

## ***O DIREITO PENAL E OS PARADIGMAS DA REVOLUÇÃO TECNOLÓGICA.***

Paulo César Busato\*

*INTRODUÇÃO. 1. A ESTRUTURAÇÃO DO OCIDENTE MEDIEVAL. 1.1. As relações entre economia e poder no período feudal. 1.2. O modelo político medieval. 1.3. O conhecimento no medievo. 1.4. O paradigma jurídico e o Direito penal pré-iluminista. 2. O ILUMINISMO E AS REVOLUÇÕES POLÍTICA E CIENTÍFICA. 2.1. A libertação econômica da burguesia. 2.2. A Revolução Burguesa e a situação do indivíduo em face do Estado. 2.3. A difusão do conhecimento e a revolução industrial. 2.4. O jusnaturalismo racional, o positivismo jurídico e o Direito penal. 3. A SOCIEDADE CONTEMPORÂNEA E A CRISE DOS PARADIGMAS. 3.1. A superação econômica em face do Estado. 3.2. O processo de globalização e o desprezo do ser humano. 3.3. A revolução tecnológica do cotidiano e seus efeitos. 3.4 O descontrole das instâncias jurídico-penais na sociedade contemporânea. CONSIDERAÇÕES FINAIS*

**Palavras chave:** globalização, jusnaturalismo, direito penal, pena, burguesia.

### **INTRODUÇÃO.**

---

\* Paulo César Busato é doutor em Problemas Atuais do Direito penal pela Universidad Pablo de Olavide em Sevilla, Espanha, mestre em Ciência Jurídica pela UNIVALI – Universidade do Vale do Itajaí.SC, especialista em Direito Penal Econômico e Europeu pela Universidade de Coimbra, Portugal, Promotor de Justiça do Estado do Paraná e Professor da UEPG, Universidade Estadual de Ponta Grossa.PR.

A crise por que passa o Direito penal tem sido objeto de freqüentes e detalhados estudos por parte dos cientistas penais, juristas, criminólogos, professores e operadores do direito. Vários têm sido os sintomas indicados por estes mesmos estudiosos que identificam a referida crise. Como faz o médico na busca de dar cura para os males físicos, os penalistas buscam através da análise destes sintomas identificar qual é a doença, qual sua origem e finalmente, como curá-la.

A proposta deste artigo é simplesmente contribuir para a ampliação da análise da crise do Direito penal focando como provável fonte – ainda que não única - da indesejada situação, uma escolha pretérita de orientação social e política ocorrida primeiro no mundo ocidental e, por força do inexorável processo de globalização, hoje refletida em termos mundiais: a Revolução Burguesa. Para tanto, o que se fará é analisar os sintomas da crise do Direito penal e buscar estabelecer uma relação entre eles e o modelo de sociedade intencionalmente instalado nos Setecentos, através do estabelecimento de uma comparação dos aspectos econômicos, sociológicos, científicos e jurídicos.

Não há aqui, portanto, qualquer intenção de oferecer soluções milagrosas para o futuro do Direito penal, mas simplesmente demonstrar que, tendo a opção burguesa levado à situação de quase insustentabilidade vivida hoje, é necessário, ao pensar o sistema de imputação, jamais perder de vista que ele é fruto de um processo de proteção seletiva de interesses deliberadamente estabelecido no formato existente de Estado e logo, nos sistemas de controle social manejados por este.

Para essa reflexão, a proposta será de analisar contextualizadamente a evolução do Direito penal que chegou a conduzi-lo à presente crise, situando-o nos contextos histórico, econômico e de difusão do conhecimento em geral.

## 1. A ESTRUTURAÇÃO DO OCIDENTE MEDIEVAL.

O modelo ocidental de organização social era o dos feudos. A derrocada de Roma como império trouxe uma imensa divisão entre tribos e destas em grupos sempre liderados por um elemento poderoso e cuja força se exercia com base no domínio da terra.

As terras não eram livres para a alienação, já que vinculadas ao senhor feudal, o qual exercia “a jurisdição e o domínio político sobre quem habitava as terras, os quais não podiam abandoná-las”<sup>1</sup>.

### 1.1. As relações entre economia e poder no período feudal.

A situação dos recursos econômicos do período feudal ocidental era, evidentemente, de menos fausto que a de Roma e, portanto, a organização econômica se baseava na exploração agrícola e na produção simplesmente do que era essencial para a subsistência. “Se parece ultrapassar a satisfação do estritamente necessário é porque, com certeza, a subsistência é uma noção socioeconômica e não puramente material”<sup>2</sup>. Ou seja, certamente a idéia de subsistência correspondia materialmente a coisas diferentes segundo se tratasse dos nobres ou da população em geral. “À massa basta a subsistência no sentido estrito da palavra, isto é, o suficiente para subsistir fisicamente”<sup>3</sup> enquanto que “para as camadas superiores, a subsistência inclui a satisfação de necessidades maiores, deve permitir-lhes conservar sua posição social, não decair”<sup>4</sup>.

---

<sup>1</sup> RAMÓN CAPELLA, Juan. *Fruto proibido: uma aproximação histórico-teórica ao estudo do direito e do estado*. Trad. Grasiela Nunes da Rosa e Lédio Rosa de Andrade. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, pp. 94-95.

<sup>2</sup> LE GOFF, Jacques. *A Civilização do Ocidente Medieval*. Trad. de José Rivair de Macedo, Bauru: Edusc, 2005, p. 218.

<sup>3</sup> LE GOFF, Jacques. *A Civilização...cit.*, p. 218.

<sup>4</sup> LE GOFF, Jacques. *A Civilização...cit.*, p. 218.

Dentro deste modelo a organização econômica se dava com base em exploração permanente. O vassalo e o servo produziam explorando a terra e dedicavam o fruto dessa exploração ao senhor feudal através de impostos cobrados com base na proteção oferecida e no próprio direito de vida que lhes dava o senhor feudal. “A massa, embora não fornecesse aos senhores uma mão-de-obra tão barata e tão fácil de explorar como os escravos da Antiguidade, é ainda suficientemente numerosa e encontra-se muito submetida às exigências econômicas para abastecer as classes superiores”<sup>5</sup>.

Evidentemente, o poder é concentrado em algo que não se pode chamar de Estado, mas sim, em certa medida, de governo, o que faz reconhecer que a economia encontrava-se submetida a esse governo. A subsistência das camadas superiores era provida, essencialmente, pela massa<sup>6</sup>. Ou seja, a instância de governo tinha sob controle a economia através de um absoluto poder sobre os meios de produção. Era a economia submetida a um pretense Estado.

## **1.2. O modelo político medieval.**

Esta submissão econômica medieval correspondia ao modelo político da época, ditatorial, hereditário e absoluto. O contexto de opressão dentro de cada feudo se transportava, em escala macro, para os reinos, ou seja, o senhor mais poderoso, o que exercia seu poder de mando pela força sobre os demais, era reconhecido como o Rei e nessa condição se arvorava ao direito de exercer certo controle, inclusive político, no âmbito de todos os feudos a ele submetidos.

A única concessão feita então pelos reis era à Igreja. Todos os soberanos queriam, de algum modo, manter boas relações com a Igreja e o papado representava poder. Assim, era comum que os soberanos e estivessem permanentemente envolvidos com as

---

<sup>5</sup> LE GOFF, Jacques. *A Civilização...cit.*, p. 193.

<sup>6</sup> Nesse sentido LE GOFF, Jacques. *A Civilização...cit.*, p. 218.

disputas sucessórias no comando da Igreja Católica. Desde os últimos imperadores romanos<sup>7</sup>, os poderosos já se haviam dado conta do nível de controle que a religião representa em face da população em geral. Com isso, “os papas foram capazes de garantir sua posição de comando no Ocidente”<sup>8</sup>.

As cruzadas serão representativas do período<sup>9</sup> e servem para demonstrar o quanto se aproximaram e estiveram juntos, neste período, Igreja e Estado.

---

<sup>7</sup> O cristianismo chegou a ser reconhecido como religião oficial ainda no período romano, por Constantino. Na época de Constantino, o culto primordial em Roma era o do *Sol Invictus* e ele era o Sumo Sacerdote. Entretanto, havia muita tensão religiosa no Império, promovida essencialmente pelo aumento no número de cristãos. Isto levou-o a unificar Roma sob a fé do cristianismo ao redor do ano 325 d.C.. Este reconhecimento era, na verdade, um acordo em que a religião católica era adotada pelo Império e, uma vez reconhecido para o Deus católico o reino dos céus, em troca, os cristãos reconheciam o poder na terra do soberano romano. Isso ajudava a sufocar possíveis insurreições religiosas e dava suporte político ao rei. Desde então, mesmo com a queda do Império Romano, o Sumo Pontífice religioso católico tratou de afirmar sua posição, levando a que os reis medievais sempre buscassem o reconhecimento da Igreja através de consagrações e cerimônias de coroação comandadas por ele, enquanto ele tratava de manter os crentes afinados à submissão monárquica.

<sup>8</sup> RUSSELL, Bertrand. *História do Pensamento Ocidental*. Trad. de Laura Alves de Aurélio Rebello, 3ª ed., Rio de Janeiro: Ediouro, 2001, p. 220.

<sup>9</sup> Os selúcidas conquistaram a Síria e a Palestina, então pertencentes ao Império Bizantino, cuja aliança com a Igreja católica era absolutamente estreita. Este fato deu o motivo de que necessitava a Igreja para lançar mão de seu projeto de enviar uma expedição armada ao Oriente, com o objetivo declarado de “libertar os lugares santos” do jugo muçulmano. A organização destas armadas contava com o apoio dos Reis e Imperadores além de uma intensa adesão popular. Assim, realizaram-se várias expedições coincidentes com as sucessivas retomadas e perdas de posições no Oriente. A primeira cruzada data de 1096-1099, e foi proclamada pelo papa Urbano II, com o apoio dos príncipes Roberto da Normandia, Godofredo de Bulhão, Balduino de Flandres, Roberto II de Flandres e Raimundo de Taranto, a segunda, de 1147-1149 foi proposta por São Bernardo e confirmada pelo papa Eugênio III, comandada pelo Imperador Conrado III e pelo rei da França Luís VII; a terceira cruzada, de 1189-1192, foi comandada por Frederico Barba-roxa e contou com a participação de Filipe II, rei da França e Ricardo, rei da Inglaterra; a quarta cruzada, convocada por Inocêncio III, efetivada em 1202-1204 foi iniciada por Henrique IV e assumida por Balduino, conde de Flandres; a Quinta, convocada por Inocêncio III foi dirigida por João de Brienne, rei de Jerusalém e André II, rei da Hungria; a sexta cruzada foi paradoxalmente comandada por Frederico II, de Hohenstaufen, que era pessoa descrente dos propósitos da iniciativa católica, chegando mesmo a ser excomungado pelo Papa Gregório IX; e finalmente a sétima e a oitava cruzadas foram convocadas e comandadas por Luís IX de França, depois São Luís, rei católico fervoroso que jamais exitou em utilizar a espada em nome da fé. Para detalhes

### 1.3. O conhecimento no medievo.

O poder político medieval era exercido essencialmente pela força, com a economia totalmente submetida ao senhor feudal, que representava a ordem político-governamental e, por sua vez, este se submetia ao rei. Do mesmo modo, o conhecimento também não era de todos e nem era representativo de algum poder. Russell<sup>10</sup> comenta que “com a decadência da autoridade central de Roma, as terras do Império do Ocidente começaram a mergulhar numa era de barbarismo, quando a Europa sofreu um declínio cultural geral”. Todo o desenvolvimento, científico, filosófico ou jurídico que se podia atribuir a civilizações gregas e romanas sofreu um vigoroso golpe com as invasões bárbaras. O pouco que restou e ficou confinado aos mosteiros<sup>11</sup>, pela simples razão de que a religião, em especial a católica, foi uma das poucas instituições preservadas pelos invasores. Ocorre que aos reis bárbaros pouco ou nada interessava ao conhecimento e a imposição vinha somente pela força das armas. Não é incomum a referência em registros históricos de que aos nobres medievais representava uma honra não saber ler.

Por esta razão o período de reconhecido na história ocidental como Idade das Trevas<sup>12</sup>.

### 1.4. O paradigma jurídico e o Direito penal pré-iluminista.

Como consequência evidente deste modelo de organização econômica, social, política e de conhecimento é facilmente perceptível que o modelo jurídico perdeu

---

sobre a história das cruzadas e das ordens militares e eclesiásticas que delas participaram vide READ, Piers Paul. *Os templários*. Trad. de José da Cunha, São Paulo: Imago, 2001.

<sup>10</sup> RUSSELL, Bertrand. *História do Pensamento...cit.*, p. 219.

<sup>11</sup> Russell refere que “nos mosteiros se incentivava algum aprendizado, especialmente em lugares bastante remotos, como a Irlanda”. RUSSELL, Bertrand. *História do Pensamento...cit.*, p. 219.

<sup>12</sup> Segundo a maioria dos historiadores, o período considerado *Idade das Trevas* vai de 600 a 1000 d.C., aproximadamente. Porém, é certo também que até bem entrado o séc. XIV, as mudanças desencadeadoras de um novo modelo social que viria depois, com o Iluminismo, não começaram a serem implantadas.

em qualidade de instituições. Refere Bobbio que “o direito romano se eclipsou na Europa Ocidental durante a alta Idade Média, substituído pelos costumes locais e pelo novo direito próprio das populações germânicas”<sup>13</sup>.

O direito que se impõe neste período é um direito natural baseado na origem quase divina do poder do soberano. A associação com as instituições religiosas permitiu ao soberano que o povo reconhecesse seu direito divino de impor sua vontade como se fora a vontade do Deus. A esse respeito, afirma Bobbio<sup>14</sup>:

“Na Idade Média [...] o direito natural é considerado superior ao positivo, posto seja o primeiro visto não só como simples direito comum, mas como norma fundada na própria vontade de Deus e por este participada à razão humana ou, como diz São Paulo, como a lei escrita por Deus no coração dos homens”.

No âmbito penal isto significava, sem dúvida, a possibilidade de impor penas, castigos, da maneira que aprouvesse ao soberano. Idéias como as de proporcionalidade ou legalidade eram absolutamente desconhecidas. Princípios como o de anterioridade ou de culpabilidade não têm qualquer aplicação, ficando na mão do príncipe todo o poder de imposição deste veemente instrumento de controle social. Cláudio Brandão refere que “foi somente com o Iluminismo, mais precisamente a partir da obra de Beccaria, na segunda metade do Século XVIII, que foi aventada de forma sistemática a necessidade de limitar o *jus puniendi* do Estado”<sup>15</sup>. Este, porque associado à Igreja, protagoniza com o Direito penal, inacreditáveis atrocidades, como os julgamentos da chamada Santa Inquisição.

---

<sup>13</sup> BOBBIO, Norberto. *O Positivismo Jurídico*. Trad. de Marcio Pugliesi, Édson Bini e Carlos E. Rodrigues, São Paulo: Ícone, 1995, p. 30.

<sup>14</sup> BOBBIO, Norberto. *O Positivismo Jurídico...cit.*, p. 25.

<sup>15</sup> BRANDÃO, Cláudio. “Culpabilidade: sua análise na dogmática e no Direito penal brasileiro”, *in Ciências Penais*, nº 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, jul.-dez. de 2004, p. 175.

## **2. O ILUMINISMO E AS REVOLUÇÕES POLÍTICA E CIENTÍFICA.**

No seio do obscuro mundo medieval, pouco a pouco, formaram-se luzes de libertação. Não se pode firmar como clara a identidade da origem primeira desta libertação: se econômica, se política, se social ou se científica. O certo é que a partir de um dado momento a estrutura social do ocidente medieval começa a sofrer transformações e que essas transformações implicaram em escolhas que condicionam o mundo até hoje, e foram de tal ordem, que formataram todo um novo modelo tecnológico, político e social, fazendo emergir novos valores e exigindo novos conceitos e novas classificações.

Bertrand Russell<sup>16</sup> identifica quatro principais fatores determinantes da transformação do mundo ocidental medieval no padrão social Iluminista: “o Renascimento italiano dos Séculos XV e XVI” cujos pensadores determinaram a segunda importante mudança, a saber, o humanismo, a Reforma Luterana e seu rompimento com a postura da Igreja católica e finalmente a reanimação dos estudos empíricos que levou ao desenvolvimento exponencial das ciências.

### **2.1. A libertação econômica da burguesia.**

Do ponto de vista econômico os gastos com as cruzadas e outras tantas guerras faziam com que cada vez mais os senhores feudais exigissem dos vassalos mais dinheiro. O luxo e opulência da vida dos nobres e do clero estava muito longe da realidade de vida, especialmente daqueles implicados no processo de produção das riquezas do Reino. Estes não partilhavam de nada do benefício produzido e não gozavam de qualquer

---

<sup>16</sup> RUSSELL, Bertrand. *História do Pensamento...cit.*, pp. 270-271.  
Revista Eletrônica de Ciências Jurídicas. RECJ.03.0206  
[www.pgj.ma.gov.br/ampem/ampem1.asp](http://www.pgj.ma.gov.br/ampem/ampem1.asp)

poder. Outrossim, pouco a pouco, os servos feudais foram sendo substituídos pelas figuras dos arrendatários e parceiros, que produziam auferindo riquezas para si.

Impelidas por exigências tributárias escorchantes as classes produtoras se viram compelidas a incrementar os meios de produção. Para tanto, passaram a buscar o acúmulo de propriedades, expulsando os servos das terras que cultivavam desde tempos imemoriais.

Por outro lado, a crescente mecanização a que dava azo a Revolução Industrial gerava a necessidade de um grande volume de mão-de-obra disposta a vender sua força de trabalho como forma de subsistência, o que estabeleceu os contornos da relação entre capital e trabalho que temos até hoje como prevalente no mundo ocidental<sup>17</sup>.

Entretanto, conscientes de que, por muito que produzissem, jamais ascenderiam socialmente de modo a desfrutar ao menos de parte do que produziam, alguns membros da classe economicamente produtiva lograram tornar alguns nobres de tal modo dependentes de seu dinheiro, que começaram a conseguir comprar títulos de nobreza e, com isso, lograr ascensão social. Pouco a pouco, a própria importância dos títulos de nobreza decresceu dado que não mais representava uma origem e podia, inclusive, ter sido comprado. Aparece uma evidente mudança de valores, que culminou, mais tarde, na redução da pretendida dimensão humana a uma fria relação econômica. O modelo industrial solapou a individualidade, impondo a padronização, os *standards* de comportamento.

---

<sup>17</sup> “[...] para que finalmente surgisse o mercado decisivo, o mercado de força de trabalho, quer dizer, o mercado em que as pessoas vendem a um empregador sua capacidade para trabalhar, famílias de servos houveram de ser expulsas, por parceiros, arrendatários e proprietários, dos campos que vinham trabalhando imemorialmente para se auto-abastecer; foi necessária a formação de uma massa de seres humanos vagabundos e mendigos, sem terras, que dependesse, para subsistir, da venda de sua própria capacidade para o trabalho por um tempo determinado”. RAMÓN CAPELLA, Juan. *Fruto proibido...cit.*, pp. 94-95.

O que parece existir nesse momento histórico é uma gradativa libertação da economia do jugo das instituições do poder constituído. O valor econômico acaba por romper os grilhões que submetiam o capital à força do Príncipe.

## **2.2. A Revolução Burguesa e a situação do indivíduo em face do Estado.**

A consciência a respeito de que quem efetivamente mantinha a estrutura do Estado eram aqueles que produziam suas riquezas foi pouco a pouco se difundindo até o ponto da eclosão de uma imensa revolta.

Sieyès<sup>18</sup> publicou um escrito incitando o povo a assumir o controle do Estado, já que, em realidade, na estrutura estatal de então, era o povo que produzia todas as riquezas do Estado, sem delas desfrutar, enquanto que a nobreza e o clero, que se beneficiavam desta riqueza, em nada contribuíam para constituí-la. O momento histórico que levou à Revolução Francesa foi marcado pela concentração de poder na nobreza e no clero, o que levou ao discurso de que o povo (3º Estado), que detinha os meios de produção e era responsável pela riqueza dos Estados deveria assumir uma parcela de poder que lhe correspondesse, subvertendo a ordem que privilegiava a nobreza (1º Estado) e o clero (2º Estado). Sieyès refere que “É preciso entender como Terceiro Estado o conjunto dos cidadãos que pertencem à ordem comum. Todo o que é privilegiado pela lei, de qualquer

---

<sup>18</sup> Joseph Emmanuel Sieyès nasceu em Fréjus, França, em 03 de maio de 1748, entrando para o seminário de Saint-Sulpice em Paris, em 1765, sendo ordenado sacerdote em 1773. Entre 1783-1787 ocupou o cargo de Vigário Geral do Capítulo de Chartres. Mesmo com toda a formação eclesiástica, Sieyès se une ao movimento revolucionário com entusiasmo, convertendo-se em um dos mais eloqüentes críticos do modelo de Estado então instalado, que privilegiava clero e nobreza. É dele a proposta de formação de uma Constituição que significaria trazer a vontade do povo à condição de soberania absoluta. Seu envolvimento político a partir de então foi intenso, ele foi membro dos Estados Gerais em 1789, deputado da Convenção Nacional de 1792 a 1795, do Conselho dos Quinhentos de 1795 a 1799 e do Diretório em 1799. Chegou a ser presidente do Senado durante o Império de Napoleão. Depois da queda de Napoleão, em 1816, foi deportado por uma acusação de colaboração para regicídio, mas acabou retornando à França depois da Revolução de 1830. Há quem sustente que Sieyès somente não foi o grande dirigente da

forma, sai da ordem comum, constitui uma exceção à lei comum e, conseqüentemente, não pertence ao Terceiro Estado”<sup>19</sup>.

Em resumo, a pretensão da revolta política era fazer com que cada cidadão lograsse sua parcela correspondente de poder, de acordo com sua contribuição para a formação do próprio Estado.

O que não se pode ter como certo e que talvez seja somente criticável desde nosso distanciamento histórico é se efetivamente a exclusão política de todos aqueles que não pertenciam nem ao clero nem à nobreza permitia ver que havia uma diferença de *status* político entre os possuidores dos meios de produção e aqueles que manejavam estes meios simplesmente como trabalhadores, enfim, se o modelo jurídico implantado com a ascensão burguesa foi, em um primeiro momento, consciente ou inconscientemente excludente. É que, naquele momento, ambos estavam completamente afastados da capacidade de exercer cidadania e o acúmulo de riquezas não levava, a não ser pela compra de títulos de nobreza, à ascensão social. Por outro lado, a via clerical era igualmente aberta a ambos. Evidentemente, após a revolução burguesa, torna-se imediatamente clara a diferença entre burgueses e proletários. Depois de constatado o progressivo afastamento de alguns membros da sociedade da esfera de proteção por esta produzida, parece não ser mais possível questionar a criação intencional de um quarto Estado composto de excluídos sociais.

---

Revolução Francesa, porque, apesar de sua verve inflamada pela defesa dos direitos do cidadão, ele padecia de importantes limitações de oratória. Morreu no ano de 1836.

<sup>19</sup> SIEYÈS, Emmanuel Joseph. *A Constituinte Burguesa (Qu'est-ce que le Tiers État?)*. 3.ed., trad. de Norma Azeredo, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1997, pp. 54 e ss., especialmente p. 58. Aqui Sieyès utilizou um conceito oferecido já antes por Jean-Paul Rabaut Saint-Etienne, em *Considerations les Intérêts du Tiers État, Adressées au Peuple des Provinces par un Propriétaire Foncier*, s. 1, 1788, onde este, na p. 29, define o Terceiro Estado como “a nação menos a nobreza e o clero”.

Revista Eletrônica de Ciências Jurídicas. RECJ.03.0206  
11

[www.pgj.ma.gov.br/ampem/ampem1.asp](http://www.pgj.ma.gov.br/ampem/ampem1.asp)

Parece que o processo das Revoluções Burguesa e Industrial promoveu uma passagem da sociedade do domínio do príncipe para o domínio do capital, com a preservação de uma imensa massa de subjugados sociais.

As barreiras jurídicas de proteção do homem contra o Estado parecem ter sido estabelecidas, tanto no âmbito do *civil law* quanto do *common law*, com o evidente propósito de estabelecer e perpetuar no poder determinado grupo social.

### **2.3. A difusão do conhecimento e a revolução industrial.**

É sabido que a transformação iluminista promovida no período medieval também levou à alteração do paradigma do conhecimento. Do ponto de vista histórico, o desenvolvimento do Iluminismo correspondeu ao processo de expansão do conhecimento, que na Idade Média permaneceu confinado aos Mosteiros e Seminários, passando ao desenvolvimento das Universidades e à difusão do conhecimento, que alcançou primeiramente parte da nobreza e, imediatamente após, aqueles cuja progressiva acumulação econômica granjeou este privilégio. O desenvolvimento exponencial das Universidades a partir do século XIV, especialmente na Itália, fez com que cada vez mais pessoas acessem ao saber. Primeiramente alguns nobres passaram a frequentar Universidades, e depois até mesmo os burgueses, mecenas do conhecimento, puderam fazer com que seus filhos tivessem acesso a esses conhecimentos.

Não foi por acaso que se desenvolveu imediatamente após a era dos descobrimentos a chamada Revolução Industrial<sup>20</sup>. Apesar de evidentes diferenças entre os modelos jurídicos continental e insular europeus, houve um claro traço comum: o objetivo de proteção de um padrão social que se interessava basicamente pela evolução de um tipo

específico de ciência: a ciência natural. É que este modelo de ciência era fonte de produção e como tal, se integrava perfeitamente no modelo de acumulação de capital. Os inventos e a ciência voltaram-se nitidamente para o incremento dos meios de produção. Cada vez mais se viu uma ciência voltada aos interesses do homem. Principalmente os interesses de cunho econômico.

Em contrapartida, o desenvolvimento filosófico ficou, ainda, por longo tempo restrito ao âmbito canônico, e só mais tarde alcançou o patamar de interesse geral.

Acontece que, ao contrário da química, da física, da matemática, da biologia, todas ciências capazes de incrementar o setor produtivo, o muito que poderiam oferecer o desenvolvimento da filosofia, da sociologia e da antropologia, seria aumentar a consciência do homem a respeito de sua inserção no mundo e quiçá despertá-lo para as diferenças entre os participantes do contrato social, circunstância esta que não interessava efetivamente a todos. Não interessava, especialmente, àqueles detentores do capital recém liberto das garras opressoras do Príncipe.

Houve, aqui, uma clara opção por um modelo de ciência a ser desenvolvido: o modelo de ciência produtiva, servil à Revolução Industrial e à preservação do poder nas mãos dos detentores dos meios de produção.

#### **2.4. O jusnaturalismo racional, o positivismo jurídico e o Direito penal.**

O interesse da burguesia era claramente delimitado: o estabelecimento de um processo de desenvolvimento cujo eixo se encontrava na economia, em um processo permanente de acumulação de capital. O reconhecimento da força do indivíduo perante o interesse do Estado libertava de diversos grilhões a livre iniciativa individual de estabelecer

---

<sup>20</sup> Sobre o período entre a Revolução política Francesa e a Revolução Industrial que se origina na Inglaterra, vide HOBBSAWN, Eric. *A era das Revoluções*. 18ª ed., trad. de Maria Tereza Lopes

aqueles processos. Isso passava obviamente por uma reformulação do Direito, negando a perspectiva do Direito natural, enquanto mecanismo de imposição, ou seja, deixando de reconhecer na vontade do soberano uma “natural” expressão da verdade jurídica, obrigando-o à dobrar-se ante o império da lei, este sim, fruto da expressão da vontade de todos. Havia necessidade de converter a idéia de que os direitos se encontravam naturalmente estabelecidos, pela idéia de que eles deveriam se constituir racionalmente. Daí a passagem do jusnaturalismo religioso ao jusnaturalismo racional. Nessa proposição, inclui-se a separação entre Igreja e Estado, assinalando, no marco jurídico, os direitos do homem enquanto tal, por sua natureza humana, negando toda e qualquer fonte divina destes direitos<sup>21</sup>. Nem poderia ser diferente, já que a revolta se implantava não somente em protesto contra o primeiro Estado (nobreza), mas também contra o segundo (clero).

Em um segundo degrau, também galgado a partir do Iluminismo, aparece o positivismo jurídico, herdeiro, por um lado, da explosão das ciências naturais e, por outro, da necessidade de imposição de limites ao Estado em face da iniciativa individual; limites estes, encontrados na lei. Isso levou os jusnaturalistas a pensarem o direito como sistema fechado baseado em axiomas e fundado na causalidade, conduzindo à chamada Era das Codificações<sup>22</sup>.

Além disso, para o desenvolvimento deste modelo de acumulação, baseado na evolução livre da ciência produtiva, a contribuição jurídica deveria ser a de dirigir seus instrumentos de proteção para a dimensão economicamente produtiva. Para tanto, havia necessidade do rompimento do autoritarismo, com vistas à criação de um modelo que

---

Teixeira e Marcos Penchel, Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2004.

<sup>21</sup> “Ser sujeito de direitos significa ser cidadão [...] é nesse contexto universal que se situa o cidadão da revolução Francesa, ou seja, o homem enquanto homem é sujeito de direitos pelo simples fato de ser homem, firmando-se a originariedade do *cives* perante o Estado, em contraposição ao *Ancien Regime*, no qual a cidadania a era um *status* consentido pelo monarca”. REALE, Miguel. *Nova fase do direito moderno*. 2ª ed., São Paulo: Saraiva, 1998, pp. 76-77.

<sup>22</sup> REALE, Miguel. *Nova fase...cit.*, p. 86.

permitisse a competição entre desiguais, objetivando a formação de uma massa de trabalhadores que servissem ao capital. Assim estabeleceu-se a limitação pela mesma lei, à atuação de pessoas econômica e socialmente desiguais<sup>23</sup>. “O Estado se legitima só enquanto Estado guardião, ou seja, seu controle tem que ser exercido precisamente para que funcione o contrato social, basicamente a liberdade e a igualdade na competição do mercado”<sup>24</sup>.

Há uma evidente preocupação em preservar as possibilidades do estabelecimento de vantagens econômicas, bem assim, de garantir sua expansão. Não é de estranhar que a superdimensionada proteção do patrimônio seja a herança dos Códigos Penais dos nossos dias.

No âmbito do Direito penal, data deste período a passagem do direito natural religioso ao direito natural antropocêntrico. No momento em que a fonte de produção do direito passou a ser a razão humana, mudou a forma de direito natural: passou-se a um direito natural racionalista. Este direito representou papel de destaque em toda a discussão sobre a legitimação de poder ao longo do Século XIX. A razão humana foi o ponto de partida dos penalistas ilustrados e propiciou o desenvolvimento da evolução científica do Direito penal. É desse período o famoso escrito de Beccaria, *Dos Delitos e das Penas* que

---

<sup>23</sup> Nesse sentido o comentário de Bustos Ramírez: “O capitalismo, para a acumulação, requeria a reprodução da força de trabalho, e isso demandava a existência do «livre» mercado. O absolutismo, que se havia concentrado na acumulação, a colocava paradoxalmente em perigo, ao não cumprir com as condições necessárias para a reprodução da força de trabalho. Agora, para que tal mercado se estabelecesse era necessário que acorressem a ele os que possuíam os meios de produção (os capitalistas) e os que não os possuíam (os trabalhadores). Mas para que estes pusessem à disposição sua capacidade de levar a cabo um trabalho era indispensável que se desse dentro de um marco de liberdade e igualdade com os primeiros; de outra maneira, não havia possibilidade de reproduzir a força de trabalho, com o qual não havia acumulação e o sistema fracassava [...]. Em outras palavras, só se podia falar de mercado na medida em que se asseguravam a liberdade e a igualdade. Por isso Wolfe expressa taxativamente: «O único mercado livre que o capitalismo chegou algum dia a criar foi o mercado de trabalho»”. BUSTOS RAMÍREZ, Juan. “Estado y control: la ideología del control y el control de la ideología”, in *El Pensamiento Criminológico II: Estado y control*. Dir. De Roberto Bergalli e Juan Bustos Ramírez, Barcelona: Ediciones Península, 1983, p. 14.

<sup>24</sup> BUSTOS RAMÍREZ, Juan. “Estado y control...cit., p. 14.

constitui verdadeira ode ao humanismo e crítica ao sistema punitivo de então. Neste momento histórico, era imperativo o controle dos abusos do Estado, constituindo um direito que formasse uma barreira de proteção dos indivíduos contra a atuação daquele.

Aparecem, aqui as concepções materiais e formais do delito vinculadas à dimensão protetora do Estado e à própria Lei, respectivamente, ou seja, no reconhecimento do crime como violação a um bem jurídico protegido pelo Estado ou como contrariedade à norma plasmada no instrumento legal. Daí o desenvolvimento, por exemplo, por Carrara<sup>25</sup>, de uma concepção do direito, subordinado a uma *Lei Natural*, vinculante, o que o leva a propor um conceito formal de delito. Delito, para ele, é a infração de uma Lei do Estado que visa a proteção dos cidadãos. O delito não é mais que a contradição da norma. A essência do crime se esgotava na violação da norma. Por outro lado, a idéia de formulação de uma concepção material do delito é o elemento básico trabalhado por vários autores da escola alemã, também do século XIX, como Birnbaum, Von Liszt e Binding.

Entretanto, o aumento da criminalidade e o descrédito das concepções metafísicas e espiritualistas a respeito do conceito de crime, somadas ao auge das ciências naturais, com seu método explicativo, experimental e indutivo, levaram inexoravelmente a outra passagem, ainda na Modernidade, ao positivismo jurídico, e à formulação de uma pretensão científica para o Direito penal que se baseava na constituição de um sistema de imputação composto de critérios lógicos de cuja aplicação deveria derivar como resultado uma solução justa para os delitos<sup>26</sup>. Daí a insistência na formulação de um modelo cartesiano para o conceito de delito, qual seja, um conceito analítico.

---

<sup>25</sup> Vide, a respeito, os comentários de Quintero em QUINTERO OLIVARES, Gonzalo; MORALES PRATS, Fermín; PRATS CANUT, Miguel, op. *Curso de Derecho penal. Parte general*. Barcelona: Cadecs, 1997, pp. 161-163.

<sup>26</sup> Nesse sentido a observação de Welzel: “Para a teoria jurídica, a limitação ao “fático e existente na realidade”, significa a ocupação exclusiva do Direito positivo [...] o valor deste Direito é irrelevante [...]. Uma lei efetivamente é uma lei, ainda que provoque nossa censura. [...] A dogmática jurídica é a explicação sistemática dos princípios jurídicos que se encontram na base de

Revista Eletrônica de Ciências Jurídicas. RECJ.03.0206  
16

Político-criminalmente, não constitui novidade que o movimento iluminista foi inspirador de uma sensível mudança de perspectiva do Direito penal como instrumento de controle social. A supervalorização do indivíduo como ser humano<sup>27</sup>, digno de consideração jurídica trouxe como efeitos imediatos a humanização das penas, com uma proposta de banimento das penas de morte e das penas ultrajantes por consistirem em absoluto desprezo à vida e à dignidade do condenado. Além disso, a separação entre Igreja e Estado acaba substituída pelo fortalecimento do modelo de Estado burguês em ascensão, gerador de uma associação entre política e capital, extirpando do âmbito jurídico a noção de que a origem do castigo era divina. Ao mesmo tempo, ao colocar o indivíduo no centro de atenção da organização jurídica, houve um progressivo avanço no controle do poder estatal, antes ilimitado, de castigar.

A coincidência entre humanização do Direito, em especial do Direito penal e popularização do conhecimento com especial difusão deste nas famílias burguesas teve importantes conseqüências para o desenvolvimento da chamada Ciência penal.

### **3. A SOCIEDADE CONTEMPORÂNEA E A CRISE DOS PARADIGMAS.**

A sociedade que temos hoje é herdeira direta das circunstâncias que estabelecemos no período das revoluções. O modelo de supremacia econômica, a distribuição da organização social, a primazia de um padrão científico determinado e a própria organização jurídica e como ela, a do sistema jurídico penal, são produtos das opções que fizemos ao sair do chamado período das trevas.

---

uma ordem jurídica ou em alguma de suas partes". WELZEL, *Introducción a la filosofía del derecho. Derecho natural y Justicia material*. Trad. De González Vicen, Madrid, 1971, p. 191.

Na realidade, sob um pretexto de valorização do indivíduo e com ele, de sua liberdade, implantou-se, na verdade, uma estrutura de privilégio para os economicamente fortes<sup>28</sup>.

### 3.1. A superação econômica em face do Estado.

O momento de libertação burguesa traduziu-se na ascensão da dimensão econômica sobre o controle estatal. Se na era medieval o soberano tinha um absoluto controle sobre a economia e esta se libertou durante os processos revolucionários oriundos do Iluminismo é certo que hoje o Estado é quem se dobra perante as exigências econômicas.

O fenômeno da globalização conduziu atualmente à organização da produção em termos mundiais e ao avanço tecnológico concomitante, que permitiu uma facilitação das comunicações e do transporte gerando um importante incremento dos negócios, aumentando ainda mais o volume de movimentação de capitais. Esta estrutura fez com que as grandes corporações, apoiadas por governos de direita, das principais potências econômicas mundiais, assumissem dimensões que ultrapassaram os limites dos Estados-nações<sup>29</sup>.

Não se encontra fora da nossa realidade que exigências de organismos internacionais condicionam a organização política de vários países, entre eles, o Brasil<sup>30</sup>.

---

<sup>27</sup> Refere Reale que a Revolução Francesa instaura não só uma nova ordem jurídica, mas uma nova razão profana, baseada nos conhecimentos do homem. In REALE, Miguel. *Nova fase...cit.*, pp. 74-75.

<sup>28</sup> Nesse sentido, DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de Teoria Geral do Estado*. 24ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 277.

<sup>29</sup> “[...] as companhias transnacionais [...] foram apoiados politicamente por governos de direita nos EUA, Japão, Reino Unido e Alemanha, principalmente, e isto é, pelos governos metropolitanos mais importantes. [...] O capital não conhece pátria”. RAMÓN CAPELLA, Juan. *Fruto proibido...cit.*, pp. 240-241.

<sup>30</sup> “os locais de poder onde se tomam decisões políticas que afetam os Estados Nacionais não coincidem mais com suas fronteiras territoriais. As decisões são tomadas globalmente, deixando  
Revista Eletrônica de Ciências Jurídicas. RECJ.03.0206  
18

Não me refiro aqui, simplesmente ao controle exercido por organismos derivados de congregações supranacionais, como blocos econômicos formados por tratados entre diferentes nações, mas sim de organismos privados *extra-nacionais*<sup>31</sup>, como corporações, empresas e principalmente bancos, controladores de uma dívida externa que sangra permanentemente a dimensão do investimento social dos governos devedores e que ao mesmo tempo, os despreza enquanto instância de controle da dimensão produtiva da nação<sup>32</sup>. Exemplo claro disso ocorreu no Brasil, onde os graves e recentes problemas políticos sequer foram sentidos no campo econômico. A importante crise por que passou, e ainda passa o país, de cunho eminentemente político, vinculada a episódios de corrupção vem sendo divulgada concomitantemente a dados que revelam que não houve afetação importante da economia. Por um lado, há analistas conjunturais que pensam que o Brasil desenvolveu uma blindagem econômica contra os desastrosos políticos. Por outro, é também sintomático o fato de que a economia não se importa minimamente com as divergências e convulsões políticas, já que independentemente de quem governe, não há qualquer dúvida sobre quem mantém o controle. As regras econômicas da única potência mundial condicionam as escolhas de todo o resto do mundo.

---

sem margem de manobra os governos nacionais, cuja capacidade de controlar e regular seus assuntos domésticos ficou extremamente debilitada com a intensidade dos fluxos transnacionais - comércio, capital, tecnologia, informação, cultura etc. - que atravessam com facilidade as fronteiras nacionais. Os mecanismos dominantes de governança global promovem novas concentrações de poder que, sem admitir controle democrático, afetam profundamente a autonomia dos Estados individuais, impondo restrições severas à capacidade tradicional de integração social ou nacional". VIEIRA, Liszt. *Os argonautas da cidadania: a sociedade civil na Globalização*. Rio de Janeiro: Record, 2001, p. 98.

<sup>31</sup> Prefiro, aqui, o uso do vocábulo "extra-nacionais", pois me parece que a expressão "internacionais" transmitiria a falsa idéia da composição que agrega diferentes nações e a expressão "supra-nacionais" representaria uma idéia de superioridade em face das nações, porém, capaz de reconhecer a existência destas. O que pretendo transmitir com o uso de "extra-nacionais" é representar algo que se organiza completamente fora das nações, fora do seu alcance, fora do seu controle, fora do seu interesse, desprezando-as, enfim, completamente.

<sup>32</sup> "Nas visões mais extremadas sobre globalização, chega-se a afirmar que a emergência da economia globalizada rompe de tal modo com o passado que se assiste, virtualmente, à decomposição das economias nacionais e ao fim do Estado-nação como organização territorial

Parece evidente que a libertação da economia em face do Estado ocorrida no período das revoluções, aliada ao modelo social, político e jurídico implantado, conduziu à subversão completa do estado das coisas medieval, levando à submissão do Estado ao poder econômico.

### **3.2. O processo de globalização e o desprezo do ser humano.**

Vivemos hoje uma transformação da sociedade onde os governos, assim como as economias e o próprio cotidiano social encontram-se completamente vinculados em uma cadeia mundial conhecida como “processo de globalização”.

Este processo de globalização promove a aproximação de distintas realidades que são obrigadas a conviver. Destas relações surgem situações de condicionamento das mais diversas ordens.

Ninguém duvida que um dos condicionamentos mais veementes advindos da globalização é o condicionamento econômico, já que o próprio interesse de expansão das economias para além das fronteiras do Estado, superando as barreiras de comércio internacional e levou ao incremento da submissão e umas economias por outras. A expansão da globalização leva a uma crise social que aprofunda as mazelas do capitalismo pela progressiva expropriação de grandes massas de pessoas e paralelamente o aumento de concentração dos recursos produtivos.

Zaffaroni<sup>33</sup> critica o processo de globalização dizendo que se trata de um fenômeno muito parecido ao período de colonização das Américas, onde houve um processo de exploração. Porém, ao invés da relação entre *explorador* e *explorado*, figuram

---

eficaz em matéria de governabilidade das atividades econômicas nacionais”. VIEIRA, Liszt. Os *argonautas...cit.*, p. 93.

<sup>33</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl. “La globalización y las actuales orientaciones de la Política Criminal” in *Direito Criminal, col. Jus Æternum, vol. 1*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000, pp. 14-15.

de um lado “incluídos” e de outro “excluídos”, com a sutil diferença de que ao contrário do colonizador, que necessitava do colonizado para o amplo processo de exploração, o “incluído” no sistema globalizado não necessita absolutamente do “excluído” pelo que este último pode ser completamente desprezado do processo de dominação. Daí deriva a imensa massa de excluídos nos países de terceiro mundo, não constituírem fator importante para os detentores do poder globalizado.

### **3.3. A revolução tecnológica do cotidiano e seus efeitos.**

Como se pode notar, a opção de libertação da economia em face do jugo do Estado, conduziu-nos a uma situação atual onde não há mais limites à própria economia.

Este interesse econômico, no âmbito científico, determinou a opção clara em favor do modelo de ciência capaz de favorecer os meios de produção, ou seja, estabeleceu como paradigma científico o padrão das ciências naturais, gerando dois evidentes efeitos: o primeiro, a produção de um segundo nível revolucionário no campo científico, a chamada revolução tecnológica, herdeira legítima e única da revolução industrial; o segundo, o distanciamento evidente entre o progresso das ciências naturais, ocorrido em progressão geométrica e o progresso das ciências sociais, ocorrido em progressão aritmética. Este distanciamento foi intencionalmente produzido, já que a evolução dos mecanismos de produção, da ciência que gera o lucro, interessa muito àqueles que estão no poder, enquanto que a evolução da consciência, do pensamento e da reflexão sobre a ordem social, pode levar ao risco de que aqueles que são oprimidos pelo processo de exploração se revoltam contra esta estrutura social e procurem modificá-la. Assim, é muito mais interessante para a preservação da estrutura estabelecida, que o conhecimento se desenvolva unicamente nos aspectos científicos que, de algum modo, sejam capazes de favorecer o capital.

A distância entre os distintos modelos de ciência, cada vez mais insuperável, é o que faz com que não sejamos capazes de trabalhar com padrões filosóficos, sociológicos, éticos ou jurídicos em questões como transgenia, internet, clonagem, e tantos outros.

Caberia discutir ainda, como ponto de vista alternativo, a própria idéia de cientificidade do Direito, cumprindo estabelecer em que medida esta pretensão tem ou não cabimento. Confesso sentir-me sinceramente inclinado a admitir que a cientificidade do Direito não passou de uma pretensão absolutamente datada, que teve seu momento e sua razão de ser, guardando, em nossos dias, escassa relevância. Mas esta é outra discussão, que nos desviaria da argumentação expendida, e quiçá mereça ser reservada para outra ocasião.

### **3.4 O descontrolo das instâncias jurídico-penais na sociedade contemporânea.**

O Direito penal de nossos dias se depara com uma imensa dificuldade: a evolução tecnológica exponencial levou à sensibilização intensa de determinados setores da sociedade aos riscos causados por estas tecnologias. Daí deriva um clamor intensificado pela intervenção penal onde se uniformizam os discursos oriundos de distintas orientações

políticas<sup>34</sup>. Assim ocorre, por exemplo, nos delitos informáticos<sup>35</sup>, nos delitos sócio-econômicos<sup>36</sup> e nos delitos contra o ambiente.

O Direito como mecanismo científico de controle social inserido no compasso de evolução das ciências sociais – sendo ou não, ele próprio, ciência -, não consegue regulamentar determinadas matérias sem subverter seus próprios padrões evolutivos. Esta é, a meu ver, uma delas, senão a principal razão pela qual é tão difícil preservar as garantias de princípios formulados ao longo da evolução do direito e conseguir concomitantemente alcançar a regulamentação jurídica de temas oriundos da moderna sociedade tecnológica. Tratamos, por muito tempo, de manter o sistema jurídico, especialmente o jurídico penal, vinculado a um ponto de vista dogmático, reservando-se as questões axiológicas para o campo filosófico-religioso. Esta fórmula acentuava diferenças, levando à preservação de um *status quo* social. O Direito serve para o controle social. O Direito penal, por marcar especialmente a vítima como o epíteto de *criminoso* acaba funcionando como instância de legitimação de uma divisão da sociedade em castas. Comentam Zaffaroni e Nilo Batista, que “todas as sociedades contemporâneas que institucionalizam ou formalizam o poder (estado) selecionam um reduzido número de pessoas que submetem à sua coação com o fim de impor-lhes uma pena”<sup>37</sup>. Para tanto, obedece-se a um modelo seletivo de criminalização primária e secundária que visa criar um

---

<sup>34</sup> Para um resumo da política criminal adotada na sociedade de risco, vide DIEZ RIPOLLÉS, José Luis. “De la sociedad del riesgo a la sociedad ciudadana: um debate desenfocado”. In *Revista Electrónica de ciencia Penal y Criminología* nº 07-01, 2005, <http://criminet.ugr.es/rcpc>. E para uma análise crítica da moderna postura da esquerda e sua uniformização com o discurso do poder estratificado, vide PRITTWITZ, Cornélius. “O Direito penal entre Direito penal do Risco e Direito penal do Inimigo: tendências atuais em Direito penal e Política Criminal”, in *Revista Brasileira de Ciências Criminais* nº 47. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, pp. 31 e ss.

<sup>35</sup> Sobre as dificuldades com que o Direito penal se depara no campo informático, vide, por todos GALÁN MUÑOZ, Alfonso. *El fraude y la estafa mediante sistemas informáticos*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2005.

<sup>36</sup> Veja-se, sobre a matéria, MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. *Derecho penal económico. Parte General*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1998 e também HASSEMER, Winfried e MUÑOZ CONDE, Francisco. *La responsabilidad por el producto en Derecho penal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1995.

<sup>37</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl, BATISTA, Nilo, ALAGIA, Alejandro e SLOKAR, Alejandro. *Direito penal brasileiro I*. 2ª ed., Rio de Janeiro: Revan, 2003, p. 43.

estereótipo do criminoso, tornando normal o tratamento díspar de situações próprias de pessoas pertencentes a diferentes posições sociais<sup>38</sup>. Exemplo claro disso aparece ao analisarmos a situação do delito de sonegação fiscal (afetivo do patrimônio público) comparado com o furto (afetivo do patrimônio individual), onde só o primeiro goza a uma modalidade de arrependimento posterior geradora de extinção de punibilidade<sup>39</sup>. Evidentemente, só sonega impostos quem tem renda suficiente para dever impostos e para este, o Direito penal concede benefícios. Quem tem renda tributável, por outro lado,

<sup>38</sup> “Os atos mais grosseiros cometidos por pessoas sem acesso positivo à comunicação social acabam sendo divulgados por esta como os *únicos delitos* e tais pessoas como os *únicos delinqüentes*. A estes últimos é proporcionado um acesso negativo à comunicação social que contribui para criar um *estereótipo* no imaginário coletivo. Por tratar-se de pessoas *desvaloradas*, é possível associar-lhes todas as cargas negativas existentes na sociedade sob a forma de *preconceitos*, o que resulta em fixar uma *imagem pública do delinqüente* com componentes de classe social, étnicos, etários, de gênero e estéticos [...] A seleção criminalizante secundária conforme ao estereótipo condiciona todo o funcionamento das agências do sistema penal, de tal modo que o mesmo se torna inoperante para qualquer outra clientela [...]”. ZAFFARONI, Eugenio Raúl, BATISTA, Nilo, ALAGIA, Alejandro e SLOKAR, Alejandro. *Direito penal...cit.*, pp. 46-47.

<sup>39</sup> Conforme anotou Carlos Kaufmann, no *Valor Econômico*, edição de 01/12/2004, “Os crimes fiscais tiveram diversas oscilações relacionadas à sua efetiva possibilidade de punição, em virtude de sucessivas leis que se alternaram possibilitando ou impedindo a extinção da punibilidade pelo pagamento integral do débito. A partir de 1995, a Lei nº 9.249 sacramentou que, nestes crimes, o pagamento integral do débito antes do recebimento da denúncia era causa de extinção da punibilidade (artigo 34). A aplicabilidade deste dispositivo legal permaneceu inalterada até outubro de 2000, quando a Lei nº 9.983, que inseriu o artigo 168-A no Código Penal, adquiriu vigência. A partir daí, o crime de apropriação indébita de contribuição previdenciária passou a ter sua punibilidade extinta apenas se o pagamento integral do débito se desse antes do início da ação fiscal (artigo 168-A, inciso III, parágrafo 2º do Código Penal). A interpretação relacionada à extinção da punibilidade dos crimes contra a ordem tributária, tipificados pela Lei nº 8.137/90, conservou-se incólume. Em 2003, porém, a Lei nº 10.684 reavivou a extinção da punibilidade pelo pagamento integral das contribuições previdenciárias descontadas e não recolhidas, ainda que referido pagamento efetive-se após o início do trabalho fiscal. E mais: de acordo com a nova lei, o pagamento que extingue a punibilidade pode dar-se a qualquer tempo, inclusive após o oferecimento da denúncia. Conforme depreende-se do texto legal (artigo 9º, parágrafo 2º), a extinção da punibilidade atinge tanto os crimes previdenciários (artigos 168-A e 337-A do Código Penal) quanto os crimes contra a ordem tributária previstos nos artigos 1º e 2º da Lei nº 8.137/90. Assim, hoje, segundo orientação do Supremo Tribunal Federal (STF), “o pagamento do tributo, a qualquer tempo, ainda que após o recebimento da denúncia, extingue a punibilidade do crime tributário”, tendo em vista que “em 30 de maio do presente ano, veio a lume a Lei nº 10.684, a qual, no artigo 9º, deu nova disciplina aos efeitos penais (do parcelamento e) do pagamento do tributo, nos casos dos crimes descritos nos artigos 1º e 2º da Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990, e nos artigos 168-A e 337-A do Código Penal” (Habeas Corpus nº 81.929-0/RJ, primeira turma, relator originário ministro Sepúlveda Pertence. Relator para acórdão ministro Cezar Peluso, 16 de dezembro de 2003)”.

difícilmente estará envolvido em furtos. Ademais, visto sob o prisma da vítima, o violador de um bem jurídico privado patrimonial recebe toda a carga da vingança penal do Estado-juiz por sua atitude, em contrapartida, o violador do bem jurídico público, que a todos pertence por igual, não geral idêntica reação do Estado-juiz.

Agora, no entanto, no momento em que estamos vivendo uma recuperação do ponto de vista axiológico como fórmula de recorte de um Direito penal alijado de considerações desta natureza, nos deparamos, em Direito penal, com a circunstância de que a proteção de bens jurídicos coletivos é cada vez mais exigida em um processo de expansão permanente que tende a romper com os princípios e garantias fundamentais<sup>40</sup>.

Além disso, há um aspecto político-criminal que merece destaque: o fato de que o processo de expansão inclui uma importante vertente ligada a um avanço discursivo no sentido de um incremento punitivo proveniente da esquerda, que contraria sua herança tradicional, compondo uma verdadeira pretensão de ditadura do proletariado jurídico-penal, posição da qual igualmente discordo, porque, compartilho com Prittwitz<sup>41</sup> “a impressão de que aqueles que por assim dizer querem ‘inverter’ o direito penal, querendo voltá-lo principalmente contra os poderosos, também mostram uma perigosa tendência ao Direito penal do Inimigo, tendo apenas trocado de Inimigo”.

É que o incremento da ciência tecnológica, de base econômica, gera uma crescente expansão do risco. Aqui, refiro-me a *risco* não como nível real de risco, que certamente é muito menor que na vida medieval, mas como nível de controlabilidade deste risco, ou seja, da possibilidade de evitar suas fontes. São exemplos deste padrão de risco o tráfego rodado, o uso do laser e dos raios-X na medicina e a energia elétrica produzida em

---

<sup>40</sup> Vide, a respeito do tema, a concepção de Hassemer sobre a *dialética do moderno Direito penal*, em HASSEMER, Winfried. “El Viejo y el Nuevo Derecho penal”. In *Persona, Mundo y Responsabilidad*. Trad. de Francisco Muñoz Conde e María del Mar Díaz Pita, Valencia: Tirant lo Blanch, 1999, pp. 46 e ss.

usinas nucleares. Esta sociedade, que convive com o risco de modo cotidiano<sup>42</sup> converte a todos em vítimas potenciais, gerando uma crescente e ilusória insegurança, que alimenta a caldeira do discurso repressivo.

O panorama é, então, de um medo generalizado da sociedade criada pelo avanço tecnológico, a qual clama por mais segurança e pensa, erroneamente, que esta segurança pode ser oferecida pelo Direito, especialmente pelo Direito penal.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

No afã do oferecimento de uma resposta, cuja realidade dista muito de um incremento do nível de segurança, cada vez mais se repetem leis que contemplam uma profusão de normas penais em branco e elementos normativos, paralelos à admissão de tipos de perigo abstrato, como, por exemplo, no ordenamento jurídico brasileiro, os arts. 40, 54 e 67 da Lei 9.605/98, o art. 1º da Lei 8.176/91 e o art. 12 da Lei 9.609/98.

Entretanto, dispositivos assim desenhados chocam claramente com princípios fundamentais da própria organização do sistema de imputação, como o princípio de legalidade<sup>43</sup> – em especial na vertente da certeza – e o princípio de intervenção mínima<sup>44</sup>.

---

<sup>41</sup> PRITTWITZ, Cornelius. “O Direito penal...cit., p. 44

<sup>42</sup> Sobre a tese da *sociedade do risco* (*Risikogesellschaft*) vide BECK, Ulrich. *La sociedad del riesgo*. Trad. de Jorge Navarro, Daniel Jiménez e Maria Rosa Borrás, Barcelona: Paidós, 1998, e sobre os comentários do autor às críticas lançadas contra a sua teoria, vide BECK, Ulrich. *La Sociedad del Riesgo global*. Trad. de Jesús Alborés Rey. Madrid: Siglo Veintiuno, 2002.

<sup>43</sup> É praticamente impossível defender-se de uma acusação baseada em um tipo cujo conteúdo não se dá a conhecer, ou admite uma flexibilidade tal que o torna capaz de abrigar uma vasta gama de situações. Esta ampliação dos tipos encontra antecedentes históricos vinculados a Estados totalitários, como por exemplo, as leis de Nuremberg na Alemanha nacional-socialista e o Código Penal soviético da época de Stálin.

<sup>44</sup> O avanço da pretensão de controle vai até a criminalização de atos preparatórios à violação de bens jurídicos concretamente identificados ou, inclusive, a criminalização de estados de pessoa, Revista Eletrônica de Ciências Jurídicas. RECJ.03.0206  
26

Ao admitirmos a flexibilização de nossas garantias, duramente conquistadas, no afã de proteger novos bens jurídicos, estamos, na verdade, incrementando o sistema de controle penal, o qual se volta contra nós mesmos. Por força da implantação deste modelo, a relação estabelecida a partir da ascensão da burguesia ao poder cujos efeitos vivemos até hoje, é de que o próprio Direito penal deve servir de instrumento do progresso tal como concebido pelo estamento social ascendente.

Na verdade, a crise do Direito penal não é mais do que um sintoma da crise do modelo de organização social capitalista, privilegiante da economia como sistema auto-sustentável e capaz de reconhecer no homem nada mais do que uma peça dispensável do processo produtivo.

E a pretensão hegemônica do sistema econômico já se faz sentir no plano penal em nível transnacional com a instauração de um modelo policial mundial desrespeitoso com os direitos humanos<sup>45</sup> e um modelo judicial seletivo capaz de alcançar apenas os que estão à margem dos benefícios sociais já não só das pessoas individuais, mas também as próprias nações, na figura de seus governantes<sup>46</sup>.

A pretensão desta pequena reflexão é de alertar aos juristas a respeito de suas próprias opções, de suas convicções, das conseqüências delas bem como de suas origens. Penso ser muito importante que ao discursar estejamos cientes a respeito de quem estará falando por nossa boca.

---

como ocorrido, por exemplo, respectivamente, nos arts. 291 do Código Penal e no Art. 10 § 3º, inciso IV da Lei 9.437/95.

<sup>45</sup> Vide, a respeito, as violações de garantias fundamentais em Guantánamo e Abu Ghraib.

<sup>46</sup> Para um comentário sobre as violações de princípios que representa a proposta do Tratado de Roma a respeito do Tribunal Penal Internacional, vide BUSATO, Paulo César. "Tribunal Penal Internacional e Expansão do Direito penal" in *Revista dos Tribunais*, nº 809. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

Assim, é necessário refletir quando se defende o avanço de determinadas barreiras de imputação, o uso indiscriminado de modernas técnicas de tipificação como delitos de perigo e normas penais em branco, a flexibilização de determinadas garantias para poder alcançar o criminoso, ainda que se trate da criminalidade moderna, econômica, ambiental, etc. Frequentemente nos deparamos com inflamados discursos em prol de um Direito penal de duas velocidades, sustentado por uma falsa idéia de busca de equilíbrio entre o combate à criminalidade comum e à criminalidade dita moderna. É necessário saber que, qualquer que seja a “velocidade” diferenciada que se pretenda implantar a custa de garantias, esta estará sempre afinada com o discurso contemporâneo do capitalismo parnasiano, que privilegia o modelo exploratório por excelência e despreza, conseqüentemente, o ser humano.

## **REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.**

BECK, Ulrich. *La Sociedad del Riesgo global*. Trad. de Jesús Alborés Rey. Madrid: Siglo Veintiuno, 2002.

BECK, Ulrich. *La sociedad del riesgo*. Trad. de Jorge Navarro, Daniel Jiménez e Maria Rosa Borrás, Barcelona: Paidós, 1998.

BOBBIO, Norberto. *O Positivismo Jurídico*. Trad. de Marcio Pugliesi, Édson Bini e Carlos E. Rodrigues, São Paulo: Ícone, 1995.

BRANDÃO, Cláudio. “Culpabilidade: sua análise na dogmática e no Direito penal brasileiro”, in *Ciências Penais*, nº 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, jul.-dez. de 2004.

BUSATO, Paulo César. “Tribunal Penal Internacional e Expansão do Direito penal” in *Revista dos Tribunais*, nº 809. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

Revista Eletrônica de Ciências Jurídicas. RECJ.03.0206  
28

[www.pgj.ma.gov.br/ampem/ampem1.asp](http://www.pgj.ma.gov.br/ampem/ampem1.asp)

BUSTOS RAMÍREZ, Juan. “Estado y control: la ideología del control y el control de la ideología”, in *El Pensamiento Criminológico II: Estado y control*. Dir. De Roberto Bergalli e Juan Bustos Ramírez, Barcelona: Ediciones Península, 1983.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de Teoria Geral do Estado*. 24ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

DIEZ RIPOLLÉS, José Luis. “De la sociedad del riesgo a la sociedad ciudadana: um debate desenfocado”. In *Revista Electrónica de ciencia Penal y Criminología n° 07-01*, 2005, <http://criminet.ugr.es/rcpc>.

GALÁN MUÑOZ, Alfonso. *El fraude y la estafa mediante sistemas informáticos*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2005.

HASSEMER, Winfried e MUÑOZ CONDE, Francisco. *La responsabilidad por el producto en Derecho penal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1995.

HASSEMER, Winfried. “El Viejo y el Nuevo Derecho penal”. In *Persona, Mundo y Responsabilidad*. Trad. de Francisco Muñoz Conde e María del Mar Díaz Pita, Valencia: Tirant lo Blanch, 1999.

HOBBSAWN, Eric. *A era das Revoluções*. 18ª ed., trad. de Maria Tereza Lopes Teixeira e Marcos Penchel, Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2004.

LE GOFF, Jacques. *A Civilização do Ocidente Medieval*. Trad. de José Rivair de Macedo, Bauru: Edusc, 2005.

MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. *Derecho penal económico. Parte General*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1998.

PRITTWITZ, Cornellius. “O Direito penal entre Direito penal do Risco e Direito penal do Inimigo: tendências atuais em Direito penal e Política Criminal”, in *Revista Brasileira de Ciências Criminais n° 47*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

QUINTERO OLIVARES, Gonzalo; MORALES PRATS, Fermín; PRATS CANUT, Miguel, op. *Curso de Derecho penal. Parte general*. Barcelona: Cadecs, 1997.

RAMÓN CAPELLA, Juan. *Fruto proibido: uma aproximação histórico-teórica ao estudo do direito e do estado*. Trad. Grasiela Nunes da Rosa e Lédio Rosa de Andrade. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

READ, Piers Paul. *Os templários*. Trad. de José da Cunha, São Paulo: Imago, 2001.

REALE, Miguel. *Nova fase do direito moderno*. 2ª ed., São Paulo: Saraiva, 1998.

RUSSELL, Bertrand. *História do Pensamento Ocidental*. Trad. de Laura Alves de Aurélio Rebello, 3ª ed., Rio de Janeiro: Ediouro, 2001.

SIEYÈS, Emmanuel Joseph. *A Constituinte Burguesa (Qu'est-ce que le Tiers État?)*. 3.ed., trad. de Norma Azeredo, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1997.

VIEIRA, Liszt. *Os argonautas da cidadania: a sociedade civil na Globalização*. Rio de Janeiro: Record, 2001.

WELZEL, *Introducción a la filosofía del derecho. Derecho natural y Justicia material*. Trad. De González Vicen, Madrid, 1971.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl, BATISTA, Nilo, ALAGIA, Alejandro e SLOKAR, Alejandro. *Direito penal brasileiro I*. 2ª ed., Rio de Janeiro: Revan, 2003.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. “La globalización y las actuales orientaciones de la Política Criminal” in *Direito Criminal, col. Jus Æternum, vol. 1*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.