, Banco Interamericano de Desenvolvimento e Banco Mundial) a ser obedecida pelos países emergentes que quisessem adquirir novamente os fluxos financeiros internacionais, suspensos na década de 80 (CARCANHOLO, 1998, p. 25). Como tais orientações foram proferidas na cidade de Washington, o economista John Williamson as denominou de Consenso de Washington, cujos postulados fundamentais eram: disciplina fiscal, liberalização do comércio e política de privatizações.

Sallum Jr. (1999, p. 27) adverte que, mesmo nesse período, ainda houve uma certa repulsa em adotar a política neoliberal, a exemplo da Constituição Federal de 1988,<sup>12</sup> na qual se presenciava a “ampliação das limitações ao capital estrangeiro, com o aumento do controle estatal sobre o mercado em geral com a multiplicação dos mecanismos de proteção social aos funcionários, trabalhadores, aposentados e assim por diante.”

Neste cenário, onde se verificava diametralmente a polarização de posições antagônicas, que variavam entre a liberalização e a estatização do mercado, vêm as eleições presidenciais de 1989, na qual Fernando Collor de Mello obteve vitória sobre o seu adversário, Luis Inácio Lula da Silva, sedimentando a entrada do Brasil na era neoliberal. De fato, o projeto neoliberal foi galgando degraus cada vez maiores. Utilizando o argumento de superação da crise fiscal deixada pelo Estado Desenvolvimentista, o governo Collor iniciou uma redução progressiva das tarifas de importação, formalizou privatizações de empresas estatais, desregulamentou as atividades econômicas e comprometeu a rede protetiva às empresas privadas nacionais.

---

<sup>12</sup> Como forma de comprovar esta barreira erguida pela Constituição, Arnaldo Godoy (2004, p. 60) cita algumas passagens do pensamento de Roberto Campos, “o mais ferrenho defensor do neoliberalismo no Brasil, e que foi constituinte na assembléia de 1986”. De fato, Campos externou o seu total repúdio ao texto constitucional, afirmando que o mesmo possuía um alto teor socializante e uma cultura antiempresarial, transformando o Brasil num país não receptível a investimentos estrangeiros.

Aqui há de se fazer um parêntese para sublinhar que, muito embora Collor tenha iniciado essa inflexão liberal, foi somente com o governo de Fernando Henrique Cardoso (1995-2002) que o projeto neoliberal ganhou força total. De acordo com uma primeira interpretação, essa supremacia se deve ao fato de Fernando Collor ter fracassado em suas promessas eleitorais, seguindo caminho totalmente oposto, o que provocou o aprofundamento da crise brasileira iniciada na década de 80. Sob esse aspecto, Sallum Jr. (1999, p. 28) resume:

Com efeito, para estabilizar a moeda, o Plano Collor colocou em xeque a segurança jurídica da propriedade privada: além de retomar o congelamento de preços, seqüestrou e reduziu parte dos haveres financeiros do empresariado e da classe média. O governo, ademais, sujeitou as organizações tradicionais de representação empresarial a ataques verbais sistemáticos e articulou, em paralelo, grupos de empresários para lhe dessem suporte na implementação de sua política de desenvolvimento. Pretendeu exercer o poder dissociado da classe política e seus mecanismos tradicionais de sobrevivência. Reduziu as despesas do Estado desorganizando a administração pública com dispensas arbitrárias e em massa de funcionários. Tentou fragilizar as organizações operárias que se lhe opunham incentivando organizações alternativas ligadas ao governo.

Sob outra interpretação, o apogeu neoliberal da era Cardoso deve-se ao sucesso do Plano Real, que possibilitou a estabilização e a sobrevalorização da moeda brasileira, ganhando simpatia de grande parcela da população que, à primeira vista, havia melhorado as suas condições de vida. Outrossim, não se pode esquecer a apologia midiática de favorecimento ao presidente Fernando Henrique Cardoso, que constituiu um importante canal na construção de um senso comum propício à aplicação das suas medidas governamentais.

Indubitavelmente, não se verificou antes uma aplicação tão robusta do reformismo liberal. A própria Constituição Federal não ficou imune a este ideário, tendo vários de seus dispositivos alterados, a exemplo do artigo 170, inciso IX<sup>13</sup> que estabelecia um tratamento jurídico privilegiado às empresas brasileiras de capital nacional de pequeno porte. No entanto, com a Emenda Constitucional nº. 06, de 15 de agosto de 1995, o referido dispositivo constitucional passa a dispensar um tratamento diferenciado a qualquer empresa de pequeno porte, constituída sob as leis brasileiras, não importando mais a origem do capital, se nacional ou estrangeiro.

---

<sup>13</sup> Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: IX - tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País.

Em decorrência dessa revisão de posicionamento, o artigo 171,<sup>14</sup> também da Lei Maior, foi revogado pela mesma Emenda, pois não havia mais sentido em diferenciar empresa brasileira de capital nacional, de empresa brasileira de capital estrangeiro, para fins de licitação, contratação de bens e serviços públicos e exploração de recursos minerais e hidráulicos. E essa mesma Emenda Constitucional realizou mais uma importante mudança, agora na redação do artigo 176, §1º, ao permitir à União a possibilidade de contratar com empresas privadas a realização de atividades de pesquisa e lavra de petróleo e gás natural.<sup>15</sup>

Isabella Jinkings relembra mais uma prática operada pelo governo FHC, que atesta a sua aliança ao neoliberalismo: a venda de empresas públicas que alcançaram “a cifra astronômica de quase 27 bilhões de dólares em 1998” (2007, p. 95), contra “menos de dois bilhões de dólares em 1991” (2007, p. 94). O problema desta prática é que, na maioria das vezes, para operar as atividades privatizantes, o Estado realizava vultosos investimentos e até a assunção de suas dívidas. O resultado pode ser apresentado em números:

Até dezembro de 1998 o governo tinha gastado mais dinheiro do que as privatizações arrecadaram. Assim, naquele ano, o governo afirmava que, somando os valores das vendas e das dívidas das empresas que foram transferidas para os novos proprietários, conseguiu arrecadar cerca de 85 bilhões de reais. A questão é que, segundo os dados de Biondi, o governo gastou aproximadamente 87 bilhões de reais para “organizar” essas empresas para venda. Este valor inclui os investimentos feitos antes da privatização, as dívidas das empresas que o governo assumiu, o

<sup>14</sup> Redação original: Art. 171. São consideradas:

I - empresa brasileira a constituída sob as leis brasileiras e que tenha sua sede e administração no País;

II - empresa brasileira de capital nacional aquela cujo controle efetivo esteja em caráter permanente sob a titularidade direta ou indireta de pessoas físicas domiciliadas e residentes no País ou de entidades de direito público interno, entendendo-se por controle efetivo da empresa a titularidade da maioria de seu capital votante e o exercício, de fato e de direito, do poder decisório para gerir suas atividades.

§ 1.º A lei poderá, em relação à empresa brasileira de capital nacional:

I - conceder proteção e benefícios especiais temporários para desenvolver atividades consideradas estratégicas para a defesa nacional ou imprescindíveis ao desenvolvimento do País;

II - estabelecer, sempre que considerar um setor imprescindível ao desenvolvimento tecnológico nacional, entre outras condições e requisitos:

a) a exigência de que o controle referido no inciso II do caput se estenda às atividades tecnológicas da empresa, assim entendido o exercício, de fato e de direito, do poder decisório para desenvolver ou absorver tecnologia;

b) percentuais de participação, no capital, de pessoas físicas domiciliadas e residentes no País ou entidades de direito público interno.

§ 2.º Na aquisição de bens e serviços, o poder público dará tratamento preferencial, nos termos da lei, à empresa brasileira de capital nacional.

<sup>15</sup> Redação dada pela EC 06/95 ao artigo 176, § 1º: “A pesquisa e a lavra de recursos minerais e o aproveitamento dos potenciais a que se refere o “caput” deste artigo somente poderão ser efetuados mediante autorização ou concessão da União, no interesse nacional, **por brasileiros ou empresa constituída sob as leis brasileiras** e que tenha sua sede e administração no País, na forma da lei, que estabelecerá as condições específicas quando essas atividades se desenvolverem em faixa de fronteira ou terras indígenas” (grifos nossos).

**Redação original do artigo 176, §1º:** “A pesquisa e a lavra de recursos minerais e o aproveitamento dos potenciais a que se refere o caput deste artigo somente poderão ser efetuados mediante autorização ou concessão da União, no interesse nacional, **por brasileiros ou empresa brasileira de capital nacional**, na forma da lei, que estabelecerá as condições específicas quando essas atividades se desenvolverem em faixa de fronteira ou terras indígenas”. (grifos nossos).

dinheiro em caixa que ficou nas empresas, entre diversos outros itens (JINKINGS, 2007, p. 96).

E, realmente, os números não são favoráveis ao “milagre” neoliberal brasileiro. No início do segundo mandato eletivo de FHC (final de janeiro de 1999), a moeda brasileira teve uma desvalorização de 50% e os gastos financeiros com o débito da dívida externa simplesmente saltaram de R\$ 120 bilhões para R\$ 274 bilhões entre os dois mandatos eletivos do presidente tucano. Ademais, a estabilidade monetária e o controle da inflação somente foram alcançados à custa de elevadas taxas de juros aplicadas no mercado nacional, o que acabou desestimulando a produção das empresas brasileiras, haja vista a dificuldade de competir com o mercado estrangeiro. Tal prática obteve reflexo imediato no campo social. Utilizando dados fornecidos pelo Departamento Intersindical de Estatística e Estudos Socioeconômicos (Dieese), em parceria com o SEADE (Fundação Sistema Estadual de Análise de Dados), constatou-se que “a média anual da taxa de desemprego situava-se em 10%. Em 2003, o índice salta para 19,9%” (JINKINGS, 2007, p. 85). E os números não param por aí, eis que:

No ano de 1997, cerca de 15% da população brasileira, aproximadamente 24 milhões de pessoas, viviam com renda inferior à linha da indigência, ou seja, os rendimentos por eles auferidos não lhes permitiam adquirir uma cesta de alimentos que contemplasse as necessidades de consumo calórico mínimo de um indivíduo. Nesse mesmo ano, 34% dos brasileiros, cerca de 54 milhões de pessoas, viviam abaixo da linha de pobreza (MENDES et al, 2004, p. 48).

Sob esta temática, Gilberto Dupas (1998, p. 151), ao analisar a renda média da população brasileira no período de 1990 a 1996, verificou “que com o Plano Real um número muito importante de brasileiros com rendimento próximo à linha de pobreza pôde sair da condição formal de pobres”. Contudo, essa melhoria foi apenas aparente, já que houve um agravamento da situação daquelas pessoas que continuavam *pobres*, “ou seja, a distribuição de renda entre os pobres parece ter piorado, acentuando o que se poderia chamar de *lumpenização da pobreza*” (DUPAS, 1998, p. 151).

Também delatando os efeitos prejudiciais da política neoliberal, encontra-se Ramón Casilda Béjar (2004, p. 06, tradução nossa), consultor do Banco Interamericano de Desenvolvimento, ao admitir que o abismo social provocado por aquela prática política não é privilégio brasileiro:

América Latina ingressou no terceiro milênio com mais de 450 milhões de pessoas e mais de 1/3 de sua população vivendo na pobreza (com renda diária inferior a 2 dólares) e quase 80 milhões de pessoas sofrendo da pobreza extrema, com renda diária inferior a 1 dólar. Ao finalizar a década, a América Latina seguia apresentando a maior desigualdade que qualquer outra região do mundo quanto à distribuição de renda e dos ativos (incluindo a terra).<sup>16</sup>

O que se pretende evidenciar é que, por onde a ideologia neoliberal foi aplicada, presenciou-se, paralelamente, uma intensificação da exclusão socioeconômica, com o consequente aumento da miséria. O pior é que tal realidade é interpretada pelos ideólogos neoliberais como o “custo social” do progresso.

### 1.3 A crise do Direito Penal em decorrência do neoliberalismo

Caracterizado o neoliberalismo, resta delimitar os efeitos dessa configuração contemporânea sobre o sistema jurídico, pois, como ensina Wolkmer (2001, p. 82), a instância jurídica não existe por si só enquanto estrutura normativa autônoma e acabada. Pelo contrário, é “reflexo cultural da confluência de uma determinada produção econômica com as necessidades da formação social e da estrutura de poder dominante” (WOLKMER, 2001, p. 82). Levando em consideração tais argumentos, conclui-se que o direito também ficou submerso na arena coercitiva do neoliberalismo.

Aliás, tal afirmação já foi evidenciada quando da análise da estrutura nacional e os reflexos produzidos por essa política no texto constitucional durante o governo FHC. Analisando esta realidade, Michael Hardt e Antonio Negri (2010) contribuem para a sua elucidação ao apresentarem a ideia de *Império*,<sup>17</sup> figura política que personifica a hegemonia do capitalismo internacional financeiro, *o poder soberano que governa o mundo* e que não respeita as barreiras territoriais dos antigos Estados Nação, destruindo tudo que for um óbice

<sup>16</sup> América Latina ingresó en el tercer milenio con más de 450 millones de personas, y más de un tercio de su población viviendo en la pobreza (con ingresos inferiores a los 2 dólares diarios) y casi 80 millones de personas padeciendo pobreza extrema, con ingresos inferiores a 1 dólar diario. Al finalizar la década, América Latina seguía mostrando mayor desigualdad que cualquier otra región del mundo en cuanto a la distribución del ingreso y de los activos (incluida la tierra).” (CASILDA BÉJAR, 2004, p. 06).

<sup>17</sup> Há de se ressaltar que Império não se confunde com Imperialismo pois este traz ínsito ao seu conceito a ideia de submissão pela guerra, do uso da força física, sendo que a dominação somente ocorre nestas circunstâncias, deixando visível a sua instabilidade, já que a qualquer momento o oprimido pode se rebelar e oferecer resistência à dominação física (HARDT; NEGRI, 2010, p. 12 e 13).

aos seus anseios. Nem as legislações ficam imunes ao poder de aniquilação do Império, que, sem titubear, as destrói ou as altera.

Sob essa perspectiva, e adentrando o campo do Direito Penal, já que esse ramo, como bem destacou Lorenzo Morilla Cueva (2002, p. 03),<sup>18</sup> é o mais suscetível às variações ideológicas e política de uma sociedade, tem-se o fortalecimento do aparelho repressivo estatal como forma compensatória do esfacelamento do Estado Social. Assim, ao invés do Estado realizar uma política pública voltada para o saneamento do desamparo social, ele vai no caminho totalmente oposto e inócuo que é a criminalização dos problemas sociais causados pelo sistema econômico adotado.

É a “despolitização dos conflitos sociais e politização da questão criminal” (BATISTA, N., 2003, p. 14). A lógica para se entender esse mecanismo é simples. Ao pregar uma visão antiestatal no campo econômico e social, o neoliberalismo fomenta a criação de um abismo social, separando de forma ortodoxa aqueles que possuem condições econômicas para a aquisição de bens materiais e serviços públicos, daqueles que não as possuem. Logo, esta última classe, totalmente esquecida e abandonada pelo Estado, transforma-se em algo indesejável, ofensivo aos olhos da sociedade, cuja visibilidade deve ser evitada a qualquer custo.

Daí advém a parte contraditória do neoliberalismo, já que para conter a visibilidade da miséria provocada pela aplicação de seus preceitos, exige-se um Estado forte no que se refere ao aparato policial, transformando o Direito Penal em instrumento de gestão e refúgio social. Afinal, como já observado por Hayek (1990, p. 65), o neoliberalismo necessita de uma “estrutura legal elaborada com inteligência e sempre aperfeiçoada”. Assim, se por um lado os neoliberais exigem e proclamam um Estado Mínimo na esfera social e econômica, por outro lado, passam a defender o surgimento de um Estado Máximo no que diz respeito ao controle policial dos problemas sociais. Para João Alberto Schützer del Nero (2002, p.111), esta nova configuração da vivência social corresponde exatamente a uma concepção negativista do Estado, em que este, pelo fato de não poder ingerir na economia, desempenha apenas uma função de “manutenção da ordem, mediante o estabelecimento de normas imperativas e coativas”.

---

<sup>18</sup> “Ninguna parcela del Ordenamiento jurídico es más sensible a las variaciones ideológicas que el Derecho Penal. Como ya ha sido apuntado, la influencia de los cambios políticos en las leyes punitivas es evidente con una simple ojeada por fugaz que sea a las historia de los pueblos. El derecho de castigar expresa, en gran medida, la ideología y, en consecuencia, las convicciones o falta de convicciones jurídicas de una determinada sociedad”. Tradução livre: “Nenhum ramo do ordenamento jurídico é mais sensível às variações ideológicas que o Direito Penal. Como salientado, a influência das variações políticas nas leis punitivas é evidente, bastando uma simples e rápida consulta às histórias dos povos. O direito de castigar expressa a ideologia e, em consequência, as convicções ou as faltas de convicções jurídicas de uma determinada sociedade”.

Como forma de elucidar esta nova função desempenhada pela Direito Penal, os ensinamentos de Loïc Wacquant constituem o melhor caminho. Nas obras *As Prisões da Miséria* (2001), *Punir os Pobres: a nova gestão da miséria nos Estados Unidos* (2003) e *Os condenados da cidade* (2005), Wacquant elucida a relação lógica entre o surgimento e o fortalecimento de um Estado policial e penitenciário e o enfraquecimento do Estado - Providência. Para chegar a esta conclusão, o autor relembra os anos 80, época em que o governo dos Estados Unidos e da Europa executaram cortes substanciais nos orçamentos destinados a programas sociais, saúde e educação.

Conforme analisado, este período corresponde ao clímax da aplicação dos ideários neoliberais. Em decorrência desta retração das políticas públicas, as disparidades sociais cresceram vertiginosamente,<sup>19</sup> aumentando ainda mais as massas de pobreza “que ao se combinarem, alimentam o crescimento inexorável da violência criminal, transformada em principal flagelo das grandes cidades” (WACQUANT, 2001, p. 8). Até este ponto, as constatações de Wacquant não causam perplexidade, visto que este dinamismo restou analisado quando da apresentação dos preceitos neoliberais.

No entanto, a grande contribuição doutrinária do autor é evidenciar que, como consequência daquele ciclo, tem-se o nascimento e a glorificação do controle dos miseráveis pela força, inaugurando-se uma verdadeira ditadura sobre os pobres. Dito em outras palavras, o Direito Penal passa a “mascarar e conter as conseqüências sociais deletérias, nas regiões inferiores do espaço social, da desregulamentação do trabalho assalariado e da deterioração da proteção social” (WACQUANT, 2001, p. 22). Dessa forma, não é de se estranhar o estrondoso aumento da população carcerária, sendo os Estados Unidos um exemplo emblemático, haja vista que, entre os períodos de 1980 a 2008, o número de encarcerados triplicou (PÉREZ CEPEDA, 2010, p. 283).

O interessante é observar que as altas taxas de encarceramento não corresponderam a um aumento da criminalidade violenta, sendo, na verdade, fruto de dois fatores cumulativos. Primeiro, a ostensiva perseguição policial a crimes normalmente perpetrados por aqueles que careciam do amparo estatal, tais como os “negócios com drogas, furto, roubo, ou simples atentados contra a ordem pública” (WACQUANT, 2001, p. 83). Segundo, pela “extensão da

---

<sup>19</sup> A título de ilustração, Wacquant (2005, p. 30) informa que nos Estados Unidos, a parcela dos norte-americanos mais ricos dobrou em uma década, saltando de 17,6% em 1976 para 36,3% em 1989. Em contrapartida, “há mais gente vivendo abaixo da ‘linha de pobreza’, em 1992, do que em qualquer outra época desde 1964: 36 milhões de pessoas, incluindo uma em cada três famílias negras ou latinas”. Já na Comunidade Europeia, foi o crescimento do número de desempregados que assusta: “de 2,9% em 1973 para cerca de 11% em 1987”.

pena privativa de liberdade para uma gama de crimes que até então não incorriam em condenação à reclusão” (WACQUANT, 2003, p. 64).

Paralelamente ao aumento da população carcerária, também se presenciou um alto investimento nesse setor, que correspondia a cortes cada vez mais frequentes nos serviços públicos de assistência à população. É o *business* penitenciário americano, onde a gestão punitiva se torna um negócio lucrativo.

Assim, enquanto os créditos penitenciários do país aumentavam 95% em dólares constantes entre 1979 e 1989, o orçamento dos hospitais estagnava, o dos liceus diminuía em 2% e o da assistência social, em 41%. **Os Estados Unidos fizeram a escolha de construir para seus pobres casas de detenção e estabelecimentos penais em lugar de dispensários, creches e escolas.** (WACQUANT, 2001, p. 88, grifo nosso).

Outro dado levantado por Wacquant é a utilização da ideologia de repressão, por meio de mecanismos técnicos de equiparação do crime à guerra, em que o criminoso deve ser eliminado. Seguindo esse raciocínio, o problema da criminalidade fica simplificado, isolado totalmente das questões sociais. O crime passa a ser visto como um desvio pessoal, uma opção individual entre seguir o bom caminho ou desviar-se para o mundo da criminalidade. As questões sociais que influenciaram essa escolha são abandonadas, “esquecidas”.

Afinal, torna-se muito mais fácil “dissociar a criminalidade dos indicadores sociais, reduzindo aquela a um desvio de personalidade” (MAZZILLI NETO, 2007, p. 29). Ou, nos dizeres de Wacquant (2005, p. 28): “É tentador encarar explosões de violência coletiva ‘vinda de baixo’ como sintomas de crise moral, de patologias das classes baixas, ou como tantos outros indícios de iminente ruptura societal da ‘lei e da ordem’”.

É curioso reparar que esse discurso de falta de determinação do indivíduo em optar por melhores alternativas é fruto do pensamento neoliberal. Trata-se da mesma associação realizada quando se constata que a *ordem natural* não se verificou e o indivíduo passa a ser encarado como um indolente, um condenado à própria sorte.

O nó punitivo faz-se elo de curiosa intersecção, e assim se transmuda e descentraliza o foco político: a grande fratura da nossa sociedade não parece ser mais uma fratura de classe, mas uma fratura moral (entre bons e maus, bandidos e cidadãos, violentadores e violentados), a luta ‘de’ classe foi desfocada, para reinar soberana, em seu lugar, a luta ‘contra’ a criminalidade; fratura naturalmente afinada, por sua vez, com a máxima neoliberal segundo a qual ‘a grande fratura da nossa sociedade não é aquela que separa ricos e pobres, mas aquela que separa indivíduos capazes e incapazes de serem responsáveis por si mesmos’. (Lawrence Mead). (ANDRADE, 2009, p. 351).

A etiologia desse efeito redutor do discurso punitivista reside na aplicação de uma criminologia positiva (ANDRADE, 2003a, p. 34), tendo como principais precursores Cesare Lombroso (1835-1909), Raffaele Garofalo (1852-1934) e Enrico Ferri (1856-1929). O marco inicial deste pensamento criminológico foi a publicação da obra *L'Uomo Delinquente I* (1876), na qual Lombroso expõe o seu conceito de criminoso atávico ou, na denominação de Ferri, criminoso nato (ALVAREZ, 2002, p. 679). Como o próprio nome indica, esta construção de pensamento parte do pressuposto de que existem indivíduos portadores de traços físicos e mentais predispostos à prática de crimes. Em outras palavras, há pessoas que já nasceriam com tendência a ser delinquentes, pelo simples fato de sua constituição genética assim estabelecer, a exemplo da epilepsia, formas anormais do crânio e mandíbula e assimetrias na face.

Para o positivismo criminológico, o infrator é um prisioneiro de sua própria patologia (determinismo biológico) ou de processos causais alheios ao mesmo (determinismo social): um ser escravo de sua carga hereditária, enclausurado em si e separado dos demais, que mira o passado e sabe, fatalmente escrito, seu futuro: um animal selvagem e perigoso. (GOMES; GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, 2002, p. 75 e 76).

Há de se ressaltar que Enrico Ferri aprofundou os conhecimentos apresentados por Lombroso, acrescentando o fator social e ambiental à criminalidade, dando origem à tríplice ordem de fatores que necessariamente levam a descobrir um potencial criminoso: a causa individual (orgânica ou psíquica), o meio ambiente telúrico (em que se analisa as condições climáticas, a umidade e o calor, por exemplo) e o ambiente social, tais como os fatores socioeconômicos e culturais (ANDRADE, 2003b, p.36). Desta concepção advém a classificação lançada por Ferri do criminoso nato, louco, passional, ocasional e habitual (FERNANDES, N.; FERNANDES, V., 2002, p. 90 e 91).

O resultado da aplicação do inatismo ao mundo do crime foi a neutralização dos problemas sociais, concebendo-se a criminalidade “como um fenômeno natural, causalmente determinado” (ANDRADE, 2003a, p. 35). Caberia à criminologia tão somente identificar e diagnosticar os indivíduos portadores desses comportamentos tendenciosos, classificando-os como seres anormais, desviantes e perigosos.

Por conseguinte, efetivando a ideia semeada pelos criminólogos positivistas, o aumento da criminalidade desprende-se da noção de violência institucional<sup>20</sup> e estrutural, afastando-se de qualquer relação com o desmantelamento do Estado Social. A preocupação reside em selecionar o criminoso para proteger o seio social.

Em seu momento ‘clínico’, o positivismo incorporou, conseqüentemente, a linguagem médica para identificar problemas sociais (clínica criminológica, diagnóstico, prognóstico, tratamento). Tudo isso serviu para estabelecer, sobre a realidade de classe da população penitenciária, associações entre o pobre, o feio, o anormal e o perigoso. E ao contrário, também: o rico, o são, o belo, o inofensivo, livrando-se assim as condutas danosas dos poderosos e constituindo-se um estereótipo do delinqüente, que pertencia sempre às classes subalternas (DE CASTRO, 2005, p. 74).

Como resultado direto destas operações ideológicas, surgem os discursos que pregam a aplicação de um Direito Penal Máximo,<sup>21</sup> em que todos os problemas sociais seriam resolvidos pela aplicação de um arsenal punitivo duro, recrudescido e forte. Somente o aumento da produção legislativa penal e das penas privativas de liberdade, com a conseqüente diminuição das garantias materiais e processuais do acusado, proporcionariam a tão almejada segurança pública. Portanto, para os adeptos desse movimento, o Direito Penal serviria apenas para manter e assegurar a ordem vigente, posto que o crime é visto como uma anormalidade a ser punida e reprimida severamente, sem qualquer vínculo social.

Exemplo desse discurso de combate ao criminoso foi a política de Tolerância Zero iniciada na década de 90 pelo prefeito de Nova York, Rudolphi Giuliani, e pelo chefe de polícia, William Brattom, cujo objetivo era limpar as ruas dos destroços humanos imprestáveis para o sistema econômico. Vale dizer, o Direito Penal tinha que estender os seus tentáculos sobre a população marginalizada e empobrecida, por meio de uma perseguição ostensiva e permanente do aparato policial. Com essa medida, dava-se a impressão de que tudo estava sob controle, de que não existia pobreza, desigualdade social, de que o espaço urbano, finalmente, se igualava à beleza de um *shopping center*.

De acordo com Laurindo Dias Minhoto (2001, p. 414), essa prática de retirar do espaço urbano tudo aquilo que não seja confortável aos olhos humanos denomina-se

---

<sup>20</sup> É importante ressaltar que violência institucional é a atitude omissiva do Estado de propiciar aos seus cidadãos condições mínimas de uma existência digna, dos requisitos básicos de cidadania, como alimentação, moradia, educação, assistência médica e demais fatores.

<sup>21</sup> Esta aplicação de um Direito Penal Máximo caracteriza o *Movimento Lei e Ordem* que se desdobra na aplicação de uma política de Tolerância Zero e Direito Penal do Inimigo, cuja maior característica vem a ser a incisiva preocupação com os efeitos da criminalidade, obscurecendo a sua verdadeira causa: a exclusão socioeconômica.

“gentrificação da metrópole contemporânea”. Seu objetivo é manter a alta valorização dos imóveis situados nos centros das metrópoles, por meio da “limpeza humana”, dando a impressão de que o centro urbano é dotado de infraestrutura semelhante a de um parque aquático.

Ressalta-se que esta política ostensiva tinha como referencial teórico a corrente criminológica denominada “Teoria Da Janela Quebrada” (*Broken Windows*). Idealizada por James Q. Wilson e George Kelling em 1982,<sup>22</sup> sua principal proposta era a punição severa dos pequenos delitos, a fim de evitar a prática de ações mais graves. Para justificar este posicionamento, Wilson e Kelling utilizaram o seguinte silogismo: se a janela de um prédio estiver quebrada e ninguém se dispuser a consertá-la, a sensação que se obtém ao vê-la é de desleixo, de abandono e impunidade. Tal situação transmite uma mensagem implícita de permissividade na aplicação de castigos, impulsionando mais desordens e mais delinquências, num círculo vicioso.

Conclusão: as pequenas incivildades deveriam ser duramente reprimidas a fim de que os delitos maiores não florescessem. Afinal, “quem rouba um ovo, rouba um boi” (WACQUANT, 2001, p. 25). Logo, seria urgente que a menor indicação de desvio do comportamento “normal” fosse prontamente punida, como forma não só de “cortar o mal pela raiz”, mas também para servir de modelo às demais pessoas que sonhassem em desrespeitar o sistema penal.

Ilustrando a aplicabilidade desta teoria, Bernardo Romero Vázquez (2000, p. 89) informa que, no México, as manifestações populares em torno de melhores condições de vida, bem como as atividades de pessoas que se dedicam ao comércio informal de rua, os chamados ambulantes, têm sido duramente retalhadas pela polícia, e cuja eliminação constitui-se como assunto de segurança pública.

Por fim, não se pode deixar de mencionar o Direito Penal do Inimigo, que foi sistematizado pelo penalista alemão Günther Jakobs, durante um congresso em Berlim, ocorrido em outubro de 1999 (MUÑOZ CONDE, 2010, p. 94). Na ocasião, Jakobs defendeu a distinção entre Direito Penal do Cidadão e Direito Penal do Inimigo. Esta diferenciação é reflexo de sua própria classificação dos indivíduos, separando-os em *cidadãos* e *não-cidadãos*, *pessoas* e *não-pessoas*. Destarte, o cidadão/pessoa é o indivíduo que está vinculado

---

<sup>22</sup> Utilizando mais uma vez os ensinamentos de Wacquant (2004, p. 244), afirmar que as ideias de Wilson e Kelling constituem uma corrente doutrinária parece ser um absurdo contrassenso, já que as mesmas nunca foram submetidas “à avaliação de pesquisadores competentes” ou publicadas em uma revista de criminologia. Limitaram-se a ganhar forma num “semanário cultural de grande tiragem *Atlantic Monthly*”, sob o título *The Police and Neighbourhood Safety* (A Polícia e a Segurança da Vizinhança/Comunidade).

ao Direito e pelo Direito, sendo que o seu atuar ilícito se apresenta de forma incidental. Assim, o atuar do cidadão oferece uma segurança cognitiva mínima de restabelecimento da vigência da norma. Enfim, este preenche a expectativa normativa de cumprimento jurídico (GRACIA MARTÍN, 2007).

De forma totalmente oposta é o atuar do inimigo, que não pode ser considerado pessoa porque revela o seu distanciamento permanente do Direito. Ou seja, ele não possui o desejo de se submeter à ordem normativa, buscando, a todo momento, a sua destruição. Por esta razão, ele é considerado inimigo da sociedade e do Direito, não lhe sendo assegurados os direitos e garantias fundamentais próprios dos *cidadãos*. Além disso, existe a possibilidade do estabelecimento de penas excessivamente duras. Neste conceito, podem ser incluídos os membros de organizações criminosas, grupos terroristas e os narcotraficantes, ou quem quer que seja, afinal, não há uma determinação específica de quem deva ser considerado “inimigo”, devido às variadas subjetivações dominantes (GRACIA MARTÍN, 2007).

Seguindo esta tendência draconiana, o ordenamento jurídico brasileiro editou a Lei 10.792, de 1º de dezembro de 2003, que inseriu o Regime Disciplinar Diferenciado (RDD) aos artigos 52 a 54 da Lei de Execução Penal (LEP – nº. 7.210/84), consistente na sanção disciplinar que obriga o recolhimento do preso em cela individual, pelo prazo máximo de 360 dias. Durante este intervalo temporal, o detento tem direito a visitas semanais de duas pessoas, excluídas as crianças, com duração de duas horas e igual período diário de banho de sol. O objetivo é separar e isolar os líderes de organizações criminosas dos demais presos, tendo em vista que aqueles continuam a comandar ações delituosas do lado interno e externo dos estabelecimentos prisionais. Assim, com a imposição de uma execução penal mais severa, acreditava-se que a segurança nos estabelecimentos penais estaria resolvida, voltando o governo a ter total controle interno dos presídios.<sup>23</sup>

---

<sup>23</sup> A título de informação, o deputado Federal, Fernando Francischini (PSDB/PR), redigiu um projeto-lei (nº. 592/2011) que visa alterar o artigo 52 da Lei de Execuções Penais a fim de instituir o Regime Disciplinar Máximo (RDM), cujas regras seriam: “A idéia é que presos envolvidos com organizações criminosas, quadrilha, bando ou no comando de rebeliões e crimes dentro ou fora do presídio, passem pelo RDD, e caso persistam nas condutas relacionadas no § 2º do art. 52, poderão ser encaminhados ao RDM, onde ficarão em cela individual, por prazo definido pelo Juiz, não terão direito à visita íntima; as conversas com a família e advogados serão gravadas em áudio e vídeo e a correspondência controlada, com autorização judicial. O banho de sol não será mais coletivo e sim individual. Por fim, o RDM será autorizado pelo juiz em até 48 horas após requerimento da Direção do Presídio, tendo em vista que a rapidez na tomada de decisão auxiliará no controle de rebeliões e condutas assemelhadas. A proposta é simples: o RDD prevalece, como é hoje, para os presos envolvidos em organizações criminosas, quadrilha, bando ou no comando de rebeliões e crimes dentro ou fora do presídio. O RDM (Regime Disciplinar Máximo) será a instância disciplinar máxima para o preso que já no RDD, persiste no envolvimento ou no comando de atividades criminosas. O RDM será controlado pelo Juiz, o Ministério Público e acompanhado pela OAB” (<http://www.camara.gov.br/sileg/integras/844565.pdf>, acesso em 29 de março de 2011).

Ledo engano, pois resta evidente que esse aumento do poder coercitivo penal é inócuo. Todos esses exemplos que corporificam a ideia de exaltação das leis penais evidenciam uma única conclusão: a principal causa da maioria dos crimes é a violência institucionalizada. E esta violência, por sua vez, tem como causa direta o afastamento do Estado da área social. Em poucas palavras: o aniquilamento da violência institucionalizada não se resolve com políticas repressivas. Além disso, acrescenta Mazzilli Neto (2007, p. 66), deve-se ater para o efeito contraproducente das diretrizes punitivistas, que ocasionam a “retroalimentação da criminalidade, pela via completa da marginalização e estigmatização gerada pelo encarceramento, cujo resultado, ao que parece desejado, é a reincidência praticamente certa e não a ressocialização”.

Nesse ponto, torna-se importante reutilizar os ensinamentos de Vera Pereira de Andrade (2003a, p. 20) que, com muita lucidez e propriedade, apresenta os exatos contornos do efeito maniqueísta ocasionado pela prática punitivista dos problemas sociais. A autora explica que tradicionalmente a sociedade já se encontra dividida pelas ideias de bem e mal. Sendo que, no campo da criminalidade, este dualismo ocasiona um efeito devassador, pois imprime ao sistema penal a função de “controlar a totalidade das condutas dos *homens maus* (a criminalidade) para garantir a boa vida dos *homens bons* (cidadania)” (ANDRADE, 2003a, p. 20).

Desse pensamento advém o discurso de que criminoso não é titular de direitos fundamentais. Se a pessoa “escolheu o caminho do mal”, não é justificável protegê-la da aplicação penal, tendo em vista que o encarceramento é a única forma de estancar o seu comportamento delitivo. Imprime-se à pena tão somente uma finalidade de prevenção especial, qual seja, a neutralização do condenado.

No bojo desta construção, qualquer exposição que seja favorável ao respeito dos direitos fundamentais do acusado passa a ser vista como algo prejudicial à sociedade e a favor da criminalidade, pois, no imaginário popular repousa a estigmatização do criminoso, que é concebido como *algo* indesejado, um incômodo a ser eliminado. Isso permite que se abram as portas para o cometimento de quaisquer atrocidades, desde que o “bem” vença, a qualquer custo. A metáfora feita por Carnelutti (2009, p. 76), comparando o ingresso ao mundo prisional do sentenciado à sua morte moral, torna-se absolutamente apropriada:

Como concebem as pessoas, incluindo também os juristas, quanto à condenação, algo de análogo àquilo que ocorre quando um homem morre: a decisão condenatória, com o aparato que todos conhecem mais ou menos, é uma espécie de funeral; terminada a cerimônia, depois que o acusado sai da prisão provisória e é transferido para a custódia dos agentes penitenciários, retomasse, para cada um de

nós, a vida cotidiana e, pouco a pouco, não se pensa mais no falecido. Sob certo aspecto, pode-se assemelhar a penitenciária a um cemitério; mas esquece-se de que o condenado é um sepultado vivo.

Ainda no âmbito da estigmatização operada pelo sistema prisional, Raúl Cervini (1995, p. 44) alerta para o fato de que esta “qualidade” adere à pele do sentenciado como tatuagem, fazendo com que o mesmo seja sempre tachado como ex-detento. E tal realidade aniquila qualquer possibilidade de recomeço de vida. Esta mesma posição é compartilhada por Giancarlo Corsi (2005, p. 72) ao ressaltar que, normalmente, os referenciais familiares e sociais dos detentos não subsistem ao tempo em que eles permanecem nas prisões. Aliado a esta perda, constata-se que não há uma coordenação organizacional capaz de oferecer opções de emprego e reinserção social ao ex-presidiário, e “diante da total indeterminação que lhes acolhe fora do cárcere, só vêm as alternativas que já conhecem, tipicamente, furto, violência, droga, etc. – e se recomeça”, constata Corsi (2005, p. 72).

#### **1.4 A atuação tendenciosa do Quarto Poder<sup>24</sup>**

Outra constatação intrinsecamente relacionada à aplicação de um Direito Penal Máximo é a cobertura midiática dos acontecimentos criminosos. Violência e crime transformaram-se em notícia, contribuindo para o aumento da percepção subjetiva de insegurança, dando a impressão de que a violência urbana<sup>25</sup> nunca esteve tão alta.

---

<sup>24</sup> Esta expressão foi criada por Israel Drapkin em referência ao significativo papel dos meios de comunicação na sociedade contemporânea.

<sup>25</sup> “A violência urbana diz respeito a uma multiplicidade de eventos (que nem sempre apontam para o significado mais forte da expressão violência) que parecem vinculados ao modo de vida das grandes metrópoles na modernidade tardia. Esses eventos podem reunir na mesma denominação geral, motivações e características muito distintas, desde vandalismo, desordens públicas, motins e saques até ações criminosas individuais de diferentes tipos, inclusive as não intencionais como as provocadas por negligência ou consumo excessivo de álcool ou outras drogas. Além disso, a expressão violência urbana tenta dar um significado mais sociológico a esses eventos, interligando-os a causas mais complexas e a motivações muito variadas, numa abordagem que preconiza a necessidade de não desvincular esses eventos da complexidade de estilos de vida e situações existentes numa grande metrópole. A ampliação dos eventos que cabem no uso da expressão decorre exatamente da ampliação da experiência e da demanda de relações sociais pacificadas e civilizadas. Violência urbana e incivilidade tornam-se assim, na segunda metade do século vinte, duas faces de uma mesma moeda” (MISSE, 2006, p. xi e xii).

Neste diapasão, matérias que deveriam ostentar caráter informativo descambam para a exploração sensacionalista de casos atroz, cujo objetivo é envolver emocionalmente o público, transformando a insegurança subjetiva em um dado objetivo.<sup>26</sup>

Flávia Goulart Pereira (2004, p. 110) explica que esse efeito difuso e endêmico do sentimento de insegurança ocorre por intermédio da transmissão de imagens da realidade, cujo objetivo é iludir o receptor, fazendo-o acreditar “que o que lhe é apresentado está muito próximo de si, gerando percepções inexatas da realidade por um lado e, por outro, um sentimento de impotência”. Em termos mais técnicos, trata-se da espetacularização da realidade e da produção da verossimilhança. Esta, conforme ensina Elizabeth Rondelli (1994, p. 3), caracteriza-se pelas “filmagens em plano-seqüência, da edição com poucos cortes e da simulação de transmissão ao vivo”, tendo como meta a reprodução da “verdade”.

No entanto, a “realidade” repassada por estes programas é virtual, pois os fatos são gerenciados nos processos de seleção, tematização e tratamento editorial das empresas de comunicação (RONDELLI, 1994, p. 02). Um exemplo típico: o programa policial *Linha Direta*, da Rede Globo, que ia ao ar todas as quintas-feiras à noite entre os anos de 1999 a 2007. Com o slogan “A partir de hoje você está em linha direta com o seu direito, em linha direta com a cidadania”, o programa fazia uma reconstituição tendenciosa de fatos criminosos, cujos supostos autores encontravam-se foragidos. A finalidade era envolver a população, tornando-a emocionalmente parte do caso retratado, que se resumia a homicídios, estupros e latrocínios.<sup>27</sup>

O perigo desta prática reside na transformação da criminalidade em epifenômenos (RONDELLI, 1994, p. 02) que se caracterizam pela constatação dos seguintes preceitos:

a) Pobre não tem cidadania, privacidade ou intimidade. Eugênio Bucci constata que só se fala em invasão de privacidade quando a pessoa prejudicada é alguém de posse ou de poder. “É como se gente pobre não tivesse intimidade a ser preservada” (BUCCI, 2000, p. 156). Sendo assim, torna-se perfeitamente normal exibir e expor rostos humildes e simplórios;

---

<sup>26</sup> Bruno, Eloá, Isabela, João Hélio, Mércia e Vanessa são apenas alguns exemplos recentes desta espetacularização da violência como mercadoria que caracteriza a indústria do medo.

<sup>27</sup> Nesta mesma linha de edição, também havia o programa *Aqui e Agora* exibido todas as tardes pelo Sistema Brasileiro de Televisão (SBT), no qual era comum a veiculação de assaltos, roubos, mortes, atropelamentos e acidentes de trânsito. Atualmente, o programa *Brasil Urgente* apresentado diariamente por José Luiz Datena na Rede Bandeirantes é que segue a mesma linha editorial de exploração sensacionalista da violência urbana. Vale destacar a audiência expressiva que estes programas televisivos possuem. Esta constatação está intrinsecamente relacionada à autoestima patológica de alguns indivíduos, existindo uma certa “curiosidade reprimida e voyeurística do público pelos episódios de violência” (RONDELLI, 1994, p. 02).

b) Exclusão social da classe pobre, pois ela representa o abominável, o perigo, o inimigo em potencial, os agentes ativos dos atos delituosos. E como forma de reafirmar o estereótipo<sup>28</sup> de que a pobreza está sempre associada à criminalidade, os programas policiais utilizam os bairros pobres, a periferia, os morros e as favelas como pano de fundo de suas edições. Esta prática “intensifica os preconceitos e ergue as barreiras do *apartheid* social e geográfico” (RONDELLI, 1994, p. 8).

Sobre esse assunto, Lola Anyar de Castro vai mais além e constata que, em decorrência da criação deste “estereótipo do delinquente pertencente a uma só classe social”, há “uma ampliação do sentimento de insegurança, porque se teme, mais propriamente, *toda uma classe social*”. Por isso é que quando se vislumbra uma pessoa pertencente a um estrato social (pobre), logo vem à mente: “‘tem cara de ter cometido um crime’ ou ‘esse parece ladrão’” (2005, p. 217).

Michel Misse (2006) também tece algumas considerações a respeito deste processo de assimilação entre pobreza e criminalidade. O autor adverte que o lado perverso dessa concepção errônea, amplamente difundida no imaginário social, é que o próprio “complexo polícia/justiça/penitenciária” a ela não fica imune. Portanto, seguindo este preconceito, as atividades policiais e judiciais seguem um roteiro pronto e acabado de perseguição ao pobre, que acaba refletindo na transmissão midiática dos crimes, confirmando o imaginário de que “existem práticas criminais efetivamente associadas às condições de vida, sociabilidade e habitação de segmentos marginalizados nas grandes metrópoles brasileiras” (MISSE, 2006, p. 34). Entretanto, ao se realizar um juízo crítico (relativista, como denomina o autor), a conclusão que se obtém é que a “criminalidade se espalha igualmente por todas as classes, sendo apenas mais perseguida nas classes subalternas que nas dominantes” (MISSE, 2006, p. 10), desmontando-se a ideia equivocada de que a maioria dos pobres é criminoso. “Afinal, o ‘crime’ não é um privilégio de classe”, conforme argumenta Misse (2006, p. 34).

c) A criação de uma opinião pública a favor da utilização do Direito Penal como única solução para obter a tão sonhada segurança e resolução dos problemas sociais.

---

<sup>28</sup> Entende-se por estereótipos “as construções mentais falsas, imagens, e idéias de conteúdo alógico que estabelecem critérios socialmente falsificados. Os estereótipos baseiam-se em características não comprovadas e não demonstradas, atribuídas a pessoas, coisas e situações sociais, mas que, na realidade não existem. Os principais estereótipos referem-se à classe, etnia e religião. Pelo fato de um estereótipo salientar qualidades em vez de defeitos, não significa que deixe de ser estereótipo” (LAKATOS; MARCONI, 1999, p. 108 e 109).

Em relação à manipulação da opinião pública pela atuação dos meios de comunicação, Roberto Amaral (2000, p. 202) é enfático ao afirmar que, diante de uma sociedade tão desigual e ágrafa como a contemporânea, e sabendo que a informação transformou-se em mercadoria que não é consumida de forma homogênea, é ilusório acreditar que é possível existir uma opinião pública objetiva, consciente e autônoma. Resta claro que a atuação midiática constrói a opinião pública conforme os seus interesses:

Desde o iluminismo, a opinião pública vinha ou vem sendo pensada como a ‘organização do público sobre algo ou sobre questões que são públicas’, ou seja, uma opinião pública que é também uma opinião política, ou uma opinião pública que transcendeu ao privado, sem ser o somatório de cada uma e de todas, resultado do intercâmbio, do conflito, do diálogo, entre opiniões diferentes. O que, para ser correto, requereria cidadania, ou seja, cidadãos aptos a ter opinião. Cidadãos aptos a ter opinião são aqueles que, tendo acesso à mercadoria chamada informação, estão habilitados a processar essa informação, ou seja, a proceder um juízo de valor.

Mas o que é opinião pública hoje senão um agregado estatístico de opiniões individuais privadas? Que está nas mãos dos meios de comunicação de massas senão o monopólio da difusão do conhecimento?

Opinião pública é o que o meio nos diz que é, ao mesmo tempo em que usa a pesquisa de opinião para legitimar sua pauta, para legitimar suas afirmações. Ademais, é muito difícil considerar a possibilidade de difusão de informações se a mediação é levada a cabo por uma imprensa que recusa o contraditório e professa a unilateralidade ideológica. Imprensa que, historicamente, enfrentou e contestou o poder político, mais e mais se identifica com ele, e essa identificação é tanto mais perfeita quanto se desenvolve o capitalismo, e nele os meios de comunicação são empresas comerciais-industriais, ou propriedade de grupos econômicos (AMARAL, R., 2000, p. 202 e 203).

Comprovando a distorção que os meios de comunicação realizam sobre os fatos, o sociólogo José Cláudio Souza Alves (2010), ao analisar a cobertura midiática dos últimos conflitos ocorridos na cidade do Rio de Janeiro entre a polícia civil daquele Estado e as forças armadas do nominado Complexo do Alemão, conclui:

A mídia nos faz crer - sobretudo a Rede Globo está empenhada nisso - que há uma luta entre o bem e o mal. O bem é a segurança pública e a polícia do Rio de Janeiro e o mal são os traficantes que estão sendo combatidos. Na verdade, isso é uma falácia. Não existe essa realidade. O que existe é essa reorganização da estrutura do crime. A realidade do RJ exige hoje uma análise muito profunda e complexa e não essa espetacularização midiática, que tem um objetivo: esconder um segmento do crime organizado e favorecer a constelação de outra composição hegemônica do crime no RJ.

E qual o papel do Direito Penal dentro deste processo tendencioso? Simples. A população, influenciada e manipulada pela mídia, requer do Poder Público o incremento do arsenal punitivo estatal. Assim, os legisladores, no afã de dar respostas rápidas e fáceis à população quanto à questão do aumento subjetivo da criminalidade, criam, a cada dia, mais e mais leis que tragam em seu corpo um capítulo intitulado “dos crimes e das penas”. É o discurso do eficientismo penal, como sintetiza Zaffaroni apud Mazzilli Netto (2007, p. 30):

As leis penais são um dos meios preferidos do Estado-espetáculo e de seus operadores ‘showmen’, em razão de serem baratas, de fácil propaganda e pela facilidade e frequência com que enganam a opinião pública sobre sua eficácia. Trata-se de um recurso que obtém um crédito político com baixo custo. Daí a reprodução de leis penais, a decodificação, a irracionalidade legislativa e, sobretudo, a condenação de todos os que duvidem da sua eficácia.

Diante desta constatação, cria-se um efeito simbólico<sup>29</sup> ao Direito Penal, ocasionando o seu próprio enfraquecimento e descrédito. Afinal, a violência, como dado característico da sociedade pós-moderna, ao mesmo tempo em que impulsiona o cidadão a exigir do Estado respostas mais eficientes, traduz-se como um fenômeno comunicacional, à medida que representa um grande fator de lucro para a empresa que a veicula.

---

<sup>29</sup> “Simbólico, em sua compreensão crítica, consiste no atributo que uma norma penal apresenta, segundo o qual as funções latentes da norma suplantam suas funções manifestas, de maneira a gerar a expectativa de que o emprego e o efeito da norma concretizarão uma situação diversa da enunciada pela própria norma” (HASSEMER, 2008, p. 221).

## 2 O RESGATE DO CONCEITO DE BEM JURÍDICO COMO CAMINHO PROPÍCIO À APLICAÇÃO DE UM DIREITO PENAL MÍNIMO

O indivíduo contemporâneo é filho da perplexidade. As mudanças se desenvolvem com tanta rapidez que parecemos destinados a perambular na busca de sentido para o turbilhão de acontecimentos que nos envolve. Tudo o que nos parecia sólido se desmanchou no ar. Estando órfãos de sentido, peregrinamos à procura de novas formas significativas que esclareçam um pouco o mundo que nos toca viver.

Castor M. M. Bartolomé Ruiz.

No capítulo anterior, retratou-se o Movimento Lei e Ordem e a sua principal característica que consiste no expansionismo e no endurecimento das leis penais, como forma ilusória de diluir a prática de infrações penais. Mas, ao se constatar a ineficácia deste entendimento, surge o resgate de uma visão que propõe a aplicação de um Direito Penal Mínimo, evidenciado por um corpo legislativo enxuto e estritamente necessário à proteção dos bens jurídicos mais importantes à vida em sociedade. Fala-se em resgate porque esta delimitação do *ius puniendi* remonta ao Iluminismo. Neste ponto, para que a gênese da visão minimalista do Direito Penal seja perfeitamente compreendida, torna-se essencial efetuar um corte cronológico e retratar os principais modelos organizacionais da sociedade.

Após a desintegração do Império Romano e com a intensificação das invasões germânicas, o espaço físico que hoje se denomina Europa presenciou um intenso fracionamento do poder político, originando a formação de feudos, que nada mais eram do que centros autônomos de decisão, onde o exercício do poder político-jurídico ocorria de forma descentralizada. Assim, cada feudo estabelecia as suas próprias normas e, na falta destas, o direito consuetudinário era utilizado como forma de suprir a lacuna existente (WOLKMER, 2001, p. 28).

Esta desfragmentação refletia-se no campo econômico, devido à inexistência de uma produção mercantil que conseguisse sobrepor-se à atividade agrária e desvincular o homem da terra. Considerando esta realidade, tornava-se extremamente difícil estabelecer uma unidade de circulação monetária e favorecer a prática de atividades comerciais. Assim sendo, o abandono da monopolização agrícola somente seria possível quando se unificasse e padronizasse o valor de troca das mercadorias, as leis e, até mesmo, a ordem política.

Seguindo-se a esta necessidade, é que se presenciou o nascimento da noção de Estado, compreendido como ente moral dotado de soberania e monopólio da produção e da aplicação legislativa. Elimina-se, portanto, a feição consuetudinária do direito, padronizando os juízos de juridicidade, bem como o valor de troca das mercadorias, o que acabou por revigorar a prática comercial e o fortalecimento de uma conhecida classe social: a burguesia (WOLKMER, 2001, p. 27 e 28).

Nesta nova realidade, correspondente ao período denominado Absolutismo (*Ancien Régime*), tem-se a conciliação de interesses de duas classes sociais: a burguesia e a monarquia. Esta produzindo o arcabouço jurídico conforme os seus interesses e aquela obtendo, através da sistematização legislativa, a fomentação do crescimento econômico e a unidade mercantil.

Há de se salientar que, nesse período, o Direito Penal correspondia ao ato mais arbitrário e desigual do ordenamento jurídico, já que era visto como expressão maior de soberania do monarca, sendo comum a utilização de penas expiatórias e desproporcionais ao ato criminoso. As únicas preocupações eram intimidar, segregar e retribuir o mal ocasionado pelo cometimento da infração penal.

Contudo, com a sedimentação das ideias jusnaturalistas lideradas por Locke (como discutido no primeiro capítulo) e, sobretudo, por Rousseau, a perfeita sintonia de interesses entre monarquia e burguesia sofreu abalos inarredáveis, caracterizando o declínio do Estado Absoluto e a ascensão do Estado Liberal. Neste contexto, também se presenciou a glorificação do discurso Iluminista, movimento filosófico, religioso, científico e político iniciado na segunda metade do século XVII e que dominou a Europa durante o século XVIII. Sua principal característica foi o uso da razão, como forma de superar a mentalidade medieval e de se sobrepôr ao Absolutismo, propiciando o desenvolvimento de uma “economia racional de mercado” que atendesse aos interesses burgueses (CASTRO, 2008, p. 19).

No campo político, comungando das acepções individualistas, defendia-se a prioridade do indivíduo diante do Estado, a limitação da atividade legislativa e o “uso instrumental do direito”, no sentido de que as leis deveriam ser utilizadas como “instrumento de organização” e progresso social (CASTRO, 2008, p. 24). No tocante ao Direito Penal, o delito desvincula-se das leis divinas e do poder religioso, fundamentando-se no contrato social violado. A obra *Dos Delitos e Das Penas (Dei delitti e delle pene)* de Cesar Bonesana, o Marquês de Beccaria (1763), surgiu inspirada nesses ideais, inaugurando o denominado Período Humanitário ou Escola Clássica do Direito Penal, cuja preocupação era evidenciar a necessidade de se adotar sanções criminais proporcionais à conduta criminosa, excluindo a

incidência de critérios subjetivos, tais como a posição social daquele que cometia um crime (PAULO, 2008, p. 163 e 164).

Outra contribuição de Beccaria foi denunciar as penas desumanas e cruéis aplicadas no Antigo Regime, refutando-as e concluindo que bastava a efetiva expiação do crime para que a incidência deste diminuísse (PAULO, 2008, p. 171). Enfim, a preocupação deste período residia na imposição racional de limites ao poder punitivo, resguardando a liberdade individual do acusado de quaisquer arbitrariedades estatais.

Sob uma perspectiva não tão romântica, Lola Aniyar de Castro (2005, p. 71) expõe que, realmente, a Escola Clássica representou uma nova racionalidade liberal e contratualista que limitou, a todo custo, o “poder absoluto feudal ou monárquico”. Porém, a finalidade suprema desta alteração era contemplar “um reino do direito privado”, no qual existisse “um libérrimo intercâmbio de mercadorias” e uma exaltação à vontade das partes. Dentro desses ideários, o Direito Penal serviu como instrumento necessário de garantia ao “livre desenvolvimento do mercado, interesse central da classe em ascensão”, motivo pelo qual o delinquente era visto como inimigo de classe, necessitando-se de um controle mais efetivo que o incite a “aceitar sua condição de não proprietários, disciplinando-os para o trabalho assalariado, primeiro nas chamadas ‘casas de correção e de trabalho’ e, em seguida, nas penitenciárias” (DE CASTRO, 2005, p. 71).

Mas o fato é que, embalada por tais movimentos, iluminismo e liberalismo, é que se tem a gênese de um Direito Penal Mínimo, em que se concebe que o Estado está a serviço do indivíduo e submetido aos ditames de um Estado Democrático de Direito, cujo fundamento é a dignidade da pessoa humana. De fato, como salienta Ferrajoli (2010, p. 103), a limitação e o condicionamento do Direito Penal são aspectos indelévels de sua aplicação mínima, que acabam por revelar uma utilização racional das normas incriminadoras. Afinal, o Direito Penal Mínimo prefere “que nenhum inocente seja punido à custa da incerteza de que também algum culpado possa ficar impune” (FERRAJOLI, 2010, p. 103).

E por falar em Ferrajoli, idealizador do garantismo penal, é preciso trazer à colação que este não se confunde com Direito Penal Mínimo, muito embora lhe seja correlato. Por garantismo penal, entende-se um conjunto de princípios que asseguram os direitos fundamentais penais e processuais do acusado, que funcionarão como norte negativo<sup>30</sup> ou

---

<sup>30</sup> Em relação à função negativa, Zulmar Facchin (2008, p. 216) esclarece que ela se traduz na “função de defesa ou de liberdade que impõe ao Estado um dever de abstenção”. Em outras palavras, significa que o Estado possui uma pretensão ou expectativa negativa consistente no dever de não lesionar a autodeterminação de seus cidadãos.

positivo<sup>31</sup> no momento de se exercitar o poder punitivo (FERRAJOLI, 2010, p. 91). O Direito Penal Mínimo, por sua vez, circunscreve um número limitado de leis penais incriminadoras, almejando uma intervenção criminal estrita (MAZZILLI NETO, 2007, p. 57-60).

Contudo, em que pese esta diferenciação, o importante é ressaltar que, em decorrência de uma aplicação minimalista do Direito Penal, nasce o garantismo penal, pois ao limitar o poder punitivo estatal, consagra-se os direitos fundamentais, cujo cerne é a proteção incondicional da dignidade humana. Em suma, o essencial é relevar que, diante dessa nova diretriz imprimida à ciência criminal, o Direito Penal passa a “constituir um fator de equilíbrio social e salvaguarda dos direitos humanos” (MAZZILLI NETO, 2007, p. 59).

Impende frisar, ainda, que Direito Penal Mínimo não se confunde com o movimento abolicionista que propõe a eliminação total do Direito Penal por intermédio da substituição dos controles formais de conduta por meios alternativos e informais de composição dos conflitos, tais como a reparação civil, o acordo, o perdão e a arbitragem (CARVALHO, 2010, p. 137). Justifica-se este posicionamento ao constatar a falta de efetividade e a natureza intrinsecamente bárbara do Direito Penal.

Certamente, pensar na dor e no sofrimento que a imposição de uma pena privativa de liberdade ocasiona àquele que a suporta, bem como à sua família, torna o discurso abolicionista um caminho fácil de ser percorrido (KARAM, 1997, p. 67). Sem contar que é indubitável a falácia do sistema prisional, onde pessoas disputam por um espaço físico em celas superlotadas, sem o mínimo de higienização e infraestrutura.

Sopesando tais argumentos, a primeira conclusão que se pode obter é que a razão assiste aos abolicionistas, como já militava o seu precursor, Fillipo Gramatica. Outro defensor do desaparecimento do Direito Penal foi Louk Hulsman que, em sua obra intitulada *Penas Perdidas* (1993), escrita em coautoria com Jacqueline Bernat de Celis, centralizou sua crítica na existência da cifra negra como forma de rebater o sistema penal.

Entende-se por cifra negra as infrações penais que não foram objeto de investigação estatal, já que a persecução criminal não tem ciência da sua existência. Considerando tal realidade, Hulsman (1997, p. 203) conclui que a eliminação do sistema penal não implica no aumento da violência, já que muitas infrações não são descobertas pelos órgãos formais de repressão. Da mesma forma, pode-se afirmar, então, que o Direito Penal não protege eficazmente os seus bens jurídicos. Aliás, aqui reside outra crítica levantada pelos abolicionistas: a escolha aleatória de qual bem jurídico será objeto de proteção, sendo que não

---

<sup>31</sup> Sob o ângulo positivo, entra em cena a delimitação de quais bens jurídicos serão objeto da tutela penal. Assim, atribui-se ao texto constitucional a função de elencar os valores fundamentais que servirão de norte ao legislador.

existe um critério racional e objetivo que interfira nessa eleição, mas, simplesmente, um norte político.

Outro ponto criticado pelo autor holandês (1997, p. 210) vem a ser o tratamento dispensado às vítimas, uma vez que o controle punitivo formal não está preocupado em saber o que a vítima pretende, sente, não permitindo qualquer contato entre aquela e seu agressor. Portanto, a única preocupação do modelo clássico de punição é:

Restabelecer o ‘direito violado’, garantir o império da ‘lei criminal’; o que importa é aplicar a pena (geralmente de prisão) prevista na lei, ainda que depois ela não seja executada, ainda que não tenha nenhuma eficácia preventiva ou ressocializadora; a reparação dos danos é vista de maneira muito secundária. Se a vítima deseja tal reparação, que busque seu direito na Justiça civil com a ação civil *ex delicto*, com frequência depois de um longo processo criminal. (GOMES, L. et al., 2007, p. 274).

Por fim, os abolicionistas também se debruçaram sobre o efeito estigmatizante do sistema prisional, constatando que o mesmo divide a sociedade de forma maniqueísta e seletiva, como já relatado quando do estudo do Movimento Lei e Ordem (KARAM, 1997, p. 71).

Mesmo admitindo a veracidade das afirmações abolicionistas, não se pode aceitá-las por absoluto. A primeira refutação a ser mencionada é quanto à seleção dos bens jurídicos. Hoje, encontra-se sedimentado o entendimento de que há uma relação direta entre a Constituição e a escolha dos bens jurídicos dignos e merecedores de tutela penal. Dessa forma, é o quadro axiológico constitucional que norteia o legislador quando da escolha de quais bens jurídicos irão compor o conceito político-criminal e dogmático da norma penal, como será analisado.

Outrossim, supor que a sociedade irá utilizar outros ramos jurídicos ou a própria consciência para compor conflitos decorrentes de latrocínio, estupro, homicídio, entre outras situações graves é utopia, como assevera Rogério Greco (2009, p. 10):

Para determinados fatos graves, infelizmente, não existe outro remédio a não ser o Direito Penal, não havendo qualquer possibilidade, pelo menos na sociedade atual, de abirmos mão do sistema penal, sob o argumento de que os outros ramos do ordenamento jurídico são capazes de resolver quaisquer tipos de conflitos e lesões a bens jurídicos de relevo.

Sobre este desiderato abolicionista, Marcelo Gonçalves Saliba (2007, p. 50) entende que o mesmo não constitui um caminho fecundo à resolução dos problemas inerentes ao

sistema punitivo. Contudo, adverte que refutar o abolicionismo não significa, em hipótese alguma, a adoção de leis penais draconianas:

O dispensar de medidas sociais coercitivas, sejam elas realizadas tanto pelo sistema penal ou por qualquer outro instrumento social, não se apresenta como possível, seja considerado o passado, o presente ou o futuro que se vislumbra. Não que a visão hobbesiana da luta de todos contra todos seja determinante, mas sim que uma sociedade sem meios coercitivos é o germe da dispersão social, mostrando-se ela e seus instrumentos de controle como uma ‘jaula de aço’. Contudo, a realidade vivida dentro dela não precisa ser aviltante ou degradante aos seres humanos, com a utilização desses instrumentos de coerção como forma de dominação e exclusão.

Pelo exposto, em determinadas hipóteses, não se vislumbra outro caminho senão a aplicação do *ius puniendi* estatal de feição minimalista e garantista, como forma de relegitimação do Direito Penal.

## 2.1 O significado de um Direito Penal Mínimo

Levando em consideração o introito realizado, pode-se dizer que a expressão Direito Penal Mínimo traduz-se na existência de um número limitado de leis penais que sejam estritamente necessárias à proteção dos bens jurídicos essenciais à sociedade. Entretanto, resta saber como condicionar concretamente a pretensão punitiva do Estado. E, para alcançar esta tarefa, Rogério Greco (2009, p. 24) informa que se torna imprescindível a conjugação de variados princípios, “que servirão de orientação ao legislador tanto na criação quanto na revogação dos tipos penais, devendo servir de norte, ainda, aos aplicadores da lei penal, a fim de que se produza uma correta interpretação”.

E, na consecução deste objetivo, ganha destaque o Princípio da Legalidade, verdadeiro conceito “basilar do Estado Democrático de Direito” (SILVA, J., 2006, p. 420), que se traduz na assertiva de que não há crime sem lei anterior que o defina, nem sanção criminal sem prévia cominação legal (artigo 5º, inciso XXXIX da atual Constituição Federal e artigo 1º do Código Penal, ambos brasileiros).

Claudio do Prado Amaral (2003, p. 80 e 81) recorda que a origem histórica deste princípio pode ser atribuída à Magna Carta Inglesa, de João Sem Terra, editada em 1215, e que trazia em seu bojo a seguinte redação: “nenhum homem livre pode ser preso ou privado

de sua propriedade a não ser pelo julgamento de seus pares (artigo 39)”. Mais tarde, Beccaria (2000, p. 44) também menciona a Legalidade ao dizer que:

A primeira consequência desses princípios é que só as leis podem decretar as penas dos delitos, e esta autoridade só pode residir no legislador, que representa toda a sociedade unida por um contrato social; nenhum magistrado (que é parte da sociedade) pode, com justiça, infligir penas contra outro membro dessa mesma sociedade.

Aliás, outra contribuição para a divulgação deste Princípio foi efetuada pelo alemão Paul Johann Anselm Ritter Von Feuerbach (1775 – 1833) que o entrelaçou com uma teoria da coação psicológica da pena, sustentando que somente o conhecimento prévio da lei evitaria a prática de crimes, sintetizando tal pensamento na célebre expressão latina: *nullum crimen, nulla poena sine lege* (AMARAL, 2003, p. 86).

Contudo, apesar da possível origem inglesa e do traço italiano e alemão, foi com os franceses que o Princípio da Legalidade ganhou notoriedade mundial, ao ser prescrito na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, nos seguintes termos: *Ninguém pode ser punido senão em virtude de uma lei estabelecida e promulgada anteriormente ao delito e legalmente aplicada* (artigo 8º).

Analisando os enunciados descritos, chega-se à conclusão que, segundo o Princípio da Legalidade, nenhum fato pode ser considerado criminoso sem que antes da sua ocorrência exista uma lei formal<sup>32</sup> definindo-o como crime e cominando-lhe a sanção correspondente (*nullum crimen nulla poena sine lege praevia*), como destaca Nilo Batista (2005, p. 69):

Temos aqui a função ‘histórica’ do princípio da legalidade, que surgiu exatamente para reagir contra leis *ex post facto*. Tudo que se refira ao crime (por exemplo, supressão de um elemento integrante de uma justificativa, qual a *vox* ‘iminente’ na legítima defesa) e tudo que se refira à pena (por exemplo, retificação gravosa na disciplina da prescrição) não pode retroagir em detrimento do acusado. É hoje opinião doutrinária dominante que a irretroatividade deva aplicar-se também às medidas de segurança.

Percebe-se, portanto, que o fundamento político do Princípio da Legalidade é estabelecer uma verdadeira barreira à atividade estatal quando da caracterização de crimes, impondo a existência de uma lei anterior que já traga em seu bojo a tipificação da conduta tida como criminosa e a sua respectiva consequência jurídica. Ademais, em decorrência deste

---

<sup>32</sup> Por lei formal entende-se aquela que está em consonância com o processo legislativo constitucional, tendo sido elaborada pelo Poder competente (no caso do Brasil, a União ou, subsidiariamente, os Estados, como estabelece o artigo 22, inciso I da atual Constituição Federal).

Princípio, é defeso a retroatividade de leis penais que possam, porventura, prejudicar o acusado/condenado.

Tendo em vista tal intuito, Ferrajoli (2010, p. 350) destaca que a plenitude do Princípio da Legalidade não resta alcançada se apenas a anterioridade da lei for levada em consideração. Logo, torna-se imprescindível conjugá-la com mais três premissas fundamentais que, juntas, imprimem um conteúdo material ao Princípio da Legalidade. Tais feições são:

a) *nullum crimen, nulla poena sine lege scripta* estabelecendo a proibição de utilizar costumes incriminadores. Vale dizer, somente a lei é quem cria o crime. No entanto, este enunciado não pretende proibir a incidência do denominado costume integrativo que auxilia o intérprete no momento de aplicação do tipo penal, extraindo o seu real significado (TOLEDO, 2007, p. 25). Como exemplo, cita-se o artigo 233 do Código Penal Brasileiro<sup>33</sup> que prevê o crime de ato obsceno, tornando-se imprescindível verificar o que a moralidade coletiva interpreta como sendo “ato obsceno”, para que este elemento normativo da tipicidade objetiva esteja presente.

b) *nullum crimen, nulla poena sine lege stricta*. Neste ponto, o que se pretende abolir é o uso da analogia<sup>34</sup> *in malam partem*, a que prejudica o acusado, reforçando a noção de que crime somente se comina por intermédio da lei. Neste tópico também se torna imperioso realizar uma ressalva: a analogia *in bonam partem* pode ser amplamente aplicada, desde que o exegeta chegue à conclusão de que o fato se amolda ao conceito de lacuna involuntária, pois, caso contrário, esse recurso estará também proibido, mesmo que considerado benéfico para o agente. (GRECO, R., 2009, p. 131).

Em outras palavras, há hipóteses indicando que é do desejo do legislador não incluir no texto normativo uma situação previamente imaginada por ele. De forma oposta, é quando o legislador sequer imagina uma situação que não aquela prevista na lei, sendo totalmente involuntária tal lacuna. Neste caso, sim, a analogia *in bonam partem* poderá ser invocada.

---

<sup>33</sup> Art. 233 - Praticar ato obsceno em lugar público, ou aberto ou exposto ao público:  
Pena - detenção, de três meses a um ano, ou multa.

<sup>34</sup> A analogia ocorre “quando encontramos uma forma de conduta não disciplinada especificamente por normas ou regras que lhe sejam próprias, consideramos razoável subordiná-la aos preceitos que regem relações semelhantes, mas cuja similitude coincida em pontos essenciais” (REALE, 1978, p. 85).

c) *nullum crimen, nulla poena sine lege certa* que se traduz no Princípio da Taxatividade ou do Mandato de Certeza<sup>35</sup> impondo ao legislador que, na feitura dos tipos penais incriminadores, a redação legislativa deva ser a mais clara, determinada e objetiva possível, evitando o uso excessivo de elementos normativos e de cláusulas gerais. Afinal, de que adianta uma lei prévia, estrita e escrita se não for possível uma perfeita inteligência do seu conteúdo? Porém, vale registrar a seguinte observação de Cezar Roberto Bitencourt (2010, p. 42):

Não se desconhece, no entanto, que o legislador não pode abandonar por completo os *conceitos valorativos*, expostos como *cláusulas gerais*, os quais permitem, de certa forma, uma melhor adequação da norma de proibição com o comportamento efetivado. Na verdade, o problema são os extremos, quais sejam, ou a proibição total da utilização de conceitos normativos gerais ou o exagerado uso dessas cláusulas gerais valorativas, que não descrevem com precisão as condutas proibidas. Sugere-se que se busque um meio-termo que permita a proteção dos bens jurídicos relevantes contra aquelas condutas tidas como gravemente censuráveis, de um lado, e o uso equilibrado das ditas *cláusulas gerais* valorativas, de outro lado, além do que a *indeterminação* será inconstitucional.

Ainda no campo dos Princípios, o da Intervenção Mínima merece destaque, pois representa a base do Direito Penal Mínimo (GOMES, L. et al., 2007, p. 443), sendo que, para cumprir esta função, torna-se necessário atribuir-lhe duas acepções complementares: uma abstrata e outra concreta (GRECO, R., 2009, p. 62).

A primeira leva em consideração o valor axiológico do bem jurídico que se pretende proteger. Dessa forma, o legislador, ao criar um tipo penal incriminador, averigua se aquele bem jurídico realmente é de vital importância à sociedade, pois, caso contrário, o Direito Penal não está apto a defendê-lo.

Porém, mesmo constatando a importância do bem jurídico, a tarefa do legislador não se encontra esgotada. É preciso caminhar um pouco mais para analisar se há a possibilidade do bem jurídico ser protegido eficazmente de outra forma. Assim, somente quando os demais ramos do ordenamento jurídico não forem suficientes na proteção de bens jurídicos essenciais, o Direito Penal será chamado a atuar, o que lhe atribui o caráter subsidiário, consolidando a acepção concreta da Intervenção Mínima.

---

<sup>35</sup> Neste tópico, é de bom alvitre registrar que, para Luiz Regis Prado, o conceito de Taxatividade se difere do apresentado, pois aquele se dirige ao julgador, exigindo do mesmo uma interpretação e aplicação da “norma penal incriminadora nos limites estritos em que foi formulada, para satisfazer a exigência da garantia, evitando-se eventual abuso judicial” (PRADO, 2007b, p. 136). Por outro lado, a limitação dirigida à ação legislativa no sentido de não utilizar conceitos indeterminados ou vagos constitui o Princípio da Determinação (PRADO, 2007b, p. 136).

Em apartada síntese, estas considerações constituem o que os italianos denominam de necessidade e proporção na criação de novos tipos penais. A esse respeito, Luiz Luisi (2003, p. 45) ensina que por necessidade da intervenção penal analisa-se justamente a importância do valor protegido por intermédio da criminalização, bem como a alta gravidade da agressão desferida contra esse bem. Já a proporção da sanção penal implica na imprescindibilidade de atuação do Direito Penal, pois outras formas de coerção não seriam eficazes na tarefa de proteger aquele bem de suma importância social, agredido tão duramente.

Interessante notar que é da junção das feições abstrata e concreta do Princípio da Intervenção Mínima que nasce o caráter fragmentário do Direito Penal, no sentido de que este somente é chamado a atuar quando os bens jurídicos mais relevantes estão submetidos aos ataques mais intoleráveis. Enfim, o Direito Penal é a *ultima ratio* do ordenamento jurídico, ou nos dizeres de Regis Prado (2003, p. 69 e 70), o Direito Penal é “um arquipélago de pequenas ilhas no grande mar do penalmente indiferente”.

Outro princípio que necessita ser avaliado pelo legislador vem a ser o da Adequação Social da conduta, formulado por Hans Welzel, no sentido de perquirir se aquela ação ou omissão que se pretende criminalizar já se encontra assimilada pela sociedade. Se a resposta for positiva, o legislador não pode criar um tipo penal incriminador que a contenha, pois, caso contrário, como adverte Rogério Greco (2009, p. 82), o legislador estaria

Compelindo a população a cometer crimes, uma vez que, estando a sociedade acostumada a praticar determinados comportamentos, não mudaria a sua normal maneira de ser pelo simples fato do surgimento de uma lei que não teve a sensibilidade suficiente para discernir condutas inadequadas socialmente daquelas outras que não são toleradas pela sociedade.

Em outras palavras, trata-se da aplicação do adágio jurídico *ubi societas, ubi jus*, segundo o qual, o direito, como uma totalidade, deve estar em consonância com os fatos sociais, para que haja sincronia entre a atividade do legislador e a realidade fática. E tal premissa ganha especial relevo quando se está diante do Direito Penal, tendo em vista que este ramo do ordenamento jurídico é o instrumento normativo de regulação social mais drástico, pois interfere de maneira direta na liberdade de locomoção humana.

Outrossim, levando em consideração essa feição inarredável do Direito Penal, surge a possibilidade de se operar a descriminalização<sup>36</sup> de condutas, o que, conforme explica Claudio do Prado Amaral (2003, p. 158), “consiste em renunciar à incriminação de certas condutas ou declarar a perda do caráter criminal de uma infração”. Assim, através de uma filtragem jurídica, realiza-se o cancelamento de um tipo penal, em razão dos seus fundamentos político e jurídico encontrarem-se esgotados (*abolitio criminis*)<sup>37</sup> ou diluídos. Neste caso, ocorre a retipificação da conduta que é a transferência normativa “da esfera penal para grau de ilicitude inferior. Assim, submetem-se, por via legislativa, determinados fatos ilícitos à jurisdição de outros ramos de direito que não o penal” (AMARAL, 2003, p. 161), a exemplo do Direito Administrativo.

Ainda no tópico de descriminalização de condutas, há de se mencionar o princípio da insignificância, ressaltando que o mesmo não é instrumento de banimento da norma penal. Assim, a insignificância de uma conduta, como concebida por Roxin (1964), é reconhecida pelo juiz ao constatar que o atuar do agente não lesionou ou não expôs a perigo de lesão um bem jurídico-penal. Em corroboração a estas palavras, segue a conceituação emitida pelo Superior Tribunal de Justiça:

O princípio da insignificância surge como instrumento de interpretação restritiva do tipo penal que, de acordo com a dogmática moderna, não deve ser considerado apenas em seu aspecto formal, de subsunção do fato à norma, mas, primordialmente, em seu conteúdo material, de cunho valorativo, no sentido da sua efetiva lesividade ao bem jurídico tutelado pela norma penal, consagrando os postulados da fragmentariedade e da intervenção mínima. (STJ, 2010, Habeas Corpus nº 157199 DF 2009/0244455-7).

Disto se conclui que a insignificância impede a configuração da tipicidade, no seu aspecto material, tendo em vista que a conduta perpetrada pelo sujeito afetou infimamente o bem jurídico-penal. Trata-se da aplicação do conceito de tipicidade conglobante, idealizado por Zaffaroni e Pierangeli (2009, p. 474 - 486) que vem a ser a junção da conduta

<sup>36</sup> Descriminalizar não se confunde com despenalizar que vem a ser o entendimento de que a pena de prisão deve ser a última sanção a ser aplicada, impondo-se, sempre, a busca por caminhos alternativos que a evitem. O objetivo é a aplicação de medidas sancionatórias diversas da pena privativa de liberdade, como forma de limitar e regular, o máximo possível, a pena de reclusão (CERVINI, 1995, p. 76).

<sup>37</sup> A título de ilustração dessa operação, tem-se a Lei 11. 106/2005 que aboliu o artigo 240 do Código Penal Brasileiro que punia o adultério, cuja redação era: “Cometer adultério: Pena - detenção, de 15 (quinze) dias a 6 (seis) meses. § 1º - Incorre na mesma pena o co-réu. § 2º - A ação penal somente pode ser intentada pelo cônjuge ofendido, e dentro de 1 (um) mês após o conhecimento do fato. § 3º - A ação penal não pode ser intentada: I - pelo cônjuge desquitado; II - pelo cônjuge que consentiu no adultério ou o perdoou, expressa ou tacitamente. § 4º - O juiz pode deixar de aplicar a pena: I - se havia cessado a vida em comum dos cônjuges; II - se o querelante havia praticado qualquer dos atos previstos no Art. 317, do Código Civil”.

antinormativa do agente, com a tipicidade material. A primeira verifica-se quando o atuar do agente é contrário à norma penal, vale dizer, não é fomentado nem imposto por ela. Já a tipicidade material consiste, exatamente, na aplicação dos princípios da adequação social e da insignificância.

Superado o entendimento da consequência jurídica do reconhecimento do Princípio da Insignificância, ainda resta, todavia, um problema a ser enfrentado: o que vem a ser uma ação ou omissão insignificantes a ponto de justificarem a não interferência do Direito Penal? Este campo suscita várias interpretações e posicionamentos antagônicos que fogem ao objetivo deste opúsculo. Mas, apenas para esclarecimento, recorre-se, novamente à interpretação do Superior Tribunal de Justiça: "Para que se aplique o princípio da insignificância é necessário que se atenda a critério dual: valor de pequena monta e seu caráter ínfimo para a vítima" (HC 53.139/PB).

Somado a este paradigma, também deve ser levado em consideração o grau de intensidade da lesão produzida pela ação ou omissão do agente, a fim de que se possa extrair a relevância ou a gravidade da conduta (BITENCOURT; MUÑOZ CONDE, 2004, p. 168).

Por fim, tem-se o princípio da exclusiva proteção de bem jurídico, no qual se proíbe a criminalização de comportamentos que não afetem bens jurídicos de terceiros, ou seja, de condutas adstritas à esfera individual daquele que a praticou. Perfilhando deste entendimento, Nilo Batista (2005, p. 91) acrescenta que é, por esta razão que condutas meramente imorais, pecaminosas ou escandalosas são indiferentes penais, não tendo o condão de legitimar a intervenção penal.

Na esteira desse pensamento e dando vida aos demais princípios aqui elencados, ganha destaque o Princípio da Ofensividade ou da Lesividade, segundo o qual o escopo imediato e primordial do Direito Penal é a proteção de bens jurídicos essenciais ao indivíduo e à comunidade. Como consequência dessa construção ideológica, somente se pode falar em crime quando houver lesão ou perigo de lesão a um bem jurídico.

A respeito desses dois Princípios, da Exclusiva Proteção de Bens Jurídicos e da Ofensividade, é de suma importância evidenciar que, nesse trabalho, compartilha-se das lições de Cezar Roberto Bitencourt (2010, p. 54), para quem o Princípio da Exclusiva Proteção de Bens Jurídicos não se confunde com o Princípio da Ofensividade, já que para este "somente se admite a configuração da infração penal quando o *interesse* já selecionado (reserva legal) sofre um ataque (ofensa) efetivo, representado por um perigo concreto ou dano". Vale dizer, enquanto o Princípio da Exclusiva Proteção de Bens Jurídicos limita o âmbito de incidência do Direito Penal, excluindo do seu manto protetivo tudo o que não for conceituado como

sendo bem jurídico (religião, moral, costumes, ideologias), o Princípio da Ofensividade, como o próprio nome indica, apenas estabelece que houve uma ofensa (concreta ou de dano) ao bem jurídico.

Contudo, há, ainda, algumas reflexões necessárias: o que vem a ser bem jurídico? Todo bem jurídico é objeto de tutela penal? Qual a relação existente entre a Constituição Federal e o poder punitivo estatal?

## 2.2 Conceito e finalidades do bem jurídico-penal

A palavra *bem* é traduzida como tudo que possui valor para o homem, configurando-se como objeto de satisfação de suas necessidades. Tem-se, portanto, um conceito amplo que traz em seu bojo o aspecto da relevância para a humanidade, como define Francisco de Assis Toledo (2007, p. 15): “Os bens são, pois, coisas reais ou objetos ideais dotados de ‘valor’, isto é, coisas materiais e objetos imateriais que, além de serem o que são, ‘valem’”.

Posteriormente, este conceito amplo sofre uma redução no seu conteúdo, dando lugar ao do bem jurídico que é “a expressão de um interesse, da pessoa ou da comunidade, na manutenção ou integridade de um certo estado, objeto ou bem em si mesmo socialmente relevante e por isso juridicamente reconhecido como valioso” (DIAS, 1999, p. 63).

Simplificando, bem jurídico é um interesse de grande significação social, valorado pelo legislador. Logo, pode-se afirmar que nem todo bem é um bem jurídico. Este apenas nasce quando o direito resolve abrangê-lo, dispensando-lhe proteção jurídica, como explana Lorenzo Morilla Cuevas (2002, p. 04, tradução nossa):

Ele deriva em que em cada situação histórica o grupo humano associado entre si acorda uma série de condições valiosas em forma de bens jurídicos, que são tidas como fundamentais para sua própria defesa. Mostra-se, portanto, o direito como uma determinada ordem, um concreto sistema de relações sociais a defender e a proteger.<sup>38</sup>

---

<sup>38</sup> Ello deriva en que en cada situación histórica el grupo humano asociado entre sí concrete una serie de condiciones valiosas, en forma de bienes jurídicos, que son tenidas como fundamentales para su propia defensa. Se muestra, entonces, el derecho como un determinado orden, un concreto sistema de relaciones sociales a defender y a proteger. (MORILLA CUEVAS, 2002, p. 04).

Todavia, a esta noção de bem jurídico ainda é cabível impor mais uma limitação: a incidência da norma penal. Assim, quando o bem jurídico é incorporado pelo Direito Penal, tem-se o nascimento do bem jurídico-penal:<sup>39</sup>

Bem jurídico é um elemento da própria condição do sujeito e de sua projeção social e nesse sentido pode ser entendido, assim, como um valor que se incorpora à norma como seu objeto de referência real e constitui, portanto, o elemento primário da estrutura do tipo, ao qual se devem referir a ação típica e todos os seus demais componentes. Por objeto de referência real se deve entender aqui o pressuposto de lesão ou perigo de lesão, pelo qual se orienta a formulação do injusto. Não há injusto sem a devida demonstração de efetiva lesão ou perigo de lesão a um determinado bem jurídico. (TAVARES, 2000, p. 179).

Destarte, a partir das precisas palavras do jurista brasileiro, verifica-se que a noção de bem jurídico traz consigo insitivamente a limitação e a delimitação do poder público, sobretudo no campo penal, que apenas autoriza a criação de normas incriminadoras que tenham respaldo naquele conceito. Levando-se em consideração esta percepção, pode-se afirmar que o bem jurídico-penal é sinônimo de garantia do cidadão, uma vez que limita o direito de punir do Estado. Assim, o legislador ordinário só pode tipificar as condutas graves que lesionem ou coloquem em perigo autênticos bens jurídicos.

Outrossim, a par da garantia, outras finalidades são atribuídas ao bem jurídico-penal, tais como (PRADO, 2003, p. 60 e 61):

a) Teleológica ou interpretativa, pois ao determinar qual bem jurídico é protegido pelo tipo legal, torna-se possível excluir do âmbito de sua incidência as condutas que não afetam aquele bem jurídico concretamente tutelado. Decorre desta função a existência da chamada tipicidade material, que consiste em analisar se a conduta desempenhada pelo agente realmente contrariou o conteúdo da norma que retrata o bem jurídico protegido. Logo, não basta a mera tipicidade formal (subsunção da conduta ao texto legal). É imprescindível

---

<sup>39</sup> Vale diferenciar bem jurídico-penal do objeto material da conduta que, diante de um conceito normativo, constitui o ser corpóreo ou incorpóreo referido pela ação típica e que recebe o atuar do agente. Por outro lado, o bem jurídico-penal é o valor retirado dos preceitos constitucionais, digno de tutela penal quando for “essencial para a coexistência e o desenvolvimento do homem em sociedade” (PRADO, 2003, p. 52). Exemplificando: no delito de furto, o objeto da ação é a coisa subtraída, enquanto o bem jurídico é a propriedade. Outra distinção que não pode faltar para uma melhor compreensão do tema proposto é quanto ao resultado típico e o bem jurídico-penal. Aquele é o efeito externo do crime, constituindo lesão ou perigo de lesão do objeto da ação. Por isso, é concebível a existência de delito sem resultado, não se podendo afirmar o mesmo quanto ao bem jurídico. Do exposto, conclui-se que a lesão ou perigo de lesão ao bem jurídico “diz respeito à relação entre a ação típica e o valor protegido pela norma penal, que pode encarnar-se ou não no objeto da ação” (PRADO, 2003, p. 56).

verificar se a conduta também é materialmente antinormativa, no sentido de contrariar o aspecto valorativo da norma, que vem a ser o bem jurídico;

b) Individualizadora, eis que impõe ao aplicador da lei o dever de ponderar a gravidade da lesão ou a ameaça de lesão ao bem jurídico tutelado (desvalor maior ou menor do resultado) no momento da dosimetria da pena;

c) Sistemática, atuando como elemento classificatório na formação dos tipos penais da parte especial do Código Penal (crimes contra a vida, contra a honra, contra o patrimônio, contra a liberdade individual, entre outros);

e) Fundamentadora do injusto penal, visto que só se pode falar em delito se houver uma lesão ou perigo de lesão a um bem jurídico.

Sopesados tais fatores, ainda resta um problema a ser solucionado: quais os delineamentos imprescindíveis que devem ser considerados pelo legislador quando do momento da criação do tipo de injusto? Em outras palavras, ensina Luís Greco (2004, p. 92 e 93), o problema fulcral é precisar o conceito político-criminal do bem jurídico-penal, que se refere exatamente à limitação do poder punitivo estatal. Difere-se, dessa forma, do seu conceito meramente dogmático que vem a ser o interesse protegido por uma norma. A esse respeito, nenhuma dúvida há de que, existindo a norma penal, haverá um bem jurídico correspondente, bastando, para tanto, um raciocínio indutivo. Mas entender como ocorre a sua eleição à proteção penal constitui um dos dilemas seculares a ser enfrentado, cuja intelecção compreende o seu evoluir conceitual e a sedimentação de um significado preciso e crítico deste ente.

### **2.3 Evolução histórico-cultural do bem jurídico-penal**

Na pesquisa da origem conceitual de bem jurídico, pode-se dizer que, novamente, o Iluminismo é considerado o divisor de águas. Afinal, o seu objetivo era limitar o poder punitivo estatal. Logo, nada mais sensato do que desenvolver o conceito de bem jurídico-penal.

No bojo desta tendência, ganham destaque as formulações de Feuerbach que afirmava ser o ilícito penal uma violação ao direito subjetivo alheio previsto em lei, cuja titularidade era dos indivíduos (delito privado) ou do Estado (delito público).<sup>40</sup> Dessa forma, a existência do crime estava condicionada à lesão de direitos subjetivos, sendo que, na ausência desta, não se vislumbrava uma conduta a ser punida.

Indubitavelmente, a construção doutrinária de Feuerbach representou um grande avanço no terreno de limitação do poder punitivo, tendo em vista que a aplicação do Direito Penal ficou limitada à ocorrência de uma lesão ao direito subjetivo, como sintetiza Yuri Carneiro Coelho (2003, p. 37 e 38):

Da construção de Feuerbach, o direito subjetivo emerge, desta forma, como o instrumento mais eficaz para garantir a liberdade individual: o homem deve liberar-se de qualquer autoridade porque tem suficiente discernimento para regular sua conduta em conformidade com os ditames da razão. Deste modo, a liberdade se concretiza em regras e normas objetivas, deixa de ser abstrata, e as idéias de Feuerbach passam a refletir a própria concepção de liberdade do liberalismo.

Outro representante da doutrina liberal clássica iluminista é Johan Michael Franz Birnbaum (1763 – 1832), que substituiu a expressão direito subjetivo por bem, sendo considerado, por esta razão, o propulsor da materialização do objeto de proteção do Direito Penal. Luiz Regis Prado (2003, p. 32) explica que, de acordo com esse pensamento, para que houvesse tutela penal, era essencial “a existência de um bem radicado diretamente no mundo do ser ou da realidade (objeto material) importante para a pessoa ou a coletividade e que pudesse ser lesionado pela ação delitiva”. Portanto, o delito passa a ser concebido como uma ofensa a um bem (material) merecedor de tutela penal. Ou seja, não é o direito que se vê diminuído diante de uma conduta lesiva e sim o bem, como esclarece Luiz Flávio Gomes (2002, p. 75):

Os direitos, enquanto tais, afirmava-se, não podiam ser lesionados nem postos concretamente em perigo. Exclusivamente o ‘bem’, em sua ‘realidade existencial’, pode sê-lo. No homicídio, portanto, o que resulta lesionado não é o direito subjetivo à vida (posição Iluminista), senão a própria vida (segundo Birnbaum), que conta com ‘realidade existencial’.

---

<sup>40</sup> Observa-se que essa concepção material do delito como lesão de um direito subjetivo é uma nítida influência das teses contratualistas que vigoravam na época, a exemplo de John Locke, como explicado no primeiro capítulo.

Ultrapassada a fase Iluminista, o conceito de bem jurídico sofre influências positivistas, entre as quais se evidenciam duas direções metodológicas diversas: a dimensão formal, de Karl Binding e o positivismo naturalista, de Franz von Liszt.

Binding parte do pressuposto de que bem jurídico é tudo o que na opinião do legislador é relevante para a ordem jurídica, pouco importando o real valor intrínseco desse bem. Dessa forma, a noção de bem jurídico vem a ser:

Tudo o que em si mesmo não é um direito, mas que aos olhos do legislador é de valor como condição da vida sana da comunidade jurídica, em cuja manutenção incólume e livre de perturbações tem interesse desde seu ponto de vista e que por isso faz esforços por meio de suas normas para assegurar-lhe diante de lesões ou perigos não desejados. Em suma, o bem jurídico é de livre criação do Direito (leia-se: do legislador). É bem jurídico aquilo que o legislador entende como tal. (GOMES, L. et al., 2007, p. 412).

Depreende-se, deste conceito, um apego excessivo à norma, da qual se retira o significado do bem jurídico, deixando para trás o conteúdo material concebido na fase iluminista e, sobretudo, o caráter limitador do poder estatal.

Diversamente, o conceito de bem jurídico trazido por Franz von Liszt é que consiste no interesse juridicamente protegido. Ou seja, o bem jurídico é o interesse vital, do homem ou da comunidade, protegido pela norma. É um dado social preexistente, “uma realidade válida em si mesma, cujo conteúdo axiológico não depende do juízo do legislador” (PRADO, 2003, p. 35).

Comparando os dois pensamentos positivistas, resta nítida a diferença entre ambos, pois, enquanto para Binding a norma cria o bem jurídico, para Liszt este a precede. “Com efeito, o ordenamento jurídico não cria o interesse, cria-o a vida, mas a proteção do direito eleva o interesse vital a bem jurídico” (PRADO, 2003, p. 35 e 36).

Entretanto, mesmo considerando que o conceito de bem jurídico formulado por Liszt foi superior, Luis Greco (2004, p. 106) argumenta que esta superioridade é aparente, vez que, ao diferenciar objeto da ação e bem jurídico, Liszt imprimiu a este um noção meramente ideal, “encontrando-se além do mundo fenomênico, ou seja, além do domínio da lei causal, é impassível de qualquer agressão”. Claro que esta noção “desmaterializada” de bem jurídico não pode ser aceita pelo fato de ocasionar um alargamento no seu conceito, possibilitando “que se postulem bens jurídicos *à la volonté*, para legitimar qualquer norma que se deseje” (GRECO, L., 2004, p. 106).

Aliás, este mesmo equívoco foi realizado em momento ulterior pelo neokantismo<sup>41</sup>, que atribuiu ao bem jurídico um valor cultural de cunho ético-social tutelado pelo tipo legal. Na verdade, como explica Rafael Alcácer Guirao (2003, p. 53), sob a influência dessa filosofia, o conceito de bem jurídico foi volatizado, tendo em vista que aquele passa a ser entendido como valor ideal, uma pretensão de respeito, despregando-se da realidade fática. Segundo Alcácer Guirao (2003, p. 53, tradução nossa):

Em suma, como ressalta Amelung, para este setor doutrinal, o bem jurídico não está constituído pelo ‘objeto valorado’ – pela vida de um cidadão, por exemplo – mas sim pela valoração do objeto: pela vida como valor social ou cultural, ou pela propriedade como instituição. Por isso, a lesão dele se identificará com a lesão do dever, posto que um valor ideal não pode se lesionar materialmente, mas tão somente menosprezar sua vigência, sua ‘pretensão de respeito’. O que caracteriza a lesividade social da ação delitativa, será, então, o significado da conduta enquanto expressão de resistência ao valor ideal: lesão da vigência dos valores ético-sociais.<sup>42</sup>

Sendo assim, pode-se afirmar que o bem jurídico se distancia de sua principal finalidade que é restringir o poder do legislador, apenas se preocupando com o resguardo de valores sociais por intermédio de uma reprovação da atitude interna do autor do delito. Por tais razões, a visão neokantista não pode ser aceita.

Numa etapa posterior, destacam-se as teorias sociológicas do bem jurídico, a exemplo de Amelung, que pretendia a substituição do conceito de bem jurídico por nocividade social. Assim, o delito passaria a ser entendido como um comportamento socialmente danoso, uma mera disfuncionalidade, desprovido de qualquer significado valorativo. Para essa conceituação, a noção de lesão ou perigo de lesão ao bem jurídico não tem importância.

Vale mencionar que caberia ao legislador valorizar o fato como sendo socialmente danoso. Sob esse aspecto, Yuri Carneiro Coelho (2003, p. 68) chama atenção para o perigo

---

<sup>41</sup> Conforme Tatiana Viggiani Bicudo (1998, p. 102), o neokantismo caracterizava-se pela utilização de considerações axiológicas e por incluir o Direito entre as ciências do espírito. Dessa forma, “os representantes dessa corrente entediam que, apesar de as ciências naturais captarem a realidade empírica de forma objetiva e neutra, o método do conhecimento das ciências do espírito era valorativo. A questão dos valores que devem ser tomados em consideração na formação dos diversos conceitos deveria atender ao objetivo dessas ciências para a consecução de seus fins”.

<sup>42</sup> En suma, como resalta Amelung, para este sector doctrinal el bien jurídico no está constituído por el ‘objeto valorado’ – por la vida de un ciudadano, p. ej. -, sino por la ‘valoración del objeto’: por la vida como valor social o cultural, o por la propiedad como institución. Por ello, la lesión de él se identificará con la lesión del deber, puesto que un valor ideal no puede lesionarse materialmente, sino solo menoscabarse su vigencia, su ‘pretensión de respeto’. Lo que caracteriza la lesividad social de la acción delictiva será, entonces, el *significado* de la conducta en cuanto expresión del rechazo al valor ideal: lesión de la vigencia de los valores ético-sociales. (ALCÁCER GUIRAO, 2003, p. 53).

dessa construção doutrinária, posto que o “conceito de danosidade social não fornece nenhum atributo que possa efetivamente limitar a atividade do Estado no processo de criminalização de condutas”, podendo, portanto, “servir de legitimação tanto de um conceito de natureza totalitária quanto democrática”. Em suma, a danosidade social não pode ser isoladamente considerada como critério de incidência do Direito Penal, tendo em vista ser o seu conceito exageradamente aberto e subjetivo, não constituindo um verdadeiro limite ao *ius puniendi*.

Nesta mesma linha de raciocínio está Hassemer, para quem há uma escala de valores a ser considerada pelo legislador no momento de seleção do bem jurídico. E este nível axiológico está diretamente vinculado às concretas necessidades da sociedade (GOMES, L. et al., 2007, p. 415).

Ainda no campo sociológico, merece destaque o pensamento de Günther Jakobs, funcionalista sistêmico<sup>43</sup> que sofreu nítida influência dos ensinamentos de Niklas Luhmann, idealizador dos sistemas autopoieticos (BICUDO, 1997, p. 105).

De acordo com esse pensamento, “a sociedade é um sistema de interações, que se denomina expectativas”, sendo que cada membro do “grupo social tem expectativa de que os outros integrantes irão se comportar de acordo com determinadas regras de conduta (expectativas de condutas)” (BICUDO, 1997, p. 105). O problema surge quando ocorre a frustração da expectativa “que impede o desenvolvimento normal do grupo social” (BICUDO, 1997, p. 105).

Utilizando o modelo luhmanniano social, Jakobs acreditava ser a proteção da vigência das normas a finalidade precípua do Direito Penal. Tal proteção acarretaria um perfeito funcionamento da sociedade. Dessa forma, quando se comete um delito há uma transgressão da norma penal. Nesse momento, surge a necessidade de se aplicar uma sanção, cujo objetivo é impor e restabelecer a obediência ao direito. Enfim, conclui Raúl Cervini (1995, p. 172), reafirmar a vigência da norma é sinônimo de funcionalidade do sistema social:

O delito é visto como uma ameaça à integridade e à estabilidade do conglomerado social, na medida em que é uma expressão simbólica de uma falta de fidelidade ao direito que faz estremecer a confiança nas instituições.

---

<sup>43</sup> Ao lado do funcionalismo sistêmico, encontra-se a outra vertente dessa linha de metodológica desenvolvida por Claus Roxin e denominada funcionalista aberto. Tatiana Viggiani Bicudo (1998, p. 104) expõe: “Roxin ao construir a sua teoria tinha como pano de fundo a busca da unidade sistemática entre a política criminal e o direito penal. Assim, atribui a cada categoria penal uma função político-criminal. A tipicidade estaria regida pelo princípio *nullum crimen sine lege*. A antijuridicidade compreenderia o âmbito dos conflitos sociais, no qual se enfrentam interesses individuais ou sociais com as necessidades dos indivíduos. Por fim, a culpabilidade se configuraria desde a perspectiva dos fins da pena. Em suma, Roxin propõe uma política criminal que se identifica com os fins da pena e que se fundamenta na culpabilidade, com os limites do Estado de Direito (tipicidade).”

A pena, por sua vez, constitui para esse autor uma expressão simbólica simetricamente oposta àquela representada pelo delito que, como instrumento de prevenção positiva, tende a restabelecer a confiança e afirmar a fidelidade ao direito, antes de tudo e principalmente em relação a terceiros. Por outras palavras, para este novo enfoque sistêmico, a reprovabilidade da conduta não se funda na lesão de bens jurídicos e nem no princípio de culpabilidade, mas sim, e principalmente, na prevenção positiva do significado simbólico da atividade do indivíduo contrário à norma.

Dito em outras palavras, significa acentuar de maneira preponderante o aspecto preventivo geral positivo da pena, que consiste exatamente nessa consciência geral de respeito à norma, de fidelização ao direito, como sintetiza Baratta (1994, p. 21): “Segundo esta teoria, a função da pena não se dirige nem aos infratores atuais nem os potenciais. Ela se dirige, sobretudo, aos cidadãos fiéis à lei, aos que supostamente manifestam uma tendência ‘espontânea’ a respeitá-la”.

Observa-se, portanto, que o Direito Penal não tem qualquer ligação com o bem jurídico, uma vez que o delito passa a ser concebido, tão somente, como fato antinormativo. Aliás, de modo geral, as orientações sociológicas causaram uma profunda crise no conceito de bem jurídico, posto que suprimiram do seu conteúdo qualquer feição axiológica. Renato de Mello Jorge Silveira (2003, p. 50) acrescenta que houve total discrepância com o princípio da ofensividade. Isso porque, faltou “delinear e explicitar o que vem a ser lesionado com uma conduta delitiva, bem como responder, de modo convincente, por que uma dada sociedade vem a criminalizar determinados comportamentos e outras não”.

Por tais motivos, essa fase é considerada o lado obscuro da evolução histórica do bem jurídico não contribuindo em nada com a construção de um conceito crítico deste ente penal.

## **2.4 Teorias constitucionalistas**

A partir da compreensão de que as fases descritas no item anterior se mostraram ineficazes quanto à apresentação conceitual de bem jurídico, parte da doutrina voltou a sua atenção à Constituição, acreditando ser esta o referencial mais idôneo para a delimitação daquele ente.

Sem dúvidas, é intrínseca a relação existente entre a Lei Fundamental e o Direito Penal. Janaina Conceição Paschoal (2003, p. 51) justifica essa interação pelo fato da

Constituição albergar os valores mais caros de uma sociedade, logo, nada mais justo que o Direito Penal, que afeta diretamente a liberdade individual, buscar o seu fundamento no texto constitucional.

Nesse mesmo sentido, ilustrativo é o ensinamento de Yuri Carneiro Coelho (2003, p. 21) a respeito da estrita ligação entre o conceito material de crime e a Constituição:

A partir do instante em que se tomou a Constituição como o documento legal que alberga o consenso de uma dada sociedade, ela passa a ser o suporte de natureza material do Direito Penal. A Constituição, com seus princípios, inclusive aqueles relativos ao Estado de Direito nela gizados, deve ser a base do Direito Penal garantidor, liberal e, portanto, mínimo.

No caso do Brasil, outro resquício da intrínseca relação existente entre a Lei Maior e o Direito Penal vem a ser a existência de mandatos expressos de criminalização, a exemplo do artigo 5º, inciso XLIII,<sup>44</sup> que funcionam como verdadeiras medidas assecuratórias de direitos fundamentais (FLACH, 2010, p. 46).

Em relação à proteção integral dos direitos fundamentais operada pelos mandatos expressos de criminalização, Lenio Luiz Streck (2004, p. 8) os considera como sinônimo positivo do garantismo penal, no sentido deles constituírem uma verdadeira proibição de proteção deficiente por parte do Estado:

Há que se ter claro, portanto, que a estrutura do princípio da proporcionalidade não aponta apenas para a perspectiva de um garantismo negativo (proteção contra os excessos do Estado), e, sim, também para uma espécie de garantismo positivo, momento em que a preocupação do sistema jurídico será com o fato de o Estado não proteger suficientemente determinado direito fundamental, caso em que estar-se-á em face do que, a partir da doutrina alemã, passou-se a denominar de "proibição de proteção deficiente" (*Untermassverbot*). Este conceito, explica Bernal Pulido, refere-se à estrutura que o princípio da proporcionalidade adquire na aplicação dos direitos fundamentais de proteção. A proibição de proteção deficiente pode definir-se como um critério estrutural para a determinação dos direitos fundamentais, com cuja aplicação pode determinar-se se um ato estatal - por antonomásia, uma omissão - viola um direito fundamental de proteção.

Diante dessas afirmações, depreende-se que as teorias constitucionalistas deram ao bem jurídico um viés social, resgatando, de certa forma, o pensamento formulado por Franz Von Liszt de que o legislador nada mais faz do que reconhecer quais os bens mais caros à

---

<sup>44</sup> “A lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem”.

sociedade, atribuindo-lhes juridicidade. Por outro lado, as teorias constitucionalistas foram um pouco mais além, uma vez que, ao constatarem o cunho social do bem jurídico, também concluíram que é na Constituição que esses valores fundamentais estariam inclusos.

Contudo, em que pese a importância dessa constatação, ainda havia uma lacuna a ser preenchida quanto à determinação de quais valores seriam dignos de tutela penal. Vale dizer, se o bem jurídico-penal é retirado da Constituição, pode-se afirmar que todo o seu conteúdo possui dignidade penal?

Esse problema é ainda mais latente quando se está diante de uma Constituição analítica e aberta,<sup>45</sup> onde se encontram inseridas inúmeras questões que nem sempre possuem matérias essencialmente constitucionais,<sup>46</sup> a exemplo da Constituição Brasileira que, em seu artigo 242, §2º estabelece que “o Colégio Pedro II, localizado na cidade do Rio de Janeiro, será mantido na órbita federal”.

Como forma de responder a essa indagação, surgiram três vertentes da teoria constitucionalista, a saber: a ampla ou genérica, estrita ou rígida e a eclética.

### **2.4.1 Teoria constitucionalista ampla ou genérica**

Esta teoria estabelece que a Constituição é um quadro axiológico de referência e orientação ao legislador ordinário na determinação dos valores dignos de incriminação penal, sendo amplamente defendida pelos seguintes autores: Rudolphi, Ferrando Mantovani, Pietro Nuvolone, Marcello Gallo, Antonio Pagliaro e Luiz Díez Ripollés.

Luiz Carlos dos Santos Gonçalves (2007, p. 68) também se mostra partidário desta corrente ao reconhecer a exigência de proteção penal para determinado bem jurídico, mesmo se tal valor não possuir sede constitucional. O suficiente é que o bem jurídico a ser protegido de forma criminal “represente grave danosidade ou risco à sociedade”.

---

<sup>45</sup> “Analítica é a Constituição extensa, detalhista, minuciosa, prolixa, longa. Trata especificamente das mais variadas matérias e, por isso, acaba tendo elevado número de artigos. Dá amplo tratamento às matérias localizadas em vários campos do ordenamento jurídico, tais como Direito Penal, Direito Civil, Direito Administrativo, Direito Tributário, Direito Ambiental, Direito Urbanístico, Direito Trabalhista, Direito Internacional, Direito Universitário. Exemplos são as Constituições de Portugal (296 artigos) e do Brasil (250 artigos)” (FACHIN, 2008, p. 117).

<sup>46</sup> Entende-se que matérias essencialmente constitucionais são aquelas relativas à organização do Estado, ao seu regime político e estrutura, bem como as referentes aos direitos do homem e suas garantias.

Utilizando os ensinamentos de Janaina Conceição Paschoal (2003, p. 55), pode-se afirmar, nessa perspectiva, que a Lei Maior funciona como limite negativo do Direito Penal, visto que “toda criminalização que não desrespeite frontalmente o texto constitucional será admitida”. Em outras palavras, significa dizer que a Constituição é o norte interpretativo de referencial genérico para a construção dos tipos penais incriminadores, como sintetizam Luiz Flávio Gomes et al. (2007, p. 424):

A norma fundamental (*Grundnorm*), assim, não viria a impor a tutela de determinados bens jurídicos, senão que serve de ponto de referência para a construção do sistema penal, não podendo proteger valores irreconciliáveis com a Constituição. O papel que desempenharia a Constituição seria um mero papel negativo que permitiria excluir da proteção penal determinados bens (incompatíveis com o seu quadro axiológico).

Em razão dessa realidade, os princípios gerais que regem a Carta Magna assumem função ímpar, já que irão contornar e limitar a atividade punitiva, concretizando, dessa forma, o modelo de Estado Democrático e Social de Direito.<sup>47</sup> Dentre esses princípios, além dos já destacados no início deste capítulo, também serão considerados o da dignidade humana (art. 1º, III, da CF); da personalidade e individualização da pena (art. 5º, XLV e XLVI, da CF); da humanidade (art. 5º, XLVII e XLIX, da CF) e o da culpabilidade.

Na verdade, como bem ressaltou Regis Prado (2003, p. 87), ao se conceber uma visão ampla do bem jurídico com sede no quadro axiológico constitucional, exige-se do legislador uma interpretação conforme a Constituição que impõe a consonância de toda a atividade punitiva com os princípios descritos acima. Afinal, estes

São as vigas mestras – fundantes e regentes – de todo o ordenamento penal. Esses princípios, que se encontram em sua maioria albergados, de forma explícita ou implícita, no texto constitucional, formam por assim dizer o *núcleo* gravitacional, o *ser* constitutivo do Direito Penal. (PRADO, 2003, p. 66).

---

<sup>47</sup> Quanto ao significado de Estado Democrático, como o próprio nome indica, é “aquele em que os governos têm legitimidade democrática, essencialmente à base de eleição por sufrágio universal de assembleias representativas, com a participação livre de uma pluralidade de partidos e com um mínimo de informação e debate político” (PRADO, 2003, p. 75 e 76.). O Estado Social, como já informado, refere-se à ingerência estatal nas estruturas econômica, buscando promover a igualdade, a liberdade e a dignidade dos cidadãos. Diante dos conceitos apresentados, pode-se dizer que a expressão *Estado Democrático e Social de Direito* dispensa tanto uma proteção formal quanto material ao indivíduo, proporcionando-lhe o efetivo exercício da democracia.

Portanto, para selecionar o que deve ou não merecer a proteção da lei penal, o legislador ordinário deve necessariamente levar em conta os princípios penais que estão inseridos (explícita ou implicitamente) no Texto Maior.

Todavia, como adverte Yuri Carneiro Coelho (2003, p. 81), o problema dessa teoria é o alargamento do campo punitivo estatal, já que o substrato do bem jurídico não está “consustanciado no corpo da Constituição” e sim nos “princípios de caráter geral, que condicionam o Estado de Direito Democrático e Social, e nos princípios de Direito Penal constitucional”. Ou seja, não há uma “aferição concreta do campo de legitimidade, concedido ao legislador para a construção dos tipos delitivos”.

Em razão dessa constatação, foi necessário, ao desenvolvimento dessa pesquisa, limitar ainda mais o referencial teórico construtivo do bem jurídico-penal, dando ensejo à teoria constitucionalista estrita.

#### **2.4.2 Teoria constitucionalista estrita ou rígida**

De acordo com essa versão, o legislador penal está vinculado à ordem constitucional na definição do bem jurídico. Somente se pode falar em ilícito penal quando há lesão ou perigo de lesão a um valor constitucionalmente relevante, devendo haver uma rígida harmonização entre os valores penais e os constitucionais. Sendo assim, “a tarefa do legislador, portanto, não seria outra senão a de incorporar ao ordenamento jurídico-penal os valores mais importantes plasmados de modo vinculante na Constituição” (GOMES, L. et al., 2007, p. 420).

De acordo com Janaina Conceição Paschoal (2003, p. 61), a corrente constitucionalista estrita apresenta duas vertentes: aquela que admite a “proteção penal para a lesão de qualquer valor constitucional, tenha ou não natureza de direito fundamental” e, do outro lado, aquela que defende a “limitação dos bens jurídicos penais aos direitos fundamentais reconhecidos pela Constituição”.

Dessa forma, a primeira posição acredita ser possível a criminalização de qualquer bem que tenha alçada constitucional, não importando a sua relevância axiológica (se direito

fundamental ou não). Essa corrente é sustentada na Itália,<sup>48</sup> tendo como precursores Franco Bricola, Francesco Palazzo, Enzo Musco, Francesco Angioni, entre outros.

Já a segunda visão entende ser necessário averiguar se o bem a ser protegido pelo Direito Penal constitui um direito fundamental dentro da topografia constitucional. Nesse campo, manifesta-se a seu favor Jorge de Figueiredo Dias (1999, p. 67), que expõe a necessidade de uma relação de mútua referência entre o Direito Penal e os “valores constitucionais expressa ou implicitamente ligados aos direitos e deveres fundamentais”<sup>49</sup>.

Janaina Conceição Paschoal (2003, p. 64 e 65) também é adepta desse entendimento, acreditando ser esta a única forma eficaz de se realizar uma verdadeira limitação ao poder punitivo estatal. Sustenta, ainda, que não deve prosperar a crítica lançada a essa corrente no sentido de que os direitos fundamentais não alcancem as ações do Estado, uma vez que somente podem ser impostos nas relações travadas entre particulares. Contudo, como ressaltado pela autora, hoje é praticamente pacífico que os poderes públicos também se encontram vinculados aos direitos fundamentais.<sup>50</sup>

Por fim, outro ponto de suma importância que esta corrente tenta responder vem a ser o surgimento de novos direitos fundamentais que não foram albergados pelo texto constitucional, como sintetiza Michael Schneider Flach (2010, p. 56):

Afinal, nem sempre as Constituições são recentes a ponto de estarem em compasso com o advento de certas inovações ou de direitos novos, surgidos do natural desenvolvimento social e das suas necessidades crescentes. Fatores que contribuem para que não haja o reconhecimento expresso de certos objetos, os quais, nem por isto, estariam imunes à proteção penal, que deverá então ser exercida. Ademais, mesmo que o texto constitucional fosse o mais atual e abrangente possível quando da edição, a complexidade e a aceleração social rogariam constantes alterações. De onde o elenco de tais bens jurídico-penais poderia estar em permanente defasagem e mutação, seja pelo seu significado, grau de relevo, âmbito de dimensão de tutela ou até desnecessidade.

---

<sup>48</sup> Luiz Flávio Gomes (2002, p. 90) justifica que o fundamento da doutrina italiana ser partidária dessa corrente encontra-se no artigo 13 da Constituição da Itália “que cuida da *liberdade pessoal*, cuja privação constitui a regra geral (a sanção básica e mais comum) no Direito Penal. Mas o sacrifício desse bem, em virtude de sua hierarquia e relevância, só está justificado para a tutela de outro bem de igual ou maior valor, é dizer, bens previstos na Constituição e, ademais, de *relevância constitucional significativa*”.

<sup>49</sup> Insta observar que Luiz Flávio Gomes (2002, p. 92) classificou o entendimento do jurista português como pertencente à teoria constitucionalista genérica.

<sup>50</sup> Sob o assunto, Ingo Wolfgang Sarlet (2001, p. 147) destaca que foi a partir do reconhecimento da dimensão objetiva dos direitos fundamentais que se concebeu a sua função axiológica vinculativa a todos os órgãos públicos. “Neste contexto, é que se afirma conterem os direitos fundamentais uma ordem dirigida ao Estado no sentido de que a este incumbe a obrigação permanente de concretização e realização dos direitos fundamentais” (SARLET, 2001, p. 147).

Fazendo um paralelo entre a teoria constitucionalista ampla e a estrita, verifica-se que, para aquela, essa questão aventada não constitui um empecilho, posto que, ao levar em conta não apenas o texto constitucional, mas também os seus princípios explícitos ou implícitos, a criminalização de novos bens torna-se perfeitamente plausível, como explana Luiz Luisi (2003, p. 174):

A criminalização há de fazer-se tendo por fonte principal os bens constitucionais, ou seja, aqueles que, passados pela filtragem valorativa do legislador constitucional, são postos como base e estrutura jurídica da comunidade. E, embora o legislador criminal possa tutelar com suas sanções bens não previstos constitucionalmente, só o pode fazer desde que não viole os princípios básicos das constituições.

Todavia, para a teoria constitucionalista rígida, surge o embate de como conciliar o surgimento de novos bens relevantes não previstos na Lei Maior. Para Janaina Conceição Paschoal (2003, p. 66) este é um preço a ser auferido por aqueles que realmente desejam limitar o poder punitivo do Estado, sob pena de “transformar em letra morta quaisquer das teorias constitucionalistas de limitação positiva”.

### **2.4.3 Teoria constitucionalista eclética**

Tendo em consideração as críticas lançadas às teorias de caráter amplo e estrito, desenvolveu-se uma terceira visão como forma de limitar e precisar o conteúdo material do bem jurídico. Tal pensamento foi elaborado por Luiz Regis Prado que une o conceito de danosidade social à referência constitucional, dando origem à natureza eclética ou intermediária do bem jurídico.

Resgatando o postulado da teoria constitucionalista genérica de que o bem jurídico a ser eleito pelo legislador não pode conflitar com o quadro axiológico da Constituição, Regis Prado (2003, p. 84) conclui que o “ponto de partida do Direito Penal é dado pelo conceito de pessoa”, afinal, a Lei Maior erige a dignidade humana como fundamento máximo do modelo de Estado de Direito. Nesse contexto,

O Estado existe para o indivíduo e não o oposto: *omne jus hominum causa introductum est*. De sorte que ele só pode ser concebido como garantidor da liberdade/dignidade do homem. É meio e não fim. A Constituição e toda a

atividade estatal devem ser alinhadas a partir desse sentido e supremo objetivo. Assinala-se ao Estado, em relação à pessoa, não uma missão de domínio, mas de serviço. (PRADO, 2003, p. 90).

E como forma de consolidar esse paradigma, são conferidos direitos fundamentais à pessoa que constituem um limite à atuação do legislador, sobretudo, no momento da criação do injusto penal, tendo em vista o seu caráter limitativo. Destarte, é o Texto Constitucional que circunscreve a área de criminalização, na medida em que os bens protegidos pela tipificação encontram correspondência constitucional. Ocorre, portanto, uma delimitação do poder punitivo, que vai ao encontro da função restritiva de bem jurídico.

Sob esse prisma, ganha destaque a correlação entre o injusto material e a relevância do bem jurídico para a sociedade. Vale dizer, a idoneidade da tutela penal de um bem jurídico reside no seu valor social. Conforme reflete Prado (2003, p. 96 e 97),

Por isso, é incompatível criminalizar uma conduta que se oponha à concepção da maioria ou ao padrão médio de comportamento. A estigmatização de um comportamento como delituoso deve limitar-se à violação daquelas normas sociais em relação às quais existe um consenso praticamente ilimitado e com as quais, no mínimo, em geral, é possível as pessoas se conformarem.

Assim, o critério de danosidade social complementa o limite imposto pelo quadro axiológico constitucional e permite afirmar que nem todo bem jurídico previsto na Constituição é merecedor de proteção penal. Em suma: “para que um bem jurídico possa ser considerado, em sentido político criminal, como bem jurídico-penal, insta acrescer ainda o juízo de suficiente importância social” (PRADO, 2003, p. 104).

Diante do exposto, pode-se dizer que o conceito material de bem jurídico é a realidade social, “sobre a qual incidem juízos de valor, primeiro do constituinte, depois do legislador ordinário” (PRADO, 2003, p. 96 e 98). Trata-se, portanto, de um conceito valorado e relativo, visto que seu significado se extrai de um determinado contexto histórico-cultural de uma sociedade.

Igual posicionamento é adotado por Luís Greco (2004, p. 101), que afirma ser imprescindível para a configuração do bem jurídico-penal a sua fundamental relevância para a sociedade e para o indivíduo, não sendo suficiente a sua correspondência ao texto constitucional.

Após a apresentação de tantas teorias acerca do significado de bem jurídico-penal, acredita-se que seja necessário optar por uma delas. Em princípio, elege-se a teoria eclética

como a melhor diretriz para o legislador, quando da criminalização de condutas, já que a noção de substrato do bem jurídico-penal<sup>51</sup> sempre estará presente neste posicionamento. Logo, além do bem jurídico-penal ter arrimo na Constituição, torna-se imanente ao seu conceito a verificação de sua importância para a sociedade.

## 2.5. Bem jurídico individual e transindividual

Ainda no tocante à teoria geral do bem jurídico, necessário se faz abordar a dicotomia existente quanto a sua titularidade, que o classifica em bem jurídico individual e transindividual. Como as próprias denominações indicam, o primeiro pertence ao indivíduo, que o controla e o dispõe conforme a sua vontade, a exemplo da vida, patrimônio, integridade física e liberdade.

Por outro lado, o bem jurídico transindividual tem uma titularidade difusa, pertencente à sociedade como um todo, estando além do indivíduo, como o meio ambiente, a saúde pública, as ordens econômica e financeira. Para Luiz Regis Prado (2003, p. 109), tais bens comportam a seguinte classificação:

Bens jurídicos institucionais (públicos ou estatais) nos quais a tutela supra-individual aparece intermediada por uma pessoa jurídica de direito público (v. g., administração pública, administração da justiça); bens jurídicos coletivos que afetam um número mais ou menos determinável de pessoas (v. g., saúde pública, relação de consumo); e bens jurídicos difusos que têm caráter plural e indeterminado e dizem respeito à coletividade como um todo (v. g., ambiente).

Insta salientar que a categoria transindividual recebe denominações diversas por parte da doutrina, tais como bens jurídicos metaindividuais, universais e macrosociais. No

---

<sup>51</sup> Este é o interesse do ser humano em relação a um determinado bem que, quando valorado positivamente pelo legislador, origina o bem jurídico. Em outras palavras, o bem jurídico é o reconhecimento pelo Direito desse interesse do ser humano por um bem. Essa noção de bem jurídico e seu substrato ganha relevância no tocante à validade de uma norma penal incriminadora, haja vista que a existência de um bem jurídico depende do seu substrato (da função, do interesse que o bem possui em relação ao seu possuidor). Nesse sentido, vale transcrever o exemplo elucidativo de Luiz Flávio Gomes et al. (2007, p. 384): “quando se subtrai uma coisa abandonada (*res derelicta*) não há crime patrimonial. Cuida-se de uma subtração, mas não do delito de furto. Por quê? Porque a coisa deixou de cumprir qualquer função dominial em relação ao seu dono. Se a proteção penal tutela justamente essa relação (ou interesse) entre o dono e a coisa e se ele a abandonou, a relação (o interesse) não existe. Ou seja, não existe o substrato empírico do bem jurídico. Conclusão: não há que se falar em bem jurídico. Há tão-somente um bem existencial. Mas não é (só) esse bem existencial que o Direito Penal tutela”.

entanto, em que pese a variabilidade designativa, o importante é consignar que todas estas nomenclaturas apontam um único sentido: estes bens pertencem a todos, não se limitando a um único indivíduo, senão à sociedade. Ou seja, tais bens são dotados de indivisibilidade, no sentido de ser impossível fracionar a sua fruição em partes numéricas.

Outra consideração de suma importância é saber como originou esta dualidade de bens jurídicos. Para entender este aspecto, torna-se necessário saber que o atual estágio societário, surgido a partir da segunda metade do século XX e definido como pós-industrial, caracteriza-se pelo incremento de novas técnicas científicas e eletrônicas. E grande parte destas descobertas ou inovações tecnológicas é fruto da incessante busca humana pelo progresso, pelo crescimento econômico, pela expansão do consumo e, sem dúvidas, pelo próprio desenvolvimento do bem-estar individual.

Entretanto, como tudo na vida, o lado bom nunca vem desacompanhado, existindo o anverso da moeda menos “animador”. Neste momento, entram em cena os riscos sociais, imprimindo a esta nova realidade a feição de Sociedade de Risco, conforme preconizado pelo sociólogo Ulrich Beck.

Não custa salientar que riscos sempre existiram em qualquer período histórico. No entanto, em épocas mais antigas, a maioria dos riscos provinha da natureza, a exemplo das tempestades, dos ciclones, das enchentes, dos incêndios. Em momento posterior, já na fase industrial, “o risco assume a forma de acidente, ou seja, de um acontecimento exterior ou imprevisto, um acaso, simultaneamente individual e repentino” (SILVA, P., 2004, p. 76).

Sobre este aspecto, Pierpaolo Cruz Bottini (2010, p. 32) informa que o mais correto é conceber a existência da noção de perigo na fase industrial e anterior à ela, como “uma premissa fundamental para a compreensão do risco”. Vale dizer, impregnada à noção de perigo está a sujeição do homem à causalidade natural, quando não se possuía o conhecimento dos resultados decorrentes de uma ação concreta, admitindo-se a mera realização de probabilidades da ocorrência de um dano. Nas palavras de Bottini (2010, p. 32): “Assim, o perigo diz respeito à apreensão subjetiva do acontecimento danoso, que só existe porque o homem não conhece a relação de causalidade precisa decorrente dos fatos”.

Para cristalizar essa vinculação dos riscos naturais e industriais ao desconhecimento humano de suas origens e gestão, M-A. Hermitte (2005, p. 12) traz à tona a luta das metrópoles europeias para controlar os incêndios no século XVIII, demonstrando que a consecução dessa atividade estava para além da capacidade do homem:

De fato, nessa época, as cidades herdadas da Idade Média eram apertadas, os telhados quase que contíguos, a madeira onipresente na construção, a água rara ou de difícil uso por falta de canalização e pressão, o que impedia o acesso aos andares; a presença dos cavalos na cidade implicava enormes quantidades de palha; por fim, o fogo estava por todos os lugares: fumava-se, cozinhava-se e aquecia-se com madeiras em chaminés abertas. O incêndio era constante e propagava-se. Aqui, trata-se de simples reflexões sobre as causas dos incêndios, de fácil entendimento, sem conhecimento científico específico. Entretanto, ninguém identificava esses fatos em termos de causalidade, o que impedia toda e qualquer possibilidade de progresso, pois o incêndio era visto como castigo divino. Conseqüentemente, não havia nenhuma incitação para que os costumes ou as construções mudassem: lutava-se derrubando casas de forma a cortar o avanço das chamas, faziam-se procissões, padre na frente, para pedir que Deus mandasse a chuva; uma vez o incêndio apagado, o padre organizava a caridade para socorrer os mais necessitados.

Esta realidade somente se modificou a partir do momento em que o pensamento científico floresceu e sedimentou uma causalidade racional entre as condutas e os efeitos, possibilitando, dessa forma, o controle e a prevenção dos riscos da modernidade. Ou seja, arremata Pierpaolo Cruz Bottini (2010, p. 34), a noção originária de risco está diretamente vinculada

À tomada de consciência do perigo futuro e às opções que o ser humano faz ou tem diante dele. É uma forma de representação do porvir e uma modalidade de produzir vínculos com este mesmo futuro. Enquanto o perigo é destino, o risco relaciona-se com mediação, com planejamento, com estratégia. O risco será sempre uma qualidade do agir humano diante de diversas opções colocadas.

Mas se a presença dos riscos é tenaz, o que diferencia os riscos modernos dos “antigos”? Beck (2006, p. 7) explica que, na tentativa de controlar os riscos naturais e os industriais, o homem se utilizou da ciência, da tecnologia. Porém, a utilização desmedida da tecnologia resultou em novos riscos, incontroláveis e imprevisíveis, causando uma insegurança ainda maior. Dessa forma, conclui Beck (2006, p. 7), “a cultura do medo vem do fato paradoxal de que as instituições feitas para controlar produzem incontrolabilidade”.

Em outros termos, significa que os atuais riscos têm procedência humana, afinal, a produção social de riqueza está sempre acompanhada da produção social de riscos (BECK, 2010, p. 23). Sendo assim, “as ameaças com as quais nos confrontamos não podem ser atribuídas a Deus ou à natureza, mas à própria ‘modernização’ e ao próprio ‘progresso’”

(BECK, 2006, p. 7). Enfim, os riscos são inerentes ao intenso processo de modernização almejado pelo ser humano, como ilustra M-A. Hermitte (2005, p. 18):

Várias catástrofes enraizaram-se no núcleo das novas tecnologias, num contexto de crescimento acelerado dos conhecimentos científicos. Então, o desenvolvimento da ciência, não traz, de forma linear, um aumento da segurança, mas, de modo aleatório, uma solução a certos problemas e a criação de outras dificuldades. Da mesma forma, quanto mais as tecnologias são potentes, maior seu potencial de destruição. O argumento do ‘balanço globalmente positivo’ não está mais convencendo o público que, frequentemente, toma o lugar da potencial vítima. Logo, toda e qualquer nova técnica pode justificar um princípio de vigilância. É o principal ponto de dissensão entre aqueles que querem assegurar uma liberdade maior para a criação de novas técnicas e aqueles que querem um controle maior.

Tendo em consideração este traço peculiar do atual estágio societário, em que se verifica a contrapartida do desenfreado avanço tecnológico e científico, pode-se definir sociedade de risco como “aquela que, junto aos progressos da civilização, apresentava a contrapartida da produção de novos riscos estritamente vinculados àqueles progressos”<sup>52</sup> (RIVERA BEIRAS, 2004, p. 340, tradução nossa).

Outro fator de suma importância que contribui para a intensificação dos riscos criados pelo homem na sociedade pós-industrial é o efeito globalizante dos mesmos.<sup>53</sup>

<sup>52</sup> Aquella que, junto a los progresos de la civilización, presentaba la contrapartida de la producción de nuevos riesgos estrechamente vinculados a aquellos progresos. (RIVERA BEIRAS, 2004, p. 340).

<sup>53</sup> Falar em globalização ou tentar decifrar o seu significado renderia um trabalho à parte. No entanto, o exato contorno da sociedade de risco está intrinsecamente relacionado a este conceito. Desta forma, não resta outro caminho senão uma abordagem sucinta do que vem a ser a globalização. Inicialmente, cabe salientar que se trata de um fenômeno recente, iniciada “no século XV ao século XVIII no contexto do capitalismo comercial, e que oxigenou uma forma de domínio político pela qual os europeus subjugaram a América, na busca de metais preciosos e de gêneros tropicais exóticos” (GODOY, 2004, p. 24). Outra característica da globalização reside na sua feição heterogênea, sendo perfeitamente possível atribuir-lhe várias acepções: tecnológica, política, cultural, jurídica, econômica, entre outras. Em termos econômicos, a globalização significa uma expansão generalizada das atividades mercantis e financeiras, interligando os países em uma economia internacional de mercado, em que se presencia “o crescimento do poder das companhias transnacionais” (BECK, 1999, p. 30). Em razão desta constatação, a globalização também influencia a soberania dos Estados, sobretudo quando o capitalismo adentrou na sua fase monopolista, ocasionando perda significativa do poder de decisão dos Estados, fazendo com que estes se submetessem às interferências dos atores transnacionais. Já na questão tecnológica, a globalização, indubitavelmente, significou uma verdadeira revolução engendrando o surgimento de novos fluxos de conhecimentos, informações e técnicas de comunicação. Em termos culturais, a globalização, nos dizeres de Maria Nazareth Ferreira (1995, p. 31), construiu uma “cultura transnacional”, por onde “navegam os projetos locais, regionais e nacionais da produção material e simbólica, transformando tudo em mercadoria e todos em consumidores ou investidores”. Contudo, o que mais se destaca neste processo globalizante ao qual o mundo está submerso é a “questão da pobreza mundial”, que se opõe “à miséria do hemisfério sul o desconforto da riqueza do hemisfério norte, circunstância administrada sob forte pressão ideológica e que nos promove a desconfiança, uma vez que a globalização é um mito conveniente a um mundo sem ilusões, mas é também um mito que rouba a esperança. O reflexo social disso tudo redundando na cesura entre possuidores (*haves*) e despossuídos (*have-nots*),

Partindo do pressuposto que o mundo está conectado em uma “aldeia global”, na qual há integração supranacional entre os Estados, torna-se quase impossível prevenir ou reprimir a eclosão de riscos. Daí advém a face incontrolável e imprevisível dos atuais riscos sociais e a impossibilidade, como destaca Beck (2010, p. 33), de se aplicar a esta nova fase da modernização o princípio da causalidade, no qual se tinha a exata determinação entre a causa do risco e a sua consequência. Ou seja, apesar de todo o arsenal tecnológico e científico, a condução dos riscos foge novamente do controle humano.

Contribuindo para a elucidação deste tema, Paulo Silva Fernandes (2001, p. 61) ressalta que a globalização faz com que os riscos desconheçam fronteiras nacionais, disseminando na população um sentimento de vítima em potencial, pois já não há mais fronteiras reais ou simbólicas capazes de impedir a difusão dos riscos, situação essa que ficou bem latente com o incidente de Chernobyl. Em suma, além de sociais, agora os riscos são globais, não estando adstritos “a lugares determinados tampouco a frações conhecidas no tempo. Uma decisão – tornou-se trivial dizer – pode produzir consequências em diversos pontos do planeta daqui a três, quatro ou cinco gerações” (SILVEIRA, F., 2000, p. 48).

Beck (2006, p. 7) também destaca a questão da globalidade dos riscos modernos e alerta para o fato de que esta qualidade os torna imperceptíveis à primeira vista, situação que acentua ainda mais a total falta de controle do homem pós-moderno:

Não sabemos se vivemos em um mundo algo mais arriscado que aquele das gerações passadas. Não é a quantidade de risco, mas a qualidade do controle ou – para ser mais preciso – a sabida impossibilidade de controle das consequências das decisões civilizacionais que faz a diferença histórica. Por isso, eu uso o termo “incertezas fabricadas”. A expectativa institucionalizada de controle, mesmo as idéias-chave de “certeza” e “racionalidade” estão em colapso. Não são as mudanças climáticas, os desastres ecológicos, ameaças de terrorismo internacional, o mal da vaca louca etc. que criam a originalidade da sociedade de risco, mas a crescente percepção de que vivemos em um mundo interconectado que está se descontrolando. Os desafios dos riscos globais conceituais e prescritivos oriundos da primeira modernidade do século XIX e início do século XX são discutidos no início do século XXI. Os riscos com os quais nos confrontamos não podem ser delimitados espacialmente, temporalmente, ou socialmente; eles abrangem estados-nação, alianças militares, e todas as classes sociais, e, por sua natureza, apresentam novos tipos de desafios às instituições designadas para seu controle.

Tendo em consideração essa feição imensurável e difusa dos atuais riscos, Beck (2010, p. 41 e 42) faz uma interessante comparação: aquela divisão socioeconômica da sociedade, em que as pessoas são classificadas conforme as suas posses materiais (pobre/rico), perde sentido nesta nova configuração dos riscos, pois todos estão sujeitos à sua contaminação. Trata-se do efeito *bumerang* dos atuais riscos sociais, “que implode o esquema de classes.” (BECK, 2010, p. 27). É claro que aqueles que possuem maior capacidade financeira, econômica, conseguem reunir melhores equipamentos de precaução contra a incidência de um risco social, mas, mesmo assim, não conseguem ficar imunes a ele.

Aliás, aqui cabe uma correlação com o que foi exposto no primeiro capítulo. Afirmou-se que há um sentimento subjetivo generalizado de insegurança, onde todos se sentem ameaçados sem saber ao certo o motivo e de onde vem o perigo. Traçando um paralelo com as características dos riscos atuais (imprevisíveis, inevitáveis, ilimitados), resta claro que o temor é um reflexo daqueles, pois cada pessoa se sente na iminência de sua incidência.

A par disso, desenvolveu-se uma nova disciplina social denominada administrativa atuarial, que se manifesta pela gerência dos riscos por intermédio do controle de comportamentos. Para tanto, são utilizados recursos tecnológicos, a exemplo das câmaras de vídeos instaladas em ambientes públicos como forma de monitorar as pessoas, evitando-se, dessa forma, as ações ditas perigosas (RIVERA BEIRAS, 2004, p. 340). Enfim, trata-se de uma técnica de identificação, de vigilância e segregação de “populações consideradas de alto risco – as novas classes perigosas – a partir do emprego de práticas gerenciais e da incorporação de técnicas desenvolvidas no setor de análise de sistemas” (MINHOTO, 2001, p. 412).

Diante desse panorama geral sobre a sociedade de risco, resta, ainda, elucidar qual a relação existente entre este novo contexto societário e o bem jurídico. Ora, após o homem tomar consciência de que novos riscos sociais imensuráveis existem, criou-se, por outro lado, a necessidade de reconhecer mecanismos coercitivos de gerenciamento dos mesmos. Disso advieram direitos fundamentais até então inimagináveis, como, por exemplo, o direito a um meio ambiente saudável como forma de frear o uso de novas tecnologias que tenham impacto na natureza, direito ao patrimônio comum da humanidade, enfim, direitos cuja titularidade é a espécie humana.

Enfática é a descrição de Paulo Bonavides (2010, p. 569) destes direitos, considerados de terceira dimensão, detentores de “altíssimo teor de humanismo e

universalidade”, posto que “têm primeiro como destinatário o gênero humano mesmo, num momento expressivo de sua afirmação como valor supremo em termos de existencialidade concreta”. Em razão deste traço peculiar, tais direitos “também são denominados de direitos de fraternidade ou de solidariedade” (SARLET, 2007, p. 56).

Tendo em vista a sociedade de risco e a dicotomia existente entre bem jurídico individual e transindividual, surgiu uma indagação: como o Direito Penal deverá se comportar diante desta classificação? Deverá manter-se neutro? Deverá interagir? Ou deverá afastar-se? As respostas a estas perguntas são objeto do próximo capítulo.

### 3 DA NECESSIDADE DE ATUAÇÃO DO DIREITO PENAL FRENTE AOS BENS JURÍDICOS UNIVERSAIS

Cada um de nós tem as suas preferências, também em matéria de compaixão. Os homens são diferentes entre eles até no modo de sentir a caridade. Também este é um aspecto da nossa insuficiência. Existem aqueles que concebem o pobre como a figura do faminto, outros com a de vagabundo, outros com a de doente; para mim, o mais pobre de todos os pobres é o encarcerado.

Francesco Carnelutti.

Como ressaltado no capítulo anterior, em decorrência da dualidade entre bem jurídico individual e transindividual, começou-se a questionar o papel a ser desempenhado pelo Direito Penal em face desta nova realidade instável, que se delimitou a partir do século XX. Para entender o motivo deste questionamento, há de se ter em mente que, diante dos novos riscos, bem como pela ausência de barreiras geográficas e políticas à entrada destes novos dilemas nos países, criou-se, paralelamente, novas modalidades delitivas. Afinal, como destaca Anabela Rodrigues apud PANZERI (2005, p. 11), “o crime se *adapta* às novas formas de socialização”. A respeito, conclusivas são as palavras de Salo de Carvalho (2010, p. 97 e 98):

Ao ser chamado para gerir políticas públicas preventivas de controle racional de riscos inerentes à sociedade industrial, bem com para assegurar a efetivação dos direitos dela decorrentes, o controle penal foi instigado a ampliar seu espectro de incidência, adaptando-se aos novos bens jurídicos. [...]. Assim, gradativamente, o mecanismo penal originário, de feição liberal, passou a ser alterado para assegurar proteção aos bens coletivos.

Neste bojo é que se destaca a criminalidade organizada, a consumerista, a ambiental, a econômica, o tráfico internacional de drogas e de armas, o terrorismo, entre outras. Tais infrações são comumente denominadas de criminalidade moderna, fruto de uma sociedade de risco e globalizada, cujos danos são de larga escala e de pouca visibilidade, não se precisando com exatidão onde, quanto e quando foram perpetradas.

Outra característica desta criminalidade reside na ausência de vítimas individuais (*crime without victims*) e a utilização de um *modus operandi* sutil no qual não há violência

explícita. Tais peculiaridades são apontadas por James William Coleman (2005, p. 15) como a principal causa da dificuldade de se estimar concretamente os prejuízos ocasionados por estas condutas criminais difusas.

Ademais, como salientado por Diego Gustavo Barroetaveña (2010, p. 69), os tipos penais utilizados para descrever as condutas de criminalidade moderna não trazem em sua construção uma exata relação de causalidade entre a conduta e o resultado, exatamente em decorrência da grande complexidade que permeia aquela criminalidade.<sup>54</sup>

Quanto ao agente que perpetra tais crimes, afirma-se que a criminalidade moderna é geralmente praticada por pessoas que gozam de um *status* de prestígio junto a uma ordem social e econômica. De fato, há uma certa sofisticação na perpetração destes crimes, exigindo do sujeito ativo um apurado conhecimento técnico e uma alta especialização laboral. Esta peculiaridade foi constatada pela primeira vez em 1939, quando Edwin Sutherland, ao estudar o fenômeno criminal ligado à esfera econômica, chamou atenção para o fato de que as teorias criminológicas até então existentes não se aplicavam aos crimes cometidos por pessoas ocupantes de altas posições sociais.

O motivo era que o comportamento criminoso sempre fora atribuído a “condições econômicas (pobreza), psicopatológicas ou sociopatológicas”, razões estas que não justificavam o cometimento dos crimes econômicos, afinal, os seus “autores, salvo raras exceções, não são pobres, não cresceram em *slums*, não provêm de famílias desunidas, e não são débeis mentais ou psicopatas” (BARATTA, 2002, p. 72).

Foi então que surgiu o termo *crime de colarinho branco* (*white collar crimes*), tendo Sutherland desenvolvido a sua própria concepção sobre a origem criminosa, trazendo à tona a “teoria das associações diferenciais” na qual afirma que as práticas criminosas são formas de aprendizagem entre os grupos sociais, efetivando-se por meio da comunicação de valores desenvolvidos e estabelecidos pelos indivíduos, seja em seu ambiente profissional ou social (BARATTA, 2002, p. 71). Em suma, Sutherland “anota que um indivíduo se converte em criminoso quando as interpretações desfavoráveis da lei preponderam sobre as favoráveis, residindo, neste particular, o princípio da associação diferencial” (FELDENS, 2002, p. 128).

A partir desta contribuição, os crimes de colarinho branco ganharam notoriedade, desconstruindo o imaginário de que apenas imigrantes e pessoas pobres poderiam ser sujeitos

---

<sup>54</sup> “Los tipos penales empleados para determinar que es lo que está prohibido o que es lo que se debe hacer en el ámbito de la economía y de las finanzas no suele responder a la estructura conceptual de aquellos delitos en los que entre la conducta y el resultado debe existir una relación de causalidad. Sin embargo, a veces puede tener alguna función, como sucede principalmente con los ilícitos contra el medio ambiente, pero en estos casos es de tan extrema complejidad que es factible que los conceptos tradicionales de causalidad no pueden expresarla correctamente.” (BARROETAVENTA, 2010, p. 69)

ativos de infrações criminais. O importante é consignar que a expressão “crimes de colarinho branco” traz em sua conceituação uma gama variada de atividades delitivas que possuem dois traços marcantes: “o *status* do autor e a conexão da atividade criminosa com sua profissão” (FELDENS, 2002, p. 116). Neste campo, destacam-se as os crimes contra a ordem econômica e tributária, em detrimento do sistema financeiro e demais infrações correlatas, a exemplo da lavagem de dinheiro, corrupção, tráfico de influência, improbidade administrativa de agentes públicos (FELDENS, 2002, p. 118).

Ponderando as qualidades descritas, é forçoso concluir que há uma diferenciação substancial entre a criminalidade moderna e a clássica, sendo que nesta se verifica a afetação de bens jurídicos individuais (homicídio, furto, roubo, lesões corporais, injúria, difamação, calúnia, estupro) e uma submissão à estrutura típica penal, idealizada sob os moldes iluministas. A par desta distinção, destacam-se dois principais modelos dogmáticos que tentam responder qual seria o papel ideal de um Direito Penal frente a uma sociedade de risco.

O primeiro, liderado pelos penalistas da Escola de Frankfurt (Winfried Hassemer, Cornelius Prittwitz, Felix Herzog, Klaus Lüderssen, Wolfgang Naucke e Peter-Alexis Albrecht), sustenta o entendimento de que o Direito Penal não está apto a proteger os bens jurídicos coletivos, por entender que estes possuem um caráter vago e fluido que impossibilita a devida delimitação e individualização do poder incriminador.

Esses penalistas argumentam, ainda, que ao se dispensar uma tutela penal a estes bens jurídicos, verifica-se uma flexibilização das garantias penais e processuais, renegando a feição subsidiária do Direito Penal. E, como forma de designar essa nova feição expansiva da ciência criminal, totalmente contrária ao Direito Penal Clássico de cunho liberal, criou-se, doutrinariamente, a expressão “Direito Penal do Risco”, em que vislumbra uma ampliação desenfreada de seus tentáculos punitivos, “na tarefa de tornar seguro o futuro desta nossa sociedade, que está, devido ao progresso tecnológico (daí “risco” e não “perigo”) à beira da autodestruição, e que precisa ser reformulado para cumprir esta finalidade” (PRITTWITZ, 2004, p. 38).

Em síntese, o que pretende esta corrente é limitar o âmbito de atuação do Direito Penal às ofensas individuais (criminalidades clássicas), devendo a criminalidade moderna ficar a cargo de outros ramos jurídicos, a exemplo do direito administrativo, que obteria uma intensificação na sua “vertente sancionatória”. Assim, caberia a este setor jurídico “a ponderação de milhares e milhares de situações conflituantes entre os interesses mais vitais da sociedade e os legítimos interesses dos administrados” (DIAS, p. 48), passando a ocupar uma “posição inigualável para levar a cabo uma política de prevenção dos riscos globais” (idem).

O fundamento maior desta visão decorre da utilização da teoria monista-pessoal de bem jurídico, segundo a qual apenas os interesses imediatos dos indivíduos podem ser considerados dignos de tutela penal (BARATTA, 1994, p. 8). Paulo Vinicius Sporleder de Souza (2004, p. 66) explica que tal teoria é consequência direta de um paradigma antropocêntrico, em que os bens jurídicos supraindividuais ocupam um patamar axiológico inferior aos bens jurídicos individuais, porque somente estes traduzem a ideia de que o Estado está a serviço da pessoa. Ou, nos dizeres de Susana Aires de Sousa (2010, p. 235):

De acordo com esta teoria, o direito penal não deve nem pode, pelas suas especificidades, arvorar-se em instrumento de proteção dos novos e grandes riscos próprios da sociedade contemporânea e, ainda mais, dos riscos que ameaçam a sociedade do futuro. ‘Há, pelo contrário – sustentam – que guardar o patrimônio ideológico do Iluminismo Penal, reservando ao direito penal o seu âmbito clássico de tutela (os direitos fundamentais dos indivíduos) e os seus critérios experimentados de aplicação. Deve, pois, reforçar-se a ideia de que só se está perante um autêntico bem jurídico-penal na medida em que ele possa conceber-se como expressão de um interesse do indivíduo.

Como contraponto à Escola de Frankfurt, há a defesa da intervenção penal nesta nova criminalidade que se delineia. Alega-se que, a partir do momento em que o homem tem conhecimento e técnicas que permitem a gestão de riscos, torna-se possível classificá-los como sendo toleráveis ou intoleráveis. E sobre estes últimos, que se traduzem por uma maior ameaça a bens e interesses fundamentais para a vida em comum, a atuação do Direito Penal é totalmente legítima.

Outro argumento levantado, no caso do Brasil, consiste na autorização concedida pelo texto constitucional em criminalizar condutas que afetem bens jurídicos transindividuais, como explicam Lenio Luiz Streck e André Copetti (2007, p. 03):

A principal, entre outras, diz respeito ao fato de que a Constituição Federal de 1988 não mais consagra, diferentemente das Constituições anteriores, o liberalismo infenso à justiça social, mas sim, no mínimo, um social-liberalismo, segundo o qual o Estado também atua como agente normativo e regulador da atividade econômica. Há, indubitavelmente, em função da atuação legislativa criminal pós-88, uma importante e significativa ampliação do espaço penal destinado à tutela de bens coletivos, *e isto gerou uma conflituosidade paradigmática intrínseca ao nosso atual sistema normativo*. Cremos, indo mais longe, que este acontecimento proporcionou uma aproximação matricial entre o direito penal positivado e a base axiológico-normativa constitucional, o que confere ao primeiro uma função política bastante distanciada em relação a que até então possuiu.

De fato, analisando a Constituição Federal de 1988, verifica-se que, em várias passagens, o poder constituinte originário levantou uma bandeira branca à intervenção penal sob os valores coletivos, a exemplo do artigo 225, §3º<sup>55</sup> que dispensa uma proteção penal ao meio ambiente. Para os autores mencionados, esta sinalização permissiva significa a transposição do Estado Liberal para o Estado Social, em que se reconhece a importância da proteção penal de bens jurídicos pertencentes à sociedade como um todo, não se limitando a analisar a importância de um bem que considere somente o indivíduo em si mesmo:

Não queremos com isso dizer que a proteção individual deva ser suprimida do ordenamento penal. Muito pelo contrário. Apenas entendemos que o direito penal, face à complexidade das demandas sociais contemporâneas, tem um outro papel, uma outra função que é violentamente rechaçada pela maior parte dos pesquisadores e operadores jurídicos. É nosso entendimento que o direito penal no Estado Democrático de Direito não se restringe a uma mera função de garantia individual, mas, noutro caminho, cremos em sua função social e transformadora, sem desprezar seu cariz liberal. A concretização destas atribuições penais interventivas constituem uma das formas de efetivação de uma Teoria Constituição Dirigente Aplicada a Países de Modernidade Tardia (TCDAPMT). (STRECK; COPETTI, 2007, p. 19).

Do exposto, nota-se que esse entendimento vai ao encontro da tese dualista de bem jurídico, segundo a qual é perfeitamente possível a coexistência de bens jurídicos individuais e transindividuais, dotados de mesmo valor axiológico. Em outras palavras, Paulo Vinicius Sporleder de Souza (2004, p. 76) explica que o eixo principal da teoria dualista consiste no reconhecimento de autonomia aos bens jurídicos supraindividuais, “sendo tutelados *por si mesmo*”. Mas, é claro que essa independência é parcial, uma vez que há, como diz o autor,

Relação constitutiva com o ser humano, tendo em vista a sua dignidade e o seu livre desenvolvimento enquanto *ser social* no seu amplo sentido (social, cultural, econômico, ecológico e comunitário), e não apenas enquanto *ser individual*, como ocorre nos bens jurídicos individuais e nos quais o *Selbstsein* claramente sobrepõe-se ao *Alssein*. (SOUZA, 2004, p. 76).

Luigi Ferrajoli (2010, tradução nossa) também reconhece autonomia e importância a ambas as modalidades de bens jurídicos, contudo, imprime à feição coletiva uma proteção mediatizada dos bens individuais, denominado-a de princípio da ofensividade pessoal:

---

<sup>55</sup> Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

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

É obvio que se trata de uma noção que inclui todos os “direitos fundamentais”, não somente os clássicos direitos individuais e liberais, mas também os coletivos /sociais, como os direitos ao ambiente, à saúde, etc. Mas também inclui bens que não são direitos, como o interesse coletivo numa administração não corrupta, interesse certamente fundamental para todas as pessoas. Então, podemos denominar de princípio da ofensividade pessoal a esta reformulação do conceito axiológico de bem jurídico penal, tanto porque com base nesse conceito é que não se concebem danos a objetos ou sujeitos que não se refiram mais ou menos diretamente às pessoas, já que somente se pode conceber em falar de bem que reflita os interesses individuais das pessoas ou coletivos destas.<sup>56</sup>

Dessa forma, pode-se afirmar que os “bens jurídicos da coletividade só podem ser reconhecidos na medida em que referíveis a indivíduos concretos” (GRECO, L. 2004, p. 103), numa relação de complementaridade. Exemplificando: o ambiente em relação à qualidade de vida do homem. Por isso, a relevância de um bem jurídico transindividual depende de sua repercussão na seara individual (BOTTINI, 2010, p. 185).

Outro partidário deste entendimento é Claus Roxin (2009, p. 16) que, após destacar que a função do Direito Penal é “garantir a seus cidadãos uma existência pacífica, livre e socialmente segura”, chega à conclusão que este intento não se perfaz sem a tutela de bens jurídicos macrosociais que tenham algum marco individual. Assim, fica fácil vislumbrar “que uma administração da justiça organizada e um sistema monetário estável são necessários para o livre desenvolvimento de cada um na sociedade” (ROXIN, 2009, p. 19).

Entretanto, visão totalmente oposta é a defendida por Jorge Figueiredo Dias (2010, p. 52) que refuta a vertente “antropocêntrica moderada”, na qual o bem jurídico macrosocial precisa, necessariamente, ter um respaldo individual, vale dizer, dotado “de um ‘referente pessoal’, e que possuíssem um ‘núcleo personalizável’, fossem unicamente ‘dedutíveis’ a partir de bens jurídicos individuais”. Para o jurista português, os valores coletivos possuem, por si mesmos, aptidão crítica para a incidência da incriminação penal, convivendo em situação de paridade com os bens jurídicos individuais. Dessa forma,

---

<sup>56</sup> Es claro que se trata de una noción que incluye todos los "derechos fundamentales", no solo los clásicos derechos individuales y liberales sino también los colectivos y o sociales, como los derechos al ambiente, a la salud, etc. Pero también incluye bienes que no son derechos, como el interés colectivo en una administración no corrupta de los asuntos generales, interés ciertamente fundamental para todas las personas. Entonces podemos llamar principio de ofensividad personal a ésta reformulación del concepto axiológico de bien jurídico penal, tanto porque con base en él no se conciben objetos o sujetos dañables que no sean o no se refieran más o menos directamente a las personas, como por qué en base en él cualquier cosa es un bien, sólo si lo es para las personas y refleja los intereses individuales o colectivos de éstas.” (FERRAJOLI, 2010).

O carácter supra-individual do bem jurídico não exclui decerto a existência de interesses individuais que com ele convergem: se todos os membros da comunidade se vêem prejudicados por condutas potencialmente destruidoras da vida, cada um deles não deixa individualmente de sê-lo também e de ter um interesse legítimo na preservação das condições vitais. Mas se, por exemplo, uma descarga de petróleo no mar provoca a morte de milhares de aves marinhas e leva inclusivamente à extinção de alguma espécie rara, também aí pode verificar-se a lesão de um bem jurídico colectivo merecedor e carente de tutela penal, ainda que tais aves sejam absolutamente insusceptíveis de utilização por parte do homem. Não parece possível descortinar aqui, ao menos em via de princípio, ofensa de um qualquer bem jurídico individual, possibilidade de referência a ele ou cadeia dedutiva que a ele conduza. E todavia, as aves referidas, se bem que não ‘utilizáveis’ por quem quer que seja, já nascido ou ainda não nascido, constituem um património de todos. Se as não protegemos as gerações futuras não terão a possibilidade de as apreciar, apesar de que nós tenhamos podido fazê-lo! (DIAS, 2010, p. 52).

Ainda neste introito, destaca-se a teoria do Direito Penal de Velocidades criada por Jesús-María Silva Sanchez (2002, p. 143-147). Segundo este autor espanhol, a aplicação do Direito Penal deve ocorrer de duas formas: para as infrações clássicas, deve-se aplicar o Direito Penal Clássico, entendido como aquele que possui todas as garantias penais e processuais, mas que também prevê a aplicação da pena privativa de liberdade. Em oposição a este Direito Penal, nasceria o de segunda velocidade, aplicável aos bens jurídicos concebidos na sociedade de risco, para o qual o Direito Penal flexibilizaria os seus princípios e suas regras de imputação, mas, em contrapartida, não seria possível a aplicação da pena privativa de liberdade.

Realizadas estas considerações, cabe agora uma análise mais minuciosa dos principais pontos defendidos por aqueles que deslegitimam a intervenção penal na seara de valores metaindividuais e, por outro lado, dos que acreditam na eficiência penal na proteção de bens jurídicos transindividuais, sobretudo por acreditar-se que somente este caminho torna viável a diminuição do efeito estigmatizante das normas penais.

### **3.1 Das razões invocadas para o afastamento do Direito Penal na tutela de bens jurídicos transindividuais**

Conforme analisado, ao diferenciar a criminalidade moderna da clássica, os seguidores da Escola de Frankfurt concluem que o arcabouço principiológico iluminista do

Direito Penal não está preparado para lidar com a criminalidade moderna, sendo que, ao procurar realizar este intento, o Direito Penal mostra-se ineficiente e contraproducente. Como forma de materializar tal posicionamento, esta corrente doutrinária elenca alguns mecanismos adotados pelo Direito Penal do Risco que reforçam a sua inoperância e demonstram as suas limitações materiais e formais diante das lesões que afetam os bens jurídicos macrosociais.

O primeiro ponto criticado é o tipo penal incriminador dos bens jurídicos transindividuais, cuja redação ocorre de forma indefinida, não sendo possível uma perfeita delimitação legal do injusto. Os estudiosos afirmam, ainda, que esta amplitude do comportamento punível é uma decorrência lógica do caráter universal e coletivo ínsito a estes bens jurídicos, objeto de tutela. A esse respeito, argumentam:

Já numa primeira aproximação vemos que as novas leis no âmbito de nosso Direito penal material (Parte Especial e leis penais especiais) não têm como objeto de proteção somente bens jurídicos universais sem que estes mesmos bens jurídicos universais estejam formulados de forma especialmente vaga. Ambitos específicos de promulgação de leis são fundamentalmente o Direito penal econômico, os impostos, o meio ambiente, acumulação de dados, terrorismo, drogas, exportação de matérias perigosas. Os bens jurídicos compreendidos neste âmbito são tão gerais que não deixam nenhum desejo sem satisfazer.<sup>57</sup> (HASSEMER, 2007, p. 32, tradução nossa).

Outro fator que pode ser apontado como causa daquela vagueza é a ampliação territorial do preceito abstrato de crime, já que o legislador tenta imaginar todas as possíveis hipóteses de sua incidência. Exemplo emblemático desta observação é a ordem econômica, cuja conceituação abrange a “intervenção estatal na economia, a organização, o desenvolvimento e a conservação dos bens econômicos (inclusive serviços), bem como sua produção, circulação, distribuição e consumo” (PRADO, 2007a, p. 37). Diante desta explanação, afirma-se que o bem jurídico “ordem econômica” é multifacetado, apresentando um conteúdo amplo que possibilita abranger numerosos aspectos passíveis de configurar a objetividade específica de cada tipo de injusto.

Hassemer (2008, p. 254), partidário desta linha de pensamento, entende que essa variabilidade do tipo penal objetivo ocasiona a dissolução do próprio conceito de bem jurídico, fazendo com que a proteção penal não tenha um substrato que validamente a

---

<sup>57</sup> Ya en una primera aproximacion vemos que las nuevas leyes en el ambito de nuestro Derecho penal material (Parte Especial y leyes penales especiales) no tienen como objeto de proteccion solo bienes juridicos universales sino asimismo que estos bienes juridicos universales estan formulados de forma especialmente vaga. Ambitos especificos de promulgacion de leyes son fundamentalmente el Derecho penal economico, los impuestos, medio ambiente, acumulacion de datos, terrorismo, drogas, exportacion de materias peligrosas. Los bienes juridicos comprendidos en este ambito son tan generales que no dejan ningun deseo sin satisfacer. (HASSEMER, 2007, p. 32).

alicerce, caracterizando-se como tutela de função axiologicamente neutra. E, ao proceder dessa forma, o Direito Penal se afasta do princípio da exclusiva proteção a bens jurídicos, transformando-se em mero “instrumento garantidor da política de segurança pública”.

Outro problema que exsurge vem a ser a utilização excessiva dos crimes de perigo abstrato<sup>58</sup> que são aqueles em que a comprovação do dano encontra-se dispensada, sendo suficiente que o sujeito ativo pratique o comportamento (omissivo ou comissivo) descrito no tipo penal objetivo. Ou seja, presume-se a ocorrência do dano pela simples efetivação da conduta criminosa, pouco importando se houve ou não perigo concreto ao bem jurídico tutelado.

Neste ponto, o princípio que restaria violado seria o da Ofensividade, posto que nada se perquire sobre a potencialidade de dano existente no comportamento do agente, presumindo-o com a simples realização da conduta criminosa. Pablo Rodrigo Aflen da Silva, apoiado nos ensinamentos de Prittwitz, conclui que ao proceder desta forma, o Direito Penal do Risco estaria impondo uma barreira às descobertas técnicas e científicas, estigmatizando os riscos oriundos daquelas. Isso porque, as condutas passariam a ser criminalizadas pelo simples fato de, segundo Silva (2004, p. 90),

... suas decisões de risco não serem racionais (ou seja, conforme um modelo normativo prévio de decisão de risco) e por terem aumentado, com isso, os riscos aos bens jurídicos alheios, mas quanto a isso não teria qualquer importância se com o risco se poderia realizar um dano, pois um direito penal como este, fundado em um modelo teórico extremamente normativo, não dependeria da ocorrência do ‘resultado’.

Outra crítica quanto à estrutura típica do Direito Penal do Risco refere-se ao apego excessivo à acessoriedade administrativa, técnica muito utilizada na Lei dos Crimes Ambientais (Lei nº 9.605/98), que implica na dependência do Direito Penal à esfera administrativa, que se manifesta sob três modalidades:

a) acessoriedade administrativa conceitual, na qual o tipo penal incorpora conceitos administrativos, integrando-os como elementos objetivos normativos, a exemplo dos artigos

---

<sup>58</sup> Diferentemente, há os crimes de perigo concreto, nos quais a situação de perigo integra o elemento normativo do tipo. Logo, para a sua consumação é imprescindível a comprovação de “real ocorrência do perigo para o bem jurídico” (PRADO, 2005, p. 136). Há, ainda, os chamados crimes de perigo abstrato-concreto, nos quais o juízo de periculosidade do agente deve ser auferido em cada caso concreto pelo magistrado. Em outras palavras, cabe ao juiz analisar se a conduta ativa era idônea, apta a lesionar o bem jurídico em questão.

38<sup>59</sup> e 39<sup>60</sup> da Lei dos Crimes Ambientais que dependem do disposto nos artigos 2º e 3º do Código Florestal (Lei 4.771/65), diploma administrativo, para a correta interpretação de *florestas de preservação permanente* e a extração da conduta proibitiva (GRECO, L., 2006, p. 160);

b) acessoriedade administrativa ao direito administrativo, que vem a ser “a remissão penal à norma administrativa, de modo expresso ou tácito (lei penal em branco)” (PRADO, 2005, p. 101). É o caso do artigo 29, §4º, inciso I,<sup>61</sup> também da Lei dos Crimes Ambientais, já que para saber se houve a sua consumação é necessário consultar a Portaria 1.522/89 do Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis (Ibama) e verificar quais são as espécies da fauna silvestre raras ou consideradas ameaçadas de extinção.

c) acessoriedade administrativa ao ato administrativo, que ocorre quando o tipo penal faz referência expressa ao “ato administrativo de alcance concreto (como uma licença, permissão, autorização)” (GRECO, L., 2006, p. 160). Logo, para a “punibilidade faz-se necessário que o autor tenha atuado, por exemplo, sem a devida autorização” (LOBATO, 2010, p. 131 e 132). Exemplo deste recurso é o artigo 30 da Lei nº 9.605/98 que assim dispõe: “exportar para o exterior peles e couros de anfíbios e répteis em bruto, sem a autorização da autoridade ambiental competente”.

Pelos exemplos e modalidades elencados, infere-se que a crítica lançada à acessoriedade administrativa reside no fato de transferir à esfera Administrativa a delimitação da extensão dos danos causados. Dessa forma, o Direito Penal apenas realiza uma “moldura” do delito, devendo o seu conteúdo ser preenchido pela Administração Pública.

Prittwitz (2004, p. 39), ao comparar o Direito Penal do Risco com a visão clássica, discute que, naquele, as condutas criminalizadas não são previamente consideradas socialmente inadequadas, enquanto que neste, as ações ou omissões ditas como crimes

---

<sup>59</sup> Art. 38. Destruir ou danificar floresta considerada de preservação permanente, mesmo que em formação, ou utilizá-la com infringência das normas de proteção:

Pena - detenção, de um a três anos, ou multa, ou ambas as penas cumulativamente.

Parágrafo único. Se o crime for culposo, a pena será reduzida à metade.

<sup>60</sup> Art. 39. Cortar árvores em floresta considerada de preservação permanente, sem permissão da autoridade competente:

Pena - detenção, de um a três anos, ou multa, ou ambas as penas cumulativamente.

<sup>61</sup> Art. 29. Matar, perseguir, caçar, apanhar, utilizar espécimes da fauna silvestre, nativos ou em rota migratória, sem a devida permissão, licença ou autorização da autoridade competente, ou em desacordo com a obtida:

§ 4º A pena é aumentada de metade, se o crime é praticado:

I - contra espécie rara ou considerada ameaçada de extinção, ainda que somente no local da infração.

somente o são porque já receberam um juízo de reprovação da sociedade. Interpretando este raciocínio, Fabiano Augusto Martins Silveira (2000, p. 49) acrescenta que ele corresponde a um afastamento da “ética de proximidade”, no sentido de que a criminalização não possui uma sedimentação social, adotando-se, por outro lado, uma “ética remota”, em que se enaltece a prevenção geral positiva da pena e a feição promocional do Direito Penal, censurando “comportamentos de bagatela, cuja periculosidade depende de efeitos cumulativos ou de uma verificação de longo prazo”.

O aguçamento do processo de investigação, com a introdução de métodos técnicos audiovisuais, dados informatizados e a infiltração de agentes públicos nos grupos criminosos também foi apontado como ponto negativo do Direito Penal do Risco. De acordo com Hassemer (1994, p. 47), a negatividade dessas mudanças processuais advém do fato de serem efetivadas às escuras, visto que o acusado não tem conhecimento dos métodos aplicados contra si, o que acaba enfraquecendo, de forma significativa, o princípio de que ninguém é obrigado a se autoacusar. Assim:

Se alguém é objeto de uma investigação, de uma observação policial, a longo prazo, se for objeto de escuta telefônica, se for objeto de pessoas infiltradas – desconhecendo essas circunstâncias – não pode defender-se, estará acusando a si próprio. (HASSEMER, 1994, p. 47).

Outrossim, Hassemer (idem) agrega mais um dado maléfico a estes novos processos de investigação, que é a invasão da privacidade de terceiros, pois, na maioria das vezes, os dados obtidos afetam, não apenas quem está sendo investigado, como também pessoas alheias ao ato delituoso.

Sopesando e resumindo os argumentos elencados pela doutrina contrária à intervenção penal na proteção de bens jurídicos transindividuais, verifica-se que, ao tentar regular os novos riscos surgidos na sociedade, o Direito Penal ocasiona o seu próprio desmantelamento, além de um confronto direto com os princípios garantistas tradicionais. Em decorrência desta constatação, afirma-se que o Direito Penal recebe uma função eminentemente instrumental e de prevenção, transformando-se em Direito Penal Simbólico.

Diante desse impasse, os autores da Escola de Frankfurt concluem que a saída seria transferir à via administrativa a proteção dos bens jurídicos transindividuais, restando ao Direito Penal, tão somente, a proteção dos bens individuais. Seguindo esta linha de pensamento, ganha destaque o Direito de Intervenção que, segundo o seu criador, Hassemer, é um novo ramo jurídico voltado exclusivamente para a criminalidade moderna, situado entre o

Direito Penal e o Direito Administrativo e entre o Direito Civil e o Direito Público. Nas palavras de Hassemer (1994, p. 41):

O Direito Penal é incapaz de solucionar os modernos problemas da criminalidade, e nós temos que refletir a respeito de algo que seja melhor, mais eficaz, que seja capaz de solucionar esses problemas. Eu chamo a isso de “Direito da Intervenção”. Este é o caminho, pelo menos, dos meus pensamentos.

Sua finalidade é a redistribuição formal dos ilícitos, retirando-os do âmbito penal e alojando-os num novo ordenamento sancionador, efetivando, dessa forma, o Princípio da Intervenção Mínima do Direito Penal. Feitas essas considerações, importa consignar algumas premissas básicas do Direito de Intervenção, quais sejam:

a) A natureza jurídica das infrações do Direito de Intervenção é administrativa, logo, não se pode utilizar a pena privativa de liberdade, que fica adstrita ao campo penal;

b) Possibilidade de reprimenda dos atos praticados por entes coletivos, pois não há mais necessidade de se realizar uma imputação individual, tendo em vista a ausência de aplicação da pena privativa de liberdade;

c) Presunção do elemento subjetivo no âmbito das infrações administrativas;

d) Previsão de sanções rigorosas aos agentes, como, por exemplo, a suspensão ou a dissolução das atividades empresárias;

e) Esse campo jurídico intervencionista se movimenta de forma preventiva, antes da consumação do dano, ao contrário do que ocorre na seara penal que se caracteriza por ser repressiva. Hassemer (1994, p. 49 e 50) explica que essa atuação preventiva do Direito de Intervenção é inerente aos riscos criados pela criminalidade moderna, pois,

Não é um caso de danos, é um caso de riscos. Normalmente nem se chega a produzir um dano, ou o dano ocorre quando é tarde demais. Assim, esse campo do direito precisa poder reagir ao perigo, ao risco, precisa ser sensível diante da mínima mudança que pode se desenvolver e transformar-se em grandes problemas. É um campo do direito que tem que se organizar preventivamente.

f) Verifica-se, ainda, que o Direito de Intervenção pode lidar com permissões, o que é impróprio para o Direito Penal. Exemplo: “no campo do direito ambiental, da poluição ambiental em grande estilo, pode-se trabalhar com permissões de poluição até determinado limite” (HASSEMER, 1994, p. 50).

g) Cria-se também a oportunidade de se utilizar taxas e impostos como reguladores de comportamento;

h) Previsão da criação de um fundo financeiro para as vítimas, como forma de minimizar os danos ocasionados pela criminalidade moderna;

i) Julgamento das infrações por Tribunais Administrativos dotados de independência, especialização e imparcialidade, retirando o caráter judicial dos ilícitos, o que auxiliaria no descongestionamento da justiça penal. É importante esclarecer que esses órgãos administrativos seriam integrados por pessoas independentes dos Poderes Executivo e Legislativo, com prerrogativas próprias do Judiciário, como a estabilidade de vencimentos e o período de quarentena.

No Brasil, as formulações de Hassemer contam com adeptos, entre os quais se destaca o pensamento de Miguel Reale Junior, para quem, além dos argumentos já elencados, deve-se acrescentar, como aspecto favorável à criação da terceira via de repressão, o fato de que não há uma diferença substancial entre os ilícitos penal e administrativo, sendo essa distinção fruto de política legislativa. Portanto,

A escolha da via penal ou da via administrativa *nada tem a ver com a importância do bem jurídico*, tratando-se, antes de uma escolha com base na conveniência política deste ou daquele caminho, com vista a melhor alcançar os fins preventivos e retributivos de um direito punitivo que cada vez mais se faz único. Trata-se, portanto, de um problema de eficácia social, e não de uma questão de diversidade axiológica. (REALE JÚNIOR, 1999, p. 122).

Vale mencionar que Miguel Reale Junior defende a substituição da designação Direito de Intervenção por “Direito Administrativo Penal”, já que esta expressão demonstra a natureza administrativa deste novo ramo jurídico, bem como ressalta a sua simbiose com o Direito Penal, com a utilização de garantias e limitações penais (REALE JÚNIOR, 1999, p. 125). Por esta razão, o jurista brasileiro relembra a necessidade de se formular uma “Parte

Geral nas leis tipificadoras das infrações administrativas-penais” (REALE JÚNIOR, 1999, p. 125), pautada pelo conjunto de princípios e garantias próprios do Direito Penal, tais como o da legalidade, o da irretroatividade da lei maligna, da analogia *in malam partem*, da estrita tipicidade da conduta e o da limitação do uso de expressões genéricas e de locuções abertas.

Interessante é a solução proposta por Miguel Reale Júnior (1999, p. 127) quanto ao elemento subjetivo destas novas “infrações administrativas”. Afirma o penalista que, diante da extrema dificuldade de comprovar a participação dos envolvidos na criminalidade moderna, a solução seria a presunção do dolo dos acusados, independente de prova, sendo que a responsabilidade penal apenas ficaria eximida se a parte acusada demonstrasse que agiu em erro de tipo ou que sua atuação decorreu de força maior.

Por derradeiro, percebe-se que o Direito de Intervenção pretende retirar do âmbito penal as condutas que lesionem os bens jurídicos macrosociais, por acreditar que a ciência penal não se encontra preparada para essa nova criminalidade que, sinteticamente, se manifesta pela conjugação de três fatores: “riscos tecnológicos, ofensa potencial a um número indeterminado de pessoas e estratégias de antecipação da tutela, notadamente crimes de perigo” (SILVEIRA, F., 2000, p. 53).

### **3.2 Da imperatividade da proteção penal dos bens jurídicos transindividuais**

Em que pesem as considerações aventadas, acredita-se ser imprescindível a manutenção da tutela penal aos bens jurídicos transindividuais. E, como forma de sustentar esta posição, seguem-se alguns argumentos críticos que colocam em dúvida a procedibilidade e a manutenção do pensamento liderado pela Escola de Frankfurt.

Inicia-se com a consideração de Bernd Schünemann (2005, p. 18) ao constatar que, apesar de não existir um conceito acabado de bem jurídico-penal, em seu bojo sempre houve o acolhimento de necessidades essenciais para o homem, vale dizer, “bens de que necessitam todos para uma convivência próspera”. Sendo assim, será que o homem pode prescindir de um meio ambiente saudável e equilibrado? Será que a concretização de direitos sociais e educacionais prescinde de uma ordem econômica e de um sistema financeiro nacional equilibrados? Considerando estas indagações, Schünemann (2005, p. 22) pondera que “um

sistema de controle administrativo não pode substituir a utilização do direito penal”, em que pese o seu país já ter adotado a aplicação do direito de intervenção para algumas situações, como, por exemplo, a superintendência de bancos.

E a imprescindibilidade do Direito Penal manifesta-se, sobretudo, quando se está diante de novos riscos sociais inerentes ao desenvolvimento tecnológico global, cuja expansão é uma consequência natural inevitável. De fato, diferentemente da clássica, as novas ações criminosas se caracterizam por gerar danos de larga envergadura lesiva, que, na maioria das vezes, apresentam-se como globais e indetermináveis, sendo impossível a delimitação precisa dos seus efeitos nocivos. Portanto, nada mais lógico de que o Direito Penal se debruce sobre essa nova seara, transcendendo a esfera individual para alcançar o bem macrossocial.

Sobre esta constatação, James William Coleman (2005, p. 03) alerta para a concepção enganosa de se atribuir aos assaltantes e assassinos a causa de todo o problema criminal. A razão deste equívoco reside na comparação entre o dano daquelas condutas criminosas que, diga-se de passagem, afetam bens jurídicos individuais, com as consequências oriundas da criminalidade moderna, principalmente a do “colarinho branco”.

Analisando a realidade norte-americana, Coleman (2005, p. 01) calcula que as perdas ocasionadas por criminosos respeitáveis e que trabalham para organizações poderosas “sejam maiores do que todas as perdas causadas pelos crimes notificados à polícia em mais de uma década”. Numericamente, são 100 bilhões de dólares que os Estados Unidos perdem a cada ano com a sonegação de impostos, sem contar os 250 bilhões de dólares desviados em decorrência das constantes violações das leis antitrustes. Em contrapartida, os crimes convencionais não passam do patamar de 13,3 bilhões de dólares anuais (COLEMAN, 2005, p. 14). E assim, o autor conclui (COLEMAN, 2005, p. 17):

Portanto, praticamente por qualquer critério, o crime de colarinho branco é nosso problema criminal mais sério. O ônus econômico desse é amplamente maior do que o do crime de rua. E, embora possa ser impossível determinar com exatidão quantas pessoas são mortas ou sofrem lesões anualmente devido a esse tipo de crime, a afirmação de que esses crimes não causam danos físicos e não são violentos dificilmente poderia ser levado a sério. Em média, menos de 20 mil assassinatos são cometidos nos Estados Unidos por ano; sem dúvida, os criminosos ‘não violentos’ matam um número consideravelmente maior de pessoas do que todos os crimes violentos de rua juntos.

A título de reforço, Luciano Feldens (2002, p. 137) traz a pesquisa realizada pelo autor Jeffrey Reiman que apontou quatro conclusões inerentes aos crimes de Colarinho Branco:

- 1) O custo do crime do ‘colarinho branco’ é mais elevado; retira mais dinheiro de nossos bolsos do que todos os demais delitos combinados catalogados pelo FBI;
- 2) Os crimes do ‘colarinho branco’ são muito difundidos, mais que os crimes de pobres;
- 3) Os criminosos do ‘colarinho branco’ raramente são presos ou condenados; o sistema desenvolveu sutis modos de lidar com a delicada sensibilidade de sua ‘alta’ clientela;
- 4) quando os criminosos do ‘colarinho branco’ são acionados e condenados, as sentenças são suspensas ou extremamente leves quando comparadas ao custo que seus crimes impuseram à sociedade.

Ao lado da constatação da magnitude dos riscos ocasionados pela criminalidade moderna, outro ponto a ser abordado é a realização dos julgamentos dos ilícitos transindividuais por um Tribunal Administrativo. Para Silva Sánchez (2002, p. 142), essa proposta é temerária, em virtude da possível falta de neutralidade e imparcialidade em suas decisões:

Comparativamente ao Direito Administrativo, e portanto dentro do âmbito do sancionatório, o Direito Penal aporta sua maior neutralidade no que diz respeito à política, assim como a imparcialidade própria do jurisdicional. Isso torna mais difícil para o infrator a utilização das *técnicas de neutralização* do juízo de valor (reprovações de parcialidade, politização) de que se serve com frequência diante das atividades sancionadoras das administrações públicas.

Indubitavelmente, esse é um ponto a ser alvo de críticas. No Brasil, por exemplo, cogita-se que o julgamento dos novos ilícitos administrativos seja realizado pelo CADE (Conselho Administrativo de Defesa Econômica), autarquia vinculada ao Ministério da Justiça pela Lei nº. 8.884, de 11 de junho de 1994. Portanto, fica fácil concluir que a imparcialidade das suas decisões estaria seriamente comprometida, sendo muito provável a existência de uma sujeição aos ditames dos Poderes Executivo e Legislativo.

Atenta-se, ainda, para a absoluta impropriedade argumentativa de que o Direito Penal ocasiona um afastamento das garantias constitucionais, tão duramente conquistadas no período iluminista. Neste ponto, pede-se licença para retomar o que foi analisado no primeiro capítulo, no qual se afirmou que, realmente, há um expansionismo das leis penais impregnadas pela ideologia Lei e Ordem. Contudo, verificou-se que este Direito Penal Máximo tem por objeto as condutas que lesionam bens jurídicos individuais, perpetradas por pessoas pertencentes a estratos sociais marginalizados. São exatamente estes crimes mais visíveis e com menor danosidade social que recebem a incidência de uma carga punitiva

superestimada, enquanto os que repercutem no campo supraindividual ganham um tratamento mais benéfico.

Prova disso é a informação trazida por Lenio Luiz Streck e André Copetti (2007, p. 03) que, após analisarem e compararem o preceito primário e secundário de algumas leis penais extravagantes, relativas ao bem jurídico transindividual<sup>62</sup> e individual, constataram uma “hegemonia da matriz-liberal individualista, *uma vez que ainda permanece a maior gravidade da punibilidade dos delitos que violam bens individuais*”.

No mesmo caminho estão os estudos realizados por Pierre Souto Maior Coutinho de Amorim quanto à quantidade de pena prevista na legislação penal aos mais variados crimes. Em princípio, o autor destaca a conhecida concepção de que a pena em imposta na defesa da sociedade, já que protege os bens mais valiosos ao ser humano. Logo, necessariamente a qualidade e a quantidade da pena cominada deveriam ser proporcionais à valoração social do bem jurídico. Contudo, esta relação de proporcionalidade não é constatada, a exemplo da “violação do patrimônio privado, que revela uma punição bem mais eficaz e exacerbada que a violação ao patrimônio público” (AMORIM, 2007, p. 59).

Outra situação patente do tratamento mais brando aos crimes que lesionam bens jurídicos transindividuais é a aplicação do princípio da insignificância na seara federal, onde há decisões judiciais que reconhecem o valor ínfimo da conduta quando a sua lesão não ultrapassa o valor de R\$ 2.500,00 (dois mil e quinhentos reais) (AMORIM, 2007, p. 61). Aliás, em pesquisa realizada no site do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, localizou-se interessante decisão que reconhece a insignificância do crime de apropriação indébita previdenciária (artigo 168 – A do Código Penal) em virtude do valor apropriado ser inferior a R\$ 10.000,00 (dez mil reais).<sup>63</sup>

---

<sup>62</sup> “Lei n. 7.716/89 (Preconceitos de raça ou de cor); Lei n. 7.802/89 (Agrotóxicos); Lei n. 7.805/89 (Lavra garimpeira); Lei n. 7.853/89 (Pessoas portadoras de deficiência); Lei Complementar n. 64/90 (Inelegibilidade); Lei n. 8.069 (Criança e Adolescente); Lei n. 8.078/90 (Consumidor); Lei n. 8.08/90 (Saúde); lei n. 8.137/90 (Ordem Tributária); Lei n. 8.313/ 91 (Liberdade de Expressão e Ordem Tributária); Lei n. 8.249/92 (Administração da Justiça); Lei n. 8.666/93 (Erário Público); lei n. 8.685/93 (Ordem Tributária); Lei n. 8.974/95 (Meio Ambiente); Lei n. 9.029 (Dignidade Humana); Lei n. 9.100/95 (Estado Democrático); Lei n. 9.112/95 (Bens sensíveis e serviços vinculados); Lei n. 9.263/96 (Família); Lei n. 9.279/96 (Propriedade Industrial); Lei n. 9.296/96 (Privacidade); Lei n. 9.434/97 (Saúde Pública); Lei n. 9.437/97 (Incolunidade Pública); Lei n. 9.455/97 (Dignidade humana, integridade corporal, vida); Lei n. 9.456/97 (Propriedade intelectual, direito do autor); Lei n. 9.472/97 (Sistema Nacional de Telecomunicações); Lei n. 9.503/97 (Incolunidade Pública, vida, integridade corporal); Lei n. 9.504/97 (Estado Democrático); Lei n. 9.605/98 (Meio Ambiente); Lei n. 9.609/98 (Propriedade Intelectual); Lei n. 9.613 (sistema Financeiro e Tributário); Lei n. 9.615/98 (Desporto); lei complementar n. 101/2000 (Administração Pública); Lei n. 10.300 (Incolunidade Pública); Lei n. 10.303 (Ordem Econômica)” (STRECK; COPETTI, 2007, p. 03).

<sup>63</sup> PENAL. APROPRIAÇÃO INDÉBITA PREVIDENCIÁRIA. CP, ART. 168-A. MULTA E JUROS. DESCONSIDERAÇÃO. VALOR ILUDIDO INFERIOR A R\$ 10.000,00. INSIGNIFICÂNCIA. APLICABILIDADE. 1. Em se tratando do crime de apropriação indébita previdenciária, as multas tributárias e os juros de mora devem ser desconsiderados tanto para efeito da mensuração das consequências do delito, como

Já na área estadual, o reconhecimento da insignificância da conduta constitui um caminho dificultoso, sendo obstaculizado por entendimentos jurisprudenciais que reclamam a análise do desvalor da ação e do resultado para a sua incidência, muito embora o valor ínfimo do objeto jurídico esteja presente.<sup>64</sup>

Refletindo acerca das considerações tecidas, fica difícil acreditar e sustentar que a proteção penal dos bens jurídicos transindividuais representa uma ameaça às garantias processuais e materiais, ao ponto de Cornelius Prittwitz (2004, p. 44) afirmar que aquela aplicação é um resquício do Direito Penal do Inimigo.

Na verdade, como muito bem salientado por Streck e Copetti (2007, p. 16), essa repulsa em admitir a proteção penal dos bens jurídicos transindividuais decorre de uma tradição liberal-iluminista impregnada na dogmática jurídica que sempre esteve acostumada a resolver problemas individuais, os famosos conflitos estabelecidos entre Caio, Tício e Mévio, figuras emblemáticas dos exemplos doutrinários penalistas. Ademais, tais pesquisadores advertem que esta aversão também reflete o descontentamento dos estamentos sociais mais elevados diante da possibilidade de serem alcançados pelo Direito Penal:

---

para aferição da lesividade e da adequação típica da conduta. Precedentes. 2. Aplica-se o princípio da insignificância jurídica, como excludente da tipicidade da infração prevista no art. 168-A do Código Penal, quando, para fins de persecução penal, o valor da contribuição previdenciária apropriada é inferior a R\$ 10.000,00 (dez mil reais), montante estabelecido pela Administração como sendo o mínimo para o ajuizamento de suas execuções fiscais. Precedentes do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça e desta Corte. (Apelação Criminal nº 2007.70.00.032334-0/PR. Relator: Des. Federal Victor Luiz dos Santos Laus. Publicado em 25/04/2011).

<sup>64</sup> HABEAS CORPUS - PENAL E PROCESSO PENAL - FURTO QUALIFICADO - RES FURTIVA DE PEQUENO VALOR - APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA - IMPOSSIBILIDADE - ORDEM DENEGADA - O pequeno valor monetário do bem tutelado não se traduz, automaticamente, na incidência do princípio da insignificância. Há que se conjugar o desvalor do resultado e o desvalor da ação. - Conquanto o pequeno valor da res furtiva, houve no caso alto desvalor da ação, não sendo possível, pois, a mera aplicação automática do princípio da insignificância senão pela análise da tipicidade conglobante. - No caso, ainda, o paciente ostenta maus antecedentes, o que impede a pretensão ora deduzida. - Ordem denegada. (STJ - HC 32.882 - MS - 5ª T. - Rel. Min. Jorge Scartezini - DJU 14.06.2004 - p. 00258).

FURTO. PLEITO ABSOLUTÓRIO IMPROCEDENTE. AUTORIA E MATERIALIDADE COMPROVADAS. IMPOSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. CONJUNTO PROBATÓRIO APTO A ENSEJAR O DECRETO CONDENATÓRIO. CONFISSÃO ESPONTÂNEA RECONHECIDA. CIRCUNSTÂNCIA AGRAVANTE DA REINCIDÊNCIA PREPONDERÂNCIA SOBRE A ATENUANTE DA CONFISSÃO. SENTENÇA MANTIDA. 2- *O princípio da insignificância não deve ser aplicado apenas em virtude do desvalor do resultado, mas também no desvalor da conduta. Para a incidência do princípio da insignificância, devem ser relevados o valor do objeto do crime e os aspectos objetivos do fato - tais como a mínima ofensividade da conduta do agente, a ausência de periculosidade social da ação, o reduzido grau de reprovabilidade do comportamento e a inexpressividade da lesão jurídica causada.* A res foi avaliada em R\$ 50,00 (cinquenta reais), conforme Auto de Avaliação Indireta de fls. 37. Utilizar critérios de tabelamento pecuniário é temerário vez que “autoriza” a prática contínua e ilimitada de crimes de valor baixo. Não há que se falar em aplicação do Princípio da Insignificância considerando que a ‘res furtiva’ era utilizada pela vítima como meio de locomoção para seu trabalho. (Tribunal de Justiça do Paraná. Apelação Crime nº. 671.844-9 4ª VARA CRIMINAL DA COMARCA DE MARINGÁ. Relator: Des. MIGUEL PESSOA. Data do Julgamento: 07 de abril de 2011).

Neste aspecto, este novo quadro normativo carrega consigo uma grande potencialidade de estabelecer uma nova arquitetura na estrutura de poder até então inatingível pelo direito penal, o que irá se refletir nos futuros conflitos pelo poder entre as diferentes classes sociais que compõem a sociedade brasileira. Na medida em que o mais duro mecanismo jurídico é utilizado para a reconfiguração social de uma sociedade que, como a brasileira, possui os mais profundos contrastes sociais, não há qualquer dúvida acerca das potencialidades de um novo modelo penal para a redistribuição do poder sociopolítico, a partir da consolidação de uma fase de transição, em direção a uma intervenção estatal penal voltada à equalização das diferenças sócio-econômicas. Sendo assim, o direito penal está abandonando uma posição que historicamente lhe foi atribuída pelos círculos liberais, de proteção ao indivíduo, e, conseqüentemente, de mantenedor de um quadro histórico de desigualdades, para assumir, com a proteção de bens, direitos e interesses coletivos, uma função de pauta igualitária. (STRECK; COPETTI, 2007, p. 18).

Neste mesmo sentido, veja-se a posição adotada por Evaristo de Moraes Filho apud Feldens (2002, p. 47):

É uma curiosa coincidência que esse movimento da intervenção mínima tenha ganho incremento exatamente na fase em que o Direito Penal está se democratizando, exatamente na fase em que o Direito Penal está deixando de alcançar tão-somente aqueles delinqüentes etiquetados seletivamente, que constituem a clientela tradicional do sistema repressivo. Na hora em que o Direito Penal começa a se voltar contra uma outra clientela, a que pratica os crimes contra a ordem econômica e contra a economia popular, fala-se em descriminalização, despenalização, dejudicialização.

Considerando este argumento é que se torna possível entender o pensamento de Luis Gracia Martin (2005, p. 145), para quem a intervenção penal no campo dos interesses metaindividuais representa um revigoramento da justiça material, razão pela qual o professor da Universidade de Zaragoza defende a denominação *Direito Penal do Estado Social* a esta nova feição do Direito Penal:

No Estado social de Direito, as garantias só podem ser derivadas e compreendidas a partir de princípios normativos de base necessariamente ontológica, cheios de conteúdos materiais de igualdade e de justiça social, e em absoluto são meras formas liberais que, até agora, funcionaram materialmente só e exclusivamente a serviço da definição, classificação, disciplina e repressão do comportamento desviado de classes sociais economicamente despossuídas e, por isso, politicamente dominadas e subjugadas, e a serviço, ao mesmo tempo, da exclusão do discurso da criminalidade de quase totalidade de criminalidade material das classes sociais poderosas e, com isso, e por acréscimo, a serviço da expansão dos espaços de liberdade e de riqueza abundantes e superabundantes que as mesmas se apropriaram para estabelecer o próprio marco de desenvolvimento de uma existência vital e social como a que, sem dúvida,

merece ter todo e qualquer ser humano, em qualquer tempo e circunstância, presente e futura, pelo mero fato de existir.

Por outro lado, pode-se concluir que a aniquilação da proteção penal dos bens jurídicos metaindividuais é uma reafirmação do estereótipo de que cadeia é apenas para pobre. Vale dizer, aceitando a visão propugnada pela Escola de Frankfurt, de que se está, por via de consequência, transferindo à via administrativa a punição das condutas dos membros das classes sociais mais abastadas. Logo, restariam ao Direito Penal apenas as infrações clássicas, legitimando o efeito funil<sup>65</sup> do sistema criminal, como sintetiza Vera Regina Pereira de Andrade (2003a, p. 52):

O sistema penal se dirige quase sempre contra certas pessoas, mais que contra certas condutas legalmente definidas como crime e acende suas luzes sobre o seu passado para julgar no futuro o fato-crime presente, priorizando a especulação de ‘quem’ em detrimento do ‘que’. De modo que a gravidade da conduta criminal não é, por si só, condição suficiente deste processo, pois os grupos poderosos na sociedade possuem a capacidade de impor ao sistema uma quase que total impunidade das próprias condutas criminosas. Enquanto a intervenção do sistema geralmente subestima e imuniza as condutas às quais se relacionam com a produção dos mais altos, embora mais difusos danos sociais (delitos econômicos, ecológicos, ações da criminalidade organizada, graves desvios dos órgãos estatais) superestima infrações de relativamente menor danosidade social, embora de maior visibilidade, como delitos contra o patrimônio, especialmente os que têm como autor indivíduos pertencentes aos estratos sociais mais débeis e marginalizados.

A respeito dessa conclusão, Rogério Greco (2009, p. 08) também a confirma, chegando a dizer que o “Direito Penal tem cor, cheiro, aparência, enfim, o Direito Penal, também como regra, foi feito para um grupo determinado de pessoas, pré-escolhidas para fazer parte do show”. Essa constatação foi demonstrada em números por Alessandro Nepomoceno (2004, p. 49-50) que, ao analisar o Censo Penitenciário Brasileiro de 1994, apontou as seguintes características da população carcerária:

a) 95% dos presos são pobres; b) 87% deles não concluíram o primeiro grau; c) 85% não possuem condições de contratar advogado; d) 96,31% dos encarcerados são homens; e) os crimes mais apenados são: •33% por roubo (Art. 157 do CP); •18% por furto (Art. 155 do CP); 51% contra o patrimônio, que representa mais da metade do processamento feito pelo sistema; •17% por homicídio (Art. 121 do CP); •10% por tráfico de drogas

---

<sup>65</sup> Tulio Kahn, apoiado nos ensinamentos de Barkan, atesta que “os crimes cometidos vão sendo filtrados até chegar à punição de um número reduzido de infratores. A imagem do funil, segundo Barkan, vem do fato de que, conforme nos movemos do número de crimes cometidos – o topo do funil – para o número de criminosos indo para a prisão – a ponta – existe um grande salto em quantidades, em cada um dos estágios que existem entre o crime e a punição (Barkan, 1997).” (KAHN, 2000, p. 199).

(Art. 12 da Lei n.º 6368/76); •3% por lesão corporal (Art. 129 do CP); •3% por estupro (Art. 213 do CP); •2% por atentado violento ao pudor (Art. 214 do CP); •2% por estelionato (Art. 171 do CP); •1% por extorsão (Arts. 158 e 159 do CP).

Mais de quatorze anos após a publicação deste levantamento de dados, outro autor que também se debruçou sobre as estatísticas operadas sobre a realidade penitenciária foi Luiz Fernando Kazmierczak (2010, p. 108) que, com base no relatório do Infopen (Sistema Integrado de Informações Penitenciárias), do ano de 2008, registrou as seguintes notas conclusivas:

1. “A maioria daqueles que cumprem pena são de pessoas jovens, destes 31,6% estão compreendidos entre 18 a 24 anos e 26,1% estão na faixa de 25 a 29 anos”;

2. Quanto ao nível de escolaridade, “a maioria dos entrevistados possui o ensino fundamental incompleto, correspondente a 44,01%, sendo que o ensino fundamental completo o índice é 12,45%”. E quanto mais se galga no quesito estudo, mais os números vão ficando estritos, sendo que apenas 9,88% possuía o ensino médio incompleto, 7,39% o completo e, o pior, tão somente 0,43% dos detentos eram titulares de nível superior.

3. Em relação à natureza dos crimes praticados, sejam consumados ou tentados, novamente os que atingem o bem jurídico-penal patrimônio ganham em disparada, totalizando um patamar de 39%, assim distribuídos: “7% para furto qualificado; 6% para furto simples; 18% para roubo qualificado e 8% para roubo simples” (KAZMIERCZAK, 2010, p. 110). Já os crimes de tráfico de drogas saltaram para 15%, enquanto que 0,6% é o índice ocupado pelas infrações praticadas contra a administração pública.

Diante dos dados correlatos, resta razão a Bauman (1999, p. 131) ao delatar que o sistema penal ataca a 'base' e não o 'topo' da sociedade, atribuindo a esse fato a atitude altamente seletiva dos legisladores que apenas se preocupam em criminalizar as condutas praticadas pelos desempregados estruturais, migrantes ilegais, trabalhadores do mercado informal de drogas, consumidores falhos. Enfim, por aquelas “pessoas para as quais não há lugar na ordem”, tornando-se alvo fácil de ocupar o papel principal nos códigos criminais.

Neste viés, Nilo Batista (2005, p. 96) contribui ao estabelecer a relação intrínseca entre a eleição de qual bem jurídico será protegido pelo Direito Penal e a manutenção de uma relação de poder, de um *status quo*:

Numa sociedade de classes, os bens jurídicos não de expressar, de modo mais ou menos explícito, porém inevitavelmente, os interesses da classe dominante, e o sentido geral de sua seleção será o de garantir a reprodução das relações de dominação vigentes, muito especialmente das relações econômicas estruturais.

Todas estas considerações doutrinárias e estatísticas acabam revelando o caráter estritamente seletivo do sistema penal, que atua nas camadas sociais vulneráveis, não detentoras dos poderes político, científico e cultural. Por isso é que Bauman (1999, p. 131) afirma que “roubar os recursos de nações inteiras é chamado de ‘promoção do livre comércio’; roubar famílias e comunidades inteiras de seu meio de subsistência é chamado ‘enxugamento’ ou simplesmente ‘racionalização’”.

Na verdade, como bem observado por Ana Isabel Pérez Cepeda (2010, p. 259):

Na sociedade globalizada, a distribuição de renda também é inversamente proporcional à distribuição dos castigos. Aos globalizados melhor renda e menos castigo; aos excluídos, menos renda e mais castigo. Sob o influxo dos movimentos da lei e ordem, são atacadas as classes marginalizadas, em outras palavras postulam a criminalização mais dura da microcriminalidade, assim como o aprisionamento em massa dos excluídos; mas escapam as classes ricas, isto é, apesar do clamor geral (mas principalmente da esquerda punitiva) pela criminalização da macrocriminalidade (criminalidade dos poderosos). De maneira tal que, o incremento das populações penitenciárias no mundo parece responder mais aos modos de gestão do detrimento da situação social e da emergência da exclusão social que a um proporcional incremento da criminalidade.<sup>66</sup> (tradução nossa).

Mas, como foi percebido esse lado altamente seletivo do Direito Penal? Como se depreendeu que a força punitiva não age com a mesma intensidade sobre as pessoas? Para entender o tema em foco, há de se analisar as principais premissas expostas pela Teoria do

---

<sup>66</sup> En la sociedad globalizada también la distribución de renta es inversamente proporcional a la distribución de los castigos. A los globalizados mejor renta y menos castigos; a los excluidos menor renta y más castigos. Bajo el influjo de los movimientos de la ley y orden son atacadas las clases marginadas, en otras palabras postulan la criminalización más dura de la micro-criminalidad, así como el aprisionamiento en masa de los excluidos; pero escapan las clases ricas, es decir, a pesar del clamor general (pero principalmente de la izquierda punitiva) por la criminalización de la macro-criminalidad (criminalidad de los poderosos). De manera tal que, el incremento de las poblaciones penitenciarias en el mundo parece responder más a los modos de gestión del deterioro de la situación social y de la emergencia de la exclusión social que a un proporcional incremento de la criminalidad. (PÉREZ CEPEDA, 2010, p. 259)

*Labeling Approach* e pela Criminologia Crítica que expuseram, de forma inovadora, o caráter estigmatizante da tutela penal.

### **3.3 Novos delineamentos trazidos pelo interacionismo social e pela criminologia crítica**

Antes de adentrar especificamente no objetivo central deste item, acredita-se ser necessário retomar alguns conceitos esboçados neste trabalho. No primeiro capítulo, abordou-se a etiologia de “crime”, em que onde o criminoso era determinado por seus caracteres biológicos ou sociais. Já no segundo capítulo, estudou-se outra vertente da criminologia: a clássica, segundo a qual a humanização da pena era o fim precípua como forma de superar a selvageria das execuções penais do Antigo Regime. No entanto, restou abordar que, tanto a criminologia positivista quanto a clássica possuem como substrato axiológico a ideologia da defesa social, na qual a preocupação central é a prevenção do crime, seja pela intimidação ou ressocialização do delinquente, como forma de salvar a sociedade do mesmo (MAZZILLI NETO, 2007, p. 21).

Com uma análise mais profunda, Alessandro Baratta (2002, p. 42) enumera alguns princípios inerentes a esta corrente criminológica e que se encontram interiorizados no meio jurídico, tais como:

a) princípio da culpabilidade: a atuação criminosa representa uma atitude a ser reprovada frente à violação consciente do que foi estabelecido pelo legislador;

b) princípio da legitimidade: a reprimenda ao crime constitui ato legítimo do Estado que atua em nome da sociedade. Esse princípio se concretiza através das instâncias oficiais de poder, tais como a polícia, a magistratura, o ministério público e o poder legislativo;

c) princípio da igualdade: em que a aplicação das normas penais é igual para todos aqueles que a transgridem;

d) princípio do interesse social e do delito natural: reporta ao fato da conduta criminosa ser um atentado aos interesses comuns da sociedade;

e) princípio do bem e do mal: que se refere exatamente à divisão da sociedade entre homens bons e homens maus, sendo estes últimos aqueles que cometem crimes.

Contudo, a partir dos estudos de Edwin Sutherland sobre a existência da criminalidade de colarinho branco, a veracidade daquele modelo social penal começa a ser questionada, abrindo oportunidade para que se chegasse à conclusão da tendenciosidade e falha dos seus preceitos. A par disso, novos estudos criminológicos foram desenvolvidos. Entre estes, destacou-se o *labeling approach*. Também denominado de criminologia da reação social ou do interacionismo simbólico, surgiu no final da década de 50 e início da década de 60 do século XX e delimitou um novo saber penal ao constatar que uma conduta somente é considerada criminosa quando os mecanismos de controle social assim a classificarem (DIAS; ANDRADE, 1997, p. 51). Dessa maneira, o crime é fruto de complexos processos de interações sociais dos quais resulta a seleção e a classificação das condutas consideradas desviantes. Em apartada síntese, a principal contribuição do *labeling approach* foi destacar que a criminalidade é criada pelo controle social (GARCÍA-PABLOS DE MOLINA; GOMES, L., 2002, p. 386).

Seu grande sistematizador foi Howard Becker, que parte do princípio de que todo grupo social possui regras tendentes a padronizar comportamentos, distinguindo-os em atuações corretas ou incorretas. Quando estas últimas ocorrem, os membros dos agrupamentos humanos atribuem ao seu autor a qualificação de marginal ou desviante. No entanto, Becker ressalta que esse processo não é tão simples assim como pode aparentar à primeira vista, eis que existe uma nítida inter-relação entre a conduta criminosa e a reação social. Vale dizer, um fato para ser classificado como criminoso depende de como as pessoas reagirão diante dele. Sendo assim:

*Os grupos sociais criam o desvio ao fazer regras cuja infração constitui o desvio e aplicar ditas regras a certas pessoas em particular e qualificá-las de marginais. Desde esse ponto de vista, o desvio não é uma qualidade do ato cometido pela pessoa, senão uma consequência da aplicação que os outros fazem das regras e sanções para um ofensor. O desviante é uma pessoa a quem se pode aplicar com êxito dita qualificação; a conduta desviada é a conduta assim chamada pela gente.*<sup>67</sup> (BECKER, 1971, p. 19, tradução nossa, grifo do autor).

---

<sup>67</sup> [...] *los grupos sociales crean la desviación al hacer las reglas cuya infracción constituye la desviación*, y al aplicar dichas reglas a ciertas personas en particular y calificarlas de marginales. Desde este punto de vista, la

O problema desta realidade, continua Becker, é que esta atribuição axiológica a um fato é variável ao longo do tempo (uma situação que era rotulada como criminosa no passado, pode não ser mais nos dias atuais) e, principalmente, é passível de variadas interpretações conforme quem o pratica. Conhecendo este desnivelamento, pode-se afirmar que “as regras tendem a ser aplicadas mais a certas pessoas que a outras”<sup>68</sup> (BECKER, 1971, p. 22, tradução nossa). Logo, praticado um ato, não seria instantânea a qualificação de crime, devendo-se, antes de tudo, analisar quem o cometeu e como as demais pessoas do grupo social o receberam. Em suma: “o desvio não é uma qualidade presente na conduta mesma, senão que surge da interação entre a pessoa que comete o ato e aqueles que reagem frente ao mesmo”<sup>69</sup> (BECKER, 1971, p. 24, tradução nossa).

Verifica-se, portanto, uma profunda transformação de pensamento, na qual a noção de crime abandona o seu aspecto meramente dogmático, passando a comportar uma visão mais interacionista com o pensamento ideológico da sociedade e de seus aparatos oficiais (juízes, polícia, ministério público, imprensa, entre outros), adquirindo o sentido de reação social a um dado comportamento. Outrossim, além desse interacionismo simbólico, o *labeling approach* estruturou suas principais teses na etnometodologia que rechaça a possibilidade de se conhecer a sociedade de forma objetiva, haja vista que a sua existência é uma construção social (BARATTA, 2002, p. 87). Diante desta nova postura, a própria criminologia muda o seu foco, como sintetizam Molina e Gomes (2002, p. 386):

Por isso, o interesse da investigação se desloca do desviado e do seu meio para aquelas pessoas ou instituições que lhe definem como desviado, analisando-se fundamentalmente os mecanismos e o funcionamento do controle social ou a gênese da norma e não os déficits e carências do indivíduo, que outra coisa não é senão a vítima dos processos de definição e seleção, de acordo com os postulados do denominado paradigma de controle.

Tendo em consideração esta nova roupagem criminológica, concepções até então inexistentes começaram a surgir, a exemplo da diferenciação entre criminalização primária e criminalização secundária. Aquela é a definição legal de crime, atribuindo o caráter criminoso à conduta. Por outro giro, criminalidade secundária indica quem detém maior probabilidade

---

desviación *no* es una cualidad del acto cometido por la persona, sino una consecuencia de la aplicación que los otros hacen de las reglas y las sanciones para un ‘ofensor’. El desviado es una persona a quien se ha podido aplicar con éxito dicha calificación; la conducta desviada es la conducta así llamada por la gente. (BECKER, 1971, p. 19, grifo do autor).

<sup>68</sup> Las reglas tienden a ser aplicadas más a ciertas personas que a otras. (BECKER, 1971, p. 22).

<sup>69</sup> La desviación *no* es una cualidad presente em la conducta misma, sino que surge de la interacción entre la persona que comete el acto y aquellos que reaccionan ante el mismo. (BECKER, 1971, p. 24).

de adquirir o status de criminoso, de delinquente, de desviante, como exprime Vera Regina Pereira de Andrade (2003a, p. 41):

Uma conduta não é criminal ‘em si’ (qualidade negativa ou nocividade inerente) nem seu autor um criminoso por concretos traços de sua personalidade ou influências de seu meio ambiente. A criminalidade se revela, principalmente, como um *status* atribuído a determinados indivíduos mediante um duplo processo: a ‘definição legal de crime que atribui à conduta o caráter criminal, e a ‘seleção’ que etiqueta e estigmatiza um autor como criminoso entre todos aqueles que praticam tais condutas.

A par destas revelações é que se formulou o conceito de cifra negra da criminalidade, comentado no segundo capítulo. Como se discutiu, a “cifra negra” corresponde à porcentagem de crimes que não integram o índice oficial de criminalidade, indicando a diferença entre a criminalidade real (infrações penais que de fato ocorreram) e a aparente (infrações penais que chegam ao conhecimento dos órgãos oficiais de persecução penal). Sabendo-se que há esta cifra negra, seria válido entender como criminalidade é o comportamento da maioria, no entanto, a criminalização secundária se opera de forma desigual, estigmatizante e discriminatória. Dessa forma, a eficácia da atribuição de ser desviante/criminoso está diretamente vinculada ao índice de marginalização de alguns indivíduos.

Por isso é que o *labeling approach* chega à outra conclusão: há uma seletividade quantitativa e qualitativa no sistema penal. Por seletividade quantitativa entende-se exatamente a noção de cifra oculta, em decorrência da falta de recursos humanos e técnicos da repercussão penal, diante do alto número de delitos praticados. Já a acepção qualitativa constitui a “cifra dourada” da criminalidade, relativa ao poder de atribuição do status de criminoso pela sociedade a determinados indivíduos, levando a crer que somente “algumas” pessoas delinquem. Francisco Bissoli Filho (2002, p. 79) adverte que ao proceder desta forma:

Muitas condutas nocivas deixam de ser definidas como crimes – como, por exemplo, a omissão do poder público em relação às políticas públicas de saúde e meio ambiente, a omissão do empresariado quanto às condições de trabalhos a que são submetidos os empregados, etc. – e muitas, que não ultrapassam a linha da nocividade individual ou não possuem suficiente nocividade social, estão submetidas ao processo de criminalização primária, por exemplo, os movimentos trabalhistas, a injúria, os crimes sem vítimas, as contravenções, etc.

Agindo dessa maneira, o *labeling approach* evidenciou a mácula existente no processo de definição formal do crime ao expor que a sua elaboração pertence às classes mais

privilegiadas, ou seja, aquelas que detêm o poder. Portanto, o estigma de criminoso passa a ficar concentrado no indivíduo marginalizado, ao qual a sociedade consegue facilmente atribuir o rótulo de criminoso. O interessante é observar que tanto o controle social formal (poderes legislativo e judiciário, ministério público, polícia), quanto o informal (mídia, escola, igreja, família, opinião pública e mercado de trabalho) se interagem neste processo tendencioso de qualificação do estado de “criminoso”, constituindo o que é denominado de *second code* ou *basic rules*, como observa Nils Christie (1998, p. 13):

Atos não são, eles se tornam alguma coisa. O mesmo acontece com o crime. O crime não existe. É criado. Primeiro, existem atos. Segue-se depois um longo processo de atribuir significado a esses atos. A distância social tem uma importância particular. A distância aumenta a tendência de atribuir a certos atos o significado de crimes, e às pessoas o simples atributo de criminosas. Em outros ambientes – e a vida familiar é apenas um de muitos exemplos – as condições sociais são tais que criam resistências a identificar os atos como crimes e as pessoas como criminosas.

Portanto, explica Alessandro Baratta (2002, p. 162), a criminologia interacionista superou o mito da igualdade do Direito Penal, que consiste na divulgação da ideia de que o poder punitivo é igual para todos, já que protege os bens mais essenciais à sociedade, “nos quais estão igualmente interessados todos os cidadãos (princípio do interesse social e do delito natural)”. Contudo, falta veracidade a essa proposição, pois a criminalidade é um “bem negativo, distribuído desigualmente conforme a hierarquia dos interesses fixada no sistema sócio-econômico e conforme a desigualdade social entre os indivíduos” (BARATTA, 2002, p. 161). Assim, da mesma forma que a sociedade compartilha de forma desigual os bens positivos (propriedade, fama, privilégios), o faz da mesma maneira perversa quanto aos bens negativos, concentrando-os nas classes sociais menos favorecidas.

Nesse sentido, manifesta-se Vera Regina Pereira de Andrade (2003b, p. 202) quando leciona a respeito da “revolução de paradigma” ocasionada pelo *labeling approach* ao delatar a seletividade do sistema penal, rebatendo a falsa noção de que o crime é uma realidade ontológica, pré-constituída:

Puseram assim em evidência que, na origem do processo de criminalização primária (gênese da lei penal) e secundária (aplicação da lei penal) não residem interesses fundamentais para uma determinada sociedade ou diretamente para toda sociedade civilizada, mas interesses dos quais são portadores os grupos que detêm o poder. Afirmam, portanto, que o caráter político (relativo à violação de determinadas ordens econômico-políticas contingentes) não é prerrogativa de um pequeno número de delitos

‘artificiais’, mas do fenômeno total da criminalidade como realidade social criada através de processos de criminalização.

Diante do exposto, é indiscutível o mérito do *labeling approach* que rompeu com a tradição etiológica aplicada há séculos no meio criminológico. Todavia, a teoria da reação social “não aprofundou o estudo sobre os interesses de classe para manutenção do poder que sobressaiam da questão da definição legal do crime e do criminoso” (GUIMARÃES, 2007, p. 52). A partir deste vazio teórico deixado pelos interacionistas, é que entra em cena a criminologia crítica, evidenciando que o Direito Penal está sempre vinculado a um tipo de organização social, às suas relações estruturais de poder, valores e interesses (WOLKMER, 2001, p. 26).

Partindo da premissa de que a qualificação desviante decorre de relações sociais, a visão crítica da criminologia afirma e demonstra a correlação lógica entre o sistema penal e a reprodução e manutenção das estruturas de poder, sinalizando as funções ocultas das normas penais, como devidamente observado por Alessandro De Giorgi (2006, p. 35):

A criminologia crítica começa, portanto, a denunciar a urgência de uma fundamentação materialista da análise dos processos institucionais de controle do desvio, isto é, de uma análise capaz de examinar criticamente os *labellers* (as instituições e as estratégias do poder punitivo) e também os *labelled* (aqueles que são os destinatários imediatos dos *labellers*). Esse estímulo político-intelectual determina, ou pelo menos agiliza, de modo significativo, a entrada do marxismo na sociologia criminal, ocorrida entre o final da década de 1960 e o início dos anos 1970.

Vera Regina Pereira de Andrade (2003a, p. 48 e 49) destaca o procedimento adotado pela criminologia crítica para evidenciar a lógica da seletividade penal dentro de uma sociedade classista e conflitual, na qual a lei se transforma em instrumento da classe dominante. Segundo a autora, a visão crítica

Recupera, portanto, a análise das condições objetivas, estruturais e funcionais que originam, na sociedade capitalista, os fenômenos de desvio, interpretando-os separadamente, conforme se tratem de condutas das classes subalternas ou condutas das classes dominantes (a chamada criminalidade de colarinho branco, dos detentores do poder econômico e político, a criminalidade organizada etc.). Em definitivo, pois, é quando o enfoque macrossociológico se desloca do comportamento desviante para os mecanismos de controle social dele, em especial para o processo de criminalização, que o momento crítico atinge sua maturação na Criminologia e ela tende a transformar-se de uma teoria da criminalidade em uma teoria crítica e sociológica do sistema penal. De modo que, deixando de lado

possíveis diferenciações no seu interior, ela se ocupa hoje em dia, fundamentalmente, da análise dos sistemas penais vigentes.

E, considerando esta concepção crítica, destaca-se a obra de Georg Rusche e Otto Kirchheimer, intitulada *Punição e Estrutura Social*, publicada em 1939, na qual os autores comprovam, por meio de “uma crítica histórico-econômica da formação dos sistemas repressivos” (GIORGI, 2006, p. 37), que o surgimento da prisão e das práticas punitivas refletem o sistema de produção capitalista e as etapas evolutivas do capital. É claro que estas ligações são utilizadas como instrumento de manutenção das relações sociais díspares.

Outro ato de suma importância de Rusche e Kirchheimer foi testificar que a execução das penas se agravam na mesma proporção em que decaem as condições de vida da população, como forma de evitar a prática de crimes. Trata-se do “princípio da *less eligibility* (isto é, da menor preferibilidade) da pena, ao qual *todo* sistema de repressão deve adequar-se” (GIORGI, 2006, p. 40). Assim, toda vez que se presencia uma situação de desemprego em massa, as condições socioeconômicas da sociedade pioram e, na mesma medida, também há um agravamento das sanções penais, visto que, “por piores que sejam as condições oferecidas ao trabalhador ‘livre’, elas ainda são preferíveis ao *status* de criminoso ‘punido’” (GIORGI, 2006, p. 49).

Pontuando, portanto, qual seria a real função do sistema penitenciário e a conexão entre mão de obra, mercado de trabalho e execução penal, necessário se faz interligar o nascimento da instituição carcerária com os principais marcos econômicos, a começar pelo período conhecido como Alta Idade Média, em que se tem a vigência do feudalismo.

Nesta época, inexistia um poder central único e a utilização da arbitragem privada era comum, manifestando-se pelo pagamento de fiança, cujo valor variava conforme “o *status* social do malfeitor e da parte ofendida” (RUSCHE; KIRCHHEIMER, 2004, p. 25). Isso transformava a administração da justiça penal em um negócio altamente rentável. Em vista desta lucratividade do Direito Penal, a impossibilidade de realizar o pagamento do valor arbitrado submetia o condenado ao castigo corporal, “como ser jogado numa prisão e passar a pão e água até que algum cidadão intercedesse ou o bispo o perdoasse” (RUSCHE; KIRCHHEIMER, 2004, p. 25).

Em momento ulterior, na Baixa Idade Média (século XV), em decorrência do altíssimo crescimento populacional, aliado ao esgotamento do solo e ao decréscimo da colheita, as condições de vida das classes subalternas sofreram uma deterioração substancial. Nesta realidade, desempregados e despossuídos compunham o cenário, praticando roubos

como forma de sobrevivência. Tais atos acentuaram a desigualdade de aplicação das penas, que variava segundo a classe social do condenado e o ato praticado. A fiança era reservada à classe mais abastada (a que podia pagar e se livrar da punição) e os castigos corporais aos pobres, a grande maioria.

Outra observação contundente é a intensificação da crueldade das penas corporais, que ganharam feições diversificadas como a mutilação, os açoites, o exílio e até a capital. Ademais, se antes a sua aplicação era condicionada à impossibilidade de realizar o pagamento da fiança, agora, as penas físicas haviam se tornado regra, dando sempre prevalência à morte “dos indivíduos alegadamente perigosos”, enfim, “os inadequados para a sociedade” (RUSCHE; KIRCHHEIMER, 2004, p. 38 e 39).

Foi exatamente nesta época que se teve o nascimento do suplício, definido por Michel Foucault (2000, p. 31) como “a arte quantitativa do sofrimento” do corpo. De fato, as penas físicas tornaram-se espetáculos executados em praça pública, onde a dor e o sofrimento prolongados serviam de exemplo à sociedade, incutindo a dissuasão da prática criminosa. Além dessa função de exemplaridade, o suplício também marcava o condenado, deixando-o cicatrizado para que sempre fosse visto e lembrado como criminoso, dificultando, sobremaneira, a sua reinserção social (RUSCHE; KIRCHHEIMER, 2004, p. 38).

Contudo, no delinear do século XVI, as punições penais adquirem uma nova utilidade econômica, que consistia na exploração da mão de obra dos prisioneiros, contexto em que se intensificam a escravidão e o trabalho forçado por meio da deportação e servidão penal (RUSCHE; KIRCHHEIMER, 2004, p. 43). Há de se atentar que esta mudança de postura não possui nenhum traço humanístico, devendo, simplesmente, ser interpretada como recurso aos desejos mercantilistas, que possibilitava o incremento de um novo modo de produção. Ou seja, na produção feudalista o corpo não era um requisito fundamental para o desenvolvimento da economia, assim, poderia ser penalizado por meio do suplício. Diferente disso é o que ocorre no início da produção mercantilista, em que o corpo assume uma nova utilidade: servir como mão de obra. Dessa forma,

Durante o século XVI, na Europa, enfatizou-se a distinção entre mendigos aptos e inaptos para o trabalho, distinção que criminalizará o controle social dos habilitados recalcitrantes. Se na época de abundância de mão-de-obra os mendigos são considerados criminosos, o final do século XVI, de escassez, impõe mudanças no tratamento dos pobres. Multiplicam-se as leis que punem os trabalhadores aptos que deixaram seu trabalho para mendigar, já que os trabalhadores se transformavam periodicamente em mendigos, quando desejam descansar das penosas condições de trabalho da época. (BATISTA, V., 2003a, p. 44).

Seguindo esta tendência, no século seguinte presenciou-se a proliferação das casas de correção, destinadas a diminuir os custos de produção, alocando mão de obra disponível ao “crescimento da produção capitalista” (RUSCHE; KIRCHHEIMER, 2004, p. 80). Característica marcante deste período eram as péssimas condições de trabalho dos sentenciados que se encontravam submetidos a demasiadas horas de labor, sendo que, caso se afastassem, ficariam sujeitos ao racionamento de comida. Aliás, os condenados desconheciam a razão pela qual se encontravam presos, não existindo nenhum procedimento acusatório formal e prévio.

No entanto, conforme já se discutiu, a partir do apogeu do Iluminismo no século XVIII, ocorre uma nova mudança de pensamento, inaugurando o período Humanitário da execução penal. Nilo Batista (2004, p. 109) destaca que este momento é considerado a gênese da ideia de prisão como espaço físico destinado a acomodar pessoas que cometessem delitos, sobretudo aqueles que perpetrassem violações à propriedade e não possuíssem meios materiais para arcar com a pena pecuniária (RUSCHE; KIRCHHEIMER, 2004, p. 113).

E, no século XIX, presenciou-se a difusão do isolamento celular. Rusche e Kirchheimer (2004, p. 135 a 138) explicam que essa transformação da pena privativa de liberdade em punição por excelência tem como causa a conjugação de dois fatores. O primeiro vem a ser a pauperização dos trabalhadores verificada durante a Revolução Industrial, período em que as máquinas, com destreza até então inigualável, substituíam milhares de trabalhadores, forçando-os a conviver com situações de extrema penúria. No entanto, os homens livres acreditavam que a razão das suas privações era a existência das casas de correção, uma vez que era praticamente impossível competir com o trabalho carcerário. Por tais motivos, após muitas manifestações populares, aquela modalidade de pena foi extinta (24 de março de 1848) e a prisão foi eleita a resposta mais adequada e conveniente à época.

O segundo fator reside no fato de que, ao contrário das expectativas dos trabalhadores, o que se presenciou, após a abolição do trabalho dos presos, foi um agravamento ainda maior da qualidade de vida, repercutindo de forma direta no cometimento de crimes, principalmente os relacionados ao patrimônio (furto e roubo). Como saída a esta situação, elegeu-se o cárcere como forma de punição exemplar, provocando uma explosão numérica da população presa.

Resta destacar que a imposição do encarceramento não era igual para todos os estratos sociais, pois **“as classes altas ainda não estavam convencidas das vantagens de sacrificar, em nome da ideologia de justiça e igualdade, seus membros cuja posição não**

**mais poderia ser mantida”** (RUSCHE; KIRCHHEIMER, 2004, p. 147, grifo nosso). A par disso, verificou-se, ainda, a intensificação das péssimas condições carcerárias, transformando a prisão num lugar de tormenta, com a instalação do confinamento solitário e do trabalho cruel, conservando “a velha noção segundo a qual o nível de vida nas prisões deve ser inferior ao nível mínimo da população livre” (BATISTA, V., 2003a, p. 47).

Tendo em vista a abordagem de Rusche e Kirchheimer, conclui-se que a pena sempre teve, de forma ínsita à sua aplicação, três sentidos constantes: o de intimidar a população a não cometer crimes (aspecto preventivo geral negativo), a graduação de severidade da sua execução, que dependia da necessidade dos sistemas de produção vigentes por mão de obra e, por fim, a seletividade do sistema penal. Sopesando essa tríade argumentativa, Alessandro De Giorgi (2006, p. 39) emite a seguinte nota conclusiva:

As classes sociais despossuídas constituem, assim, o objetivo principal das instituições penais. A história dos sistemas punitivos é, nessa perspectiva, uma história das ‘duas nações’, isto é, das diversas estratégias repressivas de que as classes dominantes lançaram mão através dos séculos para evitar ameaças à ordem social provenientes dos subordinados.

Por lançar um olhar contemporâneo sobre os sistemas punitivos e a sua correlação com os modelos de produção, Michel Foucault tornou-se outro referencial teórico importante. Em sua obra *Vigiar e Punir* (1975), evidencia que o nascimento da prisão se coaduna com o “processo de subsunção real do trabalho” (GIORGI, 2006, p. 44). Assim, a prisão, mecanismo central de controle social emergida no século XVIII, serve para disciplinar o homem, reeducando-o para uma futura “utilização racional e intensa de trabalho humano” (SALIBA, Maurício; SALIBA, Marcelo, 2008, p. 184).

Dessa forma, com a eliminação dos suplícios, as penas, ao invés de castigarem, teriam que punir, obrigando uma reinvenção calculada da imposição do castigo consentânea com o novo sentido que lhe fora dada, qual seja, o de defesa da sociedade, deixando para os séculos pretéritos a sua feição de vingança do soberano. E, no cumprimento deste novo sentido, a prisão era a palavra central, impondo a docilidade e a domesticação dos corpos por intermédio de uma vigilância hierárquica que normaliza o comportamento dos detentos.

Analisando esta tática política de dominação, Juarez Cirino dos Santos (2006, p. 292) destaca a importância social da disciplina, já que ela foi “instituída para *controle e sujeição* do corpo, com o objetivo de tornar o indivíduo *dócil e útil*: uma política de coerção para domínio do corpo alheio, ensinando a *fazer o que* queremos e a *operar como* queremos”. Neste prisma,

a prisão serviria como fonte de geração de uma mão de obra controlada, disciplinada, apta a entrar no mercado de trabalho assim que abandonar os muros dos presídios.

Dito de outra forma, pode-se afirmar que nasce uma subjetividade operária, desconstruindo-se a imagem individual de condenado e reconstruindo-se uma imagem de operário: “O pobre se torna criminoso, o criminoso se torna prisioneiro, e, enfim, o prisioneiro se transforma em proletário” (GIORGI, 2006, p. 45). Essa sequência de mutações comportamentais é a normalização, “ordem portadora de uma referência *artificial* de penalidade permanente (sistema de recompensa/punição) que se difunde por todos os aspectos e instantes da instituição disciplinar” (ARGÜELLO, 2005, p. 15) apta a atuar sobre a própria personalidade do detento, induzindo-o a interpretar a sua prisão como algo justo à sua recusa ao trabalho e à disciplina das fábricas.

Dentro desta perspectiva, o *Panóptico* (1787), modelo arquitetônico idealizado por Jeremy Bentham, apesar de nunca ter saído do papel, coaduna-se com este processo disciplinador dos detentos, ao instituir “‘o princípio de inspeção’, isto é, a possibilidade de, com poucos homens, manter sob constante vigilância – todos os indivíduos encerrados na instituição” (MELOSSI; PAVARINI, 2006, p. 71). No cumprimento desta vigília ininterrupta, a arquitetura<sup>70</sup> do panóptico foi de fundamental importância, ao possibilitar um processo de visibilidade exaustivo, inculcando no condenado um hábito de obediência automática, pois desconhece quando o seu atuar não é vigiado.

Em razão dessas peculiaridades da gênese do sistema prisional, Sergio Francisco Carlos Graziano Sobrinho (2010, p. 132 e 133) conclui que:

A prisão se constituiu fora do aparelho judiciário, ou seja, passou a existir no momento em que foram elaborados os processos para repartir os indivíduos, fixá-los e distribuí-los espacialmente, classificá-los, tirar-lhes o máximo de tempo e forças, treinar seus corpos, codificar seu comportamento contínuo, mantê-los numa visibilidade sem lacuna, formar em torno deles um aparelho completo de observação, registro e anotações, constituir sobre eles um saber que se acumula e se centraliza. A forma geral de uma aparelhagem para

---

<sup>70</sup> “Na periferia uma construção em anel; no centro, uma torre; esta é vazada de largas janelas que se abrem sobre a face interna do anel; a construção periférica é dividida em celas, cada uma atravessando toda a espessura da construção; elas têm duas janelas, uma para o interior, correspondendo às janelas da torre; outra, que dá para o exterior, permite que a luz atravesse a cela de lado a lado. Basta então colocar um vigia na torre central, e em cada cela trancar um louco, um doente, um condenado, um operário ou um escolar. Pelo efeito da contraluz, pode-se perceber da torre, recortando-se exatamente sobre a claridade, as pequenas silhuetas cativas nas celas da periferia. Tantas jaulas, tantos pequenos teatros, em que cada ator está sozinho, perfeitamente individualizado e constantemente visível. O dispositivo panóptico organiza unidades espaciais que permitem ver sem parar e reconhecer imediatamente. Em suma, o princípio da masmorra é invertido; ou antes, de suas três funções – trancar, privar de luz e esconder – só se conserva a primeira e suprimem-se as outras duas. A plena luz e o olhar de um vigia captam melhor que a sombra, que finalmente protegia. A visibilidade é uma armadilha.” (FOUCAULT, 2000, p. 166).

tornar os indivíduos dóceis e úteis, através de um aparelho preciso sobre seu corpo, criou a instituição-prisão, antes que a lei a definisse como pena, por excelência.

É interessante notar que este sistema hierárquico e disciplinar não ficou adstrito aos muros da prisão, alcançando as fábricas, as escolas, os hospitais, as famílias, enfim, todas as instituições, coadunando-se perfeitamente aos moldes do sistema econômico fordista/taylorista, no qual a repetição e a sistematização das operações laborativas exigiam disciplina e dedicação do operário. Nas palavras de Michel Foucault (2000, p. 149):

Na oficina, na escola, no exército funciona como repressora toda uma micropenalidade do tempo (atrasos, ausências, interrupções das tarefas), da atividade (desatenção, negligência, falta de zelo), da maneira de ser (grosseria, desobediência), dos discursos (tagarelice, insolência), do corpo (atitudes ‘incorretas’, gestos não conformes, sujeira), da sexualidade (imodéstia, indecência). Ao mesmo tempo é utilizada, a título de punição toda uma série de processos sutis, que vão do castigo físico leve a privações ligeiras e a pequenas humilhações. Trata-se ao mesmo tempo de tornar penalizáveis as frações mais tênues da conduta, e de dar uma função punitiva aos elementos aparentemente indiferentes do aparelho disciplinar: levando ao extremo, que tudo possa servir para punir a mínima coisa; que cada indivíduo se encontre preso numa universalidade punível-punidora.

Nesse sentido, os ensinamentos de Jock Young (2002, p. 21) são precisos. O autor relembra os anos dourados da Europa e da América do Norte (Estado do Bem-Estar Social)<sup>71</sup>, quando se tinha o desenvolvimento de uma cidadania mais inclusiva, consensual, centrada nos valores família e trabalho. Nesta época, o que se criticava era o conformismo das pessoas, sendo mínimas as preocupações com a delinquência ou com a criminalidade. E, quando estas ocorriam, nascia um Estado Penitência, no sentido de:

[...] assimilar os desviantes, integrando-os no corpo da sociedade. Para este fim, expande-se um *corpus* de especialistas, qualificado no uso da linguagem terapêutica do trabalho social, do aconselhamento, da psicologia clínica e disciplinas positivistas correlatas. (YOUNG, 2002, p. 21).

Importa destacar que, até aquele momento, a sociedade não abominava o desviante, pelo contrário, enxergava naquele “alguém que deve ser reabilitado, curado até ficar como

---

<sup>71</sup> “[...] o estado de bem-estar foi, originalmente, concebido como um instrumento manejado pelo estado a fim de reabilitar os temporariamente inaptos e estimular os que estavam aptos a se empenharem mais, protegendo-os do medo de perder a aptidão no meio do processo. Os dispositivos da previdência eram então considerados como uma rede de segurança, estendida pela comunidade como um todo, sob cada um de seus membros. [...]. O estado de bem-estar não era concebido como uma caridade, mas como um direito do cidadão, não como o fornecimento de donativos individuais, mas como uma forma de seguro coletivo”. (BAUMAN, 1998, p. 51).

‘nós’” (YOUNG, 2002, p. 21). Assim, o papel da prisão era fomentar valores, padrões de comportamentos, “estimulando a osmose cultural dos menos socializados rumo aos bem socializados” (YOUNG, 2002, p. 22). Aliás, esse mecanismo de classificação dos indivíduos entre “bons” e “maus” está vinculado ao sistema de recompensas da sociedade disciplinar, por meio do binômio “gratificação-sanção”.

A esse respeito, Foucault (2000, p. 151) ensina que, ao hierarquizar e dominar a energia produtiva individual do corpo, a sanção normalizadora estabelece um sistema de punição/degradação e, ao mesmo tempo, uma gratificação/promoção, operando “uma diferenciação que não é dos atos, mas dos próprios indivíduos, de sua natureza, de suas virtualidades, de seu nível ou valor”. Por conseguinte, as punições mais degradantes ou vergonhosas seriam aplicadas aos “maus” indivíduos, enquanto que as recompensas aos “normalizados”. Contudo, a imposição de sanções não era estanque, no sentido de ser possível a ascensão daquele que se encontrava na classe “vergonhosa” (FOUCAULT, 2000, p. 152). Daí nasce a subjetividade disciplinar, a pressão para que todos se submetam ao mesmo modelo. Enfim, “para que, todos, se pareçam” (FOUCAULT, 2000, p. 152).

Outrossim, pode-se afirmar a existência de uma verdadeira simbiose entre fordismo, sociedade disciplinar e a consolidação de um comportamento de sujeição nos detentos, como traduz Sergio Francisco Carlos Graziano Sobrinho (2010, p. 122):

Ocorre, em verdade, que no modo de produção capitalista, característico daquele período do nascimento da instituição carcerária, bem como no momento posterior caracterizado e denominado de *fordismo*, utilizava-se de toda mão de obra disponível (homens, mulheres, crianças) aos fins propostos pelo modo de produção (aumento da jornada de trabalho – mais valia absoluta – ou diminuindo o tempo que a sociedade gasta para manter viva a capacidade de trabalho – mais valia relativa), entretanto era a própria sociedade que estava disciplinada a este modo de produção, ou seja, a prisão ocupou um espaço ‘privilegiado’: o disciplinamento dos excedentes necessários, uma mão de obra abundante que precisa ser *adestrada*. Portanto, é o que se poderia chamar de uma sociedade capitalista cujo critério de produção determinante é organizado pelo tempo excedente, proporcionando uma maior fragmentação do indivíduo, isto é, a transformação do trabalho em capital produtivo excedente.

Contudo, a partir da década de 70, com a transição do capitalismo industrial/concorrencial para a fase financeira e monopolista, o modelo disciplinar não é mais válido. Nasce o pós-fordismo, estágio produtivo no qual a volatilidade, a flexibilização e a reestruturação são as características marcantes, “acarretando a redução do mercado de trabalho primário, expansão do mercado de trabalho secundário e a criação de uma subclasse

de desempregados estruturais” (YOUNG, 2002, p. 24). Dessa forma, passa a existir uma precariedade da mão de obra, como muito bem salientado por Katie Argüello (2005, p. 03):

A fórmula bem-sucedida do livre mercado pode ser traduzida da seguinte maneira: o trabalho morto cristalizado no capital (mediante o desenvolvimento tecnológico) torna o trabalho vivo desnecessário. Segundo os pragmáticos milionários reunidos no luxuoso Hotel Fairmont, na Califórnia, o futuro da relação entre capital e trabalho pode ser resumido em um par de números: “20 por 80”. Vinte por cento da população em condições de trabalhar no século XXI bastariam para manter o ritmo da economia do planeta. Alguns desses altos executivos admitem, com o mais absoluto sarcasmo, que no futuro a questão será “ter o que almoçar ou ser almoçado”.

Chegou-se à conclusão de que o mercado não conseguiria mais absorver toda aquela mão de obra disponível e fabricada na prisão. Ademais, o mercado não necessitava mais de disciplina, mas sim de qualidade no desempenho das funções laborativas, tendo o conhecimento se transformado “na principal força econômica de produção” (SALIBA, Maurício, 2008, p. 169). O resultado não poderia ser outro senão a criação de um exército de reserva de trabalhadores expulsos do processo produtivo, e que, simplesmente, não possuem lugar na órbita pós-moderna, pós-fordista.

Considerando-se este panorama e suscitando-se a questão central da criminologia crítica, segundo a qual para cada sistema produtivo há uma forma de punir correlata, a pergunta que emerge é: o que fazer com aquelas pessoas que simplesmente não possuem lugar na economia? Depositá-las na cadeia. O sistema penitenciário “tornou-se uma 'alternativa ao emprego', uma maneira de 'utilizar' ou de 'neutralizar' a 'população inassimilável pelo mercado” (ARGÜELLO, 2005, p. 18). Pronto, o dilema foi solucionado, propiciando-se, ainda, o nascimento de uma indústria altamente lucrativa, que é a indústria do crime. Assim, Estado, Direito, Mercado, Mídia, em ação conjunta, realçam diariamente a necessidade de aprisionar as pessoas inutilizáveis, cultivando em seus cidadãos a necessidade constante de se proteger dos estranhos, por intermédio de um controle exaustivo, como muito bem salientado por Maria Lúcia Karam (2000, p. 341):

A disciplina que deve recair sobre estes excluídos da produção e do mercado volta-se, portanto, para uma outra direção, seu treinamento não mais se orientando para o trabalho fabril, como nas origens do capitalismo e da pena privativa de liberdade, bastando, agora, para a operacionalidade do sistema produtivo, sua vigilância e seu controle – enquanto inviável sua eliminação, que apareceria como tendencialmente desejável -, de forma a evitar suas reações perturbadoras das relações vigentes.

Ao refletir este novo processo, Gilles Deleuze (2010, p. 227 e 228) o denomina “sociedade do controle”, oriundo da ascensão do capitalismo de sobreprodução, cuja preocupação reside em vender serviços, ações e não produzir produtos ou comprar matéria-prima. Assim, a fábrica transforma-se em empresa, prescindindo do meio fechado para o desempenho de suas atividades, já que a mola propulsora é o controle contínuo e as trocas monetárias flutuantes.

No âmago destas mudanças, o apelo excessivo ao consumismo ocupa o centro das preocupações mercadológicas. A compulsão é desenvolver dispositivos de poder que controlem a subjetividade do consumidor, efetivando a sujeição do indivíduo, em que o referencial simbólico deste coincida com os “modelos institucionais nos quais se encontra inserido” (RUIZ, 2004, p. 65). E, nesta simbiose ideológica e invisível, o marketing é “o instrumento de controle social e forma a raça impudente de nossos senhores” (DELEUZE, 2010, p. 228). Em suma, “o homem não é mais o homem confinado, mas o homem endividado” (DELEUZE, 2010, p. 228).

Pensando nesta órbita de consumismo, Vera Malaguti Batista (2003b, p. 79) atesta que os novos impuros são os consumidores falhos, pessoas sem poder aquisitivo. Para estas, lança-se um olhar reprovador, como se a sua presença em espaço público fosse sinônimo de desordem, de caos social e, sobretudo, de medo. Trata-se do pobre como “bode expiatório da sociedade pós-moderna”.

Analisando este mecanismo altamente hierarquizado pelas regras do poder aquisitivo, Nilo Batista compara que “para os consumidores”, criou-se meio alternativos à privação da liberdade, tais como a transação penal, a suspensão condicional do processo, “e diversos outros dispositivos para que ele possa cumprir sua pena no *shopping*, com ou sem pulseira eletrônica” (2004, p. 114). Já para “os consumidores falhos, suspeitos ou convictos desses crimes aos quais uma estúpida quizila de constituintes denominou hediondos, um encarceramento neutralizante” (2004, p. 114). Dito em poucas palavras, “é a descartabilidade do valor *pessoa humana*” (CARVALHO, 2010, p. 107).

Diante da comparação elucidativa de Nilo Batista, resta conclusivo afirmar que o afastamento do Direito Penal na proteção dos bens jurídicos transindividuais constitui mais uma garantia de manutenção dos interesses hegemônicos da sociedade. Isso porque, não permite que a incidência do poder punitivo atrapalhe a consecução de seus interesses econômicos, ao mesmo tempo, em que mantém o seu caráter seletivo.

O pior desta constatação é que, novamente, há um risco da dogmática penal privilegiar os “interesses particulares de grupos poderosos sobre os interesses gerais”

(BIANCHINI, 2000, p. 53), sugerindo, de forma velada, que esta opção é sinônimo de um Direito Penal Garantista (BIANCHINI, 2000, p. 63).

Diante do exposto, o importante é desmitificar que a expansão dos preceitos penais é sinônimo de Direito Penal do Inimigo ou do Risco, visto que tal assertiva não possui fundamentação fática nem teórica. Como analisado, existe sim uma disparidade no tratamento legislativo e jurisprudencial aplicados à criminalidade moderna que incentiva a impunidade penal do sujeito ativo. No entanto, no campo dos delitos clássicos, a abordagem jurídica é guiada pela expansão e recrudescimento das leis penais. Sendo assim, ou se mantém uma postura equitativa, ou se admite que, realmente, “o sistema penal brasileiro pune e muito... principalmente os negros, os pobres. as minorias em geral” (BARBOSA, 2011, p.20).

Outrossim, não se pode deixar de argumentar, uma vez mais, que é inconcebível a existência de um Direito Penal adstrito somente à proteção individual. Com essa postura, não se afirma que valores adstritos a interesses particulares não mereçam um espaço na estrutura típica. Apenas se propõe que, ao lado dos bens jurídicos individuais, também seja dada a mesma importância aos bens jurídicos transindividuais, como forma de consolidar a vigia mestre do Direito Penal, qual seja, a proteção dos valores mais caros à sociedade.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

A problemática central que originou este estudo, qual seja, o papel do Direito Penal frente aos novos riscos sociais, logrou encontrar uma resposta por intermédio dos seguintes pontos:

1. A verificação que os três capítulos apresentados, possuem uma interseção de conteúdo: o dismantelamento do Estado Social e do sistema fordista/taylorista transmutando-se em neoliberalismo. Isso porque, este se associa ao aumento das desigualdades sociais e ao apogeu da sociedade de controle, o que possui intrínseca relação com o sistema pós-fordista, em detrimento da sociedade disciplinar;

2. Nessas sucessões, o Estado perde sua autonomia e as leis penais ocupam o papel de conter as relações sociais deletérias. Não se pode olvidar, ainda, a exploração midiática da violência, associada à criminalidade urbana por intermédio de um discurso revestido de neutralidade, mas altamente tendencioso, que traz em seu bojo a criminologia positivista, etiológica, lombrosiana, segundo a qual, a sociedade está dividida entre homens bons e homens maus. Para estes últimos, o único caminho seria a cadeia, local de controle, de neutralização e, sobretudo, de descartabilidade, pois quem não é consumidor não interessa a esta nova ordem do sistema produtivo. É o lema do movimento Lei e Ordem;

3. Utilizando o argumento de contenção das leis penais, tenta-se resgatar um Direito Penal Mínimo consentâneo com os valores constitucionais, erigindo-se a dignidade da pessoa humana como valor maior para a incidência da tutela penal. Tendo em consideração essa feição minimalista, insere-se a problematização dos riscos sociais, haja vista que, em consonância com estes, desenvolveu-se uma nova espécie de criminalidade, a moderna, que ataca e lesiona os bens jurídicos transindividuais;

4. Ao se analisar os argumentos favoráveis e desfavoráveis à tutela penal da criminalidade moderna, verificou-se que, na grande maioria das vezes, essa criminalidade não é praticada pela classe pobre e sim por aquela que detém recursos econômicos, informáticos e intelectuais;

5. Assim, por detrás do discurso de que o Direito Penal Moderno se iguala ao Direito Penal do Inimigo encontra-se a mensagem implícita de que, para aqueles que possuem condições econômico-financeiras, o Direito Penal não poderia atuar, pois estaria quebrando e prejudicando a lógica do mercado. E, para legitimar esta imunidade criminal, exige-se o resgate de um Direito Penal Iluminista que, contudo, como desnudado por Georg Rusche e Otto Kirchheimer, não passou de uma adaptação aos anseios mercantilistas e industriais;

6. Seguindo esta tendência, surgiram estudos interacionistas que evidenciaram que o estereótipo de delinquente, desviado, criminoso decorreria de relações sociais em que o processo de criminalização secundária é mais facilmente imposto à parte frágil, ou seja, ao pobre. Esta foi a grande contribuição do *Labeling Approach*.

7. Superando esta visão microssociológica, os criminalistas críticos vão além dos sistemas de interação, evidenciando que o Direito Penal sempre correspondeu aos anseios dos meios de produção capitalista, visto que o modo de execução das penas estava ligado à cada fase do capital. Assim, se havia escassez de mão de obra livre, a pena seria mais suave. Por outro lado, havendo contingente de reserva obreira, o endurecimento tomava conta da aplicação das penas;

8. Conhecendo estas premissas críticas e, no tocante à eficácia da tutela penal dos bens jurídicos transindividuais, entende-se que a formulação de terceira via de repressão não corresponde à realidade social. O aperfeiçoamento da estrutura judiciária já existente e uma melhor técnica legislativa quanto à criação dos tipos penais incriminadores neutralizariam a proposta de direito administrativo sancionador, além de suplantar as lacunas existentes no campo da deflação penal;

9. Salienta-se que a atitude irracional e insensata do legislador ordinário não pode servir de argumento para retirar a dignidade penal do bem jurídico universal. Aliás, esse ponto de vista incoerente também é verificável na redação típica de quase todas as espécies de delitos, sejam clássicos ou modernos. É claro que, nestes últimos, consegue-se vislumbrar com maior clareza a atecnia legislativa penal. Todavia, reforça-se, não se pode aceitar que tal argumento sirva para deixar sem proteção bens jurídicos relevantes, tais como o meio ambiente e a ordem econômica.

10. Fundamental, ainda, observar que o não cumprimento das funções punitivas (prevenção especial ou geral), em razão da falta de estrutura do sistema penitenciário, não retira a necessidade da proteção penal contra os riscos contemporâneos. Por fim, acredita-se que o posicionamento aqui defendido vai ao encontro de um Direito Penal Garantista, consentâneo aos direitos fundamentais. Dessa forma, é essencial que o Direito Penal passe a se preocupar também com interesses metaindividuais, como forma de atender às necessidades do Estado Social Democrático de Direito.

## REFERÊNCIAS

- ALCÁCER GUIRAO, Rafael. *Sobre el concepto de delito: ¿Lesión del bien jurídico o lesión de deber?* Buenos Aires: Ad-Hoc, 2003.
- ALVAREZ, Marcos César. A Criminologia no Brasil ou Como Tratar Desigualmente os Desiguais. *Revista de Ciências Sociais*, Rio de Janeiro, v. 45, n. 4, p. 677-704, 2002.
- ALVES, Giovanni. *Dimensões da Reestruturação Produtiva: ensaios de sociologia do trabalho*. 2. ed. Londrina: Praxis; Bauru: Canal 6, 2007.
- ALVES, José Cláudio Souza. *Uma guerra pela regeografização do Rio de Janeiro*. Entrevista concedida à Fundação Lauro Campos em 03 dez. 2010. Disponível em: <<http://socialismo.org.br/portal/seguranca-pessoal-e-direitos-humanos/178-entrevista/1819-uma-guerra-pela-regeografizacao-do-rio-de-janeiro>>. Acesso em: 10 de dez. 2010.
- AMARAL, Claudio do Prado. *Princípios Penais da Legalidade à Culpabilidade*. São Paulo: IBCCRIM, 2003.
- AMARAL, Roberto. Imprensa e controle da opinião pública (informação e representação popular no mundo globalizado). *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 137, n. 148, p 197-218, out./dez. 2000.
- AMORIM, Pierre Souto Maior Coutinho. Seletividade da Norma Penal. *Revista IOB de Direito Penal e Processual Penal*, ano 08, n. 43, p. 57-62, abr./maio 2007.
- ANDERSON, Perry. Balanço do neoliberalismo. In: SADER, Emir; GENTILI, Pablo. *Pós-neoliberalismo: as políticas sociais e o Estado democrático*. 8. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2008.
- ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *Sistema Penal Máximo x Cidadania Mínima: códigos da violência na era da globalização*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003a.
- \_\_\_\_\_. *A Ilusão de Segurança Jurídica: do controle da violência à violência do controle social*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003b.
- \_\_\_\_\_. O controle penal no capitalismo globalizado. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, ano 17, n. 81, p. 339-356, nov./dez. 2009.
- ANTUNES, Ricardo; ALVES, Giovanni. As mutações no mundo do trabalho na era da mundialização do capital. *Revista Educação e Sociedade*, Campinas, v. 25, n. 87, p. 335-351, maio/ago. 2004. Disponível em: <[www.scielo.br/pdf/es/v25n87/21460.pdf](http://www.scielo.br/pdf/es/v25n87/21460.pdf)>. Acesso em: 18 mar. 2011.

ARGÜELLO, Katie. Do Estado social ao Estado penal: invertendo o discurso da ordem. In: 1º CONGRESSO PARANAENSE DE CRIMINOLOGIA. Londrina, Paraná, nov. de 2005, p. 1-28.

BARATTA, Alessandro. Funções Instrumentais e Simbólicas do Direito Penal. Lineamentos de uma Teoria do Bem Jurídico. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, ano 2, n. 5, p. 5-24, jan./-mar. 1994.

\_\_\_\_\_. *Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal*: introdução à sociologia do direito penal. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2002.

BARBOSA, Joaquim. *Político não pega cadeia*. Revista Veja, São Paulo, edição 2221, 15 jun. 2011. Disponível em: <<http://veja.abril.com.br/acervodigital/home.aspx>>. Acesso em: 20 jun. 2011.

BARROETA VEÑA, Diego Gustavo. Derecho penal económico: delitos tributarios. Propuestas para un derecho tributario respetuoso de los principios y garantías penales. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, ano 18, n. 86, p. 61-98, set./out. 2010.

BATISTA, Nilo. Mídia e Sistema Penal no Capitalismo Tardio. *Biblioteca on-line de Ciências da Comunicação*, 2003. Disponível em: <<http://bocc.ubi.pt/pag/batista-nilo-midia-sistema-penal.pdf>>. Acesso: 28 mar. 2009.

\_\_\_\_\_. Os Sistemas Penais Brasileiros. In: BATISTA, Nilo. *Novas tendências do direito penal: artigos, conferências e pareceres*. Rio de Janeiro: Revan, 2004.

\_\_\_\_\_. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*. 10. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2005.

BATISTA, Vera Malaguti. *Difíceis ganhos fáceis – drogas e juventude pobre no Rio de Janeiro*. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2003a.

\_\_\_\_\_. *O medo na cidade do Rio de Janeiro: dois tempos de uma história*. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2003b.

BAUMAN, Zygmunt. *O Mal-estar da Pós-modernidade*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1998.

\_\_\_\_\_. *Globalização: as consequências humanas*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1999.

BECCARIA, Cesare. *Dos Delitos e das Penas*. 5. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

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

\_\_\_\_\_. Incertezas Fabricadas. Entrevista com Ulrich Beck. *Revista IHU On Line*. São Leopoldo, Rio Grande do Sul, edição 181, 22 maio de 2006, p. 5-12. Disponível em: <<http://www.ihuonline.unisinos.br/media/pdf/IHUOnlineEdicao181.pdf>>. Acesso em: 15 jan. 2010.

\_\_\_\_\_. *Sociedade de Risco: rumo a uma outra modernidade*. São Paulo: Ed. 34, 2010.

BECKER, Howard. *Los extraños: sociología de la desviación*. Buenos Aires, Argentina: Editorial Tiempo Contemporáneo, 1971.

BEDIN, Gilmar Antonio. *Os direitos do homem e o neoliberalismo*. 3. ed. Ijuí: Unijuí, 2002.

BIANCHINI, Alice. A Seletividade do Controle Penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, ano 8, n. 30, p. 51-64, abr./jun. 2000.

BICUDO, Tatiana Viggiani. A globalização e as transformações no Direito Penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, ano 6, n. 23, p. 97-109, jul./set. 1998.

BISSOLI FILHO, Francisco. Punição e divisão social: do mito da igualdade à realidade do apartheid social. In: ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *Verso e reverso do controle penal: (des) aprisionando a sociedade da cultura punitiva*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2002.

BITENCOURT, Cezar Roberto; MUÑOZ CONDE, Francisco. *Teoria Geral do Delito*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

\_\_\_\_\_. *Tratado de Direito Penal: parte geral I*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

BOBBIO, Norberto. *Era dos direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 2002.

\_\_\_\_\_. *Liberalismo e Democracia*. São Paulo: Brasiliense, 2005.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 25. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2010.

BORON, Atilio. A sociedade civil depois do dilúvio neoliberal. In: SADER, Emir; GENTILI, Pablo. *Pós-neoliberalismo: as políticas sociais e o Estado democrático*. 8. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2008.

BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Crimes de perigo abstrato*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 5. Turma. Habeas Corpus n. 157.199 - DF (2009/0244455-7). Furto qualificado. Princípio da Insignificância. Não incidência. Tipicidade

Material. Teoria Constitucionalista do delito. Expressiva lesão ao bem jurídico tutelado. Ordem Denegada. Impetrante Defensoria Pública do Distrito Federal. Impetrado Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios. Relator Ministro Arnaldo Esteves Lima. 15 de junho de 2010.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. 6. Turma. Habeas Corpus n. 53.139 - PB (2006/0014280-3). Furto. (1) Princípio da Insignificância. Subtração de bem avaliado em mais de um salário mínimo. Inaplicabilidade. (2) *Sursis* Processual. Ausência de proposta. Réu já beneficiado anteriormente pela suspensão. Constrangimento. Inexistência. (3) Substituição de pena. Condições pessoais desfavoráveis, Ilegalidade. Ausência. Impetrante José Alves Cardoso. Impetrado Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado da Paraíba. Relatora Ministra Maria Thereza de Assis Moura. 31 de outubro de 2007.

BREGA FILHO, Vladimir. *Direitos Fundamentais na Constituição de 1988: conteúdo jurídico das expressões*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002.

BUCCI, Eugênio. *Sobre Ética e Imprensa*. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.

CARCANHOLO, Marcelo Dias. Neoliberalismo e o Consenso de Washington: a verdadeira concepção de desenvolvimento do governo FHC. In: MALAGUTI, Manoel Luiz; CARCANHOLO, Reinaldo A.; CARCANHOLO, Marcelo D. *Neoliberalismo: a tragédia do nosso tempo*. São Paulo: Cortez, 1998.

CARNELUTTI, Francesco. *As Misérias do Processo Penal*. 3. ed. Tradução: Ricardo Rodrigues Gama. Campinas: Russell Editores, 2009.

CARVALHO, Salo de. *Antimanual de Criminologia*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

CASILDA BÉJAR, Ramón. América Latina y el Consenso de Washington. *Boletín Económico de ICE* n.º 2803. 26 abr. a 2 de maio de 2004. Disponível em: <[biblioteca.hegoa.ehu.es/.../America\\_Latina\\_y\\_el\\_consenso\\_de\\_Washington.Pdf](http://biblioteca.hegoa.ehu.es/.../America_Latina_y_el_consenso_de_Washington.Pdf)>. Acesso em: 12 dez. 2010.

CASTRO, Alexander. Cesare Beccaria e o Direito Penal do absolutismo esclarecido: O reformismo habsbúrgico e o iluminismo na lombardia austríaca. In: DAL RI JÚNIOR, Arno et al. *Iluminismo e direito penal*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2008.

CERVINI, Raúl. *Os processos de descriminalização*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

COELHO, Yuri Carneiro. *Bem jurídico-penal*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003.

COLEMAN, James William. *A Elite do Crime*. 5. ed. Barueri, São Paulo: Manole, 2005.

CORSI, Giancarlo. A funcionalidade do processo de criminalização na gestão dos desequilíbrios gerados nas formações sociais do capitalismo pós-industrial e globalizado. In: KARAM, Maria Lúcia. *Globalização, Sistema Penal e Ameaças ao Estado Democrático de Direito*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

CHRISTIE, Nils. *A indústria do controle do crime: a caminho dos GULAGs em estilo ocidental*. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

DE CASTRO, Lola Anyar. *Criminologia da Libertação*. Rio de Janeiro: Revan: ICC, 2005. (Pensamento criminológico; v.10).

DEL NERO, João Alberto Schützer. Do Estado Liberal ao Estado Social – Ocaso do direito privado? *Revista de Direito Constitucional e Internacional*. São Paulo, ano 10, n. 41, p. 97-115, out./dez. 2002.

DELEUZE, Gilles. *Conversações*. 2. ed. São Paulo: Ed. 34, 2010.

DIAS, Jorge de Figueiredo; ANDRADE, Manuel da Costa. *Criminologia: o homem delinquent e a sociedade criminógena*. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1997.

\_\_\_\_\_. *Questões Fundamentais do Direito Penal Revisitadas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

\_\_\_\_\_. O papel do direito penal na protecção das gerações futuras. In: *Société internationale de défense sociale pour une politique criminelle humaniste*. Disponível em: <<http://www.defensesociale.org/02/9.pdf>>. Acesso em: 26 jan. 2010.

DUPAS, Gilberto. A lógica da economia global e a exclusão social. *Revista Estudos Avançados do Instituto de Estudos Avançados da USP*, n. 34, p. 121-159, set./dez. 1998.

FACHIN, Zulmar. *Curso de Direito Constitucional*. 3. ed. São Paulo: Método, 2008.

FARIAS, Déborah Barros Leal. Reflexos da teoria neoliberal e do Consenso de Washington na Constituição brasileira de 1988. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, São Paulo, ano 15, n. 60, p. 65-81, jul./set. 2007.

FELDENS, Luciano. *Tutela Penal de Interesses Difusos e Crimes do Colarinho Branco: por uma relegitimação da atuação do Ministério Público: uma investigação à luz dos valores constitucionais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

FERNANDES, Newton; FERNANDES, Valter. *Criminologia Integrada*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

FERNANDES, Paulo Silva. *Globalização, “Sociedade de Risco” e o Futuro do Direito Penal. Panorâmica de Alguns Problemas Comuns*. Coimbra: Livraria Almedina, 2001.

FERRAJOLI, Luigi. *Derecho Penal Mínimo y Bienes Jurídicos Fundamentales*. Disponível em: <[http://www.juareztavares.com/textos/ferrajoli\\_bens\\_minimo.pdf](http://www.juareztavares.com/textos/ferrajoli_bens_minimo.pdf)>. Acesso em: 20 jan. 2010.

\_\_\_\_\_. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

FERREIRA, Maria Nazareth. *Globalização e Identidade Cultural na América Latina: a cultura subalterna no contexto do neoliberalismo*. São Paulo: Centro Brasileiro de Estudos Latino-Americanos, 1995.

FLACH, Michael Schneider. A relação entre bem jurídico-penal e Constituição. *Sistema Penal e Violência: Revista eletrônica da Faculdade de Direito*. Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais. Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUCRS. Porto Alegre, v. 2, n.º. 1, p. 45-63, jan./jun. 2010.

FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir: nascimento da prisão*. Petrópolis: Vozes, 2000.

FRANCO, Alberto Silva. Globalização e Criminalidade dos Poderosos. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, ano 8, n. 31, p. 102-136, jul./set. 2000.

GALVÃO, Andréia. *Neoliberalismo e reforma trabalhista no Brasil*. Rio de Janeiro, Revan, 2007.

GIORGI, Alessandro De. *A miséria governada através do sistema penal*. Rio de Janeiro, Revan: ICC, 2006. (Pensamento criminológico; v. 12).

GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. *Globalização, Neoliberalismo e Direito no Brasil*. Londrina: Ed. Humanidades, 2004.

GOMES, Fábio Guedes. Conflito social e *welfare state*: Estado e desenvolvimento social no Brasil. In: I Seminário de Administração Política. 2005, Salvador, Universidade Federal da Bahia. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/rap/v40n2/v40n2a03.pdf>>. Acesso em: 10 jan. 2011.

GOMES, Luiz Flávio. *Norma e bem jurídico no direito penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

\_\_\_\_\_; GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio. *Criminologia: introdução e seus fundamentos teóricos*: introdução às bases criminológicas da Lei 9099/95, lei dos juizados especiais criminais. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

\_\_\_\_\_; \_\_\_\_\_. BIANCHINI, Alice. *Direito Penal: Introdução e princípios fundamentais*. v. I. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

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

GRACIA MARTIN, Luis. *Prolegômenos para a luta pela modernização e expansão do direito penal e para a crítica do discurso de resistência*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2005.

\_\_\_\_\_. *O Horizonte do Finalismo e o Direito Penal do Inimigo*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2007. – (Série ciência do direito penal contemporâneo; v.10).

GRAZIANO SOBRINHO, Sergio Francisco Carlos. *Globalização e Sociedade de Controle: A Cultura do Medo e o Mercado da Violência*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

GRECO, Luís. “Princípio da ofensividade” e crimes de perigo abstrato – Uma introdução ao debate sobre o bem jurídico e as estruturas do delito. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, ano 12, n. 49, p. 89-147, jul./ago. 2004.

\_\_\_\_\_. A relação entre o Direito Penal e o Direito Administrativo no Direito Penal Ambiental: uma introdução aos problemas da acessoriedade administrativa. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, ano 14, n. 58, p. 152-194, jan./fev. 2006.

GRECO, Rogério. *Direito Penal do Equilíbrio: uma visão minimalista do Direito Penal*. 2ª ed. Niterói, RJ: Impetus, 2009.

GROS, Denise Barbosa. *Institutos Liberais e Neoliberalismo no Brasil da Nova República*. Tese em Ciências Sociais. Departamento de Ciência Política do Instituto de Filosofia e Ciências Humanas. Universidade Estadual de Campinas. Campinas, 2002.

GUIMARÃES, Cláudio Alberto Gabriel. *Funções da pena privativa de liberdade no sistema penal capitalista*. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

HARDT, Michael; NEGRI, Antonio. *Império*. 9. ed. Rio de Janeiro: Record, 2010.

HARVEY, David. *Condição Pós-Moderna: uma pesquisa sobre as origens da mudança cultural*. 19. ed. São Paulo: Edições Loyola, 2010.

HASSEMER, Winfried. Perspectivas de uma moderna política criminal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, ano 2, n.º 8, p. 41-51. out-dez 1994.

\_\_\_\_\_. Derecho Penal Simbólico y Protección de Bienes Jurídicos, 24 ago 2007. Disponível em: <<http://neopanopticum.wordpress.com/2007/08/24/derecho-penal-simbolico-y-proteccion-de-bienes-juridicos-w-hassemmer-2/#more-29>>. Acesso em: 06 abr. 2011.

\_\_\_\_\_. *Direito Penal: fundamentos, estrutura, política*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2008.

HAYEK, Friedrich August von. *O caminho da servidão*. 5. ed. Rio de Janeiro: Instituto Liberal, 1990.

HERMITTE, M-A. Os fundamentos jurídicos da sociedade do risco – Uma análise de U. Beck. In: VARELLA, Marcelo Dias. *Governo dos Riscos*. Brasília: Rede Latino-Americana-Européia sobre Governo dos Riscos, 2005.

HULSMAN, Louk. Temas e conceitos numa abordagem abolicionista da justiça criminal. In: PASSETTI, Edson; DIAS DA SILVA, Roberto Baptista. *Conversações Abolicionistas: uma crítica do sistema penal e da sociedade punitiva*. São Paulo: IBCCrim, 1997.

JINKINGS, Isabella. *Sob o Domínio do Medo: Controle Social e Criminalização da Miséria no Neoliberalismo*. Tese de doutorado em Ciências Sociais. Instituto de Filosofia e Ciências Humanas (IFCH). Universidade Estadual de Campinas. Campinas, 2007.

KAHN, Tulio. Intimidação, Incapacitação ou Prevenção? Qual o melhor meio para reduzir a criminalidade. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, ano 8, n. 30, p. 197-206, abr./jun. 2000.

KARAM, Maria Lúcia. *Pelo rompimento com as fantasias em torno de delitos e de penas*. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, ano 8, n. 29, p. 331-350, jan./mar. 2000.

\_\_\_\_\_. Utopia Transformadora e Abolição do Sistema Penal. In: PASSETTI, Edson; DIAS DA SILVA, Roberto Baptista. *Conversações Abolicionistas: uma crítica do sistema penal e da sociedade punitiva*. São Paulo: IBCCrim, 1997.

KAZMIERCZAK, Luiz Fernando. *Direito Penal Constitucional e Exclusão Social*. Porto Alegre: Núria Fabris, 2010.

LA GARZA TOLEDO, Enrique de. Neoliberalismo e Estado. In: LAURELL, Asa Cristina. *Estado e Políticas sociais no neoliberalismo*. 5. ed. São Paulo: Cortez, 2009.

LAKATOS, Eva Maria; MARCONI, Marina de Andrade. *Sociologia Geral*. 7. ed. São Paulo: Atlas, 1999.

LAURELL, Asa Cristina. Avançando em direção ao passado: a política social do neoliberalismo. In: LAURELL, Asa Cristina. *Estado e Políticas sociais no neoliberalismo*. 5. ed. São Paulo: Cortez, 2009.

LOBATO, José Danilo Tavares. Acessoriedade administrativa, princípio da legalidade e suas (in)compatibilidades no direito penal ambiental. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, ano 18, n. 83, p. 120-162, mar./abr. 2010.

LUIZI, Luis. *Os Princípios Constitucionais Penais*. 2. ed. Porto Alegre: Sergui Antonio Fabris Editor, 2003.

MALAGUTI, Manoel Luiz. Smith e Hayek, irmanados na defesa das regras do jogo. In: MALAGUTI, Manoel Luiz; CARCANHOLO, Reinaldo A.; CARCANHOLO, Marcelo D. *Neoliberalismo: a tragédia do nosso tempo*. São Paulo: Cortez, 1998.

MARQUES NETO, Agostinho Ramalho. Neoliberalismo: o declínio do direito. In: RÚBIO, David Sánchez; FLORES, Joaquín Herrera e CARVALHO, Salo de. *Direitos Humanos e Globalização: Fundamentos e Possibilidades desde a Teoria Crítica*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

MAZZILLI NETO, Ranieri. *Os caminhos do sistema penal*. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

MELOSSI, Dario; PAVARINI, Massimo. *Cárcere e Fábrica – As origens do sistema penitenciário (séculos XVI – XIX)*. Rio de Janeiro: Revan, 2006.

MENDES, Jussara Maria Rosa; BULLA, Leonia Capaverde; PRATES, Jane Cruz; MEDEIROS, Maria Bernadette de Moraes. A Exclusão social como uma das manifestações da questão social no contexto brasileiro. In: MENDES, Jussara Maria Rosa; BULLA, Leonia Capaverde; PRATES, Jane Cruz. *As Múltiplas Formas de Exclusão Social*. Porto Alegre: Federação Internacional de Universidades Católicas (EDIPUCRS), 2004.

MINHOTO, Laurindo Dias. Crime, Castigo e Distopia no Capitalismo Global. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, ano 09, n. 36, p. 400-419, out./dez. 2001.

MISSE, Michel. *Crime e Violência no Brasil Contemporâneo: Estudos de Sociologia do Crime e da Violência Urbana*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

MORAES, Reginaldo. *Neoliberalismo: de onde vem, para onde vai?* São Paulo: Senac, 2001.

MORENO, Luis. Estados del bienestar y “mallas de seguridad”. In: MORENO, Luis. *Pobreza y Exclusión: La “malla de seguridad en España”*. Madrid: Consejo Superior de Investigaciones Científicas, 2001.

MORILLAS CUEVA, Lorenzo. *Reflexiones sobre el derecho penal del futuro*. Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología. Universidad de Granada (Andalucía-España), 04-06 (2002). Disponível em: <[http://criminet.ugr.es/recpc/recpc\\_04-06.pdf](http://criminet.ugr.es/recpc/recpc_04-06.pdf)>. Acesso em: 21 fev. 2009.

MUÑOZ CONDE, Francisco. As origens ideológicas do direito penal do inimigo. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, ano 18, n. 83, p. 93-119, mar./abr. 2010.

NAVARRO, Vicente. Produção e Estado do bem-estar: o contexto das reformas. In: LAURELL, Asa Cristina. *Estado e Políticas sociais no neoliberalismo*. 5. ed. São Paulo: Cortez, 2009.

NEPOMOCENO, Alessandro. *Além da Lei – a face obscura da sentença penal*. Rio de Janeiro: Revan, 2004.

NUNES, António José Avelãs. *Neoliberalismo e direitos humanos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

PANZIERI, André de Almeida. A sanção de perda de bens no direito penal econômico – Análise comparativa dos modelos português e brasileiro. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, ano 13, n. 52, p. 9-52, jan./fev. 2005.

PASCHOAL, Janaina Conceição. *Constituição, Criminalização e Direito Penal Mínimo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

PAULO, Alexandre Ribas de. O discurso jurídico-penal iluminista no direito criminal do império brasileiro. In: DAL RI JÚNIOR, Arno et al. *Iluminismo e direito penal*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2008.

PEREIRA, Flavia Goulart. Os crimes econômicos na sociedade de risco. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, ano 12, n. 51, p. 105-131, nov./dez. 2004.

PÉREZ CEPEDA, Ana Isabel. La criminalización de la pobreza y la expansión de la población carcelaria. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, ano 18, n. 82, p. 257-294, jan./fev. 2010.

PINTO, Geraldo Augusto. *A organização do trabalho no século 20: taylorismo, fordismo e toyotismo*. São Paulo: Expressão Popular, 2007.

PRADO, Luiz Regis. *Direito penal econômico: ordem econômica, relações de consumo, sistema financeiro, ordem tributária, sistema previdenciário, lavagem de capitais*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007a.

\_\_\_\_\_. *Curso de Direito Penal Brasileiro: parte geral, arts. 1º a 120*. v. 1. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007b.

\_\_\_\_\_. *Direito Penal do Ambiente*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

\_\_\_\_\_. *Bem Jurídico-Penal e Constituição*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

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, ano 12, n. 47, p. 31-45, mar./abr. 2004.

RANIERI, Nina Beatriz. Do Estado Liberal ao Estado Contemporâneo: notas sobre os processos de exaustão dos modelos políticos e da ordem jurídica. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, São Paulo, ano 9, n. 36, p. 135-161, jul./set. 2001.

REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1978.

REALE JÚNIOR, Miguel. Despenalização no direito penal econômico: uma terceira via entre o crime e a infração administrativa? *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, ano 7, n. 28, p. 116-129, out./dez. 1999.

RIVERA BEIRAS, Iñaki. Forma-Estado, mercado de trabajo y sistema penal (“nuevas” racionalidades punitivas y posible escenarios penales). *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, ano 12, n. 47, p. 316-359, mar./abr. 2004.

ROMERO VÁZQUEZ, Bernardo. Las estrategias de seguridad pública em lós regímenes de excepción; el cado de la política de tolerancia cero. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, ano 8, n. 29, p. 85-105, jan./mar. 2000.

RONDELLI, Elizabeth. Media, Representações Sociais da Violência, da Criminalidade e Ações Políticas. In: *Seminário Mídia, Drogas e Criminalidade*, 1994, Rio de Janeiro.

ROXIN, Claus. *A proteção de bens jurídicos como função do Direito Penal*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

RUIZ, Castor M. M. Bartolomé. Os dispositivos de poder da sociedade de controle e seus modos de subjetivação. *FILOSOFIA UNISINOS*, São Leopoldo, v. 5, n. 9, p. 63-100, jul./dez. 2004.

RUSCHE, Georg; KIRCHHEIMER, Otto. *Punição e Estrutura Social*. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2004.

SALIBA, Marcelo Gonçalves. *Justiça restaurativa como perspectiva para a superação do paradigma punitivo*. Dissertação de mestrado em Ciência Jurídica. Universidade do Norte do Paraná. Jacarezinho, Paraná, 2007.

\_\_\_\_\_; SALIBA, Maurício Gonçalves. Prisão Cautelar: o suplício pós-moderno! *Argumenta: Revista do Programa de Mestrado em Ciência Jurídica da Fundinopi/Centro de Pesquisa e Pós-Graduação (CPEPG), Conselho de Pesquisa e Pós-Graduação (CONPESQ), Faculdade Estadual de Direito do Norte Pioneiro, Jacarezinho, Paraná, n. 8, p. 179-190, jan./jun. 2008.*

SALIBA, Maurício Gonçalves. Neoliberalismo, Justiça e Direitos Humanos. In: KLOCK, Andrea Bulgakov; CAMBI, Eduardo; ALVES, Fernando de Brito. *Direitos Fundamentais Revisitados*. Curitiba: Juruá, 2008.

SALINAS, Dario. O Estado latino-americano: notas para a análise de suas recentes transformações. In: LAURELL, Asa Cristina. *Estado e Políticas sociais no neoliberalismo*. 5. ed. São Paulo: Cortez, 2009.

SALLUM JR., Brasílio. O Brasil sob Cardoso: neoliberalismo e desenvolvimentismo. *Tempo Social – Revista de Sociologia da USP*. São Paulo, out. 1999. Disponível em: <[www.fflch.usp.br/sociologia/temposocial/site/images/stories/.../o\\_brasil.pdf](http://www.fflch.usp.br/sociologia/temposocial/site/images/stories/.../o_brasil.pdf)>. Acesso em: 12 dez. 2010.

SANDRONI, Paulo. *Dicionário de Economia do Século XXI*. Rio de Janeiro: Record, 2005.

SANTIN, Valter Foletto. *Controle judicial da segurança pública: eficiência do serviço na prevenção e repressão ao crime*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

SANTOS, Juarez Cirino. 30 anos de vigiar e punir (Foucault). *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, ano 14, n. 58, p. 289-317, jan./fev. 2006.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 9. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

SCHÜNEMANN, Bernd. O direito penal é a *ultima ratio* da proteção de bens jurídicos! – Sobre os limites invioláveis do direito penal em um Estado de Direito liberal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, ano 12, n. 53, p. 9-37, mar./abr. 2005.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 27. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2006.

SILVA, Karine de Souza. *Globalização e exclusão social*. 5. ed. Curitiba: Juruá, 2009.

SILVA, Pablo Rodrigo Aflen da. Aspectos críticos do direito penal na sociedade do risco. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, ano 12, n. 46, p. 73-93, jan./fev. 2004.

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

SILVEIRA, Fabiano Augusto Martins. A legislação penal brasileira em face da chamada sociedade do risco. *Revista IOB de Direito Penal e Processual Penal*, São Paulo, v. 11, n. 61, p. 47-55, abr./maio 2000.

SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Direito Penal Supra-Individual: Interesses difusos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

SODRÉ, Nelson Werneck. *A farsa do neoliberalismo*. 5. ed. Graphia: Rio de Janeiro, 1998.

SOUSA, Susana Aires de. Sociedade do risco: *réquiem* pelo bem jurídico? *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, ano 18, n. 86, p. 231-2460, set./out. 2010.

SOUZA, Paulo Vinicius Sporleder de. O meio ambiente (natural) como sujeito passivo dos crimes ambientais. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, ano 12, n. 50, p. 57-90, set./out 2004.

STRECK, Lenio Luiz. Bem jurídico e Constituição: da Proibição de Excesso (Übermassverbot) à Proibição de Proteção Deficiente (Untermassverbot) ou de como não há blindagem contra normas penais inconstitucionais. *Boletim da Faculdade de Direito. Universidade de Coimbra*, Coimbra, v. LXXX, p. 303-345, 2004. Disponível em: <[http://leniostreck.com.br/index2.php?option=com\\_docman&task=doc\\_view&gid=66&Itemid=40](http://leniostreck.com.br/index2.php?option=com_docman&task=doc_view&gid=66&Itemid=40)>. Acesso em: 03 ago. 2009.

\_\_\_\_\_; COPETTI, André. O Direito Penal e os Influxos Legislativos Pós-Constituição de 1988: Um modelo normativo eclético consolidado ou em fase de transição? 10 jun 2007. Disponível em: <[http://leniostreck.com.br/index.php?option=com\\_docman&task=cat\\_view&gid=25&dir=DESC&order=date&Itemid=40&limit=10&limitstart=10](http://leniostreck.com.br/index.php?option=com_docman&task=cat_view&gid=25&dir=DESC&order=date&Itemid=40&limit=10&limitstart=10)>. Acesso em: 03 ago. 2009.

TAVARES, Juarez. *Teoria do injusto penal*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

THERBORN, Göran. A crise e o futuro do capitalismo. In: SADER, Emir; GENTILI, Pablo. *Pós-neoliberalismo: as políticas sociais e o Estado democrático*. 8.ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2008.

TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios Básicos de Direito Penal*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

WACQUANT, Loïc. *As prisões da miséria*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2001.

\_\_\_\_\_. *Punir os pobres: a nova gestão da miséria nos Estados Unidos*. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

\_\_\_\_\_. Sobre a “janela quebrada” e alguns outros contos sobre segurança vindos da América. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, ano 12, n. 46, p. 228-251, jan./fev. 2004.

\_\_\_\_\_. *Os condenados da cidade: estudos sobre marginalidade avançada*. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2005.

WOLKMER, Antonio Carlos. *Pluralismo Jurídico: Fundamentos de uma nova cultura no Direito*. 3. ed. São Paulo: Alfa Omega, 2001.

YOUNG, Jock. *A sociedade excludente: exclusão social, criminalidade e diferença na modernidade recente*. Rio de Janeiro: Revan: Instituto Carioca de Criminologia, 2002. (Pensamento criminológico; 7).

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Globalização, Sistema Penal e Ameaças ao Estado Democrático de Direito*. In: KARAM, Maria Lúcia. *Globalização, Sistema Penal e Ameaças ao Estado Democrático de Direito*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

\_\_\_\_\_; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal Brasileiro*. v. 1: parte geral. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.