


A RESPONSABILIDADE PENAL
DO PATRIMÔNIO ILÍCITO
COMO FERRAMENTA
DE ENFRENTAMENTO
DA CRIMINALIDADE

ROGÉRIO GESTA LEAL



A RESPONSABILIDADE PENAL
DO PATRIMÔNIO ILÍCITO
COMO FERRAMENTA
DE ENFRENTAMENTO
DA CRIMINALIDADE

© FMP 2017

CAPA: Walter Stenzel

DIAGRAMAÇÃO: Liquidbook: tecnologias para publicações

REVISÃO DE TEXTO: Liquidbook: tecnologias para publicações

EDITOR: Rafael Martins Trombetta | Liquidbook

RESPONSABILIDADE TÉCNICA: Patricia B. Moura Santos

Fundação Escola Superior do Ministério Público

Inscrição Estadual: Isento

Rua Cel. Genuíno, 421 – 6º, 7º, 8º e 12º andares

Porto Alegre – RS – CEP 90010-350

Fone/Fax (51) 3027-6565

E-mail: fmp@fmp.com.br

Website: www.fmp.edu.br

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação

CIP-Brasil. Catalogação na fonte

L435r Leal, Rogério Gesta

A responsabilidade penal do patrimônio ilícito como ferramenta de enfrentamento da criminalidade – instrumentos de direito material e processual [recurso eletrônico] / Rogério Gesta Leal. Dados eletrônicos – Porto Alegre – FMP, 2017.
320 p.

Modo de acesso: <<http://www.fmp.edu.br/serviços/285/publicacoes>>
ISBN 978-85-69568-06-3

1. Direito Penal. 2. Processo Penal. 3. Criminologia.
4. Sociedade de Risco. I. Leal, Rogério Gesta. II. Título.

CDU: 343.2

Bibliotecária Responsável: Patricia B. Moura Santos – CRB 10/1914

TODOS OS DIREITOS RESERVADOS. Proibida a reprodução total ou parcial, por qualquer meio ou processo, especialmente por sistemas gráficos, microfilmicos, fotográficos, reprográficos, fonográficos, videográficos. Vedada a memorização e/ou a recuperação total ou parcial, bem como a inclusão de qualquer parte desta obra em qualquer sistema de processamento de dados. Essas proibições aplicam-se também às características gráficas da obra e à sua editoração. A violação dos direitos autorais é punível como crime (art. 184 e parágrafos, do Código Penal), com pena de prisão e multa, conjuntamente com busca e apreensão e indenizações diversas (arts. 101 a 110 da Lei 9.610, de 19.02.1998, Lei dos Direitos Autorais).



CONSELHO ADMINISTRATIVO

David Medina da Silva – Presidente

Cesar Luis de Araújo Faccioli – Vice-Presidente

Fábio Roque Sbardellotto – Secretário

Alexandre Lipp João – Representante do Corpo Docente

DIREÇÃO DA FACULDADE DE DIREITO

Fábio Roque Sbardellotto

COORDENADOR DO CURSO DE
GRADUAÇÃO EM DIREITO

Luis Augusto Stumpf Luz

CONSELHO EDITORIAL

Anizio Pires Gavião Filho

Fábio Roque Sbardellotto

Guilherme Tanger Jardim

Luis Augusto Stumpf Luz

A história de nossa formação pessoal e acadêmica sempre esteve marcada pelas influências que remontam aos vínculos parentais e afetivos que tivemos oportunidade de conviver até agora, ratificando a premissa filosófica do querido e saudoso Amigo Bráulio Marques: *Somos o resultado de muitos!*

A todos estes, portanto, obrigado!

Um especial agradecimento ao Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, na pessoa de seu Presidente, Desembargador Luiz Felipe Silveira Difini, pela licença regimental concedida à realização desta pesquisa e livro!

APRESENTAÇÃO BRASILEIRA

As sociedades modernas apresentam-se cada vez mais tensionadas, ao mesmo tempo em que regradas por sistemas normativos de crescente complexidade. A sociedade contemporânea é, essencialmente, uma Sociedade de Riscos, caracterizada pela menor estabilidade na disciplina das relações intersubjetivas.

Por outro lado, as relações humanas, econômicas, políticas, sociais, de vida privada, familiares, apresentam-se mais e mais caracterizadas pela dificuldade do estabelecimento de parâmetros seguros de comportamento, que permitam a definição clara da área exata correspondente aos clássicos modais deônticos: proibido, permitido, obrigatório. Em outras palavras, mesmo o operador do direito e, com mais razão, os sujeitos das relações sociais não têm mais condições, de pela simples subsunção dos fatos à norma, como diziam as noções clássicas de direito, anteriores à era do pós-positivismo, dizer, com elevado grau de segurança jurídica, quais comportamentos são permitidos, proibidos ou obrigatórios. Em certo sentido, a sociedade moderna é sociedade do risco em lugar da segurança dos procedimentos; não é a sociedade da conclusão segura, mas do talvez e do quem sabe.

Paralelamente a isso, assiste-se a uma considerável expansão da órbita de ação do direito penal, chamado a responder a novos fatos, além daqueles classicamente sob sua égide.

O instigante desafio enfrentado pelo professor Rogério Gesta Leal é o limite para esta expansão. Até que ponto o direito penal se apresenta como instrumental adequado, diante de crescentes práticas ilícitas no âmbito da patrimonialidade nas complexas sociedades em que todos vivemos e quais as medidas concretas que podem lhe dar maior efetividade para a proteção dos importantes interesses atingidos por estas práticas. Para isto, lida com relevante instrumental teórico, que utiliza com sua reconhecida capacidade de estudo e pesquisa, propondo significativas soluções e perspectivas. Os estudiosos do desafiante tema, por certo, terão, nesta obra, um valioso instrumento para procurar construir parâmetros, tanto de

necessária limitação, como da almejada efetividade da aplicação do Direito Penal a esta perturbadora categoria de ilícitos nas sociedades contemporâneas.

Luiz Felipe Silveira Difini
Presidente do Tribunal de Justiça do
Estado do Rio Grande do Sul
Doutor em Direito

APRESENTAÇÃO ESPANHOLA

Es un gran honor presentar este nuevo libro del profesor Rogério Gesta leal, colega, investigador y amigo de años. Por muchas razones. Porque es una obra de referencia para el estudio de la dimensión jurídica de la lucha contra la corrupción, analizando un tema difícil y complejo como es el de la responsabilidad penal del patrimonio ilícito. Porque es una monografía de palpitante y rabiosa actualidad en el mundo entero y, sobre todo, porque en el momento de la historia en el que nos encontramos precisamos de análisis profundos y de calado que nos ayuden a cuestionar y analizar conceptos y categorías, ahora en profunda transformación, que deben ser replantados desde la centralidad de la dignidad humana y desde los derechos fundamentales, individuales y sociales.

Es una obra de referencia en la materia porque hasta el momento, por lo menos en España, no abundan los estudios sobre el patrimonio ilícito y su responsabilidad penal. Y es verdad, debemos escribirlo, dejarlo en letra impresa, que la ciudadanía se escandaliza, con razón, cuando sabe que determinados políticos o personas que han ocupado u ocupan puestos de responsabilidad acumulan un patrimonio de imposible o muy difícil justificación sin que se pueda técnicamente proceder contra ellos. Y no ocurre pocas veces, es un fenómeno bien extendido que reclama una respuesta también jurídica.

Estamos en presencia de una investigación que, además de tratar sobre el derecho positivo, especialmente el derecho penal brasileño, ofrece aspectos filosóficos y sociológicos que el lector debe conocer. En efecto, en el tiempo en que estamos, de perplejidades, de idas y venidas, es importante tener presente la realidad de la sociedad de los riesgos en que vivimos, de las grandes paradojas que nos presiden y, de forma especial, cuestionarse las razones de la lacerante desigualdad que campea en el mundo y de la potencia con que el dinero, el poder y la notoriedad, prevalecen en nuestras sociedades. Mientras, la dignidad humana se aplasta, se cercena, se lesiona de todas las formas habidas y por haber.

Desde luego, las consideraciones del profesor Rogerio Gesta Leal en relación con la perniciosa prevalencia de una concepción absoluta y estática de la presunción de inocencia, son bien pertinentes puesto que, como el razona atinadamente, es menester buscar el equilibrio dinámico y enriquecedor entre los derechos fundamentales individuales y los derechos fundamentales sociales.

El término interés general es una de las palabras más utilizadas en este tiempo por unos y otros. Se trata de una palabra tan usada como ignorada, sobre todo cuando se apela a ella en términos abstractos. En efecto, con mucha frecuencia escuchamos o leemos que tal o cual decisión del gobierno o que tal o cual propuesta de la oposición, que tal proyecto de los sindicatos o de la patronal, responden al interés general, esa mágica palabra que su sola mención parece eximir de mayores explicaciones o justificaciones a quien la esgrime. Sin embargo, como es sabido, el bien común de la filosofía, el bienestar general de la sociología o el interés general del Derecho Público, conforman la esencia y el fundamento del Estado de Derecho como matriz político-cultural y de la democracia como forma de gobierno.

Este inquietante gusto de la llamada clase política al manejo de esta expresión sin concreción o argumentación alguna está animado a muchos teóricos de la ciencia política a postular determinadas correcciones en el modelo democrático que subrayen el papel central de la dignidad humana y la necesidad de abrir mayores espacios para la libre y auténtica participación de las personas en la configuración, seguimiento y evaluación de las principales políticas públicas. Sobre todo porque se percibe que la instalación en las cúpulas de las organizaciones públicas de determinados liderazgos, conduce a una quiebra de los criterios esencialmente democráticos.

En la medida en que las tecnoestructuras de las organizaciones, públicas y privadas, expresan una manera autoritaria de ejercer el poder con tendencia a la eliminación de la crítica y a la condena al silencio de las más variadas representaciones de la vitalidad de lo real, se quiebran elementales valores democráticos. Tal creciente afición a veces se manifiesta en el fomento de una suerte de participación dirigida que sólo admite a las organizaciones sociales previa-

mente seleccionadas por quien ejerce el poder. El interés general en una democracia es participado. Así lo enseñó el Tribunal Constitucional del Reino de España en una sentencia de 7 de febrero de 1984 al afirmar que el interés general, en el Estado social y democrático de derecho, no se puede definir de manera unilateral por los Poderes públicos, sino que éstos deben abrirse al diálogo con los agentes sociales.

Si queremos profundizar en la democracia, única forma de salir airosos de los desafíos actuales, debemos superar prejuicios de tiempos pasados y aspirar a que las diferentes organizaciones públicas y sociales puedan escuchar las legítimas aspiraciones de la ciudadanía evitando esos interesados filtros que la tecnocracia intenta colocar para que a los que mandan les llegue solo lo que ellos quieren que les llegue. Los tiempos del uso, con ocasión y sin ella, del concepto del interés general como varita mágica o cheque en blanco que todo lo resuelve, ya han pasado. Ahora, si se apela a esta democrática expresión, habrá que empezar a razonar, a justificar o motivar

La Sociedad de los Riesgos en la que estamos instalados, como nos recuerda Rogerio Gesta Leal, influye y no poco en una determinada forma de estar y entender el papel de la sociedad y del Estado. El famoso sociólogo alemán Ulrich Beck, conocido, entre otros, por su libro de la sociedad del riesgo publicado en 1986, puso de moda la realidad de los riesgos, una realidad que para el profesor alemán era la consecuencia del éxito, no de las penurias o de los fracasos.

La sociedad en que vivimos, como reconocía de forma clarividente hace algunos años Beck, es una sociedad que entre otras características, es una Sociedad de Riesgos. Riesgos en el mundo de las finanzas, en el mundo del clima, en el mundo del transporte de personas por aire, por carretera o por mar, en el mundo del medio ambiente, en la salud pública, en las relaciones internacionales, o, por ejemplo, en el mundo de la industria en cualquiera de sus ramas o sectores. La seguridad se ha convertido en una característica ansiada por millones de ciudadanos que están viendo, y sufriendo, como la existencia de determinados riesgos en determinadas actividades han dado lugar a lesiones y perturbaciones de su posición jurídica, patrimonial o física. Por eso, frente a las amenazas, potenciales

y reales, provocadas o no, en este tiempo ha cobrado especial relieve el principio de precaución y las medidas de prevención en tantas y tantas actividades humanas.

Por lo que se refiere a las finanzas, a la actividad de las entidades financieras, no es ningún secreto afirmar ahora que en el pasado más próximo muchas de ellas se han especializado en el uso interesado de los riesgos en su propio beneficio. Un caso es el de las inversiones especulativas que en muchas ocasiones han ocasionado quebrantos económicos a los cuentacorrentistas.

Pues bien, recientemente el Fondo Monetario Internacional advertía en un informe sobre la situación de la economía y las finanzas en el mundo que hay que controlar debidamente la llamada banca en la sombra. Un negocio de naturaleza bancario que alcanza ya los 70 trillones de dólares y que supone un riesgo de incalculables proporciones.

Tras la crisis financiera de estos años, las medidas diseñadas para salir adelante se adoptaron en relación con la denominada banca tradicional con el fin de que no pudieran asumir riesgos incontrolados. Una de las consecuencias de esta nueva regulación, que cuesta mucho aplicar, se refiere a las normas que pesan sobre la banca tradicional, que se ha lanzado, a pesar de las ayudas públicas, a una siniestra reducción de los préstamos. Préstamos que ahora son otorgados por la llamada banca en la sombra, todo un conjunto de entidades financieras que canalizan crédito sin someterse a las reglas de solvencia que se exigen a los bancos tradicionales.

El gran problema es que estas operaciones crediticias no están sometidas a la transparencia que ahora se exige a la banca tradicional. La paralización de los préstamos por los bancos clásicos, ocupados en subsanar, con fondos de todos, tanta negligencia y tantos desmanes, está abriendo, es asombroso, un nuevo escenario de riesgo global y sistémico señalado por el mismo Fondo Monetario Internacional (FMI).

Según datos del FMI el riesgo, de nuevo, se concentra en los EEUU (entre 15 y 25 trillones de dólares) aunque los riesgos son alarmantes también en Gran Bretaña y en menor medida en el resto de Europa (22 trillones de dólares). Por si el volumen no fuera

importante, el FMI advierte de la intensidad del crecimiento de los préstamos a cargo de numerosos fondos de alto riesgo.

Ante este panorama, el Fondo recomienda a los países que controlen la magnitud de este sistema financiero paralelo. Mientras la banca tradicional se concentra en atesorar liquidez, la nueva banca en la sombra, sin controles adecuados a la naturaleza de su actividad, multiplica los créditos, no sólo a personas físicas, también a las empresas.

En fin, que la regulación, la supervisión, la vigilancia y el control de sistema financiero siguen de palpitante y rabiosa actualidad. Beck advirtió hace casi treinta años de los riesgos motivados por el éxito, un éxito que en el campo financiero trae consigo crisis como la que estamos padeciendo. Una crisis que aún no ha sido superada porque no se trabaja sobre las causas sino sobre los efectos. Definitivamente, es menester sentarse y diseñar un nuevo orden económico y financiero sobre nuevas bases.

El profesor Gesta Leal nos alerta también acerca de los problemas que trae consigo la desigualdad. Pues bien, hasta el Foro de Davos, expresión genuina del capitalismo financiero global, empieza a preocuparse por las profundas desigualdades reinantes en el planeta. Desigualdades, en verdad, que son la sombra de la luz que ciertamente proyecta la globalización. Es más, uno de los riesgos globales más importante reside precisamente en ese crecimiento económico que no repara en la dimensión social y que solo busca, como sea, el beneficio por el beneficio.

En estos días hemos conocido un informe de Oxfam que proporciona datos para la reflexión sobre mi país. En el 2016, el 10% de los españoles más ricos acumulaba el 56% de la riqueza del país. 4,7 millones de españoles disponen de lo mismo que 42,6 millones. La fortuna de tan solo tres españoles equivale a la de 14 millones. En 2016 España disponía de 7.000 millonarios más mientras que, tras Chipre, era el país de la UE en el que más creció la desigualdad. Las familias cargaron en 2016 con el 84% de la recaudación frente al 13% que aportaron los empresarios. La recaudación del impuesto de sociedades ha sido menos de la mitad que en 2007. Dos de cada tres euros de la inversión de entrada a España en el primer semestre de

2016 tienen como punto de origen un territorio fiscalmente agresivo. En efecto, la inversión directa que se recibe genera pérdidas impositivas de 1550 millones de euros.

La desigualdad es una bomba, es una de las causas del auge del populismo y si no se reduce puede dar lugar a eventos insospechados. ¿Qué propone Oxfam para resolver este agudo problema?: aumentar el salario mínimo, reforzar mecanismos de negociación colectiva y reformar el sistema fiscal. Muy bien, pero lo más importante es recuperar la centralidad de la dignidad humana y de los derechos fundamentales de las personas.

En efecto, mientras el orden político, económico y social no descanse sobre la centralidad del ser humano y sus derechos fundamentales las cosas seguirán como hasta ahora o incluso empeorarán. La solución no es difícil, lo que es difícil es comprometerse con valores humanos, y obrar en consecuencia.

El profesor Rogerio Gesta Leal, nos invita también a reflexionar sobre el miedo, sobre las causas del pavor que embarga a tantas personas en el mundo a día de hoy. Para eso es menester tener presente a Zygmunt Bauman, el autor de la teoría del pensamiento líquido, de la sociedad líquida, que ha teorizado también sobre otro síntoma de la enfermedad que nos invade: el miedo líquido.

Se trata de un género de miedo asociado a la crisis de la modernidad. Más propiamente una forma de reaccionar ante la insatisfacción profunda que trae precisamente la modernidad. En efecto, la modernidad, contra lo que pudiera pensarse, no trajo consigo automática y mecánicamente la felicidad social. Más bien, la cantinela de que la razón, las ciencias y, sobre todo la técnica, elevarían por arte de magia las condiciones de vida del ser humano, ha sido una terrible falacia, un fraude de colosales dimensiones.

Por contraste, lo que se ha instalado en la vida social, dice Bauman, es un miedo cambiante consecuencia de varios factores: desastres naturales y terrorismo de cuño yihadista islámico. El resultado es la gran paradoja que denuncia Bauman: una sociedad que pretende la liquidez, el dominio de lo efímero y la ausencia de compromisos y convicciones, se nos presenta asediada por miedos durables.

Particular interés tiene para Bauman la cuestión del multiculturalismo. Lo trata en “Múltiples culturas: una sola humanidad”, donde cuestiona esa tan extendida idea multicultural de que cualquier expresión cultural es valiosa con independencia de si se enmarca o no en la defensa y protección de la dignidad humana.

En efecto, el multiculturalismo que nos conduce a la cultural líquida, trae consigo, lo vemos y experimentamos a diario, un creciente miedo a lo diverso, al inmigrante, al refugiado. ¿Por qué?. Porque cuando no hay convicciones, cuando no hay respeto a la dignidad humana, unos se aprovechan de ello, como hemos visto no hace mucho en varios países de Centroeuropa, y otros se instalan en esa zona de confort del individualismo insolidario y consumista que hoy tiene paralizada a Europa.

En fin, muchas enseñanzas podemos extraer de los relatos sociológicos de Bauman. Uno bien importante es la necesidad de superar esa tendencia líquida y ese primado de lo efímero y lo insustancial, por el profundo respeto a las convicciones y a los compromisos. Sobre todo, a quienes promueven, defienden y protegen la dignidad humana.

En realidad, esta obra de Rogerio Gesta Leal aprovecha la necesidad de buscar la respuesta penal pertinente a un grave problema que carcome los cimientos de nuestras maltrechas sociedades, como es de los patrimonios ilícitos, para poner de manifiesto que el problema real está en la necesidad de recuperar el temple moral y la centralidad de la dignidad humana.

En efecto, La historia de la humanidad, preñada de luces y sombras, muestra que la dignidad humana ha brillado por su ausencia en algunos momentos. La esclavitud en todas sus formas, las torturas, y toda clase de discriminaciones han jalonado muchos períodos de la vida del ser humano en este mundo.

Hoy, a pesar de estar en el siglo XXI y de que existen muchas normas jurídicas internacionales y nacionales que prohíben los tratos inhumanos o degradantes, es una vergonzosa realidad la existencia de expresiones, más o menos sutiles, de lesión y laminación de la dignidad del ser humano por doquier. Racismo, xenofobia, trata de personas, asesinatos de periodistas, explotación laboral de niñas y

niños, condiciones laborales vejatorias y abyectas, ablación de clítoris a las mujeres, eliminación de seres inhumanos por razones eugenésicas o a quienes sencillamente no se deja llegar a ser, constituyen expresiones de la actualidad de una lucha que, a pesar del paso del tiempo, de las innovaciones científicas y del desarrollo tecnológico, es cada vez más necesaria.

El imperio del mercado, sin límites ni controles, llega incluso a dar por bueno, en algunas latitudes, que se comercie con las personas. Se autorizan transacciones que tienen como objeto contractual, quién lo podría pensar, a las personas. Ahora, en España, a pesar de la ilicitud de la maternidad subrogada, se plantea, en el colmo de la erosión a la dignidad de la mujer, la compraventa de los llamados vientres de alquiler. Es decir, se pretende reconocer, también en nuestro país, los efectos del tráfico mercantil en relación con la mujer y su cuerpo y el niño por nacer o ya nacido.

Cuándo se lesiona de tal forma la dignidad humana saltándose a la torera las más elementales reglas de la ética y la moral, es momento de levantar la voz y reclamar de nuevo que se proteja al ser humano y que los contratos versen sobre cosas y no sobre personas, pues tal práctica nos retrotrae a momentos de la historia en los que la esclavitud se toleraba y las tratas de seres humanos campaban a sus anchas. En efecto, en el pasado la dignidad del ser humano brillaba por su ausencia pues se la consideraba como las cosas, objeto de la transacción, materia de los contratos. Hoy, parece mentira, de nuevo hay que proclamar a los cuatro vientos que las personas tienen derechos inherentes a su condición de ser humano que son innegociables.

En pleno siglo XXI, en el marco de una crisis general que golpea a los más necesitados, de nuevo la dictadura de los fuertes hace acto de presencia. Legitimar tales prácticas y las diferentes formas de esclavitud más o menos groseras de este tiempo, no debe pasar inadvertido. La dignidad de la persona y de sus condiciones de vida es, hoy, quien lo podría imaginar, una asignatura pendiente en la que queda mucho trabajo por hacer y muchas denuncias que plantear.

En fin, termino esta presentación felicitando al profesor Rogelio Gesta Leal. Para mí, como director del Grupo de Investigación de

Derecho Público Global de la Universidad de A Coruña, es un placer comprobar la vitalidad de las relaciones académicas y personales entre profesores de un lado y otro del Atlántico. Esta monografía, bien escrita, clara, profunda y con sugerentes conclusiones y convocatorias a nuevos planteamientos es la expresión del compromiso de un Juez de apelaciones por el Derecho y la Justicia.

A Coruña, 10 de febrero de 2017

Jaime Rodríguez-Arana Muñoz
Catedrático-Director del
Grupo de Investigación de Derecho Público Global
Presidente del Foro Iberoamericano de
Derecho Administrativo

PREFÁCIO

“Neste caso, não havia o que defender. Tratava-se de um problema jurídico-filosófico: qual o sentido da pena? Por que punimos? Em minha defesa, tentei encontrar o motivo. Há diversas teorias. A pena deve dissuadir, a pena deve proteger, a pena deve evitar que o criminoso volte a cometer um crime, a pena deve compensar a injustiça. Nossa legislação reúne essas teorias, mas nenhuma delas se encaixa no presente caso. Fähner não voltaria a matar. A injustiça do crime era evidente, porém difícil de medir. Quem iria querer vingar-se? Foi um longo arrazoado. Conteí sua história. Queria que as pessoas entendessem que Fähner havia chegado ao fim. Falei até acreditar que havia sensibilizado o tribunal. Quando um jurado balançou a cabeça em sinal de aprovação, voltei a me sentar.”¹

A força narrativa de Ferdinand von Schirach é espantosa e a leitura de seus textos é sempre um imenso prazer. Como escritor, carrega a marca do criminalista (advogado) que é, em Berlim. Poderia ser um juiz ou órgão do ministério público, o que não faria diferença. Talvez por isso, também (ser um criminalista), não se contente com o lugar-comum e, assim, vai além, questionando pelos fundamentos, o que não é pouca coisa; e pelos fundamentos dos fundamentos. No texto citado na epígrafe, por exemplo, questiona o fundamento da pena e, em *ultima ratio*, do próprio Direito Penal.

Um criminalista que se preze faz isso sempre porque sabe, dentre outras coisas, que ali está sua marca de qualidade, aquilo que difere o seu texto daquele banal, meramente descritivo e engajado no discurso interesseiro da maioria ou minoria, dependendo da hipótese. Eis porque, também, em geral é libertário. Afinal, quando busca os fundamentos – e os fundamentos dos fundamentos – tem quase sempre presente onde está a força, o poder, na hipotética disputa entre o *ius puniendi* estatal e o *status libertatis* individual, tratando de contrabalancear as coisas para poder se ter o necessário equilíbrio

1 SCHIRACH, Ferdinand von. Crimes. Trad. de Roberto Rodrigues. Rio de Janeiro: Record, 2011, p. 18. Do mesmo autor, v. Culpa. Trad. de Milton Camargo Mota. Rio de Janeiro: Record, 2014; e também, v. El caso Collini. Trad. de María José Díez Pérez. Barcelona: Salamandra, 2013.

das posições, mormente a partir daquilo que está demarcado constitucionalmente. Isso se vê em temas candentes como prescrição, pena, prisão e liberdade, e assim por diante.

O pós-doutoramento do ilustre professor doutor desembargador **Rogério Gesta Leal** teve, dentre outros objetivos, justo esse, ou seja, aprofundar o tema de modo a que pudesse ter ele as respostas mínimas necessárias, e isso – pode-se dizer desde logo – foi alcançado. O esforço não foi em vão.

Para mim, a história desse tema (**Responsabilidade penal do patrimônio ilícito**) e sua ligação com Rogério Gesta Leal começa antes, bem antes, embora eu não possa precisar a data exata. Lembro-me, porém, ter recebido um telefonema dele dizendo que viria falar em um congresso em Curitiba e se eu teria um tempo para conversarmos. Coisa de amigos. Amigos de longa data e que sempre se respeitaram. Ajustado o encontro, conversamos por longo tempo e, a par do tema (absolutamente atual), impressionou-me a vontade e o esforço dele para não só se inteirar dos meandros e particularidades das situações (quase infinitas porque se trata de uma revisão do campo criminal quase como um todo), como para poder ter presente de forma consequente o seu conteúdo e, assim, poder trabalhar com maior qualidade em uma das Câmaras Criminais do TJ/RS, para a qual tinha ido exercer a jurisdição. Só isso já seria suficiente para um imenso elogio, principalmente em um tempo em que os magistrados – em geral com muito trabalho – não têm conseguido estudar o básico (mas necessário), para além dos casos concretos. Mas o projeto, em verdade, ia mais adiante, ou seja, poderia levar a um pós-doutoramento, embora isso dependesse, também, de outros fatores, dos familiares àqueles institucionais, ou seja, a própria compreensão e, enfim, licença do TJ/RS, ao final definida para, mais uma vez, mostrar porque a qualidade da magistratura gaúcha não é ressaltada gratuitamente.

Superado os trâmites, veio o pós-doutoramento em La Coruña, na Espanha. Vinculado ao Grupo de Investigação *Derecho Público Global*, da *Universidad da Coruña*, o estágio esteve sob a direção do respeitado e consagrado Professor Catedrático Doutor Jaime Rodriguez-Arana Muñoz, desenvolvendo-se durante o ano de

2016. As pesquisas, porém, não estiveram tão só situadas na Galícia e, indo além (pode-se ver pelas informações do texto), alcançaram outros países da Europa, como Itália e Áustria, além dos EUA, particularmente na *Cornell University*, em New York.

Mesmo com a longa e reconhecida trajetória acadêmica que trazia consigo (ligada à Teoria do Direito e Filosofia do Direito e mais particularmente a alguns campos do Direito Público e ligados aos Direitos Fundamentais e à Administração Pública), não seria nada simples pesquisar com profundidade e escrever sobre as questões de ponta do campo criminal, mais propriamente do Direito Penal e do Direito Processual Penal. O esforço foi feito e este trabalho produzido merece elogios não só porque as matérias do campo criminal têm tratamento técnico adequado como, também, em razão de ser nítido o peso que teve, no texto, o conhecimento dos campos propedêuticos, iluminando setores nem sempre satisfatoriamente expressos na dogmática penal e processual penal específica.

O texto situa a chamada sociedade de risco e nesse âmbito insere os campos do direito criminal, em particular o patrimônio ilícito e a responsabilidade penal que dele decorre. No final das contas, vai questionar o limite da expansão do direito penal.

A primeira parte tem três capítulos e trata de apresenta a Sociedade de Riscos, assim como fazer ver como os campos do direito criminal se inserem nela: 1. Os tensos equilíbrios sociais na sociedade de riscos: reflexões preliminares; 2. Aproximações críticas sobre a função do direito no horizonte das tensões entre mercado e sociedade: fragmentos do papel do direito penal?; 3. Sociedade de Riscos e expansão do Direito Penal: limites e possibilidades do Direito Penal de Riscos.

Na segunda parte, em um capítulo “A proteção jurisdicional dos Bens Jurídicos Penais na Sociedade de Risco: por um Direito Penal e Processual Penal do patrimônio ilícito – dimensões preventivas e curativas”, pretende-se que os bens jurídicos antes apresentados tenham uma maior proteção a partir daquilo que se chama de responsabilidade penal do patrimônio ilícito. Isso se dará com o uso dele com o escopo de ver ressarcido e indenizado os danos causados pelos crimes, mormente aqueles que atingem bens jurídicos penais

transindividuais. Para tanto, aposta-se em um processo penal no qual a atividade preventiva e curativa tenha no juiz a figura ativa principal.

Por fim, quem sabe fosse oportuno fazer algumas observações genéricas sobre alguns temas (pois seria impossível ir além em um espaço tão reduzido), inclusive brindando o convite do autor para prefaciar a obra e, por outro lado, mostrar quão importante é a temática escolhida.

Não sou e nunca fui um entusiasta da chamada sociedade de risco. A formulação é inteligente, sem dúvida, e possibilita novas fórmulas de tratar os temas, alguns mais velhos e outros sem guarida nas bases antigas. Ela, contudo, não se presta a tudo; não é panaceia. Serve, ademais, para justificar as matrizes epistêmicas do pensamento do primeiro mundo, mormente quando quer ser um pensamento único e, portanto, com serventia global. Nos países subdesenvolvidos, nos quais não se cumpriram por nada – ou quase nada – as promessas da modernidade, arriscado, antes de tudo, é viver. Seria despropositado começar a elencar aqui os exemplos, mas há pouca dúvida que em tempos de Sociedade de Riscos e modelo neoliberal, os verdadeiramente pobres, quem sabe os não-consumidores, sempre pagaram mais do que receberam. Enfim, tudo leva a crer que se não há de descartar a formulação, mas também não parece ser correto colocá-la como o ponto final: *ipse dixit!* Assim, mormente em países periféricos, antes de tudo há vida, a vida vivida. Antes do risco, há vida. Antes da linguagem, a vida...²

Por outro lado, sobre o tema dos poderes instrutórios do juiz não poderia deixar passar sem alguns poucos comentários, mesmo porque o tenho como o mais importante do atual direito processual penal. O trabalho tratou dele³; e pretendeu ir ao ponto nodal: “Em

síntese deverasmente apertada, o ponto de maior polêmica aqui é o que diz com a separação das funções de julgar, acusar e defender, atividades as quais – em nosso entender – o modelo inquisitório não discrepa de forma tão radical do acusatório. Sobre isto, Jacinto Coutinho adverte que: ‘o princípio dispositivo que funda o sistema acusatório tem como pressuposto a gestão das provas nas mãos das partes, pertencendo ao juiz o lugar de mero espectador, porque se assim não for, abre-se ao juiz a possibilidade de decidir antes e, depois, sair em busca de material probatório suficiente para confirmar a sua versão.’⁴”

A indicação não é incorreta, por evidente, mas seguramente não é feliz, quem sabe pela forma como por mim exposta – de forma insuficiente – no texto citado.

Ora, fala-se da gestão das provas porque é por meio delas que o conhecimento chega no processo, como se sabe. E aí está o busílis da questão. Afinal, a quem se deve dar a gestão das provas, aí entendida a iniciativa probatória? A história dos sistemas processuais penais mostrou que quando se dava a iniciativa probatória às partes (mesmo que com atividade secundária e complementar do juiz), em face do princípio de regência, esse era o princípio dispositivo (ou acusatório, como querem alguns) e o sistema era acusatório. Ao revés, quando se dava a iniciativa probatória ao juiz (mesmo que

exaustão, mas tão somente declinaremos referências suficientes à contextualização diante do objeto central de nosso trabalho.” E aponta para um rodapé: “Ver os excelentes textos de: (i) PRADO, Geraldo. *Sistema acusatório: a conformidade constitucional das leis processuais penais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006; (ii) PIERANGELLI, José Henrique. *Processo Penal: evolução histórica e fontes legislativas*. Bauru: Jalovi, 1993; (iii) COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de (org.). *O novo processo penal à luz da constituição: análise crítica do projeto de lei nº156/2009, do Senado Federal*. Op.cit.; (iv) MAIER, Julio B. J. *Derecho Procesal Penal: fundamentos*. Buenos Aires: Editores Del Puerto, 2006; (v) AMBOS, Kai e LIMA, Marcellus Polastri. *O processo acusatório e a vedação probatória*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009; (vi) FARIA, André. *Os poderes instrutórios do juiz no processo penal: uma análise do modelo constitucionalista do processo*. Belo Horizonte: Arraes, 2011.”

4 COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *Introdução aos princípios gerais do processo penal brasileiro*. In Revista de Estudos Criminais, n.1. Porto Alegre, 2001, p.37. Ver o excelente texto de AMARAL, Augusto Jobim do. *Política da prova e cultura punitiva: a governabilidade inquisitiva do processo penal brasileiro contemporâneo*. São Paulo: Almedina, 2014.

com atividade secundária e complementar das partes), em face do princípio de regência, esse era o princípio inquisitivo e o sistema era inquisitório.

Como referem os melhores autores, não há mais sistemas puros; e se há de duvidar que tenha havido, o que para tanto concluir basta observar a lições de Alberto Gandino. Como bem observou o trabalho, todos os sistemas têm elementos do sistema acusatório e do sistema inquisitório, mas não são verdadeiramente mistos, justo porque não há um princípio misto. Assim, os sistemas atuais são inquisitórios, mas têm elementos provenientes dos sistemas acusatórios; ou são acusatórios, mas têm elementos provenientes dos sistemas inquisitórios. Aquele, por exemplo, é o sistema do Brasil; este, dos Estados Unidos da América.

Veja-se. O fato da iniciativa probatória ser das partes e ao juiz tocar uma atividade secundária e complementar pode parecer sem muita importância, mas não é. Nesse lugar ele cumpre aquilo que lhe atribui a Constituição da República e, sobretudo, mantém, de regra, sua imparcialidade porque pode conseguir ter uma equidistância das partes. Do contrário, se é o gestor das provas e senhor da iniciativa probatória, detém o comando do conhecimento e, pensando como se pensa na civilização ocidental, decide antes e depois põe a sua decisão à prova quando o conhecimento é introduzido no processo. Em suma, decide antes e depois pode sair à cata da prova que dê guarida à sua decisão. Por evidente que isso não é absoluto, nem aparece em todos os casos, mas não é necessário ser frequentador assíduo dos fóruns para se saber que, infelizmente, é uma prática corriqueira, a qual poderia e deveria ser evitada com a adoção do sistema acusatório, para o qual aponta a CR.

Há mais um ponto importante, porém. O sistema acusatório não é contra os juízes. Ao contrário. O poder que a CR confere a eles se amolda àquilo que está constitucionalmente demarcado; sem lhes retirar um pingote de poder. Ocorre, contudo, que a CR conferiu a iniciativa probatória aos acusadores, sobretudo ao MP, nos casos de processos decorrentes de ações públicas e, assim, buscou evitar uma sobreposição de funções. Os juízes, como é evidente, não devem fazer o trabalho dos acusadores, mesmo porque só acumulam

atribuições e não recebem por isso, mas, por outro lado, podem ter uma tendência à acusação (e eventualmente à defesa) e é justamente o que se não quer.

A solução para tal problema está na superação da incompatibilidade entre o sistema processual da CR (acusatório) e aquele que se pratica a partir do CPP (inquisitório); e isso só se consegue com uma reforma global do CPP, de fato compatível com a Constituição.

A posição do trabalho está em consonância com a iniciativa probatória nas mãos dos juízes e isso é possível, mas mantém o processo penal nessa penúria que está. Isso, em definitivo, não é o que de melhor se possa querer para o processo penal brasileiro.

Comecei com Ferdinand von Schirach e talvez possa terminar com ele, porque vem a calhar: “Certa vez, um investigador criminal disse a um juiz federal que os defensores eram freios que detinham o carro da justiça, e o juiz respondeu-lhe que um carro sem freios também não servia para nada. Um processo criminal só funciona no contexto desse equilíbrio de forças.”⁵

Como se viu, eu e o autor temos algumas diferenças, mas elas não afastam o imenso respeito que tenho por ele; muito menos me impedem de elogiar o trabalho brilhante que fez, com a maturidade de um pós-doutor, que só orgulha sua gente.

Jacinto Nelson de Miranda Coutinho

Professor Titular de Direito Processual Penal na Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná. Especialista em Filosofia do Direito (PUCPR), Mestre (UFPR); Doutor (Universidade degli Studi di Roma “La Sapienza”). Coordenador do Núcleo de Direito e Psicanálise do Programa de Pós-graduação em Direito da UFPR. Advogado. Membro da Comissão de Juristas do Senado Federal que elaborou o Anteprojeto de Reforma Global do CPP, hoje Projeto 156/2009-PLS.

⁵ SCHIRACH, Ferdinand von. Crimes. Trad. de Roberto Rodrigues. Rio de Janeiro: Record, 2011, p. 96.

INTRODUÇÃO

Mesmo que historicamente próximo das questões envolvendo a Teoria e a Filosofia do Direito, os Direitos Fundamentais e a Administração Pública, temas de nosso percurso acadêmico – especialização, mestrado e doutorado –, o exercício da jurisdição junto ao Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul nos levou, pouco a pouco, aos meandros do Direito Penal e Processual Penal, verdade que focado no âmbito dos crimes praticados por Prefeitos e Vereadores, crimes contra a Administração Pública, crimes ambientais, contra o consumidor, dentre outros.

Esses percursos nos deram ainda mais convicção de que, em matéria de Direito ao menos, tudo está interligado e forma a grande área das ciências humanas e sociais, permitindo o diálogo de múltiplas fontes a maturação de nossa percepção sobre o que realmente importa nas relações humanas e como a ciência jurídica pode colaborar para tanto.

O presente trabalho é fruto das pesquisas desenvolvidas em face de nossa licença junto ao Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, vinculadas ao Grupo de Investigación Derecho Público Global (<http://www.derechopublicoglobal.es/>), junto à Universidade da Coruña, Espanha, ao longo do ano de 2016, sob a direção do Prof. Catedrático Dr. Jaime Rodríguez-Arana Muñoz.

O Grupo de Investigación Derecho Global conta com universo significativo de pesquisadores da Europa e América Latina, desenvolvendo muitos projetos sobre os temas da Administração Pública e suas interfaces com os Direitos Fundamentais, com a Governança, com a Democracia, com a luta contra a Corrupção (em especial no projeto institucional *Proyecto Prevención y lucha contra la corrupción en España y Brasil*, do qual temos participado ativamente – <http://www.derechopublicoglobal.es/proyecto-prevencion-y-lucha-contra-la-corrupcion-en-espana-y-brasil/> – tendo editado já, com financiamento internacional Brasil/Espanha, o livro *Corrupción, Políticas Públicas y Derechos Fundamentales en Brasil y España* (<http://www.derechopublicoglobal.es/>).

www.derechopublicoglobal.es/galego-corrupcion-politicas-publicas-y-derechos-fundamentales-en-brasil-y-espana/).

São vários os espaços acadêmicos internacionais que temos participado a partir deste Grupo de Investigação, o que nos possibilitou constituir o projeto de pesquisa sobre a responsabilidade penal do patrimônio ilícito no âmbito da Sociedade de Riscos.

Optamos por estruturar a pesquisa e este texto em duas partes.

A primeira parte está constituída da discussão que envolve demarcações conceituais sobre a Sociedade de Risco em que vivemos global e localmente, identificando e dialogando com alguns de seus marcos teóricos fundacionais no plano da filosofia, política e sociologia, e como a ciência jurídica no século XXI se coloca nestes cenários para os fins de garantir e efetivar direitos. Ato contínuo realizamos um recorte temático para avaliar como tem ocorrido o debate sobre as funções do Direito Penal neste particular.

Na segunda parte do trabalho estamos propondo que os bens jurídicos penais contem com maior e melhor proteção complementar a partir do que estamos chamando da *responsabilidade penal do patrimônio ilícito*, avaliando, nuclearmente, em que medida se afigura importante ampliarmos o debate sobre a responsabilidade patrimonial penal para fins de ressarcimento e indenização dos danos causados pelos crimes (notadamente contra bens jurídicos penais de natureza pública indisponível), e em face desta perspectiva verificar as condições e possibilidades de medidas preventivas e curativas contra o patrimônio decorrente de ilícitos penais desta natureza (até para que ele não desapareça ou se reproduza retroalimentando o crime).

Ao longo do trabalho tomamos o cuidado – esperamos que exitoso – de buscar número considerável de fontes teóricas e pragmáticas neste vasto campo do conhecimento para, com elas, abrir interlocuções não finalizadas; ao contrário, sempre necessitadas de complementação e revisão, em face das diversas e tensas posições existentes.

SUMÁRIO

PARTE UM

CAPÍTULO 1

OS TENSOS EQUILÍBRIOS SOCIAIS NA SOCIEDADE DE RISCOS: REFLEXÕES PRELIMINARES

I Notas Introdutórias	39
II Modulações teóricas e fáticas da Sociedade de Riscos: alguns questionamentos	40
III Notas Conclusivas.....	68
IV Referências Bibliográficas	71

CAPÍTULO 2

APROXIMAÇÕES CRÍTICAS SOBRE A FUNÇÃO DO DIREITO NO HORIZONTE DAS TENSÕES ENTRE MERCADO E SOCIEDADE: FRAGMENTOS DO PAPEL DO DIREITO PENAL?

I Notas introdutórias.....	77
II Capitalismo e insegurança social: alguns paradigmas.....	77
III É possível conter os riscos destes fenômenos pela via do Direito? Algumas abordagens filosóficas.....	94
IV Notas Conclusivas.....	105
V Referências Bibliográficas.....	109

CAPÍTULO 3
SOCIEDADE DE RISCO E EXPANSÃO DO
DIREITO PENAL: LIMITES E POSSIBILIDADES DO
DIREITO PENAL DE RISCOS

I Notas Introdutórias	113
II As truncadas relações entre Sociedade de Riscos e Sistema Jurídico Penal.....	115
III Razões de resistência ao Direito Penal dos Riscos.....	130
III.a Aportes às reflexões de Winfried Hassemer	130
III.b Aportes às reflexões de Claus Roxin	142
III.c Aportes às reflexões de José Luis Díez Ripollés.....	149
IV Argumentos fomentadores do Direito Penal na Sociedade de Riscos: alguns fundamentos de base.....	154
IV.a Aportes às reflexões de Günther Jakobs.....	158
IV.b Aportes às reflexões de Luis Gracia Martín	167
IV.c Aportes às reflexões de Jesús-María Silva Sánchez.....	174
IV.d Aportes às reflexões de Jorge de Figueiredo Dias	180
IV.e Aportes às reflexões de Bernd Schünemann	184
V Notas Conclusivas	189
VII Referências Bibliográficas.....	202

PARTE DOIS

CAPÍTULO 4
A PROTEÇÃO JURISDICIONAL DOS BENS JURÍDICOS
PENAIIS NA SOCIEDADE DE RISCOS: POR UM DIREITO
PENAL E PROCESSUAL PENAL DO PATRIMÔNIO ILÍCITO –
DIMENSÕES PREVENTIVAS E CURATIVAS

I Notas Introdutórias	217
II Bens jurídico-penais no sistema normativo brasileiro: demarcações exemplificativas.....	218
III Processo e Crime na Sociedade de Riscos: em busca da maior efetividade na proteção dos bens jurídicos penais (os tensos equilíbrios entre excesso e insuficiência, em face dos Direitos e Garantias Fundamentais Individuais e Sociais).....	226
IV Marcos Normativos Internacionais e Nacionais do Direito Penal e Processual Penal do Patrimônio Ilícito em suas dimensões preventivas e curativas	236
IV.a Algumas experiências internacionais.....	236
IV.b A experiência brasileira.....	257
V Condições e possibilidades de atribuição de sentido decisional aos indícios suficientes necessários à constrição penal do patrimônio ilícito: algumas aproximações.....	273
VI Alguns aspectos sensíveis das medidas processuais penais cautelares reais em face do investigado/acusado no Brasil	283
VII Limites e possibilidades da atuação jurisdicional enquanto gestora do processo penal na Sociedade de Riscos	293
VIII Notas Conclusivas.....	299
IX Referências bibliográficas.....	304

PARTE UM



CAPÍTULO I

OS TENSOS EQUILÍBRIOS SOCIAIS NA SOCIEDADE DE RISCOS: REFLEXÕES PRELIMINARES¹

I Notas Introdutórias

As relações sociais e institucionais contemporâneas estão marcadas pelos mais diversos níveis de tensionalidades, envolvendo problemas de ordem econômica, política, ideológica, dentre outros, o que gera multiplicidades de conflitos de difícil equação, a ponto de Ralf Dahrendorf sustentar que esta sociedade tem como marca a exclusão, o conflito social, e não se dá fundamentalmente entre classes, mas em face da desigualdade, da crescente pobreza e da perda de liberdade.²

Sob a perspectiva sociológica há quem diga, como Durkheim, que esses conflitos e tensões sociais evidenciam algo *próprio* das relações intersubjetivas e institucionais em ambientes de alta competitividade e disputas, decorrendo daí muitos dos comportamentos tipificados penalmente, por exemplo; e para além disto, *un margen racional y prudente de delito hace a una comunidad socialmente sana, en tanto el delito traz a el umbral de lo admitido o tolerado por esa sociedad concreta em su momento histórico.*³ Por certo que essa tese não pode ser admitida facilmente, até porque estar-se-ia aceitando o argumento de que a criminalidade e o conflito são da *natureza* daquelas relações, quando, na verdade, a sociologia mais contemporânea já demonstrou que há elementos culturais, econômicos e políticos que interagem nestes horizontes, evidenciando variáveis mais contingentes do que necessárias às suas ocorrências.⁴

1 Parte deste texto foi publicado nos Anais do I Seminário Nacional Tutelas à Efetivação de Direitos Indisponíveis, da Fundação Escola Superior do Ministério Público.

2 DAHRENDORF, Ralf. *En busca de um nuevo orden. Una política de libertad para el siglo XXI*. Barcelona: Paidós, 2005.

3 DUKHEIM, Émile. *La division del trabajo social*. Madrid: Akal, 1995, p.175.

4 Ver os textos de QUINNEY, Richard. *The Social Reality of Crime*. Boston: Little, Brown

A partir dessas reflexões, o objeto deste estudo é verificar como a *Teoria da Sociedade de Riscos* pode auxiliar na compreensão desses cenários complexos e como isso impacta as relações sociais e institucionais contemporâneas, que faremos, de maneira fundamental, a partir das contribuições de Ulrich Beck e seus interlocutores.

II Modulações teóricas e fáticas da Sociedade de Riscos: alguns questionamentos

Tem se atribuído a Beck, acertadamente, a distinção de uma primeira modernização, em termos de tempo histórico, que ocorre ao largo da industrialização e criação da Sociedade de Massa da Revolução Industrial do século XVI em diante, em face de uma segunda modernização, na qual a Sociedade se orienta à globalização e às transformações tecnológicas. Por outro lado, o autor alemão também destaca a progressiva fratura que tem sofrido o núcleo familiar da Sociedade Industrial, bem como a dinâmica das Sociedades contaminadas por valores mercantis que pressionam a individualização de comportamentos dos atores políticos (físicos e jurídicos) as situações e cenários de extrema incerteza, gerando confusão de valores, incredulidade nas instituições e pessoas.⁵

and Company, 1980 e o livro *Critique of Legar Order. Crime Control in Capitalist Society*. Boston: Little, Brown and Company, 1992. Sem falar em autores clássicos como: (a) Gabriel Tarde, em seu texto *Las leyes de la imitación*. Madrid: Daniel Jorro, 1907, com sua tese de que a criminalidade se imita como na moda; (b) Edwin Hardin Sutherland, nos seus *Principles of Criminology*. Chicago: J. B. Lippincott Co., 1947, para quem o crime se aprende no âmbito da convivência social mediante processos similares às condutas ajustadas ao Direito (*social learning*). Ver também o excelente texto de MOLINA, Antonio García-Pablos de. *Manual de Criminología. Introducción y teorías de la criminalidad*. Madrid: Espasa-Calpe, 1988.

5 Pode-se dizer que três são os conceitos centrais de Beck na extensão de sua obra, risco, individualização e sub-política. Ver o texto BECK Ulrich. *La società cosmopolita. Prospettive dell'epoca postnazionale*. Roma: Il Mulino, 2003. Diz o autor que: *Mentre nella società industriale dominava la logica della ricchezza perseguita per liberarsi dalla povertà, la logica del rischio domina la Riskogesellschaft, dove in nome del progresso vengono compiute scelte con conseguenze imprevedibili*. (p.12). É bem verdade que as considerações do autor se dão mais no âmbito do diagnóstico dos riscos reais e simbólicos da contemporaneidade, mais do que prognósticos de dever ser e agir em face de tais cenários.

Na primeira fase da modernidade – em especial no período que vai do início da Revolução Industrial, nos séculos XVII e XVIII, até princípios do século XX – a ideia de risco significava basicamente uma forma de calcular consequências bastante imprevisíveis decorrentes do modelo de crescimento econômico acelerado em detrimento do desenvolvimento social, havendo clara preocupação em desenvolver métodos e técnicas de representação estatística do risco, com probabilidades e previsão de acidentes, cálculos periciais, assim como modelos de redução de danos. Agrega ainda Beck que *en el momento en que la naturaleza se vuelve industrializada y las tradiciones se vuelven opcionales, afloran nuevas formas de incertidumbre a las que Anthony Giddens y yo llamamos «incertidumbres manufacturadas»*.⁶

A tese de Beck é a de que os riscos hodiernos que tem de enfrentar a Sociedade não podem ser reduzidos a meras consequências colaterais dos déficits da modernidade que o aparato institucional e burocrático do Estado busca controlar; estas são, em verdade, efeitos do sucesso da própria modernidade com a proliferação de possibilidades existenciais (para o bem e para o mal) e de escolhas que criam. Nesta Sociedade de Riscos a ideia que guiava a Modernidade, qual seja, a de ser possível o controle dos efeitos colaterais e das decisões do homem restou em crise, razão pela qual Beck a define como uma sociedade do não-saber, porque no estágio alcançado pelo desenvolvimento tecnológico, os limites de controlabilidade dos riscos não tem se mostrado suficientes para evitar os danos que se consumam cada vez mais; ao contrário, cada aumento de saber/conhecimento/

6 BECK, Ulrich. *Retorno a la Teoría de la Sociedad del Riesgo*. In Boletín de la A.G.E. N.º 30 – 2000, pág.10, <http://age.ieg.csic.es/boletin/30/01.pdf>, acesso em 19/08/2015, p.14. Interessante notar a análise que Jock Young faz destes períodos históricos, ao dizer que as mudanças estruturais da modernidade contemporâneas se fizeram acompanhar *por mudanças culturais não menos dramáticas: padrões de desejo foram transformados; a aldeia global engendrada pelos meios de comunicação de massa tornou-se uma realidade onipresente; os velhos padrões de esforço e recompensa foram redefinidos; o individualismo institucionalizado penetrou em áreas até então sacrossantas da vida social; a linguagem naturalista do mercado questionou e ameaça a metanarrativa da democracia social e da modernidade.....Nossa existência é experimentada como uma série de encontros portadores de riscos, sejam reais ou sob a forma de medos e apreensões*. YOUNG, Jock. *A Sociedade Excludente: exclusão social, criminalidade e diferença na modernidade recente*. Rio de Janeiro: Revan, 2002, p.11.

técnica tende a coincidir com o surgimento de novos riscos.⁷ Daí o autor dizer que:

*Muchas teorías sociales (incluidas las de Michel Foucault y las de la Escuela de Frankfurt de Max Horkheimer y Theodor Adorno) pintan la sociedad moderna como una prisión tecnocrática de instituciones burocráticas y conocimiento experto, en las que las personas son meros engranajes de una máquina gigantesca de tecnocrática y burocrática racionalidad. La figura de la modernidad dibujada por esta teoría de la sociedad del riesgo global contrasta vivamente con estas imágenes. Después de todo, una de las características más importantes de la teoría de la sociedad del riesgo, hasta ahora tan escasamente entendida en ciencia o política, es plantear con franqueza, al menos intelectualmente, las circunstancias aparentemente rígidas y ponerlas en movimiento. A diferencia de la mayoría de las teorías de las sociedades modernas, la teoría de la sociedad del riesgo desarrolla una imagen que hace las circunstancias de la modernidad contingentes, ambivalentes e (involuntariamente) susceptibles de reajustes políticos.*⁸

Em texto provocador tratando do tema da cosmopolitização reflexiva, Beck ainda alerta para o fato de que:

In the paradigm of the first age of modernity, simple globalization is interpreted within the territorial compass of state and politics, society and culture. This involves an additive, not substitutive, conception of globalization as indicated for example by 'interconnectedness'. In the paradigm of the second age of modernity globalization changes not only the relations between and beyond national states and societies, but also the inner quality of the social and political itself which is

7 Ver o texto de BECK, Ulrich. *La sociedad del riesgo. Hacia una nueva modernidad*, trad. Jorge Navarro, Daniel Jiménez y M.ª Rosa Borrás, Barcelona, Paidós, 1998. Em outro texto referido o autor diz que: *El conocimiento sobre los riesgos, por el contrario, está ligado a la historia y a los símbolos de la cultura propia (el entendimiento de la naturaleza, por ejemplo) y a la fábrica social de conocimiento. Esta es una de las razones por las que un mismo riesgo es percibido y manejado políticamente de formas tan diferentes por toda Europa y otras partes del mundo.* In BECK, Ulrich. *Retorno a la Teoría de la Sociedad del Riesgo*. Op. Cit., p.18.

8 Idem, p.20. Ainda refere o autor: *Como sabemos, el diagnóstico de Max Weber es que la modernidad se transforma en una jaula de hierro en la que las personas deben sacrificarse a los altares de la racionalidad como el fellahim del Antiguo Egipto. La teoría de la sociedad del riesgo global elabora la antítesis: la jaula de la modernidad se abre (ver también Beck, 1994). Así pues, hay una utopía en la sociedad del riesgo y en la teoría de la sociedad del riesgo, la utopía de una modernidad responsable, la utopía de otra modernidad, muchas modernidades por inventar y por experimentar en diferentes culturas y partes del globo.*

*indicated by more or less reflexive cosmopolitization as an institutionalized learning process – and its enemies.*⁹

Ainda questiona o autor alemão sobre o tema:

*The crucial question of the second age of modernity is, therefore: What happens to territorially bounded politics in world society? How do collective binding decisions become possible under post-national conditions? Will politics wither away? Or will it undergo a transformation? And if so, what will it be like? Will the transformation be evolutionary or will it be seen as a political process in itself? That is to say, it does not happen but is rather a function of the opening out of the cosmopolitan perspective.*¹⁰

A ideia de mundo e relações (institucionais, econômicas, políticas, culturais) interconectadas que estão na base deste cosmopolitismo reflexivo tem gerado desafios e problemas que só podem ser enfrentados igualmente sob a perspectiva da integralidade conectiva de fatores e variáveis que os constituem. Nesse ponto, o tráfico internacional de drogas, mulheres, órgãos, a lavagem internacional de dinheiro, o terrorismo etc., são exemplos claros das redes entrelaçadas de ações ilícitas que tem abalado os Estados Nacionais. Ou seja, é preciso reconhecer, com Beck, que *within this frame, the theme of globalization means that there are an increasing number of social processes that are indifferent to national boundaries.*¹¹

9 BECK, Ulrich. *The cosmopolitan perspective: sociology of the second age of modernity*. In *British Journal of Sociology* Vol. No. 51 Issue No. 1 (January/March 2000) pp. 79–105, p.80. ISSN 0007 1315, London School of Economics 2000. Nesse texto o autor deixa claro que não está interessado na perspectiva da pós-modernidade aqui, no sentido de que estejamos diante de uma desestruturação e fim da Modernidade, mas está focado em verificar o que efetivamente de novo está acontecendo em termos institucionais e mesmo no desenvolvimento de novas categorias sociais – com o que concordo seja feito. E ainda, *the distinction between a first and a second age of modernity also challenges theories which suggest that the unfolding of modernity at the end of this millennium should be seen as a linear process of differentiation based on 'evolutionary and universals' (Talcott Parsons) or modern 'basic institutions' (Wolfgang Zapf).* (p.82).

10 Idem, p.90. Mais adiante Beck lembra que: *In the second age of modernity, therefore, the question to be asked is not how to revive solidarity, but how solidarity with strangers, among non-equals can be made possible.* (p.93).

11 Idem. Lembra o autor no ponto que: *As more processes show less regard for state boundaries – people shop internationally, work internationally, love internationally, marry internationally, research internationally, grow up and are educated internationally (that is, multi-lingually), live and think transnationally, that is, combine multiple loyal-*

A partir daí o autor alemão tem insistido na ideia de que é preciso melhor compreender as ameaças que pairam sobre as relações sociais a partir do século XX¹², e isto porque desde a muito se vive em uma sociedade mundial em que quase inexitem espaços fechados de ação e reação social ou institucional – fenômeno que o autor chama de *globalidade*. Esta globalidade vem caracterizada por alguns elementos tópicos, a saber:

- a. Certa *deslocalização* de causas e conseqüências de atos e fatos individuais e sociais, porque esses não se limitam a um único âmbito, mas possuem, no mínimo, três dimensões: uma dimensão espacial porque os novos riscos se estendem para outros confins além dos limites dos Estados Nacionais; uma outra dimensão temporal eis que não se sabe qual a sua duração e modulações; outra dimensão social em face de que os nexos causais e os processos de imputação das responsabilidades tornam-se mais complicados, sendo mais difícil a determinação exata das esferas sociais atingidas pelos riscos.
- b. Incalculabilidade das conseqüências devido fundamentalmente aos limites de conhecimento dos riscos contemporâneos. Tais limites têm radicalmente colocado em crise o otimismo epistemológico que tem caracterizado a primeira modernidade, amplificando paradoxalmente

ties and identities in their lives – the paradigm of societies organized within the framework of the nation-state inevitably loses contact with reality. Grifo nosso. E por isto, em seguida sustenta Beck que: *The principle that human rights precede international law refers, however, to international relations in the cosmopolitan paradigm of the second age of modernity.* (p.84).

- 12 Ver dentre outras obras do autor: BECK, Ulrich. *¿Qué es la globalización? Falacias del globalismo, respuestas a la globalización*, trad. Bernardo Moreno y M.ª Rosa Borrás, Barcelona, Paidós, 2001; — *La democracia y sus enemigos*, trad. Daniel Roberto Álvarez, Barcelona, Paidós, 2000; — *La sociedad del riesgo. Hacia una nueva modernidad*, trad. Jorge Navarro, Daniel Jiménez y M.ª Rosa Borrás, Barcelona, Paidós, 1998; ----“Teoría de la sociedade del riesgo”. In *Las consecuencias perversas de la modernidad*, AA. VV., trad. Celo Sánchez Capdequí, Barcelona, Anthropolos, 1996; ----“De la sociedad industrial a la del riesgo”. In *¿Hacia una sociedade del riesgo?*, AA. VV., trad Alejandro delRío Herrmann, Madrid, Revista de Occidente, n.º150, 1993; ----“La reivindicación de la política: hacia una Teoría de la modernización reflexiva”. In *Modernización reflexiva. Política, tradición y estética em el orden moderno*, AA. VV. trad. Jesús Alborés, Madrid, Alianza Universidad, 2001.

a capacidade cognitiva das ciências naturais que fizeram emergir riscos até então desconhecidos, e aumentando a capacidade de manipulação do próprio ambiente por parte do homem, gerando ulteriores riscos.

- c. Não compensabilidade de danos que colocam em crise o princípio da segurança baseado sobre mecanismos de compensação/ressarcimento dos danos eventualmente produzidos, na medida em que se deixa de dar prioridade à prevenção (o qual busca evitar a produção dos danos, limitando o surgimento dos riscos e suas conseqüências). A prevalência do princípio de prevenção tem de se impor em face de que, no quadro da Sociedade de Riscos, a exigência de segurança é elevada à máxima potência.¹³

Ou seja, esta globalidade nos faz dar conta de que nada que ocorre no planeta pode ser tido como algo local, regional ou nacional, eis que as novas descobertas tecnológicas e científicas, os desastres e catástrofes ambientais e industriais, afetam todo o mundo, razão pela qual devemos reorientar e reorganizar nossas vidas, assim como nossas instituições, tendo presente as relações inexoráveis do local x global.¹⁴ Mas como se manifesta esta globalidade – conceito estratégico à Teoria da Sociedade de Riscos? Em oito fenômenos palpáveis, a saber:

1. O alargamento do campo geográfico e a crescente densidade do intercâmbio internacional, assim como o caráter global da rede de mercados financeiros e do poder cada vez maior das multinacionais;
2. A revolução permanente no âmbito da informação e das tecnologias da comunicação;
3. A exigência, universalmente aceita, de respeitar os Direitos Humanos;

13 Ver o texto de RODOTÀ, Stefano. *Differenze sociali e democrazia a rischio*, In <http://www.lolandesevolante.net/blog/2013/08/differenze-sociali-e-democrazia-a-rischio/>, acesso em 09/09/2015.

14 Ver o texto de ROBERTSON, R. *Globalization: Social Theory and Global Culture*. Londres, Sage, 1992, que trata da perspectiva *glocal*, ou seja, global e local, pois as interações neste particular são cada vez mais reais e impactantes.

4. As correntes icônicas das indústrias globais da cultura;
5. A política mundial pós-internacional e policêntrica, havendo junto aos governos cada vez mais atores internacionais com cada vez maior poder (multinacionais, organizações não-governamentais, Nações Unidas, dentre outras);
6. O problema da pobreza global;
7. O problema dos danos e atentados ecológicos globais;
8. O problema dos conflitos transculturais em um lugar concreto.

Por outro lado, na lógica argumentativa do autor, a *globalização* se evidencia em face dos processos pelos quais os Estados Nacionais soberanos se misturam e se sobrepõem mediante atores transnacionais e suas respectivas probabilidades de poder. Assim, o conceito de globalização vem descrito como um processo que cria vínculos e espaços sociais transnacionais, revaloriza culturas locais e traz em primeiro plano outras culturas.¹⁵

Interessante notar que a globalidade e globalização constituem, com suas especificidades, a Sociedade de Riscos, não como algo patológico e estranho à ordem das coisas, mas enquanto resultado das dinâmicas sociais que se estabelecem a partir daí, e, portanto, não se trata de buscar a aniquilação dos riscos, mas gestá-los com racionalidade e eficiência. Como lembra Habermas:

*Só percebemos as tendências que anunciam uma constelação pós-nacional como desafio político porque as descrevemos a partir da habitual perspectiva do Estado nacional. No momento que essa situação se torna consciente, abala-se a autoconfiança democrática que é necessária para que se percebam os conflitos como desafios, ou seja, como problemas que esperam por um trabalho político. A ideia de que uma sociedade pode agir sobre si de modo democrático só foi implementada de modo fidedigno até agora no âmbito nacional, a constelação pós-nacional desperta todo aquele alarmismo infrutífero da desorientação iluminista que observamos nas nossas arenas políticas.*¹⁶

¹⁵ Ver também o texto de GIDDENS, Anthony. *Sociología*. Madrid: Alianza Editorial, 2001. Ver o texto de MUÑOZ, Jaime Rodríguez-Araña. *Reflexiones sobre el Poder*. In http://www.rodriguezarana.com/pdf/3_2.pdf, acesso em 20/10/2016.

¹⁶ HABERMAS, Jürgen. *A Constelação Pós-Nacional*. São Paulo: Littera Mundi, 2001,

Mas ainda a globalização tem premissas pontuais que a diferenciam como impacto nas relações sociais e institucionais, a saber: a de que as ameaças ecológicas são catastróficas em nível mundial, mesmo que condicionadas por motivos políticos (perigo nuclear, atos terroristas, dentre outros), sociais (desigualdade social e miséria que redundam em uma sobre-exploração dos recursos naturais), econômicos (que geram o aquecimento global, o efeito estufa, pelo uso do petróleo, assim como a exploração e contaminação do solo produzido pela ânsia de obter cada vez mais lucros).

O que Beck está propondo a partir dessas reflexões é que não há uma distinção radical entre natureza e cultura, mas ambas estas dimensões da vida humana se inter-relacionam constantemente, ora para potencializar a efetivação do homem, ora para colocá-la em riscos enormes, uma e outra possibilidade superando barreiras de classes e nações, porque a todos alcança, de uma forma ou de outra.

Ou seja, os riscos destes cenários de pós-modernidade possuem tendência imanente à globalização, eis que acompanha a produção industrial um universalismo de perigos, independentemente dos lugares de sua produção; assim os processos de contaminação das cadeias alimentares em nível planetário, o problema das chuvas ácidas atacando prédios, obras de artes, plantações, lagos, dentre outros.

Mas toda essa reflexão não nos autoriza a esquecer que são os indivíduos que estão no centro destes processos sociais todos; são eles que constituem os grupos e segmentos humanos que mantêm relações institucionais e intersubjetivas no espaço público, preservando de alguma maneira suas matizes, pretensões, caracteres e idiosincrasias, e projetando tudo isso em nível coletivo, criando em face disso novos sujeitos e protagonismos políticos, ideológicos e culturais, que vão de igual sorte construindo hegemonias conjunturais e de sustentação negociada (estamos falando da capacidade de articulação de grupos empresariais, partidos políticos, segmentos religiosos, movimentos sociais organizados, etc., de construir agendas comuns para fins tópicos e de curto prazo).

A atual fase da modernidade não substitui simplesmente os princípios organizativos da Sociedade sob o ponto de vista da territorialidade, da coletividade e dos limites de competências do Estado-Nação, mas cria novas sinergias de coexistência entre estes e os novos paradigmas da chamada segunda modernidade, ordenada a partir da ideia de coordenação sistêmica entre globalização e individualização com o fito de estabelecer certos quadros conceituais como os de Estado, Lei, Políticas e Direitos Individuais re-conceitualizados.¹⁷

Em outras palavras, a mudança de comportamento de ação e reação das instituições criadas pela primeira modernidade conseguiram, mal ou bem, estabelecer padrões de convivência tensa e conflituosa para com a nova era da transnacionalização de mercados e relações de poder.

Em escalas menores, podemos afirmar que a complexidade das relações de mercado e os interesses econômicos – sempre presentes – estão a fazer surgir outras modalidades de riscos que não se equiparam ao nível de tragédia dos anteriormente referidos, atingindo perigo de vida às pessoas, alcançando preocupantes estratos de dignidade da vida cotidiana dos cidadãos, como é o caso da corrupção que desvia os recursos públicos, que inviabilizam diretamente políticas públicas de efetivação de garantias sociais, difusas e coletivas, e ao mesmo tempo fragilizam a confiança da Sociedade nas instituições democráticas. Ou seja, *este peculiar estatuto de la realidad de «ya-no-más-pero-todavía-no» (ya no más confianza/seguridad, pero todavía no destrucción/desastre) es lo que expresa el concepto de riesgo y lo que lo hace un sistema de referencia público.*¹⁸

17 Lembrando a percuciente percepção de Beck: *In the paradigm of the first modernity, world society is thought in terms of the nation-state and nationstate society. Accordingly, globalization is seen as additive and not substitutive, in other words: globalization appears as a process coming from outside, which assumes as a given territorial principle of the social and the political. This view of globalization as a matter of increasing links 'between nations', 'between states' and 'between societies', does not call into question the distinctions between first and second world, tradition and modernity, but confirms them.* In BECK, Ulrich. *The cosmopolitan perspective: sociology of the second age of modernity.* Op.cit., p.87.

18 BECK, Ulrich. *Retorno a la Teoría de la Sociedad del Riesgo.* Op.cit., p.09. Este texto é importante porque nele Beck responde a uma série de críticas de seus interlocutores sobre a Teoria da Sociedade do Risco, dentre os quais: ADAM, B. *Timescapes of Mo-*

Vai se configurando na Sociedade de Riscos o que se pode chamar de *metamorfoses do perigo*, difícil de delimitar e controlar, basta se ver o colapso dos mercados internacionais e nacionais e o que isto provoca nas relações sociais e institucionais (crescimento econômico excludente sem desenvolvimento social); serviços públicos deficitários em termos de Direitos Fundamentais Sociais (o caso da saúde); os altos índices de corrupção abalando a confiança das e nas instituições; insegurança jurídica e desordem social, cumuladas com violência urbana e impunidade.¹⁹

Esses riscos têm, por sua vez, um efeito bumerangue, eis que afetam, cedo ou tarde, aqueles que os produzem e se beneficiam com ele (porque nunca é o bastante lembrar que o atual sistema capitalista é guiado à obtenção de benefícios privados pela via da legalidade e, por vezes, através do Estado²⁰). Souza explica melhor isso ao afirmar que no âmbito do Direito Penal de Riscos opera-se inclusive confusão fática entre os conceitos de autor e vítima, pois qualquer

ernity: The Environment and Invisible Hazards. Londres: Routledge, 1998; KOMMISSION FÜR ZUKUNFTSFRAGEN. *Arbeitsmarktentwicklungen*, Bericht Teil II. Bonn: Bayerische Staatsregierung, 1997; LASH, S. *Risk Culture.* In B. Adam, U. Beck y J. van Loon (eds.), *Positioning Risk.* Londres: Sage, 1999; LATOUR, B. *We Have Never Been Modern.* Cambridge: MA, Harvard University Press, 1995; LUHMAN, N. *Risk: A Sociological Theory.* Nueva York: Aldine de Gruyter, 1993; PRIOR, L. *Repositioning Risk.* In B. Adam, U. Beck y J. van Loon (eds.), *Repositioning Risk.* Londres: Sage, 1999; ROBERTSON, R. *Globalization: Social Theory and Global Culture.* Londres: Sage, 1992; SCHÜTZ, A. *Ökologische Aspekte einer naturphilosophischen Ethik.* Frankfurt: Bamberg, 1984.

19 Na dicção de Jesús Alonso, *las transmisiones y movimientos de peligros están con frecuencia latentes e inmanentes, es decir, invisibles e imposibles de rastrear por medio de las percepciones cotidianas. Esta invisibilidad social significa que, a diferencia de otros muchos temas políticos, los riesgos deben hacerse conscientes con claridad; sólo entonces se puede decir que constituyen una amenaza real, y esto incluye valores y símbolos culturales, así como argumentos científicos. Al mismo tiempo, sabemos, al menos en principio, que los impactos del riesgo crecen precisamente porque nadie sabe o quiere saber de ellos.* ALONSO, Jesús Javier Alemán. *De la sociedad del riesgo al desmantelamiento del estado de bienestar.* In Revista Dilemata, ano 5, vol.11. Madrid: Dilemata, 2013, p. 142.

20 Baumann já alertara para o fato de que o propósito genuíno da política é garantir privilégio, não os atrelar à utilidade pública. Seu efeito é a isenção de um estreito grupo de bem-remunerados no topo da escala, de qualquer calamidade que suas atividades possam ter infligido a todos aqueles cujos meios de vida eles expuseram aos caprichos do destino. BAUMANN, Zygmunt. *A riqueza de poucos beneficia todos nós?* Rio de Janeiro: Zahar, 2015, p.51. Concordo com ele de que algumas políticas assim o são, em especial aquelas dependentes do mercado capitalista vigente.

um que tome atitude que ponha em risco algum bem jurídico supra individual ou coletivo poderá, ao depois, ser vítima de seus próprios atos, haja vista que é possível que aquele que deu vazão aos resultados danosos venha a sofrer as consequências individuais do seu comportamento, inicialmente dirigido contra um bem jurídico coletivo que ora se individualiza.²¹

Ocorre que tampouco ricos e poderosos estão seguros em face dos riscos por eles também e principalmente provocados, servindo de exemplo disto o alcance dos danos ambientais a todos, sem discriminação de qualquer tipo. Vai-se reproduzindo retroalimentação entre danos que engendra espirais de destruição gradativa, fazendo com que se constitua uma sociedade amedrontada globalmente.²² Na dicção do autor, *el discurso del riesgo empieza donde la confianza en nuestra seguridad termina, y deja de ser relevante cuando ocurre la potencial catástrofe. El concepto de riesgo delimita, por tanto, un peculiar estado intermedio entre seguridad y destrucción, donde la percepción de riesgos amenazantes determina pensamiento y acción.*²³

Por certo que esta sociedade mundial que tem convergências a partir dos laços de temor em face do presente e futuro, tem também focos de resistências aos problemas que lhe constituem como coletivo, daí a correlação de forças que se estabelecem permanentemente,

21 SOUZA, Luciano Anderson de. *Expansão do Direito Penal e Globalização*. São Paulo: Quartier Latam, 2007, p.112.

22 É bem verdade que a teoria de Beck trabalha muito com a perspectiva ecológica e ambiental, mas esses ambientes não se resumem a questões de fauna e flora, por exemplo, mas incluem também os ambientes construídos, e as relações que homens e mulheres mantêm com eles. Baumann alerta para o fato de que: *A grande maioria das pessoas, por mais que suas crenças e intenções sejam nobres e elevadas, se vê confrontada com realidades hostis, vingativas e acima de tudo indômitas; realidades de coibiça, corrupção, rivalidade e egoísmo onipresentes de todos os lados, e, por isso mesmo, realidades que aconselham e exaltam a desconfiança recíproca e a vigilância perpétua.* BAUMANN, Zygmunt. *A riqueza de poucos beneficia todos nós?* Op.cit., p.36.

23 BECK, Ulrich. *Retorno a la Teoría de la Sociedad del Riesgo*. Op.cit., p.10. Jamais esquecendo, por outro lado, que: *Risks presuppose human decisions. They are the partly positive, partly negative, Janus-faced consequences of human decisions and interventions. In relation to risks there is inevitably posed the highly explosive question of social accountability and responsibility.* BECK, Ulrich. *Living in the world risk society*. In *Economy and Society*. Volume 35. Number 3. August 2006: 329/345. <http://www.tandfonline.com/toc/reso20/current>, p. 336.

levando em conta o universo de diferenças e pluralidade multicultural.

Não há cenários mais propícios para o fomento de ações criminosas as mais variadas, inclusive aquelas que não usam da violência física como base de suas propagações, mas se dão por vezes de maneira silenciosa e constante, vilipendiando não o patrimônio ou vida individual de vítimas identificadas fisicamente, mas o interesse e os bens públicos indisponíveis da Sociedade, atingindo – direta ou indiretamente – a vida de milhões de pessoas, como é o caso da corrupção e da macrocriminalidade organizada, como o desvio de dinheiro público, a lavagem de dinheiro, a evasão de capitais, dentre outros.²⁴

Nessas ambiências em que os riscos são considerados como reais, as instituições (públicas, privadas, comerciais, políticas, científicas), e a vida cotidiana, entram em crise igualmente, e o conceito de risco como relação entre acidente x probabilidade toma a forma de cálculo de probabilidade, o qual não pode deixar de lado situações piores das que se encontram e são renunciadas por aquilo que deveria ser somente possibilidade, mas pela natureza periculosa do risco, exsurge como ameaça iminente de existir, fomentando reações sociais e institucionais as mais diversas (violentas, apressadas, autoritárias, equivocadas, dentre outras).²⁵

E aí ganha fôlego o argumento de Beck no sentido de dizer que os riscos pelos quais passa a Sociedade atual estão direta ou indiretamente relacionados com as definições culturais e standards de uma vida tolerável ou intolerável.

24 Aprofundo este tema em meu livro LEAL, Rogério Gesta. *Patologias Corruptivas nas relações entre Estado, Administração Pública e Sociedade: causas, consequências e tratamentos*. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2013. Ver igualmente o texto de BECK, Ulrich. *Retorno a la Teoría de la Sociedad del Riesgo*. Op.cit., p.12, quando lembra que: *Cuanto más amenazantes sean las sombras que caen sobre el momento presente desde el terrible futuro que asoma en la distancia, más inevitable la conmoción que puede provocarse hoy por la dramatización del riesgo.*

25 Como diz PITCH, Tamar. *La società della prevenzione*. Roma: Carocci, 2006, p.41: *La trasformazione dei pericoli in rischi, vale a dire in eventi prevedibili le cui conseguenze sono entro certi limiti calcolabili quanto ad intensità ed estensione, ha stimolato la nascita di quello che nella ricostruzione di Ewald è un vero e proprio patto sul rischio, vale a dire un sistema di compensazione basato sul calcolo dei rischi e la socializzazione degli effetti collaterali e dei costi dello sviluppo industriale.*

Así pues, en una sociedad del riesgo la pregunta que nos debemos hacer es: ¿cómo queremos vivir? Esto significa, entre otras cosas, que los juicios sobre el riesgo son por naturaleza juicios que sólo pueden ser descifrados en una relación interdisciplinar (competitiva), porque asumen en la misma medida profundización en la destreza tecnológica y familiaridad con las percepciones y normas culturales.²⁶

Está a se falar, pois, de uma Sociedade globalizada sob o ponto de vista econômico, na qual os problemas e soluções se generalizam cada vez mais, e se referem a ambientes coletivos mais do que individuais, o que impacta as decisões tomadas nesse âmbito, eis que afetam a muitas pessoas e comunidades. Daí o argumento de Gérman Aller:

Es sabido que la globalización también ha hecho lo propio com los infractores penales, quienes delinquen nun país, pero preparan su actividad desde otros, se componen con integrantes de distintas nacionalidades, se guarecen em otros países y transforman en rédito el objeto del crimen también fuera del lugar de comisión del delito. A esto se agregan otras variedades, como realizar delitos sucesivos em multiplicidad de Estados a partir de hechos generadores comunes, tales como las maniobras fraudulentas desde el ciberespacio financiero, dando lugar a redes geopolíticas de mercados criminales, desde las cuales se comercializan distintos productos, servicios y personas. Baste pare ello mencionar el tráfico internacional de drogas, armas y medicamentos, aunque también de personas que son literalmente vendidas: niños, órganos, blancas y trabajadores, retomándose así la vieja compraventa de personas cual si rigiese la esclavitud.²⁷

Na perspectiva de Luhman, por outra via, essa Sociedade de Riscos apresenta-se como um mundo de escuridão no qual a visão

26 Idem, p.13. Vale a pena lembrar outro argumento exposto pelo autor aqui: *Política y sociológicamente, la modernidad es un proyecto de control social y tecnológico por parte del Estado-nación. Talcott Parsons fue el primero en definir la sociedad moderna como una empresa para la construcción de orden y control. En este sentido, las consecuencias —los riesgos— son productos que ponen en cuestión esta afirmación de control por el Estado-nación, no sólo por la globalidad de los riesgos (desastres climáticos o el agujero en la capa de ozono) sino también a través de las indeterminaciones e incertidumbres inherentes a las diagnosis del riesgo.*

27 ALLER, Germán. *La Sociedad del Riesgo*. In Co-responsabilidad social, Sociedad del Riesgo y Derecho penal del Enemigo. Montevideo: Carlos Álvarez-Editor, 2006, p.10. Ver também o texto de BECK, Ulrich. *¿Qué es la globalización? Falacias del globalismo, respuestas a la globalización*, trad. Bernardo Moreno y M.^a Rosa Borrás, Barcelona, Paidós, 2001.

não alcança muito longe, e na qual o risco se apresenta como unida-de de medida civilizatória, razão pela qual o conceito de *segurança* exsurge como contraponto racional e institucional – a despeito de ser uma categoria vazia de sentido em si.²⁸ Tal Sociedade evidencia certo tipo de desenvolvimento que se notabiliza pela dinâmica de criação de riscos de diversas ordens (políticos, difusos, coletivos, individuais não homogêneos, ambientais, de segurança, etc.).

Por tamanha obscuridade e equívocos de perspectivas, a Sociedade de Riscos também gera visibilidades turvas de horizontes possíveis e reais, dando maior destaque àquilo que não se pode fazer do que o que se deveria fazer, e assim gerando os chamados *imperativos de evitação* de que fala Beck.²⁹ E isso porque: *Risk functions like an acid bath in which venerable classical distinctions are dissolved. Within the horizon of risk, the “binary coding” – permitted or forbidden, legal or illegal, right or wrong, us and them – does not exist. Within the horizon of risk, people are not either good or evil, but only more or less risky. Everyone poses more or less of a risk for everyone else.³⁰*

28 LUHMANN, Niklas. *El concepto de riesgo*. In Las consecuencias perversas de la modernidade. Barcelona: Anthropos, 1996, p.123 e seguintes. Luhmann lembra que, aqui, o risco difere do perigo, eis que o primeiro seria o eventual dano produto da decisão humana, enquanto que o segundo apresentar-se-ia como o hipotético dano causado pelo mundo exterior ou entorno (proveniente da natureza); assim a *segurança* deveria representar a aversão ao risco e capaz de evitar o perigo. Tenho em conta que o autor alemão se afasta da concepção que associa o risco à necessidade de segurança a qualquer custo, sustentando que abaixo das condições atuais do mundo não se pode fazer outra coisa que aventurar-se e correr riscos. In LUHMANN, Niklas. *Sociologia del Rischio*. Milano: Bruno Mondadori, 1996, p.131.

29 BECK, Ulrich. *Teoría de la sociedad del riesgo*. Op. Cit., p.214. Em outro texto destaca o autor que: *Los riesgos tan sólo sugieren lo que no debería hacerse, no lo que debería hacerse. En el momento en que los riesgos se vuelven el trasfondo que todo lo abarca para la percepción del mundo, la alarma que provoca crea un ambiente de impotencia y parálisis. Tanto no haciendo nada como pidiendo demasiado, se transforma el mundo en una serie de riesgos indomables. Esto podría llamarse la trampa del riesgo, que es en lo que el mundo puede volverse en la percepción del riesgo.* BECK, Ulrich. *Retorno a la Teoría de la Sociedad del Riesgo*. Op.cit., p.08. Ver também o texto de ADAM, Barbara, BECK, Ulrich and LOON, Joost van. *The Risk Society and Beyond: Critical Issues For Social Theory*. London: SagePublications, Ltd., 2000. Loon lembra que somente é possível entender o risco em termos de processos históricos determinados, isso porque eles não podem ser apreendidos fora de suas materializações particulares ou conjunturais, sejam elas científicas, políticas, econômicas ou culturais (p.42).

30 STRYDOM, Piet. *Risk, Environment, and Society: Ongoing Debates, Current Issues, Future Prospects*. Philadelphia, PA: Open University Press, 2002, p.59. Num outro texto, Beck lembra que: *Risk is not the same as catastrophe, but the anticipation of the future*

De qualquer sorte se pode concordar com a tese de que essa Sociedade se encontra em uma fase de desenvolvimento na qual os riscos sociais, políticos, econômicos e industriais tendem cada vez mais a escapar do controle das instituições republicanas que tem como função gerar e proteger os interesses comunitários, daí a relevância de se saber quem são os protagonistas e atores públicos que estão encarregados dessa tarefa, e como a desempenham, a partir de que procedimentos, formas de interlocução, transparência e participação.³¹

Em tal quadra histórica, nossos horizontes de cognição e compreensão do que está ocorrendo se distanciam quando deles nos aproximamos com nosso saber sobre o mundo – na expressão de Raffaele De Giorgi.³² Lembra o autor italiano que os códigos racionais da Modernidade de atribuição de sentido da realidade social *deram estrutura às expectativas dos particulares, tornaram objeto de expectativa as próprias expectativas de acesso ao Direito, de cálculo racional das ações tanto dos particulares quanto do Estado. Isso permitiu aos juristas pensar que o progresso da humanidade garantiria aos povos a existência segura e os ampararia em uma grande comunidade do mundo.*³³

-
- catastrophe in the presence. As a result, risk leads a dubious, insidious, would-be, fictitious, allusive existence: it is existent and non-existent, present and absent, doubtful and real. In the end, it can be assumed to be ubiquitous and thus grounds a politics off ear and a politics of prevention. Anticipation necessitates precaution and this obeys, for example, the calculation: spend a cent today, save a Euro tomorrow – assuming that the threat, which does not (yet) exist, really exists.* BECK, Ulrich. *Critical Theory of World Risk Society*. In Constellations, Vol. 16, No 1, 2009. Oxford: Blackwell Publishing Ltda, 2009, p.03. A Cosmopolitan Vision
- 31 Tratei desse tema de forma mais ampliada no livro LEAL, Rogério Gesta. *Estado, Administração Pública e Sociedade: novos paradigmas*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. Veja-se a advertência também de CAMPESI, Giuseppe. *Rischio e sicurezza nella società globale. a proposito dell'ultimo libro di Ulrich Beck*. In Studi sulla questione criminale, IV, n. 2, 2009, p. 03: *Beck si esprime finalmente con chiarezza sulla questione, asserendo di sostenere l'approccio di un realismo riflessivo in base al quale i rischi non sono assunti come dati oggettivi imm modificabili, ma come realtà diversamente tematizzate e rappresentate dal dibattito pubblico.*
- 32 DI GIORGI, Raffaele. *O Direito na Sociedade de Riscos*. In Revista Opinião Jurídica, nº05. Fortaleza: Faculdade de Direito Christus, 2005, p.383.
- 33 Idem, p. 385. Alerta o autor ainda que *o direito dos códigos, que nasceu como direito dos privados, manifestava-se cada vez mais como direito daqueles que Kant chamou de senhores de si mesmos, ou seja, daqueles que tinham interesses a tutelar e dispunham de relativos meios de tutela.*

O problema é que essa razão moderna que fundamentava os códigos normativos de conhecimento e regulação da vida operava também como parasita no interior da apreensão das coisas do mundo e de seu conhecimento, inclusive pela via do Direito, através das variadas multiplicidades das figuras dogmáticas, de suas conexões e elisões, condensando seguranças, aprimorando espaços semânticos de certezas, identidades e estabilidades; motivando representações do futuro como resultado de um projeto social que garantiria condições de vida melhores a todos.³⁴

Esses códigos binários não mais funcionam isoladamente, exatamente porque se tem presente a complexidades das suas relações sociais e institucionais, as quais operam em fluxos e tensionalidades multifacetadas, desafiando os meios tradicionais de interlocução e regulação normativas, daí serem os riscos fenômenos próprios desses espaços, e não exceções, principalmente sob a perspectiva das tomadas de decisões e suas consequências. Nesse sentido, *The meanings of proximity, reciprocity, dignity, justice and trust are transformed within this horizon of expectation of global risks.*³⁵ Trazemos à baila o questionamento de De Giorgi:

Mas o que é apresentado como risco na sociedade do risco? O que está em risco nessa sociedade? O Direito, a política ou a própria sociedade? A que se contrapõe o risco? Qual o outro lado da distinção que um dos

-
- 34 Idem, p.386. É muito elucidativa a lembrança de RORTY, Richard. *Philosophy and the mirror of nature*. Princeton: Princeton University Press, 1979, p.166, no sentido de que já no final do século XIX e início do século XX, pode-se perceber uma virada reflexiva por parte de alguns filósofos ocidentais, dentre os quais Dewey, Nietzsche, Bergson e Dilthey, pois eles provocaram crítica profunda à ideia de *verdade como correspondência e conhecimento como representação*, problematizando a noção kantiana de filosofia como metacrítica de outras ciências. Com tais comportamentos, estes filósofos sugeriram a possibilidade de exploração do mundo e do conhecimento a partir de outros lugares e bases constitutivas, que não a epistemologia, que não a busca de certezas, estruturas e rigor cognitivos imutáveis, deslocando, pois, a filosofia, do posto de Tribunal Último da Razão Moderna.
- 35 BECK, Ulrich. *Critical Theory of World Risk Society*. Op.cit., p.04. Ao fim deste texto Beck exagera em sua perspectiva de esgotamento do modelo econômico hegemônico fomentado pela globalização, chegando a dizer que *And what was unimaginable just a few years ago is now becoming a real possibility, i.e. the iron law of the globalization of the free market is in danger of collapsing and with it the associated ideology* (p.13). Discordamos desta previsão redentora do autor, eis que, ao contrário, o capitalismo tem provado desde longa data sua capacidade de regeneração adaptativa a novos cenários históricos e sociais, infelizmente para pior.

*lados é a Sociedade de Riscos? Segurança? Estabilidade? Compaixão? Ordem? Ou ainda: racionalidade, crítica, reflexão? O risco da sociedade do risco é uma questão que interessa às operações da estrutura da sociedade ou uma questão relativa ao caráter das descrições da semântica, por meio das quais a sociedade observa-se?*³⁶

Ou seja, a Sociedade do Risco é a Sociedade Moderna em estado latente de transformação, em toda a complexidade que pode ser compreendida enquanto fenômeno mais do que fatos e atos (individuais, coletivos e difusos), decorrente da correlação irrefreável entre contingência, complexidade e informação.

Revela-se, pois, imprescindível o reconhecimento da natureza mutante da Sociedade Moderna, em face até das causas e consequências incontáveis das transformações nas quais se vê envolvida – ora sendo protagonista, ora sendo espectadora –, oportunidade em que nos damos conta das insuficiências de alguns paradigmas e conceitos estratificados pelo tempo sobre os sentidos e rumos das relações que nela se entabulam (institucionais, sociais e intersubjetivas), notadamente aqueles que pretenderam controlá-las pela via da regulação comportamental (lícito/ilícito, crime/castigo). E isso se dá porque *a sociedade não tolera verticalidade ou hierarquia, não tolera ideias normativas ou limites externos. O limite da sociedade é o mundo e o mundo é o horizonte de possibilidades. Horizonte dentro do qual aquilo que é possível pode sempre ser atualizado. O mundo expande-se com a expansão da sociedade, ou seja, com a expansão da comunicação social.*³⁷

36 DI GIORGI, Raffaele. *O Direito na Sociedade de Riscos*. Op.cit., p.386. *O risco condensa uma simbiose particular entre futuro e sociedade; ele permite construir estruturas nos processos de transformação dos sistemas, especificar as emergências de ordens nas estruturas dos sistemas. O risco é, na realidade, uma construção da comunicação que descreve a possibilidade de arrepende-se, no futuro, em relação a uma escolha que produziu dano que se queira evitar. O problema é que o risco estabelece a necessidade de um cálculo do tempo segundo condições que nem a racionalidade, nem o cálculo da utilidade, nem a estatística podem fornecer indicações úteis. Nestas condições de não-saber, aquilo que realmente pode-se saber é que cada redução ou minimização do risco aumenta o próprio risco.* (p.389).

37 Idem, p. 387. *Por tais razões, a contínua auto-instabilização – aquilo que continuamente é outro – torna muito grave o problema do presente, mas também a questão do futuro. O presente não pode mais ocultar seu paradoxo constitutivo que o torna um tempo em que não há tempo. O presente adquire o caráter de um valor limite que marca a diferença entre passado e futuro. Do mesmo modo, o futuro, a dimensão temporal da-*

Mesmo não se caracterizando como teórico da Sociedade de Riscos, Rorthy amplia essa discussão ao sustentar que é preciso tomar o conhecimento – dentre os quais o conhecimento jurídico – como algo que decorre de processos de diálogos e de práticas sociais, mais do que como espelho da natureza, impondo-se a superação de concepções que se pretendem isoladas das práticas sociais que forjam as possibilidades de todo o conhecimento.³⁸

Com base em tais reflexões é que se pode dizer que a Teoria do Conhecimento no âmbito da filosofia positiva (e reflexamente no positivismo jurídico) apresenta-se com o firme propósito de restringir as possibilidades das ações cognitivas, eis que está preocupada em encontrar *foundations to which one might cling, frameworks beyond which one must not stray, objects which impose themselves, representations which cannot be gains aid.*³⁹ E por que isso se dá? Pelo fato de que:

*O culto da racionalidade da escolha e da conduta é em si mesmo uma escolha, uma decisão de dar preferência à ordem sobre a surpresa, à constância de resultados sobre a sucessão aleatória de perdas e ganhos. Ela repudia a contingência e glorifica a ausência de ambiguidade. Além disso, apresenta a clareza plena do mundo da vida e uma chance de ganhos sem o risco de perdas como possibilidade real e um propósito sensato pelo qual lutar. Promete um mundo livre de incerteza, de tormentos espirituais, de hesitações intelectuais.*⁴⁰

Não há mais ambiente para estas posturas reducionistas de cognição, compreensão e ação/intervenção social, evidenciando-se como fática e histórica a insuficiência da percepção das relações sociais como amoldadas aos códigos binários de comportamentos.

De qualquer sorte, e tomando todos os cuidados para que este conceito de Sociedade de Riscos não justifique expansionismos nor-

quilo que pode ser outro, põe continuamente o presente diante da necessidade de dispor de vínculos que delimitam a possibilidade do ser outro, que tornem o presente objeto de expectativa, de modo que, qualquer que seja o evento, saiba-se agir.

38 Diz textualmente o autor que *if we see knowledge as a matter of conversation and of social practice, rather than as an attempt to mirror nature, we will not be likely to envisage a meta practice which will be the critique of all possible forms of social practice.* RORTHY, Richard. *Philosophy and the mirror of nature*. Op.cit., p.171.

39 Idem, p.315.

40 BAUMAN, Zygmunt. *Modernidade e Ambivalência*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1999, p.236.

mativos e estatais de redução de direitos ou violação de garantias conquistadas a duras penas (Direitos Fundamentais, Devido Processo Legal, Ampla Defesa, Contraditório em processos e procedimentos judiciais ou administrativos, etc.), em nome da insegurança gerada por níveis elevados de violência e criminalidade social (alguns até exageradamente potencializados inclusive pelos meios de comunicação de massa), tenho que se pode reconhecer como verossímil a percepção de precariedade do presente e futuro da Democracia, em face dos riscos permanentemente existentes a ela e sua cidadania. Não que todos esses riscos representem catástrofes demiúrgicas, mas todos são preocupantes porque colocam em situação de instabilidade (uns mais que outros) a ordem democrática.

Afinal, como lembra Beck, *global risks enlarge our existential horizons by integrating (at least for a moment) other things and other people and the reality of suffering and destruction across border sand divides into our lives.*⁴¹ Isso significa que, inclusive em termos normativos/legais, o princípio do reconhecimento dos outros como iguais entre si – fundamental para o enfrentamento da Sociedade de Riscos – envolve a necessidade de se ter certo cosmopolitismo legal diante dos riscos que são cada vez mais globais⁴². E isso não se afigura como mera questão de hospitalidade civilizatória entre os povos e cidadãos, mas indispensável para se fazer frente aos efeitos colaterais, por vezes incontrolláveis, dos riscos, e das decisões que são tomadas por causa deles. Como diz Martin Douglas:

The interests of vulnerable members of other societies are placed on a higher footing than the interests of co-nationals on the basis of a universal human right of inviolability. Global risks produce harms

41 Idem, p.06. É interessante que Beck lembra, por outro lado, existirem determinados riscos e catástrofes as quais, apesar de ocorrerem em tempo real, com evidências de imagens e sons veiculados pela mídia no momento em que estão acontecendo (guerra do golfo pérsico, por exemplo), parece que não dizem respeito ao cotidiano das pessoas. Refere o autor, citando Kevin Robins: *The screen exposes the ordinary viewer to harsh realities, but it screens out the harshness of those realities. It has a certain moral weightlessness: It grants sensation without demanding responsibility, and it involves us in a spectacle without engaging us in the complexity of its reality.* BECK, Ulrich. *Critical Theory of World Risk Society*. Op.cit., p. (p.06).

42 Daí referir Beck que *The principle that international law precedes human rights which held during the (nation-state) first age of modernity is being replaced by the principle of the (world society) second age of modernity, that human rights precedes international law.*

*that transcend national borders. Thus cosmopolitan law of risk is possible only if the boundaries of moral and political communities can be redefined so that the others, strangers and outsiders are included in the key decisions which jeopardize and violate their existence and dignity.*⁴³

Por outro lado, essa perspectiva sociológica tem a seu favor também o fato de reconhecer que muitas das tradicionais escolas e teorias sociológicas contemporâneas *has lost its sense of the historical dimension and fundamental discontinuous change of society*⁴⁴, e em face disso deixam de contribuir para o alargamento necessário das pesquisas nesses campos, sofrendo certo tipo de abstinência sobre a história social que acarreta déficits significativos de imaginação sociológica-histórica (*stunting of sociology's historical imagination*⁴⁵). Sem sobra de dúvida que isto afeta a capacidade de diagnóstico das condições antecipatórias das catástrofes (os riscos), e dos danos provocados por elas, o que, por sua vez, afeta as possibilidades de ações preventivas eficazes contra os mesmos. Vale a pena a lembrança de Campesi:

Rischio, sostiene Beck, non è sinonimo di catastrofe. Esso è piuttosto una anticipazione della catastrofe: i rischi sono sempre eventi futuri che forse ci attendono, che ci minacciano. Ma poiché questa minaccia permanente determina le nostre aspettative, occupa le nostre menti e guida le nostre azioni, diventa una forza politica che cambia il mondo. In questo senso il rischio è sempre una messa in scena della catastrofe futura, è presentificazione della catastrofe. La realtà stessa del rischio si manifesta nel fatto che i rischi vengano discussi, essi non

43 Douglas, M. and Wildavsky, A. *Risk and Culture*. Oxford: Blackwell, 2002, p.56. Há um outro texto já sobre fatos que tem se apresentado na Sociedade de Riscos que é o de KUHN, Kathryn E. § MCGUIRE, Dyan. *Restricting Criminogenic Information: Toward a Balanced Approach to Limiting the First Amendment in Favor of Crime Control*. In *Internet Journal of Criminology*, vol.21, Março de 2013, www.internet-journalofcriminology.com, acesso em 22/09/2015, discutindo as necessárias medidas judiciais restritivas do direito fundamental da livre expressão nos EUA em face dos veículos de mídia que divulgam guias de cometimento de crimes à comunidade.

44 Idem, p.61. Em face disto Beck alerta para o fato de que: *As a result, it is neither equipped nor inclined to fulfil its proper task of understanding and situating the current transformation of its research object in the social-historical frame and thus to offer a diagnostic perspective on the epochal signature of the new era of Second Modernity.* BECK, Ulrich. *Critical Theory of World Risk Society*. Op.cit., p.07.

45 Idem.

*esistono di per se stessi, l'oggettività di un rischio è il prodotto della sua percezione e della sua messa in scena.*⁴⁶

Na medida em que não atentamos para os fatores que constituem perigos mediatos e imediatos à sustentabilidade, legalidade e legitimidade das relações sociais e institucionais, por adotarmos perspectivas restritas de compreensão destes fenômenos, as possibilidades de violações de direitos e garantias se radicalizam e se tornam mais factíveis. Por isto Beck ressalta a importância **da tomada de consciência por parte da Sociedade dos estados de riscos iminentes em que se vive, única forma de se criar a utopia da construção de outra modernidade – aqui entendida como ideia regulatória de meta a ser atingida** –, razão pela qual se afigura importantíssimo que a Comunidade assuma sua condição de risco como possibilidade de abertura à construção de uma vida melhor.

Sob esta perspectiva é preciso analisar com cuidado a afirmação de De Giorgi, quando vaticina que: *Dessas considerações deveria restar claro que a alternativa do risco não é, certamente, a segurança. A ideia de segurança nega a contingência....Aquilo que podemos saber da experiência é que o incremento das medidas de segurança produz o incremento do risco*⁴⁷, eis que uma das formas possíveis de se lidar com determinados riscos – como o da criminalidade corruptiva, por exemplo –, é a de aplicar toda a capacidade de cognição e compreensão alargada e multidisciplinar sobre tais comportamentos complexos para **tentar** administrar a gestão das suas causas e consequências. E parece ser isso que o autor italiano refere mais adiante, ao dizer que *se nos liberamos do fascínio ilusório e ameaçador proveniente da ideia de segurança e, como alternativa ao risco inerente às decisões do sistema, consideramos o perigo como possibilidade de verificação de um dano no futuro que uma outra decisão não poderia evitar, então, poderemos ver que na sociedade moderna, se produz redução do perigo e incremento do risco.*⁴⁸

46 CAMPESI, Giuseppe. *Rischio e sicurezza nella società globale. A proposito dell'ultimo libro di Ulrich Beck*. Op.cit., p.05.

47 DI GIORGI, Raffaele. *O Direito na Sociedade de Riscos*. Op.cit., p.389. Sobre os custos de gestão da Sociedade de Riscos ver o texto de SUSTEIN, Cass R. *Risk and reasons: safety, law and the environment*. Cambridge: Cambridge University Press, 2002.

48 Idem, p.390. Temos consciência da atribuição de sentido que Luhmann dá à expressão

Eis os campos de advertências importantes nos quais a Teoria da Sociedade de Riscos tem operado com grande êxito, chamando a atenção para o fato de que urge desenvolver instrumentos de avaliação, contenção e responsabilização dos riscos de determinadas relações e atos sociais, institucionais e interpessoais, a partir da premissa de que estejam conectados por múltiplas variáveis que constituem sistemas e cadeias complexas de interações de multi-níveis (econômico, político, cultural).⁴⁹

Veja-se que a intervenção dos meios de comunicação hoje responde por parcela significativa de produção de sentidos dos Riscos e Perigos da Sociedade contemporânea, não somente no que diz com a cobertura de fatos e eventos relacionados a isso, mas vai mais além, na medida em que cria juízos de valor sobre estas questões. A partir disto afigura-se inexorável que essa Sociedade tenha sua percepção e reação muito condicionadas pela posição de preponderância argumentativa e persuasiva das mídias hegemônicas.⁵⁰ Como nos diz Joan Corral e Mercedes García, *esta percepción no surge por generación espontánea, sino que tiene sus entrañas en la elaboración y difusión de la información que presentan los medios de comunicación.*⁵¹

Na perspectiva luhmaniana, a Sociedade Moderna está constituída por sistemas de funcionalidades diferidas que se acostumaram a lidar com os riscos autogerados pelas relações sociais somente nos termos de suas lógicas internas (a economia lida com os temas envolvendo a questão dos preços, a política no que diz com a questão

perigo, derivado do meio ambiente, e de risco como fruto da decisão humana, mas isso não interfere na reflexão que estamos propondo aqui. Ver LUHMANN, Niklas. *Sociologia del Rischio*. Op.cit., em especial a partir da p.31.

49 Não estamos aderindo aqui à tese fatalista beckeriana de que a sociedade contemporânea está marcada pela onipotência dos perigos que têm eliminado as zonas até então protegidas pela modernidade, gerando impotências cognitivas e reativas a este estado de coisas, tão somente reconhecendo a complexidade destes cenários e que eles reclamam atenção e reflexão atenta.

50 Ver o trabalho de IGLESIA, Juan Luis Gonzalo. *La Teoría de la Comunicación de Riesgo*. In III Congreso AE IC: Comunicación y Riesgo, Tarragona. 18-20 enero de 2012. Versión on line: http://www.aeic2012tarragona.org/comunicacions_cd/ok/281.pdf, acesso em 18/04/2016.

51 CORRAL, Joan Botella § ARÁN, Mercedes García. (Dir.). *Malas noticias. Medios de comunicación, política criminal y garantías penales en España*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2008, p.19.

das maiorias e minorias, a lei no que tange à questão da licitude e ilicitude, a ciência no que diz com a verdade, etc.), e por isso tem dificuldades em enfrentar riscos de natureza complexa e multidisciplinar, como por exemplo os que ameaçam o meio ambiente (e agrego aqui os temas correlatos à corrupção).⁵² Daí porque Luhmann conecta o risco à tomada de decisões, eis que toda a escolha implica a seleção de distinções de risco.

Mas longe de ser alarmista em face dos riscos existentes, Luhmann tem presente que os debates sobre esses temas se constituem e se instituem na Sociedade atual como elementos próprios da natureza complexa que a distingue e, portanto, reclamam cognição e compreensão desapassionada, haja vista que inexistem condutas livres de risco. Com tal postura, Luhmann não opera com a mesma lógica do risco enquanto inexorável negativo das relações sociais e institucionais contemporâneas, como quer Ulrich Beck⁵³, postulando por enfrenta-lo enquanto fenômeno sociológico passível de tratamento racional.

Esses riscos multifacetários e de trabalhoso controle preventivo não se submetem às formas tradicionais de tratamento de perigos/ilícitos, fundados em cálculos e previsões lineares e recorrentes, revelando-se, ao contrário, como objetos e cenários de não-saber, fazendo com que determinada Sociedade de Riscos (e há muitas) reclame adequações culturais e de políticas conformadas complexamente. *Lo strutturarsi della società del rischio tende a sostituire il principio del laissez-faire, bilanciato dalle tecniche compensative dell'assicurazione, con il principio della prevenzione in cui la decisione politica interviene ogni qual volta venga tematizzato un pericolo indipendentemente dalle tecnologie di calcolo delle probabilità.*⁵⁴

52 Ver o texto LUHMANN, Niklas. *El concepto de riesgo*. Op.cit.

53 BECK, Ulrich. *Modernización Reflexiva. Política, tradición y estética em el orden moderno*. Madrid: Alianza Universidad, 2001.

54 CAMPESI, Giuseppe. *Rischio e sicurezza nella società globale. A proposito dell'ultimo libro di Ulrich Beck*. Op.cit., p.08. Beck ainda alerta para o fato de que: *The more overtly global risks elude the scientific methods for calculating them, the more influential becomes the perception of risk. The distinction between real risks and the perception of risk becomes blurred. Who believes in a risk and why does it become more important than the sophisticated probability scenarios of the experts*. BECK, Ulrich. *Critical Theory of World Risk Society*. Op.cit., p.10.

É preciso ter em conta que os riscos não existem de forma autônoma e independente, mas são fruto, sempre, de tensões e conflitos decorrentes das relações entre aqueles que poderiam efetivamente evita-los, e os chamados involuntários consumidores de perigos que não tem oportunidade nem vez para se manifestar sobre as decisões para quem esses perigos se apresentam como efeitos colaterais não intencionais invisíveis. Daí a arbitrariedade e autoritarismo das escolhas privadas e públicas com escalas de afetação de riscos – notadamente a hipossuficientes – que são tomadas sem as cautelas preventivas e deliberativas necessárias.

Essa Sociedade de Riscos opera várias situações de insegurança e descontroles pessoais e institucionais, fragilizando ou ao menos colocando em xeque, por vezes, os mecanismos de garantias de direitos – notadamente os estatais, exatamente porque se apresentam com lógica e funcionalidades não antes vistas.⁵⁵

Essa constatação fere letalmente a promessa da Modernidade – já referido anteriormente – no sentido de que a razão humana seria capaz de constituir bases normativas às relações sociais a ponto de assegurar em níveis significativos ordem e segurança, mesmo que através do Estado enquanto detentor da força física legítima para tal mister (argumento parsoniano referido em roda-pé acima).⁵⁶

55 É essa também a característica da chamada Sociedade Reflexiva, enquanto *concepto post-industrial del cual no habían pensado los clásicos como Max Weber*. En la fuente revisada, se afirma que Beck se enfrenta críticamente a las corrientes del postmodernismo em las que se pierde el pensamiento fuerte y la racionalidad, produciéndose un alejamiento del compromiso social. Se asume que Beck, junto a Giddens, defiende un espacio para la sociología reflexiva y que, para no abandonar el análisis crítico frente a los problemas del tiempo presente, se acerca a los problemas de la nueva sociedad, que no son los mismos que describía la sociología de las sociedades anteriores. Además, descubre la complejidad de las relaciones, la desregulación absoluta, la prevalencia del poder y decisión de las corporaciones por el poder económico; una fuente de incertidumbre, inseguridad y riesgos. TRUJILLO, Blanca Zulema Ballesteros. *Relfexión sobre la Teoría de la Sociedad del Riesgo*. In Programa de Doctorado en Ciencias del Desarrollo de CIDES-UMSA, 2008-2010 – www.cides.edu.bo, acesso em 12/08/2015, p.03. Ver também o texto de GIDDENS, Anthony. *Las Consecuencias de la modernidad*. Madrid: Alianza, 1990.

56 Tais cenários efetivamente existem até em face de outro argumento importante lembrado por Beck: *Los riesgos aclarados (u oscurecidos) por expertos al mismo tiempo desarman a estos profesionales, porque fuerzan a cada uno a decidir por sí mismo ¿qué es tolerable todavía y qué ha dejado de serlo? Requieren una decisión sobre si protestar o no y, en caso positivo, cuándo y dónde, incluso si esto sólo se materializa en un boicot*

Ocorre que, em ambiências de riscos como as identificadas, exsurtem respostas/reações radicais (e não satisfativas), para tentar aplacar os sentimentos de impotência em face do que é conjuntural: violência, criminalidade, desrespeito a Direitos Fundamentais, descréditos das representações políticas oficiais, dentre outros. É também por isso que:

A constituição paradoxal dessa sociedade requer um contínuo incremento da seletividade das operações que constituem sua estrutura. Isso leva à emergência de ordens redutivas que tornam possível a experiência concreta. Chamamos essas ordens redutivas de sistemas sociais. Eles emergem em razão da diferenciação social que privilegia evolutiva as ordens que dispõem de estruturas cognitivas, de estruturas capazes de organizar cognitivamente a experiência possível.

*Ordens redutivas cognitivamente orientadas são a ciência, a economia, mas também o direito que através de sua positividade reorganizou cognitivamente sua estrutura. Estas ordens são dotadas de alto potencial adaptativo e, portanto, evolutivo.*⁵⁷

Uma dessas ordens redutivas, em termos de especificidades sistêmicas, é a do Direito Penal, com normas de máxima intervenção, de emergência e exceção, geralmente com formato de tipos abertos, de perigo abstrato, com responsabilidade objetivas, não raro confrontando clássicas garantias processuais e constitucionais. Apesar disso, não chega a ser novidade esta realidade, isto porque, como diz Mir Puig, *todo Derecho penal responde a una determinada Política criminal, y toda Política criminal depende de la política general propia del Estado a que corresponde.*⁵⁸

intercultural organizado de consumidores. Estos temas ponen en cuestión la autoridad de lo público, las definiciones culturales, la ciudadanía, los parlamentos, los políticos, la ética y la autogestión. BECK, Ulrich. *Retorno a la Teoría de la Sociedad del Riesgo.* Op.cit., p.09.

57 DI GIORGI, Raffaele. *O Direito na Sociedade de Riscos.* Op.cit., pp.387/388. Agrega o autor que: *Também o direito é um vínculo do tempo, uma modalidade de controle do futuro do ponto de vista da diferença lícito/ilícito. O direito, todavia, não pode proibir o risco. Diante do risco, o direito manifesta seus limites e deve recorrer a estratégias que reduzam o risco do tratamento jurídico do risco.* (p.391)

58 PUIG, Santiago Mir. *Constitución, Derecho penal y globalización.* In *Nuevas Tendencias em Política Criminal.* Buenos Aires: B. de F-Reus, 2006, p.116. Aller agrega a isto que *esto condice com la moderna concepción de los nuevos prototipos de delito, que no son yalos crímenes sangrantes, tocables, visibles, sino los imperceptibles a simples*

Aliás, sob a perspectiva filosófica igualmente se pode sustentar estes argumentos:

*Secondo Luhmann lo strumento giuridico per amministrare il rischio è stato quello della “responsabilità oggettiva”. La diffusione dei rischi, soprattutto quelli legati alla diffusione delle tecnologie industriali, ha messo in crisi la possibilità di stabilire delle inferenze causali certe in base alle quali avviare dei processi di imputazione di responsabilità. Il principio dell’imputabilità per colpa renderebbe inutilizzabile il sistema giuridico nel governo dei rischi poiché di fronte alle limitazioni razionali del controllo di causalità nessuno sarebbe chiamato a rispondere delle conseguenze delle sue decisioni.*⁵⁹

Estamos de acordo com o argumento de que tampouco o Direito consegue imunizar-se dos riscos do Direito na Sociedade contemporânea em que fragilizam-se figuras dogmáticas tradicionais (segurança jurídica, direito adquirido, ato jurídico perfeito, coisa julgada), desenvolvendo-se novas outras que buscam impor outros cenários de controle dos riscos (autorização de escutas telefônicas, quebra de sigilos fiscais, financeiros, telemáticos), muitos deles transitando em linhas tênues de garantias e, ou, violações de Direitos Fundamentais, Individuais e Sociais.⁶⁰ Mas isto de igual sorte é próprio da Sociedade de Riscos, na qual o desafio é constante para os fins de equalizar direitos e garantias em face da segurança⁶¹ e da ordem coletiva artificial e sistemicamente buscadas.

vista, como lo concerniente a la corrupción económica y del poder, los delitos contra la Administración y la hacienda pública. ALLER, Germán. *La Sociedad del Riesgo.* Op. cit., p.21.

59 GALLI, Carlo. *La guerra globale.* Roma: Laterza, 2012, p.58.

60 Por isso DI GIORGI insiste com a tese de que *o direito fornece sempre menos garantias contra as desilusões, enquanto o acesso ao direito torna-se um acesso de risco. O problema mais grave que o sistema jurídico deve enfrentar é o fornecido pela dificuldade do sistema jurídico de aceitar suas próprias condições de risco.* DI GIORGI, Raffaele. *O Direito na Sociedade de Riscos.* Op.cit., p.392. Ver o excelente texto de MUÑOZ, Jaime Rodríguez-Araña. *Cuatro estudios de Derecho Administrativo Europeo: Derechos Fundamentales, Subsidiariedad, Subvenciones y Administraciones Publicas.* Madrid: Comares, 2016.

61 Vale lembrar o argumento de GIDDENS, Anthony. *Las Consecuencias de la modernidad.* Madrid: Alianza, 1990, p.43: *Pode-se definir segurança como uma situação na qual um conjunto específico de perigos está neutralizado ou minimizado. A experiência de segurança baseia-se geralmente num equilíbrio de confiança e risco aceitável.*

Afinal, como adverte Habermas, *tutte le norme sociali devono essere sottoponibili in ogni momento a indagine critica e a eventuale revisione, che si devono esaminare le loro conseguenze utilizzando ogni sapere scientifico disponibile*.⁶² Quero dizer com isso que qualquer conhecimento que se reflete sobre si mesmo – como o Direito – não pode mais afastar do conceito de racionalidade o interesse da razão à emancipação humana, decorrendo daqui o pressuposto de que a racionalidade da argumentação crítica não se deixa isolar em um âmbito específico, mas decorre também de escolhas sociais.

Buman já alertava sobre isso ao lembrar que cada resolução de problemas em sociedade complexas tende a gerar novos problemas, pois, *perseguindo um remédio específico para uma inconveniência específica, a ação induzida pelo especialista está fadada a desequilibrar tanto o ambiente sistêmico da ação quanto as relações entre os próprios atores. É o desequilíbrio artificialmente criado que se sente mais tarde como um problema e é visto assim como garantia para a formulação de novos propósitos*.⁶³ O importante é que as ações de enfrentamento das causas e consequências da Sociedade de Riscos tenham presente os compromissos com os Direitos e Garantias Individuais e Sociais conquistados, e mecanismos de controle e visibilidade democráticos correspondentes.

Por isso Raffaele Di Giorgi insiste que o Direito é o sistema de produção e de controle seletivo da contingência que caracteriza as relações sociais, dessa contínua possibilidade de outras possibilidades. Isso significa que o direito passa a operar em condições de alto

risco: risco de que as opções feitas no presente não se apresentem como as mais adequadas no futuro.⁶⁴

Essa posição de Di Giorgi vem ao encontro das circunstâncias e contingências próprias dos cenários pós-modernos de que estamos falando, identificado como tecido social com elevadíssimo grau de complexidade e novidade dos problemas individuais e coletivos que aí se apresentam, sendo implausível recorrer a alguma receita ideológica ou legislativa previamente elaborada para se obter soluções definitivas, mas, pelo contrário, impõe-se a abertura para múltiplas possibilidades, para que cada posição divergente demonstre a parcela de razão que lhe cabe e a superioridade de uma frente às demais, em dada situação particular, tudo mediado e explicitado por suas razões e argumentos de justificação e fundamentação.⁶⁵ Por tais fundamentos que Di Giorgi assevera:

*Nessa situação, portanto, a razão clássica sustentada pela lógica binária, vai desarmada de encontro ao tempo. Nem a regularidade, nem a calculabilidade podem socorrê-la. A precariedade da razão deve ser assumida como ponto de partida. O risco, destarte, é uma modalidade secularizada de construção do futuro. Já que a perspectiva de risco torna plausível pontos de vista diferentes da racionalidade, na condição de que esses sejam capazes de rever os próprios pressupostos operativos e na condição de que haja tempo para efetuar esta revisão, esta perspectiva é típica da sociedade moderna.*⁶⁶

Essa é uma constatação importante na Sociedade de Riscos, pois a lógica que a constitui e movimenta não é linear, tampouco concêntrica, mas é multidirecional e aberta a tensões e conflitos imensamente complexos, interativos com demandas e expectativas dispersas no tecido social internacional, enquanto que as consequências e danos os quais sofre buscam ser tratados pelo Direito

62 HABERMAS, Jürgen. *La crisi della razionalità nel capitalismo maturo*. Roma-Bari: Laterza, 1980, p.39. A bem da verdade o autor alemão, desde o texto *Conhecimento e Interesse e Técnica e Ciência como Ideologia*, já demonstrava que as ciências empíricas não podem pretender o monopólio do saber científico, porque a sua abordagem da realidade se situa no horizonte de uma possível disposição técnica sobre esta e, portanto, exprime um interesse determinado, qual seja, o de dominar os processos naturais. Em verdade, ele quer destacar que, ao lado das ciências empíricas, há outras formas de saberes não menos rigorosos e racionais, como as ciências hermenêuticas e aquelas crítico-emancipativas (nas quais se vai enquadrar a ciência jurídica mais tarde), que respondem a interesses diversos do interesse meramente técnico, em cujo horizonte se inscrevem as ciências empíricas.

63 BAUMAN, Zygmunt. *Modernidade e Ambivalência*. Op.cit., p.227.

64 DI GIORGI, Raffaele. *Direito, Democracia e Risco*. Porto Alegre: Sergio Fabris, 2000, pág.38.

65 Alerta GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Autopoiese do Direito na Sociedade Pós-Moderna*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997, pág.36, para o fato de que, para solucionar as colisões entre interesses diversos de certas coletividades entre si e com interesses individuais ou estatais tão variados e imprevisíveis em sua ocorrência, não há como se amparar em uma regulamentação prévia exaustiva, donde a dependência incontornável de procedimentos para atingir as soluções esperadas.

66 DI GIORGI, Raffaele. *Direito, Democracia e Risco*. Op.cit., p.197.

com fórmulas e equações típicas de lícito/ilícito, culpa, dolo, imputação subjetiva, responsabilidade pessoal, etc., e por certo que os resultados não serão positivos sob o ponto de vista da inclusão social.

III Notas Conclusivas

A inexistência de políticas públicas adequadas aos contextos da Sociedade de Riscos tem oportunizado a migração do desejo de igualdade à segurança em parte significativa das comunidades – mesmo as mais subdesenvolvidas; e isso porque *as pessoas sentem medo* de ambiências que não controlam e sobre as quais sabem pouco, notadamente quando associadas à violência física e ilegítima praticada por agentes públicos e privados. Esse sentimento de medo encontra-se fluído em relações interpessoais e institucionais, marcado por níveis agudos de desconfiança em expectativas geradas/prometidas pela racionalidade moderna, e diz respeito também, como quer Bauman, em não conseguir garantir o futuro, em não conseguir trabalho ou ter algum sustento, em não conseguir lugar nas estruturas sociais instituídas, e mesmo pela integridade física.⁶⁷

Por outro lado, como recentemente lembrado em editorial do jornal do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais⁶⁸, no Brasil, por exemplo, a delinquência econômica provoca perturbadoras reações de ódio, aprofundadas pelas nossas históricas desigualdades sociais, agudizando ainda mais o clima de instabilidade política governamental. Ou seja, sentimentos de aversão – por vezes beligerante/violenta – de muitos que muito pouco tem em face de poucos que muitos possuem, gerando conexões de combustão perigosa, pois vão aflorando cismas geracionais entre indivíduos estratificados socialmente como ricos e pobres, cultos e incultos, criminosos e cidadãos,

67 BAUMAN, Zygmunt. *Medo Líquido*. Rio de Janeiro: Zahar, 2008, p.45. Ver o texto de CHITTÓ GAUER, Gabriel J. e CHITTÓ GAUER, Ruth M. *A fenomenologia da Violência*. Curitiba: Juruá, 2008. Veja-se que este tipo de sentimento e postura tem fomentado reações bárbaras contra a humanidade, como xenofobias, preconceitos raciais e de gênero, por vezes até justificando, para alguns, o retorno de Estados de Exceção e Força como substituição da Democracia. Ver o texto de AGAMBEM, Giorgio. *Estado de Exceção*. São Paulo: Boitempo, 2004.

68 Estamos nos referindo ao Boletim nº274, ano 23, de setembro de 2015, do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, p.01. São Paulo: IBCCRIM, 2015.

amigos e inimigos. A partir desses confrontos não há como deixar de reconhecer estarmos vivendo em um mundo híbrido, como quer Bruno Latour⁶⁹, constituído de percepções culturais, juízos de valor, políticas e tecnologias, aspectos inseparáveis de nosso cotidiano, e por isto, enquanto conjunto, elementos necessários à compreensão adequada das dinâmicas operadas (intersubjetivas e institucionais), e mesmo à forma com que a Sociedade Híbrida observa, descreve, valora e critica sua própria hibridade.

O problema é que em tais cenários o medo facilmente se transforma em ódio, e este em violência – física e simbólica –, fazendo surgir estados de exceção à ordem e paz social tão almejados pelo sistema jurídico e mesmo pela Sociedade como um todo, violando Direitos Humanos e Fundamentais. A questão é, a que custo? Quem paga a conta de que ordem, segurança e paz social? A quem benéfica esta lógica securitária? Daí a advertência de Leonardo Ordoñez:

En este sentido resulta esclarecedora la idea de que es necesario proteger al Estado de Derecho no sólo de sus agresores sino también de sus autoproclamados defensores, pues tratar de luchar contra el miedo ha generado en gran medida más miedo, así la lucha contra el enemigo termina sirviendo para justificar la construcción de muros, el trazado de líneas fronterizas, el diseño de armamentos más sofisticados, la producción de identidades ficticias, la búsqueda de chivos expiatorios sobre los cuales descargar la furia de la venganza.⁷⁰

Na medida em que se constroem discursos e descrições da realidade fomentadores de convicções de que um setor da Sociedade (fragmento) se encontra em perigo e necessitado de proteção em face de grupos de pessoas ou instituições, ou eventos, ameaçadores à ordem e segurança oficiais estabelecidas, a primeira conclusão à arquitetura societária desenhada é a neutralização/extinção das ameaças detectadas.⁷¹ Lembra María Böhm que estes casos (como os de terrorismo, crime organizado, ofensores sexuais) são primeiro apre-

69 LATOUR, Bruno. *We Have Never Been Modern*. Op.cit., p.32.

70 ORDOÑEZ, Leonardo. *La globalización del miedo*. In <http://res.uniandes.edu.co/view.php/284/view.php>, Revista de Estudios Sociales, nº25. Diciembre de 2006, p. 100. Acesso em 18/04/2016. Grifo nosso.

71 Ver excelente texto de BÖHM, María Laura. *Securitización y política criminal actuarial*. In IBCCRIM – Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, nº274, ano 23, de setembro de 2015. São Paulo: IBCCRIM, 2015, p.04 e seguintes.

sentados como problemas sociais; depois, como problemas políticos; em seguida, como problemas de segurança, até chegar ao ponto de serem concebidos como ameaças existenciais a serem combatidas energeticamente e eficazmente, reclamando medidas extremas, com apoio e mesmo reivindicação de uma Sociedade amedrontada e com ódio daqueles que instabilizaram suas vidas organizadas e tranquilas.⁷²

É inexorável reconhecer que em tais condições deficitárias de compreensão destes fenômenos da Sociedade de Riscos, instituidores de complexas e tensas relações multifacetárias entre indivíduos e instituições, é mais fácil reduzir aqueles problemas a fáceis soluções, como as ofertadas pela criminalização marginalizante do sistema jurídico e suas consequências perigosas.

Mas essa não é a melhor solução, pois de nada adianta criarmos Estados de Segurança em face das consequências de modelos de Estado, Sociedade e Mercado não repensados a partir de suas bases constitutivas e operantes, eis que seguramente não vão minimamente se ocupar das causas retro alimentadoras das autofagias civilizatórias indicadas acima.

O desafio é encontrar equilíbrios – conjunturais – entre direitos e garantias individuais e sociais à gestão de interesses por vezes tão distintos que transitam pela comunidade (nem todos lícitos, é verdade), dando primazia, igualmente ponderada, aos interesses públicos indisponíveis já catalogados pela ordem jurídica vigente. Mesmo assim, a cada momento, conflitos poderão existir, e respostas a eles serão dadas tendo em mente o que for ao encontro dos compromissos constitucionais assumidos pela cidadania enquanto República.

72 Beck lembra que: *In the 'circle of globalization', the 'needs' of the world market and the 'good intentions' of a society of world citizens combine with a chain of 'unintended side effects' to form a civil-military-humanitarian threat (inclusive of all the dilemmas which this threat raises on all sides)*. In BECK, Ulrich. *The cosmopolitan perspective: sociology of the second age of modernity*. Op.cit., p.86.

IV Referências Bibliográficas

- ADAM, Barbara. *Timescapes of Modernity: The Environment and Invisible Hazards*. Londres: Routledge, 1998.
- ADAM, Barbara, BECK, Ulrich and LOON, Joost van. *The Risk Society and Beyond: Critical Issues for Social Theory*. London: Sage Publications, Ltd., 2000.
- AGAMBEM, Giorgio. *Estado de Exceção*. São Paulo: Boitempo, 2004.
- ALLER, Germán. *La Sociedad del Riesgo*. In Co-responsabilidad social, Sociedad del Riesgo y Derecho penal del Enemigo. Montevideo: Carlos Álvarez-Editor, 2006.
- ALONSO, Jesús Javier Alemán. *De la sociedad del riesgo al desmantelamiento del estado de bienestar*. In Revista Dilemata, ano 5, vol.11. Madrid: Dilemata, 2013.
- BAUMAN, Zygmunt. *Medo Líquido*. Rio de Janeiro: Zahar, 2008.
- _____. *Modernidade e Ambivalência*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1999.
- _____. *A riqueza de poucos beneficia todos nós?* Rio de Janeiro: Zahar, 2015.
- BECK, Ulrich. *¿Qué es la globalización? Falacias del globalismo, respuestas a la globalización*. trad. Bernardo Moreno y M.^a Rosa Borrás. Barcelona: Paidós, 2001.
- _____. *La democracia y sus enemigos*. Barcelona: Paidós, 2000.
- _____. *La sociedad del riesgo. Hacia una nueva modernidad*, trad. Jorge Navarro, Daniel Jiménez y M.^a Rosa Borrás, Barcelona, Paidós, 1998.
- _____. *Teoría de la sociedad del riesgo*. In Las consecuencias perversas de la modernidad. AA. VV., trad. Celo Sánchez Capdequí, Barcelona, Anthropos, 1996.
- _____. *De la sociedad industrial a la del riesgo*. In *¿Hacia una sociedad del riesgo?*, AA. VV., trad Alejandro del Río Herrmann. Madrid: Revista de Occidente, n.º150, 1993.
- _____. *La reivindicación de la política: hacia una Teoría de la modernización reflexiva*. In Modernización reflexiva. Política, tradición y estética em el orden moderno. AA. VV. trad. Jesús Alborés. Madrid: Alianza Universidad, 2001.
- _____. *Critical Theory of World Risk Society*. In Constellations, Vol. 16, No 1, 2009. Oxford: Blackwell Publishing Ltda, 2009, p.03.

- ____. *Retorno a la Teoría de la Sociedad del Riesgo*. In Boletín de la A.G.E. N.º 30 – 2000, pág.10, <http://age.ieg.csic.es/boletin/30/01.pdf>, acesso em 19/08/2015.
- ____. *La società cosmopolita. Prospettive dell'epoca postnazionale*. Roma: Il Mulino, 2003.
- ____. *Living in the world risk society*. In Economy and Society. Volume 35. Number 3. August 2006: 329/345. <http://www.tandfonline.com/toc/reso20/current>, acesso em 13/04/2016.
- ____. *The cosmopolitan perspective: sociology of the second age of modernity*. In British Journal of Sociology Vol. No. 51 Issue No. 1 (January/March 2000) pp. 79–105, p.80. ISSN 0007 1315, London School of Economics 2000.
- BÖHM, María Laura. *Securitización y política criminal actuarial*. In IBCCRIM – Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, nº274, ano 23, de setembro de 2015. São Paulo: IBCCRIM, 2015.
- CAMPESI, Giuseppe. *Rischio e sicurezza nella società globale. A proposito dell'ultimo libro di Ulrich Beck*. In Studi sulla questione criminale, IV, n. 2, 2009.
- CHITTÓ GAUER, Gabriel J. e CHITTÓ GAUER, Ruth M. *A fenomenologia da Violência*. Curitiba: Juruá, 2008.
- CORRAL, Joan Botella § ARÁN, Mercedes García. (Dir.). *Malas noticias. Medios de comunicación, política criminal y garantías penales en España*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2008.
- DAHRENDORF, Ralf. *En busca de un nuevo orden. Una política de libertad para el siglo XXI*. Barcelona: Paidós, 2005.
- DI GIORGI, Raffaele. *Direito, Democracia e Risco*. Porto Alegre: Sergio Fabris, 2000.
- ____. *O Direito na Sociedade de Riscos*. In Revista Opinião Jurídica, nº05. Fortaleza: Faculdade de Direito Christus, 2005.
- DOUGLAS, Mary § WILDAVSKY, Aaron. *Risk and Culture*. Oxford: Blackwell, 2002.
- DUKHEIM, Émile. *La division del trabajo social*. Madrid: Akal, 1995.
- GALLI, Carlo. *La guerra globale*. Roma: Laterza, 2012.
- GIDDENS, Anthony. *Sociología*. Madrid: Alianza Editorial, 2001.
- ____. *Las Consecuencias de la modernidad*. Madrid: Alianza, 1990.
- GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Autopoiese do Direito na Sociedade Pós-Moderna*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.
- HABERMAS, Jürgen. *La crisi della razionalità nel capitalismo maturo*. Roma-Bari: Laterza, 1980.
- HARDIN, Edwin Hardin Sutherland. *Principles of Criminology*. Chicago: J. B. Lippincott Co., 1947.
- IGLESIA, Juan Luis Gonzalo. *La Teoría de la Comunicación de Riesgo*. In III Congreso AE IC: Comunicación y Riesgo, Tarragona. 18-20 enero de 2012. Versión on line: http://www.aeic-2012tarragona.org/comunicacions_cd/ok/281.pdf, acesso em 18/04/2016.
- KOMMISSION FÜR ZUKUNFTSFRAGEN. *Arbeitsmarktenwicklungen, Bericht Teill II*. Bonn: Bayerische Staatsregierung, 1997.
- KUHN, Kathryn E. § MCGUIRE, Dyan. *Restricting Criminogenic Information: Toward a Balanced Approach to Limiting the First Amendment in Favor of Crime Control*. In Internet Journal of Criminology, vol.21, Março de 2013, www.internetjournalofcriminology.com, acesso em 22/09/2015.
- LASH, S. *Risk Culture*. In B. Adam, U. Beck y J. van Loon (eds.). *Repositioning Risk*. Londres: Sage, 1999.
- LATOUR, B. *We Have Never Been Modern*. Cambridge: MA, Harvard University Press, 1995.
- LEAL, Rogério Gesta. *Estado, Administração Pública e Sociedade: novos paradigmas*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.
- ____. *Patologias Corruptivas nas relações entre Estado, Administração Pública e Sociedade: causas, consequências e tratamentos*. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2013.
- LUHMAN, Niklas. *Risk: A Sociological Theory*. Nueva York: Aldine de Gruyter, 1993.
- ____. *El concepto de riesgo*. In Las consecuencias perversas de la modernidad. Barcelona: Anthropos, 1996.
- ____. *Sociologia del Rischio*. Milano: Bruno Mondadori, 1996.
- MOLINA, Antonio García-Pablos de. *Manual de Criminología. Introducción y teorías de la criminalidad*. Madrid: Espasa-Calpe, 1988.

MUÑOZ, Jaime Rodríguez-Araña. *Reflexiones sobre el Poder*. In http://www.rodriuezarana.com/pdf/3_2.pdf, acesso em 20/10/2016.

_____. *Cuatro estudios de Derecho Administrativo Europeo: Derechos Fundamentales, Subsidiariedad, Subvenciones y Administraciones Publicas*. Madrid: Comares, 2016.

ORDOÑEZ, Leonardo. *La globalización del miedo*. In <http://res.uniandes.edu.co/view.php/284/view.php>, Revista de Estudios Sociales, nº25. Diciembre de 2006.

PITCH, Tamar. *La società della prevenzione*. Roma: Carocci, 2006.

PRIOR, L. *Repositioning Risk*. In B. Adam, U. Beck y J. van Loon (eds.), *Repositioning Risk*. Londres: Sage, 1999.

PUIR, Santiago Mir. *Constitución, Derecho penal y globalización*. In *Nuevas Tendencias em Política Criminal*. Buenos Aires: B. de F-Reus, 2006.

QUINNEY, Richard. *The Social Reality of Crime*. Boston: Little, Brown and Company, 1980. e o livro *Critique of Legar Order. Crime Control in Capitalist Society*. Boston: Little, Brown and Company, 1992.

ROBERTSON, R. *Globalization: Social Theory and Global Culture*. Londres, Sage, 1992.

RODOTÀ, Stefano. *Differenze sociali e democrazia a rischio*, In <http://www.lolandesevolante.net/blog/2013/08/differenze-sociali-e-democrazia-a-rischio/>, acesso em 09/09/2015.

RORTY, Richard. *Philosophy and the mirror of nature*. Princeton: Princeton University Press, 1979.

SCHÜTZ, A. *Ökologische Aspekte einer naturphilosophischen Ethik*. Frankfurt: Bamberg, 1984.

SOUZA, Luciano Anderson de. *Expansão do Direito Penal e Globalização*. São Paulo: Quartier Latan, 2007.

STRYDOM, Piet. *Risk, Environment, and Society: Ongoing Debates, Current Issues, Future Prospects*. Philadelphia, PA: Open University Press, 2002.

SUSTEIN, Cass R. *Risk and reasons: safety, law and the environment*. Cambridge: Cambridge University Press, 2002.

TARDE, Gabriel. *Las leyes de la imitación*. Madrid: Daniel Jorro, 1907.

TRUJILLO, Blanca Zulema Ballesteros. *Relfexión sobre la Teoria de la Sociedad del Riesgo*. In Programa de Doctorado en Ciencias del Desarrollo de CIDES-UMSA, 2008-2010 – www.cides.edu.bo, acesso em 12/08/2015.

YOUNG, Jock. *A Sociedade Excludente: exclusão social, criminalidade e diferença na modernidade recente*. Rio de Janeiro: Revan, 2002.

CAPÍTULO 2

APROXIMAÇÕES CRÍTICAS SOBRE A FUNÇÃO DO DIREITO NO HORIZONTE DAS TENSÕES ENTRE MERCADO E SOCIEDADE: FRAGMENTOS DO PAPEL DO DIREITO PENAL?

I Notas introdutórias

Pretendemos neste texto tratar do tema que envolve as tensas relações entre o funcionamento do mercado capitalista contemporâneo (lato senso) e suas consequências no âmbito da exclusão social, decorrendo daí determinadas reações de delinquência e violência por parte de alguns grupos sociais.

Esses elementos constituem combustão explosiva no que diz respeito às violações constantes a direitos e garantias individuais e sociais, assim como sentimento de insegurança e vitimização em setores sociais que (de)formam a opinião pública, configurando o que alguns sociólogos e juristas chamam de Sociedade de Riscos.

É preciso entender melhor tais fenômenos para que se consiga avaliar de forma crítica os limites e as possibilidades jurídicas do Direito à recomposição da ordem e segurança de todos, em especial e de forma meramente exemplificativa (o que será aprofundado em outros estudos), as do Direito Penal contemporâneo em Sociedades de Riscos como a que vivemos.

II Capitalismo e insegurança social: alguns paradigmas

Há certa convergência entre os teóricos do capitalismo contemporâneo mais críticos que: *“capitalism is a flawed system that, if its development is not constrained, it will lead to periodic deep de-*

pression and the perpetuation of poverty.”⁷³ E isso por razões absolutamente empíricas mais do que normativas, basta olharmos para as múltiplas crises globais que ele tem causado nos últimos anos. De certa forma as chamadas crises financeiras que tem assolado países desenvolvidos e em desenvolvimento podem ser vistas como sistemáticas, nas quais essas ocorrências podem ser atribuídas como consequências do próprio capitalismo – notadamente em sua forma neoliberal⁷⁴ – sem controle ou com controles de funcionamento deficitários.

Ao lado disto, temos a nítida percepção de Paul Hirst ao advertir para os ricos que a sociedade industrial tem produzido ao longo de sua expansão:

*Industrial society has created many dangers of risks unknown in previous ages. The risks associated with global warming are one example. In the present era of industrialization, the nature of risk has undergone tremendous change. Earlier, there was no absence of risk. But these risks were natural dangers or hazards. There was earthquake, there was epidemic, there was famine and there were floods. But the risks in the modern society are created by our own social development and by the development of science and technology. Sometimes we fail to ascertain the risk involved in a particular aspect of technology. For instance, no one quite knows what risks are involved in the production of genetically modified foods.*⁷⁵

É no âmbito desse capitalismo desenfreado (e sem centro algum) que vão se formatando ações e reações individuais, institucionais e sociais, por vezes ilícitas, mas geradoras de recursos financeiros exponenciais – estamos falando do narcotráfico, da lavagem de dinheiro, dos crimes cibernéticos, ambientais, contra o consumidor, etc. O problema é que o Estado contemporâneo geralmente não está

preparado para tal enfrentamento, principalmente sob a perspectiva preventiva; quiçá em alguns momentos agentes estatais estão cooperando com aqueles ilícitos.⁷⁶

É preciso termos em conta que governo e organizações criminosas, não raro, criam formas de convivência de instáveis equilíbrios, na medida em que as organizações criminosas ajustam suas ações e estratégias de acordo com as políticas públicas que visam lhes enfrentar – muitas vezes contando com a colaboração do próprio Estado. É que as administrações públicas também coordenam suas políticas em função das percepções que tem de prioridades conjunturais e eleitoreiras. Disto decorre que Bailey e Taylor sustentam que: *When governments attempt to control or repress their activities, criminal groups employ various tools and instruments that might be grouped into three categories: evasion, corruption, and confrontation.*⁷⁷

Nesse quadro histórico e político a função do Estado – ao menos no Ocidente – tem sido muito mais a de garantir as condições ideais à expansão do livre mercado, inclusive para interferir o mínimo possível em suas oscilações cíclicas, até sob o argumento de que este Estado não tem condições de lançar mão das informações necessárias para compreender os sinais desse mercado e de seu funcionamento – notadamente em razão da transnacionalidade operacional em que atua, resultando no que Beck preleciona: *Since the companies determine the distribution of labour and income through their investment decisions, they create the basis for inequality, justice, freedom and democracy on a world-wide scale.*⁷⁸

76 Como adverte Silva Sánchez, a comercialização de produtos ou a utilização de substâncias cujos possíveis efeitos nocivos são ainda desconhecidos, e em regra se manifestam depois de realizada a conduta, introduzem importantes fatores de incerteza na vida social. Isto faz com que surja a chamada **multiplicação emocional do risco existente**, pois cada vez mais pessoas introjetam que podem confiar cada vez menos gente e em circunstâncias cada vez mais excepcionais. SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. *L'espansione del diritto penale. Aspetti della politica criminale nelle società industriali*. Milano: Giuffrè-Quaderni di diritto penale comparato internazionale ed europeo, 2004.

77 BAILEY, John e TAYLOR, Matthew M. *Evade, Corrupt, or Confront? Organized Crime and the State in Brazil and Mexico*. In <http://journals.sub.uni-hamburg.de/giga/jpla/article/view/38>, acesso em 03/05/2016, p.04.

78 BECK, Ulrich. *The cosmopolitan perspective: sociology of the second age of modernity*.

73 BELLAMY, Foster and MAGDOFF, Fernand J. *The Great Financial Crisis: Causes and Consequences*. New York: Monthly Review Press, 2009, p.34.

74 Como diz Kotz: *The neoliberal practice of capitalism aimed to work towards higher profits via risk taking, in terms of the housing bubble in the US; the financial institutions made mass amounts of money through risky mortgage selling and other such related transactions*. KOTZ, Martin D. *The Financial and Economic Crisis of 2008: A Systemic Crisis of Neoliberal Capitalism*. In *Review of Radical Political Economics*. 41: 305. DOI: 10.1177/0486613409335093, p.18.

75 HIRST, Paul. THOMPOSON, Graham. *Globalisation in Question*. Cambridge: Polity, 2002, p. 38.

Por tais razões e para garantir o funcionamento desse modelo de mercado, o Estado (notadamente na ótica do neoliberalismo contemporâneo) deve criar mecanismos legais e instituições que protejam integralmente os direitos de propriedade e sua defesa, a partir da formatação de organizações (até policiais) adequadas para tanto, bem como garantindo a inviolabilidade da moeda e do câmbio.⁷⁹ Em face disso, a teoria Keynesiana chegou a sustentar que o papel central do Estado diante de um mercado e uma economia como essa seria o de reduzir os efeitos perversos que criavam, para os fins de proteger aqueles que não se viam incluídos no modelo, e mais que isso, eram marginalizados por ele, justificando assim a experiência do Estado do Bem-Estar Social, por exemplo, que supostamente protegeria o emprego, os meios de sustento digno das pessoas e, ao fim e ao cabo, a própria Sociedade das instabilidades provocadas pelo *laissez faire* do livre mercado.⁸⁰

O novo neoliberalismo agrega distintos argumentos para se auto justificar, como o de que as classes economicamente abastadas estão tendo preocupações e ações de solidariedade inclusiva em face dos segmentos sociais mais pobres e marginalizados, e o próprio mercado, sensibilizado com a desventura de alguns, cria projetos de qualificação e absorção (inclusive ideológica) daqueles sujeitos que se amoldam ao perfil por ele desejado, e também por isso, estratégias como a retirada ou redução da presença do Estado na regulação da economia, a explosão dos processos de privatização e o enfraquecimento político dos Estados do Bem-Estar, sem sombra de dúvidas, estimularam continentes a aderirem às políticas do neoliberalismo (voluntária ou coercitivamente).

Algumas questões que se colocam aqui dizem respeito a tentarmos responder como e porque esse neoliberalismo tem se torna-

do tão amplamente aceito e como isso tem se espalhado em todo o globo?

Os movimentos na direção do projeto neoliberal originam-se a partir das novas elites hegemônicas do capitalismo mundial e se faz possível em face, dentre outras, das políticas de desregulamentação da ordem econômica e das relações de trabalho, como já advertia Bourdieu.⁸¹

Nesse sentido, um dos mais salientes exemplos do que estamos afirmando tem sido o chamado Acordo Multilateral de Investimento⁸², de meados dos anos 1990, instituído para proteger corporações estrangeiras/multinacionais do controle dos Estados Nações, isso porque um dos fundamentos do poder do neoliberalismo advém do fato de que ele serve aos interesses dessas corporações, de seus acionistas que são atraídos pelos grandes lucros de curto prazo às expensas de suas viabilidades a longo prazo, bem como grupos de mercado e proeminentes agentes políticos que invariavelmente provém das mesmas elites. Em outras palavras, esse neoliberalismo

81 BOURDIEU, Pierre. *The Essence of Neoliberalism*. In <https://mondediplo.com/1998/12/08bourdieu>, acesso em 18/01/2016. O autor começa este texto já de forma provocativa dizendo: *As the dominant discourse would have it, the economic world is a pure and perfect order, implacably unrolling the logic of its predictable consequences, and prompt to repress all violations by the sanctions that it inflicts, either automatically or —more unusually— through the intermediary of its armed extensions, the International Monetary Fund (IMF) and the Organization for Economic Cooperation and Development (OECD) and the policies they impose: reducing labour costs, reducing public expenditures and making work more flexible. Is the dominant discourse right? What if, in reality, this economic order were no more than the implementation of a utopia — the utopia of neoliberalism — thus converted into apolitical problem? One that, with the aid of the economic theory that it proclaims, succeeds in conceiving of itself as the scientific description of reality?*

82 Os 29 países mais ricos do mundo, tendo à frente os membros do G7, começaram, em 1995, secretamente (no sentido estrito deste termo, ou seja, no sentido militar) a negociar o Acordo Multilateral de Investimentos (AMI). A negociação foi realizada discretamente entre os governos dos países membros da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE), sem o conhecimento dos cidadãos dos respectivos países nem de seus representantes parlamentares. Havia a vontade manifesta de manter a opinião pública na ignorância. Nos primeiros meses de 1997, cerca de 90% do projeto já tinha a forma que poderia vir a ser definitiva. Ver neste sentido os textos de PERRONE-MOISÉS, Cláudia. *Direito ao Desenvolvimento e Investimento Internacional*. São Paulo: Oliveira Mendes, 1998; THORSTENSEN, Vera. *OMC – Organização Mundial do Comércio: as regras do comércio internacional e a Nova Rodada de Negociações Multilaterais*. São Paulo: Aduaneiras, 2001.

ty. In *British Journal of Sociology*, Vol. 51, Issue No. 1 (January/March 2000) pp. 79–105, p.82. ISSN 0007 1315, London School of Economics 2000, p.94.

79 Ver o texto de DAHL, Robert and LINDBLOM, Charles. *Politics, Economy and Welfare: Planning and Politico-Economic Systems Resolved into Basic Social Processes*. New York: Harper, 1953.

80 Ver o texto de HAYES, Mark. *The Economics of Keynes: A New Guide to The General Theory*. Northampton: MA, 2010.

se torna atrativo para o público referido em face de que um de seus objetivos principais é garantir a competição empresarial a partir de determinados paradigmas de inclusão e exclusão – institucional e social –, ao mesmo tempo que institui níveis inéditos de liberdade pessoal, dando-lhes a oportunidade de criar empresas e adquirir, na falta de termo melhor, o que se pode chamar de uma vida de sonhos (*american dream*).

Sob essa perspectiva é interessante a reflexão de Gray, fazendo a distinção entre o que chama de bom e mau capitalismo, sendo que o primeiro é fundado em nações democráticas onde os custos sociais que as empresas respondem as habilitam enquanto verdadeiras instituições sociais, sem comprometer a coesão da ordem política e econômica em que operam. Esses custos sociais são financiados pela via dos altos tributos que estas empresas pagam nessas sociedades.

Por outro lado, na perspectiva do mau capitalismo, há companhias que nascem no mercado livre, já no modelo neoliberal, com poucas obrigações sociais, conseqüentemente, pagam poucos tributos, e quase independem da sociedade em que se inserem, até em face de suas características especulativas e financeiras. Por óbvio que as companhias que nascem comprometidas com as sociedades em que atuam têm lucros e rendimentos potencialmente muito menores em face daquelas que já nascem em mercados livres e não têm vínculos sociais mais orgânicos e compromissados, e isso tudo vai gerando culturas de mercado menos humanitárias em termos de desenvolvimento social.⁸³

Digamos, por outra via, que essa liberdade de ação que o neoliberalismo assegura à iniciativa privada/corporativa permita o apoderamento desses sujeitos para os fins de levar ao máximo suas potencialidades empreendedoras, a perseguição de determinadas ambições e o aprimoramento de suas condições comportamentais nos espaços que ocupam.⁸⁴ Só há um detalhe aqui, tais benesses são

alcançáveis somente por aqueles que têm condições de autonomia, independência e materiais para escolher tais possibilidades.

Por isso Silva Sánchez esclarece que *Nella società postindustriale, migrazioni, disoccupazioni, conflitti culturali, problemi di articolazione interna determinano una situazione di coesistenza che genera conflitti interindividuali con episodi più o meno espliciti di violenza, in questo contesto, il primo fattore di rischio percepito è costituito dall'Altro.*⁸⁵

E quem é este OUTRO? *Ma l'Altro non è più un singolo individuo, ma è il gruppo, la moltitudine, la società nel suo insieme: sono infatti intere città ad essere considerate "insicure", non i singoli cittadini che abitano in quel contesto.*⁸⁶

Economistas neoliberais chegaram a prever a morte do modelo social democrata da Europa desde que as taxas de desemprego na América do Norte e Inglaterra começaram a cair nos anos 1990 por conta, dizem eles, das políticas econômicas de extrema liberação dos mercados, enquanto que na Europa elas se mantinham em alta ainda, exatamente por decorrência da matriz Social Democrata de suas políticas públicas e normas reguladoras. Nesse período Hutton chegou a sustentar que isso ocorria em face de que tais países insistiam em ignorar as injunções positivas do *laissez faire* econômico, persistindo com suas inflexíveis regras de trabalho e controle de capitais.⁸⁷

Claro que nem parte dos países da Europa Central resistiram ao neoliberalismo em sua totalidade, inclusive alguns deles optaram por estabelecer políticas de restrições ao Estado do Bem-Estar Social, principalmente em face dos limites orçamentários na gestão pública que geraram reavaliações sobre os sistemas de taxas e benefícios a desempregados mais antigos. De qualquer sorte, tais cenários trouxeram positivas aproximações entre os setores públicos e privados para encontrarem estratégias e formas de melhor gerenciamento de crises institucionais, algumas mais compromissadas

83 GRAY, John. *False Dawn: The Delusions of Global Capitalism*. London: Granta, 1998.

84 Neste ponto Ohmae refere que este mercado globalizado foi criando progressivamente a ilusão de um **mundos sem fronteiras** (*borderless world*), caracterizado por não conter qualquer tipo de barreiras a sua operação em ambientes de negócios totalmente livres que poderiam ajudar a criar igualdade e providenciar grandes e qualificadas chances à maior parte da população. OHMAE, Kenichi. *The Borderless*

World: Power and Strategy in the Global Marketplace. London: Harper Collins Publishers, 1990.

85 SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. *L'espansione del diritto penale. Aspetti della politica criminale nelle società industriali*. Op.cit., p.11.

86 Idem.

87 HUTTON, Will. *The World We're in*. London: Time Warner Books, 2002, p.237.

com o desenvolvimento livre do mercado, outras com os direitos e garantias sociais.

Por certo, há estreita relação entre Sociedades e Mercados mais estabilizados por políticas públicas e privadas de inclusão social – e os menos estabilizados – e suas taxas de criminalidade e violência.

Em verdade, o advento do neoliberalismo (e da própria globalização) tem sido acompanhado de rápida expansão de uma cultura radical e irracional do consumo e profundas mudanças em como nós nos relacionamos com nossa sociedade e reciprocamente. Com isso em mente, é importante debater o desenvolvimento dessa cultura consumerista como tendência global e seu papel à formação de identidades pessoais, já que com o declínio de estruturas sociais e mesmo de classes/categorias sociais tradicionais até então existentes, causadas pela transição provocada pelo mercado e pela cultura neoliberal associada à promoção do ideal de mobilidade pessoal e social livres (enquanto consumidores) que boa parte da população Ocidental (no mínimo) vem tendo, há crescentes buscas para encontrar outras formas de sentimentos de pertencimento comunitário.⁸⁸

A melhor maneira de evidenciar isso é percebendo como se estrutura e funciona essa cultura neoliberal, centrada fundamentalmente nas diversas e simbólicas formas de nossas posses e propriedades (ou possessões, como quer Hayward), associada a comportamentos de consumo exacerbados que só aumentam a percepção de incluídos e excluídos sob o ponto de vista do acesso a determinados bens, e mesmo em face da fruição do Mercado enquanto elemento formativo da comunidade e suas relações.⁸⁹

De certa forma, uma das preocupações da moderna teoria do consumo é por que nós desejamos tanto ou por que o homem contemporâneo tem essa ilimitada fome por mais coisas. A explicação mais padrão que se tem constituído para tais questões é o que

se chama de incrível aumento da procura por produtos em face da explosão de emulações sociais de consumo, associadas com as violentas estratégias de manipulação dos desejos do consumidor pelo Mercado. Como diz Veblen, as pessoas desejam porque commodities significam riqueza pessoal e status, o que implica reconhecer ser uma das primeiras motivações por detrás das ações humanas, no mínimo, a fachada da riqueza pessoal.⁹⁰

É de se lembrar Kal Marx quando fazia referência a este tipo de cultura e comportamento como fetichismo de mercado, o que autorizaria – a partir dessa ideia de fetichismo – a ver aquelas commodities como surgidas a partir de processos progressivos de alienação do trabalho em face de seu produto e do seu processo de produção.⁹¹ A incrível dependência da mecanização e autonomização do sistema de produção capitalista significa que o trabalho deixa de ser uma saída à criatividade humana, transformando-se em desumanização. Em face disso, o trabalho transformou-se em pura atividade instrumental e meio para atingir outros fins, fragilizando-se os aspectos identitários do trabalhador no particular.

Como nos diz Habermas, a globalização pressiona constantemente o Estado Nacional a se abrir internamente para a pluralidade de modos de vida estrangeiros ou de novas culturas, todavia, ela também limita de tal modo o âmbito de ação dos governos nacionais que o Estado soberano tem de se abrir para fora diante de administrações internacionais, ao mesmo tempo em que tem de criar mecanismos de gestão interna desse processo, pois, se tal não ocorrer, a política que corresponde aos mercados globalizados dar-se-á independentemente das formas institucionais que deveriam garantir as condições de legitimação da autodeterminação democrática nacional.⁹²

88 Ver o excelente texto de HELD, David § MCGREW, Anthony. *The Global Transformations Reader: an introduction to the globalization debate*. Cambridge: Polity Press/Blackwell Publishing Ltda., 2003.

89 HAYWARD, Keith J. *City Limits: Crime, Consumer Culture and the Urban Experience*. London: The Glasshouse Press, 2004. Ver também neste sentido o interessante trabalho de CAMPBELL, Collin. *The Puzzle of Modern Consumerism*. In LEE, M J (Org.). *The Consumer Society Reader*. Oxford: Blackwell Publishers pp. 48-72, 2000.

90 VEBLEN, Thorstein. *Conspicuous Consumption*. In Lee, M J (Org.) *The Consumer Society Reader*. Op.cit., pp 31-47.

91 MARX, Karl. *The Fetishism of the Commodity and its Secret*. In Lee, M J (Org.) *The Consumer Society Reader*. Op.cit., pp. 10-18. Ver também o texto MARX, Karl. *O Capital*. Vol.III. São Paulo: Centauro Editora, 2005.

92 HABERMAS, Jürgen. *A Constelação Pós-Nacional*. São Paulo: Littera Mundi, 2001, p.107.

Os elementos ora expostos atingem certo grau de convergência no debate acadêmico contemporâneo, notadamente sobre as razões pelas quais nós consumimos tanto e tão mal, o que não tem sido tão aclarado de maneira mais tranquila é porque tais elementos da sociedade capitalista atual criam tantos desvios da natureza penal.

Nesse ponto, é possível retornar às teorias criminológicas, por exemplo, quando arguem que a cultura do consumismo exacerbado cria desvios de condutas porque oferece aos criminosos meios de superar as convenções sociais que regulam rotinas banais do dia a dia, operando justamente nos excessos cometidos por essa sociedade do consumo. Em tais contextos, tem havido tentativas para atualizar a teoria da anomia, que expressa a ideia de que onde há vácuos entre as expectativas dos indivíduos em termos de riqueza pessoal, segurança e chances reais de crescimento, situações de comportamentos desviantes e não conformados podem surgir.⁹³

Não é difícil ver que esses vácuos estão presentes no cotidiano dos mercados e das relações sociais, basta atentar para o interesse generalizado (e patológico) que a cultura contemporânea tem pela fama, a explosão dos realities televisivos, as novas tendências musicais que partem do hip hop até o rapper (veja-se o álbum *Get Rich or Die Tryin*, terceiro do rapper *50 Cent*, lançado em parceria com a gravadora Interscope, em 2003), dentre outros. O problema é que, como diz Furlong, *It is possible that popular culture gives many young people the idea that they can be rich and famous too, the question that strain theory may be useful in answering is what happens when they realise that they are not going to achieve this by legitimate means.*⁹⁴

Em outras palavras, sob a perspectiva que estamos tratando o tema, ao invés dessa cultura globalizada nos trazer identidades sociais concretas e orgânicas relacionadas a nossa convivência so-

cial cotidiana e histórica, ela cria espaços que geram identidades efêmeras baseadas em nosso envolvimento enquanto consumidores de grandes mercados – e não civilizações –, o que potencialmente troca segurança comunitária com ideais imaginários e artificiais, porque resultado de manipulações de demandas pessoais e interpessoais.

Esses ideais imaginários vão aos poucos se incutindo no superpovoamento dos indivíduos, e gradualmente começam a ocupar o lugar de formas compartilhadas de vida em conjunto – tanto de inclusão como de exclusão social –, reforçados pelas mídias de massa que geralmente não se preocupam com análises mais aprofundadas das causas desses fenômenos.⁹⁵ O resultado disso é a formatação de um indivíduo cuja consciência os chama para aproveitar a vida à custa de muitos que não tem acesso a isso, o que fomenta cenários de alta tensão comunitária (entre os que podem e os que não podem ter esse acesso, no mínimo).

Consequências traumáticas sob o ponto de vista social decorrem daqui, semelhantes ao que Elias⁹⁶ chama de ruptura do processo civilizatório, com o aumento da instrumentalidade econômica das relações sociais e institucionais, somado ainda à metafórica (e por vezes real) ideia do Estado de Guerra e Violência Hobbesiana de todos contra todos, o que implica, seguramente, altos índices de marginalização dos segmentos menos apoderados da Sociedade,

93 Ver o texto de BURKE, Roger Hopkins. *An Introduction to Criminological Theory*. Cullumpton: Willan Publishing Campbell, 2001.

94 FURLONG, Andy & CARMEL, Fred. *Young People and Social Change: Individualization and Risk in Late Modernity*. Buckingham: Open University Press, 2002, p.38. Ver também o texto de Dean, pois adverte para o fato de que *the neo-liberal economy doesn't provide symbolic identities, that is, sites from which we see ourselves. Rather it provides opportunities for new ways for me to imagine myself*. DEAN, Jodi. *Enjoying Neoliberalism*. In http://www.longsunday.net/long_sunday/files/enjoying_neo-liberalism.doc, 2005, acesso em 29/02/2016, p.03.

95 Neste ponto é interessante a experiência do *Osservatorio di Pavia*, que se constitui no ano de 1994 enquanto instituto de pesquisa e análise de comunicação, com objetivo fundante de tutelar o pluralismo social, cultural e político nos meios de comunicação, ocupando-se principalmente da compilação e divulgação da relação entre *Mídias e Segurança*. Ver o sítio do Observatório: <http://www.osservatorio.it/>, acesso em 09/03/2016. Em pesquisa feita em 2009, o Observatório registra que: *Il dato della "percezione dell'insicurezza" invece di seguire la "criminalità effettiva", è molto influenzato dalla mediatizzazione della criminalità, producendo così quello scollamento tra «criminalità percepita» e «criminalità effettiva»*. Apesar de não termos este tipo de pesquisa no Brasil tão detalhada, pode-se seguramente dizer que aqui passa o mesmo. Ainda vale a advertência de GARAPON, Antoine. *I custodi del diritto, Giustizia e democrazia*. Milano: Feltrinelli, 1997, p.86, ao dizer que: *L'opinione pubblica è oggi più incline a identificarsi nella vittima più che nell'arbitro, nel governato più che nel governante, nel contropotere più che nel potere, nel giustiziere più che nel legislatore*.

96 ELIAS, Norbert. *The Civilising Process*. Oxford: Blackwell Publishing, 2003. Ver também outro texto do autor chamado *The Theory of the Civilizing Process and Its Discontents*. In <http://www.norberteliasfoundation.nl/docs/pdf/GoudsblomDiscontents.pdf>, acesso em 29/02/2016.

com a polarização das iniquidades. Esse é um campo fértil à atração de comportamentos conjunturais contrários a isso, inclusive alguns de natureza criminal. Como nos diz o antropólogo Marc Augé:

*Una prima osservazione riguarda i caratteri stessi della società moderna, la tesi secondo la quale l'avvento della modernità avrebbe portato alla nascita di un ordine sociale più felice e sicuro è oggi scossa dall'evidenza pragmatica di un mondo denso di pericoli. Una seconda osservazione riguarda la penuria sociale di "sicurezza ontologica", dalla quale provengono tutte le altre particolari tipologie di preoccupazione, timore e paura. I processi di trasformazione connessi alla modernità, generano in tutti noi uno stato di continua e profonda insicurezza ontologica. Il senso di paura nutre nell'inconscio la percezione delle incertezze che fronteggiano l'umanità nel suo complesso.*⁹⁷

É preciso reconhecer, por outro lado, que a ideia de que certos tipos de relações de mercado e cultura capitalista podem influenciar pessoas no que diz respeito a comportamentos desviantes não é nova, eis que há várias teorias sobre isso desde o século XIX e inícios do século XX (períodos de fortalecimento do liberalismo clássico), já noticiando muitos problemas os quais estamos reconhecendo hoje de forma mais clara e intensa.⁹⁸

Na dicção de Lea, há alguns parâmetros de aclimação individual muito semelhantes nas sociedades ocidentais em face do avanço capitalista: (i) a brutalização do indivíduo enquanto ser solidário com o outro (transformando-se em criatura); (ii) o engajamento do indivíduo e a aceitação do sistema, notadamente o que pode usufruir dele; (iii) o enfrentamento por parte do indivíduo do sistema, pela via de sua mudança por outro sistema (socialismo, comunismo), a partir de procedimentos políticos válidos sob o ponto de vista da legitimidade e legalidade; (iv) o enfrentamento através

97 AUGÉ Marc. *Le nuove paure. Cosa temiamo oggi*. Torino: Bollati Boringhieri, 2013, p.39. Adverte o autor ainda que: *L'organizzazione e la gestione della "sicurezza ontologica" è uno dei problemi maggiori di questa società moderna di fine secolo, perché costringe ognuno a tenere sotto controllo le sue ansie*. Na mesma direção, com avaliações mais agudas, GIDDENS, Anthony. *The Consequences of Modernity*. Cambridge: Polity Press, 1990.

98 Ver o trabalho da Escola Criminológica de Chicago na obra de GARLAND, David. *The Culture of Control: Crime and Social Order in Contemporary Society*. Oxford: Oxford University Press, 2001.

da criminalidade (podendo se constituir tais comportamentos via obliqua/ilícita de formatação de novos beneficiados e incluídos no sistema).⁹⁹

Mesmo que consideremos tal análise como muito simplista em alguns aspectos, notadamente no que diz com a sua abordagem de que no sistema capitalista os pobres tendem a roubar a propriedade dos ricos, a verdade é que a criminalidade hoje está totalmente dispersa, tanto entre classes sociais distintas como entre as mesmas classes sociais, todavia, apresenta alguns indicadores de comportamentos que se tem percebido em termos históricos nas experiências dos países ocidentais – tanto pobres como ricos.

E mais, muitas vezes as ações de brutalização do sistema capitalista, que se projetam em condutas de indivíduos incluídos nele, provocam reações igualmente brutalizantes: ações de sofisticada criminalidade complexa (lavagem de dinheiro, corrupção, evasão de divisas, tráfico ilícito de influências, tráfico de drogas, etc.), que provocam, direta ou indiretamente, reações de baixa criminalidade (roubo, furto, estelionato, crimes de falso, homicídios, tráfico de drogas, etc.).¹⁰⁰

Já aqueles que aceitam o sistema por estarem incluídos nele, veem-se vivendo suas vidas como se estivessem isolados e independentes de seus semelhantes, gerando processos de dissolução da humanidade, transformando-a em mônadas. Lembra Lea que Engels defendida a tese de que esta dissolução criaria indivíduos que não se importariam com nada além de seus interesses pessoais e econômicos.¹⁰¹ Como consequência, muitas dessas pessoas não seriam

99 LEA, John. Poverty, Crime and Politics: Frederick Engels and the Crime Question. In LEA, John and PILLING, Geoffrey (Org.). *The Condition of Britain: Essays on Frederick Engels*. London: Pluto Books, 1996.

100 Como diz Lea, *Brutalisation, it appears, occurs simply because of the demoralising effects of the treatment of the working class by the bourgeoisie, being treated as something subhuman may lead inexorably to criminality, at least according to Engels*. LEA, John. Poverty, Crime and Politics: Frederick Engels and the Crime Question. In LEA, John and PILLING, Geoffrey (Org.). *The Condition of Britain: Essays on Frederick Engels*. Op.cit., p.19.

101 Vale aqui também a advertência de AUGÉ Marc. *Le nuove paure. Cosa temiamo oggi*. Op.cit., p.44: *La vita moderna impone, come si sa, di vivere con gli stranieri, ma vivere con gli stranieri è in ogni epoca una vita precaria, snervante e impegnativa*. Lembra o autor aqui a reflexão de BAUMAN, Zygmunt. *Postmodern Ethics*. Oxford: Blacwell

capazes de resolver suas diferenças de forma amigável e racional, optando pelo uso da violência com as próprias mãos, ou ainda pelas batalhas judiciais, o que constituiria mais um estímulo material à revolução; enquanto a consciência de classe do proletariado cresce ela deixa atrás de si muitas formas de crime, enquanto alimenta seu ódio pela hegemonia burguesa.

Mas como tem se comportado o Estado e suas instituições representativas? Para Beck, e com ele concordo no ponto, *the assumed congruence of state and society is broken down and suspended: economic and social ways of acting, working and living no longer take place within the container of the state.*¹⁰²

A tradição histórica e ainda presente na resposta estatal para cenários como esses é (quando ocorre), não raro, predominantemente legislativa, criando mecanismos mais repressivos do que preventivos de combate à criminalidade e proteção dos bens referidos; os quais, sem as devidas políticas públicas de gestão antecipatória e responsabilidade jurídica efetiva, criam outras tipologias de colapso do sistema de garantias (individuais e sociais), dentre os quais, os riscos de invasão excessiva nas liberdades civis, na privacidade e intimidade de pessoas físicas e jurídicas.

Sociedades em contínua aceleração como a nossa demandam novos paradigmas regulatórios e de gestão, centrados em perspectivas de colaboração emancipadora entre Estado, Sociedade e Mercado, com níveis de transparência, participação e deliberação mais compartilhadas entre todos os protagonistas, isso sob a ótica de metodologias de abordagem e procedimentos das ações de concertação entre interesses públicos e privados.¹⁰³

Publishers, 1993, no sentido de que a incerteza endêmica conectada à presença do outro/estrangeiro encontra vazão no esforço contínuo de controlar a construção do espaço social, punindo todas as ações e comportamentos que se desviam disto.

102 BECK, Ulrich. *The cosmopolitan perspective: sociology of the second age of modernity*. In *British Journal of Sociology*, Vol. 51, Issue No. 1 (January/March 2000) pp. 79–105, p.82. ISSN 0007 1315, London School of Economics 2000, p.88.

103 Ver os textos de FARIA, José Eduardo. *Direito e Globalização Econômica: implicações e perspectivas*. São Paulo: Malheiros, 1996; e BAUMANN, Zygmunt. *Modernidad Líquida*. México: Fondo de Cultura Económica, 2008.

Paralelo a isso, temos o caos instalado nesta Sociedade de Riscos envolvendo não somente a macrocriminalidade nacional e internacional (tráfico de entorpecentes, de pessoas, de órgãos humanos, lavagem de dinheiro); mas também a microcriminalidade organizada (crime de licitações envolvendo pequenos municípios ajustados com pequenas e médias empresas, crimes contra a ordem econômica de baixa monta, crimes contra o consumidor, dentre outros). E esse caos precisa de tratamento imediato, não exclusivamente de natureza penal, mas também pelo Direito Penal.

Em termos de continente latino-americano os dados e estatísticas decorrentes dessas questões até agora enfrentadas evidenciam suas procedências no âmbito da violência que se tem produzido, isto é, enquanto se tem 9% da população do mundo, o percentual de homicídio é de 27%, tendo 10 dos 20 países com maiores taxas de homicídio no planeta.¹⁰⁴

Vejam a tabela da pesquisa social que se fez neste relatório da UNDOC¹⁰⁵:

104 UNODC (2011). *World Report on Homicides*. In <https://www.unodc.org/gsh/>, acesso em 07/03/2016. Ver também o excelente texto: *América Latina Frente al Espejo: dimensiones objetivas y subjetivas de la inequidad social y el bienestar de la región*. Santiago, CEPAL 2010. In <http://www.cepal.org/es/publicaciones/2965-america-latina-frente-al-espejo-dimensiones-objetivas-subjetivas-la-inequidad>, acesso em 07/03/2016.

105 UNODC (2011) *World Report on Homicides*. In <https://www.unodc.org/gsh/>, acesso em 07/03/2016, p.05

Tabla N° 1: La delincuencia y su importancia.

En su opinión, ¿cuál consideran Uds. que es el problema más importante en el país? (Pregunta Abierta)

País	Problema más importante en el país	Delincuencia	Pandillas/ violencia	Delincuencia/ Violencia/ Pandillas	
Desocupación/desempleo					
Paraguay	Desocupación/desempleo	30	28	1	29
Colombia	Desocupación/desempleo	25	15	13	28
Delincuencia/seguridad pública					
Venezuela	Delincuencia/seguridad pública	61		1	62
Costa Rica	Delincuencia/seguridad pública	45		5	50
El Salvador	Delincuencia/seguridad pública	40		11	51
México	Delincuencia/seguridad pública	39		2	41
Uruguay	Delincuencia/seguridad pública	40		1	41
Argentina	Delincuencia/seguridad pública	34		1	35
Panamá	Delincuencia/seguridad pública	33		1	34
Ecuador	Delincuencia/seguridad pública	33		1	34

É de se ter presente que a violência ativa que se manifesta nestes indicadores na América Latina (por exemplo, e para não dizer que é só no Brasil), representa somente parte das manifestações das relações econômicas, sociais e de poder estabelecidas no marco da (in)evolução do capitalismo neoliberal.

Veja-se que, por outra via, as respostas – mais legislativas, retóricas e curativas do que preventivas – oriundas do Estado enquanto garante da ordem e da segurança públicas, têm proliferado de forma muito mais rápida do que os sistemas de informação e conhecimento das causas do problema da insegurança, violência e vitimização social.¹⁰⁶ E é importante ter consciência sobre o porquê isto ocorre,

106 Para fins de registro, *La literatura ha dado muestras evidentes de que no hay una correspondencia entre delito y temor. Investigaciones en Estados Unidos de los años sesenta ya demostraba que el aumento del temor no estaba correlacionado con un aumento de la criminalidad. El temor es un fenómeno autónomo que no necesariamente se va a mover en la misma dirección que la victimización.* LAGOS, Marta e DAMMERT, Lucía. *La Seguridad Ciudadana El problema principal de América Latina.* In http://www.latinobarometro.org/documentos/LATBD_La_seguridad_ciudadana.pdf, acesso em 08/03/2016, p.33. Ainda relatam as autoras que: *Un elemento que sí comparten los países es que el temor a la delincuencia ha cambiado el comportamiento de las personas y sus estilos de vida, afectando el funcionamiento de las sociedades. Por ejemplo, las personas evitan salir de noche y se encierran más en sus hogares, se comienzan a implementar más medidas de seguridad –que según el nivel de ingresos puede ir desde perros hasta armas, pasando por rejas y cercos eléctricos. Otros, en tanto, pueden incluso cambiarse de una casa a un departamento porque les otorga mayor sensación de*

ou seja, a exigência de conhecimento/informação rigorosos da problemática em comento se vê premida por demandas de ações resolutivas advindas da opinião pública amedrontada, gerando extremada politização (eleitoral, partidária, ideológica) do enfrentamento disso, afastando-se das necessárias análises técnicas e fundamentadas.

Tudo isso é próprio da Sociedade de Riscos em que vivemos, como já advertiu Beck¹⁰⁷. Nessa Sociedade, os riscos sociais, políticos e econômicos tendem a escapar do controle institucional ordinário do Estado. As próprias instituições privadas e de mercado começam a criar riscos que não podem tampouco controlar, constituindo-se que o Beck chama de irresponsabilidade organizada, formatada por mecanismos institucionais e culturais a partir dos quais elites econômicas e políticas mascaram as origens e consequências dos riscos e perigos catastróficos que nos rodeiam.¹⁰⁸ Na dicção de Demichelis:

*Siamo passati dalla Società classista alla Società del rischio, cioè da una società costruita sul concetto di «produzione e distribuzione della ricchezza» ad una realtà in cui ci si preoccupa della «distribuzione dei rischi». Nello specifico per rischio si intende l'aleatoria conseguenza di decenni di sviluppo scientifico e tecnologico senza pari nella Storia dell'Uomo, che hanno ampliato il grado di incertezza nel futuro e la consapevolezza (o la percezione) di Istituzioni incapaci di arginare la violenza e dare sicurezza al cittadino.*¹⁰⁹

Agora, naqueles casos em que o sentimento de insegurança é tal que aumentam as demandas em face do Estado e dos serviços

seguridad y el surgimiento de urbanizaciones cerradas también está asociado – entre otros factores – a la inseguridad.

107 BECK, Ulrich. *La sociedade del riesgo. Hacia una nueva modernidade.* Barcelona: Paidós, 1998. Novamente Augé lembra que: *la difficoltà di porre una distanza cognitiva tra il sé e l'altro, provoca la destabilizzazione del sistema di orientamento e l'abbassamento della soglia di tolleranza alla frustrazione, dovuta alla mancanza di controllo sulle circostanze della vita.*

108 Todos estes cenários são paradoxais, pois, de outro lado, *the enclosed space of the nation-state is no longer extant in the cosmopolitan project. The various groups remain in touch beyond the boundaries of the state, not only for the benefit of business and the development of scholarship but also in order to contain and control national divisions and conflicts by embedding them in intersecting transnational loyalties.* BECK, Ulrich. *The cosmopolitan perspective: sociology of the second age of modernity.* In *British Journal of Sociology* Vol. No. 51 Issue No. 1 (January/March 2000) pp. 79–105, p.80. ISSN 0007 1315, London School of Economics 2000, p.93.

109 DEMICHELIS, Lelio. *Società o Comunità.* Roma: Carrocci Editore, 2011, p.49.

privados por maior segurança, e quando a violência e a delinquência reais aumentam, chegando a níveis maiores de organização que desafiam permanentemente as instituições públicas, pergunta-se: qual a função do Direito?

III É possível conter os riscos destes fenômenos pela via do Direito? Algumas abordagens filosóficas

Todos sabemos que o direito, ao menos fundamentalmente, se expressa através de proposições que denominamos jurídicas, ou seja, em códigos, leis, constituições, etc. Essas normas, ou ordenamento jurídico, regem a vida do indivíduo enquanto cidadão (sujeito a deveres e direitos), reconhecido pela comunidade a que pertence e protegido pelas instituições de que faz parte, como também pelo Estado. Nessa relação de respeito recíproco, ou não, a sociedade encaminha seu processo de desenvolvimento, enfrentando as delimitações inscritas pelas convenções forjadas em leis.

Estudar o direito significa, a partir dessa visão globalizante, conhecer as relações sociais de determinada conjuntura; observar como se dá a criação da lei; quais seus pressupostos e referências; que tipo de fatores influenciam o seu surgimento ou mesmo alcance; como se dá, enfim, a constituição dos códigos de condutas e comportamentos sociais.

Dessa forma, fácil se torna a percepção de que o Direito ou o conhecimento jurídico não pode ser definido com rigor absoluto e definitivo. Como nos diz Ferraz Jr.¹¹⁰, esse conhecimento é constituído de um grande número de símbolos e ideais reciprocamente incompatíveis. De outra parte, porém, não deixa de ser um dos mais importantes fatores de estabilidade social, eis que pretende garantir um espaço de ordem e segurança para a efetivação e coexistência das mais diversas aspirações/interesses sociais.

É assim que a busca de uma compreensão universal para o Direito se apresenta como, fundamentalmente, questão cultural, pois a possibilidade de se *descobrir* a essência¹¹¹ do saber jurídico tem a finalidade de conferir aquela segurança referida aos estudos e compreensão dos fenômenos sociais, pois: *Uma complexidade não reduzida a aspectos uniformes e nucleares gera angústia, parece subtrair-nos o domínio sobre o objeto. Quem não sabe por onde começar, sente-se impotente e, ou não começa ou começa sem convicção.*¹¹²

Diante da amplitude desse estudo, imprescindível, para conhecer-se o direito, conhecer-se o espaço político, cultural, ideológico, econômico e filosófico em que está inserido e, para tanto, somente com as categorias ou conceitos jurídicos não se consegue avaliar com detalhamento tal situação, necessitando, hoje mais do que nunca, lançar-se mão de outros ramos do conhecimento para socorrer as denominadas ciências jurídicas, como a psicologia, a antropologia, a economia, as ciências políticas, e a filosofia, aqui, utilizando seus arcabouços teóricos para investigar o fenômeno jurídico.

As concepções de mundo e de homem de que temos notícias sofreram mutações no decorrer dos tempos. Dos povos gregos até a modernidade, o desenvolvimento do conhecimento humano e o advento de novos modelos de ciência, permitiram a análise histórica da evolução das investigações filosóficas e políticas.

Nos tempos remotos dos séculos XII a IX a.C., por exemplo, a cultura grega encontrou no mito a forma privilegiada de se estruturar e de se organizar. A força propulsora da faculdade mitogênica, isto é, aquilo que desafia o homem a produzir mitos, é o mistério, que envolve a vida, o ser e suas relações com a natureza. O homem sente-se como jogado na existência em meio à multiplicidade de fenômenos, que o desafiam e que ele tem de ordenar ou organizar, significativamente, em função de um viver razoável.

110 FERRAZ JR., Tercio. *Introdução ao Estudo do Direito*. São Paulo: Atlas, 1990, p.33. Um dos exemplos citados pelo autor é quando um homem comum se vê envolvido num processo judicial, por mais que ele esteja seguro dos seus direitos, a presença do outro, contestando-o, cria-lhe uma certa angústia que desorganiza sua tranquilidade.

111 Esta questão da essência, nos remete para uma questão cultural muito específica do Ocidente que tem a ver com a concepção de língua no seu relacionamento com a realidade que ela descreve ou mesmo cria. Uma possível teoria essencialista do direito crê que a língua é um instrumento que designa a realidade, donde a possibilidade de os conceitos linguísticos refletirem uma presumida essência dos objetos estudados.

112 FERRAZ JR., Tercio Sampaio. *Introdução ao Estudo do Direito*. Op.cit., p.37.

Já a partir do império romano e sua proposta de expansão e conquista, houve sério recuo nas investidas de debates filosóficos ou preocupações de desvendar a posição do homem comum diante do mundo. De certa forma, a visão teológica que justificava o poder do imperador, hegemonicamente, garantia os privilégios da corte e a manutenção de linhagem da política oficial, indo tal quadro se desenvolver até praticamente o século XI e XII, com poucos registros históricos desviantes.

Nesse particular, a avaliação de desenvolvimento teórico das ações de natureza político-prática dos romanos é reveladora de total falta de preocupação com problemas científicos¹¹³ ou especulativos próprios à espécie.

Theodor Viehweg nos ensina que a jurisprudência romana é bastante esclarecedora sobre a forma procedimental de tratar o direito enquanto saber jurídico voltado à resolução de conflitos, ou seja, um saber prático, possuindo certo rigor (estabilidade) na construção de um discurso jurídico uniforme e suficientemente abstrato para ser geral. Dessa prática jurisdicional, decorre o surgimento de conceitos e definições mais duradouras, vinculando as ações públicas e privadas na prática de seus ofícios.¹¹⁴

Na concepção de Ferraz Jr., esta jurisprudência romana poderia ser caracterizada como *saber prudencial*, dotado de uma racionalidade dialética própria, oportunizando o confronto de opiniões em torno das premissas que fundamentam o raciocínio justificador de seus atos e decisões. Essa postura, outorga ao jurista o dever de construir o Direito, é óbvio, respeitando os padrões de comportamento previamente aceitos e determinados¹¹⁵, mas demonstrando

que estava garantida a possibilidade de se constituir cenários de argumentações e provas das pessoas envolvidas.

Para atender a tantas demandas e em tão vasto território, o conhecimento jurídico prático romano teve de contar com o referido grau de abstração e generalidade, capaz de recepcionar divergentes pretensões jurídicas. Assim, este saber funcional assumiu a forma de um programa decisório em que eram formuladas as condições para a decisão correta/permitida.

Com tal programa decisório, chega-se a autonomia e independência do próprio Direito enquanto saber, para se estabelecer como instituição reguladora dotada de neutralidade e validade para todos, em nome da qual se restaura a ordem social instituída e desrespeitada. Esse saber prático dos romanos vai implementando posições e comportamentos diante do mundo que não é somente contemplativo e descritivo, mas fundamentalmente ativo e prescritivo. A partir daqui, vão-se desdobrar teorias jurídicas que buscarão a cientificidade deste saber.¹¹⁶

Do século XV até o XVII a ciência jurídica vai contar com o que se denominou de Era do Direito Racional, caracterizando-se pela influência dos sistemas racionais na teoria jurídica. *Auctoritas* e *Ratio* haviam dominado o pensamento jurídico medieval cujo caráter dogmático assinala um respeito pelos textos a serem interpretados como pontos-de-partida das séries argumentativas. Com essa situação, o humanismo renascentista modifica a legitimação do Direito Romano, purificando e refinando o método da interpretação

113 É bem verdade que a idéia de ciência do direito só vai se formar na Idade Moderna, passando pela contribuição da Escola Histórica alemã.

114 VIEHWEG, Theodor. *Topica y jurisprudencia*. Madrid: Taurus, 1984. As *responsa* dos jurisconsultos romanos eram típicos modelos deste comportamento, adotando técnicas da dialética grega, quando confrontavam posições e ideias sobre os temas discutidos, tentando abstrair de elementos normativos já dispostos.

115 FERRAZ JR., Tércio Sampaio. *A Ciência do Direito*. São Paulo: Atlas, 1986, p.20. Informa-nos o autor que o conceito de prudência aqui é o trabalhado por Aristóteles, isto é, conhecimento moral capaz de sopesar, diante da mutabilidade das coisas, o valor e a utilidade delas, bem como a correção e justiça do comportamento humano. A filosofia grega denominava este agir prudencial de *fronesis*, que designava a capa-

cidade de julgar sopesando soluções, situações e tomando as decisões.

116 Não demorou muito para que o direito positivo passasse a se caracterizar por contar com tratamento técnico e formal de assuntos do interesse dos indivíduos e da sociedade, baseado em análise dos textos e situações concretas com fundamento no estilo argumentativo da retórica prudencial, buscando de certa forma afastar os interesses e as emoções do exegeta e dos valores envolvidos. Para além disto, a questão do fundamento do direito passa a ser mediada pela soberania, pela justificação do poder e de seu exercício, aqui, por óbvio, respeitando um princípio centralizador: assim como todos os seres tinham a sua unidade de convergência em Deus, assim como a verdade só podia ser uma, assim também o direito só podia ser um, dentro de um determinado território, de uma determinada esfera de poder. Ver o texto de

dos textos e, com isto, abrem-se as portas para a entrada da ciência moderna na teoria jurídica.¹¹⁷

E o que isto significa? Significa a promessa da ciência moderna (do Direito) de que o conhecimento racional produzido com base em premissas absolutas, seguras e certas podem levar ao conhecimento das essências perenes da vida humana e de suas relações, auxiliando-nos no processo do dominá-las para os fins que se desejam, servindo melhor à espécie humana.¹¹⁸

Decorre também daqui a formatação de premissas como a de que somente no âmbito do Estado Nação (com povo, sistema normativo e território delimitados) as conquistas da Modernidade poderiam se efetivar, tais como a própria Democracia e o Estado do Bem-Estar.¹¹⁹

Entretanto, como nos adverte Rorty, esta matriz de ciência moderna aborda os problemas que levantam como se fossem questões perenes, eternas no âmbito de suas premissas e mesmo conclusões¹²⁰, isto porque, em verdade, o conhecimento afigura-se como uma representação do que está fora da mente, decorrendo daí que, para entendermos as possibilidades e natureza do conhecimento, é necessário entendermos a forma pela qual nossa mente se habilita para construir tais representações. Ao não compreendermos este processo fenomenológico de construção do conhecimento, estaremos ratificando aquela ideia de que *philosophy became, for the intellectuals, a substitute for religion. At the beginning of our century, this*

*claim was reaffirmed by philosophers (notably Russel and Husserl) who were concerned to keep philosophy rigorous and scientific.*¹²¹

A Teoria do Conhecimento da Idade Moderna nasce com esta pretensão de buscar/encontrar aquilo que nos compele a crer no que se desvelou através das percepções visuais das representações extraídas do mundo da vida (dentro dos marcos permitidos pelo espelho da natureza), decorrendo que a filosofia como epistemologia terá como objeto a busca de imutáveis estruturas dentro das quais conhecimento, vida e cultura devem estar contidas – estruturas estas estabelecidas por aquelas privilegiadas representações dadas – e sem sombra de dúvidas que também aos sistemas e ordenamentos jurídicos cumprirá tal tarefa.¹²²

Já aqui caberia a pergunta de Beck, no sentido de sabermos o porquê as ciências (inclusive as sociais) se preocupam tanto com o que ainda não sabem? *Because in the face of the production of insuperable manufactured uncertainties society more than ever relies and insists on security and control; and because the argument about the knowing and not-knowing of global risks cancels the established national and international rule systems.*¹²³

No final do século XIX e início do século XX, podemos perceber certa virada reflexiva por parte de alguns filósofos ocidentais, dentre os quais Rorty destaca Dewey, Nietzsche, Bergson e Dilthey, no sentido de que eles incidiram crítica profunda à ideia de *verdade como correspondência e conhecimento como representação*, problematizando a noção kantiana de filosofia como metacrítica de outras ciências. Com tais comportamentos, estes filósofos sugeriram a possibilidade de exploração do mundo e do conhecimento a partir de

117 Ver o texto de STEGMÜLLER, Wolfgang. *A Filosofia Contemporânea*. São Paulo: Edusp, 1977.

118 Sobre o tema anota Beck: *the security dream of first modernity was based on the scientific utopia of making the unsafe consequences and dangers of decisions ever more controllable*. BECK, Ulrich. *Living in the world risk society*. In *Economy and Society*, Vol. 35. Number 3. August 2006: 329/345. <http://www.tandfonline.com/toc/reso20/current>, p.334.

119 Ver o excelente texto de BECK, Ulrich. *The cosmopolitan perspective: sociology of the second age of modernity*. Op.cit., p.82.

120 Diz textualmente o autor que: *philosophers usually think of their disciplines as one which discusses perennial, eternal problems – problems which arise as soon as one reflects*. RORTY, Richard. *Philosophy and the mirror of nature*. Princeton: Princeton University Press, 1979, p.03.

121 Idem, p.82. Ver o texto de SUNSTEIN, Cass R. *Laws of fear: beyond the precautionary principle*. Cambridge, U.K.: Cambridge University Press, 2005.

122 *The theory of knowledge will be the search for that which compels the mind to belief as soon as it is unveiled. Philosophy-as-epistemology will be the search for the immutable structures within which knowledge, life, and culture must be contained – structures set by the privileged representations that it studies*. Idem, p.160. Isso não durou muito tempo, eis que nos umbramos do século XX, como no mito do eterno retorno platônico, *just as mathematics had inspired Plato to invent philosophical thinking, so serious-minded philosophers turned to mathematical logic for rescue from the exuberant satire of their critics*. Idem, p.163.

123 BECK, Ulrich. *Living in the world risk society*. Op. Cit., p.335.

outros lugares e bases constitutivas, que não a epistemologia; que não a busca de certezas, estruturas e rigor cognitivos imutáveis.¹²⁴

Os cenários caóticos e complexos anteriormente referidos como causados pelo modelo capitalista atual se apresentam como as novas ameaças artificiais (e não da natureza desconhecida das coisas) ao desenvolvimento sustentável e pacífico das relações humanas, obrigando-nos a reconhecer que efetivamente a natureza humana não se encontra em situação de total harmonia e pacificação (matéria que já fora tratada pelos teóricos do contratualismo político e estatal – Hobbes, Locke, Rousseau, etc.), e que, em razão disso, necessita de proteção contra a agressão dos outros, o que entreabre a exigência de organização racional da ordem social. Daqui surge a ideia de pensamento jurídico neutro, conduzindo à formalização e racionalização, dentre outros sistemas sociais e institucionais, do Direito.

Em razão disso, a teoria jurídica (notadamente europeia e, por consequência, a Brasileira em sua história), que até então era caracterizada por se fundar em uma teoria da exegese e da interpretação de textos singulares, passa a receber caráter lógico-demonstrativo de um sistema fechado, cuja estrutura dominou e mesmo domina os códigos e comportamentos jurídicos contemporâneos. A redução das proposições jurídicas a relações lógicas é pressuposto óbvio na formulação de leis naturais, universalmente válidas, a que se agrega o postulado antropológico que vê no homem não um cidadão abstrato, mas como um ser natural, concebido segundo leis naturais.

124 RORTY, Richard. *Philosophy and the mirror of nature*. Op.cit., p.163. É tão forte esta perspectiva de se absolutizar as certezas racionais construídas pela mente e por um conhecimento lógico e matemático – adversário direto do que Russell e Husserl chamavam de psicologismo, que estes autores referiam ser a lógica a essência da filosofia. Nesse aspecto, Bertrand Russell chegou a sustentar que: *the now logic introduced the same kind of advance into philosophy as Galileo introduced into physics, making it possible as last to see what kinds of problems may be capable of solution, and what kinds must be abandoned as beyond human powers. Moreover, where a solution appears possible, the new logic provides a method that enables us to obtain results that do not merely embody personal idiosyncrasies, but must command the assent of all who are competent to form an opinion*. In RUSSELL, Bertrand. *Our Knowledge of the External World*. London: Oxford University Press, 1980, p.41.

Assim, a Teoria do Direito na modernidade, se de um lado quebra o elo entre a jurisprudência e o procedimento dogmático fundado na autoridade dos textos romanos, de outro não rompe com o caráter dogmático que, ao contrário, tenta aperfeiçoar ao dar-lhe qualidade de sistema que se constrói a partir de premissas cuja validade repousa na sua generalidade racional, indicadora dos padrões éticos eleitos. Estava, dessa forma, configurado o caminho para a ciência jurídica no estilo moderno, como procedimento empírico-analítico, em sentido eminentemente pragmático, transformando o conjunto de dispositivos que compõem os ordenamentos jurídicos em regras técnicas que visam controlar as situações vigentes a partir daquelas idealmente desejadas/veiculadas pela norma, prevenindo e sancionando desvios provocados.¹²⁵

Eis a Dogmática Jurídica, partindo do pressuposto de que é possível descrever a ordem legal sem nenhum tipo de referência de caráter sociológico, antropológico, político e econômico, apresentando-se como construção teórico-objetiva e rigorosa; elaboração conceitual do direito vigente sem indagação alguma de sua instância ideológica e política. Suas proposições, deste modo, se integram dentro de sistema axiomático, elaborado a partir de conceitos, noções, princípios, aforismos e instituições que pretendem completar e fechar o saber jurídico.¹²⁶

125 Neste sentido a obra de MACHADO NETO, A. L. *Teoria da Ciência Jurídica*. São Paulo: Saraiva, 1983. Tal percepção teve também BECK, Ulrich. *The cosmopolitan perspective: sociology of the second age of modernity*. Op.cit., p.84: *At any rate, within the limits of what is legally permitted no-one is obliged to publicly justify his actions. With the introduction of subjective liberties, modern law, in contrast to traditional legal systems, endorses Hobbes' principle by which everything is permitted which is not explicitly forbidden. Hence law and morality diverge. While the moral code posits duties, the law establishes rights without reciprocal obligations. All this serves to create a space in which institutionalized individualism can thrive*.

126 Posição defendida por WARAT, Luis Alberto. *Sobre la Dogmática Jurídica*. In Revista Sequência, nº 02, ano 1, 2º Semestre de 1980, Florianópolis, 1980, pp.33/55. O problema da legitimidade e da valoração do sistema jurídico, agora, não é mais importante, ou ao menos não se encontra localizado na instância vigente e aceita (lógico-formal) de aplicação da lei, eis que os critérios informativos de tal ação são tão-somente os que dizem respeito a verificação de sua validade ou invalidade. Arquiteta-se, no âmbito do positivismo jurídico ou do neo-positivismo jurídico, entre os operadores do direito verdadeiro pacto de submissão ao sistema jurídico vigente, com mínimas chances de superação do campo estreito de mobilidade política outorgado por ele. Forja-se aqui o que Warat chama de *senso comum teórico dos juristas*.

Ocorre que este saber jurídico tradicional, encastelado em seus dogmas e institutos fossilizados pelo tempo e pela falta de dialéctica/sintonia com a complexidade das relações intersubjetivas e institucionais hodiernas, vem trazendo profundas dificuldades aos interesses sociais, eis que revela inegável falta de adequação dos seus mecanismos de prestação de tutela estatal (notadamente jurisdicional) em face dos novos atores sociais e políticos que se embatem no cenário público da comunidade globalizada, e o que suas sinergias produzem em termos de complexidade e riscos, por vezes catastróficos.

Daí a advertência de Beck, no sentido de que: *The narrative of risk is a narrative of irony. This narrative deals with the involuntary satire, the optimistic futility, with which the highly developed institutions of modern society – science, state, business and military – attempt to anticipate what cannot be anticipated.*¹²⁷

A ironia aqui decorre das promessas da racionalidade e da ciência modernas, isso é, que as experiências do passado possam nos garantir antecipações seguras dos riscos do presente e do futuro, fazendo com que acreditemos que possamos calculá-los e controlá-los – inclusive pela via de sistemas normativos cogentes –, quando, na verdade, presente e futuro nos escapam da própria compreensão enquanto totalidade, em face de suas complexidades multifacetárias.

Mas como viver em face da ameaça dos riscos globais contemporâneos, pergunta Beck.¹²⁸ Como reagir quando velhas certezas e

paradigmas são quebrados, ou agora revelados como incertezas ou até mentiras? Esses são componentes que geram sentimentos de insegurança, incerteza, instabilidade e temor em face do presente e do futuro, notadamente quando dizem respeito à vida de pessoas, e diante deles é preciso que tomemos o que o autor alemão chama de choque do perigo (*shock of danger*), oportuniza novos começos à natureza humana, e onde há novos começos, ações de prevenção e responsabilidade dos auto evidentes riscos são possíveis, pois a iminência de catástrofes começam a ser percebidas como reais e não fictícias, as quais podem ocorrer conosco e não somente com os outros.¹²⁹

Numa outra perspectiva complementar a essa, os sistemas jurídicos modernos criaram a crença social de que rotinas inquebrantáveis poderiam ser asseguradas às relações sociais e institucionais por seus dispositivos normativos, e essas contribuíram de forma muito substantiva à manutenção da ordem e da estabilidade dos ambientes, negócios, atos e reações comportamentais. Entretanto, quando tais rotinas se veem perturbadas por quaisquer razões, eclodem estados de ânsia capazes de alterar inclusive os aspectos mais fortemente radicados na cultura e expectativa desta modernidade.¹³⁰

A demanda por segurança, enquanto direito de construir um espaço social próprio, indene aos riscos da sociedade atual, revela ânimos de temores difusos que se projetam em perigos tangíveis (a criminalidade complexa, os imigrantes, os drogados), que se imagina poder combater e mantê-los longe da civilização prometida. Ledo

WARAT, Luis Alberto. *Senso Comum Teórico: as vozes incógnitas das verdades jurídicas*. In Introdução Geral ao Direito. Porto Alegre: Fabris, 1994, pp. 13/18.

- 127 BECK, Ulrich. *Living in the world risk society*. Op.cit, p.329. Ainda desta o autor que: *Socrates has left us to make sense of the puzzling sentence: I know that I know nothing. The fatal irony, into which scientific-technical society plunges us is, as a consequence of its perfection, much more radical: we do not know what it is we don't know – but from this dangers arise, which threaten mankind!... In other words, it is irrelevant whether we live in a world which is in fact or in some sense 'objectively' safer than all other worlds; if destruction and disasters are anticipated, then that produces a compulsion to act.*
- 128 Idem, p.329. Alerta ainda o autor que: *Risk does not mean catastrophe. Risk means the anticipation of catastrophe. Risks exist in a permanent state of virtuality, and become 'topical' only to the extent that they are anticipated. Risks are not 'real', they are 'becoming real' (Joost van Loon). At the moment at which risks become real – for example, in the shape of a terrorist attack – they cease to be risks and become catastrophes. Risks have already moved elsewhere: to the anticipation of further attacks, inflation, new markets, wars or the reduction of civil liberties. Risks are always events that are*

threatening. Idem, p.04.

- 129 Interessante ver os textos de ARENDT, Hannah. *A condição humana*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1989, e ARENDT, Hannah. *The Promise of Politics*. New York: Schocken Books, 2005.
- 130 Neste sentido, ver o texto de GUIDENS, Anthony. *Le conseguenze della modernità*. Bologna: Il Mulino, 1994. *Como dizem Francesca Vianello e Dario Padovan: La difficoltà di porre una distanza cognitiva tra il sé e l'altro, provoca la destabilizzazione del sistema di orientamento e l'abbassamento della soglia di tolleranza alla frustrazione, dovuta alla mancanza di controllo sulle circostanze della vita. La carenza di sicurezza interpretata a questo modo è, come si sa ormai da tempo, causa di ansia se non di nevrosi, e la percezione della sicurezza dipende in ultima analisi dall'accettazione o dal rifiuto dell'ambiente fisico e sociale.* In VIANELLO, Francesca e PADOVAN, Dario. *Criminalità e paura: la costruzione sociale dell'insicurezza*. Publicado no site http://www.ristretti.it/areestudio/giuridici/studi/vianello_padovan.pdf, acesso em 06/04/2016.

engano, isso porque *la condizione moderna è caratterizzata strutturalmente da un senso di insicurezza individuale e collettivo che non potrà mai essere posto in maniera definitiva sotto controllo, proprio perché è la società stessa que lo alimenta continuamente*.¹³¹

Veja-se o exemplo do terrorismo, diante do qual, em nome da proteção da população amedrontada pela falta de segurança, vários Estados têm limitado liberdades e direitos civis, o que é motivo para comemorações da cidadania assustada, decorrendo daí abolições progressivas de sociedades livres, enquanto que o terrorismo não demonstra qualquer recuo, evidenciando as insuficiências das instituições públicas e de seus sistemas normativos de condutas (administrativos, civis e penais).¹³²

Portanto, e ao menos provisoriamente, pode-se dizer que os sistemas jurídicos mais dogmáticos, que insistem em se enclausurar na produção de ordenamentos não receptivos à complexidade social hodierna, têm dificuldades de dar conta de suas promessas modernistas de segurança, estabilidade das relações, previsibilidade de resultados, dentre outras.¹³³

131 Idem, p.04.

132 Ver os estudos sobre este tema e outros correlatos no texto AGAMBEN, Giorgio. *Democracia, en que Estado?* Buenos Aires: Prometeo Libros, 2014. Enquanto escrevemos esse texto acaba de ocorrer um atentado terrorista em Bruxelas, informado por agências de notícias: A Procuradoria da Bélgica confirmou que foram atentados coordenados as três explosões registradas por volta das 8h15 (4h15 de Brasília) desta terça-feira (22) em Bruxelas, na Bélgica, duas no aeroporto internacional da capital, perto dos balcões de check-in no terminal de embarque, e outra na estação de metrô de Maelbeek, localizada próxima a edifícios da União Europeia. Ao menos uma das explosões foi provocada por um homem-bomba. Ao menos 28 pessoas morreram -15 no metrô e 13 no aeroporto – e 55 pessoas ficaram feridas. In <http://noticias.uol.com.br/internacional/ultimas-noticias/2016/03/22/aeroporto-de-bruxelas-na-belgica-e-fechado-apos-explosoes.htm>, acessado em 22/03/2016. Ver um texto interessante sobre temas conexos que é o de WALKLATE Sandra. Crime and community: fear or trust? In *British Journal of Sociology*, vol. 49, n. 4, 998, pp. 550-569.

133 Uma das consequências disto é bem definida por Beck: *The inequalities of definition (dos riscos) enable powerful actors to maximize risks for 'others' and minimize risks for 'themselves'. Risk definition, essentially, is a power game*. BECK, Ulrich. *Living in the world risk society*, Op.cit., p.334.

IV Notas Conclusivas

O Direito Penal no Ocidente se viu fortemente influenciado pelo evoluir da ciência moderna anteriormente referida e que contaminou a ciência jurídica como tal, basta ver a perspectiva positivista e liberal daquele que cria a ilusão consensuada de que as formas sociais, e em decorrência, as categorias e os tipos penais, podem figurar como inflexíveis no âmbito da sociedade em que são instituídos (pois garantidores da segurança, da certeza, da previsibilidade e estabilidade de comportamentos e condutas desejadas espacial e temporalmente), operando, inclusive, como fator de restrição a eventuais mudanças dos padrões de criminalidade normatizada, haja vista os bens jurídicos penais, a tipicidade, antijuridicidade e a culpabilidade estabelecidos a priori como absolutos.¹³⁴

Se os sistemas jurídicos atuais, operados a partir das promessas da Modernidade referidas não dão mais conta das complexidades sociais em que atuam, isto sem sombra de dúvidas se aplica – e não poderia deixar de ser diferente –, exemplificativamente, ao Direito Penal.

Importa ressaltar que o respeito ao princípio histórico de ser o Direito Penal a *ultima ratio* e, em face disso, sua conexa redução de intervenção nos conflitos sociais, tem resultado o efeito reflexo de aplicação, no plano legislativo e jurisprudencial, de outros princípios fundamentais para além da legalidade, a saber, o da ofensividade e da culpabilidade, concretizando o que Pagliaro chama de princípio de *ultima ratio* em ação.¹³⁵

Há parâmetros igualmente normativos e jurisprudenciais que densificam materialmente a função do Direito Penal como *ultima ratio*, dentre outros que podemos apontar, o merecimento e a necessidade (constitucional e infraconstitucional) de penalizar determinados agentes que cometem ilícitos desta natureza, isso porque merecimento e necessidade da pena descrevem seus estados sucessivos de finalidade. O primeiro, exprimindo a escolha legítima e de-

134 NETTO, Alamiro Velludo Salvador. *Tipicidade Penal e Sociedade de Risco*. São Paulo: Quartier Latin, 2006, p.28.

135 PAGLIARO, Antonio. *Il Diritto Penale fra Norma e Soceità*. Milano: Giuffrè Editore, 2010, p.78.

mocrática político-criminal da função retributiva do Direito Penal (através do processo legislativo constitucional e infraconstitucional vinculado), operando a pena aqui com função estigmatizante de reafirmação dos valores tutelados pelo sistema jurídico de cada país¹³⁶; na segunda, para além da perspectiva retributivista, há a função de prevenção geral e especial da pena, pois não basta que determinado bem possua estatura tal de ser merecedor de pena, mas afigura-se necessário também perquirir quais as razões de justificação e fundamentação para recorrer-se à pena para os fins de salvaguarda – preventiva e curativa – desse bem, e em que medida ela deve operar como tal.¹³⁷

É certo que o Direito Penal contemporâneo, e mais especialmente a Criminologia, tem insistido na valoração de outros instrumentos de controle social e jurídicos (políticas públicas, participação social, responsabilidade civil ou administrativa), eis que os tradicionais não são mais (ou igualmente) idôneos para alcançar os escopos de prevenção e responsabilização pelo cometimento de violações de bens jurídicos tutelados pelo sistema jurídico¹³⁸, mas igualmente não se pode negar que a atual Sociedade de Riscos, com os seus excessivos processos de privatização de interesses e desregulamentação estatal, vem fragilizando em muito relações interpessoais e interinstitucionais, ampliando cenários de insegurança e instabilidade da ordem pública, o que por sua vez gera reações nominadas de defesa de duvidosa licitude (como por exemplo o uso de milícias privadas e

armadas para garantir segurança a determinados segmentos sociais que podem pagar por este serviço¹³⁹).

Os riscos de que estamos falando afetam não somente, ou fundamentalmente, bens de natureza individual (propriedade, incolumidade física, igualdade, liberdade), mas outros, de matiz coletiva ou difusa (meio ambiente, consumidor, interesses públicos indisponíveis), os quais, quando violados, implicam consequências imediatas e futuras sem precedentes e de difícil aquilatação para a Sociedade como um todo, razões pelas quais devem ser evitados com esforço e níveis de eficiência satisfatórios. Mas para tanto se faz necessário ampliar a presença do Estado Punitivo e das normativas de Direito Penal? Outros sistemas normativos e de proteção pública que não o Penal poderiam dar conta deste mister?

Temos que o Direito Penal pode dar contribuição importante a determinados bens jurídicos protegidos pela ordem constitucional contemporânea – no mundo e no Brasil –, não exclusiva ou fundamentalmente sob a perspectiva da dimensão punitiva segregatória individual (função liberal clássica), mas em face, por exemplo, da responsabilização patrimonial e para os fins de restrição de direitos da pessoa física e jurídica envolvida à violação desses bens.

Como diz Silva-Sanchez¹⁴⁰, apresenta relevo a opção jurídico-política pelo Direito Penal no enfrentamento destes cenários de hipercomplexidade globalizada e mesmo de instabilidade social quando atinge bens jurídicos protegidos pela norma penal, e não apenas em face da dureza fática da sanção, a saber: *diante do Direito Civil, de perfil predominantemente compensatório, o Direito Penal introduz sanção com força pública incontornável à persecução, valendo-se de instrumentos imediatos e invasivos visando a contenção, apuração e responsabilidade do ato criminoso*.¹⁴¹

136 Veja-se que este sistema jurídico penal, modo geral, está fundado, também, na premissa da necessidade de controlar comportamentos que poderiam, por sua violação de deveres de cuidado, criar externalidades não desejadas pela ordem (econômica, política, ideológica, religiosa) vigente, o que resgata a ideia moderna da função da norma jurídica anteriormente referida.

137 Como querem DOLCINI, Emilio & MARINNUCCI, Giorgio. *Manuale di diritto penale*. Parte generale. Milano: Giuffrè, 2009, p.59.

138 A Criminologia tem tratado muito destes temas, e de forma bastante consistente, basta ver os trabalhos de: KILLIAS, M. (2006). *The opening and closing of breaches: A theory on crime waves, law creation and crime prevention*. In *European Journal of Criminology* 3(1): 11–32; NELKEN, D (2009). *Comparative criminal justice: Beyond ethnocentrism and relativism*. *European Journal of Criminology* 6(4): 291–312; MOLINA, Antonio García-Pablos de & GOMES, Luiz Flávio. *Criminologia*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012; CUSSON, Maurice. *Criminologia*. Lisboa: Casa das Letras, 2010.

139 Neste sentido ver o texto de ALVES, José Cláudio Souza. *Dos Barões ao Extermínio: Uma História da violência na Baixada Fluminense*. Duque de Caxias: APPH-CLIO, 2003. Na mesma direção o texto de CUNHA, Martin Vasques da. *Como se manter íntegro em um mundo corrompido?* São Paulo: Campinas, 2007.

140 SILVA SANCHEZ, Jesús-Maria. *L'espansione del diritto penale. Aspetti della politica criminale nelle società industriali*. Op. Cit., p.185.

141 Como é o caso, no processo penal brasileiro, a possibilidade de serem adotadas algumas medidas assecuratórias à persecução penal, dentre as quais: (a) o *sequestro de bens imóveis*, bastando a existência de indícios veementes da proveniência ilícita

Em face do Direito Administrativo¹⁴², o Direito Penal se afi-gura com maior neutralidade, notadamente diante do fenômeno político e de suas relações de Poder, em regra contaminante para os resultados que envolvem responsabilidade jurídica, assim como apresentar-se-ia este como sendo mais imparcial a atuação da jurisdição penal, tornando mais difícil para o infrator o uso de expedientes de neutralização do juízo de desvalor das condutas levadas a cabo.

A partir dessas reflexões é que poderíamos pensar melhor na proposta do autor espanhol – e de tantos outros na mesma linha –, para, a partir de aí, avançarmos para além dos limites tradicionais que a ciência moderna nos impingiu, modo geral e no que toca ao Direito e ao Direito Penal (liberal), constituindo novas responsabilidades jurídicas e penais com vocação mais rápida e intervencionista, seja para evitar os danos que os ilícitos provocam (alguns irreparáveis) na vida das pessoas e das instituições (vide os crimes de corrupção que fragilizam as instituições democráticas e representativas em todos os cantos), seja para ser eficiente na responsabilização a quem deve, tendo por foco, com exemplo, não tanto penas segregatórias de indivíduos, mas pecuniárias e restritivas de direitos (principalmente às pessoas jurídicas), fortalecendo o que se poderia nominar, no caso, de um Direito Penal da Reparação.

dos bens, em qualquer fase do processo (arts.125, 126 e 127, do Código de Processo Penal – CPP); (b) o *arresto de bens móveis* suscetíveis de penhora, nos termos do art.137, do CPP; (c) a *busca e apreensão* para descobrir objetos necessários à prova da infração ou à defesa do réu (alínea e, do §1º, do art.240, do CPP), ou colher qualquer elemento de convicção para o processo (alínea h, do §1º, do art.240, do CPP), dentre outros. Até no âmbito das contravenções penais (Decreto nº 3.688/1941) temos penas acessórias que atingem direitos de natureza diversa da liberdade importantes à vida civil, basta ver as disposições do art. 12, referido como tal: (i) a publicação da sentença; (ii) interdições de direitos: a incapacidade temporária para profissão ou atividade, cujo exercício dependa de habilitação especial, licença ou autorização do poder público; a suspensão dos direitos políticos.

142 Temos presente, todavia, que nesta Sociedade de Riscos os limites entre o Direito Administrativo e o Direito Penal tornam-se mais tênues, haja vista a existência de normas penais em branco que demandam complementação de outros instrumentos jurídicos válidos (Decretos, Portarias, Regulamentos).

Há muito o que discutir ainda, mas o certo é que a ciência jurídica está perdendo campo, em certa medida, à criatividade e imaginação dos criminosos e violadores da ordem estabelecida.

V Referências Bibliográficas

- AGAMBEN, Giorgio. *Democracia, en que Estado?* Buenos Aires: Promete o Libros, 2014.
- ALVES, José Cláudio Souza. *Dos Barões ao Extermínio: Uma História da violência na Baixada Fluminense*. Duque de Caxias: APPH-CLIO, 2003.
- ARENDT, Hannah. *A condição humana*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1989.
- _____. *The Promise of Politics*. New York: Schocken Books, 2005.
- BAUMANN, Zygmunt. *Modernidad Líquida*. México: Fondo de Cultura Económica, 2008.
- BECK, Ulrich. *La sociedad del riesgo. Hacia una nueva modernidad*. Barcelona: Paidós, 1998.
- _____. Living in the world risk society. In *Economy and Society*. Vol. 35. Number 3. August 2006: 329/345. <http://www.tandfonline.com/toc/reso20/current>.
- BELLAMY, Foster. MAGDOFF, Fernand J. *The Great Financial Crisis: Causes and Consequences*. New York. Monthly Review Press, 2009.
- BOURDIEU, Pierre. *The Essence of Neoliberalism*. In <https://mondediplo.com/1998/12/08bourdieu>. Acesso em: 18/01/2016.
- BURKE, Roger Hopkins. *An Introduction to Criminological Theory*. Cullumpton: Willan Publishing Campbell, 2001.
- CAMPBELL, Collin. *The Puzzle of Modern Consumerism*. In LEE, M J (Org.) *The Consumer Society Reader*. Oxford: Blackwell Publishers pp. 48-72, 2000.
- CEPAL. *América Latina Frente al Espejo: dimensiones objetivas y subjetivas de la inequidad social y el bienestar de la región*. Santiago, CEPAL 2010. In <http://www.cepal.org/es/publicaciones/2965-america-latina-frente-al-espejo-dimensiones-objetivas-subjetivas-la-inequidad>. Acesso em 07/03/2016.
- CUNHA, Martin Vasques da. *Como se manter íntegro em um mundo corrompido?* São Paulo: Campinas, 2007.

- CUSSON, Maurice. *Criminologia*. Lisboa: Casa das Letras, 2010.
- DAHL, Robert and LINDBLOM, Charles. *Politics, Economy and Welfare: Planning and Politico-Economic Systems Resolved into Basic Social Processes*. New York: Harper, 1953.
- DEAN, Jodi. *Enjoying Neoliberalism*. Disponível em: http://www.longsunday.net/long_sunday/files/enjoying_neo-liberalism.doc, 2005. Acesso em: 29/02/2016.
- DEMICHELI, Lelio. *Società o Comunità*. Roma: Carrocci Editore, 2011.
- DOLCINI, Emilio & MARINNUCCI, Giorgio. *Manuale di diritto penale*. Parte generale. Milano: Giuffrè, 2009.
- ELIAS, Norbert. *The Civilising Process*. Oxford: Blackwell Publishing, 2003.
- FARIA, José Eduardo. *Direito e Globalização Econômica: implicações e perspectivas*. São Paulo: Malheiros, 1996.
- FERRAZ JR., Tércio Sampaio. *A Ciência do Direito*. São Paulo: Atlas, 1986.
- _____. *Introdução ao Estudo do Direito*. São Paulo: Atlas, 1990.
- FURLONG, Andy & CARMEL, Fred. *Young People and Social Change: Individualization and Risk in Late Modernity*. Buckingham: Open University Press, 2002.
- GARAPON, Antoine. *I custodi del diritto, Giustizia e democrazia*. Milano: Feltrinelli, 1997.
- GARLAND, David. *The Culture of Control: Crime and Social Order in Contemporary Society*. Oxford: Oxford University Press, 2001.
- GRAY, John. *False Dawn: The Delusions of Global Capitalism*. London: Granta, 1998.
- HAYES, Mark. *The Economics of Keynes: A New Guide to The General Theory*. Northampton: MA, 2010.
- HAYWARD, Keith J. *City Limits: Crime, Consumer Culture and the Urban Experience*. London: The Glasshouse Press, 2004.
- HIRST, Paul. THOMPSON, Graham. *Globalisation in Question*. Cambridge: Polity, 2002.
- HUTTON, Will. *The World We're in*. London: Time Warner Books, 2002.
- KILLIAS, M. *The opening and closing of breaches: A theory on crime waves, law creation and crime prevention*. European Journal of Criminology, 2006, 3(1): 11-32.
- KOTZ, Martin D. *The Financial and Economic Crisis of 2008: A Systemic Crisis of Neoliberal Capitalism*. In: Review of Radical Political Economics, 41: 305. 2010.
- LAGOS, Marta e DAMMERT, Lucía. *La Seguridad Ciudadana El problema principal de América Latina*. In http://www.latinobarometro.org/documentos/LATBD_La_seguridad_ciudadana.pdf. Acesso em: 08/03/2016.
- LEA, John. *Poverty, Crime and Politics: Frederick Engels and the Crime Question*. In: LEA, John. PILLING, Geoffrey (Org.). *The Condition of Britain: Essays on Frederick Engels*. London: Pluto Books, 1996.
- MACHADO NETO, A. L. *Teoria da Ciência Jurídica*. São Paulo: Saraiva, 1983.
- MARX, Karl. *O Capital*. Vol.III. São Paulo: Centauro Editora, 2005.
- MOLINA, Antonio García-Pablos de & GOMES, Luiz Flávio. *Criminologia*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.
- NELKEN, D. *Comparative criminal justice: Beyond ethnocentrism and relativism*. In: European Journal of Criminology, 2009, 6(4): 291-312.
- NETTO, Alamiro Velludo Salvador. *Tipicidade Penal e Sociedade de Risco*. São Paulo: Quartier Latin, 2006.
- OHMAE, Kenichi. *The Borderless World: Power and Strategy in the Global Marketplace*. London: Harper Collins Publishers, 1990.
- PAGLIARO, Antonio. *Il Diritto Penale fra Norma e Società*. Milano: Giuffrè Editore, 2010.
- PERRONE-MOISÉS, Cláudia. *Direito ao Desenvolvimento e Investimento Internacional*. São Paulo: Ed. Oliveira Mendes, 1998.
- RORTY, Richard. *Philosophy and the mirror of nature*. Princeton: Princeton University Press, 1979.
- RUSSELL, Bertrand. *Our Knowledge of the External World*. London: Oxford University Press, 1980.
- SILVA SANCHEZ, Jesús-Maria. *L'espansione del diritto penale. Aspetti della politica criminale nelle società industriali*. Milano: Giuffrè-Quaderni di diritto penale comparato internazionale ed europeo, 2004.
- STEGMÜLLER, Wolfgang. *A Filosofia Contemporânea*. São Paulo: Edusp, 1977.

- SUNSTEIN, Cass R. *Laws of fear: beyond the precautionary principle*. Cambridge, U.K.: Cambridge University Press, 2005.
- THORSTENSEN, Vera. *OMC – Organização Mundial do Comércio: as regras do comércio internacional e a Nova Rodada de Negociações Multilaterais*. São Paulo: Aduaneiras, 2001.
- UNODC. *World Report on Homicides*. Disponível em: <https://www.unodc.org/gsh/>. Acesso em: 07/03/2016.
- VEBLEN, Thorstein. Conspicuous Consumption. In: Lee, M J (Org.) *The Consumer Society Reader*. Oxford: Blackwell Publishers, 2000.
- VIEHWEG, Theodor. *Topica y jurisprudencia*. Madrid: Taurus, 1984.
- WARAT, Luis Alberto. *Senso Comum Teórico: as vozes incógnitas das verdades jurídicas*. In: Introdução Geral ao Direito. Porto Alegre: Fabris, 1994.
- _____. *Sobre la Dogmática Jurídica*. In: Revista Sequência, nº 02, ano 1, 2º Semestre de 1980, Florianópolis, 1980, pp.33/55.

CAPÍTULO 3

SOCIEDADE DE RISCO E EXPANSÃO DO DIREITO PENAL: LIMITES E POSSIBILIDADES DO DIREITO PENAL DE RISCOS

I Notas Introdutórias

A história dos delitos e das penas no Ocidente é terrível em termos humanitários, matéria já explorada à saciedade por filósofos, cientistas políticos e juristas, fazendo que buscassem, de forma intermitente, mudanças no sistema sancionatório ocidental. Como lembra Foucault, *il tramonto dei supplizi* é sentido como exigência social improcrastinável a partir da segunda metade do século XVIII, em especial na França Revolucionária, quando surge a necessidade de se punir de outra maneira da tradicional da época, abolindo o confronto físico entre soberano com o condenado e dissolvendo um pouco as tensões entre o Príncipe e a cólera do povo em face de seu intermediário (o executor) e o executado.¹⁴³

A interrupção súbita daquela relação sanguínea de punição, até então indissolúvel em face das relações de poder que se estabeleciam e autorizavam a violência tirânica do Rei (e seu prazer de ver o povo sofrer), paradoxalmente ocorre através do mais suave dos sentimentos, a doçura, ora entendida, na reconstrução foucaultiana, como a natural necessidade de castigo sem suplício, formulada a partir da ideia de grito do coração ou da natureza indignada, pois mesmo ao pior assassino uma coisa ao menos deve ser respeitada quando é punido: a sua humanidade.¹⁴⁴

É o homem, em suma, desprovido de seu aspecto criminal, que deve ser tomado como fundamento contrário ao despotismo da sanção-suplício, símbolo material do poder monárquico.

143 FOUCAULT, Michel. *Sorvegliare e Punire. Nascita della Prigione*. Torino: Einaudi, 1976, p.79 e seguintes.

144 Idem, p.81.

Hoje os juristas do século XXI são chamados à reflexão sobre esses temas enquanto parábolas da humanidade, haja vista que, por um lado, alguns modelos de pena criminal podem operar com a lógica do passado (o sistema carcerário brasileiro é uma realidade viva disto); por outro, mesmo os avanços humanistas das penas e suas execuções ainda deixam a descoberto novas tipologias de condutas criminosas preocupantes, geradas por outra Sociedade, hipercomplexa em termos de relações e seus resultados (catastróficos).

Desde o final da década de 1980 alguns sociólogos e filósofos tem discutido sobre o tema das novas configurações de forças políticas e relações sociais marcadas por níveis de complexidades altamente diferidos – como é o caso de Ulrich Beck¹⁴⁵, Anthony Giddens¹⁴⁶, Niklas Luhmann¹⁴⁷ e Zygmunt Bauman¹⁴⁸, dentre outros.

Essa Sociedade se caracteriza em face de múltiplos fatores transnacionais, econômicos e culturais, com interconexões e protagonismos igualmente plurais, fazendo florescer com velocidade ímpar interesses e bens muito mais difusos e coletivos do que individuais, todos carentes de proteção jurídica e política.

Esses cenários, por sua vez, favorecem a aparição de novos perigos supraindividuais no cotidiano dos cidadãos. Tais perigos se diferenciam daqueles provocados pela ainda desconhecida natureza (maremotos, furacões, vulcões, terremotos, etc.); não que tenham se extinguido, por conta da inexistência de conhecimentos e informações técnicas e científicas para dar conta deles, mas provêm de tensas relações sociais e institucionais pouco controláveis por deficitários sistemas normativos de segurança (cível, administrativo

e penal) existentes, provocando riscos e danos em massa, alguns inclusive comprometendo as futuras gerações (como é o caso dos danos ambientais).

Diante de tais elementos é que surge, dentre outras inquietações teóricas e práticas, o problema da imputação de responsabilidade (social, política e jurídica) pelas causas e consequências indesejadas decorrentes daquelas situações, e mesmo diante da sensação de insegurança que perpassa a cidadania quando se depara com modalidades inusitadas de ilícitos violadores de Direitos e Garantias Fundamentais – direta ou indiretamente.

Nesse texto pretendemos tratar especialmente de qual o papel do sistema jurídico penal nesta Sociedade de Riscos, verificando em que medida se justifica a expansão ou restrição do mesmo em face das características que ela apresenta. Em outras palavras, é adequado sob os pontos de vista histórico e contemporâneo do Direito Penal no Ocidente ele se expandir com a finalidade de fazer frente aqueles riscos e danos, constituindo o que vamos chamar de Direito Penal de Riscos, ou se deve deixar tal mister a outros ramos do sistema jurídico?

II As truncadas relações entre Sociedade de Riscos e Sistema Jurídico Penal

A sociedade contemporânea, como já se referiu, tem se apresentando progressivamente como altamente insegura, em face mesmo dos muitos perigos gerados pelo processo de industrialização e de modernização vigentes, a despeito de inexistir conceito de risco que possa satisfazer a todas as pretensões epistemológicas ou sociológicas, pois, como adverte Luhmann, a própria origem da palavra risco é desconhecida, e as investigações históricas sequer apontam informações verossímeis a respeito, tendo em conta ainda a necessidade de se agregar a tal desiderato variáveis e fatores muito amplos, tais como o componente político, social, econômico, ideológico.¹⁴⁹

149 Ver o texto de LUHMANN, Niklas. *Sociología del Riesgo*. Op.cit., p.46. É curiosa lembrança de Luhmann sobre o fato de que no Medievo é que vamos encontrar difusão maior deste conceito de risco, especialmente em face do surgimento da imprensa,

145 BECK, Ulrich. *La sociedad del riesgo. Hacia una nueva modernidade*. Barcelona: Paidós, 1998. Ver também os textos do autor: BECK, Ulrich. *Power in the Global Age: a new global political economy*. New York: Polity Press, 2005; *Re-Inventing Europe: A Cosmopolitan Vision*. In http://www.iemed.org/publicacions/quaderns/10/q10_109.pdf, acesso em 29/03/2016; *The Cosmopolitan Society and its Enemies*. In http://www.veraznanjemir.bos.rs/materijal/BECK_the_cosmopolitan_society_and_its_enemies.pdf, acesso em 29/03/2016.

146 GIDDENS, Anthony. *As consequências da modernidade*. São Paulo: Unesp, 1991.

147 LUHMANN, Niklas. *Sociología del Riesgo*. México: Universidade Iberoamericana, 2006.

148 BAUMAN, Zygmunt. *Modernidade e Ambivalência*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1999.

De qualquer sorte, o conceito de risco deve tomar em consideração tanto elementos contextuais como axiológicos, eis que sua identificação se centra em grande parte em estabelecer valorações, enquanto que sua identificação constitui a criação propriamente dita do risco como evidência das consequências negativas que podem ter determinados atos.¹⁵⁰ Mas como se alcançam tais evidências? Se o risco é um acontecimento futuro valorado de forma previa e negativa, dependente de uma decisão determinada, para que se possa prevê-lo e preveni-lo impõem-se o conhecimento prévio à máxima potência de seus elementos constitutivos, providência indispensável para o diagnóstico do risco e condição de possibilidade às estratégias da prevenção com maiores chances de efetividade (*lo que no se puede reconocer e identificar tampoco se puede dominar*).¹⁵¹

Isso faz com que, dentre outras coisas, mesmo estando as instituições públicas e privadas operando perfeitamente, e que as normas de conduta estejam observadas, e os acordos validamente cumpridos, ainda assim não se possa gerar nenhuma garantia de segurança em face dos riscos referidos. Tudo isso diminui a confiança no Estado; e não só pela incontrolabilidade dos riscos e dos perigos identificados, mas em razão de limitações dos mecanismos institucionais utilizados no controle de tais fenômenos.¹⁵²

Na dicção de Bauman temos visto que na chamada Sociedade Líquida em que nos encontramos as estratégias tradicionais de solução de problemas tornam-se obsoletas antes que possam ser apreendidas por seus agentes, o que transforma o ideário de controle e segurança social progressivamente fictício, pois quanto mais tentamos

colonizar o futuro com estratégias cognitivas e científicas, mais ele escapa de nosso controle.¹⁵³

Diz o sociólogo que prever tendências futuras a partir de eventos passados torna-se cada vez mais arriscado nesta Sociedade de Riscos, e frequentemente enganoso. É cada vez mais difícil fazer cálculos exatos, uma vez que os prognósticos seguros são inimagináveis, afigurando-se a vida contemporânea (líquida) como precária, vivida em condições de incerteza constante.

Nesse cenário, a segurança dos direitos dos cidadãos – em regra – é muito mais ameaçada pela falta de resposta do Estado aos seus misteres sociais do que pela sua hipertrofia, como ocorria antes do Estado Social, eis que a insegurança gerada pela ausência de cumprimento de prestações estatais vinculadas ao mínimo existencial é permanente motivo de crise que põe em risco o próprio regime democrático.¹⁵⁴

Habermas já tivera oportunidade de dizer há mais tempo que:

*Graças à quebra do equilíbrio ecológico e à capacidade de destruição embutida na aplicação da técnica de ponta surgiram, no entanto, novos riscos que ultrapassam as fronteiras. “Chernobyl”, “buraco de ozônio” ou “chuva ácida” indicam acidentes e modificações ecológicas que, por causa das suas amplas consequências e intensidades, não se deixam mais controlar nos âmbitos nacionais e que, conseqüentemente, ultrapassam a capacidade de ordenação dos Estados singulares. Também em um outro sentido as fronteiras dos Estados tornam-se porosas. Isso vale para a criminalidade organizada, sobretudo para o tráfico de drogas e de armas.*¹⁵⁵

153 BAUMAN, Zygmunt. *Modernidade Líquida*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2000. Ou seja, *La richiesta di sicurezza, che proviene dai singoli ma più spesso da gruppi più o meno consolidati, incorpora, in questa prospettiva, la rivendicazione del diritto esclusivo di costruire lo spazio sociale sulla base di criteri propri e non negoziabili*. AUGÉ Marc. *Le nuove paure. Cosa temiamo oggi*. Torino: Bollati Boringhieri, 2013, p.22.

154 É interessante o registro de VIANELLO, Francesca e PADOVAN, Dario. *Criminalità e paura: la costruzione sociale dell'insicurezza*. In http://www.ristretti.it/areestudio/giuridici/studi/vianello_padovan.pdf, acesso em 14/04/2016, p.04, ao lembrarem que: *Allora come oggi, la preoccupazione per “la preservazione sociale dal delitto” e per la “sicurezza sociale” [Atti della Commissione di statistica giudiziaria, Roma, 1886, p. 94, in Ferri, p. 322], come già ci si esprimeva all'epoca, si trasformava repentinamente prima in un tema di scontro politico parlamentare e poi in allarme sociale veicolato dai giornali e dall'opinione pubblica*. Grifos nossos.

155 HABERMAS, Jürgen. *A Constelação Pós-Nacional*. São Paulo: Littera Mundi, 2001,

utilizando expressões como perigo, desafio, azar, sorte, temor, surgindo a palavra risco como necessidade de atribuir sentido a situações específicas e concretas que não poderiam ser englobadas nos conceitos disponíveis até então. (p.55).

150 Ver o texto de LÓPEZ CERESO, José A. § LUJÁN, José Luis. *Ciencia y Política del Riesgo*. Madrid: Alianza Editorial, 2000.

151 MENDOZA BUERGO, Blanca. *Gestión del riesgo y política criminal de seguridad en la sociedad del riesgo*. In DA AGRA, Cândido, *et alli* (eds.). *La Seguridad en la Sociedad del Riesgo: un debate abierto*. Barcelona: Atelier, 2003, p.74.

152 Neste ponto ver o texto de MACHADO, Marta Rodriguez de Assis e outros. *Monografias IBCCRIM, nº 34. Sociedade de risco e direito penal: uma avaliação de novas tendências político-criminais*. São Paulo: IBCCRIM, 2005, p.80.

Um dos importantes teóricos críticos do Direito Penal na Sociedade de Riscos, José Luis Díez Ripollés¹⁵⁶, tem lembrado que efetivamente as relações sociais se complexificaram nos últimos tempos – notadamente a partir da segunda metade do século XX –, passando por fases de euforia e desencanto político, econômico e social, gerando e rompendo expectativas de todos os segmentos sociais, a despeito dos avanços e conquistas alcançados. Este evoluir tem desencadeado processos/relações interpessoais e interinstitucionais altamente tensos e beligerantes, fomentados pela lógica do mercado capitalista cada vez mais concorrencial e de exclusão, o que tem implicado sensações de insegurança em todos os atores envolvidos, até em face da flexibilização de regras tidas como intocáveis (as das relações de trabalho, por exemplo; a coisa julgada, o direito adquirido, o ato jurídico perfeito, as nulidades em termos de obrigações e contratos).

Silva-Sánchez tem advertido para o fato de que as sociedades industriais tem se desenvolvido como Sociedades do Medo, nas quais a percepção subjetiva de insegurança, por vezes, é superior às situações objetivas de perigo realmente existentes, sendo que para isso contribuem em muito os meios de comunicação de massa, que sugerem ao expectador que ele se encontra indefeso e abandonado totalmente pelo Estado, exposto às atrocidades causadas por uma criminalidade que pode não se encontrar nos níveis de crescimento divulgado.¹⁵⁷ É óbvio que isto tem gerado na opinião pública forma-

da por estes mecanismos de comunicação referidos desejo crescente de proteção eficaz – seja do Estado, seja por outras vias (milícias, desforço próprio, segurança privada, etc.), notadamente pela estratégia do castigo. É interessante a reflexão de Marc Augé advertindo para o fato de que:

*La richiesta di sicurezza, in quanto diritto di costruire il proprio spazio sociale, può pure mettere a fuoco l'ansia diffusa, unificare i timori in un concreto tangibile pericolo – il criminale, l'immigrato, il drogato – che ora si può combattere e tenere lontano. Insomma, la condizione moderna è caratterizzata strutturalmente da un senso di insicurezza individuale e collettivo che non potrà mai essere posto in maniera definitiva sotto controllo, proprio perché è la società stessa che lo alimenta continuamente.*¹⁵⁸

Veja-se que a promessa das constituições do século XX era a de que o Estado deveria garantir a proteção jurídica e a segurança sem as quais são impossíveis o desenvolvimento social e o crescimento econômico/economia de mercado.¹⁵⁹ Ocorre que o prometido não tem se cumprido, pois a atuação do *livre mercado* tem gerado riscos e danos tanto individuais como coletivos (relações de consumo) e difusos (meio ambiente, urbanísticos), resultando novas tipologias de conflitos meta-individuais que reclamam intervenção estatal plural, preventivas e curativas.¹⁶⁰

Mas que Sistema Jurídico se adequa a esta Sociedade de Riscos? Seguramente um que tente ao menos reduzir a existência ou potencialidade nociva de suas ocorrências (protegendo à máxima

p.88. E avança o autor lembrando que: *Em um mundo cada vez mais densamente entrelaçado pela ecologia, economia e cultura, é cada vez mais raro que haja uma coincidência entre os Estados que tomam decisões legítimas no seu âmbito social e territorial e as pessoas e regiões que são potencialmente afetadas pelas consequências dessas decisões. Porque o Estado nacional deve organizar as suas decisões em bases territoriais, uma congruência entre participantes nas decisões e afetados é cada vez mais rara na sociedade mundial interdependente.* (p.89).

156 RIPOLLÉS, José Luis Díez. *De la Sociedad del Riesgo a la Seguridad Ciudadana: un debate desenfocado*. In Doutrinas Essenciais de Direito Penal, Vol. 2, p. 975 – 1021. Out / 2010, p.975.

157 SILVA SANCHEZ, Jesús-María. *La expansión del Derecho Penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*. Madrid: Civitas, 2001, p.203. Por certo que o Estado deveria apresentar respostas e dados que estabelecessem contra faces aos argumentos por vezes retóricos da imprensa, o que em regra não faz. Ver também o interessante texto de GARCÍA ACOSTA, Virginia. *El riesgo como construcción social y la construcción social de riesgos*. In Revista Desacatos, ClyESAS, Septiembre-

Diciembre, nº19, México, 2005.

158 AUGÉ Marc. *Le nuove paure. Cosa temiamo oggi*. Op.cit., p.26. Ver também o texto de MONGARDINI, Carlo. *Miedo y Sociedad*. Madrid: Alianza Editorial, 2007, em que o autor lembra: *El miedo, no es una constante de nuestra época, es la emoción más primitiva y talvez la más incontrolable, se puede producir por un peligro real o imaginable, inminente o posible, lo cual da lugar a que la propia sociedad realice acciones de enfrentamento o de huida.* (p.09) De igual forma o texto de Ver o também o texto de DONINI, Massimo. *Il volto attuale dell'illecito penale. La democrazia penale tra differenziazione e sussidiarietà*. Milano: Giuffrè, 2004.

159 Ver neste sentido o texto de BERCOVICI, Gilberto. *A influência do poder econômico sobre o poder político*. In Jornal do IBCCRIM, vol.23, nº274. Setembro de 2015. São Paulo: IBCCRIM, 2015, p.08.

160 Ver os textos de SUNSTEIN, Cass. R. *Risk and Reason: safety, law and the environment*. Cambridge: The Press Syndicate of the University of Cambridge, 2004; HAN, Byung-Chul. *La sociedad del cansacio*. Barcelona: Herder, 2012;

potência direitos individuais e sociais), já que evitá-los peremptoriamente se afigura impossível dada a complexidade de variáveis e fatores incontrolláveis que constituem as relações interpessoais e interinstitucionais que operam no cotidiano.¹⁶¹

Historicamente o Direito Penal tem sido tomado como última alternativa à contenção da violação do sistema jurídico protetor de direitos e garantias individuais e sociais, pelo fato de usar a força (física e coativa) legítima do Estado para assegurar a liberdade, o patrimônio e a vida das pessoas, todavia, sempre levando em conta a necessidade da pena em face dos fins repressivos e educativos deduzidos, do ilícito cometido e das condições objetivas e subjetivas dos seus protagonistas e atingidos. Como lembra Gian Paolo Demuro:

*Se per Montesquieu ogni pena che non derivi dall'assoluta necessità è tirannica, Beccaria – coerente con la sua visione contrattualistica, che faceva da argine alle tendenze spiritualistiche e al retribuzionismo etico – nel Dei delitti e delle pene conferma il concetto affermando che «ogni atto di autorità da uomo a uomo che non derivi dall'assoluta necessità è tirannico», e fondando il diritto del sovrano di punire «sulla necessità di difendere il deposito della salute pubblica dalle usurpazioni particolari; e tanto più giuste sono le pene, quanto più sacra e inviolabile è la sicurezza, e maggiore è la libertà che il sovrano conserva ai sudditi».*¹⁶²

Na perspectiva já de Montesquieu, a tolerância diminuiria o número de delitos, isso porque a doçura da pena constituiria a

161 Lembra MATTA, Paulo Saragoça da. O Direito Penal na Sociedade de Risco: análise tópica e novas tendências político-criminais. In Revista Portuguesa de Ciência Criminal, ano 20, nº04, outubro/dezembro de 2010. Coimbra: Coimbra Editora, 2010, p.515, que: A volatilidade dos capitais, a mobilidade das indústrias, a transnacionalidade do crime, a perda da credibilidade das instituições, atacadas que são desde dentro pelo seus servidores ou por terceiros que exploram as respectivas debilidades, dão-nos a todos uma sensação de insegurança, de receio, de instabilidade.

162 DEMURO, Gian Paolo. *Ultima Ratio: alla ricerca di limiti all'espansione del diritto penale*. In Rivista Internazionale di Scienze Giuridiche e Tradizione Romana, nº11. Roma: Diritto@Storia, 2013, p.02. Lembra o autor ainda que: *Il postulato illuministico per il quale il di più di libertà soppressa costituisce abuso è ancora oggi – secondo la Corte costituzionale – un pilastro del nostro sistema penalistico: tutto sta a precisare questo di più in relazione alle misure limitative della libertà strettamente necessarie ad assicurare libertà, uguaglianza e reciproco rispetto tra i soggetti; nelle scelte criminalizzatrici si tratta cioè di limitare la libertà solo per quel tanto strettamente necessario a garantirla.*

melhor das curas preventivas: *Perché una pena ottenga il suo effetto basta che il male della pena ecceda il bene che nasce dal delitto, e in questo eccesso di male deve essere calcolata l'infalibilità della pena e la perdita del bene che il delitto produrrebbe. Tutto il di più è dunque superfluo e perciò tirannico.*¹⁶³

Em termos de premissas fundantes dos delitos e das penas, ainda se afiguram insuperáveis algumas lições de Beccaria, ao sustentar, por exemplo, que o sistema penal tem de operar a partir da lógica da proporção entre estes elementos (delitos e penas). *Dunque più forti debbono essere gli ostacoli che rispingono gli uomini dai delitti a misura che sono contrari al ben pubblico, ed a misura delle spinte che gli portano ai delitti, con la precisazione dell'impossibilità di prevenire tutti i disordini nell'universal combattimento delle passioni umane.*¹⁶⁴

Pode-se dizer que um dos grandes fundamentos do princípio de última ratio do Direito Penal de Riscos, em suas bases mais liberais, até como expressão da luta contra o *Ancien Régime*, está presente no conhecido *Plan de Législation Criminelle* de Jean Paul Marat¹⁶⁵, de 1780, quando, sustentando elementos fundamentais de

163 MONTESQUIEU. *Lo spirito delle leggi*. Milano: Daltrice, 1999, p.231. Em trabalho já clássico de 1883, também vai ROMAGNOSI, Gian Domenico. *Genesi del Diritto Penale*. Milano: Giuffrè, 2003, pp.409-410, ao afirmar que: *Consta in fatti che l'eccesso della pena provoca molte volte maggiori delitti, e rivolta l'animo dei magistrati e del popolo. Mais tarde vai referir o autor: la pena debbessere giusta nel suo oggetto; necessaria nel suo motivo; moderata nella sua azione; prudente nella sua economia; e per quanto si può certa nella sua esecuzione.* (p.418).

164 BECCARIA, Cesare. *Dei Delitti e delle Pene*. Milano: Einaudi, 1973, p.17. E é impressionante a lucidez do mestre italiano ao enxergar desde aquela época que revela-se como falsa a ideia utilitarista de que a melhor resposta ao tema da segurança pública e individual das pessoas deva ser dada pelo Direito Penal, pois *il risultato è alla fine la creazione di leggi non prevenitrici ma paurose dei delitti, che nascono dalla tumultuosa impressione di alcuni fatti particolari non dalla ragionata meditazione degli inconvenienti ed vantaggi di un decreto universale.* (p.119).

165 MARAT, Jean-Paul. *Des principes fondamentaux d'une bonne législation*. In <http://membres.lycos.fr/jpmarat/marat/plan.html>, p.04, acessado em 08/10/2015. Diz o autor: *Il ne suffit pas que les lois soient justes, claires, précises; il faut encore choisir les meilleurs moyens de les faire observer.* Lembra ainda que: *Dans les gouvernements modernes, il semble que le législateur n'ait voulu que réprimer ces crimes qui détruisent la société. Autrefois, si d'une main la justice tenait un glaive;*

uma boa legislação, afirma que não basta que as leis sejam justas, claras e precisas (notadamente as penas), mas é necessário tomar em conta também os meios melhores para que sejam observadas, e aqui a ideia da proporcionalidade impõe a punição de condutas que efetivamente ameaçam de destruir a Sociedade, e não simplesmente as que provoquem distúrbios nela.

Na própria Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, a necessidade na equação delitos x penas estava presente, em especial em seu art.8º, ao dizer que: *La Loi ne doit établir que des peines strictement et évidemment nécessaires, et nul ne peut être puni qu'en vertu d'une Loi établie et promulguée antérieurement au délit, et légalement appliquée.*¹⁶⁶

Em mesma linha de raciocínio andou outro importante autor da modernidade – em especial por suas feições liberais –, que é Bentham, ao imprimir marcas utilitaristas ao Direito Penal, reduzindo o sentido de última *ratio* ao aspecto de que a pena, enquanto meio de compensação negativa do comportamento delituoso, encontra exclusiva legitimação na sua utilidade e na sua economicidade, razão pela qual esta não deve ser infinita quando se afigura ineficaz, supérflua ou muito custosa.¹⁶⁷

Quero dizer com isto que mesmo observados os parâmetros do Direito Penal liberal, as reivindicações de razoabilidade e ponderação de interesses públicos indisponíveis na definição dos bens jurídicos penais a serem protegidos estão presentes, de forma direta ou indireta; claro que na dicção de Bentham, e outros liberais, a utilidade e a economicidade da pena tem como parâmetro de eficiência e legitimidade os interesses mais privados do que públicos, mas isto não se confunde com interesses individuais – haja vista, por exemplo, o direito penal protetivo da propriedade e do mercado!

de l'autre, elle tenait des couronnes. Aujourd'hui armée d'un glaive seulement, la justice ne fait que menacer; elle arrête la main et abandonne le cœur.

166 DÉCLARATION DES DROITS DE L'HOMME ET DU CITOYEN DE 1789, art.8º. In <http://www.legifrance.gouv.fr/Droit-francais/Constitution/Declaration-des-Droits-de-l-Homme-et-du-Citoyen-de-1789>, acesso em 08/10/2015.

167 BENTHAM, Jeremy. *Théorie des Peines et des Rècompenses – Tome I*. Paris: Elibron Classics, 2006, p.49 e seguintes.

Vai na mesma linha Von Litz, a despeito de oxigenar mais sua reflexão principalmente sobre a pena no Direito Penal, sustentando que *la pena è una spada a doppio taglio: tutela di beni giuridici attraverso la lesione di beni giuridici.*¹⁶⁸ Ou seja, o Direito Penal é um meio lesivo dos bens do delinquente tendo por escopo a tutela dos bens da comunidade e das vítimas, e nesta perspectiva exige-se a adequação dos meios aos fins, assim como a máxima economia na sua utilização, em especial no âmbito do ideal iluminístico de que *il diritto penale è il potere punitivo dello Stato delimitato giuridicamente. Delimitato giuridicamente nei presupposti e nei contenuti: delimitato giuridicamente nell'interesse della libertà individuale.*¹⁶⁹

O princípio de última *ratio* do direito penal historicamente aponta para essas direções, fundado na adequada premissa de que a pena é sempre a arma mais forte a disposição do sistema normativo e do Estado e aquela que mais danos provoca em face dos Direitos Fundamentais das pessoas atingidas por ela (físicas e jurídicas), evidenciando medida extrema de controle social. Por tais razões se tem dito que o legislador penal somente pode dispor sobre penas segregatórias ou invasivas da pessoa para aqueles comportamentos cujas punições se afigurem extremamente necessárias e para os fins de não permitir a ameaça ou a lesão a interesses fundamentais individuais ou sociais.

Em termos de juízos normativos axiológicos não há muitas divergências sobre as bases constitutivas do Direito Penal e da Pena, pois a premissa constitucional contemporânea no Ocidente é a de que haja regulações mínimas nesta direção, potencializando a liberdade como valor universal, e evitando restringir o livre arbítrio e as ações humanas no máximo possível (ninguém é obrigado a fazer ou a deixar de fazer algo senão em virtude de Lei).

Mir Puig lembra, neste sentido, que o Direito Penal mais Liberal (do Estado Liberal) sempre se ocupou de funções preventivas e retributivas, fundado justamente na premissa do contrato social realizado entre os cidadãos por questões de utilidade, sendo a pena

168 VON LIZT, Franz. *Trattato di Diritto Penale Tedesco*. Roma: Giuffrè, 1999, p.219.

169 Idem, p.222. Ver o texto de DÍAZ, Gerardo Landrove. *El nuevo Derecho Penal*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2009.

também utilitária (educativa, repressiva, tudo em nome da ordem econômica e política estabelecida).

Algumas consequências sociais e políticas para o âmbito penal decorreram muito claramente deste Estado Punitivo Liberal, como bem observa Pablo Casermeiro:

Prevalence of concern and fear of crime. During the last years, the concern about crime has increased among the population, along with fear of crime;

Importance of victims' interests. Victims have become significant social actors with a crucial influence in criminal policy, which has lead, among other things, to the respectability of their revenge feeling;

Populism and politicization. Political agents with responsibility in the law-making process have given up expert debate, submitting themselves to the superficial discussions that predominate among certain sectors of the population due to the electoral benefits this brings;

A reassessment of punishment based, above all, on a rigorous penitentiary execution;

Rediscovering imprisonment. This punishment appears as the first alternative to crime. Besides intending an increase in the length of prison stays, the re-socialization and flexibilisation goals of the penitentiary regime that they demand are becoming increasingly less acceptable;

*Absence of distrust in law enforcement agencies. The population receives with enthusiasm cuts in their fundamental rights, convinced that they will improve the prevention of crime; but there is no longer any distrust that such cuts may produce power abuses from the criminal law enforcement agencies.*¹⁷⁰

Já no modelo de Estado Intervencionista, até em face desses elementos de reação social oriundos do período anterior, o Direito Penal cumpre função mais agressiva no combate ao delito, com penas focadas na repressão direta a estes comportamentos.

170 Ver o texto de CASERMEIRO, Pablo Rando. *The law and order approach to criminal law in the administrative sanctioning system*. In <http://www.penal.org/sites/>, acessado em 09/05/2016, p.03, citando a obra de DÍEZ RIPOLLÉS, Jose Luiz; ROMEO CASA-BONA, Carlos María; GRACIA MARTÍN, Luis & HIGUERA GUIMERÁ, Juan Felipe (edit.), *La ciencia del derecho penal ante el nuevo siglo. Libro Homenaje al Profesor Doctor Don José Cerezo Mir*. Madrid: Tecnos, 2009.

E no modelo do Estado Social e Democrático de Direito, o sistema jurídico penal está comprometido com a proteção da Sociedade, operando mais na prevenção dos crimes, fundado na ideia de proteção de bens jurídicos, proporcionalidade e culpabilidade.¹⁷¹

Ocorre que as relações sociais hodiernas têm níveis de complexidade e tensionalidades agudas por demais, provocados por múltiplas causas e variáveis (econômicas, culturais, religiosas, de gênero, raciais, etc.), nem todas conhecidas e previsíveis, gerando incertezas e instabilidades no plano das consequências muito altas, as quais sequer conseguem ser gestadas pelos ordenamentos jurídicos. Nas palavras de Bisadolo:

*los factores que caracterizan la sociedad actual como "sociedad del riesgo" no se basan en la existencia de un mayor peligro objetivo, en cuanto esperanza de vida y salud, sino en que han cambiado, esencialmente, dos circunstancias. Antes: a) Los peligros que existían y existen, se prevenían-conocían en abstracto pero no se podían y, en su caso, debían prever-conocer, en concreto; b) En la medida en que se conocían difícilmente se podían controlar y, en consecuencia, no se podía exigir su control. Hoy día: a) Muchos de esos peligros se perciben como riesgos porque hay personas que los conocen, o los pueden conocer, con relativa exactitud, pero no todos los ciudadanos; b) Los riesgos que esas determinadas personas pueden conocer son los que se pueden controlar por esos ciudadanos pero no por el ciudadano medio. Esos "peligros" que se pueden conocer y controlar es lo que denominamos "riesgos" y son los que se puede exigir que sean controlados por quiénes, en las concretas circunstancias, están obligados a ello y es, en el caso de que incumplan gravemente ese deber de controlar, cuando el Derecho penal está legitimado para intervenir.*¹⁷²

171 MIR PUIG, Santiago. *El Derecho Penal en el Estado Social y Democrático de Derecho*. Barcelona: Ariel, 1994, p.34. Ver o texto de AGRA, Cândido da; DOMÍNGUEZ, José Luis; GARCÍA AMADO, Juan Antonio; HEBBERECHT, Patrick; RECASENS, Amadeu. *La seguridad em la sociedad del riesgo. Un debate abierto*. Barcelona: Atelier, 2003.

172 BIDASOLO, Mirentxu Corcoy. *Legitimidad de la protección de bienes jurídico-penales supraindividuales*. In Revista do CENIPEC. Vol. 30. Barcelona: Cenipec, 2011, p.103. Ainda a clara o autor: *A efectos penales, por consiguiente, el peligro objetivo sólo tiene relevância penal cuando puede ser calificado como riesgo. Es decir, el peligro, en cuanto riesgo con relevancia penal, no tiene una naturaleza causal-naturalística sino normativa. A efectos de imputación objetiva de un resultado de peligro o de lesión a una conducta peligrosa hay que distinguir entre la situación de riesgo – grado de peligro normativo penalmente relevante – y juicio de peligro. Dicho peligro normativo se con-*

Daí a necessidade de levar em conta no tratamento do crime e das penas esses elementos todos – questões sobre as quais se ocupa a Política Criminal –, mas de tal maneira não exagerada, para que não substitua políticas públicas preventivas na matéria, e até porque o uso indevido/excessivo do Direito Penal pode causar o efeito de esvaziamento e enfraquecimento das suas normativas para os fins que almeja.¹⁷³

Por isso a necessidade da intervenção penal do Estado tem se alterado ao longo do tempo, mudando também os níveis de importância de determinados âmbitos da vida social em seu evoluir histórico, os quais reclamam proteção diferida – inclusive penal – para a salvaguarda de bens agora tomados como indispensáveis para o desenvolvimento sustentável e responsável com as presentes e futuras gerações, prevenindo riscos e perigos (concretos e abstratos) que podem causar danos irrecuperáveis não só a interesses individuais, mas fundamentalmente a interesses públicos, difusos e coletivos.¹⁷⁴

Então parece adequado associar à ideia de última *ratio* do Direito Penal com o princípio filosófico e jurídico da proporcionalidade, aqui entendido em estreitos termos como a relação de adequação ponderada entre a ação típica e a reação punitiva, ou seja, a reação estatal de punição de condutas criminosas só será legítima se proporcional à conduta ofensiva ao bem jurídico protegido, e tal proporcionalidade tem de ser compreendida como: *Se anche poi una condotta venisse ritenuta penalmente rilevante, ciò non significa au-*

*tomaticamente scelta dello strumento penale. È bene infatti compiere tre ulteriori valutazioni: di efficacia, di effettività e di necessità.*¹⁷⁵

O problema é que, no âmbito das ciências penais, até há pouco tempo mais focado em delitos perceptíveis pelos sentidos, tangíveis e identificados facilmente em face de suas materialidades e autorias, mensuradas pelos níveis de violência ínsita que os caracterizavam (crimes contra as pessoas, contra a propriedade), agora se vêem tensionadas em alguns de seus institutos dogmáticos tradicionais, como culpabilidade, imputabilidade, autoria, materialidade, dentre outros, pois novos comportamentos criminógenos exsurtem, não sendo a violência física o que os caracteriza, intensificando-se os delitos de perigo abstrato ou presumido, como os que atingem direitos difusos e coletivos – meio ambiente e consumidor, por exemplo.¹⁷⁶

Podemos dizer que não se sustenta hoje um Direito Penal exclusivamente subsidiário de bens jurídicos individuais, mas um Direito Penal funcionalizado como sistema de controle de riscos a bens jurídicos elevados à proteção constitucional e penal e, num Estado de Prestações como o que vivemos, resta incluída a prestação da segurança pública, aqui entendida como aquela que compreende as condições necessárias e estabelecidas para o livre desenvolvimento do indivíduo na sociedade.¹⁷⁷

O Direito Penal de Riscos, então, destacar-se-ia por algumas notas especiais, que em hipótese alguma se constituiriam como exaustivas: (a) a intervenção do Direito Penal dar-se-ia em âmbitos

cibe como “probabilidad de lesión de un bien jurídico-penal”, debiendo suponer dicha probabilidad una entidad rayana en la seguridad de lesión para que se pueda aceptar la legitimidad de la incriminación de esta conducta.

173 Ver o texto de MARINUCCI, Emilio e DOLCINI, Giorgio. *Diritto Penale in Trasformazione*. Milano: Giuffrè, 1985. Lembrem os autores que: *Un altro argomento empirico che parla per una limitazione dell'intervento penale muove dal paragone del diritto penale con una spada, il cui filo si deteriora per l'uso eccessivo: così l'impiego eccessivo del diritto penale determinerebbe un'usura che lo indebolirebbe poi nei casi nei quali è davvero necessario*. (p.45). Ou seja, a hipercriminalização pode gerar processos de banalização do crime, em face da incapacidade estatal de dar conta da responsabilização criminal, ampliando a impunidade.

174 Ver os textos de ZAPATERO, Luis Arroyo, et ali (coords.). *Crítica y justificación del Derecho Penal en el cambio de siglo. El análisis crítico de la Escuela de Frankfurt*. Cuenca: Universidad Castilla la Mancha, 2003; e MARTÍN, Luis Gracia. *Fundamentos de Dogmática Penal. Una introducción a la concepción finalista de la responsabilidad penal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2006.

175 BELFIORE, Elio. (a cura di). *Giudice delle leggi e Diritto Penale*. Milano: Giuffrè, 2005, p.57. Este mesmo princípio opera em qualquer âmbito do sistema jurídico, ex vi decisão recente do Consiglio di Stato Italiano, IV Sezione, 26 febbraio 2015, n. 96418, Vol. settembre 2015: *Tra i principi generali di importanza e funzionalità crescente nel diritto pubblico merita di essere segnalato il principio di proporzionalità dell'attività amministrativa, in funzione del quale i diritti e le libertà dei cittadini possono essere limitati solo nella misura in cui ciò risulti indispensabile per proteggere gli interessi pubblici*.

176 Ver a coletânea de ARROYO/NEUMANN/NIETO (coords.). *Crítica y justificación del Derecho penal en el cambio de siglo. El análisis crítico de la Escuela de Frankfurt*. Cuenca: Leoni, 2003. Ver também o texto de HOYOS, Gustavo Balmaceda. *Consideraciones críticas sobre el derecho penal moderno y su legitimidad*. Santiago do Chile: Ediciones Jurídicas de Santiago, 2007.

177 Ver o texto de CURBET, Jaume. *Un Mundo Inseguro: la seguridad en la sociedad del riesgo*. Barcelona: UOC, 2011.

diferentes do que tem sido seu espaço tradicional, ampliando-se o número de comportamentos penalmente relevantes; (b) tratar-se-ia de um Direito Penal que oferece tutela a um grande número de bens jurídicos de natureza supra individual ou coletiva; (c) predominariam neste novo Direito Penal os tipos de perigo e os delitos de perigo abstrato¹⁷⁸; (d) antecipar-se-ia o momento da intervenção penal, aumentando-se a repressão penal de determinados atos preparatórios, haja vista o potencial de danos irrecuperáveis que poderíamos ter; (e) haveria modificações no sistema de imputação da responsabilidade, ampliando as situações de imputação objetiva e a responsabilidade penal da pessoa jurídica; (f) haveria mudanças pontuais no âmbito das garantias processuais para determinados delitos de maior complexidade e gravidade, atingindo de certa forma alguns institutos clássicos do Direito Penal, como o da legalidade estrita, devido processo legal, contraditório, dentre outros – por óbvio que sem menoscabo deles.¹⁷⁹

178 O esclarecimento destas questões por Bidasolo é importante: *La situación de peligro ex ante opera como límite a la actuación incriminadora del legislador: la legitimidad del castigo de conductas peligrosas está vinculada al respeto a dichos límites axiológicos. Sólo en la medida en que se incriminen conductas con suficiente peligrosidad normativa, en abstracto, se respetarán los postulados del Estado de Derecho, en particular, el principio de intervención mínima y ultima ratio del Derecho Penal.* In BIDASOLO, Mirentxu Corcoy. *Legitimidad de la protección de bienes jurídico-penales supraindividuales.* Op.cit., p.104.

179 RIPOLLÉS, José Luis Diez. *De la Sociedad del Riesgo a la Seguridad Ciudadana: un debate desenfocado.* Op.cit., p.980. Ver também o texto de GRACIA, Leonardo. *¿Qué es la modernización del Derecho Penal?* In *La ciencia del Derecho Penal ante el nuevo siglo – Libro en Homenaje al Profesor Dr. D. José Cerezo Mir.* Madrid: Tecnos, 2002. Outro texto importante é o de BUERGO, Blanca Mendoza. *El Derecho Penal en la Sociedad del Riesgo.* Madrid: Civitas, 2001, afirmando que: *la política criminal en el derecho penal del riesgo prima facie se caracteriza por un acentuado adelantamiento de la protección penal, así como la configuración de bienes jurídicos universales (de vago contenido).* (p.44). Gracia Martín já amplia este âmbito para os seguintes: *a) El denominado Derecho penal del riesgo, con el cual se trataría de dar una respuesta, preferentemente por medio de los tipos de peligro abstracto, a los grandes riesgos que crean ciertas actividades en la actual “sociedad del riesgo”, como las relativas a la tecnología atómica y nuclear, a la informática, a la genética, o a la fabricación y comercialización de productos; b) el Derecho penal económico y del ambiente, que agrupa un conjunto de tipos penales orientados a proteger el ambiente y otros “nuevos” bienes jurídicos de la Economía que, generalmente, remiten a substratos de carácter colectivo; c) el Derecho penal de la empresa, en el cual se trata sobre todo de las cuestiones de imputación que plantea el hecho delictivo cometido a partir de una organización empresarial, y por esto con arreglo a los principios de división del trabajo y de jerarquía; d) el Derecho penal*

Jorge de Figueiredo Dias já alertava, no ano de 2001, para o fato de que o paradigma de um direito penal liberal antropocêntrico – o que estava acostumado a lidar com atos criminosos individuais – não daria mais conta dos novos desafios da Sociedade de Riscos, pois, agora, é possível se ver com mais clareza que *a acção humana, as mais das vezes anónima, se revela susceptível de produzir riscos também eles globais ou tendendo para tal, susceptíveis de serem produzidos em tempo e em lugar largamente distanciados da acção que os originou ou para eles contribuiu e de poderem ter como consequência, pura e simplesmente, a extinção da vida.*¹⁸⁰

Por outro lado, há muitas resistências à expansão do Direito Penal, históricas e contemporâneas, destacando-se hodiernamente os debates da conhecida Escola de Frankfurt, com Albrecht, Hassemer, Prittwitz e Herzog, desde os anos de 1990, os quais contribuíram em muito à ampliação desta reflexão, notadamente envolvendo os temas da segurança e sensação de insegurança social em face das contingências de instabilização das relações sociais e institucionais, o que poderia gerar a expansão exagerada do Direito Penal para solver problemas de natureza política e social.¹⁸¹

Queremos, agora, delimitar, mesmo que brevemente, as razões de justificação e fundamentação de alguns autores – vinculados a escolas jurídicas ou não – que contestam estas ideias do Direito Penal de Riscos ou da expansão do Direito Penal.

de la Unión Europea para la protección de los bienes jurídicos “europeos” diferenciados de los nacionales; e) el Derecho penal de la globalización para la protección de bienes jurídicos en el actual mercado global autorregulado y no controlado por los Estados nacionales; y f) el tan controvertido —y por Jakobs denominado en 1985— Derecho penal del enemigo. In MARTÍN, Luis Gracia. *El Derecho penal moderno del Estado social y democrático de Derecho.* In <http://www.sitios.scjn.gob.mx/cursoderechopenal/sites/>, acesso em 13/06/2016, p.05

180 FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *Temas Fundamentais de Direito Penal.* Coimbra: Coimbra Editora, 2001, p.158.

181 Ver os textos: ROXIN, Claus. *Derecho Penal. Parte General.* Madrid: Civitas, 2000; WOLTER, Jürgen. *Imputación Objetiva y Personal a título de injusto.* In *El sistema penal moderno del Derecho Penal: cuestiones fundamentales.* Madrid: Tecnos, 1991; PRITTWITZ, Cornelius. *Sociedad del Riesgo y Derecho Penal.* In *El Penalista Liberal. Controversias nacionales e internacionales en Derecho Penal, Procesal Penal y Criminología.* Madrid: Tecnos, 1998.

Desde já aclaramos que estas abordagens não pretendem – muito pelo contrário – exaurir as reflexões dos teóricos eleitos para, exemplificativamente, demarcar alguns contornos do debate epistemológico e pragmático do tema central de nosso escopo, mas tão somente desejamos alinhar diretrizes críticas sobre ele e, na ordem da exposição, propor alguns contrapontos – teóricos e pragmáticos – de natureza pessoal ao que está sendo referido pela doutrina especializada em cada um dos seus campos.

III Razões de resistência ao Direito Penal dos Riscos

O Direito Penal dos Riscos encontra hoje vários e sérios argumentos de resistência entre escolas jurídicas e autores renomados, quase todos convergindo em muitos dos seus fundamentos, que tocam na denúncia de que a dita modernização do direito penal tende a flexibilizar os princípios político-criminais e as regras de imputação, dentre outros, importantes conquistas do direito penal liberal, rompendo com o paradigma do direito penal reativo e constituindo um direito penal mais proativo, convertendo-se em ferramenta de pedagogia social. Vejamos alguns deles.

III.a Aportes às reflexões de Winfried Hassemer

Winfried Hassemer¹⁸², professor da Universidade de Frankfurt, Alemanha, e um dos principais representantes da chamada Escola de Frankfurt do Direito Penal (resistente à expansão do Direito Penal na Sociedade de Riscos), talvez seja dos mais festejados juristas a dizer que o Direito Penal deve estar fundado nos princípios da legalidade, concentrando-se em bens jurídicos precisos e limitados a funções que efetivamente possa cumprir; daí o argumento do Direito Penal Básico, que alcançaria a todas as lesões a bens jurídicos individuais clássicos; todavia, como o Direito Penal não poderia renunciar a proteção de bens jurídicos universais, deveriam então tais bens serem precisamente demarcados sob o ponto de vista de suas proteções, pensando-se, para eles, um Direito Penal de Intervenção,

182 Especificamente sobre o autor alemão, ver o excelente texto de OLIVEIRA, Ana Carolina Carlos de. *Hassemer e o Direito Penal Brasileiro: direito de intervenção, sanção penal e administrativa*. São Paulo: IBCCRIM, 2013.

localizado entre o Direito Penal clássico e o Direito Administrativo Sancionador (civil e público).¹⁸³

Ao mesmo tempo, Hassemer reconhece que o Direito Penal atual tem de recepcionar os riscos e perigos de novos protagonistas e cenários que periclitam igualmente inéditos bens jurídicos constitucionais e penais:

As reformas no Direito Penal material não se concentram na Parte Geral, mas na

*Parte Especial e não conduzem à simplificação, ao abrandamento do Direito Penal ou à descriminalização, senão justamente ao contrário, elas acentuam as determinações penais existentes e as penas cominadas, elas estendem o Direito Penal a novos setores e ao mesmo tempo se expandem nas tradicionais e nas novas áreas (há exceções, como por exemplo os crimes de aborto, que estão sujeitas a condições constitutivas especiais; elas são residuais e não pertencem ao “moderno” Direito Penal; por isso delas não se pode colher nenhuma tendência). Os novos setores são: o ambiente; as drogas; a economia; o processamento de dados eletrônicos; o terrorismo; a criminalidade organizada; a corrupção.*¹⁸⁴

183 Ver os textos do autor: HASSEMER, Winfried. *Bienes Jurídicos en Derecho Penal*. In BAIGÚN, David et al. *Estudios sobre justicia penal: homenaje al prof. Julio B. J. Maier*. Buenos Aires: Del Puerto, 2005; --- *Crisis y características del moderno Derecho Penal*. In *Revista Actualidad Penal*, nº43, vol.2, 1993; --- *Direito Penal: fundamentos, estrutura, política*. Porto Alegre: Safe, 2008. Não há como estender este debate aqui, entretanto podemos questionar ao autor alemão – como muito se faz – quais seriam as características, garantias e procedimentos deste Direito Penal Interventivo, já que não se pode falar de flexibilização das prerrogativas constitucionais internacionais do devido processo legal, amplo direito de defesa e contraditório! Seria difícil, portanto, imaginar discussões administrativas ou judiciais com consequências econômicas e patrimoniais efetivas sem a observância daquelas prerrogativas da cidadania.

184 HASSEMER, Winfried. *Desenvolvimentos previsíveis na dogmática do direito penal e na política criminal*. In *Revista eletrônica de Direitos Humanos e Política Criminal – REDHPC*, Nº 2 – abril de 2008, Porto Alegre/RS, p. 02. A conclusão do autor – já como discurso de resistência e esta Novo Direito Penal, é a seguinte: *A moderna Política Criminal afasta-se da forma tradicional de cometimento (do crime de lesão ou fraude) e da determinação normal do bem jurídico do Direito Penal tradicional (bem jurídico individual como, por exemplo, a integridade física). Sua forma típica de delito é a do delito de perigo abstrato (por exemplo, a fraude à subvenção), sua determinação normal de bem jurídico é a do bem jurídico universal concebido de forma ampla (como a saúde popular no Direito Penal das Drogas)*³. De acordo com isso, dissolvesse a determinação legal do injusto punível, aumentam e flexibilizam-se as possibilidades de aplicação da lei, diminuem as chances de defesa e também a crítica à ultrapassagem dos limites instituídos pelo legislador. (p.03).

Todavia, o autor alemão denuncia o perigo deste Direito Penal do Risco se ver amplamente instrumentalizado, valendo-se de expedientes como o recurso aos crimes de perigo abstrato, o que colocaria em jogo o princípio da proteção subsidiária de bens jurídicos e a vulneração de garantias dadas aos acusados.¹⁸⁵ E assim o faz em face de fundar em muito suas premissas argumentativas no ponto sob a influência da Ilustração Moderna, em especial na ideia de *Contrato Social* como pedra filosofal de todo o sistema jurídico, haja vista que ele representa o que há de mais depurado na relação entre Estado, Sociedade/Cidadania e Direito (penal), chegando a afirmar:

*Solo puede ser un hecho típico la lesión de la libertad asegurada por el contrato social, así el bien jurídico tiene una función sistemática, como criterio negativo para una criminalización legítima: si bien jurídico no hay injusto penal. Los límites de la renuncia de la libertad social deben ser absolutamente preciso e impenetrables. El Estado es una institución derivada de los ciudadanos y se debe funcionalizar su poder en aras de los derechos de los ciudadanos. El contrato social no tolera ningún poder que no sea derivado y ninguna usurpación. Precisamente por ello el poder del Estado debe ser en el Derecho Penal, donde más claramente se muestra, limitado y vinculado a los derechos del individuo.*¹⁸⁶

Hassemer entende aqui, coerente com a perspectiva do Contrato Social referido, que uma vez estabelecidos os limites de renúncia horizontal de liberdades pelos cidadãos nesse contrato social (pacto originário que funda a Sociedade Civil) é que se estabelecem as possibilidades de limitação vertical dos mesmos – através do Es-

tado e também do Direito Penal, pois esta dimensão vertical do contrato social justamente tem como premissa assegurar a renúncia das liberdades pactuadas horizontalmente com os detentores da soberania popular, garantido o Estado e os sistemas jurídicos correlatos que tal renúncia seja igualitária para todos.¹⁸⁷

O problema é que, nessa lógica de raciocínio do autor, o Direito Penal (liberal clássico) deveria se ocupar tão somente da proteção dos bens jurídicos individuais postos efetivamente em perigo grave e evidente, eis que todos os demais bens que não se enquadram nestes parâmetros não devem ser tratados pelo Direito Penal, mas pelo Direito de Intervenção.¹⁸⁸

Não desconhece o autor que o Direito Penal – seja clássico ou moderno – tem sua determinação demarcada também pelos fins que deve cumprir (manutenção da ordem pública, delimitação dos padrões de civilidade racional no âmbito social; sistemas de prevenção especial de comportamentos delituosos), e paralelo a isto desempenha funções as mais diversas (retributivas, sócio-educativas, preventivas, dentre outras).

O problema é que, para Hassemer, algumas funções do Direito Penal (axiológicas, deontológicas, de prevenção geral em abstrato, etc.) não configuram elemento legitimador deste, porque funções sociais não devem ser levadas em consideração como pressuposto constitutivo da sua legitimação. A partir de tal premissa, para o autor não se pode permitir a inflação de condutas puníveis por tipos penais abstratos, por exemplo, pois isto significaria autorizar a assunção do Direito Penal à primeira *ratio* em defesa da ordem social,

185 Na mesma linha PRITTWITZ, Cornelius. *Sociedad del Riesgo y Derecho penal*. In Controversias Nacionales e Internacionales en Derecho Penal, Procesal Penal y Criminología. Homenaje a Manuel de Rivacobay Rivacoba. Buenos Aires: Hammurabi, 2004. Para o autor, a perspectiva do *risco permitido* pode aumentar as formas de participação e acusação penais, razão pela qual se deve reduzir a aplicação desta figura e também restringir o âmbito objetivo e subjetivo de imputação consuetudinária. Ver também PRITTWITZ, Cornelius. *Tendencias actuales del derecho penal y de la política criminal. El derecho penal entre "derecho penal de riesgo" y "derecho penal del enemigo*. Colecciones Derecho y Justicia, 2009. Costa Rica, Heredia, San Joaquín de Flores, 2009.

186 HASSEMER, Wifried. *Persona, Mundo y Responsabilidad. Bases para una teoría de la imputación en derecho penal*. Bogotá: Temis, 1999, p.18. Ver também o texto HASSEMER, Wifried. *Derecho penal simbólico y protección de bienes jurídicos*. In Nuevo Foro Penal, nº 51. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, Ene. Feb. Mar. de 1991.

187 Ver o texto HASSEMER, Wifried. *Viejo y nuevo Derecho Penal*. In *Persona, mundo y responsabilidad. Bases para una teoría de la imputación en derecho penal*. Bogotá: Temis, 1999. Ver igualmente o texto HASSEMER, Wifried. *Rasgos y crisis del Derecho Penal moderno*. In <file:///C:/Users/Pessoal/Downloads/Dialnet-RasgosYCrisisDelDerechoPenalModerno-46402.pdf>, acesso em 20/07/2017.

188 Idem, p.33. Não desconhecemos que o próprio autor sustenta neste texto a importância de que certos bens jurídicos universais devam ser precisados de melhor modo possível e funcionalizados desde o ponto de vista dos bens jurídicos individuais, mas a posição que adota é coerente com a maior parte de seus colegas da Escola de Direito Penal de Frankfurt, defendendo concepção pessoal de bem jurídico, sustentando que a noção de bem jurídico coletivo não é mais que a soma de bens jurídicos individuais.

colocando em risco às garantias de proteção subsidiária dos bens jurídicos individuais. Na dicção de Bisadolo, fazendo uma crítica à Escola de Frankfurt do Direito Penal e em especial à Hassemer:

*El Derecho Penal –dicen- se ha convertido en un medio de solución de conflictos que no se percibe distinto, por su aptitud y peligrosidad, de otros medios de solución de conflictos: de esta manera el Derecho penal deviene simbólico. A partir de estas críticas, Hassemer plantea soluciones concretas: la reducción del Derecho penal a su núcleo mínimo – Kernstrafrecht-; pero asumiendo que, en tanto que el Derecho penal no puede hoy renunciar a los bienes jurídicos colectivos, debe operarse una funcionalización en atención a bienes jurídicos individuales y describirse éstos del modo más preciso posible.*¹⁸⁹

O mesmo ocorre com a noção de bem jurídico penal coletivo, de restrita compreensão por parte de Hassemer e mesmo pela maioria dos discursos de resistência¹⁹⁰ ao Direito Penal do Risco – como Direito Penal Moderno. Ou seja, estes discursos deduzem *su concepción personal del bien jurídico que incluso para el presente sólo debe ser conforme con el Estado de Derecho un Derecho penal nuclear de tipos orientados a la protección de un sistema de bienes jurídicos individuales; la protección de substratos colectivos sería admisible, pero sólo frente a ataques que afecten a la vez los bienes individuales a los que prestan su función.*¹⁹¹

189 BIDASOLO, Mirentxu Corcoy. *Legitimidad de la protección de bienes jurídico-penales supraindividuales*. Op.cit., p.96. Chama a atenção o autor ainda para a tese desta Escola de Frankfurt de que: *En definitiva, su propuesta pasa, en todo caso, por la protección de bienes jurídico-individuales de forma directa o de forma indirecta, cuando se protejan los colectivos (o universales en su propia terminología) en tanto éstos deben tener siempre como referente un bien jurídico individual. De ser de otro modo el Derecho penal simbólico se corresponderá con «la representación de inseguridad global en una sociedad de riesgo y tendrá una función de engaño».*

190 Importa ter presente aqui o alerta de Foucault no sentido de estarmos sempre atentos em face de qualquer discurso científico, para os fins de descobrir quais as relações de poder que estão na base de suas formulações (e que, por vezes, oculta). Em sua perspectiva, todo e qualquer discurso se constitui como ordem de enunciados que circunscrevem campos da experiência e, na qual, se selecionam e definem os objetos de seus enunciados. Ver os textos FOUCAULT, Michel. *La verdad y las formas jurídicas*. Barcelona: Gedisa, 1980; e *El Orden del Discurso*. Barcelona: Tusquets Editores, 1980.

191 MARTÍN, Luis Gracia. *La polémica en torno a la legitimidade del Derecho Penal Moderno*. México: Ubijus, 2011, p.52.

Nesse ponto Schünemann faz, a nosso sentir, acertada crítica à concepção de Hassemer, pois *la teoría personal del bien jurídico ha caído en la trampa de esta sociedad postmoderna, ha tomado sus mundos ficticios y elevado a la categoría de objeto de protección de mayor rango del Derecho Penal al despilfarro de los recursos de generaciones venideras por parte del hedonismo sin sentido de un pseudoindividualismo fabricado industrialmente, despilfarro que en verdad cumple con el concepto primigenio de delito.*¹⁹²

Segue orientação semelhante a de Hassemer, Albrecht, advertindo para um outro tema polêmico e refratário à Escola de Frankfurt, a saber, a possibilidade de aumento dos delitos de perigo abstrato na atual Sociedade de Riscos, assim como a estandardização dos delitos imprudentes e a simplificação dos tipos penais, com a ajuda das cláusulas gerais¹⁹³, quando, na verdade, o lugar natural à proteção da segurança e ordem social é, primeiro, o direito de polí-

192 SCHÜNEMANN, Bernd. *Consideraciones críticas sobre la situación espiritual de la ciencia jurídico penal alemana*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1996, p. 25. É de se ver a crítica feroz de PRITTWITZ, Cornelius. *Sociedad del riesgo y Derecho penal*. In ARROYO ZAPATERO, L.; NEUMANN, U. Y NIETO MARTÍN, A., *Crítica y justificación del Derecho penal en el cambio de siglo. El análisis crítico de la Escuela de Frankfurt*. Cuenca: Universidad de Castilla-La Mancha, 2003, pp. 270-271: *una doctrina monista y personal del bien jurídico reconoce absolutamente bienes jurídicos universales, y nada, salvo la retórica petulancia y combatividad de Schünemann, obliga a esta doctrina, en el conflicto entre 'la más insensata veleidad del individuo egoísta' y 'las condiciones de vida de las futuras generaciones', a tomar partido por la primera. Naturalmente puede y debe producirse un debate serio acerca de si la funcionalización de los intereses de la colectividad son preferentes a los del individuo, o si por el contrario, la funcionalización de los intereses de la persona lo son a los de la sociedad. Pero en este punto Schünemann no ofrece ningún aporte argumental. Quien sostenga la posición mencionada en último lugar con la grandilocuencia de Schünemann, debe no sólo fundamentar teóricamente el abandono de una concepción estatal liberal, sino también exponer políticamente cómo puede evitarse el potencial de abuso que conlleva toda versión del lema: '¡Tu no eres nada, tu pueblo lo es todo!' – Grifo nosso.*

193 ALBRECHT, Hans-Jorg; SIEBER, Ulrich; SIMON, Jan Michael y SCHWARZ, Felix. *Criminalidad, evolución del Derecho Penal y Crítica al Derecho Penal en la actualidad*. Simpósio Argentino-Alemão de Derecho Penal. Buenos Aires: Editores del Puerto, 2009. No mesmo caminho HERZOG, Felix. *Algunos riesgos del Derecho Penal del Riesgo*. In http://www.cienciaspenales.net/portal/page/portal/IDP/REVISTA_PENAL_DOCS/Numero_4/54-57.pdf, acesso em 26/04/2016, bem como o texto *Sociedad del Riesgo, Derecho Penal del Riesgo, regulación del riesgo – perspectivas más allá del Derecho Penal*. In http://portal.uclm.es/descargas/idp_docs/doctrinas/sociedad, acessado em 26/04/2016.

cia, o administrativo sancionador, o civil, dentre outros, que se prestariam melhor para alcançar condutas de perigo abstrato, que não deveriam ter espaço no Direito Penal.

Vai na mesma direção Ripollés:

En un plano más técnico, debe advertirse frente a las tentaciones de reaccionar a las dificultades de configuración del nuevo derecho penal moderno enfatizando en exceso la prevención general positiva, o adoptando posturas demasiado comprensivas hacia los fenómenos simbólicos o la función promocional del derecho penal. Por otro lado, siendo cierto que muchas de las críticas formuladas a las propuestas de modernización del derecho penal no afectan a sus fundamentos políticocriminales sino a la defectuosa técnica legislativa empleada, ello no ha de fomentar el conformismo sino que ha de impulsar avances en la depuración de los contenidos de tutela y de los niveles de intervención: Propuestas promotoras de una progresiva espiritualización de los bienes jurídicos, o resignadas ante la aparente inevitabilidad de las estructuras típicas de peligro, hacen un flaco favor, no sólo a la consolidación del derecho penal moderno, sino también a la evitación de su infiltración por corrientes políticocriminales espúreas.¹⁹⁴

É novamente Shünemann que combate este argumento, sustentando, de forma correta, que:

es equivocado anatemizar de este modo por principio los delitos de peligro abstracto; ello resulta reaccionario, entre otras cosas, porque con ello se bloquea el necesario aporte de la ciencia del Derecho Penal a una legitimación tanto constructiva como crítica de los delitos de peligro abstracto, y con ello, el aporte a una actividad legislatora racional en este ámbito.¹⁹⁵

Lembra Gracia Martín que o discurso de resistência a este novo Direito Penal destaca ainda que ele teria somente um caráter simbólico, eis que seus exclusivos fins na produção de novos tipos penais com as características que estão referidas anteriormente são os de produzir na Sociedade e nos indivíduos efeitos meramente aparentes – simbólicos – de que, com a criminalização de determi-

nados comportamentos conectados aos novos riscos identificados, haveria um efeito didático e pedagógico em face da população, no sentido de agregar-lhe/aumentar-lhe a consciência da necessidade de respeitar valores e normas de convivência responsável.¹⁹⁶

Como contraponto desta perspectiva, podemos encontrar diversas demarcações das formas simbólicas legítimas que o Direito/Lei Penal desenvolve hoje, dentre elas: (a) nas leis de declaração de valores, que tratam, por exemplo, do aborto, evidenciando aparente conflito entre a autodeterminação da mulher e a morte provocada do feto, Lei de Crimes Hediondos, Lei de Tortura; (b) nas leis com caráter de apelação moral, como as normas atinentes ao Direito Penal do Ambiente, que visam fomentar a consciência ecológica das pessoas que ocupam posições relevantes e da própria cidadania; (c) as chamadas leis de crises, contra o terrorismo, dentre outras. No ponto, Ramírez sustenta que:

Pues bien y como acertadamente señala diverso sector de la doctrina, los aspectos simbólicos se presentan en todas las manifestaciones de la legislación penal, máxime que dichos efectos además de proteger bienes jurídicos a través de la prevención de comportamientos, resultan indispensables para lograr tales propósitos. Así, la función simbólica resulta inescindible de la instrumental, a la que sirve de complemento, por lo que la protección de bienes jurídicos se ve reforzada cuando las escalas axiológicas en base a las cuales se desvaloró la conducta, hasta elevarla a la categoría de delito, se transmiten y refuerzan mediante la conminación de pena.¹⁹⁷

196 MARTÍN, Luis Gracia. *El Derecho penal moderno del Estado social y democrático de Derecho*. Op.cit., p.09. Aduz o autor que: *La modernización se considera entre sus defensores una exigencia ética y política del presente precisamente como condición de posibilidad de la realización efectiva de las garantías del Estado de Derecho (social y democrático)*. ROXIN, Claus. *Estudios de Derecho Penal*. Tradução Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p.47, identifica o Direito Penal Simbólico como o que está constituído de *dispositivos penais que não geram, primariamente, efeitos protetivos concretos, mas que devem servir à manifestação de grupos políticos ou ideológicos através da declaração de determinados valores ou o repúdio a atitudes consideradas lesivas. Comumente, não se almeja mais do que acalmar os eleitores, dando-se através de leis previsivelmente ineficazes, a impressão de que está fazendo algo para combater ações e situações indesejadas.*

197 Neste sentido o texto de RAMÍREZ, Edgar Iván Colina. *Sobre la Legitimación del Derecho Penal del Riesgo*. Sevilla: Bosch Penal, 2014, p.109. Ver igualmente o excelente texto de HASSEMER, Winfried. *Derecho Penal Simbólico y protección de Bienes Jurídicos*. In RAMÍREZ, Juan Bustos (organizador). *Pena y Estado*. Santiago: Edito-

194 RIPOLLÉS, José Luis Díez. *De la Sociedad del Riesgo a la Seguridad Ciudadana: un debate desenfocado*. Op.cit., p.996.

195 SCHÜNEMANN, Bernd. *Consideraciones críticas sobre la situación espiritual de la ciencia jurídico penal alemana*. Op.cit., p.33.

E nos parece correta tal perspectiva se entendemos que a norma penal tem também uma função de asseguramento da identidade social, pois o delito se vê refletido tanto no plano simbólico como no físico, ou seja, a realização do crime não só contradiz o Direito como também influi no âmbito social; e a pena tampouco se limita à reafirmação da norma vulnerada, mas igualmente reconfigura o universo em que ela opera (no sentido da retribuição, reeducação, ressocialização, etc.). Numa outra perspectiva, estamos querendo dizer que a norma penal de certa maneira constitui símbolo significativo quando provoca no cenário social reações de respeito (mesmo que implicitamente) para os fins de não perturbação de bens considerados essenciais à comunidade para sua própria existência; em assim agindo, o sistema normativo penal contribui no processo de estabilização das condutas na perspectiva da ordem pública instituída.¹⁹⁸ No ponto Manuel Cancio Meliá refere que:

*Entretanto, apesar dessa imagem de um fim do ordenamento penal no sentido de que se persegue e alcança um objetivo concreto com a legislação e a aplicação de penas do âmbito penal, os fenômenos de caráter simbólico fazem parte, necessariamente, das entranhas do direito penal, de maneira que, na realidade, é incorreto o discurso do direito penal simbólico como fenômeno de algum modo negativo, e que deveria referir-se, de qualquer modo, a norma com função meramente simbólica, isto é, dirigidas unicamente a produzir, frente à opinião pública, a impressão tranquilizadora de um legislador atento e decidido.*¹⁹⁹

Ainda mais, sob o ponto de vista da pena, dentre suas funções seguramente está a confirmação da vigência da norma, estando a sanção a providenciar a mensagem da importância e mesmo necessidade de reestabelecimento do respeito ao sistema jurídico (modelo de orientação de condutas e comportamentos). Cumpre a norma penal outra função que é a de motivação às ações do sujeito de direito, não como consciência ético-social ou moral, visando buscar atitude interna de fidelidade ao Direito, mas objetivando incidir somente na conduta externa do cidadão, sem interferir em sua consciência.²⁰⁰ É que tradicionalmente tem-se dito que:

*O princípio fundamental do Direito Penal material correspondente ao princípio geral da proporcionalidade é o princípio da culpabilidade, o qual limita a espécie e a medida da pena à gravidade do injusto e da culpabilidade. Este princípio está particularmente ameaçado em um sistema jurídico-penal que está preso ao efeito preventivo e por isso está interessado em obter no caso concreto, através da ênfase e do abalo, efeitos benéficos – não só em relação aos envolvidos, senão também em relação ao público informado na mídia. Em todo caso, enquanto o sistema jurídico-penal impuser a supressão da liberdade (prisão preventiva, pena privativa de liberdade), a imputação individual do injusto e da culpabilidade será um elemento irrenunciável do Direito Penal do Estado de Direito. Esta imputação não pode ser estabelecida de forma global, porque ela já é flagrantemente injusta inter personas. Sobretudo no âmbito de competências de decisão complexas, como por exemplo no Direito Penal econômico, recomenda-se na verdade já uma imputação coletiva, porque em tais situações somente ela representa o instrumento aplicável. Esta recomendação transcende o Direito Penal.*²⁰¹

O sentido que Hassemer dá ao conceito de culpabilidade, entretanto, está fundado na perspectiva liberal do Direito Penal envolvendo exclusivamente o indivíduo como sujeito de direito e protagonista único de comportamentos violadores do sistema jurídico penal. O que não encontra mais evidência na realidade da Sociedade

rial Juridica Conosur, 1995, pp. 23-36. Ver também o texto HASSEMER, Winfried; MUÑOZ CONDE, Francisco. *Introducción a la criminología y al Derecho Penal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1989.

198 Ver o texto de BLUMER, Herbert. *El interaccionismo simbólico: perspectiva y método*. Barcelona: Hora, 1992. Ramírez lembra que: *Si la norma en el contexto de la comunión sirve como un vínculo de interacción social, esta tendrá en otras, la función de concreción de expectativas que estabilizan el sistema social, en cuanto se propicie su cumplimiento; por tanto, las normas se interiorizan en razón de los valores compartidos, lo cual implica de suyo una aceptación empírica de un consenso cognitivo y evaluativo de la sociedad*. RAMÍREZ, Edgar Iván Colina. *Sobre la Legitimación del Derecho Penal del Riesgo*. Op.cit., p.114.

199 MELIÁ, Manuel Cancio. *O estado atual da política criminal e a ciência do direito penal*. In CALLEGARI, André; LYNETT, Eduardo Montealegre; JAKOBS, Günther e MELIÁ, Manuel Cancio. *Direito Penal e Funcionalismo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p.94.

200 SILVA-SÁNCHEZ, Jesús Maria. *Aproximación al Derecho Penal Contemporáneo*. Buenos Aires: BdeF, 2010, em especial a partir da pg.576. Ver o texto de PORTILLA CONTRERAS, Guillermo (Org.). *Mutaciones de leviatán: legitimación de los nuevos modelos penales*. Madrid: Akal, 2005.

201 HASSEMER, Winfried. *Desenvolvimentos previsíveis na dogmática do direito penal e na política criminal*. Op.cit., p.09.

de Riscos, pois a potencial consciência da ilicitude e a exigência de conduta diversa, para além de elementos constitutivos da culpabilidade (junto com a imputabilidade), afiguram-se como processos cognitivos e volitivos complexos, que podem se dar no plano individual como institucional (basta vermos o já consolidado reconhecimento normativo e casuístico da responsabilidade penal da empresa por dano ambiental).

Ou seja, a imputação do injusto e da culpabilidade igualmente ganhou novos contornos axiológicos e deontológicos, cristalizados por regras jurídicas atuais condizentes à proteção de bens jurídicos penais inovadores (difusos e coletivos), os quais não operam exclusivamente com a co-relação sancionatória segregativa pós fato, mas com mecanismos preventivos e curativos mais eficazes de persecução e responsabilização (inclusive para evitar o fato criminoso de trágicas e irremovíveis consequências), dentre os quais: (a) perdimento dos bens, direitos ou valores que representem vantagem ou proveito direta ou indiretamente obtidos da infração, ressalvado o direito do lesado ou de terceiro de boa-fé; (b) suspensão ou interdição parcial de suas atividades; (c) dissolução compulsória da pessoa jurídica; (d) proibição de receber incentivos, subsídios, subvenções, doações ou empréstimos de órgãos ou entidades públicas e de instituições financeiras públicas ou controladas pelo poder público, por prazo determinado – conforme disciplina o art.19, da recente Lei brasileira nº12.846/2013.²⁰²

A Sociedade de Riscos também provoca no processo penal mudanças significativas, inclusive algumas delas reconhecida por Hassemer, a saber:

No procedimento investigatório de inquérito há uma série de novas possibilidades

de intervenções: monitoramento das telecomunicações; observação por longo período; investigador oculto; serviços de investigação; monitoramento acústico e visual de residências particulares. Estes tipos de intervenção modificam o tradicional procedimento investigatório em dois pontos centrais: – eles se estendem (de forma técnica, neces-

202 E isto não pode implicar isenção de responsabilidade cumulativa das pessoas físicas envolvidas nos ilícitos praticados por pessoas jurídicas.

sariamente normativa e também relativamente ampla) não só à pessoa do suspeito, mas também a terceiros desinteressados; de acordo com isso o clássico pressuposto para a intervenção, a saber, a suspeita da prática do fato, perde sua justificação e também seu efeito limitador da intervenção; – para serem eficazes de um modo geral, eles precisam ser promovidos secretamente, pelas costas dos envolvidos e sem o seu conhecimento atual; com isto reduzem as chances de se adaptarem à situação, de se defenderem em tempo hábil, e afasta-se o princípio nemo tenetur seipsum prodere.²⁰³

Mesmo que Hassemer proponha – como efetivamente o faz – a criação de novos marcos normativos associados à ideia de Direito de Intervenção, notadamente para os ilícitos modernos, não conseguiu definir com precisão quais suas regras e instituições, deixando ao alvedrio do Estado esta escolha – notadamente naquelas situações de macro-criminalidade em que procedimentos investigatórios preliminares (como os exemplificados pelo autor) só conseguem um mínimo de efetividade e eficácia a partir de estratégias que levem em conta o alto grau de sofisticação e complexidade dos expedientes utilizados por esta criminalidade, e se desenrolem a partir disto.²⁰⁴

Por outro lado, se afigura claro que, se o sistema administrativo ou civil preventivo de controle de atos ilícitos praticado pelo Mercado, por exemplo, fosse eficiente, o quadro final se resolveria em uma redução da intervenção do Direito Penal como regulador

203 HASSEMER, Winfried. *Desenvolvimentos previsíveis na dogmática do direito penal e na política criminal*. Op.cit., p.04. Mais tarde o autor ainda lembra que: *Tem-se desformalizado também os limites entre o Direito Processual Penal e o Direito Policial, bem como o Processo Penal e os serviços secretos. Face ao interesse no amplo e prematuro (“preventivo”) combate ao crime estes limites se tornaram um óbice. Para fins preventivos a polícia pode se utilizar de conhecimentos que se concentram no esclarecimento repressivo do crime; o Processo Penal também procura se servir, no caso de criminalidade mais grave, de conhecimentos obtidos por meio de investigações secretas. Para isso a “divisão de poderes” entre autoridades policiais e autoridades investigadoras, que limitava a ingerência, torna-se obsoleta e no horizonte surge o espectro de uma “polícia secreta” (“geheimen Polizei”).* (p.05). Todos estes procedimentos estão previstos em Lei, e tem-se garantido o devido processo legal para todos os envolvidos, isto no âmbito penal. Como espera o autor que o Direito de Intervenção (subdesenvolvido) dê conta destes contextos hipercomplexos?

204 É o próprio Hassemer que reconhece isto ao dizer que: *Eu denomino os instrumentos que podem responder – melhor que o Direito Penal – à pressão de solução dos problemas atuais e futuros (supra I.) com o conceito genérico de “Direito de Intervenção”. Estes instrumentos existem apenas em suas bases, eles ainda devem ser amplamente desenvolvidos – inclusive teoricamente.* Idem, p.12.

da economia e de suas relações de produção, fornecimento e consumo, pois: *alla maggiore quantità di diritto penale dal punto di vista normativo astratto corrisponderebbe una minore quantità di diritto penale dal punto di vista applicativo concreto, e a un'affermazione per così dire in action del principio di ultima ratio.*²⁰⁵

III.b Aportes às reflexões de Claus Roxin

Claus Roxin, professor da Universidade de Munique, Alemanha, tem obra relevantíssima para o Direito Penal do Século XXI, e todos os seus âmbitos, da criminologia à dogmática penal. Em face disto, não temos a menor pretensão – e isto já foi dito para o geral – de exaurir suas contribuições revolucionárias para este campo do conhecimento, mas tão somente nos valer de alguns contributos (e isto é sempre perigoso por conta da apreensão parcial do pensamento de um autor tão rico) que nos sirvam para o debate que estamos propondo aqui.

É importante ter presente que, ao longo de todo o século XX, no Ocidente, o tema da responsabilidade penal (e da teoria do delito como um todo) esteve presente não só nos espaços dogmáticos da casuística e legislação, mas também foi abordada pelas ciências sociais, filosofia e política, procurando-se, em especial desde a década de 1970, fundar tais reflexões a partir de uma epistemologia racional-final, ou teleológica, ou funcional, do Direito Penal, enquanto contra-face da então hegemônica perspectiva ontológica e finalista.²⁰⁶

No âmbito deste debate, como bem alerta Vives Antón, a ideia do funcionalismo sociológico, desenvolvida principalmente por Talcott Parsons (1902-1979) – funcionalismo estrutural –, e seu discípulo Niklas Luhmann (1927-1998) – funcionalismo sistêmico –, foi

incorporada ao direito penal, proporcionando mudanças de perspectiva que implicou o abandono total ou parcial das referências naturalísticas ou ontológicas, as quais foram substituídas por critérios normativos.²⁰⁷ Nas palavras de Antón:

*De ese modo, el aseguramiento de expectativas por medio de normas, si bien pudiese ser descrito como definición de valores, no es más que un procedimiento de estabilización que puede fracasar. El sistema social y también el propio sistema jurídico han depoder dar una respuesta a ese fracaso. Cómo puede la dogmática jurídica (orientada en principio, al pasado) afrontar esa exigencia es un problema al que Luhmann ha dedicado importantes reflexiones. Pero, lo que importa destacar aquí es que la relación del sistema jurídico con su entorno comporta un reto para la dogmática conceptual, que atiente, para determinar el sentido de la norma al significado de las palabras. El sentido último de la norma vendrá, más bien, dado en última instancia por esa relación sistema entorno, por naturaleza variable, y no podrá resolverse sino apelando a una racionalidad estratégica, con sustancia a la idea de autopoiesis.*²⁰⁸

Vives Antón distingue dois tipos de funcionalismo penal, de acordo com os tipos sociológicos supramencionados: o funcionalismo teleológico, cuja abordagem conduz a resultados paralelos aos obtidos, na sociologia, pelo funcionalismo estrutural; e o funcionalismo estratégico, cujos traços se assemelham ao funcionalismo sistêmico.

E aqui se enquadra Claus Roxin, como grande expoente do funcionalismo teleológico, também conhecido por funcionalismo moderado da Escola de Munique.²⁰⁹ E partindo destas premissas, o autor alemão propõe que a imputação de um resultado criminoso referente a tipo objetivo dependa da realização de perigo não permitido dentro do fim de proteção da norma, substituindo, com isto,

205 MOCCIA, Sergio. *Il diritto penale tra essere e valore: funzione della pena e sistematica teleologica*. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2012, p.59.

206 Ver o texto de CEREZO MIR, José. *Derecho Penal. Parte general-Lecciones* (Lecciones 26-40). Madrid: Universidad Nacional de Educación a distancia UNED, 2000. De igual maneira ver os textos de: (i) GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. *Estudios de Derecho Penal*. Madrid: Tecnos, 1990; (ii) FARIA COSTA, José Francisco de. *Uma ponte entre o Direito Penal e a Filosofia penal: lugar de encontro sobre o sentido da pena*. In Linhas de Direito Penal e de Filosofia. Alguns cruzamentos reflexivos. Coimbra: Coimbra Editora, 2005.

207 VIVES ANTÓN, Tomás S. *Fundamentos del Sistema Penal. Acción significativa y derechos constitucionales*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2011.

208 Idem, p.89. Ver também o texto de CONDE, Francisco. *La relación entre sistema del derecho penal y política criminal: historia de una relación atormentada*. In Revista de Estudos Criminais, nº 27, ano VII, p. 9-41, out./dez. Porto Alegre, 2007.

209 Em contrapartida ao funcionalismo estratégico, também conhecido por funcionalismo radical ou funcionalismo da Escola de Bonn, representado por Günther Jakobs. Ver o texto de MEDINA PEÑALOZA, Sergio. *Teoría del Delito, Causalismo, Finalismo e Imputación Objetiva*. Mexico: Ae Angel, 2003.

a categoria lógica (natural) da causalidade pelo conjunto de regras orientadas a valorações jurídicas.

Podemos dizer, então, que o autor alemão justifica o Direito Penal em face de sua efetividade subsidiária à solução de problemas da realidade social? Nos parece que sim, uma vez que a norma penal para ele tem o escopo de, subsidiariamente, evitar ou reduzir a limites razoáveis a criminalidade, configurando-se também sua compreensão do Direito Penal como preventivo, ou seja, prevenir e evitar o crime, tendo claro que o fim da pena não pode ser meramente retributiva, mas precisa prevenir delitos. É interessante a menção de Eibe:

En este sentido, para este autor el fin de la pena es tanto la prevención general (positiva o integradora), como la prevención especial. Ahora bien, Roxin reconoce que las penas, por sí solas, son instrumentos insuficientes e inadecuados para luchar contra la criminalidad, en especial por lo que toca a las penas privativas de libertad, que se revelan como especialmente problemáticas, propugnando la introducción en el sistema de reacción penal de nuevas sanciones de carácter social constructivo, en el marco de una estrategia global de prevención en la que el Derecho penal no sería sino uno de sus asideros.²¹⁰

Na perspectiva de Roxin resta patenteada a função exponencial do Estado Democrático de Direito de gerar políticas públicas preventivas de enfrentamento da criminalidade (políticas públicas econômicas, sociais e criminais), pois a solução dessa não se encontra protagonicamente nas fórmulas punitivas do Direito Penal.

Nesta mesma direção amplia Roxin a culpabilidade à categoria da responsabilidade, ou seja, a culpabilidade como condição indispensável de toda a pena deve se relacionar sempre à necessidade preventiva, especial ou geral, da sanção penal, de tal modo que a cul-

pabilidade e as necessidade de prevenção se limitam reciprocamente e só conjuntamente dão lugar a responsabilidade pessoal do sujeito, que desencadeia a imposição da penal

Talvez um dos primeiros textos de impacto do autor seja o *Política Criminal e Sistema Jurídico-Penal*²¹¹, no qual já busca fazer correções ao que chama de problemas causados pela concepção naturalista do nexo de causalidade na ação e resultado criminosos para fins de constituição da responsabilidade penal, agregando a tais elementos o fator subjetivo do dolo – principalmente para verificar as possibilidades de atribuição de responsabilidades (ou não) em face de alguns resultados. E isto porque, mais do que um problema de causalidade (quem deu causa a quê), a responsabilidade jurídica demanda, para Roxin, saber se alguém deve ser responsabilizado por determinado ato e resultado ilícito.

Em outro texto paradigmático, aí já adentrando mais no tema que nos propomos a debater, problematiza Roxin o futuro do Direito Penal, e o faz a partir de algumas premissas filosóficas centrais: (i) a de que o Direito Penal contemporâneo tem a função de assegurar a paz infra-estatal e a distribuição de bens minimamente justa à Sociedade; (ii) a de que ele, com isto, garante ao indivíduo os pressupostos para o livre desenvolvimento de sua personalidade; (iii) que a justiça criminal é um mal necessário para que se alcance tais desideratos, e por isto deve ser promovida, mas não deixa de ser um mal.²¹²

Com tais premissas, Roxin rebate as teses de que o Direito Penal não tem futuro algum e que, por representar a prova viva e normativa da falência da razão humana como reitora dos comportamentos individuais, estaria fadado ao desaparecimento diante da premente evolução civilizatória que se encontra no porvir da humanidade. E nesse ponto até faz referência ao utópico movimento

210 EIBE, Manuel José Arias. *Funcionalismo penal moderado o teleológico-valorativo versus funcionalismo normativo o radical*. In DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho, 29 (2006) ISSN: 0214-8676 p.442. Ainda aduz o autor que: *De alguna manera puede decirse que la dogmática roxiniana centra su atención en el hombre y en la sociedad, considerando que la dogmática jurídico penal idónea ha de venir de contrastar los efectos del ordenamiento penal en la sociedad misma, en una suerte de retroalimentación permanente entre Derecho penal y realidad, superando de ese modo la concepción de una dogmática puramente lógico-formal.*

211 ROXIN, Claus. *Política Criminal e Sistema Jurídico-Penal*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. Ver também o texto ROXIN, Claus. *Reflexões sobre a problemática da imputação em Direito Penal* In Problemas Fundamentais de Direito Penal. Lisboa: Vega, 1998.

212 ROXIN, Claus. *Tem Futuro o Direito Penal?* In ROXIN, Claus. Estudos de Direito Penal. Tradução Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p.01. Ver também o texto ROXIN, Claus. *Reflexões sobre a construção sistemática do direito penal*. In Revista Brasileira de Ciências Criminais, Nº 82, a.18. São Paulo, p. 24-47, jan./fev. 2010.

abolicionista do Direito Penal, que considera serem as vantagens desse muito menores que suas desvantagens, sob o argumento de que *através de um aparelho de justiça voltado para o combate ao crime não se consegue nada que não se possa obter de modo igual ou melhor através de um combate às causas sociais da delinquência e, se for o caso, de medidas conciliatórias extra-estatais, indenizações reparatórias e similares.*²¹³

Para Roxin, *é mais realista a hipótese de que a criminalidade, como espécie do que os sociólogos chamam de comportamento desviante, se encontra dentro do loque das formas típicas da ação humana, e que vá existir para sempre.*²¹⁴ E efetivamente assim o é, não porque a natureza humana é má per si, mas por algumas razões semelhantes às referidas por Hobbes com muito detalhismo, lembrando o autor que, entre os homens burgueses do capitalismo exurgente, se for para realizar tarefa comum, nasce certa amizade formal que tem em si mais de ciúme do que de amor; se alguém relatar um fato notável, os outros relatam também os milagres que fizeram, ou, se não fizeram, os inventam.²¹⁵ *Toda sociedade, portanto, é forjada pela força do útil ou pelo estímulo da honra, isto é, por amor a si e não aos sócios e componentes.*²¹⁶

Ou seja, a cultura capitalista ao longo do tempo foi gerando anti-valores democráticos e emancipatórios, os quais, por sua vez, fomentaram comportamentos desviantes dos padrões éticos e civilizatórios construídos coletivamente, boa parte deles vedados pelos

213 Idem, p.03. Ver também a coletânea de artigos no livro ROXIN, Claus. *Sistema de Hecho Punible*. Buenos Aires: Hammurabi, 2013.

214 Idem, p.04. Ainda sustenta o autor que: *uma vigilância mais intensiva, que leve a criminalidade ao desaparecimento, igualmente não poderá tornar o direito penal supérfluo.* (p.09). E prossegue: *uma substituição do direito penal por medidas de segurança terapêuticas tampouco é de se esperar no futuro. Primeiramente, deve-se ter consciência de que vários daqueles perturbados em seu comportamento social permanecerão insensíveis ao tratamento; isso já porque o tratamento é impossível – ao menos em condições respeitadoras da dignidade humana – sem a livre cooperação do delinquente, que não raro faltará.* (p.10).

215 Tratamos mais longamente disto no livro LEAL, Rogério Gesta. *Patologias Corruptivas nas relações entre Estado, Administração Pública e Sociedade: causas, consequências e tratamentos*. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2013.

216 Ver o texto de HOBBS, Thomas. *De Cive. Elementos filosóficos a respeito do cidadão*. Rio de Janeiro: Vozes, 1993, p.52.

ordenamentos jurídicos constitucional e infraconstitucional hodiernos, dentre estes pelo Direito Penal. Por isto Roxin defende ser possível atribuir ao Direito Penal algumas funções simbólicas quando se pergunta:

São legítimas tais leis penais simbólicas? Não se pode responder a esta pergunta univocamente, com um “sim” ou com um “não”, pois é claro que todos os dispositivos penais almejam não só impedir e punir determinados delitos, como também atuar sobre a consciência jurídica da população. Quando o Estado se dispõe a proteger a vida, a integridade física, a propriedade etc., tenta ele fortalecer na população o respeito por estes valores. Nisto não há nada de problemático. Esta prevenção geral positiva é, muito mais, uma das finalidades reconhecidas do direito penal.

*Segundo a concepção aqui desenvolvida, a legitimidade ou ilegitimidade de elementos legislativos “simbólicos” depende de o dispositivo, ao lado de suas finalidades de atuar sobre a consciência da população e de manifestar determinadas disposições de ânimo, se mostra realmente necessário para a efetiva proteção de uma convivência pacífica.*²¹⁷

Aqueles desvios comportamentais por certo não são a regra, mas na Sociedade de Riscos que vivemos tem aumentado significativamente, tanto no que diz respeito aos crimes contra a pessoa (homicídios, lesões corporais), contra o patrimônio (furto, roubo, danos, estelionato), contra a propriedade imaterial, como os condizentes ao crime organizado, lavagem de dinheiro, evasão de divisas, corrupção, etc.. E concordando com Roxin, dificilmente poderemos ter uma perspectiva de radical mudança destes contextos, porque eles são estimulados pela lógica de mercado e consumo vigentes no modelo societário em que estamos inseridos.

Adverte Roxin, no entanto, que mesmo reconhecendo estas situações de conflito dificilmente extirpadas definitivamente do convívio social, é preciso ter em conta a função subsidiária do Direito Penal para lidar com elas, o que vem associado à ideia de *ultima ratio* tão propalada pelo liberalismo filosófico e político que o sustenta até hoje, ou seja, *só se deve cominar penas a comportamentos*

217 ROXIN, Claus. *Estudos de Direito Penal*. Op.cit., p.47.

*socialmente lesivos se a eliminação do distúrbio social não puder ser obtida através de meios extrapenais menos gravosos.*²¹⁸

O problema aqui é que, na Sociedade de Riscos que demarcamos, as variáveis tempo e espaço que operam na *eliminação do distúrbio social* são muito voláteis, tendo de ser adequadas de acordo com a natureza, extensão, incisividade, impacto e violência (social e individual) das ações delituosas envolvidas, fatores estes que vão delimitar as condições e possibilidades das políticas, normas e ações/reações do Estado para obter, com efetividade e eficácia, a eliminação – preventiva e curativa – do distúrbio sob comento.

Vejam os crimes contra o meio ambiente, que podem ter natureza, extensão, incisividade, impacto e violência às presentes e futuras gerações! Considerando o bem jurídico aqui protegido os sistemas jurídicos de muitos países hoje expandiram ao Direito Penal universo considerável de competências e atribuições para o enfrentamento deste distúrbio social de natureza difusa indisponível. E mais, criando condições e instrumentos penais (de direito material e processual) para que se evite ou contenha, com agilidade eficaz, os danos decorrentes destes comportamentos.

Esta expansão dos ordenamentos jurídicos penais referidos se deu, por sua vez, através de estrito procedimento legislativo próprio da cada país, razão pela qual não estamos falando que causas socio-

218 ROXIN, Claus. *Tem Futuro o Direito Penal?* Op.cit., p.13 e p.32. Afirmando ainda o autor que: *a pena só pode ser cominada quando for impossível obter-se este fim através de outras medidas menos gravosas. O direito penal é desnecessário quando se pode garantir a segurança e a paz jurídica através do direito civil, de uma proibição de direito administrativo ou de medidas preventivas extrajurídicas.* (p.33). Talvez a pergunta que tenhamos que fazer ao autor alemão é se o Direito Civil e o Administrativo estão dando conta de determinados atos lesivos a direitos e garantias fundamentais? É importante, no caso, a advertência que nos faz EIBE, Manuel José Arias. *Funcionalismo penal moderado o teleológico-valorativo versus funcionalismo normativo o radical.* Op. cit.,p.441: ROXIN, en su obra *Política Criminal y sistema del Derecho Penal, establece que el tipo cumple la función de determinación de la ley penal conforme al principio nullum crimen; a la antijuridicidad le corresponde la función de solucionar los conflictos sociales, y a la culpabilidad corresponde la función de determinar la necesidad de pena, conforme a consideraciones de tipo preventivo.* Vid. SHÜHEMANN, B., 1991: p. 64. *Sin embargo, más recientemente, en relación con la función del tipo, ROXIN introduce consideraciones de prevención general que superan el mero formalismo del nullum crimen.* Vid.ROXIN, C., 1997: *Strafrecht Allgemeiner Teil, vol.I, 3.ª ed., München: C.H. Beck'sche Verlagbuchhandlung, 7/56.* Grifo nosso.

lógicas, antropológicas, econômicas ou de qualquer outro viés não dogmático estejam autorizando a utilização do Direito Penal para promover justiça social ou segurança pública, mas que a própria dogmática penal (lei positivada legitimamente) o está fazendo.

III.c Aportes às reflexões de José Luis Díez Ripollés

O Prof. José Luis Díez Ripollés, Catedrático de Direito Penal da Universidade de Málaga, Espanha, tem se ocupado destes temas há bastante tempo (como já evidenciado em texto referido anteriormente), e o vem fazendo com crítica aberta à possibilidade de interação entre a tradição do Direito Penal Liberal e o Direito Penal Moderno/Contemporâneo da Sociedade de Riscos.

Uma das perspectivas exploradas pelo autor é a que diz com o tema de (in)segurança pública como potencializadora (real ou aparente) de sentimentos, ações e reações no âmbito de políticas criminais conformadoras do Direito Penal na Sociedade de Riscos, por vezes – em algumas delas equivocadamente – justificando a antecipação penal em face da necessidade (real e/ou aparente) de se fazer frente, de forma preventiva, a determinadas formas de criminalidade e mesmo para atuar contra a desintegração social e a delinquência de rua provocada não raro pelos excluídos sociais.

Claro que ao lado desses fenômenos se encontra também aquelas criminalidades próprias dos tempos atuais envolvendo a macrocriminalidade, o terrorismo, o narcotráfico, a lavagem de dinheiro, a corrupção, a prostituição infantil, o tráfico de órgãos e pessoas, etc., mas estas não afetam direta e impetuosamente os sentimentos de segurança da maior parte quantitativa dos cidadãos em seus cotidianos, muitas vezes restando encobertas pelo que se tem chamado de zona cinza da criminalidade²¹⁹, mas não podemos afirmar – como faz Ripollés – que:

219 E tampouco se confundem com os fundamentos tecnológicos que os teóricos da Sociedade de Riscos têm destacado existir, os quais, por vezes, podem estar presentes em determinadas novas tipologias criminosas (como o ciber-crime, por exemplo). Ver neste sentido o texto de CUSSON, Maurice. *Criminologia.* Alfragide: Casa das Letras, 2011.

*Las pretensiones de interpretar el conjunto de la nueva política criminal expansiva como una corriente emancipadora, que aspiraría a controlar de una vez por todas la criminalidad de los poderosos, son especialmente desafortunadas. Sin perjuicio de reconocer que la modernización del derecho penal tiene un marcado componente de esa naturaleza, el cual se ha de mantener, lo que está sucediendo con el incremento actual de la intervención penal tiene en la gran mayoría de las ocasiones poco que ver con eso: Lo que la población demanda son actuaciones enérgicas contra la delincuencia clásica, la que nace en los alrededores de la desocialización y la marginación, sectores sociales respecto a los que, además, se ha producido un notable desapego y desinterés por parte de las clases sociales medias mayoritarias; las exigencias de actuación sobre la delincuencia de los poderosos, sin desaparecer, ocupan un lugar secundario y, desde luego, no se percibe entre esas clases medias una pérdida del encanto que le producen los sectores sociales privilegiados y su pautas de comportamiento.*²²⁰

A realidade brasileira atual é prova efetiva do equívoco conclusivo do autor espanhol – que quiçá poderia alterar sua posição em face dos mais recentes escândalos de corrupção no governo espanhol²²¹ –, pois milhões de pessoas têm ido às ruas para protestar contra a corrupção do atual governo brasileiro, e dado apoio às ações judiciais de responsabilidade penal, administrativa e civil dos corruptos envolvidos.²²² Ou seja, a população de muitos países está

220 RIPOLLÉS, José Luis Díez. *De la Sociedad del Riesgo a la Seguridad Ciudadana*. Op. cit., p.983.

221 Conforme notícia veiculada em janeiro de 2016, a princesa Cristina, da Espanha, compareceu diante de uma corte para responder a uma acusação de fraude fiscal, tornando-se a primeira integrante da história da família real a se sentar no banco dos réus, como parte de uma longa investigação sobre os negócios de seu marido que foi finalmente levada a julgamento. No caso, a princesa é uma das 18 pessoas indiciadas, após os seis anos de investigação sobre a Fundação Noos, organização de caridade administrada por seu marido, Iñaki Urdangarin, que os promotores dizem ter sido usada para desviar milhões de euros em recursos públicos. In <http://www.brasil247.com/pt/247/mundo/212820/Princesa-Cristina-da-Espanha-%C3%A9-julgada-por-corrupcao>, acesso em 06/06/2016.

222 Ver matéria em <http://g1.globo.com/fantastico/noticia/2016/03/atos-contr-o-governo-dilma-e-corrupcao-reunem-multidoes-no-brasil.html>, acesso em 06/06/2016. Há dados que mostram que milhões de pessoas (principalmente em março, abril, agosto e dezembro de 2015; mais no mês de março de 2016) foram às ruas protestar e exigir responsabilizações por parte da justiça. Alguns veículos de comunicação apontam que se tratam das maiores mobilizações sociais no país desde o início da *Nova República*. Ver também a matéria em <http://noticias.uol.com.br/politica/ultimas-noticias/2015/03/15/protestos-contr-o-governo-e-corrupcao-reunem-mais-de-2-milhoes>

demandando ações enérgicas por parte também da justiça criminal (e do Direito Penal, conseqüentemente) contra determinados níveis de criminalidade que têm comprometido o desenvolvimento digno das presentes e futuras gerações.

E isso ocorre também diante do surgimento do que podemos chamar de microcriminalidade organizada (no campo das licitações públicas arranjadas entre Municípios ou grupo de Municípios pequenos; na manipulação de contratos administrativos espúrios de pequena monta; nos crimes praticados contra a Administração Pública em geral; nos crimes praticados contra as relações de consumo e contra a ordem econômica, com níveis de sofisticação e comando hierarquizado, etc., envolvendo pessoas jurídicas de direito privado e público), situações ocorrentes mais próximas do cidadão comum, que passa, a sua vez, a não tolerar mais tanto atos criminosos de corrupção.²²³

Junto ao tema da insegurança, surge com força os discursos e teorias que destacam o protagonismo adquirido pelos interesses e demandas das vítimas nas mais diversas situações de criminalidade tentada e consumada, individuais, coletivas e difusas, com conseqüências trágicas irrecuperáveis, estando a fomentar e mesmo induzir políticas criminais que alcancem até os chamados atos preparatórios dos crimes.²²⁴ E isto se dá, na linha de raciocínio que estamos defendendo aqui, e conforme dicção de Jescheck, porque a

-pelo-brasil-dizem-pms.htm, acessado em 06/06/2016.

223 Como diz Ripollés: *El cuadro de lo que significa hoy en día la delincuencia organizada se completa con la obligada referencia a la devaluación que el concepto está sufriendo y que puede conducir, como ya hemos señalado, a que pase a ser una categoría delictiva cada vez más enfocada y aplicada sobre asociaciones delictivas propias de la delincuencia común*. RIPOLLÉS, José Luis Díez. *De la Sociedad del Riesgo a la Seguridad Ciudadana*. Op. cit., p.985.

224 Parte deste debate se encontra nas reflexões que a dogmática do Direito Penal Liberal (até hoje) tem feito sobre o fundamento jurídico e teleológico da punibilidade da tentativa, que se encontra presente na defesa e relevância repressiva dos bens jurídicos tutelados, bem como nos atos e omissões que lhes sejam ofensivos. Veja-se as disposições do art.14, do Código Penal Brasileiro. Neste sentido, ver o excelente texto de ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Da tentativa: doutrina e jurisprudência*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000. No Brasil, ver o texto de FERNANDES, Antônio Scarance. *O Papel da Vítima no Processo Criminal*. São Paulo: Malheiros Editores, 1995 e OLIVEIRA, Ana Sofia Schmidt. *A Vítima e o Direito Penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

punibilidade da exteriorização da vontade dirigida ao delito somente poderá ser afirmada quando por sua causa possa resultar minada a confiança da comunidade na vigência da ordem jurídica e resultar prejudicados o sentimento de segurança e, com ele, a paz jurídica.²²⁵

Concordamos com o Prof. Ripollés quando afirma que o Direito Penal de Riscos, enquanto também direito da segurança cidadã, configura-se no horizonte da racionalidade pragmática que tenta ampliar os níveis de eficácia e efetividade da intervenção penal a partir de determinadas escolhas de natureza axiológicas e éticas prévias (afinal, isto é sempre assim); todavia, discordamos de sua postura fundamentalizante no sentido de que todas estas escolhas e decisões geradoras do sistema jurídico penal *podrían quizás agruparse en la idea de que estamos ante un derecho penal asentado sobre un proyecto político de consolidación de las desigualdades sociales y de fomento de la exclusión social de ciertos colectivos ciudadanos.*²²⁶

E o fazemos pelo fato de que os fundamentos axiológicos, éticos e pragmáticos que instituem o Direito Penal de Riscos dizem respeito ao reconhecimento inexorável de que há determinados cenários, ações e protagonistas na Sociedade de Riscos atual que estão a violar de maneira complexa e inédita bens jurídicos penais individuais, coletivos e difusos, a reclamar mecanismos de reação e ação preventiva urgentes, os quais, por vezes, problematizam alguns déficits do sistema liberal penal e processual penal ainda vigentes.

Ou seja, é claro que há também usos ideológicos preconceituosos e de exclusão social de alguns modelos securitários de normas

penais (de natureza racial, sexual, religiosa, econômica, étnica, etc.), e estes devem ser reprovados veementemente, até porque vão de encontro a Direitos Humanos e Fundamentais conquistados há muito tempo, mas daí a dizer que é disto que se ocupa aquele Direito Penal Moderno (de Riscos), é exagero indevido.²²⁷

O curioso é que geralmente os autores mais críticos às novas respostas normativas em face da macro e micro-criminalidade da Sociedade de Riscos reconhecem a existência de condutas criminosas inovadoras, as quais o Direito Penal Liberal não tem dado respostas satisfativas, e sequer apresentam alternativas de tratamento a elas, pois é mais fácil criticá-las a partir de argumentos de princípios descontextualizados e que não enfrentam os desafios que são postos.

Se é verdade que há outra face – positiva – da pós-modernidade globalizada, que envolve o reconhecimento saudável do multiculturalismo, da miscigenação entre raças, etnias, religiões, com o compromisso de reconhecer no outro que é diferente de mim não o inimigo ou estranho, mas o parceiro e colaborador à constituição de espaços públicos plurais e democráticos, também é preciso reconhecer que interagem aí pessoas (públicas e privadas, físicas e jurídicas, individuais e coletivas) as quais, em eventuais situações, conspiram contra a lei e os interesses legítimos da comunidade; e o fazem de forma altamente sofisticada, com requintes de profissionalismo para o mal nunca antes visto, reclamando por parte do Estado (no mínimo) resposta preventiva e curativa – no plano civil, administrativo, penal, e tantos outros possíveis e necessários.

Portanto, as mudanças que tem se operado neste particular não dizem respeito tão somente ao Direito Penal, mas a todos os campos do Direito e dos ordenamentos jurídicos que passam por processos nada tranquilos de adaptação (e até sobrevivência), sob pena de perderem a identidade e legitimidade sociais.

225 JESCHECK, Hans-Heinrich. *Tratado de Derecho Penal*. Trad.. Mir Puig e Muñoz Conde. Madrid: Bosch, 1981, p.702.

226 RIPOLLÉS, José Luis Díez. *De la Sociedad del Riesgo a la Seguridad Ciudadana*. Op. cit., p.993. Mais adiante o autor parece fazer uma ressalva as suas afirmações quando assevera que: *el modelo penal de la seguridad ciudadana se ha servido parasitariamente del debate sobre la sociedad del riesgo y, singularmente, de las propuestas que abogan por una modernización del derecho penal. Este hecho, por muy reprobable y digno de lamentar que sea, condiciona inevitablemente el futuro del discurso modernizador, el cual no puede proseguir como si no hubiera pasado nada. De ahí que los justificados esfuerzos por introducir el derecho penal en nuevos y novedosos sectores sociales necesitados de su intervención han de desarrollarse teniendo en cuenta, y previniendo, esa instrumentación por parte del discurso securitario de una serie de valoraciones y decisiones políticocriminales propias del argumentario modernizador.* (p.996). Mas ainda assim não esclarece a afirmação sob crítica.

227 Ver o texto de CORCOY BIDASOLO, Mirentxu. *Limites objetivos y subjetivos a la intervención penal en el control de riesgos*. In: MIR PUIG; CORCOY BIDASOLO (Drs.). *La política criminal en Europa*. Atelier, 2004, p.128.

IV Argumentos fomentadores do Direito Penal na Sociedade de Riscos: alguns fundamentos de base

Não há dúvidas de que o Direito Penal Liberal do Estado de Direito Moderno constitui um universo de garantias absolutamente importantes àquela quadra histórica, como os princípios da legalidade, irretroatividade da lei, proibição de analogia no âmbito penal, a exigência configurativa da culpabilidade do agente indiciado para fins de responsabilidade penal, regras de interpretação e imputação estritas em sede penal, garantias processuais progressivas, dentre outras. Como nos diz Gracia Martín:

*Pero sobre todo, desde que BIRBAUM, entre 1834 y 1836, opuso a FEUERBACH la idea de que el Derecho penal tenía que proteger bienes y no derechos subjetivos, la Ciencia penal ha venido formulando sin cesar una multitud de enunciados discursivos sobre el objeto de la protección jurídico penal, que han cristalizado en el principio fundamental de que el Derecho penal únicamente es legítimo para la protección subsidiaria de bienes jurídicos y como ultima ratio.*²²⁸

Há autores, entretanto, que defendem o surgimento de um novo Direito Penal expansivo para enfrentar a Sociedade de Riscos (na qual alguns comportamentos criminógenos vem ganhando sofisticação conformativa, tais quais os que envolvem o crime organizado, o tráfico de drogas, a corrupção, a lavagem de dinheiro, o terrorismo, dentre outros), fazendo surgir novos tipos penais, o agravamento de determinadas penas, a criação de novos bens jurídicos penais, a flexibilização de critérios de imputação, a relativização de alguns princípios político-criminais, a reinterpretação das clássicas garantias do Direito Penal substantivo e adjetivo²²⁹, configurando-se mais como preventivo do que curativo, por vezes fazendo eclodir o que Baratta chama de Estado Preventivo de Segurança, no qual a produção normativa e os mecanismos decisoriais tendem a reorga-

228 MARTÍN, Luis Gracia. *La polémica en torno a la legitimidad del Derecho Penal Moderno*. Op.cit., p.30. Ainda aduz o autor que: *La crítica principal al Derecho penal moderno se centra precisamente en que el mismo se apartaría de este principio fundamental, y en que a ello seguiría inevitablemente el abandono masivo del resto de las garantías penales.*

229 Ver o texto de MOCCIA, Sergio. *La perene emergenza. Tendenze autoritarie nel sistema penale*. Nápoles: Edizioni Scientifiche Italiane, 2000. Ver também MARTÍNEZ Sánchez, Mauricio. *Estado de Derecho y política criminal*. Bogotá: Gustavo Ibáñez, 1995.

nizar-se permanentemente como resposta a situações de emergência estrutural que marcam as relações sociais hodiernas.²³⁰ Na dicção de Ripollés:

*La respuesta de un Derecho Penal del riesgo se realiza mediante la instauración de tipos penales de peligro abstracto, responsabilidad penal objetiva, tipos penales abiertos y en blanco, cargas de vigilancia, sustitución de normas sociales débiles por fuertes leyes penales (Derecho penal simbólico negativo), abatimiento de garantías, flexibilización y desformalización (dogmática) del Derecho penal material y procesal, funcionalización del Derecho Penal y creación de bienes jurídicos difusos, universales o supraindividuales. Por tanto, se tende a incrementar la criminalización de conductas creando bienes jurídicos colectivos, a hacer prevalecer las estructuras típicas de pura actividad, a la anticipación de la intervención penal y a la expansión del Derecho Penal en lo referido especialmente a la seguridad.*²³¹

Discordamos do autor, todavia, quando aduz que se tem difundido nessa Sociedade de Riscos um exagerado sentimento de insegurança, que pare ele não guarda correspondência com tais riscos, mas encontram-se potencializados pela cobertura midiática as vezes apressada e que pouco compreende estes fenômenos, confundindo o que chama de cidadão médio e a percepção deste das mudanças, causas e consequências dos novos perigos e lesões causados nesta Sociedade, tudo isto levando *una notable transformación de las relaciones y valores sociales y una significativa reducción de la solidaridad colectiva.*²³²

Ocorre que aquele sentimento de insegurança efetivamente provocado generalizadamente em todos os segmentos sociais – seja em comunidades desenvolvidas ou não -, não advêm, por vezes, do

230 BARATTA, Alessandro. *Funciones instrumentales y simbólicas del Derecho Penal: una discusión en la perspectiva de la criminología crítica*. Na Revista Pena y Estado, nº1, vol.1. Madrid: Publicaciones Universitarias, 1991, pg.45.

231 RIPOLLÉS, José Luis Díez. *De la Sociedad del Riesgo a la Seguridad Ciudadana*. Op. cit., p.976. Agrega o autor ainda que: *Por otro lado, se aprecian crecientes dificultades para atribuir la responsabilidad por tales riesgos a determinadas personas individuales o colectivas: A la ya citada problemática previsión de su aparición, se añade la realidad de unas actividades generadoras de riesgos que se entrecruzan unas con otras, de manera que el control del riesgo no sólo escapa al dominio de uno mismo, sino que tampoco está claro en manos de quién está; se hacen ineludibles criterios de distribución de riesgos que no satisfacen plenamente las exigencias de imputación de responsabilidad.*

232 Idem., p.239.

protagonismo da mídia por excelência, mas da natureza violenta e catastrófica de determinados comportamentos ilícitos em face de bens jurídicos protegidos constitucional e infraconstitucionalmente de modo global, como meio ambiente, relações de consumo, ordem urbana, terrorismo, tráfico de drogas e pessoas, dentre outros.

Tamanha a abrangência e os níveis de algumas causas e consequências dos riscos e perigos produzidos nas e pelas relações inter-subjetivas e interinstitucionais (alguns desconhecidos por inteiro), que políticas públicas preventivas – sejam legislativas ou de governo – não operam resultados satisfativos suficientes para evitar os danos provocados diuturnamente, devendo a atuação judicial contribuir à restauração da ordem demarcada pelos campos normativos positivados. Ou seja, tampouco decorre da ideia de protagonismo judicial ativista como solução para tal universo de problemas a solução mágica para tais demandas.²³³

Por outro lado, algumas políticas criminais vão surgindo nestes cenários, a saber: (i) a ampliação significativa dos âmbitos sociais objeto de intervenção penal, tendo como escopo incidir sobre novas realidades sociais problemáticas, ou sobre realidades sociais pré-existentes, cuja vulnerabilidade teria se potencializado (como a fabricação e distribuição de produtos, o meio ambiente, novas áreas tecnológicas – nuclear, informática, genética –, a ordem socioeconômica, organizações criminosas); (ii) significativa transformação da nova política criminal, concentrada na persecução da chamada criminalização dos poderosos, que até pouco tempo sequer eram responsabilizadas penalmente; (iii) a proeminência outorgada à intervenção penal em detrimento de outros instrumentos jurídicos e de controle social, propondo a atualização dos instrumentos penais punitivos – material e processualmente – para os fins de flexibilizar

o sistema de imputação de responsabilidade e de algumas garantias individuais (constitucionais e infraconstitucionais).

Mas que Direito Penal adviria da nova política criminal fomentada pela Sociedade de Riscos? Responde bem Ripollés:

El derecho penal resultante de esa política criminal renovadora podría corresponderse con las siguientes notas esenciales: 1. Incremento de la criminalización de comportamientos mediante la proliferación de nuevos bienes jurídicos de naturaleza colectiva; los componentes materiales de esos bienes jurídicos marcarían diferencias respecto a buena parte de los bienes jurídicos tradicionales, producto de su configuración a tenor de las funciones sociales que habrían de satisfacer y de la pérdida de referentes individuales. 2. Predominio de las estructuras típicas de simple actividad, ligadas a delitos de peligro o de lesión ideal del bien jurídico, en detrimento de las estructuras que exigen un resultado material lesivo: Dentro de esa tendencia, los delitos de peligro concreto ceden terreno frente a los de peligro abstracto, y se consolidan los delitos de acumulación y de obstaculización de funciones de control, lo que aproxima los comportamientos incriminados a los que son objeto de persecución por parte del derecho administrativo sancionador; se abre camino la fundamentación de la punición de comportamientos en base al principio de precaución, entendido como una alternativa más laxa que la exigencia de peligrosidad del comportamiento. 3. Anticipación del momento en que procede la intervención penal: Se penan abundantes ilícitos antes sólo administrativos, civiles o mercantiles, se generaliza el castigo de actos preparatorios específicamente delimitados, se autonomiza la punición de la asociación delictiva, cuando no se integra ésta dentro de las modalidades de autoría y participación. 4. Significativas modificaciones en el sistema de imputación de responsabilidad y en el conjunto de garantías penales y procesales: Se admiten ciertas pérdidas en el principio de seguridad jurídica derivadas de la menor precisión en la descripción de los comportamientos típicos y del uso frecuente de la técnica de las leyes penales en blanco; se hace una interpretación generosa de la lesividad real o potencial de ciertos comportamientos, como en la punición de determinadas tenencias o en el castigo de apologías; se considera razonable una cierta flexibilización de los requisitos de la causalidad o de la culpabilidad; se aproximan, hasta llegar a veces a neutralizarse, las diferencias entre autoría y participación, entre tentativa y consumación; se revaloriza el principio de disponibilidad del proceso, mediante la acreditación del principio de oportunidad procesal y de las conformidades entre las partes; la agilidad y celeridad

233 Aliás como já tratamos no texto LEAL, Rogério Gesta HENNIG, Monia Clarissa Hennig (Org.). *Ativismo judicial e déficits democráticos: algumas experiências latino-americanas e europeias*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, e também LEAL, Rogério Gesta. *A decisão Judicial: elementos teórico-constitutivos à efetivação pragmática dos Direitos Fundamentais*. Chapecó: UNOESC, 2012; LEAL, Rogério Gesta. *O Estado-Juiz na Democracia Contemporânea: uma perspectiva procedimentalista*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

*del procedimiento son objetivos lo suficientemente importantes como para conducir a una significativa reducción de las posibilidades de defensa del acusado... etc.*²³⁴

Independentemente dos juízos de valor que se possa fazer destas demarcações da política criminal referida e de suas implicações na formatação de inéditas modelagens do Direito Penal de Riscos, importa reconhecer que é o que tem ocorrido nos últimos tempos, ao menos nas áreas de atividades igualmente mencionadas acima, fazendo com que repensemos todos estes elementos.

Por isso se tem dito que muitos dos incrementos das novas intervenções penais têm derivado do surgimento de inéditas realidades e mesmo conflitos sociais que explicitam relevantes interesses e bens jurídicos coletivos cuja proteção penal também é necessária (e não exclusiva), pois não se está tratando de meros sentimentos aparentes de insegurança difundidos, mas de percepções individuais, sociais e institucionais (dos setores públicos e privados) oriundos da ampliação e aprofundamento do conhecimento cada vez mais técnico e científico (fundamentado, pois) dos riscos e perigos existentes, resultando daí o aperfeiçoamento das ferramentas para melhor controlá-los. Aqueles interesses e bens coletivos resultam especialmente afetados em maior escala por determinadas atividades socioeconômicas e empresariais, assim como por estruturas organizadas ligadas à obtenção de benefícios ilícitos.

Mas vejamos agora algumas posições doutrinárias voltadas a esse sentido.

IV.a Aportes às reflexões de Günther Jakobs

A obra do jurista alemão Günther Jakobs, professor da Universidade de Bonn, Alemanha, não pode ser alocada dentre os teóricos que defendem um novo Direito Penal em face do reconhecimento da existência da Sociedade de Riscos e suas consequências criminosas, mas prima, na dicção de Lynett, pela ruptura com a tradição finalista do Direito Penal²³⁵, numa perspectiva filosófica muito

234 Idem.

235 Desde seu trabalho JAKOBS, Günther. *Derecho Penal. Parte General – fundamentos y teoría de la imputación*. Madrid: Marcisl Pons, 1997. Nesta monumental obra de

impactante, haja vista que para Jakobs a elaboração das categorias penais dogmáticas não pode se dar com base numa fundamentação ontológica do Direito, isto porque tais conceitos são meramente normativos, independentes da natureza das coisas.²³⁶ O autor lembra que a teoria da pena de Jakobs se enquadra dentro da chamada prevenção geral positiva – e só por isto podemos enquadrá-lo parcialmente como propondo um novo Direito Penal na Sociedade de Riscos, sendo que os seus fundamentos filosóficos se encontram na filosofia de Direito de Hegel e de alguns aspectos da Teoria dos Sistemas de Luhmann:

*Poderíamos afirmar que se trata de uma nova leitura de Hegel através da concepção do direito de Niklas Luhmann. A finalidade da pena é manter a vigência da norma como modelo de contato social. Com seu comportamento, o infrator rompe umas expectativas normativas e a pena tem como função demonstrar que a sociedade, apesar da desautorização da norma, pode seguir confiando na vigência das mesmas.*²³⁷

Sob esse ponto de vista, a norma penal constitui a expressão de uma expectativa de conduta que se estabiliza contrafaticamente, e cuja função própria é a de confirmar a identidade da sociedade; isto não significa que ela se desvincule da função de motivação estabelecida na própria norma, pois esta não exclui aceitar como função latente uma direção da motivação.²³⁸

Jakobs já se destaca, no Prólogo à primeira edição, suas origens e matrizes teóricas, ao referir: *La obra comienza...aludiendo a Welzel, es decir, a su teoría de que el Derecho penal tiene el valor de asegurar los valores de acción ético-sociales.*

236 LYNETT, Eduardo Montealegre. *Introdução à obra de Günther Jakobs*. In CALLEGARI, André; LYNETT, Eduardo Montealegre; JAKOBS, Günther e MELIÁ, Manuel Cancio. *Direito Penal e Funcionalismo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, pp.11 e seguintes.

237 Idem, p.12. A Teoria dos Sistemas entra aqui porque: *O direito, na concepção de Niklas Luhmann, é uma estrutura através da qual se facilita a orientação social, e a norma, uma generalização de expectativas. A configuração fundamental da sociedade se produz através do direito, e a missão do Direito Penal é garantir essa configuração. As expectativas sociais se estabilizam através das sanções.*(p.13).

238 Conforme JAKOBS, Günther. *Dogmática de Derecho Penal y la configuración normativa de la sociedad*. Madrid: Thompson – Civitas, 2004. Ver igualmente outro texto seu, JAKOBS, Günther. *Sobre la normativización de la dogmática jurídico penal*. Madrid: Thompson – Civitas, 2003.

Jakobs não aceita, pois, a premissa de que a legitimidade do ordenamento jurídico (penal) reside no fato de que este assegura e garante a coexistência das vontades arbitrárias dos indivíduos para não operarem danos a outrem. Ao invés deste primado liberal (radical) da autonomia da vontade privada, a reflexão que está subjacente no autor alemão opera com o primado da autonomia pública (ou da soberania popular²³⁹), no sentido de que legítimas são aquelas leis e decisões que nós mesmos, enquanto membros orgânicos de uma comunidade de cidadãos damos a nós mesmos – pela via do processo legislativo constitucional e infraconstitucional.

Nesse sentido, a autonomia, a liberdade e o direito (público e privado) apresentam-se como momentos derivados e não primários, eis que só podem ser exercitados no âmbito em que a autonomia pública/sociedade constituída nos termos da lei concede.

Em sendo assim, o Direito Penal estaria dirigido a cidadãos enquanto indivíduos que têm sobre si uma expectativa de comportamento pessoal determinada pelos direitos e deveres vigentes nos sistemas jurídicos (constitucional e infraconstitucional) das Sociedades em que vivem, e em face dos quais devem fidelidade e observância, pois, caso contrário, sujeitar-se-ão às penas consecutórias previstas, cuja função primordial é reafirmar a validade e vigência das normas infringidas, confirmando a identidade social que lhes criou.²⁴⁰ Assim, para que alguém seja tratado como cidadão – sob a perspectiva do Direito Penal de Jakobs, é preciso que corrobore,

através de comportamento habitual, sua adequação às expectativas normativas referidas.

Decorrem desses enunciados alterações bruscas sobre os juízos de imputação, pois estes estão fundados, em Jakobs, na delimitação de âmbitos de competência, ou seja, *somente se responde pelas condutas ou resultados que devo desenvolver ou evitar em virtude dos deveres que surgem de meu âmbito de responsabilidades e que se desprendem dos deveres alcances da posição de garante.*²⁴¹

Uma das premissas que funda esta perspectiva de Jakobs é a de que há na Sociedade de Riscos atual indivíduos que, devido as suas atitudes pessoais e meios de vida, desenvolvendo atividades criminosas de forma reiterada ou se associando a organizações criminosas contumazes, evidenciam, de forma inexorável, disposição de delinquir como hábito ordinário, violando em estado de permanência as expectativas normativas formuladas pela própria comunidade a que pertence, assim como o contrato social entabulado e densificado materialmente pelos ordenamentos jurídicos instituídos.²⁴²

Tal premissa, se verossímil, autorizaria o autor alemão a sustentar que aqueles indivíduos, rompendo a ordem democrática estabelecida, e criando instabilidades sociais perigosas, geradoras de quebra de confiança nas instituições democráticas (Parlamento, Poder Executivo, Poder Judiciário, Sufrágio, Representação Política, Sistemas Normativos), e periclitando em conquistas civilizatórias a partir destas instituições, como a segurança jurídica, o direito adquirido, o ato jurídico perfeito, o devido processo legal, as garantias, direitos e deveres constitucionais e infraconstitucionais, estariam se portando como Inimigos da Sociedade, afigurando-se necessário que todo plexo normativo vigente – inclusive e principalmente o Direito Penal – promova as responsabilizações devidas a eles. E mais

239 Como quer HABERMAS, J. *Between facts and norms: contributions to a discourse theory of law and democracy*. Cambridge (MIT Press), 1998, p.212.

240 Como diz Lynnet: *Quando outro membro da interação social se comporta de forma diversa ao esperado, o homem pode seguir confiando nessa expectativa apesar de seu descumprimento, porque o sistema social tem um mecanismo para que se mantenha como modelo da orientação social: a sanção. Através desta o Estado afirma que, apesar de que se tenha rompido uma norma de conduta (há uma negação), o cidadão pode seguir confiando nela, porque com a imposição da pena se afirma que não vige a especial concepção do mundo que tem o sujeito (há uma negação da negação), e por isso a pessoa pode seguir orientando sua conduta com base nas expectativas gerais. É dizer, com a imposição da pena se mantém a vigência da norma como modelo do contrato social.....A sanção serve, então, para a estabilização das expectativas sociais.* LYNETT, Eduardo Montealegre. *Introdução à obra de Günther Jakobs*. Op.cit., p.15. Destaque nosso.

241 Idem, p.21. Ver o texto de PRITWITZ, Cornelius. *Derecho penal del enemigo: ¿análisis crítico o programa del Derecho penal?*. In Política criminal en Europa (Dirs. Mir/Corcoy; Coord. Gómez). Barcelona: Atelier, 2004.

242 Ver o texto de JAKOBS, Günther e MELIÁ, Manuel Cancio. *Derecho Penal del Enemigo*. Madrid: Cuadernos Civitas, 2006. Ver também o texto de BUENO ARÚS, Francisco. *La ciencia del derecho penal: un modelo de inseguridad jurídica*. Universidad pontificia Comillas de Madrid, 2003.

que isto, que se busque neutralizar preventivamente a periculosidade dos infratores.

Por certo que muitas críticas se põem contra essas posições do autor, dentre elas a resistência à chamada expansão securitária do Direito Penal do Inimigo, na medida em que busca antecipar a punição de determinadas condutas distantes da ação delituosa propriamente dita, como a conspiração para tal fim ou a mera participação em organizações criminosas, cujas penas deveriam ser próximas àquelas das condutas lesivas tentadas ou consumadas. Não tendo condições de ampliar este debate aqui, gostaríamos tão somente de verificar em que medida os elementos trabalhados por Jakobs podem auxiliar este estudo sobre a expansão do Direito Penal de Riscos.²⁴³

Para Jakobs, há alguns nichos sociais mais expostos ao surgimento de inimigos desta natureza, principalmente na Sociedade de Riscos de que estamos falando, como os relacionados ao terrorismo, narcotráfico, crime organizado em geral, tráfico de pessoas e órgãos, delinquência sexual.²⁴⁴ Nestes campos de (macro)criminalidade

243 É preciso ainda ter presente a advertência de MARTÍN, Luis Gracia. *Consideraciones críticas sobre el actualmente denominado "derecho penal del enemigo"*. In Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología. <http://criminet.ugr.es/recpc>, Vol.07/02, 2005, p.02: *No creo que me aleje demasiado de la realidad si digo que la expresión "Derecho penal del enemigo" suscita ya en cuanto se pronuncia determinados prejuicios motivados por la indudable carga ideológica y emocional del término "enemigo". Este término, al menos bajo el prisma de determinadas concepciones del mundo (democráticas y, sobre todo, progresistas), induce ya desde el principio a un rechazo emocional de un pretendido Derecho penal del enemigo, y no sin razón, cuando volvemos la mirada a la experiencia histórica y actual, y desde ella contemplamos el uso que se ha hecho y que aún se hace actualmente del Derecho penal en determinados lugares.*

244 Ver o texto de JAKOBS, Günther. *Sobre la normativización de la dogmática jurídico-penal*. Op. Cit.. É interessante ver aqui a crítica de Ripollés: *La elaboración conceptual desarrollada por Jakobs constituye un nuevo y significativo progreso en la consolidación de actitudes sociales de incompreensión hacia la delincuencia, de extrañamiento social del delincuente, el cual ahora, en determinadas circunstancias, se ve privado de su carácter de ciudadano y aun de persona, para convertirse en enemigo de la sociedad. De esta manera, no sólo han quedado definitivamente arrinconados los enfoques estructurales sobre la criminalidad, sino que incluso aproximaciones securitarias como la de distribución de riesgos entre sociedad y ciudadano sufren mermas legitimatorias, dado que resulta cada vez más difícil justificar que la sociedad deba compartir algo, deba acordar cualquier reparto de riesgos, con quien es su enemigo. La meta es asegurar la exclusión de la sociedad de ciertos delincuentes.* RIPOLLÉS, José Luis Díez. *De la Sociedad del Riesgo a la Seguridad Ciudadana: un debate desenfocado*. Op.cit., p.989. Na mesma linha de raciocínio ver os textos de: CANCIO MELIÁ, Manuel. *Dogmática y política criminal en una teoría funcional del delito*. Universidad nacional del Lito-

a sensibilidade social em face da ideia de insegurança pública – e as consequências disto no cotidiano da cidadania, principalmente o medo – tem aumentado significativamente, inclusive para órbitas fundamentalistas no sentido de que se criem políticas públicas de exceção e emergência para o enfrentamento de guerra dos infratores.

Temos de lembrar que na base da filosofia liberal Moderna – informativa do Direito Penal Liberal – o Estado só está autorizado a restringir a liberdade do indivíduo quando as ações deste causem danos a outros indivíduos²⁴⁵, vindo somente mais tarde as percepções de que a liberdade destes se apresenta, por vezes, condicionada a interesses públicos indisponíveis (meio ambiente, relações de consumo, interesses difusos e coletivos em geral). Refere Ramírez a propósito:

*El Derecho Penal no sólo interviene cuando existe una lesión, sino que también cuando se presenta un menoscabo específico que afecta la seguridad del bien que se intenta proteger, así sólo se puede decir que el bien tiene un valor cuando este sirve como médio de desarrollo de la persona, por lo que el valor de dicho bien presenta un menoscabo al no poderse disponer de él libremente, por lo que se debe entender que la protección de bienes debe abarcar de igual manera la garantía de libre disposición segura sobre dichos bienes.*²⁴⁶

Na dicção de Miguel Polaino-Orts, a realidade social se vê expressada, queiramos ou não, também pela própria realidade social, pois, para que a norma possa ter corroboração real, é necessário que ela apresente/represente certa expectativa das pessoas que vivem em comunidade, pela via da institucionalização legislativa, o que, por sua vez, serve de base àquilo que o autor chama de cimentação da

ral/Rubinzal Culzoni editores, 2000 e do mesmo autor, *¿Derecho penal del enemigo?* In: JAKOBS CANCIO. *Derecho penal del enemigo*. Thomson Cívitas, 2003; MUÑOZ CONDE, Francisco. *El nuevo derecho penal autoritario*. In LOSANO (Coord.). *El derecho ante la globalización y el terrorismo*. V. Humboldt Stiftung/Tirant lo blanch, 2004; PORTILLA CONTRERAS, Guillermo. *Fundamentos teóricos del derecho penal y procesal-penal del enemigo*. In Revista Jueces para la democracia, n. 49, 2004.

245 Conforme dicção explícita de MILL, John Stuart. *Sobre la Libertad*. Madrid: Tecnos, 2008, p.87. Ver também o excelente texto de DE LA TORRE, María Teresa Lopez de la Vieja. *El principio del daño: (de J. S. Mill a H. Arendt)*. In Revista Telos, vol.10, nº02. Santiago de Compostela, 2001.

246 RAMÍREZ, Edgar Iván Colina. *Sobre la Legitimación del Derecho Penal del Riesgo*. Op.cit., p.142.

segurança cognitiva que esta Sociedade tem da norma penal – no sentido de que ela será respeitada!²⁴⁷

Agora é importante ter presente que o asseguramento da norma como condição de possibilidade da efetividade da segurança jurídica implica atuação do Estado que tem obrigação de proteger o cidadão e a comunidade naqueles casos em que a norma e a realidade encontram-se em perigo por conta da violação (ou iminência de violação) da primeira. Para além disso, essa segurança cognitiva gerada pela crença na norma enquanto garantia dos pactos civilizatórios constitutivos das relações sociais contemporâneas afigura-se como mecanismo de comunicação válido que opera como garante da expectativa de que, mesmo sendo a norma violada, esta segue vigente.²⁴⁸

Em tal perspectiva podemos inclusive firmar a tese de que tais expectativas normativas não se fragilizam por conta de serem defraudadas eventualmente; ao contrário, elas reagem contrariamente às condutas violadoras, fortalecendo o sistema normativo como um todo.²⁴⁹ Por isto a culpabilidade em Jakobs é a *falta de fidelidade ao ordenamento jurídico de acordo com um juízo objetivo, social, em outras palavras, a constatação social de que a contri-*

*buição do autor à sociedade, ou seja, à comunicação, é errônea, arrasadora das estruturas, e que por isso não é suscetível de ser seguida.*²⁵⁰

Na dição de Jakobs, a vocação deste Direito Penal de Riscos (Moderno) é preservar as condições de liberdade para a sociedade em seu conjunto, ou seja, seus conteúdos fazem possível sua própria manutenção, pelo que se pretende por tal via proteger bens jurídicos de forma efetiva, não se podendo renunciar a penalizar condutas geradoras de perigos – inclusive abstratos.

Por certo que se impõe a constatação, neste discurso de Jakobs, de suas bases teóricas normativista e funcionalista, notadamente em face de compreender o conceito de pessoa não como algo absoluto ou universal, mas resultado atribuído ao indivíduo como produto da comunicação que se constitui dentro do sistema social, o que depende, portanto, do grau de satisfação das expectativas normativas que esteja em condições de prestar este indivíduo.²⁵¹ Não o fazendo seria possível privar tal indivíduo da condição de cidadão na medida em que viola constantemente regras estabelecidas a sua própria segurança e de todos, e persiste na criminalidade. Em outras palavras:

La autonomía y la lealtad comunicativa, las cuales son entendidas como presupuestos del derecho. Dicho con otras palabras, si las normas son generadas mediante la autonomía de sus creadores – entre los que se encuentra el mismo autor del delito–, entonces es legítima la expectativa de fidelidad al derecho, y por lo mismo, es

247 POLAINO-ORTS, Miguel. *Derecho Penal del Enemigo. Fundamento, potencial de sentido y límites de vigencia*. Barcelona: Bosch, 2009. Ver também o texto de SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *Normas y Acciones en Derecho Penal*. Buenos Aires: Hammurabi, 2003, em especial a partir da pg.25, em que o autor lembra que esta segurança cognitiva é um fenômeno também psicológico que não tem conteúdo normativo, já que as expectativas se transformam em normativas na medida em que elas se veem incorporadas na norma positivada.

248 Por outro lado, concordamos com Polaino-Orts quando afirma que: *No obstante dicha seguridad no sólo se compone de un elemento cognitivo, pues si únicamente se basara la existencia de una norma por la expectativa de que esta debe ser cumplida se caería en un desencanto por el propio sistema penal; pues en muchas de las ocasiones la inseguridad real no se corresponde con la seguridad sentida por la sociedad; además que la utilización de la norma establecida únicamente con la finalidad de proveer de seguridad imaginaria al colectivo social, puede convertirse en una herramienta peligrosa de gobiernos totalitarios*. POLAINO-ORTS, Miguel. *Derecho Penal del Enemigo. Fundamento, potencial de sentido y límites de vigencia*. Op.cit.,p.144.

249 Ver ainda o texto de PIÑA ROCHEFORT, Juan Ignacio. *Rol Social y Sistema de Imputación. Una aproximación sociológica a la función del Derecho Penal*. Barcelona: Bosch, 2005.

250 JAKOBS, Günther. *O que protege o direito penal: os bens jurídicos ou a vigência da norma*. In CALLEGARI, André; LYNETT, Eduardo Montealegre; JAKOBS, Günther e MELIÁ, Manuel Cancio. *Direito Penal e Funcionalismo*. Op.cit., p.50. Ainda aduz o autor: *O fato e a pena encontram-se no mesmo plano: o fato é a negação da estrutura da sociedade; enquanto que a pena é a marginalização dessa negação, ou seja, a confirmação da estrutura*.

251 JAKOBS, Günther. *Sociedad, norma, persona en una teoría de un derecho penal funcional*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia. *Cuadernos de conferencias y artículos*, n. 13, 1996. Em outro texto o autor é claro ao afirmar: *De fato, o costume da antecipação do delito é, no direito penal moderno, um problema, cuja gênese, porém, não é alheia à tese do direito penal como proteção de bens jurídicos: se do que se trata é da proteção de bens jurídicos, então essa proteção deve ser efetiva, e dessa perspectiva não se aceitaria a renúncia à penalidade das condutas geradoras do perigo abstrato. Se no contexto da lesão de um bem, enquanto pressuposto da pena, coloca-se como centro de gravidade o bem, fica aberta a seguinte questão: por que razão há de se esperar até que se produza a lesão?* In JAKOBS, Günther. *O que protege o direito penal: os bens jurídicos ou a vigência da norma*. Op.cit., p.43.

*reprochable la defraudación de aquella. De esta manera, se puede reprochar el no reconocimiento de la norma en la medida que es válida la expectativa de su seguimiento, lo cual tiene lugar en tanto la creación de la norma se reconduce a la libertad comunicativa del mismo agente. Esta libertad, a su vez, tiene como contrapartida el deber de lealtad comunicativa, según el cual un desacuerdo del sujeto con la norma sólo puede expresarse institucionalmente.*²⁵²

Isso é tão verdade que Cancio Meliá faz uma advertência extensa e necessária a algumas críticas à obra do autor, notadamente aquelas relacionadas ao extremo formalismo normativista (positivista) e abstração de alguns de seus construtos teóricos envolvendo as funções do Direito Penal e da Pena, aqui entendidas como mantenedores de sistemas sociais constituídos independentemente das características que apresentam, servindo sua teoria da prevenção geral positiva como contribuição à justificação de ordenamentos jurídicos autoritários. Ocorre que a proposição de Jakobs desta função preventiva geral positiva do Direito Penal e da Pena (elementos teleológico-normativos) se opera não à sociedade alemã, austríaca, sueca ou brasileira, in concreto, mas se constitui como proposta sistêmica *in abstracto* para qualquer sociedade contemporânea. Diz Meliá que:

O fenômeno da normatividade em si não garante que as normas das que esteja se tratando sejam normas em sentido enfático, isto é, normas legítimas. Mas daí a supor que, em sua concepção, a funcionalidade de um determinado elemento do sistema (por exemplo, a pena orientada à prevenção geral positiva) para a manutenção do correspondente sistema social fundamente já sua legitimidade há uma grande distância, contra cujo desconhecimento previne expressamente Jakobs. O ponto de vista que mantém não atrai nem afasta as questões de legitimação, mas, a seu juízo, estas não podem ser resolvidas no plano interno do Direito Penal: o Direito Penal não vale mais do que a ordem social que contribui para manter e, portanto, só pode extrair sua legitimidade na última instância da existência de normas legítimas. Nesta mesma linha, Müssig afirmou que a questão acerca dos critérios de legitimação material das normas penais excederia o caráter formal (e positivista) da prevenção geral positiva

252 VARGAS, Federico León Szczeranski. *Sobre la evolución del bien jurídico penal: un intento de saltar más allá de la propia sombra*. Revista Política Criminal, Vol. 7, Nº 14 (Diciembre 2012), pp. 378 – 453. In http://www.politicacriminal.cl/Vol_07/n_14/Vol7N14A5.pdf, p.398.

*e remeteria à análise de critérios materiais de identidade de uma determinada sociedade.*²⁵³

Esses elementos deixam clara a preocupação de Jakobs em enfrentar sob o ponto de vista normativo e seu respeito no âmbito das relações sociais (mesmo que complexas) a criminalidade como um problema social também. A questão é que, com lógica profunda, busca o autor tratar disto a partir de algumas pré-compreensões bem demarcadas e atinentes aos fundamentos legítimos da Sociedade e do Estado Democrático de Direito, que elegeram, pela via de pactos civilizatórios (contratuais), o sistema jurídico como médium da organização da comunidade, sendo seu respeito fundamental a esta Sociedade e a este Estado.

Os riscos de deslegitimação da ordem jurídica – inclusive penal – não são descartados pelo autor, mas devem ter tratamento e solução igualmente normativos, caso contrário a perspectiva é a da constituição violenta de alternativas, o que vai de encontro as expectativas institucionais e intersubjetivas forjadas por consensos e entendimentos racionais-legais próprios da Democracia contemporânea.

IV.b Aportes às reflexões de Luis Gracia Martín

Luis Gracia Martín, professor Catedrático da Universidade de Zaragoza, Espanha, trilha sentido similar, pois sustenta que se há alguma ruptura (talvez com mais ampliação de horizontes) do Direito Penal contemporâneo em face do liberal moderno, esta se produz no campo da seleção de condutas puníveis, caracterizado pela extensão da punibilidade à criminalidade material típica das classes sociais poderosas.²⁵⁴ E neste sentido questiona se os conteúdos e mesmo o

253 MELIÁ, Manuel Cancio. *O estado atual da política criminal e a ciência do direito penal*. In CALLEGARI, André; LYNETT, Eduardo Montealegre; JAKOBS, Günther e MELIÁ, Manuel Cancio. *Direito Penal e Funcionalismo*. Op.cit., p.12. Ainda adverte o autor no ponto que: *não se está tratando do direito penal de uma sociedade desejável, e sim do direito penal daquela sociedade que o sistema jurídico gerou por diferenciação. A decisão sobre o alcance dos processos de criminalização seria uma matéria puramente política, não jurídico-penal na que à ciência do Direito Penal só caberia determinar quais são os efeitos da regulação legal e sua correspondência ou não com as valorações estabelecidas.*

254 MARTÍN, Luiz Gracia. *Prolegómenos para la lucha por la modernización y expansión*

alcance que a doutrina tradicional do Direito Penal tem dado aos princípios e garantias penais – enunciados garantistas – podem se sustentar de forma isolada diante de riscos e danos provocados pela Sociedade contemporânea. E ainda avança, perguntando se *es correcto un concepto de bien jurídico que deje fuera de sí a los sustratos colectivos o universales a cuya protección se orientan los tipos del Derecho penal moderno*.²⁵⁵

Assim que para Gracia Martín o Direito Penal de Riscos – contrário ao Liberal – ganha força em face de novos cenários de criminalidade (riscos e perigos) próprios dos tempos atuais, a saber: o econômico, o meio-ambiente, o mercado/empresa (tributário, consumidor), dentre outros.²⁵⁶ Estas também são razões muito fortes para sustentar a relevância dos chamados crimes de perigo abstrato, pois:

Cuando las relaciones sociales tenían lugar entre sujetos claramente identificados e individualizados que se comunicaban directa y personalmente, y por ello gozaban así de amplias posibilidades de autoprotección frente a posibles peligros en la realación, la intervención penal podía retardarse hasta el momento de le lesión o, como mucho, del peligro concreto. Sin embargo, estos modos de relación social han sido sustituidos en la sociedad actual por otros de carácter massificado y anónimo en cuyos ámbitos (por ejemplo en los procesos de producción y distribución de alimentos), se desarrollan

del Derecho Penal y para la crítica del discurso de resistência. Valencia: Tirant de lo Blanch, 2003. Ver também outro texto do autor chamado *Consideraciones críticas sobre el actualmente denominado “derecho penal del enemigo”*. In Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, 07-02 (2005), <http://criminnet.ugr.es/recpc/07/recpc07-02.pdf>, acesso em 19/10/2015. Ver também o texto *La modernización del Derecho Penal como exigencia de la realización del postulado del Estado de Derecho (social y democrático)*. In Revista de Derecho Penal y Criminología, 3ª Época, nº 3, (2010), págs. 27/72 – <http://e-spacio.uned.es/fez/eserv/bibliuned:revistaDerechoPenalyCriminologia-2010-3-5020/Documento.pdf>, acesso em 19/10/2015.

255 MARTÍN, Luis Gracia. *Prolegómenos para la lucha por la modernización y expansión del Derecho Penal y para la crítica del discurso de resistência*. Op.cit., p.06.

256 Em especial ver o texto MARTÍN, Luis Gracia. *La polémica en torno a la legitimidade del Derecho Penal Moderno*. Op.cit.. O autor adverte para o fato de que: *Hasta hoy la denominación “Derecho penal moderno” había remetido al modelo penal derivado en sus rasgos fundamentales a fines de siglo XVIII y principios de XIX de las intervenciones políticas y jurídicas de la ilustración*. (p.12). Caracterizando como pré-moderno o anterior Direito Penal Romano e Europeu, o Direito Penal da Ilustração abandona a noção de delito como pecado e lesão à vontade divina, caracterizando como tal somente o fato socialmente lesivo.

*y confluyen multitud de cursos causales de diversa procedencia, y cuyos peligros ya no tienen como destinatario un individuo o grupo reducido de éstos, sino a una masa anónima de individuos que pueden entrar eventualmente en contacto con el peligro en situación de ignorancia sobre su existencia, con escasas posibilidades de detectarlo y, por esto, con unas posibilidades de autoprotección prácticamente nulas. Que en estas circunstancias es necesario anticipar la protección penal al momento en que se exterioriza el peligro inherente a la actividad es algo que “deriva prácticamente de la naturaleza de las cosas.”*²⁵⁷

Diante destes cenários, a doutrina e jurisprudência penais tem agregado significativa pluralidade de novos tipos normativos de ilicitudes criminosas que ampliam a intervenção punitiva em áreas e temas que estavam até então, em face daquela tradição liberal ilustracionista, em maior ou menor medida, excluídos do seu alcance.

Não se pode negar que a forma como se estrutura o mercado global hoje, no qual a lógica organizacional – formal e materialmente – das empresas (nacionais e transnacionais) conquistou autonomia de mobilidade física e virtual impressionante, decidindo livremente por onde colocar seus centros de produção e gestão (geralmente em lugares geograficamente distintos), tem dificultado em muito a apuração de responsabilidades pelo cometimento de crimes (ambientais, contra o consumidor, tributários, de lavagem de dinheiro, etc.). Nesse sentido veja-se informe jornalístico recente:

Foi divulgada neste domingo uma investigação jornalística mundial sobre a Mossack Fonseca – empresa do Panamá que se dedica à abertura de offshores no exterior – que revela uma ampla listagem de políticos e outras personalidades públicas que mantêm seu dinheiro (de maneira ilegal ou lícita) em paraísos fiscais. A reportagem, uma iniciativa do Consórcio Internacional de Jornalismo Investigativo, com a participação de veículos de mídia brasileiros, contém mais de 11 milhões de documentos de cerca de 200.000 offshores ligadas a pessoas de uns 200 países. Entre eles, está o Brasil, cujas investigações sobre o esquema de corrupção da Petrobras contribuíram com o vazamento de dados confidenciais da Mossack Fonseca – já que o escritório brasileiro da empresa foi alvo da 22ª fase (Tripla X) da Operação Lava Jato. Aparecem entre os envolvidos nos chamados

257 Idem, p.89.

“papéis do Panamá” os nomes do Presidente da Câmara de Deputados, Eduardo Cunha (PMDB-RJ), do usineiro e ex-deputado federal João Lyra (PTB-AL) e do ex-ministro de Minas e Energia, Edison Lobão (PMDB-MA). Ao menos 57 brasileiros já relacionados à investigação da Polícia Federal aparecem nos documentos, ligados a mais de cem offshores criadas em paraísos fiscais. Duas delas, por exemplo, foram criadas pela Mossack para Luiz Eduardo da Rocha Soares e Olívio Rodrigues Dutra, acusados de operar contas secretas da empreiteira Odebrecht. A mais ampla reportagem global sobre empresas em paraísos fiscais, conduzida por 109 veículos jornalísticos em 76 países, teve início quando uma fonte forneceu os documentos ao jornal alemão *Süddeutsche Zeitung* – que os compartilhou com o Consórcio Internacional de Jornalistas Investigativos (ICIJ). No Brasil, participam da investigação o jornal Estado de S.Paulo, o UOL e a Rede TV.²⁵⁸

Isso é tão grave que o governo dos EUA aprovou, em 2012, programa de inteligência chamado PRISM, que se constitui em vigilância da internet para a coleta dados de provedores online incluindo e-mail, serviços de chats, vídeos, fotos, dados armazenados, transferências de arquivos, videoconferências e logins, segundo documentos secretos obtidos e publicados pelos jornais *The Washington Post* e depois pelo *The Guardian*, em nome da segurança nacional e para evitar atentados terroristas.²⁵⁹ O problema é o limite de uso e mesmo acesso destas informações, capazes de identificar também ações criminosas das quais estamos tratando.

Nesses novos campos de atuação do Direito Penal (do Risco), onde se encontra a sociedade em situações de risco e perigo constantes, para dar conta das demandas de segurança pleiteadas pela comunidade – algumas, por vezes, exageradas e induzidas pelos efeitos midiáticos irresponsáveis –, o legislador tem criminalizado determinados comportamentos com instrumentos técnico-jurídicos que se valem de tipos penais de perigo abstrato, por exemplo, com

258 In http://brasil.elpais.com/brasil/2016/04/03/politica/1459714116_802121.html, acesso em 16/05/2016. Diz Gracia Martín que: *os global players operan de hecho con grande autonomia al margen de los ordenamientos nacionales y su actividad escapa en gran medida al control político y a la ordenación jurídica de los Estados nacionales*. MARTÍN, Luis Gracia. *La polémica en torno a la legitimidade del Derecho Penal Moderno*. Op.cit., p.24.

259 In <http://ultimosegundo.ig.com.br/mundo/nyt/2013-06-07/eua-coletam-secretamente-dados-de-nove-empresas-de-internet.html>, acesso em 16/05/2016.

nítido caráter de controle preventivo geral e, portanto, exaltando suas funções simbólicas. Todavia, como alerta Gracia Martín, tais características são próprias – em alguma medida – de toda e qualquer lei penal, cumprindo mister didático-pedagógico e ético-social próprios, o que constitui reforço importante da função instrumental de proteção de bens jurídicos (sejam individuais ou coletivos).²⁶⁰

Em outras palavras, todas as leis penais têm certo impacto simbólico, já que constituem manifestação educativa e ético-social; ademais, a lei penal não prescinde da função instrumental, haja vista que, em nosso sentir, a eficácia de proteção que o Direito Penal de Riscos quer assegurar se vê reforçada na medida em que as escalas axiológicas nas quais se desvaloram as condutas envolvidas aqui elevam-se à categoria de delito, são transmitidas e se reforçam mediante a cominação de pena.

Não se diga igualmente que o Direito Penal da Sociedade de Riscos abandona os princípios básicos do Direito Penal garantista quando intervém para fazer frente aos novos riscos, isso porque ainda que seja verdade que alguns institutos do Direito Penal tradicional da Idade Moderna precisam ser adaptados ou contextualizados em face da nova Sociedade, os princípios limitadores do *ius puniendi* estatal devem estar associados plenamente às garantias constitucionais e infraconstitucionais vigentes. Significa dizer que não estamos trabalhando com a lógica equivocada de que os conceitos fundamentais da teoria geral do delito tenham que ser abandonados em face dos novos fenômenos ora identificados, mas que eles podem estabelecer interlocuções de adequação com os problemas complexos gerados e constituídos pelo tipo de criminalidade emergente.²⁶¹

260 Idem, p.18. Assim, a lei penal somente poderia ser tachada de puramente simbólica (e, com isto, ilegítima) se a proteção do bem jurídico atingido estivesse completamente ausente de sua finalidade. E atentemos para o fato de que tal premissa vale para qualquer área do Direito.

261 Vai nesta direção o pensamento de DONINI, Massimo. *Sicurezza e Diritto Penale*. Roma: Bononia University Press, 2012, p.51: *L'idea di fondo che traspare da tutti questi principi è che mentre in passato la limitazione del diritto penale era strumento di difesa contro poteri forti, e dunque nasceva con un significato di garanzia, oggi a questo si aggiunge un'esigenza interna allo stesso sistema penalistico, quella di razionalizzare e così magari rivitalizzare i propri spazi di intervento: limitazione significa maggiore efficacia, superiore chance di rendimento.*

*Contra lo afirmado por el discurso de resistencia, el discurso de modernización, en paralelo a la dotación al Estado de Derecho de los contenidos materiales que le proporciona el Estado social, sólo plantea una adecuación del Derecho Penal a las nuevas realidades sociales y a ésta concepción del Estado, pero para esto no se desvía para nada de – y ni siquiera flexibiliza – los principios y garantías del Estado de Derecho, sino que los profundiza, y como precisa Bustos, para realizarlos en toda su plenitud.*²⁶²

É interessante notar que, para Romeo Casabona, com o que concordamos, posturas de precaução (princípio) que sustentam também o Direito Penal de Riscos são importantes na perspectiva de prevenir alguns fenômenos atuais de alta periculosidade à ordem estabelecida (crime organizado, terrorismo, corrupção, lavagem de dinheiro, cibercrimes), o que não representa, necessariamente, violação de quaisquer garantias penais do Estado Democrático de Direito.²⁶³ E isso porque há casos, por exemplo, envolvendo investigação (administrativa ou judicial) de eventuais ilícitos altamente complexos (consumados, tentados ou em via de execução) que demandam mecanismos de acesso à informação igualmente sofisticados, sob pena de não se conseguir sequer elementos mínimos à aferição do ocorrido.

Veja-se o caso, no Brasil, envolvendo a quebra administrativa do sigilo fiscal de contribuintes sem autorização judicial, recentemente autorizada pelo Supremo Tribunal Federal – STF (por 09 votos a 02) em face da Lei Federal nº105/2001, que permite aos órgãos da administração tributária fazê-lo, sob o entendimento de que a

norma não configura quebra de sigilo bancário, mas sim transferência de informações entre bancos e o Fisco, ambos protegidos contra o acesso de terceiros. Segundo o STF, como bancos e Fisco têm o dever de preservar o sigilo dos dados, não há ofensa à Constituição Federal.²⁶⁴ Aliás, o STF já teve oportunidade de firmar a possibilidade de limitação dos direitos fundamentais, sob o argumento de que não há, no sistema constitucional brasileiro, direitos ou garantias que se revistam de caráter absoluto.²⁶⁵

Isto vem ao encontro daquilo que já falamos antes, no sentido de ser inadiável a criminalização formal da criminalidade material das chamadas classes sociais poderosas que orbitam e determinam significativamente as condições de possibilidades do mundo globalizado de hoje, aliás, ignorada ou tolerada em muito, quiçá favorecida, pelo Direito Penal Liberal. E neste sentido Gracia Martín explica que, quando a Modernidade se institui a partir também do deslocamento da hegemonia de poder às mãos da burguesia, o discurso de criminalidade que se impôs deu preferência distinguida a enunciados e objetos de criminalidade relativos ao sistema de ação dos grupos sociais economicamente mais frágeis e materialmente excluídos da participação em um bom número dos bens jurídicos existentes, deixando de fora comportamentos depredadores de interesses públicos indisponíveis dos grupos sociais mais altos e economicamente superiores.²⁶⁶

Pode-se até dizer que aqueles comportamentos depredadores de interesses indisponíveis não contaram – e não contam em muito ainda – com co-relação normativo-tipológica penal no modelo do

262 MARTÍN, Luis Gracia. *La polémica en torno a la legitimidade del Derecho Penal Moderno*. Op.cit., p.42. Mais adiante o autor ainda ratifica esta premissa afirmando: *Que el poder penal en cualquiera de sus manifestaciones está sujeto a límites estrictos cuyo traspasso arbitrario o discrecional lo hace ilegítimo, es una afirmación que actualmente tiene la fuerza de lo asertórico, es decir, una validez que no precisa de demostración alguna y que, por eso, condiciona asimismo la de todo objeto y enunciado de criminalidad*. (p.47). Num outro texto importante o autor refere que: *Por esto, y porque el Derecho penal de la Ilustración y el actual derivan cada uno de dos modelos diferenciados —pero no excluyentes— de Estado de Derecho, he propuesto denominar al primero como “Derecho penal (del Estado) liberal”, y al actual como “Derecho penal (del Estado) social y democrático”*. MARTÍN, Luis Gracia. *El Derecho penal moderno del Estado social y democrático de Derecho*. Op.cit., p.03.

263 CASABONA, Carlos María Romeo. *Conducta Peligrosa y Imprudencia en la Sociedad de Riesgo*. Granada: Comares, 2005, p.104 e seguintes.

264 Ver a ADIs 2.386, 2.397 e 2.859, e o RE 601.314. **Informações mais detalhadas no sítio** <http://www.conjur.com.br/2016-fev-24/lei-quebra-sigilo-autorizacao-constitucional-stf>, acesso em 18/05/2016.

265 Ver o interessante trabalho de FERRAZ JR., Tercio Sampaio. *Sigilo de dados: o direito à privacidade e os limites à função fiscalizadora do Estado*. In <http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67231>, acesso em 18/05/2016.

266 GRACIA MARTIN, Luis. *La polémica en torno a la legitimidade del Derecho Penal Moderno*. Op.cit., p.58. Lembra o autor que: *El principio de legalidad ha funcionado así de hecho como una triple garantía para las clases altas: de protección de sus esferas de libertad real abundante frente a las clases con libertad real escassa; de exclusión de sus propias acciones socialmente danosas del discurso de criminalidad; y de expansión de su libertad real, pues la exclusión de su criminalidad del discurso, les ha garantizado una libertad de acción prácticamente ilimitada*.

Direito Penal Liberal, e que por isto inexistiam condutas típicas para fins de responsabilidade e sanção; mas agora, a Sociedade de Riscos resolveu por bem ampliar alguns e criar novos referentes axiológicos de conceito material de delito (tipos penais de risco, crimes de perigo abstrato, etc.), gerando a partir disto outras legitimidades de intervenção penal em cenários e contra protagonistas sociais até agora isentos de tal responsabilidade.

IV.c Aportes às reflexões de Jesús-María Silva Sánchez

Jesús-María Silva Sánchez, professor da Universidade de Pompeu Fabra, Espanha, tem criticado a retributibilidade do objeto do Direito Penal as suas funções liberais, isto porque a proteção de bens altamente personalizados e patrimoniais individuais se afigura como anacrônico nos dias atuais, em que a macrocriminalidade organizada desafia frontalmente o Estado de Direito a contê-la em suas ações violadoras, direta e indiretamente, de Direitos Fundamentais. Para o autor espanhol, um Direito Penal com vocação racionalizadora e emancipatória deve acolher as novas demandas sociais de proteção, e isto não afasta as garantias constitucionais e processuais dos envolvidos.²⁶⁷ E por que isto?

Pelo fato de que tanto o mercado como a economia capitalista hodiernos se veem atingidos por ingressos nunca antes vistos em termos de bens e serviços procedentes de atividades ilícitas das mais diversas ordens (narcotráfico, contrabando de armas, pessoas, órgãos humanos), provocando, como diz Silva Sánchez, ações múltiplas de consequências por vezes descontroladas e danosas a Direitos Fundamentais individuais, coletivos e difusos, o que tem levado a ampliação da legislação penal em todo o Ocidente para os fins de responsabilização dos infratores e mesmo para prevenir estes danos não raro irreparáveis na suas totalidades.²⁶⁸

267 SILVA SANCHEZ, Jesús-María. *La expansión del Derecho Penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*. Op.cit..

268 Idem, p.34. Lembra o autor que estes cenários geram o que chama de multiplicação emocional dos riscos existentes em face da Sociedade, pois cada vez mais pessoas introjetam que podem confiar cada vez em menos gente e cada vez menos em suas instituições representativas que não dão conta de tais demandas. (p.40). E em segui-

Diante destes motivos, os delitos de resultado/lesão têm se evidenciado como progressivamente insatisfatórios enquanto enfrentamentos daqueles problemas, reclamando a utilização de outras modalidades de enquadramento tipológico, como os delitos de perigo, com configurações mais abstratas e formais, rompendo com alguns paradigmas do Direito Penal Liberal já referidos neste texto.

Contrapondo o argumento de Hassemer no sentido de que o Direito Penal deveria retornar às suas matrizes ilustracionistas, Silva Sánchez sustenta que:

*El Derecho penal liberal que ciertos autores pretenden reconstruir ahora en realidad nunca existió como tal. Por un lado, porque en tal reconstrucción se olvida la presencia de aquél de una rígida protección del Estado así como de ciertos principios de organización social. Por otro lado, porque la rigidez de las garantías formales que era posible observar en él no representaba sino el contrapeso del extraordinario rigor de las sanciones imponibles. La verdadera imagen del Derecho penal del siglo XIX no es, pues, la que por algunos pretende dibujarse en nuestros días.*²⁶⁹

É corolário lógico a decorrência aqui de demandas de ampliação da proteção penal – violenta, segregatória, punitiva –, que com sua força incoativa promete por fim às angústias e temores derivados da insegurança gerada pela Sociedade de Riscos, principalmente em Sociedades de Classes Passivas (como quer Silva Sánchez²⁷⁰), formada por pensionistas, desempregados, dependentes de serviços públicos de base (água, luz, educação, transporte, etc.), tendo no Estado o grande provedor de suas necessidades.

Outra consequência não raro presente na quadra histórica da Sociedade de Riscos identificada por Silva Sánchez, que também é uma Sociedade Democrática de Direito do Bem Estar, é o processo gradativo de protagonismo da vítima como sujeito de direito a ser mais protegido do que o autor/ofensor/réu, o que vai ao encontro

da, lembra que tudo isto vem corroborado pelo fato de que a população, modo geral, tem experimentado crescente dificuldade de adaptação a estes ambientes de incessante aceleração cotidiana e mutacional, agudizados pela radicalização de ânimos de indignação e cólera induzidos pela mídia-espetáculo. (p.48).

269 Idem, p.149.

270 Idem, p.52.

dos interesses das expectativas daquela classe de sujeitos menos favorecidos pelo Mercado e pelo Capitalismo e atendidos pelo Estado, produzindo, na linguagem do autor, interessante percepção migratória da espada penal do Estado Democrático de Direito contra o delinquente desvalido para o delinquente poderoso sob o ponto de vista econômico e social.²⁷¹

De tais elementos é que se tem fundamentado algumas novas conformações do Direito Penal de Riscos, dentre as quais Silva Sánchez destaca: as preocupações profiláticas interventivas que não esperam a produção de resultados, pela consumação, dos atos criminosos; que ampliam as regulamentações e decisões sobre a responsabilidade penal coletivas e difusas, para além da individual; que outorga competências/poderes para determinados agentes públicos na persecução penal pré-judicial para fins de conseguir, com maior eficácia, acesso a informações da macro-criminalidade organizada, como é o caso, no Brasil, do agente infiltrado e das escutas telefônicas, dentre outras.²⁷²

Mas quais são as características que Silva Sánchez atribui a esta nova dogmática penal da globalização: (i) a imputação objetiva tende a perder sua vinculação com relações de necessidade conforme as leis físico-naturais; (ii) em seu lugar se propõe a suficiência de relações de probabilidade; (iii) configura-se a responsabilidade em

271 Idem, p.65. O autor lembra, neste ponto, que é preciso ter em conta que este fenômeno da identificação com a vítima tem como pressuposto que a pena opera como mecanismo de ajuda à superação – por parte da vítima – do trauma gerado pelo delito, gerando certo tipo de solidariedade social para com ela; é a pena aqui funcionando como reintegração social da vítima.

272 Ver os termos polêmicos em face do Direito Penal Liberal da Lei Federal brasileira nº12.850/2013, em especial seu art.3º: Art. 3º- Em qualquer fase da persecução penal, serão permitidos, sem prejuízo de outros já previstos em lei, os seguintes meios de obtenção da prova: I – colaboração premiada; II – captação ambiental de sinais eletromagnéticos, ópticos ou acústicos; III – ação controlada; IV – acesso a registros de ligações telefônicas e telemáticas, a dados cadastrais constantes de bancos de dados públicos ou privados e a informações eleitorais ou comerciais; V – interceptação de comunicações telefônicas e telemáticas, nos termos da legislação específica; VI – afastamento dos sigilos financeiro, bancário e fiscal, nos termos da legislação específica; VII – infiltração, por policiais, em atividade de investigação, na forma do art. 11; VIII – cooperação entre instituições e órgãos federais, distritais, estaduais e municipais na busca de provas e informações de interesse da investigação ou da instrução criminal.

comissão por omissão, principalmente no âmbito dos delitos de empresa, ou de estruturas organizadas, como infração do dever de vigilância.²⁷³

Assim, concordo com Silva Sánchez quando sustenta que o problema quando se fala em expansão do Direito Penal não é o que diz com a expansão geral, mas a expansão da pena privativa de liberdade – esta é que deve ser contida, pois a diminuição de garantias processuais de defesa do réu e de execução da pena em hipótese alguma podem ser aceitas.²⁷⁴ Algumas modulações na fase da investigação e apuração das responsabilidades da pessoa física e jurídica sim devem ser adequadas à nova criminalidade, mas sempre observadas as garantias constitucionais substanciais. É no âmbito, talvez, das penas pecuniárias, restritivas de direitos e ainda na esfera da reparação penal que podemos pensar em algumas expansões do Direito Penal.

E por que o Direito Penal pode contribuir em muito a estas novas realidades da Sociedade de Riscos? Por que não um Direito de Intervenção à moda Hassemer? Pelo fato de que, como quer Silva Sánchez:

La opción político-jurídica por el Derecho penal sigue teniendo, en efecto, ventajas relevantes, no vinculadas necesariamente a la dureza fáctica de la sanción. Frente al Derecho civil compensatorio, el Derecho penal aporta la dimensión sancionatoria, así como la fuerza del mecanismo público de persecución de infracciones; algo que le atribuye una dimensión comunicativa superior, incluso de modo independiente a la conexión ético-social tradicionalmente inherente a todos sus ilícitos. Frente al Derecho administrativo, y por tanto dentro del ámbito de lo sancionatorio, el Derecho penal aporta su mayor neutralidad respecto a la política, así como la imparcialidad propia de lo jurisdiccional. Ello hace más difícil para el infractor la utilización de la técnicas de neutralización del juicio de desvalor (reproches de parcialidad, politización) de que aquél se sirve con frecuencia frente a la actividad sancionadora de las Administraciones públicas.²⁷⁵

273 Idem, p.118.

274 Idem, p.169.

275 Idem, p.173.

Assim que Silva Sánchez sustenta que o Direito Penal Moderno (da Sociedade de Riscos) pode ter vocação intervencionista para dar conta das complexidades societais mencionadas até aqui, sem estar limitado fundamentalmente às sanções segregacionistas, mas, ao contrário, dando maior atenção às penas pecuniárias e restritivas de direitos²⁷⁶, assim como para um eventual Direito Penal da Reparação.

Desses elementos é que surge a ideia do Direito Penal de Duas Velocidades de Silva Sánchez, tendo presente que, no de primeira velocidade, estão os vetores e institutos do Direito Penal Liberal Moderno, centrado na proteção do catálogo de bens jurídicos tradicionais e individuais (em sua maioria), observados os rigorosos critérios de imputação e garantias do acusado.

Mas em face do inexorável reconhecimento de que a Sociedade de Riscos atual dá ensejo a novas gerações de crimes inéditos à tradição liberal moderna do Direito Penal, mister é que se conte com outro (e não exclusivo) Direito Penal de Segunda Velocidade, que se ocuparia das condições necessárias à persecução efetiva destes crimes, assumindo a existência de significativo conjunto de bens jurídicos difusos e coletivos tutelados pelo sistema normativo tanto na esfera civil, administrativa como penal, com ampliação das condições e possibilidades de atribuição de sentido penal àquelas condutas violadoras destes bens, alargando-se os critérios de imputação e flexibilizando-se algumas garantias individuais em nome de tal persecução.²⁷⁷

Por certo que a contrapartida destas características do Direito Penal de Segunda Velocidade seria a renúncia à previsão da pena de prisão para tais comportamentos – ao menos substancialmente –, os

quais deveriam ser castigados com penas pecuniárias e privativas de direitos.

Mas há também um Direito Penal de Terceira Velocidade defendido por Silva Sánchez, que tem na segregação uma possibilidade usual, todavia, contando com certa flexibilização de determinadas garantias processuais do Direito Penal Liberal, aplicando-se a casos extremos de delinquência profissional patrimonial, envolvendo violência sexual reiterada, criminalidade organizada, terrorismo, dentre outras ações impactantes à ordem social. Nas palavras do autor:

*A la vez, en casos de esta naturaleza (criminalidade de Estado, terrorismo, criminalidad organizada) surgen dificultades adicionales de persecución y prueba. De ahí que, en estos ámbitos, en los que la conducta delictiva no sólo desestabiliza una norma en concreto, sino todo el Derecho como tal, pueda plantearse la cuestión del incremento de penas de prisión, a la vez que la de la relativización de las garantías substantivas y procesales. Ahora bien, en todo caso, conviene subrayar que el Derecho penal de la tercera velocidad no puede manifestarse sino como el instrumento de abordaje de hechos de emergencia, siendo expresión de una especie de Derecho de guerra en el que la sociedad, ante la gravedad de la situación excepcional de conflicto, renuncia de modo cualificado a suportar los costes de la libertad de acción.*²⁷⁸

E isto é assim porque, como já se viu, porque há situações fáticas de tal sofisticação organizacional e até aparente ilegalidade que escondem delitos de envergadura e consequências sociais – globais algumas – violentas, fazendo até com que os critérios de imputação tradicionais não se mostrem suficientes para dar conta destes cenários – basta pensarmos na criminalidade econômica transnacional, por exemplo.²⁷⁹

²⁷⁸ Idem, p.187.

²⁷⁹ E neste ponto o Brasil passa por quadra histórica exemplificativa destes casos, haja vista a chamada Operação Lava a Jato, que investiga os escândalos de corrupção ocorridos entre a gestão predatória da Petrobrás e vários parlamentares de diversos partidos políticos nacionais. Se a Polícia Federal e o Poder Judiciário não contassem com mecanismos de investigação eficientes (quebra de sigilo fiscal, epistolar, telefônico, virtual, prisões provisórias, delações premiadas, etc.), possivelmente não teriam conseguido os níveis de eficiência no desbaratamento progressivo destas ações criminosas estruturais – inclusive estancando várias sangrias orçamentárias em andamento.

²⁷⁶ É bem verdade que, no Brasil, somente em 1984, com a reforma no Código Penal Brasileiro, através da Lei n.º 7.209/84, foram implantadas as penas restritivas de direito, de caráter substitutivo, que ao invés de manter o indivíduo recluso, o deixa livre, porém, com a obrigação de cumprir certos deveres que lhe são impostos.

²⁷⁷ Idem, p.185. Veja-se que o autor espanhol ainda fala de uma terceira velocidade, que diz respeito às relativizações de algumas garantias processuais e político-criminais, como regras de imputação da responsabilidade, envolvendo ações criminosas de alta complexidade operacional e constitutiva (crime organizado, terrorismo, tráfico de drogas, corrupção).

IV.d Aportes às reflexões de Jorge de Figueiredo Dias

O Prof. Jorge de Figueiredo Dias, catedrático da Universidade de Coimbra, tem se ocupado destes temas há bastante tempo, reconhecendo estarmos vivendo em uma Sociedade de Riscos altamente complexa como a que definimos até aqui.²⁸⁰

Nessa Sociedade por certo que o Direito, modo geral, tem funções precípuas e urgentes no âmbito da regulação de relações institucionais e intersubjetivas, sem pretensões exaurientes ou de soluções mágicas e definitivas para as tensões e conflitos decorrentes de tais conjunturas! Mas e o Direito Penal, qual a sua função aqui?

Para o autor português, o Direito Penal tem protagonismo diferenciado na atual quadra histórica em que vive o mundo todo, sem confundir-se com outros ramos do Direito, como o Civil e o Administrativo para dar respostas aos problemas identificados:

É indiscutível que a força conformadora dos comportamentos do direito civil e do direito administrativo é menor do que a do direito penal; como menor é, por isso, a força estabilizadora das expectativas comunitárias na manutenção da validade da norma violada, neste sentido, a sua força preventiva ou, mais especificamente, de «prevenção geral positiva ou de integração». Este é o fundamento último da máxima – liberal, mas simultaneamente social – da intervenção jurídico-penal como intervenção de ultima ratio. Ao que acresce que já não na prevenção, mas na repressão das violações ocorridas tanto a intervenção jurídico-civil, como a jurídicoadministrativa surgirão as mais das vezes como desajustadas, se não mesmo inúteis. E se assim é, então esta incapacidade (ou menor capacidade) de sancionamento do direito civil e do direito administrativo reflecte-se prognosticamente, com força potenciada, sobre o efeito preventivo da norma editada e acaba por aniquilá-lo. Tanto basta, se bem cuido, para que não possa esperar-se que por estas vias viesse a lograr-se uma mais efectiva protecção das gerações vindouras.²⁸¹

280 DIAS, José de Figueiredo. *O papel do Direito Penal na protecção das gerações futuras*. In <http://www.defensesociale.org/02/9.pdf>, acesso em 28/06/2016.

281 Idem, p.49. Ver o texto DIAS, Jorge de Figueiredo. *Temas Básicos da Doutrina Penal*. Coimbra: Coimbra Editora, 2001. Vai na mesma direção Bidasolo, ao lembrar que: *No se acaba de comprender el por qué estas conductas pueden controlarse más eficazmente a través del Derecho administrativo y/o mercantil, cuando en la aplicación de*

Por certo que tem consciência José Dias que o Direito Penal contemporâneo não pode perder de vista o perfil de subsidiariedade, fragmentariedade, taxatividade e tantos outros que lhe foram forjados como conquista da Idade Moderna, mas deve ajustá-lo, no que não violar tais conquistas, ao universo de bens jurídicos e interesses tutelados inéditos que foram surgindo ao longo do tempo, alguns atinentes ao seu espectro de protecção.²⁸²

Alguns bens jurídicos coletivos protegidos pelo Direito Penal, inclusive, servem bem à reflexão do autor, ao sustentar, sobre estes, que a questão primordial é a da definição do bem jurídico tutelado pelos *delitos colectivos*, em termos tais que consiga preservar a função de padrão crítico da incriminação que o bem jurídico tem de assumir em um direito penal democrático e liberal. A minha convicção profunda e já antiga é a de que o direito penal serve a tutela subsidiária, a par de bens jurídicos individuais, de bens jurídicos colectivos como tais.²⁸³

Com tal postura, Dias vai de encontro às concepções tradicionais de bem jurídico expostas pelo Direito Penal Liberal, e ferrenhamente defendidas pela Escola do Direito Penal de Frankfurt (em especial por Hassemer, como vimos), pois ancoradas em percepção demasiadamente antropocêntrica dos bens jurídicos coletivos para o Direito Penal, vinculadas a um entendimento monista-pessoal dos

estas áreas jurídicas se utilizan conceptos eminentemente formales, mientras que el Derecho penal actúa a través de conceptos y criterios materiales. Interpretación material que posibilita desenmascarar situaciones en las que las formalidades del Derecho mercantil o administrativo se han utilizado para delinquir. BIDASOLO, Mirentxu Corcoy. *Legitimidad de la protección de bienes jurídico-penales supraindividuales*. In Revista do CENIPEC. Vol. 30. Barcelona: Cenipec, 2011, p.98.

282 Diz o autor textualmente que: *Face às condições de complexidade, de massificação e de globalidade da sociedade contemporânea, às quais estão ligadas uma multiplicidade e uma diversidade inumeráveis de condutas potencialmente lesivas de valores fundamentais inerentes à própria existência do Homem, o direito penal tem de distinguir, para delimitação do âmbito de protecção da norma, entre ofensas admissíveis e ofensas inadmissíveis, limitando-se à criminalização destas últimas. A distinção entre ofensas admissíveis e inadmissíveis supõe assim – sobretudo nesta nossa era de mercado global – uma difícil ponderação de interesses complexos e diversificados, quantas vezes de resultado altamente questionável.* Idem, p.50.

283 Idem, p.51. O autor não desconhece que tanto o Direito Civil como o Administrativo cumprem função essencial nesta protecção, todavia, o Penal também, e é preciso criar mecanismos de integração equilibrados nestes campos jurídicos, justamente para ampliar a protecção destes bens.

mesmos, já que somente se lhes admite quando ligados a interesses tangíveis e atuais dos indivíduos.²⁸⁴

Para o autor português, o bem jurídico coletivo deve poder ser gozado por todos e por cada um, não permitindo nenhum tipo de exclusão, razão pela qual o interesse individual para que se mantenha íntegro o bem coletivo é absoluto. Por isto, *a relevância dos bens jurídicos colectivos – generosos, em nada egoístas – provirá precisamente da potencial multiplicação indeterminada de interesses de toda e qualquer pessoa, se bem que não individualizáveis em concreto.*²⁸⁵

Irresigna-se Dias também contra o apego fundamentalista ao dogma da responsabilidade individual do Direito Penal Liberal, dificultador do enfrentamento dos chamados mega-riscos que hoje globalmente vivemos – claro que na base desta postura está a decisão teórica e dogmática de que o Direito Penal tem atribuições curativas e preventivas na órbita de tais riscos e perigos. Os riscos e perigos de que fala são estes envolvendo desde os relacionados ao meio-ambiente até os atinentes às relações de consumo, por exemplo, nos quais as pessoas jurídicas de direitos privado (entes coletivos) têm evidenciado participação significativa. E para tais sujeitos de direito,

284 Sustenta o autor: *Estes devem ser antes aceites, sem tergiversações, como autênticos bens jurídicos universais, transpessoais ou supra-individuais. Que também esta categoria de bens jurídicos possa reconduzir-se, em último termo, a interesses legítimos da pessoa, eis o que não será lícito contestar. 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.* Idem, p.52.

285 Idem, p.53. Um pouco mais adiante o autor vai chamar a atenção e abrir a possibilidade de que os delitos cometidos por entes coletivos contra bens coletivos possam ser tidos como delitos de desobediência às prescrições emanadas do direito administrativo e/ou dos seus agentes, pois: *De desobediência àquelas prescrições, não (se é preciso reacentuá-lo!) em nome de um mero «dever de fidelidade administrativa», mas sim na medida em que prescrições tais visem evitar a produção – mais próxima ou mais longínqua, mas em todo o caso certa ou altamente provável – de danos e lesões e, por aí, de deteriorações importantes das condições fundamentais da vida em sociedade.* Idem, p.56. Ver também o texto DIAS, Jorge de Figueiredo. *Questões Fundamentais de Direito Penal revisitadas*. São Paulo: RT, 1999.

a responsabilidade penal individual não dá conta adequada de enquadrá-los. Por outro lado, é interessante o argumento de Dias na medida em que compreende a ação e a culpa do ente coletivo como – analogicamente – obra do homem e de sua liberdade de escolha (ativa ou omissiva), com base na reflexão de Max Müller, Faria Costa e Heine, sem descurar-se das conquistas do Direito Penal Liberal no que diz ao controle e poder punitivo do Estado (material, formal e procedimentalmente).²⁸⁶

É interessante que Dias acaba concordando com a tese de Hassemer de que o ideal seria termos um Direito de Intervenção para casos que envolvem a gestão de interesses sociais, coletivos e difusos de alta significação, para os quais o Direito Penal Liberal não gerou respostas satisfativas, mas lembra que os próprios autores deste novo paradigma reconhecem que seus mecanismos de operação ainda precisam ser construídos.²⁸⁷ Mas pontifica o autor:

Sem prejuízo da crença (justificada) nos benefícios que um pensamento funcional traz à doutrina jurídico-penal, não deve ver-se nele o alfa e o omega da concepção penal, antes importa reafirmar que é na preservação da dignidade da pessoa – da pessoa do delincente e dos outros – que radica o axioma onto-antropológico de todo o discurso jurídico penal.....Por isso, numa palavra, deve manter-se a recusa de qualquer concepção penal baseada na extensão da criminalização, onde o direito penal se transforme em instrumento diário de governo da sociedade e em promotor ou propulsor de fins de pura política estadual. Seria o agora tão apregoado Estado-Intervenção ou Estado-Prevenção que aqui reapareceria – estranhamente (ou talvez não!), o mesmo Estado que a dita Escola de Frankfurt também advoga, desde que ele seja radicalmente afastado do campo do

286 MAX MÜLLER, (1959), «Freiheit», In: *Staatslexikon*, III, 6ª ed., p. 53; FARIA COSTA, (1992), «A responsabilidade jurídico-penal da empresa e dos seus órgãos», *RPCC* 2, p. 537; e HEINE, (1995), *Die strafrechtliche Verantwortlichkeit von Unternehmen*, p.271 e ss. Aduz neste ponto Dias que: *Se por exemplo o fenómeno da chamada «criminalidade organizada», o que quer que por ela deva entender-se em perspectiva dogmática, reentra no direito penal de tutela das gerações futuras, então ele mostra exemplarmente como o progresso da dogmática relativa à responsabilidade penal dos entes colectivos constitui uma exigência instantânea, para a qual não existe alternativa.* Idem, p.55. Ver o excelente texto de DIAS, Jorge de Figueiredo e ANDRADE, Manuel da Costa Andrade. *Criminologia: o homem delincente e a sociedade criminógena*. Coimbra: Coimbra Editora, 2013.

287 DIAS, José de Figueiredo. *O papel do Direito Penal na protecção das gerações futuras*. Op.cit., p.167.

*direito penal e exclusivamente imputado ao âmbito do direito administrativo.*²⁸⁸

Dias também é simpático à proposta de Silva Sánchez sobre o Direito Penal de duas velocidades, este último relacionado aos novos fenômenos criminógenos gerados pela Sociedade de Riscos, já que o universo de bens jurídicos protegidos aqui tem relação direta com a ordem jurídico-constitucional dos direitos econômicos, sociais, políticos e culturais, todavia, não alcança a todos os cenários constituídos por esta Sociedade, e *acaba por trazer para o direito penal dois paradigmas diferentes e incompatíveis, que a breve prazo haverão de conduzir ao domínio de um sobre o outro – quando não ao esmagamento de um pelo outro – sob a forma, muito provavelmente, de uma invasão incontrolável do cerne pela periferia.*²⁸⁹

Discordamos do autor por se tratar sua perspectiva por demais fundada em elementos de futurologia que são incompatíveis com a dialética que a pós-modernidade nos apresenta – inclusive em termos de ações ilícitas em profusão, sendo certo, contudo, que a proposta de enfrentamento de determinados atos criminosos impactantes em termos de interesses sociais, coletivos e difusos, com mecanismos mais eficazes, sem isto representar violação necessária a direitos e garantias individuais (constitucionais e infraconstitucionais) vem bem apanhada por Silva Sánchez no direito penal de segunda e terceira velocidades anteriormente referidos.

IV.e Aportes às reflexões de Bernd Schünemann

Bernd Schünemann, professor catedrático da Universidade de Munique, sempre teve posição dura em relação ao Direito Penal Clássico, acusando-o de ter protegido predominantemente a propriedade privada como centro neural de ocupação, o que explicaria: *que los miembros de la clase baja, caracterizados en primera línea por su falta de bienes y, en todo caso, por sus bajos ingresos, suministren a la justicia penal práctica la clientela preferente, o, menos eufemis-*

288 DIAS, Jorge de Figueiredo. *Temas Básicos da Doutrina Penal*. Op.cit., p.169.

289 Idem, p.172.

*ticamente formulado, de que tanto en la estadística criminal como también los establecimientos penitenciarios estén considerablemente representados.*²⁹⁰

E sobre os desafios atuais do Direito Penal é também claro em termos de reconhecer que: *la indiscutible modernización de la sociedad también abarcaría naturalmente la conducta desviada y habría llevado a una modernización de la criminalidad que haría irrecusable la correspondiente modernización del Derecho.*²⁹¹ Ou seja, o Direito Penal teria de reagir em medida equivalente aos danos sociais provocados/ameaçados pela sociedade e mercado capitalista hodiernos, o que demandaria, inclusive, uma mudança de perspectiva em face daquelas categorias sociais mais abastadas.

Schünemann desenvolve em sua reflexão críticas pontuais a algumas posições da chamada Escola de Frankfurt do Direito Penal, sobretudo a Hassemer²⁹², em face da postura deverasmente refra-

290 SCHÜNEMANN, Bernd. *Del Derecho Penal de la clase baja al Derecho Penal de la clase alta. ¿Un cambio de paradigma como exigencia moral?* In SCHÜNEMANN, B. *Temas actuales y permanentes del Derecho penal después del milenio*. Madrid: Tecnos, 2002, p.54. Adverte o autor que o comportamento típico das classes sociais economicamente mais frágeis, desde a formatação do direito penal na Idade Moderna até os dias de hoje, tem constituído objeto privilegiado das configurações tradições dos tipos penais materiais, assim como tem ocupado boa parte do sistema judicial penal.

291 SCHÜNEMANN, Bernd. *Presentación*. In GRACIA MARTÍN, Luis. *Prolegómenos para la lucha por la modernización y expansión del Derecho penal y para la crítica del discurso de resistencia*. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2003, p.14. Ver também o excelente texto do autor intitulado *Introducción al razonamiento sistemático en derecho penal*. In SCHÜNEMANN, Bernd e SILVA SANCHEZ, Jesús Maria. *El sistema moderno del derecho penal: cuestiones fundamentales: estudios en honor de Claus Roxin en 50º aniversario*. Madrid: Tecnos, 1991, pp.31/93.

292 Ver os seguintes textos que expressam igualmente bem a postura da Escola de Frankfurt sobre estes temas: (i) HERZOG, Felix (Professor de Direito Penal da Universidade de Frankfurt). *Límites al control penal de los riesgos sociales. Una perspectiva crítica ante el derecho penal en peligro*. In <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=46425>, acesso em 20/07/2016; (ii) HERZOG, Felix. *Sociedad del riesgo, derecho penal del riesgo, regulación del riesgo – perspectivas más allá del derecho penal*. In http://portal.uclm.es/descargas/idp_docs/doctrinas/sociedad%20del%20riesgo,%20derecho%20penal%20del%20riesgo,%20regulacion%20del%20riesgo.pdf, acesso em 20/07/2016; (iii) KINDHÄUSER, Urs. (Diretor do Instituto de Direito Penal da Rheinische Friedrich-WilhelmsUniversität de Bonn, e Professor de Derecho Penal nesta mesma Universidade). *Derecho penal de la seguridad. Los peligros del derecho penal en la sociedad del riesgo*. In http://revistas.usergioarboleda.edu.co/index.php/cuadernos_de_derecho_penal/article/view/322/270, acesso em 20/07/2016; NAUCKE, Wolf-

tária destes autores diante do Direito Penal na Sociedade de Riscos, mas ao mesmo tempo sustenta que a concepção sociológica de Beck é muito imprecisa para fins de determinar, por si só, bruscas alterações morfológicas (materiais e processuais) ao Direito Penal, até porque, na perspectiva do autor, os riscos vitais aos indivíduos hoje são menores do que os existentes no começo da Idade Moderna, notadamente em face daqueles gerados claramente pelo avanço do capitalismo industrial e suas mazelas no âmbito das relações de trabalho e para o meio ambiente.²⁹³

Para Schünemann, se buscamos uma característica dominante na sociedade atual temos de falar de forma mais específica no que chama de Sociedade do Desperdício, em que o consumo desenfreado e a dissipação dos recursos finitos da natureza estão cada vez mais expostos à irresponsabilidade do Mercado e mesmo da Sociedade, mas, ao mesmo tempo, reconhece que a peculiaridade desta sociedade industrial de hoje é a de estar fundada no extraordinário incremento das interconexões causais que a constituem, a partir de densas redes (globais e locais) de produção econômica (cultural e política também), resultando impossível, por vezes, explicar de forma simples e direta como ocorrem danos de natureza difusa e coletiva (por exemplo, à saúde) a imenso contingente de pessoas, quem são seus responsáveis exclusivos e como operam.

Como outro elemento característico da Sociedade de Riscos em que deve operar o Direito Penal contemporâneo, a partir do reconhecimento das relações intersubjetivas e institucionais hipercomplexas acima mencionadas, Schünemann faz referência aos problemas que demandam a necessária substituição de contextos de ações criminosas individuais por contextos de ações criminosas coletivas (organizações criminosas, macro-criminalidade, criminalidade econômica em geral, etc.), nos quais os contatos interpessoais

são substituídos por comportamentos anonimizados e estandartizados.

E aqui se encontra o fundamento de uma questão pragmática de alta significação e debate atual, que é a da utilização dos delitos de perigo abstrato – como já vimos anteriormente – nos ordenamentos jurídicos penais contemporâneos, notadamente se temos em mente que a missão do Direito Penal é também a de garantir a proteção de determinados bens jurídicos pela via da prevenção do dano, haja vista a danosidade irreversível que ações delituosas podem lhe provocar (meio ambiente, consumidor, saúde pública).²⁹⁴

Ou seja, reconhece Schünemann que o trânsito dos delitos de resultado clássico em direção aos delitos de perigo abstrato deriva não de uma decisão artificial do legislador, mas da natureza mesma de determinados bens jurídicos que reclamam proteção inclusive penal. E novamente se afigura adequada a crítica do autor à Escola de Frankfurt quando postula a recondução do Direito Penal aos delitos de resultado, pois isto implica negar a realidade dos fatos, tendo como consequência o fracasso na defesa penal de bens jurídicos de alta relevância e estatura internacional, constitucional e infraconstitucional, ao mesmo tempo que nega as condições de atuação da sociedade moderna.

E será que o Direito de Intervenção de Hassemer poderia dar conta destes novos cenários de forma a excluir o Direito Penal? Schünemann diz que não, a uma porque este não conseguiu definir os termos de sua constituição e operação; a duas, porque a complexidade dos espaços (social, político, econômico, cultural, religioso) e crimes neles executados hoje desafiam tratamentos multidisciplinares concomitantes e não isolados. Ainda vai mais longe, ao dizer que a tese de Lüderssen, ao defender que o Direito Civil e Processual Civil poderia dar conta de demandas envolvendo ilícitos de alta complexidade – como os econômicos –, não pode prosperar pelo fato de

gang. *Derecho Penal. Una Introducción*. Buenos Aires: Astrea, 2006.

293 SCHÜNEMANN, Bernd. *Consideraciones críticas sobre la situación espiritual de la ciencia jurídico penal alemana*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1996, p.55 e seguintes. Ve também o texto de TEIXEIRA, Ricardo Augusto de Araújo. *Direito Penal de Emergência*. Belo Horizonte: Ed. Plácido, 2014, em especial a partir da p.91.

294 Idem, p.69 e seguintes. Ver também o texto de CORCOY BIDASOLO, Mirentxu. *Delitos de peligro y protección de bienes jurídico-penales supraindividuales*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 1999, e ainda o texto SCHÜNEMANN, Bernd. *Temas actuales y permanentes del derecho penal después del milenio*. Madrid: Tecnos, 2002, p.60 e seguintes.

que *la agonía del proceso civil es hoy mucho mayor que la agonía de la administración de justicia penal*.²⁹⁵

As premissas filosóficas e antropológicas de Schünemann é que fazem a diferença na compreensão sobre o papel do Direito Penal contemporâneo, na medida em que vê o homem atual não exclusivamente sob as lentes kantianas e contratualistas da Idade Moderna, deverasmente otimistas no que tange à possibilidade de obter dele comportamentos racionais voltados para o bem coletivo e de seu semelhante, mas ao contrário, *El hombre de la sociedad postmoderna no se rige por la religión ni por imperativos categóricos, tampoco está de acuerdo con el utilitarismo de reglas, ni es partidario del depurado utilitarismo de acción, sino que es un egoísta racional y, por eso finalmente, un puro hedonista*.²⁹⁶

Por essas razões sustenta Schünemann que as ferramentas normativas do Direito Penal contemporâneo, diferentes das provindas do Direito Civil e do Direito Administrativo, operam sobre o autor do crime (ou autores do crime), através da ameaça de custos muito superiores aos civis e administrativos (envolvendo a segregação a penas pecuniárias altíssimas, inclusive medidas cautelares urgentes de bloqueio de capitais, dentre outras), razões e motivações quiçá mais eficazes para evitarem o cometimento do delito.

De qualquer sorte, Schünemann ratifica o entendimento de que o Direito Penal dever servir como *ultima ratio* nos processos de proteção dos Direitos e Garantias Fundamentais da pessoa huma-

295 SCHÜNEMANN, Bernd. *Temas actuales y permanentes del derecho penal después del milenio*. Op.cit., p.64. Lembra o autor que: *El autor de cuello blanco está protegido la mayoría de las veces a través de una empresa económica próspera y floreciente, de manera que puede esperar tranquilo, si se celebra realmente un proceso civil, pues los costes para él en la mayoría de los casos serán mucho más bajos que el beneficio total de su actividad criminal*.

296 Idem, p.65. O autor aprofunda esta reflexão na medida em que conclui: *la sociedad postmoderna tras una máscara vacía de sentido desde hace tiempo, de una autorrealización individual, no muestra otra cosa que una cruda mezcla de consumo y capitalismo, de estar forzados a la diversión hedonista y cultura de represión en un mundo en realidad profundamente inhumano. Ha creado como sociedad experiencia (Erlebnisgesellschaft) la estetización de la vida, prometida por Nietzsche al superhombre; esto es, con otras palabras, la derogación de las categorías Morales como pautas primarias para la vida cotidiana con sus millones de aspectos, claro sólo en el mundo aparente de la sociedad de consumo que ya he descrito en otras oportunidades*.

na, tanto individuais como sociais, e em momento algum podemos nos iludir no sentido de que a norma penal possa ser instrumento de proteção sem lacunas de bens jurídicos a ela submetidos, razão pela qual ele deve ser *actual y justo, esto es, adecuado a la dimensión del daño social, y aplicarse bajo la salvaguardia del principio de igualdad, con lo cual el juicio de la lesividad social representa en gran parte una pregunta empírica que a través del denominado convenio normativo no se puede dominar, sino que sólo se puede completar*.²⁹⁷

Mas o que é adequado em termos de proteção – preventiva e curativa – dos danos individuais e sociais causados pelos delitos que vemos hoje surgir na Sociedade de Riscos? Seguramente, como diz Schünemann, um Direito e um Processo Penal que levem em conta a natureza e o perfil da criminalidade do século XXI, que está a desafiar as tradições penalistas do século XX. Ou seja, *no sería el abandono, sino el perfeccionamiento del cambio de tendencia del Derecho penal de la clase baja al Derecho penal de la clase alta el único medio apropiado para la defensa efectiva ante las amenazas específicas de la sociedad industrial postmoderna*.²⁹⁸

Este aperfeiçoamento do Direito Penal na Sociedade de Riscos é que merece aprofundamento no particular.

V Notas Conclusivas

No evolver dos tempos, e já no início da década de 2010, nos EUA, por exemplo, somavam-se tantas normas de natureza penal que matéria jornalística do *The Wall Street Journal*, do dia 14/12/2011, dava conta de que:

The federal criminal code has grown so large it ensnares everyday citizens who have no idea they are violating the law. There are about 4,500 criminal statutes, said Edwin Meese, attorney general under President Ronald Reagan and now with the conservative Heritage Foundation. “This is in addition to over 300,000 other regulations that don’t appear in the federal code but nevertheless carry essentially criminal penalties including prison,” he said. “So the vast array of traps for the unwary that lurks out there in federal criminal law is

297 Idem, p.68. Grifo nosso.

298 Idem.

*more extensive than most people realize.” The Administrative Office of the U.S. Courts figures some 80,000 defendants are sentenced in federal court each year.*²⁹⁹

Claro que isso está associado ao modelo de Estado Punitivo e segregador do auge do neoliberalismo econômico e político do período Reagan, mas de qualquer sorte indica algumas compreensões públicas sobre o tratamento dado a cenários sociais atingidos pelos efeitos destas matrizes de governança estabelecidas, as quais ainda se afiguram como hegemônicas – ao menos em boa parte do Ocidente.³⁰⁰

Na expressão de Foucault, foi-se substituindo o que chamava de Sociedade da Disciplina ainda do Século XX, em que os sistemas penais visavam domesticar/disciplinar o corpo dos criminosos, reformatando a personalidade de sujeitos violentos e desviados à condição de dóceis, para adaptá-los ao sistema vigente, corrigindo-os dos desvios ocorridos, para uma Sociedade do Controle, na qual não se fala mais em disciplina de corpos e mentes – reeducação –, mas o objeto é controlar grupos/pessoas perigosos (pobres, negros, imigrantes) e de risco, mantendo-os excluídos em face da premissa de

299 *Criminal Code Is Overgrown, Legal Experts Tell Panel*. In *The Wall Street Journal*, Edition 14/12/2011, pg.04, <http://www.wsj.com/>, acessado em 05/10/2015. Diz a matéria ainda que: *Rep. F. James Sensenbrenner (R., Wis.), chairman of the House Judiciary Committee’s panel on crime, terrorism and homeland security, and several panelists cited an article in Monday’s Wall Street Journal, part of a yearlong series about the expansion of the federal criminal code and the erosion of “criminal intent” requirements.... Mr. Meese said the article was “a graphic example” of what is happening in the federal system. He suggested that fines or other administrative sanctions would suffice.* Ver outro texto interessante nesta direção de HUSAK, Douglas. *Overcriminalization: the limits of the criminal law*. New York: Oxford University Press, 2008.

300 É tão forte esta percepção dos efeitos nefastos do neoliberalismo que alguns autores, como Rachel Burton, chegam a associá-lo com o que se tem chamado de Teoria dos Danos Sociais, dizendo que: *Both of the concepts, neoliberalism and social harm, are interestingly linked and produce a captivating claim relating to the idea that neoliberalism is principally a harmful ideology, responsible for a range of social harms present in today’s society. The idea that some of these harms are ‘criminal’ is another important question that needs to be looked at and discussed, which will be done in the form of financial crime.* BURTON, Rachel. *Neoliberalism, Social Harm and The Financial Crisis*. In *Internet Journal of Criminology*, 2013, p.04, www.internetjournalofcriminology.com, acesso em 13/10/2015. Ver também o texto de SCRATON, Paul. *Power Conflict and Criminalisation*. New York: Routledge, 2007.

deficitária/impossível capacidade de recuperação à ordem estabelecida.³⁰¹

Ao lado disto, vai igualmente surgindo o que Paulo Fernandes chama de nova penalogia, com lógica operativa e aparelhagem no dogma da eficiência repensando o sistema penal como sistema de gestão de riscos, situação imposta, por exemplo, pelo alastramento da (ir)racionalidade empresarial predadora de direitos fundamentais sociais, difusos e coletivos, alicerçada no modelo de globalização mais especulativa do que produtiva; no dogma da competitividade de resultados meramente econômicos (e não sociais), somada à crise – notadamente orçamentária – do Estado do Bem Estar Social.³⁰²

Por certo que na base de sustentação desta Sociedade do Controle está uma comunidade constituída de sujeitos mais passivos do que ativos, muito dependentes do Estado de Bem-Estar protetor/mantenedor de estruturas de poder e sociais hegemônicas sob o ponto de vista do mercado, e que por isto valoriza sobremaneira a lógica da segurança excludente (daqueles que estão fora deste modelo de mercado ou debilmente integrados a ele). Aqui, as políticas públicas de segurança segregatórias migram o foco para atingir o outro desviante – que é diferente dos homens de bem incorporados no e pelo mercado –, estereotipando ainda mais o criminoso ordinário dos delitos tradicionais (principalmente contra o patrimônio), e mesmo abandonando os ideais correccionalistas que percebiam o crime como problema também social e não pessoal, o que consolida de forma mais aguda a cultura do controle de que estamos falando.³⁰³

301 FOUCAULT, Michel. *Os Anormais*. Lisboa: Valerio Marchetti, 2003. Este tema é recorrente em outras obras do autor, em especial: *Vigiar e Punir: história da violência nas prisões*. Petrópolis: Vozes, 1984; *Em Defesa da Sociedade (1975-1976)*. Lisboa: Mauro Bertani, 1997.

302 FERNANDES, Paulo. *Globalização, Sociedade de Risco e o futuro do Direito Penal*. Coimbra: Almedina, 2001. Ver também o texto de BIDASOLO, Mirentxu Corcoy. *El delito imprudente. Criterios de imputación del resultado*. Barcelona: Ed B de F, Buenos Aires, 2005.

303 Neste ponto, ver os excelentes estudos de BECKER, Howard S. *Outsiders: estudos de sociologia do desvio*. Rio de Janeiro: Zahar, 2008 e ELIAS, Norbert; SCOTSON, John L. *Os estabelecidos e os outsiders*. Rio de Janeiro: Zahar, 2000. Em tais cenários, progressivamente vai-se abandonando a imagem do crime como resultado de processos sociais complexos, e os criminosos passam cada vez mais a representar fonte de medo ameaçador. Por outro lado, reconhecemos, com Baumann, que *pertencemos*

Não há dúvidas sobre o fato de que o Direito Penal enquanto norma jurídica é fruto de processos políticos de escolhas e deliberações públicas legislativas, todavia, condicionadas pelas diretrizes constitucionais vinculantes vigentes em cada país, notadamente àquelas condizentes à proteção e efetivação de direitos e garantias fundamentais; ou seja, a liberdade, a igualdade, a proibição de discriminação de qualquer natureza, etc., estão a impor limites ao legislador infraconstitucional em todos os âmbitos – inclusive o legislador penal. Daí afirmar-se, com razão, que há uma relação muito próxima entre a atuação do legislador na tomada de decisões político-criminais e a ciência do Direito Penal³⁰⁴, o que não permite concluir poder este Direito Penal substituir políticas públicas de gestão de interesses comunitários.

Por outro lado, avaliando agora novas modalidades de ações delituosas envolvendo, por exemplo, a incitação virtual à prática de crime (algo similarmente regulado pelo art.286, do Código Penal Brasileiro), tem-se a expansão positiva do Direito Penal, igualmente nos EUA, quando se discute a possibilidade de haver restrições judiciais à sites na rede mundial de computadores que ensinam a praticar crimes, fazer bombas e outros artefatos criminosos, como lembram Kathryn Kuhn e Dyan McGuire:

Although the First Amendment is an important bulwark against tyranny, the dissemination of information that provides “how-to” guidance to would-be criminals does not protect freedom and serves no legitimate purpose. While there are a number of types of speech like obscenity which are already without First Amendment protection, the Supreme Court needs to go further and announce an explicit exclusion for criminogenic information, defined here to mean information detailing “how-to” “successfully” commit a crime. With the proliferation of this type of information via the internet, it is more important than ever that law enforcement be empowered to suppress its dissemination and punish its creation and possession at

à espécie do homo eligens, o animal que escolhe; e que nenhuma quantidade de pressão, por mais coerciva, cruel e indômita, jamais deu resultado nem jamais terá boas perspectivas de eliminar completamente nossas escolhas e, desse modo, de determinar inequívoca e irresistivelmente nossa conduta. BAUMANN, Zygmunt. A riqueza de poucos beneficia todos nós? Rio de Janeiro: Zahar, 2015, p.32.

304 ROXIN, Claus. *Política criminal e sistema jurídico-penal*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 20.

*the earliest opportunity in order to protect the public from the harm such material can wreak.*³⁰⁵

Nesse sentido não se pode esquecer a ocorrência do que os norte-americanos chamam da bolha da internet dos anos 1990, coincidindo com a ampliação da desregulamentação do setor da especulação financeira virtual e o crescimento impressionante das relações institucionais de poder – notadamente de partidos políticos e congressistas – vinculadas a este setor, permitindo que banqueiros ampliassem suas receitas por mecanismos virtuais não regulamentados, acelerando as crises financeiras que se sucederam. Isto, porém, não foi suficiente, conforme Burdis e Tombs, para que o governo criasse políticas de controle e punição mais severas e efetivas no tratamento da matéria, atingindo as pessoas jurídicas envolvidas, seus CEOs e executivos financeiros.³⁰⁶

Em tais situações, evidente a necessidade de se buscar ferramentas eficientes para o combate de atos e práticas violadoras de direitos e garantias de ordem pública da Sociedade, sob pena das consequências serem muito sérias e incontroláveis.³⁰⁷ Daí se falar em outra mudança de paradigma tradicional do Direito Penal que é a de conter normas de prevenção geral positiva, pois diante de riscos e potenciais danos catastróficos iminentes, sob vários pontos de vista (da vida humana, do meio ambiente, do interesse público, dentre outros), impõe-se a prevenção geral negativa controlada, pois há que

305 KUHN, Kathryn E. and MCGUIRE, M. Dyan. *Restricting criminogenic information: Toward a Balanced Approach to Limiting the First Amendment in Favor of Crime Control*. In Internet Journal of Criminology, 2013 ISSN 2045-6743, http://www.internetjournalofcriminology.com/Kuhn_McGuire_Restricting_Criminogenic_Information_IJC_March_2013.pdf, acesso em 06/10/2015.

306 BURDIS, K. § TOMBS, S. *After the Crisis: New directions in theorising corporate and white-collar crime*. (pp. 276-291). In HALL, S. and WINLOW, S (Eds.) *New Directions in Criminological Theory*. Oxon: Routledge, 2012, p.283.

307 Ver o texto de SCHÜNEMANN, Bernd. *El derecho penal es la última ratio para la protección de bienes jurídicos: sobre los límites inviolables del derecho penal en un Estado Liberal de Derecho*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2007. Ver também o texto de CORCOY BIDASOLO, Mirentxu. *Expansión del Derecho penal y garantías constitucionales*. In Revista de Derechos Fundamentales, Universidad Viña del Mar, nº 8, 2012.

se agir preventivamente para evitar a consolidação de prejuízos irrecuperáveis.³⁰⁸

Outro exemplo brutal à realidade norte-americana diz com a experiência criminosa da chamada bolha imobiliária de 2008, artificialmente criada pelo mercado e que deixou milhões de desempregados e o país em nível quase recessivo, isto por conta de sofisticadas estratégias de artificialização de compra e venda de imóveis por pessoas de baixa renda que não tinham condições de solvibilidade garantidas ou demonstráveis sob o ponto de vista financeiro. As consequências deste desastre não foram objeto de criminalização profunda, mas superficial, fazendo com que muitos especuladores ganhassem milhões de dólares às custas da população mais carente.³⁰⁹ Afora isto, todo o ambiente de terrorismo econômico instalado nas relações sociais abalou – e ainda abala – segmentos numerosos de consumidores/cidadãos que dependem de crédito para o atendimento de suas demandas ordinárias, dificultando-se ainda mais, haja vista contarem com restrições para novos negócios.³¹⁰

308 Ver o texto CABEZAS Chamorro, Sebastián y SFERRAZZA TAIBI, Pietro. *Derecho Penal de Riesgos. Mantención de principios del derecho penal clásico o liberal vs solución de conflictos de las modernas sociedades*. In XV Latinoamericano, VII Iberoamericano y XI Nacional de Derecho Penal y Criminología. Sección III titulada “Derecho Penal del Riesgo: de una forma eficaz de hacer política hacia el deterioro del Derecho Penal”, con cita de Félix Herzog 1993. Disponível em www.iuspenalismo.com.ar/doctrina/sebastianchamo.htm, acesso em 26/04/2014.

309 Como diz FERGUSON, Charles. *Inside Job*. Oxford: Oneworld Publications, 2012, p.28: *The financial crisis of 2008 involved the subprime mortgage crash, commonly known as the housing bubble which encompassed the selling of mortgages to the poorest members of society in the US. Foster Bellamy and Magdoff see the housing bubble as involving the subjection to predatory lending to families of low income in the form of subprime mortgages, car and payday loans. These individuals were essentially tricked into believing they would be able to pay back these loans whilst the lenders in fact were profiting from them*. Realce do texto nosso. O autor entende que a conduta do setor financeiro e bancário aqui foi absolutamente criminosa.

310 Alerta o autor, acertadamente, que: *The increasing tolerance of financial criminality can be attributed to the 1980's era of deregulation in which finance ended up being more fraudulent and unethical than ever before, so the financial crisis and housing bubble have stemmed from this to become the cherry on top of the cake or end result of the criminal side of finance*. (p.32). Ver o texto interessante de PORTILLA Contreras, Guillermo. *Legitimación del Derecho Penal a través de la doctrina del bien jurídico, teorías de la justicia y bienes jurídicos colectivos*. In *Estudios de Filosofía del Derecho Penal*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2006.

Sob o ponto de vista filosófico vale o alerta de Luhmann, no sentido de que, aceitando aquelas circunstâncias como elementos próprios das sociedades complexas contemporâneas (riscos) que devem ser evitados, tal medida só pode ser tomada como decisão/escolha no presente, isto é, decisão tomada enquanto descrição presente do futuro, uma vez que levados em conta estes riscos iminentes e reais é possível optar/escolher outras alternativas, para as quais, e em nome das quais, reclama-se medidas eficientes.³¹¹

Daqui decorrem algumas inovações do Direito Penal mais contemporâneo, dentre elas as que dizem respeito à Teoria da Imputação Objetiva, os novos estudos sobre o concurso de agentes, as configurações típicas dos chamados delitos de perigo e cumulativos, as teses sobre os novos bens jurídicos penais difusos e coletivos.

Veja-se que os tipos penais de perigo, as normas penais em branco e a tipicidade aberta – muito próprios deste nosso tempo –, dentre outras configurações do Direito Penal de que estamos falando, têm um escopo nitidamente preventivo, focado na garantia da estabilidade das relações sociais e institucionais, e mesmo do sistema normativo enquanto parâmetro de segurança e confiança, o que sinaliza certo desgaste nas orientações causais e finalistas clássicas do Direito Penal enquanto metodologias de procedimento e de abordagem do fenômeno criminógeno complexo.³¹² Vai nesta direção Figueiredo Dias:

Que, a partir daqui, tais delitos devam ser construídos como delitos de perigo abstracto, de perigo concreto ou de perigo abstracto-concreto (de «idoneidade» ou de «aptidão»), ou mesmo como delitos de lesão, constitui já somente um problema de relevo subordinado, uma questão dogmática de segunda ordem. Até porque, seja qual for a arquitectura típica que acabe por ser eleita, não existem artifícios dogmáticos capazes de ofuscar a dificuldade real que aqui se perfila; e cuja magnitude em sede de legitimação as condições da vida social presente (e muito mais as da vida futura) tornam instante e

311 Ver o texto de LUHMANN, Niklas. *Sociología del Riesgo*. Op.cit.,

312 Ver o excelente trabalho de DE PAZ, Maria Isabel Sánchez García. *El moderno Derecho penal y la anticipación de la tutela penal*. Valladolid: Universidad de Valladolid, 1999. Ver igualmente o texto de SILVA, Pablo Rodrigo Alflen da. *Leis penais em branco e o Direito Penal do Risco: aspectos críticos e fundamentais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

inquestionável. A saber, a de que a «distância» entre condutas em si mesmas insignificantes e lesões certas ou prováveis do bem jurídico colectivo todavia por elas (co)determinadas, a «lonjura» entre os autores de tais condutas e o resultado lesivo – não importa se sob a forma de «resultado de lesão» ou de «resultado de perigo» –, são ou podem ser de tal maneira grandes que, com elas, é a própria referência da conduta ao bem jurídico protegido que se torna questionável; e, por via disso, são princípios democráticos e constitucionais unanimemente aceites como devendo presidir à imputação penal, objectiva e subjectiva, que parecem abeirar o colapso.³¹³

Como aponta com acerto Alamiro Netto, a normatização da relação de tipicidade hodierna, com a inserção do risco proibido como seu aspecto constitutivo conjuntural, afigura-se como o resultado da irreversível introdução da realidade na dogmática do Direito Penal.³¹⁴ Ou seja, *para que a norma penal possa incidir na Sociedade como fruto das relações sociais que a constituem e que lhe condicionam, impondo controle ou criando expectativas não frustradas de comportamento, é preciso que o tipo penal esteja adequado aos padrões sociais com os quais pretende convergir.³¹⁵*

É interessante o caso, no Brasil, da revogação do tipo penal que considerava contravenção a mendicância (art.60, do Decreto nº3.688/1941, e revogado pela Lei nº11.983/2009), pois não há mais

sentido em mantê-la no estágio atual em que se encontra o país; todavia, foi mantida a figura da vadiagem (conceituada como: *Entregar-se alguém habitualmente à ociosidade, sendo válido para o trabalho, sem ter renda que lhe assegure meios bastantes de subsistência, ou prover à própria subsistência mediante ocupação ilícita*, pelo art.59, do mesmo Estatuto Legal). Pergunta-se, como aferir quando alguém se entrega, habitualmente, à ociosidade? O que se entende por habitual aqui? O que se entende por ociosidade aqui? E quando alguém é levado à condição ociosa, por desemprego conjuntural ou estrutural?³¹⁶

Por certo que a jurisprudência e a doutrina brasileiras já souberam enfrentar estes problemas, mas a verdade é que, desde 1941 a 2009 (e até hoje), as condutas descritas nestes dispositivos penais, com penas aplicadas a cada qual, espelharam códigos éticos e modelos de organização e exclusão social muito bem identificados com expectativas da burguesia nacional de então.³¹⁷

Por outro lado, os níveis de corrupção altíssimos que temos hoje distendidos por muitas relações institucionais e interpessoais levam a situações de confrontação – aparente ou real – das regras do jogo democrático, algumas delas, por vezes, sendo tensionadas para se conseguir dar a casos difíceis efetividade de solução. No exemplo apresentado, a chamada independência e autonomia dos poderes não pode inviabilizar a responsabilidade que tem o Estado de investigar os atos denunciados, e tomar as medidas necessárias para que esta investigação não reste esvaziada por ações estratégicas e preju-

313 DIAS, José de Figueiredo. *O papel do Direito Penal na protecção das gerações futuras*. Op.cit., p.56. Lembra ainda o autor que: *Essencial me parece neste contexto – e é esta a segunda ideia que me proponho acentuar – não perder nunca de vista que em direito penal colectivo nos deparamos substancialmente (isto é, insisto, segundo o conteúdo material de ilícito em questão) com delitos que possuem uma natureza análoga à da categoria dos delitos de perigo abstracto; delitos nos quais, é bem sabido, a relação entre a acção e o bem jurídico tutelado surgirá as mais das vezes como longínqua, nebulosa e quase sempre particularmente débil.*

314 Dá o exemplo o autor de alguns tipos penais abertos, nos quais a conduta e o resultado não estariam sensorialmente ligados por nexos de causalidade, inserindo-se em tal horizonte os crimes culposos (violação de dever objetivo de cuidado), os crimes omissivos impróprios (valoração do conceito de garante), os crimes definidos por vocábulos não inferidos do universo exclusivamente penal (elementos normativos do tipo). NETTO, Alamiro Velludo Salvador. *Tipicidade Penal e Sociedade de Risco*. São Paulo: Quartier Latin, 2006, p.38.

315 Idem, p.25. Lembra o autor ainda que na *Sociedade de Riscos o Direito Penal serve como instrumento de promoção da segurança, no sentido de que o cidadão pode acreditar que não será atingido por atos que afrontem seu círculo de organização*. Por outro lado, *os modelos incriminadores identificam-se com seus autores, espelham vontades, desejos, intolerâncias quanto a determinados comportamentos*. (p.32).

316 Importa lembrar que o artigo 295, do Código Criminal do Império, descrevia o crime de vadiagem como aquele cometido nas hipóteses em que: *não tomar qualquer pessoa uma ocupação honesta e útil de que possa subsistir, depois de advertida pelo juiz de paz, não tendo renda suficiente*. Já o artigo 296, do mesmo Diploma, previa que praticava mendicância aquele que andasse mendigando. Sobre estes temas ver o texto de SARAIVA, Railda. *Poder, violência e criminalidade*. Rio de Janeiro: Forense, 1989.

317 Vale lembrar a perspectiva de DURKHEIM, Emile. *La divisione del lavoro sociale*. Milano: Comunità, 1962, p.103: *Non è la natura dell'atto criminale in sè che determina la reazione sociale rappresentata dalla pena, ma è l'atto criminale che urta certi sentimenti collettivi profondamente radicati. Non bisogna dire che un atto urta la coscienza comune perché è criminale, ma che è criminale perché urta la coscienza comune. Non lo biasimiamo perché è un reato, ma è un reato perché lo biasimiamo*. Claro que o autor aqui está imbuído de uma visão extremamente moralista do ato criminoso, mas ainda assim deixa claro que estes temas estão muito vinculados.

ciais dos envolvidos. Então há que se buscar equilíbrios sempre delicados entre prerrogativas, princípios e regras constitucionais e infraconstitucionais vigentes para todos os sujeitos de direito.

De qualquer maneira, a adequação do Direito Penal à Sociedade de Riscos implica, por todos estes argumentos, a ampliação dos debates sobre política criminal para além da função minimalista de tutela de bens jurídicos individuais, adentrando em perspectiva mais promocional de valores orientadores da ação humana na vida comunitária. Como diz Figueiredo Dias, impõem-se *nova dogmática jurídico-penal disposta a abandonar e substituir princípios até aqui tão essenciais como os da individualização da responsabilidade penal, e a considerar a nova luz questões como as da causalidade, da imputação objectiva, do erro e da culpa, da autoria*.³¹⁸

É claro que há alertas importantes aqui, como faz Félix Herzog³¹⁹, ao dizer que a utilização de um Direito Penal do Risco pode politizar e instrumentalizar o direito penal em demasia, vulnerando os princípios do direito penal liberal, além do que seria mais barato e provocaria menos conflitos endurecer o direito penal, do que criar políticas públicas para prevenir os ilícitos. Tal hipótese, em nossa perspectiva, pode ser monitorada pelos mecanismos tradicionais de controle jurisdicional de múltiplos graus (principalmente pela via recursal), além do que a própria Sociedade deve apoderar-se da opinião pública para exercer o controle social destas medidas.

A quadra histórica em que nos encontramos reclama, no mínimo, a contextualização de alguns paradigmas da ciência do direito e dos sistemas jurídicos contemporâneos, e isto não somente em face do reconhecimento inexorável da natureza complexa e multifacetada das relações sociais e institucionais existentes – em âmbitos locais, regionais, nacionais e internacionais –, mas principalmente porque o tempo de respostas as suas causas e consequências restou

potencializado pela emergência do imediato, colocando em xeque programas de enfrentamento estrutural das crises de longo prazo.

Os danos causados por comportamentos lesivos ao interesse público, a interesses difusos e coletivos, alcançam gerações futuras e incertas, o que demanda ações preventivas mais que curativas de emergência, equiparadas às formas desafiadoras dos ilícitos praticados.

Daí que o Direito Penal deve se preparar mais adequadamente para lidar com estas conjunturas, pois, mesmo o fazendo, ainda assim valerá a máxima luhmanniana no sentido de poder ser equivocada a premissa de que outra decisão – ou outro direito penal – não desencadearia consequências indesejadas, uma vez que qualquer decisão pode ocasioná-las; então, um cálculo de riscos associados à probabilidade de ocorrência daquelas consequências, que faça a repartição de vantagens e desvantagens previsíveis (nunca absolutas), relacionadas com decisão a ser tomada, é que será a chave para a escolha de qual decisão (e qual o direito penal) pode ser a melhor em face de determinadas circunstâncias.³²⁰

O núcleo central da Sociedade de Riscos é reconhecer que muitas coisas ruins e irregulares do ponto de vista normativo ainda não ocorridas podem vir a ocorrer se continuarmos a seguir pelos mesmos caminhos, e é por isto que temos de perquirir qual a função dos sistemas jurídicos aqui, e em especial o sistema penal. Por certo que a função liberal e tradicional da segregação não seja a única e mais indicada às novas tipologias de riscos e danos criminais contemporâneos, mas talvez haja outras possibilidades a serem exploradas, envolvendo a responsabilidade penal em seu âmbito patrimonial e de ressarcimento, por exemplo.

320 Ver neste sentido o texto de LUHMANN, Niklas. *Observaciones de la Modernidad: racionalidad y contingencia en la Sociedad Moderna*. Mexico: Paidós, 1992. Veja-se que na Sociedade de Riscos em que vivemos os riscos dizem respeito a danos possíveis, mas ainda não concretizados, mas altamente prováveis em face das variáveis e fatores que os constituem – já conhecidos da experiência social acumulada e contemporânea –, razão pela qual fomentam tomada de decisões, a partir das quais se pode ou não evitar os riscos/danos identificados. Assim, muito do que ocorrerá no futuro depende de decisões que temos de tomar hoje, e tais decisões podem, por sua vez, causar danos e outros riscos também! Mas isto é inexorável em uma Sociedade Complexa como a nossa.

318 DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito Penal: parte geral – questões fundamentais – a doutrina geral do crime*. Coimbra: Coimbra Editora, 2004. No mesmo sentido ver o texto de STRATENWERTH, Günther. *Derecho Penal: parte genera – el hecho punible*. Madrid: Civitas, 2005.

319 HERZOG, Félix. *Algunos riesgos del Derecho penal del riesgo*. Texto apresentado pelo autor no IV Congreso de Justicia Penal, celebrado em julho de 1999, na Universidad de Huelva, Espanha, e traduzido por Enrique Anarfe Borra. Original.

Se penalistas como Hassemer e outros entendem que o direito penal tem muito pouco a contribuir nesta Sociedade de Riscos, em nome até de suas feições de subsidiariedade e mínima intervenção, alocando ao Direito Administrativo e Civil várias funções de proteção de bens jurídicos e interesses individuais, coletivos e difusos, autores como Silva Sánchez e outros que vimos até aqui insistem em manter o Direito Penal como ferramenta importante de enfrentamento de condutas ilícitas inéditas (crime do colarinho branco, corrupção, dentre outros), mantendo o cunho de penais às sanções que tem a seu favor imagem, tradição e senso comum de maior neutralidade política, respeito e imparcialidade junto à Sociedade, o que contribui à maior dificuldade de uso, por parte do infrator, de técnicas de neutralização de juízos de desvalor (censuras de parcialidade, politização), o que ocorre com frequência frente à atividade sancionatória das administrações públicas.³²¹

Em verdade, a advertência de Prittwitz ganha força aqui, no sentido de nos lembrarmos, sempre, que o uso do Direito Penal, mesmo quando se busca com ele alcançar fins nobres geracionais, pressupõe a prévia demonstração – para além, pois, de crenças pessoais – da idoneidade e eficácia destes instrumentos para lograr tais metas no Estado Democrático de Direito, dando relevo ao Direito (e não a Pena) como componente essencial da expressão Direito Penal.³²²

Por outro lado, como quer Roberto de Albentis:

E' giusto lottare per i diritti dei detenuti e per un'umanizzazione delle pene, ma a parer mio la pena, nella sua valenza retributiva (parlando, ovviamente, di un principio retributivo critico, finalizzato e modernizzato) e preventiva (generale e speciale, e le politiche sociali rientrano appieno nella prevenzione penale) non può non continuare a sussistere, pena il ritorno al bellum omnium contra omnes di hobbesiana memoria, con la perdita dell'educazione della cittadinanza (il diritto e la giustizia penale, anche nelle forme più moderne, hanno un'intrinseca e inestirpabile funzione educativa, e del resto neanche il padre più amorevole e moderno può o deve

321 SÁNCHEZ, Jesús-María Silva. *A expansão do Direito Penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

322 PRITTWITZ, Cornelius. *Sociedad del riesgo y Derecho penal*. Op.cit., p.287.

*rinunciare a punire, ovviamente in maniera misurata e se e quando è necessario).*³²³

Poderíamos então falar que em algumas situações de distinguida complexidade criminosa o Direito Penal deveria contar com flexibilizações categoriais e processuais controladas pública (no processo) e democraticamente, como as que envolve o tema das chamadas regras de imputação (responsabilidade das pessoas coletivas, ampliação dos critérios de autoria, ou da comissão por omissão, dentre outros). Estamos falando, por exemplo, das atuais relações econômicas vigentes no mundo todo, marcadas que estão por níveis de riscos e danos ambientais irretorquíveis, como bem mostra recente pesquisa internacional que levou a Organização Mundial da Saúde a alertar para o fato de que a poluição do ar mata oito milhões de pessoas no mundo, todos os anos.³²⁴ Em decorrência de cenários como estes é que os crimes ambientais têm somente aumentado nas legislações de todos os países, e por consequência, a revisão daquelas categorias referidas.

As decisões tomadas por empresas sobre as suas atuações no Mercado, como outro exemplo, não interessam só a elas, mas fundamentalmente, hoje, à Sociedade, e eventuais abusos ou escolhas equivocadas que venham a tomar e implementar podem gerar campos de responsabilidade penal muito duros, até porque não raro desencadeiam potenciais riscos e perigos de baixa controlabilidade procedimental que afetam gerações presentes e futuras.

323 ALBENTIS, Roberto de. *L'Influenza del Diritto Penale nella Società*. In <http://nomos.grandispazi.eu/2014/01/21/linfluenza-del-diritto-penale-nella-societa/>, acesso em 06/07/2016, p.17.

324 In <http://g1.globo.com/jornal-nacional/noticia/2015/06/oms-diz-que-poluicao-atmosferica-mata-oito-milhoes-de-pessoas-por-ano.html>, acesso em 02/12/2015: *Um estudo feito pelo laboratório de poluição atmosférica da USP pesquisou dados oficiais sobre as partículas finas que saem dos escapamentos dos carros e das chaminés das indústrias que usam carvão e diesel. Esse tipo de poluição provoca inflamações em todo o sistema respiratório, do nariz até os pulmões. Mas o maior perigo é quando as partículas chegam à corrente sanguínea. Elas provocam inflamações dentro das veias e artérias, dificultam a passagem do sangue. E se já existir alguma obstrução, uma placa de gordura, o perigo é ainda maior. Pacientes cardíacos, ou que já têm pressão alta correm o risco de ter complicações sérias. Problemas cardiovasculares são responsáveis por 80% das mortes relacionadas à poluição do ar.*

VII Referências Bibliográficas

- AGRA, Cândido da; DOMÍNGUEZ, José Luis; GARCÍA AMADO, Juan Antonio; HEBBERECHT, Patrick; RECASENS, Amadeu. *La seguridad em la sociedad del riesgo. Un debate abierto*. Barcelona: Atelier, 2003.
- ALBENTIIIS, Roberto de. *L'Influenza del Diritto Penale nella Società*. In <http://nomos.grandispazi.eu/2014/01/21/linfluenza-del-diritto-penale-nella-societa/>, acesso em 06/07/2016.
- ALBRECHT, Hans-Jorg; SIEBER, Ulrich; SIMON, Jan Michael y SCHWARZ, Felix. *Criminalidad, evolucion del Derecho Penal y Critica al Derecho Penal en la actualidad*. Simpósio Argentino-Alemão de Derecho Penal. Buenos Aires: Editores del Puerto, 2009.
- ARROYO/NEUMANN/NIETO (coords.). *Crítica y justificación del Derecho penal en el cambio de siglo. El análisis crítico de la Escuela de Frankfurth*. Cuenca: Leonni, 2003.
- AUGÉ Marc. *Le nuove paure. Cosa temiamo oggi*. Torino: Bollati Boringhieri, 2013.
- BARATTA, Alessandro. *Funciones instrumentales y simbólicas del Derecho Penal: una discusión en la perspectiva de la criminología crítica*. In Revista Pena y Estado, nº1, vol.1. Madrid: Publicaciones Universitarias, 1991.
- BAUMAN, Zygmunt. *Modernidade e Ambivalência*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1999.
- _____. *Modernidade Líquida*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2000.
- _____. *A riqueza de poucos beneficia todos nós?* Rio de Janeiro: Zahar, 2015.
- BECCARIA, Cesare. *Dei Delitti e delle Pene*. Milano: Einaudi, 1973.
- BECK, Ulrich. *La sociedade del riesgo. Hacia una nueva modernidade*. Barcelona: Paidós, 1998.
- _____. *Power in the Global Age: a new global political economy*. New York: Polity Press, 2005.
- _____. *Re-Inventing Europe: A Cosmopolitan Vision*. In http://www.iemed.org/publicacions/quaderns/10/q10_109.pdf, acesso em 29/03/2016.
- _____. *The Cosmopolitan Society and its Enemies*. In http://www.veraznanjemir.bos.rs/materijal/BECK_the_cosmopolitan_society_and_its_enemies.pdf, acesso em 29/03/2016.
- BECKER, Howard S. *Outsiders: estudos de sociologia do desvio*. Rio de Janeiro: Zahar, 2008.
- BELFIORE, Elio. (a cura di). *Giudice delle leggi e Diritto Penale*. Milano: Giuffrè, 2005.
- BENTHAM, Jeremy. *Théorie des Peines et des Rècompenses – Tome I*. Paris: Elibron Classics, 2006.
- BERCOVICI, Gilberto. *A influência do poder econômico sobre o poder político*. In Jornal do IBCCRIM, vol.23, nº274. Setembro de 2015. São Paulo: IBCCRIM, 2015.
- BERGALLI, Roberto. *Las funciones del sistema penal em el estado constitucional de derecho, social y democrático: perspectivas socio-juridicas*. In: BERGALLI, Roberto (Org.). *Sistema penal y problemas sociales*. Valência: Tirant lo Blanch, 2003.
- BIDASOLO, Mirentxu Corcoy. *Legitimidad de la protección de bienes jurídico-penales supraindividuales*. In Revista do CENIPEC. Vol. 30. Barcelona: Cenipe, 2011.
- _____. *El delito imprudente. Criterios de imputación del resultado*. Barcelona: Ed B de F, Buenos Aires, 2005.
- BLUMER, Herbert. *El interaccionismo simbólico: perspectiva y método*. Barcelona: Hora, 1992.
- BUENO ARÚS, Francisco. *La ciencia del derecho penal: un modelo de inseguridad jurídica*. Universidad pontificia Comillas de Madrid, 2003.
- BUERGO, Blanca Mendoza. *El Derecho Penal en la Sociedad del Riesgo*. Madrid: Civitas, 2001.
- BURDIS, K. § TOMBS, S. *After the Crisis: New directions in theorising corporate and white-collar crime*. (pp. 276-291). In HALL, S. and WINLOW, S (Eds.) *New Directions in Criminological Theory*. Oxon: Routledge, 2012.
- BURTON, Rachel. *Neoliberalism, Social Harm and The Financial Crisis*. In Internet Journal of Criminology, 2013, www.internetjournalofcriminology.com, acesso em 13/10/2015.
- CABEZAS Chamorro, Sebastián y SFERRAZZA TAIBI, Pietro. *Derecho Penal de Riesgos. Mantención de principios del derecho penal clásico o liberal vs solución de conflictos de las modernas sociedades*. In XV Latinoamericano, VII Iberoamericano y XI Nacional de Derecho Penal y Criminología. Sección III titulada “Derecho Penal del Riesgo: de una forma eficaz de hacer política

- hacia el deterioro del Derecho Penal”, con cita de Félix Herzog 1993. Disponível em www.iuspenalismo.com.ar/doctrina/sebastianchamo.htm, acesso em 26/04/2014.
- CANCIO MELIÁ, Manuel. *Dogmática y política criminal en una teoría funcional del delito*. Universidad nacional del Litoral/Rubinzal Culzoni editores, 2000.
- ____. ¿Derecho penal del enemigo? In: JAKOBS CANCIO. *Derecho penal del enemigo*. Thomson Cívitas, 2003.
- CASABONA, Carlos María Romeo. *Conducta Peligrosa y Imprudencia en la Sociedad de Riesgo*. Granada: Comares, 2005.
- CASERMEIRO, Pablo Rando. *The law and order approach to criminal law in the administrative sanctioning system*. In <http://www.penal.org/sites/>, acessado em 09/05/2016.
- CEREZO MIR, José. *Derecho Penal. Parte general-Lecciones* (Lecciones 26-40). Madrid: Universidad Nacional de Educación a distancia UNED, 2000.
- CONDE, Francisco. *La relación entre sistema del derecho penal y política criminal: historia de una relación atormentada*. In *Revista de Estudos Criminais*, nº 27, ano VII, p. 9-41, out./dez. Porto Alegre, 2007.
- CORCOY BIDASOLO, Mirentxu. *Limites objetivos y subjetivos a la intervención penal en el control de riesgos*. In: MIR PUIG; CORCOY BIDASOLO (Drs.). *La política criminal en Europa*. Atelier, 2004.
- ____. *Delitos de peligro y protección de bienes jurídico-penales supraindividuales*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 1999.
- ____. *Expansión del Derecho penal y garantías constitucionales*. In *Revista de Derechos Fundamentales*, Universidad Viña del Mar, nº 8, 2012.
- CURBET, Jaume. *Un Mundo Inseguro: la seguridad en la sociedade del riesgo*. Barcelona: UOC, 2011.
- CUSSON, Maurice. *Criminologia*. Alfragide: Casa das Letras, 2011.
- DE LA TORRE, María Teresa Lopez de la Vieja. *El principio del daño: (de J. S. Mill a H. Arendt)*. In *Revista Telos*, vol.10, nº02. Santiago de Compostela, 2001.
- DE PAZ, Maria Isabel Sánchez García. *El moderno Derecho penal y la anticipación de la tutela penal*. Valladolid: Universidad de Valladolid, 1999.
- DÉCLARATION DES DROITS DE L’HOMME ET DU CITOYEN DE 1789, art.8°. In <http://www.legifrance.gouv.fr/Droit-francais/Constitution/Declaration-des-Droits-de-l-Homme-et-du-Citoyen-de-1789>, acesso em 08/10/2015.
- DEMURO, Gian Paolo. *Ultima Ratio: alla ricerca di limiti all’espansione del diritto penale*. In *Rivista Internazionale di Scienze Giuridiche e Tradizione Romana*, nº11. Roma: Diritto@Storia, 2013.
- DIAS, Jorge de Figueiredo e ANDRADE, Manuel da Costa Andrade. *Criminologia: o homem delinquente e a sociedade criminógena*. Coimbra: Coimbra Editora, 2013.
- DIAS, Jorge de Figueiredo. *Questões Fundamentais de Direito Penal revisitadas*. São Paulo: RT, 1999.
- ____. *Temas Básicos da Doutrina Penal*. Coimbra: Coimbra Editora, 2001.
- ____. *Direito Penal: parte geral – questões fundamentais – a doutrina geral do crime*. Coimbra: Coimbra Editora, 2004.
- ____. *O papel do Direito Penal na protecção das gerações futuras*. In <http://www.defensesociale.org/02/9.pdf>, acesso em 28/06/2016.
- ____. *Temas Fundamentais de Direito Penal*. Coimbra: Coimbra Editora, 2001.
- DÍAZ, Gerardo Landrove. *El nuevo Derecho Penal*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2009.
- DÍEZ RIPOLLÉS, Jose Luiz; ROMEO CASABONA, Carlos María; GRACIA MARTÍN, Luis & HIGUERA GUIMERA, Juan Felipe (edit.), *La ciencia del derecho penal ante el nuevo siglo. Libro Homenaje al Profesor Doctor Don José Cerezo Mir*. Madrid: Tecnos, 2009.
- DONINI, Massimo. *Il volto attuale dell’illecito penale. La democrazia penale tra differenziazione e sussidiarietà*. Milano: Giuffrè, 2004.
- ____. *Sicurezza e Diritto Penale*. Roma: Bononia University Press, 2012.
- DURKHEIM, Emile. *La divisione del lavoro sociale*. Milano: Comunità, 1962.
- EIBE, Manuel José Arias. *Funcionalismo penal moderado o teleológico-valorativo versus funcionalismo normativo o radical*. In DOXA, *Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 29 (2006).

- ELIAS, Norbert; SCOTSON, John L. *Os estabelecidos e os outsiders*. Rio de Janeiro: Zahar, 2000.
- FARIA COSTA, José Francisco de. *Uma ponte entre o Direito Penal e a Filosofia penal: lugar de encontro sobre o sentido da pena*. In Linhas de Direito Penal e de Filosofia. Alguns cruzamentos reflexivos. Coimbra: Coimbra Editora, 2005.
- FERGUSON, Charles. *Inside Job*. Oxford: Oneworld Publications, 2012.
- FERNANDES, Antônio Scarance. *O Papel da Vítima no Processo Criminal*. São Paulo: Malheiros Editores, 1995.
- FERNANDES, Paulo. *Globalização, Sociedade de Risco e o futuro do Direito Penal*. Coimbra: Almedina, 2001.
- FOUCAULT, Michel. *La verdad y las formas jurídicas*. Barcelona: Gedisa, 1980.
- _____. *El Orden del Discurso*. Barcelona: Tusquets Editores, 1980.
- _____. Michel. *Os Anormais*. Lisboa: Valerio Marchetti, 2003.
- _____. *Vigiar e Punir: história da violência nas prisões*. Petrópolis: Vozes, 1984.
- _____. *Em Defesa da Sociedade (1975-1976)*. Lisboa: Mauro Bertani, 1997.
- _____. *Sorvegliare e Punire. Nascita della Prigione*. Torino: Einaudi, 1976.
- GARCÍA ACOSTA, Virginia. *El riesgo como construcción social y la construcción social de riesgos*. In Revista Desacatos, ClyESAS, Septiembre-Diciembre, nº19, México, 2005.
- GIDDENS, Anthony. *As consequências da modernidade*. São Paulo: Unesp, 1991.
- GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. *Estudios de Derecho Penal*. Madrid: Tecnos, 1990.
- GRACIA, Leonardo. *¿Qué es la modernización del Derecho Penal?* In La ciencia del Derecho Penal ante el nuevo siglo – Libro en Homenaje al Profesor Dr. D. José Cerezo Mir. Madrid: Tecnos, 2002.
- HABERMAS, J. *Between facts and norms: contributions to a discourse theory of law and democracy*. Cambridge (MIT Press), 1998.
- _____. *A Constelação Pós-Nacional*. São Paulo: Littera Mundi, 2001.
- HAN, Byung-Chul. *La sociedade del cansacio*. Barcelona: Herder, 2012.
- HASSEMER, Wifried. *Persona, Mundo y Responsabilidad. Bases para una teoría da la imputación en derecho penal*. Bogotá: Temis, 1999.
- _____. *Bienes Jurídicos en Derecho Penal*. In BAIGÚN, David et al. Estudios sobre justicia penal: homenaje al prof. Julio B. J. Maier. Buenos Aires: Del Puerto, 2005.
- _____. *Crisis y características del moderno Derecho Penal*. In Revista Actualidad Penal, nº43, vol.2, 1993.
- _____. *Direito Penal: fundamentos, estrutura, política*. Porto Alegre: Safe, 2008.
- _____. *Derecho Penal Simbólico y protección de Bienes Jurídicos*. In RAMIREZ, Juan Bustos (organizador). *Pena y Estado*. Santiago: Editorial Juridica Conosur, 1995.
- _____. *Desenvolvimentos previsíveis na dogmática do direito penal e na política criminal*. In Revista eletrônica de Direitos Humanos e Política Criminal – REDHPC, Nº 2 – abril de 2008, Porto Alegre/RS, 2008.
- _____. MUÑOZ CONDE, Francisco. *Introducción a la criminología y al Derecho Penal*. Valencia, Tirant lo Blanch, 1989.
- HERZOG, Felix. *Algunos riesgos del Derecho Penal del Riesgo*. In http://www.cienciaspenales.net/portal/page/portal/IDP/REVISTA_PENAL_DOCS/Numero_4/54-57.pdf, acesso em 26/04/2016.
- _____. *Sociedad del Riesgo, Derecho Penal del Riesgo, regulación del riesgo – perspectivas más allá del Derecho Penal*. In http://portal.uclm.es/descargas/idp_docs/doctrinas/sociedad, acessado em 26/04/2016.
- _____. *Límites al control penal de los riesgos sociales. Una perspectiva crítica ante el derecho penal en peligro*. In <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=46425>, acesso em 20/07/2016.
- HOBBS, Thomas. *De Cive. Elementos filosóficos a respeito do cidadão*. Rio de Janeiro: Vozes, 1993.
- HUSAK, Douglas. *Overcriminalization: the limits of the criminal law*. New York: Oxford University Press, 2008.
- JAKOBS, Günther e MELIÁ, Manuel Cancio. *Derecho Penal del Enemigo*. Madrid: Cuadernos Civitas, 2006.
- JAKOBS, Günther. *Derecho Penal. Parte General – fundamentos y teoría de la imputación*. Madrid: Marcisl Pons, 1997.

- _____. *Dogmática de Derecho Penal y la configuración normativa de la sociedad*. Madrid: Thompson – Civitas, 2004.
- _____. *Sobre la normativización de la dogmática jurídico penal*. Madrid: Thompson – Civitas, 2003.
- _____. *Sociedad, norma, persona en una teoría de un derecho penal funcional*. Bogotá: Universidad externado de Colombia. *Cuadernos de conferencias y artículos*, n. 13, 1996.
- JESCHECK, Hans-Heinrich. *Tratado de Derecho Penal*. Trad.. Mir Puig e Muñoz Conde. Madrid: Bosch, 1981.
- KINDHÄUSER, Urs. *Derecho penal de la seguridad. Los peligros del derecho penal en la sociedad del riesgo*. In http://revistas.usergio-arboleda.edu.co/index.php/cuadernos_de_derecho_penal/article/view/322/270, acesso em 20/07/2016.
- KUHN, Kathryn E. and MCGUIRE, M. Dyan. *Restricting criminogenic information: Toward a Balanced Approach to Limiting the First Amendment in Favor of Crime Control*. In Internet Journal of Criminology, 2013.
- LEAL, Rogério Gesta HENNIG, Monia Clarissa Hennig (Org.). *Ativismo judicial e déficits democráticos: algumas experiências latino-americanas e europeias*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.
- LEAL, Rogério Gesta. *A decisão Judicial: elementos teórico-constitutivos à efetivação pragmática dos Direitos Fundamentais*. Chapecó: UNOESC, 2012.
- _____. *Patologias Corruptivas nas relações entre Estado, Administração Pública e Sociedade: causas, consequências e tratamentos*. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2013.
- _____. *O Estado-Juiz na Democracia Contemporânea: uma perspectiva procedimentalista*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.
- LÓPEZ CERREZO, José A. § LUJÁN, José Luis. *Ciencia y Política del Riesgo*. Madrid: Alianza Editorial, 2000.
- LUHMANN, Niklas. *Observaciones de la Modernidad: racionalidad y contingencia en la Sociedad Moderna*. Mexico: Paidós, 1992.
- LUHMANN, Niklas. *Sociología del Riesgo*. México: Universidade Iberoamericana, 2006.
- LYNETT, Eduardo Montealegre. *Introdução à obra de Günther Jakobs*. In CALLEGARI, André; LYNETT, Eduardo Montealegre; JAKOBS, Günther e MELIÁ, Manuel Cancio. *Derecho Penal e Funcionalismo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.
- MACHADO, Marta Rodriguez de Assis e outros. *Monografias IBC-CRIM, nº 34. Sociedade de risco e direito penal: uma avaliação de novas tendências político-criminais*. São Paulo: IBCCRIM, 2005.
- MARAT, Jean-Paul. *Des principes fondamentaux d'une bonne législation*. In <http://membres.lycos.fr/jpmarat/marat/plan.html>, acessado em 08/10/2015.
- MARINUCCI, Giorgio § DOLCINI, Emilio. *Derecho penal «mínimo» y nuevas formas de criminalidad*. In Revista de Derecho Penal y Criminología. Nº 9 (2002), págs. 147-167.
- _____. *Diritto Penale in Trasformazione*. Milano: Giuffrè, 1985.
- MARTÍN, Luis Gracia. *Consideraciones críticas sobre el actualmente denominado “derecho penal del enemigo*. In Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología. <http://criminet.ugr.es/recpc>, Vol.07/02, 2005.
- _____. *El Derecho penal moderno del Estado social y democrático de Derecho*. In <http://www.sitios.scjn.gob.mx/cursoderechopenal/sites/>, acesso em 13/06/2016.
- _____. *Fundamentos de Dogmática Penal. Una introducción a la concepción finalista de la responsabilidad penal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2006.
- _____. *La polémica en torno a la legitimidade del Derecho Penal Moderno*. México: Ubijus, 2011.
- _____. *Prolegómenos para la lucha por la modernización y expansión del Derecho Penal y para la crítica del discurso de resistência*. Valencia: Tirant de lo Blanch, 2003.
- _____. *La modernización del Derecho Penal como exigencia de la realización del postulado del Estado de Derecho (social y democrático)*. In Revista de Derecho Penal y Criminología, 3ª Época, nº 3, (2010), págs. 27/72 – <http://e-spacio.uned.es/fez/eserv/bibliuned:revistaDerechoPenalyCriminologia-2010-3-5020/Documento.pdf>, acesso em 19/10/2015.
- MARTÍN, Víctor Gómez. *Cultura del control, sociedad del riesgo y política criminal*. In MIR PUIG, Santiago; CORCOY BIDASOLO, Mirentxu. *Política criminal y reforma penal*. Montevideo/Buenos Aires: Editorial B de F, 2007.
- MARTÍNEZ Sánchez, Mauricio. *Estado de Derecho y política criminal*. Bogotá: Gustavo Ibáñez, 1995.

- MATTA, Paulo Saragoça da. *O Direito Penal na Sociedade de Risco: análise tópica e novas tendências político-criminais*. In Revista Portuguesa da Ciência Criminal, ano 20, nº04, outubro/dezembro de 2010. Coimbra: Coimbra Editora, 2010.
- MEDINA PEÑALOZA, Sergio. *Teoría del Delito, Causalismo, Finalismo e Imputación Objetiva*. Mexico: Ae Angel, 2003.
- MELIÁ, Manuel Cancio. *O estado atual da política criminal e a ciência do direito penal*. In CALLEGARI, André; LYNETT, Eduardo Montealegre; JAKOBS, Günther e MELIÁ, Manuel Cancio. *Direito Penal e Funcionalismo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.
- MENDOZA BUERGO, Blanca. *Gestión del riesgo y política criminal de seguridad en la sociedad del riesgo*. In DA AGRA, Cândido, et alli (eds.). *La Seguridad en la Sociedad del Riesgo: un debate abierto*. Barcelona: Atelier, 2003.
- MILL, John Stuart. *Sobre la Libertad*. Madrid: Tecnos, 2008.
- MIR PUIG, Santiago. *El Derecho Penal en el Estado Social y Democrático de Derecho*. Barcelona: Ariel, 1994.
- MOCCIA, Sergio. *La perenne emergenza. Tendenze autoritarie nel sistema penale*. Nápoles: Edizioni Scientifiche Italiane, 2000.
- _____. *Il diritto penale tra essere e valore: funzione della pena e sistematica teleológica*. Nápoles: Edizioni Scientifiche Italiane, 2012.
- MONGARDINI, Carlo. *Miedo y Sociedad*. Madrid: Alianza Editorial, 2007.
- MONTESQUIEU. *Lo spirito delle leggi*. Milano: Daltrice, 1999.
- MUÑOZ CONDE, Francisco. *El nuevo derecho penal autoritario*. In LOSANO (Coord.). *El derecho ante la globalización y el terrorismo*. V. Humboldt Stiftung/Tirant lo blanch, 2004.
- NAUCKE, Wolfgang. *Derecho Penal. Una Introducción*. Buenos Aires: Astrea, 2006.
- NETTO, Alamiro Velludo Salvador. *Tipicidade Penal e Sociedade de Risco*. São Paulo: Quartier Latin, 2006.
- OLIVEIRA, Ana Carolina Carlos de. *Hassemer e o Direito Penal Brasileiro: direito de intervenção, sanção penal e administrativa*. São Paulo: IBCCRIM, 2013.
- OLIVEIRA, Ana Sofia Schmidt. *A Vítima e o Direito Penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.
- PIÑA ROCHEFORT, Juan Ignacio. *Rol Social y Sistema de Imputación. Una aproximación sociológica a la función del Derecho Penal*. Barcelona: Bosch, 2005.
- POLAINO-ORTS, Miguel. *Derecho Penal del Enemigo. Fundamento, potencial de sentido y limites de vigencia*. Barcelona: Bosch, 2009.
- PORTILLA CONTRERAS, Guillermo. *Fundamentos teóricos del derecho penal y procesal-penal del enemigo*. In Revista Jueces para la democracia, n. 49, 2004.
- PORTILLA CONTRERAS, Guillermo. *Legitimación del Derecho Penal a través de la doctrina del bien jurídico, teorías de la justicia y bienes jurídicos colectivos*. In Estudios de Filosofía del Derecho Penal. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2006.
- _____. (Org.). *Mutaciones de Leviatán: legitimación de los nuevos modelos penales*. Madrid: Akal, 2005.
- PRITTWITZ, Cornelius. *Sociedad del riesgo y Derecho penal*. In ARROYO ZAPATERO, L.; NEUMANN, U. Y NIETO MARTÍN, A., *Crítica y justificación del Derecho penal en el cambio de siglo. El análisis crítico de la Escuela de Frankfurt*. Cuenca: Universidad de Castilla-La Mancha, 2003.
- _____. *Tendencias actuales del derecho penal y de la política criminal. El derecho penal entre “derecho penal de riesgo” y “derecho penal del enemigo*. Colecciones Derecho y Justicia, 2009. Costa Rica, Heredia, San Joaquín de Flores, 2009.
- _____. *Derecho penal del enemigo: ¿análisis crítico o programa del Derecho penal?* In Política criminal en Europa (Dirs. Mir/Corcoy; Coord. Gómez). Barcelona: Atelier, 2004.
- RAMÍREZ, Edgar Iván Colina. *Sobre la Legitimación del Derecho Penal del Riesgo*. Sevilla: Bosch Penal, 2014.
- RIPOLLÉS, José Luis Díez. *De la Sociedad del Riesgo a la Seguridad Ciudadana: un debate desenfocado*. In Doutrinas Essenciais de Direito Penal, Vol. 2, p. 975 – 1021. Out / 2010.
- ROMAGNOSI, Gian Domenico. *Genesi del Diritto Penale*. Milano: Giuffrè, 2003.
- ROXIN, Claus. *Derecho Penal. Parte General*. Madrid: Civitas, 2000.
- _____. *Estudos de Direito Penal. Tradução Luís Greco*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

- _____. *Reflexões sobre a construção sistemática do direito penal*. In Revista Brasileira de Ciências Criminais, Nº 82, a.18. São Paulo, p. 24-47, jan./fev. 2010.
- _____. *Reflexões sobre a problemática da imputação em Direito Penal*. In Problemas Fundamentais de Direito Penal. Lisboa: Vega, 1998.
- _____. *Sistema de Hecho Punible*. Buenos Aires: Hammurabi, 2013.
- SARAIVA, Railda. *Poder, violência e criminalidade*. Rio de Janeiro: Forense, 1989.
- SCHÜNEMANN, Bernd. *Consideraciones críticas sobre la situación espiritual de la ciencia jurídico penal alemana*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1996.
- _____. *El derecho penal es la última ratio para la protección de bienes jurídicos: sobre los límites inviolables del derecho penal en un Estado Liberal de Derecho*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2007.
- _____. *Presentación*. In GRACIA MARTÍN, Luis. *Prolegómenos para la lucha por la modernización y expansión del Derecho penal y para la crítica del discurso de resistência*. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2003.
- _____. *Introducción al razonamiento sistemático en derecho penal*. In SCHÜNEMANN, Bernd e SILVA SANCHEZ, Jesús Maria (Coord.). *El sistema moderno del derecho penal: cuestiones fundamentales: estudios en honor de Claus Roxin en 50º aniversario*. Madrid: Tecnos, 1991.
- _____. *Temas actuales y permanentes del derecho penal después del milenio*. Madrid: Tecnos, 2002.
- SCRATON, Paul. *Power Conflict and Criminalisation*. New York: Routledge, 2007.
- SILVA, Pablo Rodrigo Alflen da. *Leis penais em branco e o Direito Penal do Risco: aspectos críticos e fundamentais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.
- SILVA SANCHEZ, Jesús-María. *La expansión del Derecho Penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*. Madrid: Civitas, 2001.
- _____. *Normas y Acciones en Derecho Penal*. Buenos Aires: Hammurabi, 2003.
- _____. *Aproximación al Derecho Penal Contemporáneo*. Buenos Aires: BdeF, 2010.
- STRATENWERTH, Günther. *Derecho Penal: parte general – el hecho punible*. Madrid: Civitas, 2005.
- SUNSTEIN, Cass. R. *Risk and Reason: safety, law and the environment*. Cambridge: The Press Syndicate of the University of Cambridge, 2004.
- TEIXEIRA, Ricardo Augusto de Araújo. *Derecho Penal de Emergência*. Belo Horizonte: Ed. Plácido, 2014.
- VARGAS, Federico León Szczaranski. *Sobre la evolución del bien jurídico penal: un intento de saltar más allá de la propia sombra*. Revista Política Criminal, Vol. 7, Nº 14 (Diciembre 2012), pp. 378 – 453. In http://www.politicacriminal.cl/Vol_07/n_14/Vol7N14A5.pdf, acceso em 22/08/2016.
- VIANELLO, Francesca e PADOVAN, Dario. *Criminalità e paura: la costruzione sociale dell'insicurezza*. In http://www.ristretti.it/areestudio/giuridici/studi/vianello_padovan.pdf, acceso em 14/04/2016.
- VIVES ANTÓN, Tomás S. *Fundamentos del Sistema Penal. Acción significativa y derechos constitucionales*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2011.
- VON LIZT, Franz. *Trattato di Diritto Penale Tedesco*. Roma: Giuffrè, 1999.
- WOLTER, Jürgen. *Imputación Objetiva y Personal a título de injusto*. In *El sistema penal moderno del Derecho Penal: cuestiones fundamentales*. Madrid: Tecnos, 1991.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Da tentativa: doutrina e jurisprudência*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.
- ZAPATERO, Luis Arroyo, et ali (coords.). *Crítica y justificación del Derecho Penal en el cambio de siglo. El análisis crítico de la Escuela de Frankfurt*. Cuenca: Universidad Castilla la Mancha, 2003.

PARTE DOIS



CAPÍTULO 4

A PROTEÇÃO JURISDICIONAL DOS BENS JURÍDICOS PENAIS NA SOCIEDADE DE RISCOS: POR UM DIREITO PENAL E PROCESSUAL PENAL DO PATRIMÔNIO ILÍCITO – DIMENSÕES PREVENTIVAS E CURATIVAS

I Notas Introdutórias

Já tivemos oportunidade de fazer referências nos capítulos anteriores sobre a importância da proteção penal dos bens jurídicos individuais e transindividuais para o presente e, principalmente, para o futuro das relações sociais.

Agora, pretendemos abordar questões mais pragmático-processuais envolvendo os instrumentos de proteção daqueles bens no sistema de direito penal e processual penal brasileiro, dando especial atenção àquelas ferramentas mais novas e, por vezes, de conflituosa aceitação por parte da doutrina e jurisprudência pátrias.

Para tanto vamos demarcar, (i) por primeiro, alguns bens jurídico-penais, a título meramente exemplificativo, que costumemente são alvos de violações por atos criminosos e que reclamam, em face de sua natureza ou mesmo titularidade, garantias reais destacadas tanto para responsabilizar como para evitar novas lesões; (ii) para ao depois tratar nomeadamente dos tradicionais e novos mecanismos processuais penais que se prestam ao enfrentamento destes delitos; (iii) por fim, vamos avaliar em que medida se afigura importante ampliarmos o debate sobre a responsabilidade patrimonial penal e, em face desta perspectiva, (iv) verificar as condições e possibilidades de medidas preventivas contra o patrimônio decorrente de ilícitos penais no âmbito do que vamos denominar de

Direito Penal e Processual Penal do Patrimônio Ilícito: dimensões preventivas e curativas.

É preciso entender este âmbito de enfrentamento da matéria a partir das seguintes perspectivas antes demarcadas:

- a. Que as relações de natureza pessoal e institucional modernas tem se caracterizado por níveis de complexidade e tensionalidades extremas, envolvendo variáveis e fatores multifacetados e dispersos por distintos e inéditos cenários e protagonistas, demarcados no âmbito do que denominamos aqui de Sociedade de Riscos;
- b. Que destas relações exsurtem novos riscos e perigos catastróficos à convivência social justa, equilibrada e sustentável das presentes e futuras gerações, notadamente em face de direitos e bens jurídicos transindividuais passíveis de serem atingidos, os quais reclamam também proteção penal e processual penal diante da magnitude dos impactos que podem sofrer e das correlatas consequências que podem advir daí;
- c. Que esta Sociedade de Riscos, por conta desses elementos, tem demandado dos sistemas jurídicos ocidentais profundas revisões em seus institutos e ordenamentos, em especial do Direito Penal e Processual Penal, para os fins de garantir eficazmente direitos individuais e sociais conquistados historicamente, hoje bem abordados nos planos internacional, constitucional e infraconstitucional;
- d. Que em tais contextos precisamos também pensar as condições e possibilidades de um Direito Penal e Processual Penal do Patrimônio Ilícito, e suas dimensões preventivas e curativas.

II Bens jurídico-penais no sistema normativo brasileiro: demarcações exemplificativas

Os fundamentos filosóficos, políticos e institucionais – assim como alguns normativos – dos bens jurídico-penais já foram amplamente discutidos no capítulo segundo deste trabalho, cum-

prindo agora detalhar, exemplificativamente, alguns bens claramente eleitos no sistema jurídico brasileiro que merecem proteção preventiva e curativa notadamente em face da Sociedade de Riscos em que vivemos – objeto do capítulo primeiro deste trabalho.

A doutrina brasileira, desde há muito, já tem reconhecido a existência de novas áreas do Direito Penal, como o meio ambiente, as relações de consumo, a justiça social, as divisas financeiras do país, dentre outros, as quais reclamam proteção e responsabilização adequadas.³²⁵ Ou seja, estes direitos/bens se referem à Sociedade como um todo, razão pela qual os indivíduos não têm disponibilidade deles sem afetar a coletividade, afigurando-se como indivisíveis em relação aos titulares.

Para além disso, é preciso reconhecer que aqueles direitos/bens, por vezes, revelam conflituosidades que contrapõe diversos grupos dentro da sociedade, como na proteção ao meio ambiente (em que os interesses econômico-industriais e o interesse na preservação ambiental podem estar em rota de colisão); na proteção das relações de consumo, em que, por vezes, estão contrapostos fornecedores e consumidores; na proteção da saúde pública, no que se refere à produção alimentícia e de remédios; na proteção da economia popular, da infância e juventude, dos idosos, dentre outros.³²⁶

325 Ver os trabalhos de REALE JR., Miguel. *Novos rumos do sistema criminal*. Rio de Janeiro: Forense, 1983; FERREIRA, Ivete Senise. *A tutela penal do patrimônio cultural*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995; GRINOVER, Ada Pellegrini (Coord.). *A tutela dos interesses difusos*. São Paulo: Max Limonad, 1984; SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Direito Penal Supra-individual*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003; SOUSA, Susana Aires. *Sociedade do risco: réquiem pelo bem jurídico?* In: Revista Brasileira de Ciências Criminais. São Paulo: Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, nº88, 2010.

326 Como já demonstramos nos capítulos anteriores, há várias críticas sobre o que se tem chamado de expansão do Direito Penal em face destes bens jurídicos referidos, aliás, como tem dito Luiz Flávio Gomes e Alice Bianchini, no sentido de que o Direito Penal da atualidade possui sete pecados capitais: hipertrofia irracional, instrumentalização, inoperatividade, seletividade e simbolismo, excessiva antecipação da tutela penal (prevencionismo), descodificação, desformalização (flexibilização das garantias penais, processuais e executórias), e prisionização. Ver o texto GOMES, Luiz Flávio; BIANCHINI, Alice. *O Direito Penal na era da Globalização*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. A despeito disto, entendemos que seja possível justificar a adequação do Direito Penal a esta Sociedade de Riscos, com todos os cuidados que tal iniciativa reclama.

Também como evidenciamos anteriormente, apenas para reforço, um dos grandes ícones do Direito Penal contemporâneo, Claus Roxin, tem defendido a impossibilidade de limitação da tutela penal aos bens jurídicos individuais, arguindo que certos pressupostos indispensáveis à vida em comum, como os bens da comunidade, são merecedores desta proteção, isto porque a única restrição prévia à eleição dos bens jurídicos reside na Constituição, tendo na liberdade do indivíduo os limites da capacidade punitiva do Estado.³²⁷

Na mesma direção vai Hassemer – como já vimos – no sentido de demarcar algumas características da nova criminalidade da Sociedade de Ricos, a saber: o fato de, em alguns casos, inexisterem vítimas individuais (figurando tão somente de forma mediata); algumas ações criminosas aqui são caracterizadas pela internacionalidade, profissionalidade e divisão do trabalho, com cadeias de comando hierarquizadas muito bem dispostas; os danos causados por tais crimes, por vezes, apresentam baixa visibilidade; esta criminalidade atinge bens jurídicos que transcendem os interesses ou direitos individuais (apresentando-se em algumas situações como extremamente vagos).³²⁸

Por outro lado, não desconhecemos que há autores brasileiros, como Paulo César Busato, que se opõem a este conceito e tutela de bens jurídicos transindividuais, ao menos em parte, sustentando que é a tutela baseada na teoria monista personalista que deve ter protagonismo normativo, pois resgata a primazia do interesse individual

327 ROXIN, Claus. *Política Criminal e Sistema Jurídico-Penal*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 22. Como já sinalizamos no capítulo anterior, a despeito deste reconhecimento, o autor alemão revela posição revisitada da teoria monista pessoal do bem jurídico, no sentido de que se deve admitir a existência de *bens da generalidade*, porém, apenas serão legítimos de tutela se, para além de tal característica, servirem ao cidadão em particular. No que discordamos, pois, conforme GRACIA MARTÍN, Luis. *A Modernização do Direito Penal como Exigência da Realização do Postulado do Estado de Direito (social e democrático)*. In: Revista Brasileira de Ciências Criminais. São Paulo: Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, nº88, 2010, p.39, a função precípua dos bens jurídicos coletivos seria a positiva, pois é justamente a função que desempenham nessa perspectiva que lhes garante legitimidade para uma eventual tutela penal **autônoma**.

328 HASSEMER, Winfried. *Perspectivas de uma moderna política criminal*. In: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo, n. 8, out-dez, 1994, pp. 44-45. Ver também o texto instigante de AMODIO, Ennio. *La Estetica della giustizia penale*. Roma: Giuffrè, 2016.

frente ao coletivo, sendo que a adequação com o atual modelo de Estado reside, justamente, na preservação das garantias do indivíduo.³²⁹ Por certo que o conceito de Estado a que se refere o autor está mais sintonizado com o modelo liberal do que o social, para dizer o mínimo. Aliás, grande parte das divergências sobre a função do Direito Penal e Processual Penal contemporâneos reside justamente em compreensões distintas de Sociedade (negando a existência de vivermos em riscos e perigos constantes) e Estado hodiernos.

Em termos de bens jurídico-penais transindividuais (numa perspectiva lato senso, ou seja, que envolve como sujeito passivo a coletividade) regulados pelo ordenamento jurídico brasileiro muitos são os casos desde há tempo previstos, considerando tão somente o aspecto dos impactos que provocam contra conjuntos difusos e coletivos de sujeitos de direito públicos e privados.

Desde os crimes de periclitamento da vida e da saúde, dispostos nos arts.130 e seguintes do Código Penal Brasileiro – CPB, houve sempre a preocupação do legislador em prever situações de proteção de interesses para além dos individuais, alcançando igualmente direitos/bens difusos e coletivos, pois, se atentarmos ao que consta no art.131, do CPB, vamos nos dar conta de que a conduta de praticar ato capaz de produzir o contágio de moléstia grave a outrem está demarcada com amplo sentido material, principalmente pelo fato de que o conceito de moléstia grave é aberto (pode se referir a tuberculose, febre amarela, lepra, difteria, poliomielite, etc), inclusive independentemente, para alguns, das definições do Ministério da Saúde, haja vista que é possível encontrarmos situações em que se detecte cientificamente moléstia com algo grau de contágio e expansão sem que a mesma possa estar catalogada, por ser inédita, nos registros deste Ministério.³³⁰

329 BUSATO, Paulo César; HUAPAYA, Sandro Montes. *Introdução ao Direito Penal. Fundamentos para um Sistema Penal Democrático*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

330 Ver os textos dogmáticos de CUNHA, Rogério Sanches. *Manual de Direito Penal. Parte Especial*. Salvador: Jus Podium, 2014, p.151, o de PIERANGELLI, José Henrique. *Manual de Direito Penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, e NUCCI, Guilherme de Souza. *Código Penal Comentado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p.694.

Não há dúvidas de que esses casos são daqueles referidos por Hungria como os que podem criar, *por si mesmo, a probabilidade de um dano mais grave ou extensivo, e tal probabilidade passa a constituir elemento integrante do fato criminoso.*³³¹ Podem ser incontrolláveis os efeitos do contágio, e isto implica que as medidas de caráter sanitário sejam coercitivas e não meramente persuasivas, pois, *onde está em jogo o interesse coletivo não se pode contemporizar com certos postulados de liberdade individual.*³³²

Da mesma forma o crime de incêndio (art.250), contra a incolumidade pública, evidencia o que Hungria chama de perigo a indeterminado ou não individuado número de pessoas ou coisas. Nas palavras do autor:

É a indeterminação do alvo a nota característica do perigo comum, que assim pode ser definido: é o perigo dirigido contra um círculo, previamente incalculável na sua extensão, de pessoas ou coisas não individualmente determinadas. Cumpre observar, entretanto, que não deixa de haver perigo comum ainda quando uma só pessoa ou coisa venha a ser efetivamente ameaçada, desde que não individualizada ou individuável ex ante.³³³

Quem duvida que esta ação criminosa traz consigo risco significativo à segurança coletiva em face da possibilidade real de se propagar o incêndio? E mais, a omissão de cautela igualmente pode configurar a prática deste delito, em face de comportamentos desidiosos e negligentes anteriores a ocorrência do mesmo. Veja-se o conhecido caso envolvendo o incêndio na boate Kiss, em Santa Maria, RS, na madrugada de 27 de janeiro de 2013, deixando 242 mortos, e tendo sido causado, em tese, pelo acendimento de sinalizador por integrante de uma banda que se apresentava na casa noturna. Ao

331 HUNGRIA, Nélson. *Comentários ao Código Penal*. Vol.V. Rio de Janeiro: Forense, 1958, p.382.

332 Idem, p.396. Adverte o autor ainda que: *A simples catequese ou sistema de propaganda é insuficiente, não pode dar senão resultados precários. Há uma numerosa casta de indivíduos que, por desídia, lerdice ou predisposição à indisciplina, só "acertam o passo" sob a ameaça da aguilhada, como os bois remanchões.*

333 HUNGRIA, Nélson. *Comentários ao Código Penal*. Vol. IX. Rio de Janeiro: Forense, 1958, p.12.

que tudo indica, a imprudência e as más condições de segurança no local contribuiram em muito à morte das vítimas.³³⁴

Vai na mesma direção o crime que envolve atentado contra a segurança ou o funcionamento de serviço de água, luz, força ou calor, ou qualquer outro de utilidade pública, disposto no art.265, do CPB, eis que o primeiro sujeito passivo é o Estado e a Comunidade beneficiária daquele serviço danificado, o que pode causar riscos, perigos e danos de múltiplas formas e conseqüências, atingindo desde o patrimônio de alguns até a saúde pública. O bem jurídico penal aqui é de natureza difusa, e merece da tutela penal atenção preventiva e curativa, como nos casos acima referidos.

Não precisamos sequer aprofundar a exemplificação pretendida dos delitos que o CPB define como contra a saúde pública no particular! Estamos falando das situações que envolvem condutas violadoras de medidas sanitárias preventivas (art.267), envenenamento de água potável ou de substância alimentícia (art.270). Novamente a lição de Hungria é solar:

*Se se tem em conta o ar que circunda uma coletividade de pessoas, a água que a todos é destinada para desaleração da sede, os víveres expostos a venda em público, de modo que possam vir a ser alimento de indeterminado número de consociados, é manifesto que em tais condições o ar, a água e os víveres tornam-se objeto de um direito social, atinente a cada um dos consociados, bem como a toda coletividade. Qualquer ação que torne deletérios ou letais esses elementos de vida ofendem o referido direito.*³³⁵

Os crimes contra a Administração Pública (art.313-A e seguintes, do CPB) em geral apresentam configurações e conseqüências similares, haja vista que *a objetividade jurídica dos crimes que ora vamos nos ocupar é o interesse de normalidade funcional, probidade, prestígio, incolumidade e decoro da Administração Pública. Como disserta von Liszt, à exteriorização da personalidade individual, ao pleno e livre desenvolvimento das energias vitais do indivíduo, corresponde, como manifestação da vida coletiva, a complexa atuação*

334 Ver as informações do site <http://g1.globo.com/rs/rio-grande-do-sul/tragedia-incendio-boate-santa-maria/platb/>, acesso em 01/11/2016.

335 HUNGRIA, Nélson. *Comentários ao Código Penal*. Vol. IX. Op.cit., p.98.

*administrativa do Estado, a administração pública.*³³⁶ Ou seja, o bem jurídico penal aqui tem dimensões imediatas de proteção que são as condutas tipificadas nas disposições do art.313 e seguintes do CPB, e dimensões mediatas, envolvendo a moralidade pública e o regular atendimento à população.

Luiz Regis Prado aduz que a noção do bem jurídico penal categorial – Administração Pública (correto funcionamento) –, não pode vir dissociada da relação entre as funções estatais e dos princípios e valores albergados direta ou indiretamente na Constituição. Lembra o autor ainda, evidenciando já a preocupação do Direito Penal antigo com o patrimônio e interesse público que:

*ao erigir o peculato à figura de delito autônomo, o Direito Penal romano não o caracterizou pela qualidade especial do agente, que tanto podia ser o funcionário público como o particular, e, sim, pela qualidade do bem móvel (coisa pública, religiosa ou sacra) sobre o qual recaia a ação, considerando-o sempre como delito contra o Estado.*³³⁷

Como deixar de reconhecer, por outro lado, que a inserção de dados falsos, ou a alteração/exclusão indevidamente de dados corretos nos sistemas informatizados ou bancos de dados da Administração Pública (art.313-A, do CPB), para além de atingir patrimônio e interesse individual, venha a provocar eventualmente danos a interesses coletivos (no âmbito do crédito, mercado, finanças, concursos

336 Idem, p.313. Luiz Regis Prado aduz que a noção do bem jurídico penal categorial – Administração Pública (correto funcionamento) –, não pode vir dissociada da relação entre as funções estatais e dos princípios e valores albergados direta ou indiretamente na Constituição. PRADO, Luiz Regis. *Curso de Direito Penal Brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p.521. Lembra o autor ainda, evidenciando já a preocupação do Direito Penal antigo com o patrimônio e interesse público que, *ao erigir o peculato à figura de delito autônomo, o Direito Penal romano não o caracterizou pela qualidade especial do agente, que tanto podia ser o funcionário público como o particular, e, sim, pela qualidade do bem móvel (coisa pública, religiosa ou sacra) sobre o qual recaia a ação, considerando-o sempre como delito contra o Estado.* (p.524).

337 PRADO, Luiz Regis. *Curso de Direito Penal Brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p.524. Da mesma forma ver os textos de matiz mais dogmática de: BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal. Parte Especial, V.5*. São Paulo: Saraiva, 2010, p.37; FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de Direito Penal. Parte Especial*. Rio de Janeiro: Forense, 1995, p.390; DE JESUS, Damásio Evangelista. *Direito Penal. V.4*. São Paulo: Saraiva, 1990; NORONHA, Edgard Magalhães. *Direito Penal. V.4*. São Paulo: Saraiva, 1992.

públicos, etc.). Da mesma maneira o crime de modificar ou alterar sistema de informações ou programa de informática sem autorização ou solicitação de autoridade competente (art.313-B, do CPB), que pode impactar registros públicos, sistemas de controle e gestão tributária, patrimonial, etc. Os danos podem ser transindividuais e violentos.

Quantas políticas públicas voltadas ao atendimento de direitos fundamentais individuais e sociais são golpeadas diuturnamente em todas as partes pelo emprego irregular de verbas ou rendas públicas – crime veiculado pelo art.315, do CPB –, afinal, notadamente, as verbas públicas configuram fundos com destinação específica nas leis orçamentárias de cada entidade e órgão públicos para o atendimento de obras e/ou serviços à Sociedade, e quando desviadas implicam déficits de demandas indisponíveis não atendidas.³³⁸

Da mesma forma os crimes contra a administração da justiça, dispostos no art.339, e seguintes, do CPB, em que o bem jurídico protegido é a boa e regular administração do sistema de justiça, para que não seja utilizado para fins ilícitos contra interesses individuais (com falsas imputações) e sociais (entravando o serviço público que dela decorre à toda a comunidade). Tomemos os casos de comunicação falsa de crime ou contravenção (art.340, do CPB), ou mesmo o falso testemunho (art.342, do CPB), que operam a movimentação irregular das estruturas do Poder Judiciário, gerando despesas e desperdício de tempo à tutela esperada pela comunidade, evidenciando impactos difusos os mais diversos.³³⁹

Há outros delitos regulado por leis esparsas no Brasil que configuram violação de interesses e bens jurídicos transindividuais (direta ou indiretamente), como os praticados contra a ordem tributária (Lei nº 8.137/1990); os crimes contra a economia popular e os definidos no Código de Proteção e Defesa do Consumidor

338 Ver no ponto o texto de COSTA JR., Paulo José da. *Curso de Direito Penal. Parte Especial. V.3*. São Paulo: Saraiva, 2010, p.184 e seguintes. Ver também nosso texto LEAL, Rogério Gesta. *Estado, Administração Pública e Sociedade: novos paradigmas*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

339 Nem se fale dos crimes contra as finanças públicas estabelecidos pelo art.359-A e seguintes do CPB, e que acarretam verdadeiros impactos na gestão dos recursos públicos em geral.

(Leis nº 1.521/1951 e nº 8.078/1990); os crimes ambientais (Lei nº 9.605/1998); os crimes contra licitações públicas (Lei nº 8.666/1993); os crimes contra o sistema financeiro nacional (Lei nº 7.492/1986); os crimes de lavagem de capitais (Lei nº 9.613/1998); os crimes praticados por organizações criminosas (Lei nº 9.034/1995).

Muitos desses delitos são praticados por estruturados esquemas de organização criminosa (de macro e microcriminalidade), sofisticados no que tange as suas operacionalizações, implicando, por vezes, sérias dificuldades de responsabilização penal. Em face disto, impõem-se a avaliação permanente sobre quais os instrumentos processuais penais de proteção e atribuição de responsabilidade mais adequados a tais cenários delituosos, o que passamos a fazer.³⁴⁰

III Processo e Crime na Sociedade de Riscos: em busca da maior efetividade na proteção dos bens jurídicos penais (os tensos equilíbrios entre excesso e insuficiência, em face dos Direitos e Garantias Fundamentais Individuais e Sociais)

Como já fizemos constar neste trabalho, os riscos e perigos reais (e já experimentados nos últimos tempos) que, em especial, os delitos transindividuais referidos causam, fazem com que pensemos na possibilidade constitutiva de oportunidades preventivas/antecipatórias à concretização destes, por óbvio que levando em conta as garantias constitucionais e infraconstitucionais conseqüências a espécie.

Uma das formas (polêmica) com que o sistema jurídico brasileiro e internacional tem tratado disto é pela via dos chamados tipos penais de perigo abstrato, nos quais o perigo inerente à ação delituosa constitui-se como seu fundamento de validade; razão pela qual o

340 Ver os textos de: (i) PATERNOSTER, Raymond. *How much do we really know about criminal deterrence?* In *Journal of Criminal Law & Criminology*. Vol. 100, Issue 3, p.783; (ii) GEIGER, Hans & WUENSCH, Oliver. *The Fight Against Money Laundering. An economic analysis of a cost-benefit paradoxon*. In *Journal of Money Laundering Control*. Vol. 10, No. 1 (2007), p.100; (iii) FARRO, Alberto Montes. *El sector financiero y el lavado de dinero*. In <http://sisbib.unmsm.edu.pe/bibvirtual/publicaciones/quipukamayoc/2008/segundo/pdf/a07v15n30.pdf>, acesso em 16/12/2016.

legislador instituiu a norma penal, deixando de se exigir a comprovação real desse perigo.³⁴¹

Com tal estratégia normativa, verdadeira política criminal em prol da proteção de bens jurídicos indispensáveis à vida humana, busca-se antecipar a violação e o dano anunciado – haja vista que suas conseqüências seriam trágicas –, criando procedimentos persecutórios e de intervenção na realidade (de pessoas, físicas e jurídicas, e bens), visando evitar e/ou punir a realização de determinada conduta potencialmente perigosa (dispensando a demonstração inequívoca de efetivo perigo ao bem penalmente tutelado).³⁴²

Esta nova tipologia de delito – assim como a ampliação dos crimes de estrutura conceitual aberta, os chamados crimes de acumulação, o tema da responsabilidade penal da pessoa jurídica – tem como escopo, de um lado, ampliar a responsabilidade pelos danos causados por ações criminosas e, de outro, buscar prevenir ações desta natureza, haja vista que pode ser muito difícil a recuperação dos problemas criados neste sentido.

Por outro lado, é preciso reconhecer que, para serem alcançados tais desideratos, há que se encontrar mecanismos e procedimentos de equilíbrios entre as infinitas possibilidades violentas, abusivas, extorsivas e degradantes de que se valem os comportamentos ilícitos para atingirem seus objetivos, sem regra ou limite de expansão, e os

341 Para a contextualização deste debate na Sociedade de Riscos, ver o texto de BARONE, Antonio. *Il Diritto del Rischio*. Milano: Giuffrè, 2010, e também os textos de PERINI, Chiara: (i) *Prospettive del concetto di rischio nel diritto penale moderno*. Garbagnate Milanese: Anthelios, 2008, e (ii) *La legislazione penale tra "diritto penale dell'evento" e "diritto penale del rischio"*. In *Rivista Legislazione Penale*, nº92. Roma: Dalricce, 2012.

342 Ver os textos de: BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Crimes de Perigo Abstrato*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011; GRECO, Luís. *Modernização do direito penal: bens jurídicos coletivos e crimes de perigo abstrato*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011; SILVA, Ângelo Roberto Ilha da. *Dos crimes de perigo abstrato em face da Constituição*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003; BAIGÚN, David. *Los Delitos de Peligro y la prueba del dolo*. Buenos Aires: Editora B de F, 2010; PATALANO, Vincenzo. *Significato e limiti della dommatica del reato di pericolo*. Napoli, 2011; COSTA, José Francisco de Faria. *O Perigo em direito penal*. Coimbra: Coimbra Editora, 2000; PATRÍCIO, Rui. *Crimes de perigo*. In: *Casos e materiais de direito penal*. Coord. Palma. Maria Fernanda (et al.). Coimbra: Almedina, 2002; PEREIRA, Rui Carlos. *O dolo de perigo*. Lisboa: Lex, 1995; PINHO, Demosthenes Madureira de. *O valor do perigo no direito penal*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1939.

procedimentos legais e limitados da persecução criminal que o sistema de justiça possui, pois todos obedientes ao devido processo legal, ao amplo direito de defesa e ao contraditório, e isto porque, *enquanto os horizontes de uma organização criminosa são vastos, desregulamentados, prontos unicamente para a obtenção de lucro criminoso, a polícia e a promotoria estão engessadas pelas leis pátrias, presas aos ditames da nossa Constituição Federal e as garantias inquestionáveis da pessoa humana.*³⁴³

Em verdade, tais tensões que se apresentam aqui dizem respeito a um debate de fundo que é o que envolve a relação entre Direitos e Garantias Fundamentais Individuais e Direitos e Garantias Fundamentais Sociais.

Em termos de perspectiva filosófica dessas questões a reflexão de John Rawls, no ano de 1987 (que traz modificações significativas em face de seu texto Teoria da Justiça³⁴⁴), sustentou que num sistema jurídico adequado constitucionalmente, dois elementos são importantes figurar com primazia e atenção: os chamados conteúdos constitucionais essenciais e o mínimo social.³⁴⁵ Os argumentos apresentados pelo autor aqui são: (a) que os conteúdos constitucio-

nais essenciais e os assuntos de justiça básica (*matters of basic justice*), caracterizam uma ordem constitucional democrática baseada em valores políticos de alto nível, cuja aceitação é de se esperar por parte de cidadãos iguais e livres; (b) a concepção política de justiça mais razoável de um regime democrático (a liberal) é aquela que protege os direitos básicos típicos (mencionados acima) e confere a eles uma primazia especial, incluindo medidas tendentes a garantir que todos os cidadãos tenham meios materiais suficientes para fazer uso efetivo destes direitos básicos (mínimo social).³⁴⁶

Com o passar do tempo o autor vai migrando as bases de sua teoria da justiça de postulados demasiadamente individuais para alguns de natureza e função mais sociais (mesmo que sob a categoria de bem-estar), reconhecendo que: *El contenido constitucional esencial aquí es más bien que, debajo de un cierto nivel de bienestar material y social, y de entrenamiento y educación, la gente simplemente no puede participar en la sociedad como ciudadanos, y mucho menos como ciudadanos iguales. Lo que determina el nivel del bienestar y educación que permite esto no es una cuestión que deba dirimir una concepción política.*³⁴⁷

Daqui a tese de que estes conteúdos constitucionais essenciais não dizem com preferências de governos ou conjunturas políticas particulares (regimes, formas ou sistemas de governo), ficando a cargo da discricionariedade dos administradores públicos de plantão, mas se impõem a todos como condições fundamentais à constituição de uma Sociedade Democrática e de Direito. Significa dizer que: *for democracy's sake we should not simply follow our private preferences, as if we were consumers, but must act like citizens, that is, to justify our preferences with public reasons.*³⁴⁸

343 DIAS, Henrique Silva. *Nossa legislação e os mecanismos de combate ao crime organizado*. In <http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/nossa-legisla%C3%A7%C3%A3o-e-os-mecanismos-de-combate-ao-crime-organizado>, acesso em 11/11/2016, p. 02. Alertando sobre a importância das garantias constitucionais processuais contemporâneas que precisam ser asseguradas a todos os cidadãos vala a pena a obra de FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *Direito Processual Penal*. Coimbra: Coimbra Editora, 1974, havendo também posições respeitáveis mais radicais sobre os compromissos do processo penal para com os acusados, fundado no princípio universal da presunção de inocência que restou albergado pelo constitucionalismo contemporâneo, e neste sentido consultar, dentre outros, os textos de: (i) BONATO, Gilson. *Devido Processo Legal e Garantias Processuais Penais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003; (ii) COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de (org.). *O novo processo penal à luz da constituição: análise crítica do projeto de lei nº156/2009, do Senado Federal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010; (iii) PRADO, Geraldo. *Sistema Acusatório: a conformidade constitucional das leis processuais penais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006; (iv) MORAES, Maurício Zanoide de. *Presunção de inocência no processo penal brasileiro: análise de sua estrutura normativa para a elaboração legislativa e para a decisão judicial*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

344 RAWLS, John. *A Theory of Justice*. Cambridge: Harvard University Press, 1971.

345 RAWLS, John. *La idea de un consenso entrecruzado*. In *Agora*, vol.02. Buenos Aires: Centro de Estudios Políticos, 1995, p.76. Ver também o clássico RAWLS, John. *Political Liberalism*. New York: Mendell, 1991.

346 Idem, p.79. Aduz o autor que: *Tiene que haber una legislación fundamental que garantice la libertad de conciencia y la libertad de pensamiento político; además de eso, se necesitan medidas que aseguren que las necesidades básicas de todos los ciudadanos pueden ser satisfechas para que puedan participar en la vida política y social*. Grifo nosso.

347 Idem, p.78. Ver também o texto de SEGADO, Francisco Fernández. *La dogmática de los derechos humanos*. Lima: Ediciones Jurídicas, 1994.

348 DRYZEK, John. *Deliberative Democracy and Beyond: Liberals, Critics and Contestations*. Oxford: Oxford University Press, 2007, p.53. Questiona este autor: *Now, on the face of it, no one committed to the public cause can seriously disagree with this. We are*

De certa forma Rawls vai revisando seu posicionamento de justiça social ideal para uma justiça social material, em face até de que há determinados bens e interesses que precisam estar sempre presentes em qualquer Sociedade Democrática, observado, por certo, o pluralismo razoável que caracteriza esta Sociedade. Esses bens e interesses explicitam determinadas necessidades sociais, as quais não são mais simples preferências individuais (desejos) que, somadas, representam as prioridades comunitárias (conteúdos constitucionais essenciais), mas resultam de circunstâncias e contingências processualmente constituídas em determinado espaço e tempo, no âmago do fenômeno social. Há nítida substituição da ideia de necessidades e preferências subjetivas para objetivas.³⁴⁹

No início da década de 1990, Rawls vai harmonizar sua teoria da justiça como equidade com sua teoria política da justiça (a qual já inicia na década de 1980, e toma níveis de profundidade na abordagem sobre o liberalismo político), em que o ideal de razão pública se formula mais consistentemente, no sentido de que ela subtrai importantes matérias do âmbito deliberativo e decisório dos Poderes instituídos.

Mas quais os requisitos dos chamados conteúdos constitucionais essenciais? São em número de três para Rawls, a saber: (a) devem ser justificáveis frente a qualquer um; (b) devem basear-se em realidades facilmente reconhecíveis, aceitáveis pelo sentido comum e demonstráveis segundo os métodos científicos; (c) devem ser completos no sentido de poder dar uma resposta pública e razoável a

all inclined to subscribe to this intuition. Who would oppose the notion that democratic politics should mean civic empowerment, that it should involve the emancipation of citizens? In a democracy, we expect the citizen to act like someone who puts the general interest before her own, to become a public reasoner so as to provide better explanations and justifications for her preferences.

349 Aduz o autor que: *Detrás de la introducción de los bienes primarios está el propósito de encontrar una base pública practicable de comparaciones interpersonales fundadas en rasgos objetivos e inspeccionables de las circunstancias sociales de los ciudadanos siempre con el pluralismo razonable como transfondo.* Op. Cit., p.78. Mais tarde, no texto sobre o liberalismo político, Rawls vai reconhecer que uma concepção pública efetiva da justiça inclui entendimento político em torno do que se deve reconhecer publicamente como necessidades dos cidadãos enquanto vantajoso para todos. RAWLS, John. *Political Liberalism*. Op.cit., p.212.

todos os casos, ou pelo menos a maior parte daqueles relacionados com os conteúdos constitucionais essenciais.³⁵⁰

Em Robert Alexy vai se encontrar bons argumentos para o enfrentamento típico desta questão dos direitos subjetivos individuais e suas relações com os direitos sociais, pois para ele os primeiros se apresentam como feixes de relações e de posições jurídicas. Para todas estas relações e posições jurídicas podem incidir restrições, *las restricciones de derechos fundamentales son normas que restringen posiciones jusfundamentales prima facie*.³⁵¹ Mas por que? Pelo simples fato de que a universalidade dos Direitos Fundamentais torna imperativa sua limitação, eis que atribuídos a todas as pessoas, afigurando-se, em face disto, ser impossível a fruição de todos eles por todos ao mesmo tempo, sendo necessário uma disciplina ordenadora que viabilize suas harmonizações.³⁵²

Veja-se que no próprio plano normativo a Declaração Universal dos Direitos Humanos, da ONU, em seu art.29.2, disciplina que: *(...) no exercício de seus direitos e liberdades, toda a pessoa estará sujeita apenas às limitações determinadas por lei, exclusivamente com o fim de assegurar o devido reconhecimento e respeito dos direitos e*

350 Idem, p.259. Por certo que o conceito de Rawls sobre os conteúdos constitucionais essenciais é deverasmente restritivo, eis que se funda ainda nos direitos ao voto, à participação política, à liberdade de consciência, opinião e culto, a liberdade de pensamento e de associação – admitindo somente alguns elementos de justiça distributiva neste particular, envolvendo questões atinentes ao emprego e ao mínimo social indispensável para cobrir as necessidades básicas do cidadão.

351 ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2005, p. 272. O autor, em verdade, vai dialogar para tal intento com alguns teóricos da argumentação no âmbito da filosofia moral analítica, como Stevenson, Hares, Toulmin, Baier, Habermas e Perelman.

352 Para além disto, não se pode cindir discursos de aplicação de discursos de fundamentação, pois isto implicaria aguda atitude metafísica, descolando do fenômeno uno que é a interpretação seus momentos constitutivos – notadamente os conjunturais e contrafáticos. Por outro lado, se vingasse a possibilidade do discurso de aplicação ser separado da justificação, estar-se-ia dando ao intérprete autorização para decidir fundamentalmente de acordo com as particularidades contingenciais de cada caso, independentemente da existência ou não de uma fundamentação de caráter universal. Neste sentido ver o texto de ALEXY, Robert. *Jurgen Habermas's: theory of legal discourse*. In ROSENFELD, Michel & ARATO, Andrew (eds.) *Habermas on law and democracy: critical exchanges*. Berkeley and Los Angeles: University of California Press, 1998, p.227.

liberdades de outrem e de satisfazer às justas exigências da moral, da ordem pública e do bem-estar de uma sociedade democrática.

Mas quando as restrições de posições jusfundamentais podem desbordar para o campo da violação de Direitos Fundamentais?

Talvez a matriz alexiana possa ajudar aqui, no sentido de ter presente, como pressuposto ao enfrentamento desta pergunta, a existência de regras e princípios que constantemente precisam ser cotejados a partir da lógica da ponderação³⁵³ e enfrentamento entre si, utilizando-se, para tanto, de juízos de proporcionalidade e precedência condicionada. De outro lado, partindo-se igualmente da premissa de que se configuraria como contradição em termos o indivíduo possuir direitos contra si mesmo, ou mesmo deveres para consigo, evidenciando-se, pois, de difícil sustentação a proposição de auto-violação ou de autorrestrição de posição jurídica subjetiva de Direito Fundamental.³⁵⁴

353 Em suas três dimensões, a saber: (a) adequação – ou subprincípio da idoneidade –, estando a exigir que toda a restrição aos direitos fundamentais seja idônea para o atendimento de um fim constitucionalmente legítimo, além do que os meios empregados devem ser instrumentalmente adequados para alcançar o fim almejado; (b) necessidade (ou subprincípio da indispensabilidade, do meio menos restritivo, do direito à menor desvantagem possível), no sentido de que dentre as várias medidas restritivas de direitos fundamentais igualmente aptas para atingir o fim perseguido, a Constituição impõe que o legislador opte por aquela menos lesiva para os direitos envolvidos (certa proibição de excesso); (c) proporcionalidade em sentido estrito, no sentido de que uma restrição aos direitos fundamentais é constitucional se pode ser justificada pela relevância da satisfação do princípio cuja implementação é buscada por meio da intervenção. Neste sentido, é preciso determinar se o atendimento à finalidade buscada pela medida restritiva compensa os prejuízos que desta advêm para os direitos fundamentais. Para Robert Alexy um meio deve ser considerado menos oneroso quando atinge o mesmo grau de satisfação da finalidade perseguida criando um prejuízo menor ao direito fundamental afetado. Na mesma direção, um meio deve ser considerado desnecessário quando há outra forma igualmente eficaz de atingir o fim que acarrete uma restrição mais leve ao direito fundamental em jogo. Na avaliação da proporcionalidade em sentido estrito, é preciso, primeiro, identificar a intensidade da restrição ao direito fundamental; em segundo lugar, deverá ser determinada a importância da realização do princípio antagônico ao direito, que fundamenta a restrição; por fim, caberá verificar se a importância da realização do fim perseguido é apta a justificar a intervenção no direito fundamental.

354 O chamado dano a si – momentos nos quais o indivíduo ataca por si só seus direitos ou os bens por eles protegidos, como no suicídio, – não envolve restrição ou limitação de posições jurídicas subjetivas de Direito Fundamental na matriz de Alexy. Ver ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Op.cit., pp. 94 e 161; ALEXY, Robert. *Direitos fundamentais no Estado Constitucional Democrático*. In Revista da

Acatando a tese de Alexy de que a Constituição deve decidir assuntos fundamentais à Sociedade (e neste sentido afigura-se como ordem fundamental na qual há previsões normativas que não se submetem a alterações simples) e, ao mesmo tempo, deixa muitas perguntas e questões abertas (configurando-se também como ordenamento-marco, para serem respondidas legislativa, administrativa e jurisdicionalmente), se, de um lado, ordena e proíbe algumas coisas, estabelecendo cláusulas pétreas fundamentais e de comportamento institucional e social; de outro lado confia temas e questões à discricionariedade dos poderes públicos e mesmo aos movimentos da sociedade.³⁵⁵

Ao longo da Teoria dos Direitos Fundamentais, Alexy refere que a densificação material do que seja *a maior medida possível de realização destes direitos* em face das possibilidades fáticas e jurídicas implica o imperativo da proporcionalidade com suas três dimensões: idoneidade, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.³⁵⁶ Enquanto a dimensão da idoneidade tem um status de *critério negativo*, mediante o qual se pode detectar que meios não são idôneos, a dimensão da necessidade exige que dos meios anteriormente identificados como idôneos se escolha o que mais concretiza e garante o direito fundamental afetado no caso concreto.³⁵⁷

Faculdade de Direito UFRGS. V. 16. POA: Síntese, 1999, p.203.

355 ALEXY, Robert. *Epílogo a la Teoría de los Derechos Fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 2002, p.31. No Brasil, ver o interessante texto de SARMENTO, Daniel. *A Ponderação de Interesses na Constituição Federal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.

356 ALEXY, Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Op.cit., p.111/115. Tratamos de forma ampliada deste tema no texto LEAL, Rogério Gesta. *Aspectos constitutivos da teoria da argumentação jurídica: a contribuição de Robert Alexy*. In Revista de Investigações Constitucionais, Curitiba, vol. 1, n. 2, p. 131-166, maio/ago. 2014. Encontra no sítio: DOI: <http://dx.doi.org/10.5380/rinc.v1i2.40513>. Estamos optando por tratar o tema da proporcionalidade aqui como imperativo categórico, conforme o próprio Alexy o define na pg.112 do texto ora referido, o que de certa maneira, no Brasil, vem ratificado por SILVA, Virgílio. *O proporcional e o razoável*. In Revista dos Tribunais, vol.798. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p.23/50, na medida em que toma a proporcionalidade como norma metodológica que exige aplicação integral e, portanto, pode ser qualificada como regra. Ao dizer isto, queremos registrar nossa ciência do debate divergente feito, dentre outros, por ÁVILA, Humberto Bermann. *Teoria dos Princípios*. São Paulo: Malheiros, 2002, em especial a partir da página 81, mas a tais argumentos não nos filiamos.

357 Refere Alexy que, em face da existência de um meio mais concretizador e garantidor

Por fim, a dimensão de proporcionalidade em sentido estrito expressa o que significa a otimização em relação com os princípios que jogam em sentido contrário diante do caso concreto, perquirindo a seguinte ponderação: *cuanto mayor es el grado de la no satisfacción o de afectación de uno de los principios, tanto mayor debe ser la importancia de la satisfacción del otro.*³⁵⁸

Este balanceamento por certo que não é mecânico ou de sopesamento subjetivo de importância, validade ou vigência das normas do sistema jurídico, mas envolve juízos de valor na atribuição de sentido da norma ao caso concreto, a partir de parâmetros e diretrizes igualmente normativas, controladas e capazes de serem aferidas publicamente.³⁵⁹

Todas essas definições que compõe a decisão sobre temas que envolvam Direitos Fundamentais só podem ser construídas a partir de argumentos racionais cujas categorias de justificação e de fundamentação utilizados estejam igualmente comprometidos com aquilo que o sistema normativo estabelece em termos de prerrogativas e garantias neurais da pessoa humana e da própria Sociedade.

O próprio Supremo Tribunal Federal – STF no Brasil tem, historicamente, se posicionado desta forma, tomando como premissa o argumento de que *a limitação decorrente de eventual colisão entre direitos constitucionais deve ser excepcional....Daí a afirmar-se, correntemente, que a solução destes conflitos há de se fazer mediante a utilização do recurso à concordância prática (praktische Konkordanz), de modo que cada um dos valores jurídicos em conflito ganhe realidade.*³⁶⁰

do direito fundamental em jogo, pode melhorar-se uma posição fundamental sem que isto represente custos para outra posição fundamental. Idem, p.43. No Brasil é importante a leitura do texto de SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional.* Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012, lembrando o autor que *todo direito fundamental possui um âmbito de proteção (um campo de incidência normativa ou suporte fático, como preferem outros) e todo direito fundamental, ao menos em princípio, está sujeito a intervenções neste âmbito de proteção.* (p.362).

358 Idem, p.48.

359 Ver neste sentido o texto de MANIACI, Giorgio. *Note sulla teoria del bilanciamento di Robert Alexy.* In Rivista Diritto & Questioni pubbliche, vol.2, agosto 2002. Palermo: Università degli Studi di Palermo, 2002.

360 MENDES, Gilmar Ferreira. *Colisão de direitos fundamentais na jurisprudência do*

E no particular envolvendo a tensão entre direitos e garantias fundamentais individuais e sociais:

*“[...] não há, no sistema constitucional brasileiro, direito ou garantias que se revistam de caráter absoluto, mesmo porque razões de relevante interesse público ou exigências derivadas do princípio de convivência das liberdades legitimam, ainda que excepcionalmente, a adoção, por parte dos órgãos estatais, de medidas restritivas das prerrogativas individuais ou coletivas, desde que respeitados os termos estabelecidos pela própria Constituição. O estatuto constitucional das liberdades públicas, ao delinear o regime jurídico a que estas estão sujeitas – e considerando o substrato ético que as informa – permite que sobre elas incidam limitações de ordem jurídica, destinadas, de um lado, a proteger a integridade do interesse social e, de outro, a assegurar a coexistência harmoniosa das liberdades, pois nenhum direito ou garantia pode ser exercido em detrimento da ordem pública ou com desrespeito aos direitos e garantias de terceiros”.*³⁶¹

Aliás, como bem lembra Silva, práticas criminosas de âmbito internacional e nacional estão dando conta de que o Estado cada vez mais precisa adotar medidas de gestão excepcional em face disto, sob pena de perder a guerra contra elas. Para tanto, tem-se visto, dentre outras experiências, ocorrer a adaptação normativa e casuística de instrumentos processuais de investigação policial e judicial na *busca e colheita da prova ao desenvolvimento tecnológico e à alteração do padrão de comportamento adotado pelas organizações criminosas.*³⁶²

Supremo Tribunal Federal. In Revista de Direito Tributário, Constitucional e Administrativo. Repertório de Jurisprudência IOB, nº5/2003. 1ª quinzena de março de 2003. São Paulo: IOB, 2003, p.183. Grifo nosso. Lembra ainda o autor que: *A Corte Constitucional alemã reconheceu, expressamente, que: “tendo em vista a unidade da Constituição e a defesa da ordem global de valores por ela pretendida, a colisão entre direitos individuais de terceiros e outros valores jurídicos de hierarquia constitucional pode legitimar, em casos excepcionais, a imposição de limitações a direitos individuais não submetidos explicitamente à restrição legal expressa.”*

361 MS 23.452/RJ, Rel. Min. Celso de Mello, julgado em 16 de setembro de 1999. O STF tem assim se posicionado em diversas outras causas, dando relevo ao interesse público em face de interesses individuais ou corporativos, como ocorreu no caso envolvendo a regulação de preços de mensalidades escolares (RE 332545, São Paulo, julgado em 06/05/2005); o caso da *farra do boi* (RE 153.531, Relator Ministro Marco Aurélio, Lex-STF 239, nº192 (208)). Grifo nosso.

362 SILVA, Eduardo Araújo. *Crime Organizado: Procedimento Probatório.* São Paulo: Atlas, 2003, p.48: Alerta ainda o autor para o fato de que *não se trata, pois, de suprimir garantias processuais arduamente conquistadas nos séculos passados, mas de*

Por certo que não estamos falando da adoção de práticas estatais de persecução penal autoritárias e que desrespeitem as conquistas do Direito Penal Moderno – como já fizemos referência –, mas tão somente adotar políticas públicas, estruturas normativas e práticas investigativas (da polícia judiciária e da instrução processual jurisdicional) que busquem índices mais altos de efetividade e eficácia à proteção da Sociedade como um todo e dos indivíduos que respeitam a lei.

Então vejamos, agora, como se encontra regulado o tema do que estamos chamando de responsabilidade penal do patrimônio ilícito em perspectiva material e processual, tanto no cenário internacional como nacional.

IV Marcos Normativos Internacionais e Nacionais do Direito Penal e Processual Penal do Patrimônio Ilícito em suas dimensões preventivas e curativas

Para fins de tornar mais didática a abordagem desses temas, optamos por dividir nossa reflexão a partir de dois momentos distintos, um primeiro destinado à análise de algumas experiências internacionais (doutrinárias, normativas e jurisdicionais) sobre os temas propostos; em seguida faremos o enfrentamento das realidades igualmente normativa, doutrinária e jurisprudencial brasileiras, verificando em que medida há congruências e distanciamentos sobre os pontos vergastados.

IV.a Algumas experiências internacionais

No âmbito internacional já há tempo que se vem buscando incrementar políticas de melhor e maior enfrentamento do crime através da adoção de normas processuais preventivas e curativas em

*compatibilizá-las – ou flexibilizá-las, na expressão de Jesús-María Silva Sanches – ao novo paradigma criminal imposto pelas características da criminalidade organizada. Ver também os textos de: (i) COSTA, José de Faria. *Direito Penal e Globalização – reflexões locais e pouco globais*. Coimbra: Coimbra Editora, 2010; (ii) COSTA, José de Faria. *Linhas de Direito Penal e de Filosofia: alguns cruzamentos reflexivos*. Coimbra: Coimbra Editora, 2005.*

face das consequências trágicas que tais comportamentos delituosos têm empreendido às comunidades em geral.

Podemos referir que alguns dos grandes momentos europeus de abordagem e regulação da matéria discutida aqui são os referentes aos da: (1) Convenção de Viena, contra o tráfico ilícito de entorpecentes e substâncias psicotrópicas, de 20/12/1988, incorporada no sistema jurídico brasileiro através do Decreto nº154, de 26/06/1991, com a aprovação do Congresso Nacional pelo Decreto Legislativo nº162, de 14/06/1991; (2) Convenção de Palermo, contra o Crime Organizado Transnacional, de 15/11/2000, incorporada no sistema jurídico brasileiro através do Decreto nº5.015, de 12/03/2004, com a aprovação do Congresso Nacional pelo Decreto Legislativo nº231, de 29/05/2003; (3) Convenção de Mérida, contra a Corrupção, de 31/10/2003, incorporada no sistema jurídico brasileiro através do Decreto nº5.687, de 31/01/2006, com a aprovação do Congresso Nacional pelo Decreto Legislativo nº348, de 18/05/2005.³⁶³

Em tais documentos já se esboçavam conceitos importantes que irão ser trabalhados com maior expansão a partir daí pelo Direito Penal e Processual Penal ocidental, notadamente envolvendo as categorias de bens e produtos do crime, sistemas de apreensão preventiva, embargo preventivo ou bloqueio de patrimônio envolvido com os delitos praticados.

No ano de 1997, o Conselho Europeu de Amsterdã estabeleceu a recomendação de nº26, no plano de ação do chamado grupo de alto nível Crime Organizado, buscando o reforço da identificação e apreensão de produtos do crime, sendo que a União Europeia - UE tem se ocupado, em especial, dos casos envolvendo a perda de bens decorrente de atos criminosos, basta vermos algumas resoluções de seu Conselho, como a Ação Comum nº98/699/AI, de 03/12/1998, decorrente do plano de ação do grupo de alto nível sobre crime organizado referido. Neste documento, ficou consignado que os Estados-

363 Não que tais documentos tenham sido os primeiros, eis que o Conselho da Europa, já em 24/11/1983, através do Convênio nº116, firmado em Estrasburgo, orientou seus Estados-Membros que previssem em seus sistemas normativos medidas aptas a restaurar situações jurídicas violadas pelo cometimento de delitos, conforme registra o trabalho de FANEGO, Coral Aranguena. *Teoría general de las medidas cautelares reales en el proceso penal español*. Barcelona: JMB, 1991.

membros devem garantir que a sua legislação e procedimentos em matéria de perda dos produtos do crime permitam também decretar a perda dos bens cujo valor corresponda a tais produtos, tanto no quadro de procedimentos meramente internos como de procedimentos instaurados a pedido de outro Estado-membro, incluindo os pedidos de execução de ordens de perdas estrangeiras (art.1º.2).³⁶⁴ Ainda em 1998 a UE instituiu a *Rede Judiciária Europeia*, nos termos do art.1º, da Ação Comum nº98/428/JAI, de 29/06/1998, do Conselho da UE, formatando redes de cooperação entre os Estados-Membros para fins de combater o crime organizado.

De igual sorte a Decisão-Quadro nº2006/783/JAI, do Conselho da União Europeia – CUE, de 06/10/2006, ocupando-se da aplicação do princípio do reconhecimento mútuo às decisões de perda de bens por conta de atos criminosos praticados nos países que a constituem. Neste documento, o CUE reconhece que o branqueamento de capitais é o cerne da criminalidade organizada, pelo que deverá ser erradicado onde quer que ocorra, decidindo que devem ser tomadas medidas concretas para detectar, congelar, apreender e declarar perdidos os produtos do crime decorrentes de tais ações.³⁶⁵

Também a Diretiva 42/2014, de 03/04/2014, do Parlamento Europeu e do Conselho da Europa, foi muito importante no tratamento desses temas, isto porque parte da premissa de que:

A criminalidade internacional organizada, incluindo organizações criminosas do tipo máfia, tem por principal objetivo o lucro. Por conseguinte, as autoridades competentes deverão dispor dos meios

364 Refere tal documento também sobre a importância de os Estados-Membros adotarem todas as medidas necessárias para reduzir ao mínimo os riscos de dissipação dos bens, inclusive tomando providências para garantir que os bens que são objeto de um pedido de outro Estado-membro sejam rapidamente congelados ou apreendidos, a fim de impedir que fique sem efeito um posterior pedido para efetivação da perda. A partir desta realidade a Comunidade Europeia tem instituído vários instrumentos normativos voltados ao enfrentamento do problema, a saber, exemplificativamente: Ação Comum 98/699/JAI, Decisão-Quadro 2001/500/JAI do Conselho, Decisão-Quadro 2003/577/JAI do Conselho, Decisão-Quadro 2005/212/JAI do Conselho e Decisão-Quadro 2006/783/JAI do Conselho.

365 No documento ficou reconhecido também que as partes podem recusar pedidos de execução da perda se, entre outros motivos, a infração a que se refere o pedido não constituir uma infração nos termos da lei da parte requerida, ou se a lei da parte requerida não previr a perda para o tipo de infração a que se refere o pedido.

*necessários para detectar, congelar, administrar e decidir a perda dos produtos do crime. Todavia, para prevenir eficazmente e combater a criminalidade organizada haverá que neutralizar os produtos do crime, alargando, em certos casos, as ações desenvolvidas a quaisquer bens que resultem de atividades de natureza criminosa.*³⁶⁶

Este documento alerta que os grupos criminosos organizados ignoram as fronteiras e adquirem cada vez mais ativos em Estados-Membros que não aqueles em que estão baseados e em países terceiros. Faz-se cada vez mais sentir a necessidade de uma cooperação internacional eficaz em matéria de recuperação de ativos e de auxílio judiciário mútuo. Lembra também que o chamado Programa de Estocolmo e as conclusões do Conselho Justiça e Assuntos Internos sobre a perda e a recuperação de ativos, adotadas em junho de 2010, sublinham a importância de maior eficácia na identificação, perda e reutilização de bens de origem criminosa.

Um dado importante trazido por esta Diretiva é a ampliação e esclarecimento do conceito de **produtos do crime** de modo a incluir não só o produto direto das atividades criminosas, mas também todos os seus ganhos indiretos, incluindo o reinvestimento ou a transformação posterior de produtos diretos. *Assim, o produto pode incluir quaisquer bens, inclusive os que tenham sido transformados ou convertidos, no todo ou em parte, noutros bens, e os que tenham sido misturados com bens adquiridos de fonte legítima, no montante correspondente ao valor estimado do produto do crime que entrou na mistura.*³⁶⁷

Tal medida intensifica o compromisso de criar mecanismos mais efetivos de combate ao crime organizado e mesmo à corrup-

366 Item 1, dos Considerandos, da Diretiva 42/2014, de 03/04/2014, do Parlamento Europeu e do Conselho da Europa, lembrando que a primeira tipologia de criminalidade que este documento indica como alvo de seus fins é o referido pela Convenção estabelecida com base no artigo K.3, n.º 2, alínea c), do Tratado da União Europeia, relativa à luta contra a corrupção em que estejam implicados funcionários das Comunidades Europeias ou dos Estados-Membros da União Europeia (art.3º, alínea a, da Diretiva).

367 Item 11, da Diretiva 42/2014, documento citado. Destaca este item que pode igualmente o conceito de produto do crime *incluir o rendimento ou outros ganhos derivados do produto do crime, ou dos bens em que esse produto tenha sido transformado, convertido ou misturado*. Ver igualmente o art.2º, item nº1.

ção, o que à proteção dos bens jurídicos penais transindividuais ganha mais relevo, eis que muitas vezes suas violações são perpetradas por estratégias de pessoas físicas e jurídicas envolvendo a lavagem de dinheiro, evasão de divisas, o descaminho, dentre outros.

No âmbito destas preocupações e medidas é que surge a perspectiva do que se tem nominado de perda alargada, ou seja, *os grupos criminosos desenvolvem uma grande diversidade de atividades criminosas. Para combater eficazmente a atividade criminosa organizada, pode haver situações em que seja conveniente que a uma condenação penal se siga a perda não apenas dos bens associados ao crime em questão, mas também de bens que o tribunal apure serem produto de outros crimes. Esta abordagem corresponde à noção de «perda alargada»*.³⁶⁸

Mas que bens podem se submeter a esta perda alargada? Os ativos de qualquer espécie, corpóreos ou incorpóreos, móveis ou imóveis, bem como documentos legais ou atos comprovativos da propriedade desses ativos ou dos direitos com eles relacionados, nos termos do art.2º, item nº2, da Diretiva sob comento. Claro que a UE optou por operar com regime de congelamento e perda de bens a partir de rol mais fechado de infrações penais, tais como a corrupção no setor público e privado, a contrafação de moeda, o terrorismo, a lavagem de dinheiro, o tráfico de drogas, os ataques a sistemas

368 Item 19, da Diretiva 42/2014. Refere o documento, em seu item 24: *A prática de os suspeitos ou arguidos transferirem os seus bens para terceiros com conhecimento de causa, de modo a evitar a sua perda, é muito comum e cada vez mais generalizada. O quadro jurídico da União em vigor não contém regras vinculativas em matéria de perda de bens transferidos para terceiros. Por conseguinte, afigura-se cada vez mais necessário autorizar a perda dos bens transferidos para terceiros ou por eles adquiridos. A aquisição por terceiros abrange as situações em que, por exemplo, os bens tenham sido direta ou indiretamente adquiridos por um terceiro ao suspeito ou arguido, nomeadamente através de um intermediário, inclusive quando a infração tenha sido cometida em seu nome ou em seu benefício e quando o arguido não possuir bens suscetíveis de perda. Deverá ser possível decidir a perda pelo menos nos casos em que o terceiro saiba ou deva saber que a transferência ou aquisição teve por objetivo evitar a perda, com base em circunstâncias e factos concretos, inclusive no facto de a transferência ter sido efetuada a título gracioso ou em troca de um montante substancialmente inferior ao do valor de mercado. As regras relativas à perda de bens de terceiros dever-se-ão aplicar tanto a pessoas singulares como a pessoas coletivas. Em qualquer dos casos, os direitos de terceiros de boa-fé não deverão ser lesados.*

de informação, o tráfico de seres humanos, o abuso sexual, a exploração sexual de criança e pornografia infantil.³⁶⁹

Outra medida preconizada por esta Diretiva é o congelamento de bens, efetivamente de natureza cautelar já que a perda dos bens implica privação definitiva do mesmo, sendo que o escopo do congelamento é justamente evitar o desaparecimento dos bens por parte da criminalidade enquanto se discute, no âmbito do devido processo legal³⁷⁰, a origem e função dos bens congelados.³⁷¹ O congelamento de bens aqui vem definido como a proibição temporária de transferir, destruir, converter, alienar ou movimentar um bem ou de exercer temporariamente a guarda ou o controlo do mesmo (art.2º, item nº5).

Preocupada em constituir diretrizes mais uniformes aos Estados-Membros, a UE regulamentou minimamente regras para que estes reconheçam e executem, em seus territórios, decisões de con-

369 Ver os termos da Decisão-Quadro nº212/2005, do Conselho da União Europeia – depois revogado pela Diretiva 42/2014, mas bastante elucidativo em face dos delitos referidos. Também ver recente artigo de SPINA, Maria Pia. *Decreto legislativo 21 giugno 2016, n. 125 – Attuazione della Direttiva 2014/62/UE sulla protezione mediante il diritto penale dell'euro e di altre monete contro la falsificazione e che sostituisce la Decisione Quadro 2000/383/gai (in g.u. 12.7.2016, n. 161)*. In <http://www.lalegislazionepenale.eu/wp-content/uploads/2016/12/approfondimenti-spina.pdf>, acesso em 10/01/2017.

370 Entenda-se por devido processo legal, dentre outras exigências, as determinadas pelas Diretivas: (i) nº 2012/13/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 22 de maio de 2012, relativa ao direito à informação em processo penal (JO L 142 de 1.6.2012, p. 1); (ii) nº 2013/48/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 22 de outubro de 2013, relativa ao direito de acesso a um advogado em processo penal e nos processos de execução de mandados de detenção europeus, e ao direito de informar um terceiro quando da privação de liberdade e de comunicar, numa situação de privação de liberdade, com terceiros e com as autoridades consulares (JO L 294 de 6.11.2013, p. 1). Ver ainda os seguintes documentos internacionais: (i) Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, art.14; (ii) Convenção Europeia dos Direitos do Homem, art.6º; (iii) Convenção Americana sobre os Direitos do Homem, art.8º; (iv) Declaração Universal dos Direitos Humanos, art.XI.

371 Item 26, da Diretiva 42/2014, documento citado. Aduz a Diretiva que: *Atendendo às restrições ao direito de propriedade impostas pelas decisões de congelamento, tais medidas provisórias não deverão manter-se em vigor mais tempo do que o necessário para salvaguardar a disponibilidade dos bens tendo em vista uma eventual decisão de perda subsequente. Tal poderá obrigar o tribunal a reapreciar o caso para se certificar de que o objetivo de prevenção do desaparecimento dos bens continua válido, o que vai ao encontro das garantias constitucionais e infraconstitucionais dos investigados/acusados.*

gelamento tomada por outros Estados, nos termos da Decisão-Quadro 2003/577/JAI, de 22/07/2003, notadamente quando: (i) o terceiro sabia, ou devia saber, que a transferência ou a aquisição teve por objeto evitar a perda; (ii) os produtos ou bens tenham sido transferidos a título gratuito ou a um preço substancialmente inferior ao seu valor de mercado.³⁷²

Avançou ainda mais a Diretiva 42/2014, da UE, quando, em seu art.6º, determinou a possibilidade da perda de bens de terceiros, com o fim de reprimir a má-fé do acusado e de terceiros em face da transferência de bens fraudulentos com a intenção de evitar o seu confisco, congelamento e perda, assim referindo:

Os Estados-Membros tomam as medidas necessárias para permitir a perda dos produtos ou dos bens cujo valor corresponda a produtos que, direta ou indiretamente, foram transferidos para terceiros por um suspeito ou arguido, ou que foram adquiridos por terceiros a um suspeito ou arguido, pelo menos nos casos em que o terceiro sabia ou devia saber que a transferência ou a aquisição teve por objetivo evitar a perda, com base em circunstâncias e factos concretos, nomeadamente o facto de a transferência ou aquisição ter sido feita a título gracioso ou em troca de um montante substancialmente inferior ao do valor de mercado.

É interessante notar que, mesmo sendo estes institutos de intervenção na propriedade por conta da prática de atos criminosos extremamente invasivos e restritivos de Direitos e Garantias Fundamentais, no ordenamento normativo europeu avaliado, a sua aplicação não se demanda critérios atinentes exclusivamente à culpabilidade, mas também em face da não tolerância diante do crime e do enriquecimento ilícito.

Por tais fundamentos e outros mais é que Portugal instituiu sua Lei nº5/2002, de 11/01/2002, estabelecendo regime especial de recolha de prova, quebra do segredo profissional e perda de bens

³⁷² Alerta este documento, nos itens 4 e 5, dos Considerandos, que: (4) *A cooperação entre os Estados-Membros, que se baseia no princípio do reconhecimento mútuo e na execução imediata das decisões judiciais, pressupõe confiança em que as decisões a reconhecer e a aplicar sejam sempre tomadas em conformidade com os princípios da legalidade, da subsidiariedade e da proporcionalidade.* (5) *Deverão ser preservados os direitos conferidos às partes e a terceiros interessados de boa fé.* Grifos nossos.

a favor do Estado para alguns crimes específicos, dentre os quais, a corrupção passiva e ativa, o peculato, a participação econômica em negócio e o branqueamento de capitais.³⁷³ Em seu art.7º, 2, a norma estabelece qual o patrimônio que pode ser alcançado por ela e, em face de sua amplitude, percebemos o quão longe foi o Estado Português na luta contra este tipo de criminalidade, o que veio a ser ratificado por suas cortes de justiça:

Para efeitos desta lei, entende-se por património do arguido o conjunto dos bens: a) Que estejam na titularidade do arguido, ou em relação aos quais ele tenha o domínio e o benefício, à data da constituição como arguido ou posteriormente; b) Transferidos para terceiros a título gratuito ou mediante contraprestação irrisória, nos cinco anos anteriores à constituição como arguido; c) Recebidos pelo arguido nos cinco anos anteriores à constituição como arguido, ainda que não se consiga determinar o seu destino.

Consideram-se sempre como vantagens de actividade criminosa os juros, lucros e outros benefícios obtidos com bens que estejam nas condições previstas no artigo 111.º do Código Penal.³⁷⁴

A jurisprudência dos tribunais portugueses já fez constar que são pressupostos do decretamento de medidas cautelares (no caso, o arresto, art.10º, da Lei 5/2002) para garantia da perda alargada de bens a favor do Estado, **a existência de fortes indícios:** (i) da prática de um dos crimes do artº 1º, da Lei 5/2002; (ii) da desconformidade do património do arguido com o rendimento lícito (incongruência), sendo que as tais medidas podem ser mantidas até que seja proferida decisão final absolutória (art.11º, 3, da Lei 5/2002), ou até que seja

³⁷³ Ver a lei completa no sitio http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=147&tabela=leis&so_miolo=, acesso em 06/12/2016.

³⁷⁴ É de se registrar, entretanto, que o art.9º, do mesmo diploma legal, prevê que: *1 – Sem prejuízo da consideração pelo tribunal, nos termos gerais, de toda a prova produzida no processo, pode o arguido provar a origem lícita dos bens referidos no n.º 2 do artigo 7.º 2 – Para os efeitos do número anterior é admissível qualquer meio de prova válido em processo penal. 3 – A presunção estabelecida no n.º 1 do artigo 7.º é ilidida se se provar que os bens: a) Resultam de rendimentos de actividade lícita; b) Estavam na titularidade do arguido há pelo menos cinco anos no momento da constituição como arguido; c) Foram adquiridos pelo arguido com rendimentos obtidos no período referido na alínea anterior. 4 – Se a liquidação do valor a perder em favor do Estado for deduzida na acusação, a defesa deve ser apresentada na contestação. Se a liquidação for posterior à acusação, o prazo para defesa é de 20 dias contados da notificação da liquidação. 5 – A prova referida nos n.os 1 a 3 é oferecida em conjunto com a defesa.* Grifo nosso.

proferida decisão de perda e o arguido pague voluntariamente o valor da incongruência, podendo manter-se para além da decisão final condenatória (art.12º, 4, da Lei 5/2002), não sendo afetado por outra vicissitude processual que não aquelas.³⁷⁵

É tão incisiva essa normativa que, nos crimes tratados por ela, o segredo profissional dos membros dos órgãos sociais das instituições de crédito, sociedades financeiras, instituições de pagamento e instituições de moeda eletrônica, dos seus empregados e de pessoas que a elas prestem serviço, bem como o segredo dos funcionários da administração fiscal podem ser alcançados pela investigação judicial, basta que o Poder Judiciário apresente razões para crer que as respetivas informações têm interesse para a descoberta da verdade (art.2º, da Lei 5/2002).³⁷⁶

É certo que a norma sob comento exige decisão judicial à constituição da perda alargada referida, dispondo seu art.7º que, *em caso de condenação pela prática de crime referido no artigo 1.º, e para efeitos de perda de bens a favor do Estado, presume-se constituir vantagem de actividade criminosa a diferença entre o valor do património do arguido e aquele que seja congruente com o seu rendimento lícito*. E nem poderia ser diferente, eis que se trata de violação do direito constitucional de propriedade o instituto da perda patrimonial. Sobre o ponto já teve oportunidade de se manifestar o Tribunal de Apelação do Porto, nos seguintes termos:

A perda de bens determinada pelo art. 7.º, n.º 1, da Lei n.º 5/2012, de 11 de janeiro, não incide propriamente sobre bens determinados, mas sobre o valor correspondente á diferença entre o valor do património do arguido e aquele que seja congruente com o seu rendimento lícito.

O Ministério Público deve proceder á liquidação do património incongruente («o montante apurado como devendo ser perdido a

375 Conforme Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 15-04-2015, Processo nº1669/12.3 – JAPRT.

376 E mais, uma vez solicitado documentos e informações pela autoridade judiciária a estas pessoas físicas ou jurídicas, e não atendida no prazo estipulado pela norma, *ou houver fundadas suspeitas de que tenham sido ocultados documentos ou informações, a autoridade judiciária titular da direcção do processo procede à apreensão dos documentos, mediante autorização, na fase de inquérito, do juiz de instrução*. (art.3º, 3, da Lei 05/2002).

favor do Estado» - art. 8.º, n.º 1), em incidente de liquidação enxertado no processo penal, e promover a sua perda a favor do Estado.

Para decidir a liquidação, o tribunal tem em consideração toda a prova produzida no processo.

A base de partida é o património do arguido, todo ele, pois o conceito é utilizado no art. 7.º numa perspectiva omnicompreensiva, de forma a abranger não só os bens de que o arguido seja formalmente titular (do direito de propriedade ou de outro direito real), mas também aqueles de que ele tenha o domínio de facto e de que seja beneficiário (é dizer, os bens sobre os quais exerça os poderes próprios do proprietário), á data da constituição como arguido ou posteriormente.

Para este efeito, incluem-se, no património do arguido, os bens transferidos para terceiros de forma gratuita ou através de uma contraprestação simbólica nos cinco anos anteriores á constituição de arguido e os por ele recebidos no mesmo período.

Apurado o valor do património, há que confrontá-lo com os rendimentos de proveniência comprovadamente lícita, auferidos pelo arguido naquele período. Se desse confronto resultar um «valor incongruente», não justificado, incompatível com os rendimentos lícitos, é esse montante da incongruência patrimonial que poderá ser declarado perdido a favor do Estado.

Para garantir a efetiva perda desse valor incongruente, pode o Ministério Público requerer ao juiz que decrete o arresto de bens do arguido.

O arresto pode incidir sobre bens de que formalmente é titular um terceiro.

*O titular de direitos afetados pela decisão pode, tal como o arguido, ilidir a presunção do art. 7.º, n.º 1, da Lei n.º 5/2002, nomeadamente provando (através da demonstração inteligível dos fluxos económico-financeiros na origem das aquisições em causa) que os bens foram adquiridos com proventos de actividade lícita.*³⁷⁷

É nítida, pois, a intenção de buscar coibir a retroalimentação do crime organizado com tais medidas, bloqueando seu património ou fonte de rendas que serve exatamente para viabilizar a organiza-

377 Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 17-09-2014, processo 1653/12.2 – JAPRT. Ainda referiu o Tribunal que, *para quantificar os rendimentos lícitos não basta a prova de que o arguido durante o período em causa exerceu actividade profissional ou auferiu rendimentos de trabalho, sendo necessário demonstrar os rendimentos daí resultantes para afastar a presunção do valor incongruente a declarar perdido*.

ção, inteligência, logística e estratégias de ação cada vez mais sofisticadas de condutas criminais lesivas tanto de interesses individuais como transindividuais.

E o Tribunal Constitucional Português já decidiu não julgar inconstitucional a norma constante do n.º 1, do artigo 7.º, da Lei n.º 5/2002, de 11 de janeiro, a qual estabelece que, no caso de condenação pelo crime de lenocínio, [...] para efeitos de perda de bens a favor do Estado, presume-se constituir vantagem de atividade criminosa a diferença entre o valor do património do arguido e aquele que seja congruente com o seu rendimento lícito.³⁷⁸ É óbvio que é dado ao acusado/condenado o direito de provar a origem lícita do património investigado, conforme dispõe o art.9º, da Lei 5/2002.

Da mesma forma o Código Penal Espanhol tratou destes temas para alguns crimes, tais como a corrupção nos negócios, o branqueamento de capitais, os crimes contra a fazenda pública e a seguridade social, os crimes de malversação, em seu art.127 e seguintes, com a figura do *decomiso*, no seguinte teor:

Toda pena que se imponga por un delito doloso llevará consigo la pérdida de los efectos que de él provengan y de los bienes, medios o instrumentos con que se haya preparado o ejecutado, así como de las ganancias provenientes del delito, cualesquiera que sean las transformaciones que hubieren podido experimentar.

En los casos en que la ley prevea la imposición de una pena privativa de libertad superior a un año por la comisión de un delito imprudente, el juez o tribunal podrá acordar la pérdida de los efectos que provengan del mismo y de los bienes, medios o instrumentos con que se haya preparado o ejecutado, así como de las ganancias provenientes del delito, cualesquiera que sean las transformaciones que hubieran podido experimentar.

Si por cualquier circunstancia no fuera posible el decomiso de los bienes señalados en los apartados anteriores de este artículo, se acordará el decomiso de otros bienes por una cantidad que corresponda al

378 Acórdão do Tribunal Constitucional n.º101/2015, publicado no Diário da República, II Série, de 26-03-2015. Ver igualmente o Acórdão n.º 392/2015 do Tribunal Constitucional, in Diário da República n.º 186/2015, Série II, de 2015-09-23, julgando constitucionais as normas constantes dos artigos 7.º e 9.º, n.os 1, 2 e 3, da Lei n.º 5/2002, de 11 de janeiro, respeitantes ao regime probatório da factualidade subjacente à perda alargada de bens a favor do Estado.

*valor económico de los mismos, y al de las ganancias que se hubieran obtenido de ellos. De igual modo se procederá cuando se acuerde el decomiso de bienes, efectos o ganancias determinados, pero su valor sea inferior al que tenían en el momento de su adquisición.*³⁷⁹

É interessante que o juiz, também na Espanha, adotará como critério de decretação do *decomiso* de determinados bens o que a norma chama de indícios objetivos fundados, sem aclarar o que isto signifique – tal qual a norma portuguesa anteriormente referida –, tão somente dispondo o art.127, bis, que estes indícios devem ser, especialmente (ou seja, não exclusivamente), valorados a partir dos seguintes elementos:

1.º La desproporción entre el valor de los bienes y efectos de que se trate y los ingresos de origen lícito de la persona condenada.

2.º La ocultación de la titularidad o de cualquier poder de disposición sobre los bienes o efectos mediante la utilización de personas físicas o jurídicas o entes sin personalidad jurídica interpuestos, o paraísos fiscales o territorios de nula tributación que oculten o dificulten la determinación de la verdadera titularidad de los bienes.

*3.º La transferencia de los bienes o efectos mediante operaciones que dificulten o impidan su localización o destino y que carezcan de una justificación legal o económica válida.*³⁸⁰

Registre-se que é sob a base normativa deste art.127, bis, que se impôs o *decomiso ampliado* espanhol (a perda alargada portuguesa), afigurando-se como emblemática as razões dispostas nas exposições de motivos da Lei 01/2015, que veio a modificar o Código Penal Espanhol nestes aspectos, a saber:

Frente al decomiso directo y el decomiso por sustitución, el decomiso ampliado se caracteriza, precisamente, porque los bienes o efectos

379 Código Penal Espanhol, acesso pelo sitio http://noticias.juridicas.com/base_datos/Penal/lo10-1995.11t6.html, em 06/12/2016.

380 Art.127, bis, do Código Penal Espanhol, fonte citada. Dispõe ainda o art.127, quater, do mesmo diploma, que: *Se presumirá, salvo prueba en contrario, que el tercero ha conocido o ha tenido motivos para sospechar que se trataba de bienes procedentes de una actividad ilícita o que eran transferidos para evitar su decomiso, cuando los bienes o efectos le hubieran sido transferidos a título gratuito o por un precio inferior al real de mercado.* Ver a crítica que faz a esta disposição o trabalho de GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis. (dir.) *Comentarios a la reforma del Código Penal de 2015*. Barcelona: Tirant lo Blanch, 2015.

*decomisados provienen de otras actividades ilícitas del sujeto condenado, distintas a los hechos por los que se le condena y que no han sido objeto de una prueba plena. Por esa razón, el decomiso ampliado no se fundamenta en la acreditación plena de la conexión causal entre la actividad delictiva y el enriquecimiento, sino en la constatación por el juez, sobre la base de indicios fundados y objetivos, de que han existido otra u otras actividades delictivas, distintas a aquellas por las que se condena al sujeto, de las que deriva el patrimonio que se pretende decomisar. Véase que la exigencia de una prueba plena determinaría no el decomiso de los bienes o efectos, sino la condena por aquellas otras actividades delictivas de las que razonablemente provienen. El decomiso ampliado no es una sanción penal, sino que se trata de una institución por medio de la cual se pone fin a la situación patrimonial ilícita a que ha dado lugar la actividad delictiva. Su fundamento tiene, por ello, una naturaleza más bien civil y patrimonial, próxima a la de figuras como el enriquecimiento injusto.*³⁸¹

O Tribunal Europeu de Direitos Humanos – TEDH, no caso *Dassa Foundation x Liechtenstein*, já teve oportunidade de dizer que o decomiso sem condenação não tem natureza propriamente penal, eis que não possui como fundamento neural a imposição de sanção ajustada à culpabilidade pelo fato criminoso conseqüente, mas é mais comparável à restituição do enriquecimento ilícito decorrente da ação delituosa, notadamente porque o decomiso se limita ao enriquecimento indevido e real do beneficiado pelo cometimento do delito.³⁸²

Em relação a qualquer das modalidades de decomiso mencionadas no Código Penal Espanhol, o art.127, octies, prevê que: *A fin de garantizar la efectividad del decomiso, los bienes, medios, instrumentos y ganancias podrán ser aprehendidos o embargados y puestos en depósito por la autoridad judicial desde el momento de las primeras diligencias*, exatamente para os fins de serem tomadas todas as

381 Idem.

382 Decisão 696/2005, do Tribunal Europeu de Direitos Humanos. In <http://www.derechoshumanos.net/tribunales/TribunalEuropeoDerechosHumanos-TEDH.htm>, acesso em 06/12/2016. Ver também o excelente trabalho de VALLEJO, Manuel Jaén § PÉREZ, Ángel Luis Perrino. *La recuperación de activos frente a la corrupción*. Madrid: Dykinson, 2012.

cauteladas no sentido de não permitir que o patrimônio envolvido nos atos criminosos sejam desviados ou manipulados ilicitamente.

Na Itália, em especial envolvendo o tema das organizações mafiosas, criou-se vários dispositivos antimáfia, inclusive alcançando a questão da perda de bens pela via do confisco, reconhecendo o TEDH a legitimidade e legalidade do caráter preventivo destas medidas, não caracterizando violação ao direito de propriedade ou mesmo da presunção de inocência³⁸³, eis que se buscava coibir o uso de bens para retroalimentar as redes delitivas envolvidas na espécie.³⁸⁴

Como lembra Tiago Cintra, alguns outros países europeus também tem adotado a perda alargada de bens oriundos da criminalidade fundado na premissa de que estes têm potencial capacidade de servir como alavanca patrimonial à consecução de outros fins ilícitos, tais como: (i) a Suíça, em seu art.72, do Código Penal; (ii) a Áustria, no art.20, de seu Código Penal; (iii) a Inglaterra, quanto trata das ações de organização terrorista, nos termos da seção 13, do seu *Prevention of Terrorism Act*, de 1989, alcançando inclusive pessoas jurídicas.³⁸⁵

383 O TEDH decidiu esta questão em vários casos, dentre os quais: (i) *Philips v. Reino Unido*, no acórdão de 05/07/2001; (ii) *Geerings v. Holanda*, no acórdão de 01/03/2007. Em tais casos, houve a oportunidade do TEDH sustentar a tese de que, em casos de crime organizado e seus tentáculos amplíssimos, impõem-se a equalização entre a presunção de inocência e o da culpabilidade existente na presunção de ilicitude de determinados bens relacionados, direta indiretamente, com atividades ilícitas de alta complexidade, situações nas quais a existência de indícios substantivos serem suficientes a medidas inclusive acautelatórias, adotando-se, nestes casos, o standard da prevalência da probabilidade de ilicitude dos bens.

384 Anna Maria Maugeri lembra que foi de extrema importância o TEDH ter reconhecido que o chamado confisco antimáfia representava ação preventiva mais do que punitiva no combate à criminalidade, tendo tido oportunidade de ratificar tal posição em diversos julgados, dentre os quais: (i) *Guzzardi v. Itália*, no acórdão de 06/11/1980; (ii) *Raimondo v. Itália*, em acórdão de 22/02/1994; (iii) *Ciulla v. Itália*, no acórdão de 22/02/1999; (iv) *Prisco v. Itália*, em acórdão de 15/06/1999; (v) *Bozellari e Rizza v. Itália*, no acórdão de 13/11/2007. MAUGERI, Anna Maria. *I modelli di sanzioni patrimoniale nel diritto comparato*. In MAUGERI, Anna Maria (a cura de). *Le sanzioni patrimoniale come moderno strumento di lotta contro il crimine: reciproco riconoscimento e prospettiva di armonizzazione*. Milano: Giuffrè, 2008, p.180 e seguintes.

385 ESSADO, Tiago Cintra. *A perda de bens e o novo paradigma para o processo penal brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015, p.174. Lembra o autor que o foco destes modelos não é a origem criminosa dos bens, mas o seu presumido emprego ilícito,

É tão grave esta situação, que recentemente os jornais italianos divulgaram que:

Europol ha pubblicato l'elenco dei criminali più ricercati in Europa; Interpol ha aggiornato gli Avvisi Rossi. Entrambe agenzie individuano i grandi nemici della società: terroristi e mafiosi. Nei due elenchi non appaiono altri pericoli pubblici, per esempio i responsabili di reati concepiti in grattacieli vetro e acciaio.

Reati perpetrati davanti a ettari di schermi policromatici Beno, con grafici e tabelle. L'elenco di questi crimini spaventa: manipolazione dei tassi di cambio e d'interesse, riciclaggio, frode, falsa fatturazione, evasione fiscale, aggrigotaggio, vendita di derivati tossici, schemi a piramide Ponzi, violazione delle sanzioni, rischi eccessivi coi risparmi altrui, abuso dei mutuatari - e naturalmente, usura. Delitti che generano un enorme bottino (calcolato freddamente, valutando rendimenti attesi contro l'eventuale penalità), sottratto a un enorme numero di vittime. Secondo le Nazioni Unite la crisi del 2008, frutto della speculazione finanziaria, è costata 1.100 miliardi di dollari in termini di occupazione e produção persa, e ha estorto ai tesori nazionali 430 miliardi de dollari per assistere (a volte, nazionalizzare) le istituzioni fallimentari.³⁸⁶

Da mesma forma os recentes atos de terrorismo ocorridos em França fizeram com que o Estado ampliasse políticas públicas de segurança preventiva e curativa no seu território, tendo de administrar isto com as diretivas da Comunidade Europeia sobre Direitos Humanos, pois foi preciso criar mecanismos de investigação que flexibilizaram algumas garantias dos cidadãos europeus, principalmente no sentido de averiguações e inspeções pessoais e residenciais.³⁸⁷

inexistindo a necessidade de se provar o nexo causal entre a origem do bem com a ação criminosa. Por outro lado, lembra o autor também que há explícita tendência do continente europeu adotar medida de natureza administrativa e civil para o enfrentamento da macrocriminalidade, aliás como fomentado pela Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, adotada pela sua Assembleia-Geral em 31/10/2003, e ratificada pelo Brasil em 09/12/2003. (p.159).

386 Matéria publicada no jornal La Stampa, em 10/06/2016, localizada no sitio: <http://www.lastampa.it/2016/06/10/italia/cronache/la-pi-grande-industria-il-riciclaggio-di-denaro-/pagina.html>, acesso em 27/12/2016.

387 Ver o texto de RENUCCI, Jean-François. État d'urgence: la france s'autorise a déroger a la convention EDH. In http://www.lalegislationepenale.eu/wp-content/uploads/2015/12/editoriale_renucci_2015.pdf, acesso em 10/01/2017.

Tais dados seguramente demandam políticas públicas de prevenção e responsabilização em diversos níveis, não se podendo imaginar que somente as medidas coercitivas de natureza penal poderão resolver ou mesmo diminuir as causas e consequências destes atos criminosos.

Na América do Norte, os Estados Unidos – EUA empreendeu movimento semelhante e o fortificou a partir da década de 1970, com a adoção de alguns instrumentos normativos, como o *criminal forfeiture*³⁸⁸, que estabelece a possibilidade do confisco de bens como pena, após a condenação penal, isto a partir das disposições do *Continuing Criminal Enterprise Act*³⁸⁹, e o *Racketeer Influenced and Corrupt Organizations Act*³⁹⁰, documentos que foram uniformizando o enfrentamento estatal da criminalidade organizada.

Na América do Sul, a Argentina, em seu Código Penal, art.23, alterado pela Lei nº25.815, B.O.1/12/2003, dispõe que: *En todos los casos en que recayese condena por delitos previstos en este Código o en leyes penales especiales, la misma decidirá el decomiso de las cosas que han servido para cometer el hecho y de las cosas o ganancias que son el producto o el provecho del delito, en favor del Estado nacional, de las provincias o de los municipios, salvo los derechos de restitución o indemnización del damnificado y de terceros.*³⁹¹

388 Ver o *Federal Rules of Criminal Procedure*, em seu capítulo VII, rule 32.2, no sitio <https://www.law.cornell.edu/rules/frcrmp>, acesso em 26/12/2016. Ver também o excelente texto de FRIED, David J. *Rationalizing Criminal Forfeiture*. In *Journal of Criminal Law and Criminology*. Volume 79, nº328, acessado no site: <http://scholarlycommons.law.northwestern.edu/jclc>, em 26/12/2016.

389 Ver o texto de BRENNER, Susan W. *RICO, CCE, and Other Complex Crimes: The Transformation of American Criminal Law?* In *William & Mary Bill of Rights Journal*, 239 (1993), <http://scholarship.law.wm.edu/wmbrj/vol2/iss2/3>, acesso em 20/12/2016. Na mesma linha ver o texto de SKALITZKY, William G. *Aider and Abettor Liability, the Continuing Criminal Enterprise, and Street Gangs: A New Twist in an Old War on Drugs*. In *Journal of Criminal Law and Criminology*. Volume 81, nº348, acessado no site: <http://scholarlycommons.law.northwestern.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=6663&context=jclc>, 10/09/2016.

390 Ver o texto de GARRETSON, Heather J. *Federal criminal forfeiture: a royal pain in the assets*. New York: Creighton University Press, 2015. Ver o repertório de decisões da Suprema Corte Americana sobre o tema organizado por PAYLOR, Alice F. *Racketeer Influenced and Corrupt Organizations Act (RICO). Recent Supreme Court Decisions*. In <http://apps.americanbar.org/labor/lel-aba-annual/papers/2002/luce.pdf>, acesso em 20/12/2016.

391 Art.23, Código Penal Argentino, in <http://www.notarfor.com.ar/codigo-penal/articu>

Na mesma direção da Lei Espanhola e Portuguesa, este dispositivo penal argentino ainda refere que, quando o autor ou os participantes tenham atuado como mandatários de terceiro, ou como órgãos, membros ou administradores de pessoa jurídica ou ideal, e o produto decorrente do delito tenha beneficiado ao mandante ou a terceiro, a perda se pronunciará contra estes.

Mais ao noroeste da América Latina, a legislação na Colômbia evoluiu na direção que se aponta, criando a figura da Ação de Extinção de Domínio – aliás, o Brasil tem projetos semelhantes no Congresso Nacional³⁹² – pelos termos da Lei nº333/996 (com base na reforma do art.34, da Constituição da Colômbia, de 1991), que habilita a declaração da extinção de domínio por sentença judicial dos bens adquiridos mediante enriquecimento ilícito, em prejuízo do Tesouro Público, implicando grave deterioração da moral social, e ainda fundamentando o novel instituto sob a base do disposto no art.58, da Carta Política de 1991, o qual sustenta que a propriedade que se garante no sistema jurídico colombiano é aquela adquirida conforme o Direito. Assim, esta Ação de Extinção de Domínio resta definida como da natureza constitucional, de caráter real, pois recai sempre sobre bens com aquelas configurações, independentemente do titular e de que exista juízo penal sobre suas origens, sendo imprescritível e de aplicação retroativa.³⁹³

lo-23.php, acesso em 06/12/2016.

392 Ver o Projeto de Lei (PL) nº856/2015, da Câmara de Deputados, assim como o PL nº246/2015, do Deputado Pompeo de Mattos e a Proposta de Emenda à Constituição – PEC nº10/2015, proposto pelo próprio Poder Executivo Federal, prevendo a legitimidade ativa do Ministério Público, da Advocacia-Geral da União, das Procuradorias dos Estados, Municípios e Distrito Federal para a propositura da Ação de Extinção de Domínio.

393 Ver o texto de GÓMEZ, Margarita. (org.) *Extinción de Dominio en Colombia*. Bogotá: Facultad de Finanzas y Relaciones Internacionales, Universidad Externado de Colombia, Noviembre 2002, disponible en <http://atecex.uexternado.edu.co/aed/trabajos/EXTINCIONDEDOMINIO.pdf>. Ver também o texto de MIR PUIG, Santiago. *Una tercera vía en materia de responsabilidad penal de las personas jurídicas*. In <http://criminol.ugr.es/recpc/06/recpc06-01.pdf>, acesso em 06/12/2016. No Brasil, SANC-TIS, Fausto Martins de. *Combate à lavagem de dinheiro: teoria e prática*. Campinas: Millennium, 2008, p.67, lembra que o Reino Unido, Islândia, Estados Unidos, Austrália e África do Sul já contam com este instituto da extinção de domínio, com excelentes resultados no combate ao crime organizado. Ver também o excelente texto de ALMEIDA, Carlos Alberto Simões de. *Medidas Cautelares e de Polícia do processo penal, em Direito Comparado*. Coimbra: Almedina, 2006.

É importante ter claro que a partir da aprovação da Lei nº793/2002, estabeleceu-se na Colômbia a celeridade em causas penais que apuram crimes cometidos contra o patrimônio público, auxiliando a exequibilidade da extinção de domínio, todavia, estas esferas de responsabilização penal e de perda dominial não se confundem e existem independentemente, justamente porque se reconhece que as causas da extinção de domínio são mais amplas que as da criminalização de condutas.³⁹⁴ Assim se manifestou a Corte Constitucional Colombiana:

*La evolución legislativa que ha tenido la extinción de dominio y la jurisprudencia constitucional sobre la materia, permiten enunciar los rasgos principales que definen la figura de la extinción de dominio: a. La extinción de dominio es una acción constitucional consagrada para permitir, no obstante la prohibición de la confiscación, declarar la pérdida de la propiedad de bienes adquiridos mediante enriquecimiento ilícito, en perjuicio del Tesoro Público o con grave deterioro de la moral social. b. Se trata de una acción pública que se ejerce por y a favor del Estado, como un mecanismo para disuadir la adquisición de bienes de origen ilícito, luchar contra la corrupción creciente y enfrentar la delincuencia organizada. c. La extinción de dominio constituye una acción judicial mediante la cual se declara la titularidad a favor del Estado de los bienes a que se refiere la Ley 1708 de 2014, sin contraprestación o compensación de naturaleza alguna. d. Constituye una acción autónoma y directa que se origina en la adquisición de bienes derivados de una actividad ilícita o con grave deterioro de la moral social, que se ejerce independiente de cualquier declaración de responsabilidad penal.*³⁹⁵

Interessante notar que medidas como estas envolvendo a extinção de domínio, como estamos vendo, não se enquadram como de natureza penal propriamente dita, mas possuem fundamentos e

394 Ver o excelente texto de HERNÁNDEZ GALINDO, José Gregorio. *Naturaleza Constitucional de la Extinción de Dominio: La extinción de la propiedad ilícita ¿una vía para la reforma agraria?*. In Revista Economía Colombiana, nº309. Bogotá, 2014. Na mesma direção o texto de MARROQUÍN ZALETA, Jaime Manuel. *Extinción de Dominio*. México: Editorial Porrúa, 2010.

395 Sentença C-958/14, da Corte Constitucional da Colômbia, conforme sitio oficial: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2014/C-958-14.htm>, acesso em 12/12/2016. Grifo nosso. Claro que a Lei sob comento assegura ao proprietário dos bens atingidos a demonstrar a origem legítima destes, assim como indicar razões que afastariam a extinção de domínio, conforme o disposto em seu art.8º.

justificativas decorrentes também de atos que têm dilapidado historicamente o patrimônio público. Por tais razões, a Guatemala, através do Decreto nº55/2010, de 07/12//2010, proveniente de seu Congresso Nacional, criou sua Lei de Extinção de Domínio, demarcando bem os elementos que justificaram tal medida, e regulando com precisão os casos e requisitos para que se apliquem os dispositivos pontuais da perda dominial envolvendo comportamentos violadores da ordem jurídica, do interesse e patrimônios públicos, a saber:



Fonte: https://www.oas.org/juridico/mla/sp/gtm/sp_gtm_extincion.pdf
- acesso 12/12/2016.

Refere esta norma em seu art.3º, alínea a, que o conhecimento ou a presunção razoável sobre a origem ilícita ou delitiva dos bens que visam ser alcançados pela extinção de domínio, poderão ser inferidos dos indícios ou circunstâncias de cada caso concreto, mantendo, portanto, a mesma lógica investigativa e cautelar do instituto penal da perda alargada anteriormente vista. Aliás, nesta norma guatemalteca, em seu art.4ª, resta explícita a preocupação de alcançar ilícitos de natureza civil, administrativa e penal que tenham gerado patrimônio contaminado pela ilegalidade.

A Cidade do México editou, em 26/11/2013, Decreto regulamentador da Extinção de Domínio para o Distrito Federal, definindo esta ação como:

*la pérdida de los derechos de propiedad de los bienes mencionados en el artículo 5 de esta Ley, sin contraprestación ni compensación alguna para el afectado, cuando se acredite el hecho ilícito en los casos de delitos contra la salud en su modalidad de narcomenudeo, secuestro robo de vehículos y trata de personas, y el afectado no logre probar la procedencia lícita de dichos bienes y su actuación de buena fe, así como que estaba impedido para conocer su utilización ilícita.*³⁹⁶

Sob o ponto de vista mais dogmático e em termos de garantias processuais patrimoniais de natureza penal, há mais tempo a legislação internacional já tem se ocupado da matéria, basta vermos o caso português ao disciplinar em seu código de processo penal de 1987, no art. 227, duas medidas cautelares de natureza patrimonial: a caução econômica e o arresto preventivo.³⁹⁷

Na Itália temos o sequestro conservativo e o sequestro preventivo, o primeiro visando vincular os bens móveis e imóveis do réu ao juízo para os fins de assegurar futura indenização civil decorrente

396 Ver o documento integral no site: http://www.poderjudicialdf.gob.mx/work/models/PJDF/Transparencia/IPO/Art14/Fr01/01Leyes/LeyExtincionDominio_2014-05-08.pdf, acesso em 12/12/2016. Os bens que se sujeitam a extinção de domínio no México são os descritos no referido art.5º: I. Aquellos que sean instrumento, objeto o producto del delito, aun cuando no se haya dictado la sentencia que determine la responsabilidad penal, pero existan elementos suficientes para determinar que el hecho ilícito sucedió; II. Aquellos que no sean instrumento, objeto o producto del delito, pero que hayan sido utilizados o destinados a ocultar o mezclar bienes producto del delito, siempre y cuando se reúnan los extremos del inciso anterior; III. Aquellos que estén siendo utilizados para la comisión de delitos por un tercero, si su dueño tuvo conocimiento de ello y no lo notificó a la autoridad o hizo algo para impedirlo; IV. Aquellos que estén intitulados a nombre de terceros, pero existan elementos suficientes para determinar que son producto de delitos patrimoniales, y el acusado por estos delitos se comporte como dueño. Grifo nosso.

397 O Tribunal de Relação de Coimbra já teve a oportunidade de dizer que: São pressupostos do decretamento da caução econômica: a) A ocorrência de receio objetivo, justificado e claro relativamente à capacidade das garantias de pagamento; b) A ocorrência de uma substancial e significativa diminuição daquelas; c) A indicação por parte do requerente dos termos em que a caução deve ser prestada, isto é, a indicação dos valores ou quantitativos cujo pagamento aquela visa garantir. **Recurso Penal** Nº 1922/04. **Relator:** DR. OLIVEIRA MENDES, **Data do Acórdão:** 15-09-2004. **Tribunal:** MEA-LHADA. Acesso pelo sitio: <http://www.trc.pt/index.php/jurisprudencia-do-trc/proceso-penal/5078-movimento-judicial-ordinario-julho-2008-sp-21567>, em 12/12/2016.

da sentença penal condenatória; o segundo, buscando a apreensão de bens relacionados ao crime – não são passíveis de confisco – toda vez que estes possam ser utilizados para agravar as consequências do crime ou diminuir a dificuldade do cometimento de outros.³⁹⁸

Na Argentina, por sua vez, a Lei nº23.984 estabeleceu, em seu artigo 518, a medida cautelar penal de *Embargo*, dirigida contra os bens do imputado ou de terceiro civilmente responsável, e busca impedir a livre disponibilidade ou a afetação com supostos gravames do patrimônio destes.³⁹⁹

Podemos afirmar, em face do ponderado, que tem se constituído múltiplas iniciativas internacionais voltadas à proteção do patrimônio e interesse públicos contra atos de vilipêndio perpetrados por ações criminosas – e mesmo por ilícitos civis e administrativos

398 As disposições do Código de Processo Penal Italiano prescrevem que: (i) *sequestro conservativo* (artt. 316-320 c.p.p.): è disposto con ordinanza del Giudice: a) su richiesta del P.M. quando vi è una “fondata ragione di ritenere che manchino o si disperdano le garanzie per il pagamento della pena pecuniaria, delle spese di procedimento e di ogni altra somma dovuta all'erario dello Stato” e si esegue sui beni mobili o immobili dell'imputato o sulle somme o cose a lui dovute; b) su richiesta della parte civile “se vi è fondata ragione di ritenere che manchino o si disperdano le garanzie delle obbligazioni civili derivanti dal reato” e si esegue sui beni dell'imputato o del responsabile civile (art. 316 c.p.p.); (ii) *sequestro preventivo* (artt. 321-323 c.p.p.): è disposto: a) con decreto motivato del Giudice su richiesta del P.M. “quando vi è pericolo che la libera disponibilità di una cosa pertinente al reato possa aggravare o prostrarre le conseguenze di esso ovvero agevolare la commissione di altri reati”; b) con decreto motivato del P.M. o della Polizia Giudiziaria che va convalidato dal Giudice entro 48 ore quando “nel corso delle indagini preliminari non è possibile, per la situazione di urgenza, attendere il provvedimento del giudice” (art. 321 c.p.p.). Ver a decisão da SUPREMA CORTE DI CASSAZIONE, Cassazione penale, sez. II, sentenza 28/06/2012, nº 25520. Ganha reforço aqui a lição de Calamandrei sobre o fato de que cautelares desta espécie têm dupla instrumentalidade fundada: (i) amplia a perspectiva de efetividade do processo em si, que por sua vez é instrumento de materialização do direito posto. CALAMANDREI, Piero. *Introdução ao estudo sistemático dos procedimentos cautelares*. Op. Cit., p.177.

399 Diz o dispositivo: *Al dictar el auto de procesamiento, el juez ordenará el embargo de bienes del imputado o, en su caso, del civilmente demandado, en cantidad suficiente para garantizar la pena pecuniaria, la indemnización civil y las costas. Si el imputado o el civilmente demandado no tuvieren bienes, o lo embargado fuere insuficiente, se podrá decretar su inhibición. Sin embargo, las medidas cautelares podrán dictarse antes del auto de procesamiento, cuando hubiere peligro en la demora y elementos de convicción suficientes que las justifiquen*. Ver o texto de MAIER, Julio B. *Derecho Procesal Penal. I. Fundamentos*. Buenos Aires: El Puerto, 2012.

– que corroem as instituições democráticas e mesmo a fidúcia da Sociedade Civil.⁴⁰⁰

Vejamos agora como estes cenários têm se refletido na realidade brasileira.

IV.b A experiência brasileira

Em termos de Brasil, a Constituição Federal de 1988 se ocupou do tema investigado quando previu, em seu art.5º incisos XLV e XLVI, a obrigação de reparar os danos causados pelo cometimento de crimes, assim como o perdimento de bens, estendidas aos sucessores e contra eles executadas, até o limite do valor do patrimônio ilícito transferido. De igual sorte tratou da perda de glebas utilizadas ao cultivo ilegal de plantas psicotrópicas e o confisco de bens de valor econômico apreendido em decorrência do tráfico de drogas (art.243).

No sistema de justiça penal e processual penal brasileiro instaurou-se positiva agenda normativa regulatória da apuração da ações criminosas em geral, basta atentarmos – exemplificativamente – para o fato de que, nos crimes de ação pública o inquérito policial será iniciado de ofício ou mediante requisição da autoridade judiciária ou do Ministério Público, ou a requerimento do ofendido ou de quem tiver qualidade para representá-lo, nos termos do art.5º, do Código de Processo Penal brasileiro – CPPB, sendo que qualquer pessoa do povo que tiver conhecimento da existência de infração penal em que caiba ação pública poderá, verbalmente ou por escrito, comunicá-la à autoridade policial, e esta, verificada a procedência das informações, mandará instaurar inquérito (§3º, do mesmo art.5, do CPP).

Queremos destacar que o sistema processual penal brasileiro permite que qualquer pessoa possa denunciar situação de ilicitude que tenha conhecimento, mesmo de forma indiciária, informando as autoridades para que tomem providências na apuração disto. Inclusive qualquer pessoa do povo ainda poderá provocar a iniciativa

400 No Brasil ver o interessante trabalho de ANSELMO, Márcio Adriano. *Lavagem de dinheiro e cooperação jurídica internacional*. São Paulo: Saraiva, 2013.

do Ministério Público, nos casos em que caiba a ação pública, fornecendo-lhe, por escrito, informações sobre o fato e a autoria e indicando o tempo, o lugar e os elementos de convicção (art.27, CPPB). E o que deve fazer a autoridade policial diante de uma denúncia desta natureza? Deverá, nos termos do art.6º, do mesmo estatuto jurídico, logo que tiver conhecimento da prática da infração penal:

I – dirigir-se ao local, providenciando para que não se alterem o estado e conservação das coisas, até a chegada dos peritos criminais; II- apreender os objetos que tiverem relação com o fato, após liberados pelos peritos criminais; (Redação dada pela Lei nº 8.862, de 28.3.1994); III - colher todas as provas que servirem para o esclarecimento do fato e suas circunstâncias; IV - ouvir o ofendido; V - ouvir o indiciado, com observância, no que for aplicável, do disposto no Capítulo III do Título VII, deste Livro, devendo o respectivo termo ser assinado por duas testemunhas que lhe tenham ouvido a leitura; VI - proceder a reconhecimento de pessoas e coisas e a acareações; VII - determinar, se for caso, que se proceda a exame de corpo de delito e a quaisquer outras perícias; VIII - ordenar a identificação do indiciado pelo processo datiloscópico, se possível, e fazer juntar aos autos sua folha de antecedentes; IX - averiguar a vida pregressa do indiciado, sob o ponto de vista individual, familiar e social, sua condição econômica, sua atitude e estado de ânimo antes e depois do crime e durante ele, e quaisquer outros elementos que contribuírem para a apreciação do seu temperamento e caráter; X - colher informações sobre a existência de filhos, respectivas idades e se possuem alguma deficiência e o nome e o contato de eventual responsável pelos cuidados dos filhos, indicado pela pessoa presa.⁴⁰¹

Ou seja, tais providências servem justamente para colher o maior número de informações, coisas e documentos relacionados ao ilícito ocorrido, na flagrância dos fatos, a tudo dando registro formal adequado para todos os interessados do sistema de justiça, assegurando com isto procedimentos e tomada de decisões seguras e asseguradoras do devido processo legal, do direito de defesa e do contraditório.⁴⁰²

401 Incisos do art.6º, do CPPB.

402 Vale a advertência que o tema do devido processo legal já há bastante tempo é matéria de preocupação internacional, estando presente de forma muito clara em diversos Tratados e Convenções importantes, como no Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, em seu dispositivo 14.3, e; na Convenção Americana dos Direitos Humanos – Pacto de São José da Costa Rica, em seu art.8.2, f. Ver neste sentido o excelente

Cumpra referir que estes expedientes são essenciais a apuração do ocorrido, sob pena de se perder muitos dados e informações importante à solução do caso. Claro que muitas questões aqui se colocam a prova, como a de saber qual é o local ou locais que se pres-tam em que se encontram os potenciais elementos constitutivos do crime? No crime organizado ou praticado por bando, quadrilha ou associação, por vezes, são muitos os locais em que o crime foi pensado, preparado e executado; por vezes estes locais não são os mesmos, impondo-se a extensão do conceito do art.6º a tudo que evidenciar relação direta ou indireta – preponderante em face das informações preliminarmente obtidas – com a ação criminosa e suas consequências.

Há toda uma lógica do processo penal brasileiro, já bastante antiga, no sentido de que os instrumentos do crime, bem como os objetos que interessarem à prova, acompanharão os autos do inquérito (art.11, do CPPB), o que evidencia a preocupação patrimonial que a investigação tem, pois podem tais bens conter elementos de elucidação a posteriori da persecução penal. Aliás, antes de transitar em julgado a sentença final, as coisas apreendidas não poderão ser restituídas enquanto interessarem ao processo, nos termos do art.118, CPP.

E não poderão ser devolvidas porque o art.121, do CPPB, determina que, no caso de apreensão de coisa adquirida com os proventos da infração, aplica-se o disposto no art. 133, e seu parágrafo, do mesmo estatuto processual, ou seja: *Transitada em julgado a sentença condenatória, o juiz, de ofício ou a requerimento do interessado, determinará a avaliação e a venda dos bens em leilão público. Parágrafo único. Do dinheiro apurado, será recolhido ao Tesouro Nacional o que não couber ao lesado ou a terceiro de boa-fé.*

No sistema jurídico penal e processual penal brasileiro se encontram, no mínimo e para o debate que aqui nos interessa, três motivações distintas para que os bens apreendidos por conta de envolvimento em delitos permaneçam sob custódia do sistema de justiça: (i) a sua prestabilidade efetiva ao processo penal apurador da

trabalho de GIACOMOLLI, Nereu José. *O devido processo penal: abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica*. São Paulo: Atlas, 2014.

responsabilidade criminal (arts.11 e 118, ambos do CPPB); (ii) para fins de verificação de se as coisas apreendidas tenham sido ou não adquiridas com os proventos da infração (arts.121 e 133, ambos do CPPB); (iii) servir de garantia ao dever de indenizar os danos causados pelo crime (art.91, I, do Código Penal Brasileiro – CPB, e art.140, do CPPB).⁴⁰³ Os tempos necessários a tais desideratos podem variar, e muito, razão pela qual cabe, em última instância, ao Poder Judiciário decidir sobre a liberação (total, parcial ou condicionada) do patrimônio segregado.⁴⁰⁴

Daí a importância das medidas cautelares patrimoniais no Processo Penal contemporâneo (previstas no art.282 e seguintes do CPPB), pois vão ao encontro do intento de obter e conservar elementos probatórios fulcrais à responsabilidade penal, e mesmo visam a garantir – a posteriori – os efeitos secundários da eventual condenação penal (indenizar a vítima ou determinar a perda de bens ilícitamente adquiridos, ou os valores que lhe equivalem).⁴⁰⁵

É claro que isto deve se dar tendo em conta a natureza provisória das medidas cautelares em face do patrimônio sobre o qual elas recaem, em face dos efeitos perversos que podem operar sobre os bens propriamente ditos (desgaste, desvalorização, perda de função econômica e produtiva), como nos prejuízos que podem causar aos proprietários ou possuidores indiciados/acusados, ou mesmo os terceiros de boa-fé, por conta do tempo transcorrido.⁴⁰⁶

403 É conveniente lembrar que a reparação do dano causado pelo delito não se apresenta no sistema processual penal brasileiro como escopo neural, mas decorrência eventual do juízo condenatório, caracterizando-se explícita distinção entre o processo penal e o processo civil no ponto.

404 Sequer aqui há exagero das normas sob comento, eis que é possível, em determinadas circunstâncias, a devolução dos bens mediante a nomeação de seu legítimo proprietário como depositário fiel, o que se evidencia como adequado, equacionando os interesses públicos indisponíveis protegidos pelos dispositivos processuais penais em análise e o direito de propriedade do acusado.

405 Ver o estudo já clássico de CALAMANDREI, Piero. *Introdução ao estudo sistemático dos procedimentos cautelares*. Op. Cit.. Na dicção do autor, as cautelares antecipam provisoriamente os efeitos da decisão principal para os fins precípuos de garantir a efetividade desta.

406 Ver o texto de GOMES, Luiz Flávio. *Prisão e Medidas Cautelares*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

Aliás, é preciso atentarmos também para o disposto no art.282, § 4º e 5º, do CPPB, que regula a legitimidade das medidas cautelares, bem como as razões que a justificam. Com base em tais elementos, a medida cautelar não pode ser definitiva, mas simplesmente vinculada ao período de necessidade de sua imposição, sendo que a provisionalidade autoriza a sua revogação ou substituição a qualquer tempo, no curso do processo, desde que desapareçam os motivos que a legitimam.⁴⁰⁷

Damos destaque, igualmente, a necessidade do contraditório na espécie, nos termos do art.282, § 3º, do CPPB, o qual autoriza a intimação da parte contrária assim que receber o pedido de medida cautelar, desde que isso não prejudique a eficácia da urgência da medida. Estamos dizendo que é preciso compatibilizar o contraditório com a garantia de eficácia da medida cautelar (principalmente a patrimonial para os fins de nosso estudo), evitando justamente o risco do desaparecimento ou dilapidação dos bens que se quer salvaguardar.⁴⁰⁸

É tão clara a intenção do sistema normativo no sentido de resguardar patrimonialmente a potencial responsabilidade penal do investigado – e cível –, que o art.63, do CPPB, determina: *Transitada em julgado a sentença condenatória, poderão promover-lhe a execução, no juízo cível, para o efeito da reparação do dano, o ofendido, seu representante legal ou seus herdeiros*. Na mesma senda, o art.127, do mesmo diploma legal, permite ao juiz, de ofício, a requerimento do Ministério Público ou do ofendido, ou mediante representação da autoridade policial, ordenar o sequestro, em qualquer fase do processo ou ainda antes de oferecida a denúncia ou queixa.

407 Accioly lembra que: *Para Calamandrei, as características típicas das medidas cautelares são instrumentalidade, provisoriedade e urgência*. Antonio Baudi acrescenta a incidentalidade e Coral Arangüena Fanego a jurisdicionalidade e a revogabilidade. ACCIOLY, Maria Francisca. *As medidas cautelares patrimoniais na lei de lavagem de dinheiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014, p.40. Tais elementos conformadores das cautelares deverão ser sopesados em cada caso e tendo como foco o fim último de assegurar a efetividade da decisão final.

408 Neste sentido o texto de FREITAS, Sérgio Henrique Zandoná. *Medidas cautelares judiciais e de polícia no processo constitucional penal: abordagem no Estado Democrático de Direito*. Belo Horizonte, 2008.

Ora, cumpre destacar, por outro lado, que desde o início das investigações policiais já é assegurado o direito de defesa aos envolvidos, haja vista que o ofendido, ou seu representante legal, e o indiciado, poderão requerer qualquer diligência, que será realizada, ou não, a juízo da autoridade – conforme as disposições do art.14, CPPB.⁴⁰⁹ Ainda determina a lei processual penal que a autoridade assegurará no inquérito o sigilo necessário à elucidação do fato, ou exigido pelo interesse da sociedade, nos termos do art.20, CPPB, lembrando que a própria Constituição Federal de 1988 prevê a existência de sigilo nas hipóteses dos artigos 5º, XII (correspondência), XIV (exercício profissional) e 136, parágrafo 1º, I, “b” e “c” (correspondência, telegráfica e telefônica).⁴¹⁰

Contudo, para determinados crimes contemporâneos praticados com alto nível de sofisticação técnica, organizacional e procedimental, valendo-se de estratégias e recursos complexos, que tornam quase impossível as suas apurações através dos mecanismos metodológicos tradicionais de investigação (interrogatórios, buscas pessoais), impõem-se o reconhecimento da urgência de novos expedientes democraticamente regulados e controlados para tais escopos, dentre os quais: (i) maior protagonismo das iniciativas investigatórias, probatórias e acautelatórias, com meios e ferramentas adequadas em face da natureza e forma dos delitos que se quer apu-

rar (delação premiada⁴¹¹, ação controlada, infiltração policial⁴¹²); (ii) uso de interceptações comunicacionais⁴¹³ como instrumento investigativo (telefônica, telemática, informática, domiciliar, ambiental); (iii) uso predominante da prova científica e documental.⁴¹⁴

Isto está tão assente na Sociedade de Riscos em que vivemos, que a Lei Federal nº12.403/2011, determinou, no §2º, do art.282, do CPPB, que as medidas cautelares serão decretadas pelo juiz, de ofício⁴¹⁵, ou a requerimento das partes ou, quando no curso da investigação criminal, por representação da autoridade policial ou me-

411 A delação premiada no Brasil já pode ser encontrada na Lei nº8.072/90, que trata dos crimes hediondos, cujo objetivo é possibilitar a desarticulação de quadrilhas, bandos e organizações criminosas, auxiliando a investigação criminal para inclusive evitar a prática de novos crimes por tais grupos. Com o passar do tempo, a delação premiada foi albergada por outras normas, a saber: Código Penal (arts. 159, §4º), Lei do Crime Organizado – nº 9.034/05 (art. 6º), Lei dos Crimes contra o Sistema Financeiro Nacional – nº 7.492/86 (art. 25, §2º), Lei dos Crimes de Lavagem de Capitais – nº 9.613/88 (art. 1º, §5º), Lei dos Crimes contra a Ordem Tributária e Econômica – nº 8.137/90 (art. 16, §único), Lei de Proteção a vítimas e testemunhas – nº 9.807/99 (art. 14), Nova Lei de Drogas – nº 11.343/06 (art. 41), e, mais recentemente, na Lei que trata do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência – nº 12.529/2011 (art. 86). Ver ainda os textos de: (i) BITTAR, Walter Barbosa. *Delação Premiada: direito estrangeiro, doutrina e jurisprudência*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011; (ii) CARVALHO, Natália Oliveira de. *A delação premiada no Brasil*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009; (iii) CORDEIRO, Néfi. *Delação premiada na legislação brasileira*. Revista da AJURIS, Porto Alegre, v. 37, n. 117, p. 273-296, mar. 2010; (iv) SANCTIS, Fausto Martin de. *Crime organizado e lavagem de dinheiro: destinação de bens apreendidos, delação premiada e responsabilidade social*. São Paulo: Saraiva, 2009.

412 Ver neste sentido a Lei nº 9.034, de 03 de maio de 1995, com as modificações introduzidas pela Lei nº 10.217, de 11 de abril de 2001, composta por 13 artigos, divididos em 03 capítulos, dispendo sobre a utilização de meios operacionais para a prevenção e repressão de ações praticadas por organizações criminosas. Ver também os textos de: (i) PACHECO, Rafael. *Crime Organizado: Medidas de Controle e Infiltração Policial*. Curitiba: Juruá, 2007; (ii) SILVA, Eduardo Araújo. *Crime Organizado: Procedimento Probatório*. São Paulo: Atlas, 2003.

413 Ver os textos de: (i) GRECO FILHO, Vicente. *Interceptação telefônica*. Saraiva: São Paulo, 1996; (ii) GRINOVER, Ada Pellegrini. *Liberdades públicas e processo penal – as interceptações telefônicas*. Saraiva: São Paulo, 1996; (iii) GOMES, Luis Flávio. *Interceptação Telefônica*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007; (iv) GOMES FILHO, Antonio Magalhães; FERNANDES, Antonio Scarance. *Os Resultados da Interceptação Telefônica como Prova Penal*. Revista de Processo: São Paulo, v. 11, n. 44, p. 85-99, 1986.

414 Ver o texto de ESSADO, Tiago Cintra. *A perda de bens e o novo paradigma para o processo penal brasileiro*. Op.cit., p.173.

415 Vamos tratar disto mais a frente, abordando o tema dos limites dos poderes instrutórios do juiz na atual Sociedade de Riscos e em face da responsabilidade penal do patrimônio ilícito.

409 É de se lembrar, aqui, o disposto na Súmula Vinculante nº14, do Supremo Tribunal Federal brasileiro: *É direito do defensor, no interesse do representado, ter acesso amplo aos elementos de prova que, já documentados em procedimento investigatório realizado por órgão com competência de polícia judiciária, digam respeito ao exercício do direito de defesa.*

410 É de se alertar ainda, na direção de proteger os interesses do investigado, que este mesmo art.20, do CPPB, determina que nos atestados de antecedentes que lhe forem solicitados, a autoridade policial não poderá mencionar quaisquer anotações referentes a instauração de inquérito contra os requerentes (parágrafo único).

diante requerimento do Ministério Público, evidenciando aquele protagonismo referido acima, pois fundado na premissa da indisponibilidade do processo penal na proteção de bens jurídicos públicos incondicionados transgredidos por atos criminosos os mais diversos – claro que observando as condições e possibilidades ponderadas do uso das cautelares anteriormente apresentadas.⁴¹⁶

Para além disto, nos delitos acima referidos a perspectiva do tempo do processo também – e porque não dizer sempre, caso a caso – é diferida, até em face dos procedimentos investigativos e probatórios que irão demandar, pois, nas investigações sobre a macrocriminalidade (mas não só nela), em regra os criminosos utilizam estratégias e tentativas múltiplas de desvios das ações criminosas e seus objetos (como na lavagem de dinheiro e tráfico de drogas), valendo-se de outros países, utilização de pessoas jurídicas fictícias, envolvimento de interpostas pessoas, para o cometimento dos ilícitos.

Estas eventuais dilações temporais das demandas judiciais operam tanto a favor (outorgando mais prazos para acomodações e ajustes mutacionais das ilegalidades cometidas), como contra a criminalidade (fazendo com que tenham de prestar contas permanentemente a órgãos de combate ao crime), razões pelas quais outro hoje importante princípio constitucional no Brasil tenha estado na agenda dos debates dos juristas, a saber, a duração razoável do processo – pela via da Emenda Constitucional nº45/2004 –, enquanto garantia fundamental assegurada a cada indivíduo, insculpido no inciso LXXVIII, do art. 5º, da Constituição Federal de 1988.⁴¹⁷

416 Neste ponto discordamos frontalmente, pelos argumentos expostos, de autores como Accioly que sustentam ser inadmissível a decretação de cautelares processuais penais de ofício pelo magistrado em face de isto afrontar o princípio *ne procedat iudex ex officio* do sistema acusatório. ACCIOLY, Maria Francisca. *As medidas cautelares patrimoniais na lei de lavagem de dinheiro*. Op.cit., p.53 e seguintes. Ver o texto de FILIPPETTO, Rogério. *Lavagem de Dinheiro: crime econômico da pós-modernidade*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, em especial a partir da p.210, quando o autor refere que: *O poder geral de cautela decorre da necessidade de aplicação do princípio da inafastabilidade da jurisdição, segundo o qual não se pode subtrair do Poder Judiciário a possibilidade de exame sequer da ameaça a direito, bem como da incidência dos princípios gerais do direito*. Lembra o autor que o art.3º, do CPPB, aduz que a lei processual penal admitirá interpretação extensiva e aplicação analógica, bem como o suplemento dos princípios gerais do direito.

417 Ver os textos de: (i) LUIZ NICOLITT, André. *A duração razoável do processo*. Rio de

A previsão constitucional sob comento, entretanto, não pode comprometer outro pilar estruturante dos direitos e garantias fundamentais do cidadão e da Sociedade que é a segurança jurídica. Os princípios da *celeridade* e da *duração do processo*, assim, devem ser aplicados com observação da razoabilidade e da proporcionalidade, assegurando que o processo não se estenda além do prazo razoável e tampouco venha a comprometer a plena defesa e o contraditório, já que a prestação jurisdicional açodada pode significar verdadeira injustiça, conforme a lembrança de Miguel Reale Júnior, sustentando que não há nada pior que a injustiça célere, indesejada forma de denegação de justiça.⁴¹⁸

A despeito deste profícuo debate, não podemos perder de vista uma questão pragmática inarredável que é a da especificidade de cada demanda judicial e suas particularidades empíricas e normativas. Ou seja, se para o homicídio poderemos ter causas exculpan-tes da conduta criminosa, e para tanto realizamos investigações e provas profundas e detalhadas, pois pode o agente ter atuado em legítima defesa (por exemplo), por que não faríamos o mesmo na persecução penal de outros delitos que envolvem tanto interesses individuais como Sociais de alta significação?

É de lembrarmos, por oportuno, os parâmetros utilizados pelo Tribunal Europeu de Direitos Humanos e a Corte Americana de Direitos Humanos para aferir o prazo razoável do processo: (a) a complexidade da causa; (b) a atividade processual do interessado; (c) a conduta das autoridades judiciárias; (d) juízos de proporcionalidade em cada caso.⁴¹⁹ Tais elementos podem nos dar bases mais sólidas

Janeiro: Lumen Juris, 2006; (ii) SILVA, Ivanoska Maria Esperia da. *O Direito à Razoável Duração do Processo: uma Emergência Processual*. Revista Dialética do Processo, n. 66, p. 33-42, set. 2008; (iii) COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda § AVELAR, Daniel R. Surdi. *A duração razoável do processo: em busca da superação da doutrina do “não-prazo”*. In <http://emporiiododireito.com.br/a-duracao-razoavel-do-processo-em-busca-da-superacao-da-doutrina-do-nao-prazo-por-jacinto-nelson-de-miranda-coutinho-e-daniel-r-surdi-de-avelar/>, acesso em 28/12/2016; (iv) PASTOR, Daniel R. *Acerca del derecho fundamental al plazo razonable de duracion del proceso penal*. In Revista Brasileira de Ciências Criminais, vol. 52, p. 293, jan/2005; (v) MACHICADO, Jorge. *El Debido Proceso Penal*. Bolivia: Apuntes Juridicos, 2010.

418 REALE JR., Miguel. *Valores fundamentais da Reforma do Judiciário*. In *Revista do Advogado*, SP, v. 24, n.75, p. 78-82.

419 CUSTODIO, Daniela Damaris Viteri. *El derecho al plazo razonable en el proceso pe-*

de avaliação sobre qual é o tempo razoável de cada processo (a serem aplicados também para os casos de responsabilidade penal do patrimônio ilícito), sob pena de contarmos somente com premissas principiológicas abstratas para o desiderato.

Em termos de sistema processual penal mais tradicional o Brasil tem previsto algumas ferramentas para a responsabilização penal preventiva do patrimônio ilícito, a saber: (i) o sequestro (art.125, CPPB); (ii) a hipoteca legal (art.135, §6, CPPB); (iii) o arresto (art.136, CPPB); (iv) a busca e apreensão (art.240, CPPB). Cada um destes institutos tem regulação e objeto próprios, mas perfazem um sistema integrado de objetivos específicos envolvendo o patrimônio do investigado/acusado.⁴²⁰

Como não é o centro de nosso trabalho o estudo detalhado de cada espécie de medida cautelar patrimonial, cumpre ao menos fazermos referência genérica aos institutos criados pelo sistema jurídico brasileiro exatamente para aferirmos como eles podem auxiliar

neste processo de responsabilização penal do patrimônio ilícito, o que passamos a fazer brevemente.

O sequestro se apresenta como um dos principais institutos para os fins almejados pelas medidas cautelares reais, cabendo sua imposição em face de bens **imóveis** (e também **móveis**, desde que não possam ser feitos pela busca e apreensão, conforme os ditames do art.132, do CPPB) adquiridos pelo indiciado com os proventos da infração, ainda que já tenham sido transferidos a terceiros, bastando para tanto a existência de indícios veementes da proveniência ilícita dos bens.

Vicente Greco Filho lembra que o sequestro é uma medida assecuratória fundada no interesse público e com clara função antecipativa do perdimento de bens como efeito da condenação (seja envolvendo bens produto do crime ou adquiridos pelo agente com a prática do fato criminoso). Por ter por fundamento o interesse público no sentido de que a atividade criminosa não tenha vantagem econômica, pode até ser decretado de ofício.⁴²¹

Não desconhecemos, e assim o deve ser, que parte significativa da doutrina preconiza que a utilização de medidas como estas – e as que envolvem a segregação pessoal – devem guardar relação de proporcionalidade com a pena que poderá ser aplicada ao final do processo, observando ainda alguns requisitos básicos previstos no artigo 282, do CPPB, a saber: a necessidade para aplicação da lei penal e a conveniência para a investigação ou a instrução criminal, nos casos expressamente previstos na lei, a fim de evitar a prática de infrações penais; soma-se a isto considerações quanto a gravidade do crime, a circunstâncias do fato e as condições pessoais do indiciado ou acusado, ou a garantia da ordem pública.⁴²²

- 421 GRECCO FILHO, Vicente. *Manual de Processo Penal*. São Paulo: Saraiva, 2015, p.167. Ver também os textos de: (i) BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Processo Penal*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012; (ii) ACCIOLY, Maria Francisca. *As medidas cautelares patrimoniais na lei de lavagem de dinheiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.
- 422 Ver os textos de: (i) NUCCI, Guilherme de Souza. *Prisão e Liberdade*. São Paulo: RT, 2011; (ii) GOMES, Luiz Flávio. *Prisão e Medidas Cautelares*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011; (iii) LEITE, Larissa. *Medidas patrimoniais de urgência no processo penal: implicações teóricas e práticas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2011. Presentes ainda deverão estar, para autorizar o bloqueio patrimonial do investigado/acusado, os elementos do *fumus commissi delicti* (presente quando houver prova da existência do

nal: el desarrollo jurisprudencial de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y del Tribunal Constitucional peruano. In [http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4_uibd.nsf/6E1AF1F197B5442B05257A880019DF6B/\\$FILE/104300574-El-Plazo-Razonable.pdf](http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4_uibd.nsf/6E1AF1F197B5442B05257A880019DF6B/$FILE/104300574-El-Plazo-Razonable.pdf), acesso em 28/12/2016. Refere ainda a autora que: *el derecho al plazo razonable es propiamente una "manifestación implícita" del derecho al debido proceso y a la tutela judicial efectiva y, en tal medida, se funda en el respeto a la dignidad de la persona humana.*

420 Lembra Badaró que somente as medidas cautelares previstas na legislação processual penal é que podem ser aplicadas, inexistindo no Brasil um poder geral de cautela do Poder Judiciário a lhe autorizar a criar outras espécies de restrições patrimoniais, mas, a nosso entender, podem as previstas na lei serem moduladas em termos de execução (usando determinadas cautelares para fins específicos, não comprometendo integralmente o domínio do proprietário). BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Medidas cautelares patrimoniais no processo penal*. In VALARDI, Celso Sanchez; PEREIRA, Flavia Rahal Bresser e DIAS NETO, Theodomiro. (Coord.). *Direito Penal Econômico: crimes econômicos e processo penal*. São Paulo: Saraiva, 2008. Há autores inclusive que defendem – com o que simpatizamos – que este poder geral de cautela do juiz penal encontra fundamento também no poder geral de cautela no juízo cível, consoante os termos do art.798, do Código de Processo Civil, pois poderá o juiz determinar as medidas provisórias que julgar adequadas, quando houver fundado receio de que uma parte, antes do julgamento do feito, cause lesão ou ameaça de lesão ao direito de outrem. Ver os textos de: (i) LIMA, Marcellus Polastri. *Curso de Processo Penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004; (ii) GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da; GOMES, Abel Fernandes. *Temas de Direito Penal e Processo Penal: em especial na justiça federal*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

É óbvio que tais medidas coercitivas e invasivas do patrimônio alheio têm garantida a oposição dos atingidos – em especial a do investigado –, na medida em que o sequestro admite embargos de terceiros, nos termos do art.129, e seguintes, do CPPB, o que demonstra o amplo grau de defesa que se dá às partes envolvidas, sendo que tais embargos podem ser opostos: (i) pelo acusado, sob o fundamento de não terem os bens sido adquiridos com os proventos da infração; (ii) pelo terceiro, a quem houverem os bens sido transferidos a título oneroso, sob o fundamento de tê-los adquirido de boa-fé, não podendo ser pronunciada decisão nesses embargos antes de passar em julgado a sentença condenatória.⁴²³

Outro elemento caracterizador desta medida restritiva do patrimônio do investigado – no sentido de atender aos seus interesses –, é que ela poderá ser levantada: (i) se a ação penal não for intentada no prazo de sessenta dias, contado da data em que ficar concluída a diligência⁴²⁴; (ii) se o terceiro, a quem tiverem sido transferidos os bens, prestar caução que assegure a aplicação do disposto no art. 74, II, b, segunda parte, do Código Penal; (iii) se for julgada extinta a punibilidade ou absolvido o réu, por sentença transitada em julgado.⁴²⁵

crime e indícios suficientes de autoria), e o *periculum libertatis* (presente quando houver conveniência da instrução criminal e futura aplicação da lei penal, para garantia da ordem pública e econômica).

423 De lembrarmos, como parâmetro teórico e normativo internacional, que a referida Diretiva 2014/42/EU, em seu item nº33, reconhece que: *A presente diretiva afeta consideravelmente os direitos das pessoas, não só os direitos dos suspeitos ou arguidos, mas também os de terceiros que não sejam sujeitos processuais. Por conseguinte, importa estabelecer garantias específicas e vias de recurso judicial para assegurar que, ao executar a presente diretiva, se respeitem os direitos fundamentais das pessoas. Isso inclui o direito a ser ouvido que assiste a terceiros que alegam ser proprietários dos bens em causa ou titulares de outros direitos de propriedade («direitos reais» ou «ius in re»), como o direito de usufruto. A decisão de congelamento deverá ser comunicada à pessoa em causa o mais rapidamente possível após a sua execução. No entanto, por imperativos da investigação, as autoridades competentes podem adiar a comunicação dessas decisões à pessoa em causa.* Grifo nosso.

424 Este prazo está assim delimitado diante do argumento de que, ultrapassado tempo razoável de duração destas medidas cautelares patrimoniais sem o início da ação penal, poderia restar configurado o desaparecimento das premissas matriciais – *fumus commissi delicti* e *periculum in mora* –, assim como as características essenciais dos institutos utilizados – referibilidade e urgência –, ensejadores da imposição da blindagem patrimonial envolvida.

425 Nos termos do art.131, do CPPB. Pelos termos do art.137, do CPPB, se o responsável

Adverte Badaró, e com acerto, que o sequestro deverá incidir sobre os bens que tenham relação direta com o delito investigado e a conduta imputada na acusação, e não de forma genérica, sob pena de violar o princípio da especialidade; e aqui dá o exemplo de ser impossível sequestrar bens que estejam relacionados com outro crime eventualmente praticado pelo proprietário diverso do identificado no inquérito policial ou na ação penal em que fora solicitada a medida cautelar.⁴²⁶

Ainda é possível que o ofendido pela ação criminosa promova hipoteca legal sobre os imóveis do indiciado em qualquer fase do processo, desde que haja certeza da infração e **indícios suficientes** da autoria (art.134, CPPB), observando-se, todavia, que isto só poderá ocorrer uma vez observados os procedimentos do art.135, do mesmo estatuto processual.⁴²⁷

Aliás, é importante deixar claro que tanto a hipoteca legal como o arresto têm escopo distinto do sequestro anteriormente referido, eis que os dois primeiros visam o patrimônio lícito do acusado para os fins de tutelar o interesse patrimonial da vítima, tendo esta a legitimidade para requerer tais medidas em qualquer fase do

não possuir bens imóveis ou os possuir de valor insuficiente, poderão ser sequestrados bens móveis suscetíveis de penhora, nos termos em que é facultada a hipoteca legal dos móveis.

426 BADARÓ, Gustavo Henrique Rigui Ivahy. *A lei 11.435, de 28/12/2006 e o novo arresto no código de processo penal*. In Boletim do IMCCRIM, São Paulo, nº172, março de 2007.

427 Tais procedimentos são: (1) Deve ser pedida a especialização mediante requerimento, em que a parte estimará o valor da responsabilidade civil, e designará e estimará o imóvel ou imóveis que terão de ficar especialmente hipotecados, o juiz mandará logo proceder ao arbitramento do valor da responsabilidade e à avaliação do imóvel ou imóveis; (2) A petição será instruída com as provas ou indicação das provas em que se fundar a estimação da responsabilidade, com a relação dos imóveis que o responsável possuir, se outros tiver, além dos indicados no requerimento, e com os documentos comprobatórios do domínio; (3) O arbitramento do valor da responsabilidade e a avaliação dos imóveis designados far-se-ão por perito nomeado pelo juiz, onde não houver avaliador judicial, sendo-lhe facultada a consulta dos autos do processo respectivo; (4) O juiz, ouvidas as partes no prazo de dois dias, que correrá em cartório, poderá corrigir o arbitramento do valor da responsabilidade, se lhe parecer excessivo ou deficiente, autorizando somente a inscrição da hipoteca do imóvel ou imóveis necessários à garantia da responsabilidade; (5) O valor da responsabilidade será liquidado definitivamente após a condenação, podendo ser requerido novo arbitramento se qualquer das partes não se conformar com o arbitramento anterior à sentença condenatória.

processo, havendo certeza sobre a infração e indícios suficientes da autoria.⁴²⁸

Interessante notar a posição do Superior Tribunal de Justiça – STJ ao sustentar que:

*As dificuldades de enquadramento teórico das medidas cautelares patrimoniais, como o sequestro e o arresto, no âmbito do processo penal, são afirmadas por doutrina, ao reconhecer que “o Código de Processo Penal não empregou a palavra sequestro em seu sentido estrito e técnico; deu-lhe compreensão demasiadamente grande, fazendo entrar nela não apenas o que tradicionalmente se costuma denominar sequestro, mas também outros institutos afins e, especialmente, o arresto”, ressaltando, ainda, que “a confusão não foi apenas terminológica”, porquanto “misturam-se, por vezes, no mesmo instituto coisas que são próprias do sequestro com outras que são peculiares ao arresto”.*⁴²⁹

A despeito de tal posição estes institutos deverão observar taxativamente o que os dispositivos legais regulamentam – tanto na esfera penal como como civil –, sob pena de autorizar-se amplo grau de subjetividade jurisdicional na ampliação de uso e alcance dos mesmos.

Outra medida cautelar no processo penal é o arresto, o qual historicamente tem se afigurado como primeiramente cível, destinada a alcançar o patrimônio lícito do agente em face de inexistirem bens suficientes para assegurar eventual condenação e responsabili-

zação e, por tais razões, vem sendo compreendido por parte da casuística nacional (assim como a hipoteca legal), como indisponível à ação espontânea da jurisdição, devendo ser acionado pela manifestação expressa da vítima, sob pena de violação do devido processo legal e da ampla defesa.⁴³⁰

A provisoriedade desta medida – e sua natureza assecuratória preparatória – vem expressamente destacada pelos termos do art.136, do CPPB, pois será revogado se no prazo de 15 dias não for promovido o processo de registro da hipoteca legal.

É importante termos presente que a busca e apreensão (art.240, CPPB) também se afigura, no atual sistema jurídico penal brasileiro, como outra medida assecuratória de bens – principalmente tendo em conta a Lei de Lavagem de Dinheiro (12.683/2012) – podendo incidir sobre os produtos ou proveitos do crime, configurando-se como mecanismo fundamental nos procedimentos de obtenção de prova, haja vista que os bens móveis são os que mais se expõem à dilapidação ou desaparecimento.

Em face das decisões judiciais sobre estas cautelares patrimoniais do direito penal e do direito processual penal, ou mesmo sobre o mérito delas, inexistente previsão específica de recurso, mas justamente em nome do devido processo legal e do amplo direito de defesa, tanto doutrina como jurisprudência uniformizaram o entendimento de que poderia ser utilizada a apelação (nos termos do art.593, II, do CPPB – apelação das decisões definitivas ou com força de definitivas) ou o mandado de segurança.⁴³¹

428 Há parte da doutrina, como Badaró, que sustenta a impossibilidade de utilização do registro da hipoteca legal antes de iniciado o devido processo judicializado, portanto, após oferecida a denúncia ou a queixa-crime, com o que não concordamos, haja vista os fins que são perseguidos pela literalidade da norma sob comento. Ver BADARÓ, Gustavo Henrique Rigui Ivahy. *Medidas cautelares patrimoniais no processo penal*. Op.cit., p.194.

429 REsp 1.585.781-RS, Rel. Min. Felix Fischer, Quinta Turma, julgado em 28/6/2016, DJe 1/8/2016. Ainda esclarece o julgado que, quanto aos meios de defesa contra o sequestro ou arresto de bens, a jurisprudência do STJ (REsp 258.167-MA, Quinta Turma, DJe 10/6/2002; e AgRg no RMS 45.707-PR, Quinta Turma, DJe 15/5/2015) e do STF (RE 106.738-MT, Primeira Turma, DJ 1º/8/1986) afirma ser o recurso de apelação previsto no art. 593, II, do CPP, a via de impugnação idônea para combater as decisões que impliquem a concessão de cautelar patrimonial no processo penal. In Informativo nº 0570. Período: 1º a 14 de outubro de 2015 – acessado em <https://www2.stj.jus.br/jurisprudencia/externo/informativo/?acao=pesquisar&livre=sequestro+penal&operador=e&b=INFJ&thesaurus=JURIDICO>, 29/11/2016. %2029\11\2016.”

430 A utilização desta ferramenta cautelar reclama, assim como a especialização da hipoteca, que seja estimado o valor da responsabilidade e o dos imóveis atingidos, eis que não pode ser excessiva a medida, pois violaria o direito fundamental constitucional à propriedade.

431 Em linhas gerais, o Mandado de Segurança deve ser usado quando a decisão de sequestro for manifestamente ilegal ou, ainda, quando o atingido dispuser de prova clara no sentido de ter adquirido os bens sequestrados com verbas lícitas. Já a Apelação deve ser interposta quando a constatação de que os bens sequestrados foram adquiridos licitamente reclamar exame aprofundado da prova trazida pelo atingido, o que não fora observado no primeiro grau. Ver o texto de DAMASCENO, Eloisa de Souza Arruda Mendes. *As Medidas Cautelares Reais no Processo Penal Brasileiro*. Dissertação de Mestrado. São Paulo: PUC, 1994. In <https://sapientia.pucsp.br/handle/handle/6804>, acesso em 11/01/2017.

O problema aqui é o conceito de indícios (veementes) que muitas dessas normativas utilizam para os fins de permitir a aplicação de medidas patrimoniais assecuratórias em caráter cautelar, em especial o sequestro e a hipoteca, e as condições e possibilidades de seu controle processual e material, uma vez que o art.239, do CPPB, define indício como *a circunstância conhecida e provada, que, tendo relação com o fato, autorize, por indução, concluir-se a existência de outra ou outras circunstâncias.*

Em um dos poucos trabalhos monográficos especificamente destinado a este tema, Maria Thereza R. Assis Moura, teve oportunidade de sustentar que:

*Indício é todo o rastro, vestígio, sinal e, em geral, todo fato conhecido, devidamente provado, suscetível de conduzir ao conhecimento de um fato desconhecido, a ele relacionado, por meio de um raciocínio indutivo-dedutivo. É imperativo que o factum probans esteja completamente provado, conhecido, indubitável, para poder revelar o factum probandum. Caso contrário, a inferência não poderá ser estabelecida. A relação do indício com o fato que se quer provar é outra exigência. Há de exigir uma conexão lógica entre os dois fatos e uma relação de causalidade, a permitir o conhecimento do fato ignorado. O raciocínio faz-se pelas regras da experiência e da lógica, resultando no conhecimento provável acerca da existência de outro fato.*⁴³²

Lembramos que a já citada Diretiva 42/2014, do Parlamento e do Conselho da Europa, já teve oportunidade de se manifestar sobre o tema exatamente quando tratou da mencionada *perda alargada* dos produtos do crime, afirmando que:

Deverá ser possível decidir a perda alargada caso o tribunal conclua que os bens em causa derivaram de comportamento criminoso. O que precede não implica a obrigatoriedade de provar que os bens em causa provêm de comportamento criminoso. Os Estados-Membros poderão determinar que bastará, por exemplo, que o tribunal considere em função das probabilidades, ou possa razoavelmente presumir que é bastante mais provável, que os bens em causa tenham sido obtidos por via de um comportamento criminoso do que de outras atividades. Se assim for, o tribunal terá de ponderar as circunstâncias específicas do caso, incluindo os factos e as provas disponíveis

432 MOURA, Maria Thereza R. Assis. *A prova por indícios no processo penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p.36.

*com base nos quais poderá ser pronunciada uma decisão de perda alargada. O facto de os bens da pessoa serem desproporcionados em relação aos seus rendimentos legítimos poderá ser um dos elementos que levam o tribunal a concluir que os bens provêm de comportamento criminoso. Os Estados-Membros poderão também fixar um prazo durante o qual os bens possam ser considerados como provenientes de comportamento criminoso.*⁴³³

Importa, pois, delimitarmos melhor as condições e possibilidades de atribuição de sentido aos chamados indícios suficientes autorizadores da aplicação das medidas sob comento, o que passamos a fazer.

V Condições e possibilidades de atribuição de sentido decisional aos indícios suficientes necessários à constrição penal do patrimônio ilícito: algumas aproximações

Concordamos com Badaró que é inexorável o reconhecimento de que *o tema dos critérios de decisão, também denominados standards probatórios ou modelos de critérios de decisão, tem sido pouco explorado pela doutrina processual brasileira, que geralmente se limita a apreciar a questão sob o enfoque do in dubio pro reo, mas não nos diversos graus que se pode exigir do julgador para que considere um fato provado.*⁴³⁴ Todavia, este tema, para além da dogmática tradicional do processo penal, reclama abordagem reflexiva e crítica mais aprofundada para identificarmos por que isto ocorre.

Se formos partir da ideia de que o objeto central da jurisdição é alcançar uma solução acertada para casos concretos, e para tanto o jurista deverá percorrer um caminho, esse caminho historicamente tem sido nominado como método.⁴³⁵ Em termos de cognição jurídica no tempo e no espaço, tais métodos ou técnicas constituem um problema, visto que eles dizem respeito, de um lado, à compreensão

433 Item 21, da Diretiva 42/2014, documento citado. Grifo nosso.

434 BADARÓ, Gustavo Henrique e BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Lavagem de Dinheiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p.357.

435 Nesse sentido ver o trabalho de COSSIO, Carlos. *El substrato filosófico de los métodos interpretativos*. Buenos Aires: Depalma, 1983, p.21 a 46.

do fenômeno social que se apresenta à cognição normativa; de outro, à forma com que esta compreensão se desdobra reflexiva e descritivamente no âmbito da interpretação e aplicação do sistema jurídico à solução do problema apresentado.

Tais instrumentos de constituição e desenvolvimento da compreensão/interpretação, todavia, tiveram evoluir histórico que passou por diversas fases e momentos distintos, dos quais vamos destacar tão somente os que nos interessam para chegarmos à decisão judicial propriamente dita.⁴³⁶

O caráter científico do conhecimento jurídico (e do sistema jurídico como um todo), consoante Ferraz Jr.⁴³⁷, vai consistir (ao menos na casuística mais tradicional) no fato de ser obtido metodologicamente, ordenando-se sistematicamente, com princípios e regras próprios, na forma de normas jurídicas – geralmente positivas. Tal especificidade, por outros termos, seja em acepções radicalmente positivistas, seja em compreensões não-dogmáticas, vai ao encontro de um fim pragmático, qual seja, o de orientar condutas e comportamentos sociais, o que implica operacionalização integrativa entre a disposição normativa e os fatos e atos sociais a ela submetidos, via interpretação/aplicação dos ordenamentos jurídicos para solucionar ou evitar problemas humanos.⁴³⁸

Assim também ocorre com os aplicadores do Direito, notadamente com os magistrados, pois, usando deste arsenal metodológico, vão conseguir ordenar e explicitar suas operações intelectuais, evidenciando os argumentos e a forma com que analisam o sistema jurídico e o aplicam ao caso concreto, tornando mais transparente e claro o processo de postulação e de tomada de decisão, bem como

oportunizando o amplo conhecimento da comunidade afetada por tais questões (partes, procuradores, entorno social, etc.)⁴³⁹.

De qualquer sorte, desde a segunda metade do século XIX temos encontrado sucessivas críticas e revisões da metodologia lógico-dedutiva dos positivismos jurídicos que se consolidaram no Ocidente, evidenciando a impossibilidade de se reduzir a decisão jurídica a uma mera operação formal.

Com o advento do formalismo de Hart e Kelsen, operando com a lógica ainda dedutiva de que é possível encontrar no sistema jurídico a única resposta para um problema, restou mais clara as insuficiências deste modelo ao enfrentamento de realidades sociais marcadas por alto grau de complexidade.⁴⁴⁰ Significa dizer que a decisão jurídica, a partir de então, vai se apresentar (para algumas tendências e escolas mais críticas) como o resultado do processo de informação e racionalização no qual incidem problemas de determinação fática e hermenêutica.⁴⁴¹

Numa acepção que poderíamos chamar de neo-positivista, Roberto Vernengo sustenta que, pelas razões acima esposadas, a decisão judicial está sempre determinada: (a) pelo marco geral que configura as normas aplicáveis ao caso; (b) por amplo conjunto de regras e critérios hermenêuticos que têm sua origem em larga tradição jurídica; (c) por exigência de motivação fundada e racional que não só alcança os aspectos anteriores, mas também atinge os critérios adicionais que fundamentam a decisão em último termo.⁴⁴²

No Brasil do século XXI, em que o jurista, no seu agir hermenêutico-decisional, não pode fazê-lo arbitrariamente, devendo justificar a solução alcançada, inclusive por exigência constitucional, a problemática que exsurge de forma intensa é a que diz respeito ao

436 Como quer MAGGIORE, Giuseppe. *La dottrina del metodo giuridico e la sua revisione critica*. Milano: Patricce, 1989, p.91.

437 FERRAZ JR., Tercio Sampaio. *A ciência do direito*. São Paulo: Atlas, 1988, pg.12.

438 Ferraz Jr., no mesmo texto, adverte que *para alguns teóricos da ciência, os enunciados científicos são descritivos e nunca normativos. As teorias jurídicas da Ciência do Direito, como usualmente esta é praticada, não escondem enunciados de natureza prescritiva. Ao expor diversas teorias referentes a um problema jurídico qualquer, o jurista não se limita a levantar possibilidades e, em certas circunstâncias, a suspender o juízo, mas é forçado a realizar, por vezes, uma verdadeira opção decisória*. Op.cit., pg.15.

439 Neste sentido, ver o texto de PETEV, Valentin. *Metodologia y Ciencia Jurídica em el umbral del siglo XXI*. Bogotá: Universidad Esternado de Colombia, 2004, pg.63.

440 Habermas faz uma excelente análise deste tópico no seu texto HABERMAS, Jürgen. *Faktizität und Geltung. Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats*. Frankfurt: Verlag, 1994, notadamente a partir da p.251.

441 Neste ponto ver o trabalho de FERRAZ JR., Tercio Sampaio. *O conceito de sistema no direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1976.

442 VERNENGO, Roberto. *La interpretación literal de la ley y sus problemas*. Buenos Aires: Eudeba, 1971, pg.48. Tradução nossa.

peso e ao valor dos argumentos hermenêuticos do ato da interpretação/aplicação do direito (única forma de se afastar a arbitrariedade referida), visando não gerar mais dúvidas do que certezas ao sistema positivo, haja vista a inexistência de um catálogo de regras e critérios hermenêuticos fixos, tampouco a graduação deles, devendo tais questões serem resolvidas no caso concreto, com o auxílio de algumas metodologias que foram se desenvolvendo ao longo do tempo e que ainda estão presentes no âmbito das atividades da jurisdição.⁴⁴³

Em termos de metodologia de apreensão do jurídico no âmbito dos conflitos sociais que se apresentam à solução estatal, tanto o dedutivo puro como o indutivo puro não atendem mais de forma satisfatória a natureza complexa das relações sociais que estão na base dos problemas carentes de resolução em nossa Sociedade de Riscos.

O método dedutivo puro, tradicionalmente utilizado (com algumas variações) por nossa cultura jurídica romano-germânica, tomando como pressuposto fundamental a leitura dos conflitos a partir de relação de subsunção primária deles às normas do sistema jurídico vigente, traz condicionante restritivo da compreensão do conflito dado pela norma, tendo-o como fato exaurido em situação temporal e espacial dada. Tal perspectiva desconsidera a natureza fenomênica do conflito enquanto relação intersubjetiva tensional de interesses distintos, marcados por contextos (e não meramente textos) com historicidade política, econômica e cultural.⁴⁴⁴

Neste ponto também está correto Badaró quando sustenta que é equivocada as tentativas de matematizar os graus de probabilidade que caracterizam alguns standards ou modelos de constatação, como os de: (i) simples preponderância de provas (*preponderance evidence*), que significa a probabilidade de um fato ter ocorrido; (ii) prova clara e convincente (*clear and convincing evidence*), tratando-

se de probabilidade elevada; e (iii) prova além da dúvida razoável (*beyond a reasonable doubt*); isto porque é preciso também problematizar as bases sobre as quais os standards operam, e não toma-los como definitivos e absolutos, principalmente levando em conta a natureza complexa e multifacetada de variáveis que compõem cada caso.⁴⁴⁵

O método indutivo mais puro também apresenta insuficiências de apreensão dos conflitos apresentados à solução do direito, a despeito de partir exatamente deles para encontrar possíveis respostas normativas. Isso ocorre porque não há a preocupação de problematizar a própria abordagem e compreensão do caso concreto como fenômeno social, eminentemente complexo em sua constituição e desenvolvimento, restando, por vezes, absolutizado pelas pré-compreensões das decisões pretéritas forjadas.⁴⁴⁶

A ideia de fenômeno complexo que informa, pois, a compreensão do problema social que se faz jurídico, vai partir de um novo conceito de conhecimento, a saber, o que rejunta a ação social ao seu contexto e ao conjunto ao qual pertence. Isto se dá porque o conhecimento torna-se cada vez mais pertinente quando é possível encaixá-lo em cenários mais globais, principalmente quando falamos de crime organizado transnacional, por exemplo.⁴⁴⁷

445 BADARÓ, Gustavo Henrique e BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Lavagem de Dinheiro*. Op. Cit., p.357. Ver o excelente texto de BALTAZAR JR., José Paulo. *Standards Probatórios*. In KNIJNIK, Danilo. (Org.). *Prova Judiciária: estudos sobre o novo direito probatório*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, a partir da p.153.

446 Tratamos de forma mais reflexiva destes temas no livro LEAL, Rogério Gesta. *Hermenêutica e Direito: considerações sobre a teoria do direito e os operadores jurídicos*. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2010. Ver a excelente monografia de PEREIRA, Patrícia Silva. *Prova Indiciária no âmbito do Processo Penal*. Coimbra: Almedina, 2016.

447 Ver neste sentido o texto de MORIN, Edgar. *Ensaio de Complexidade*. Natal: Edufrgn, 2000, pág.16. Uma metodologia alicerçada num novo pensamento, que pode ser chamado de complexo, lembra que a partir do momento em que se lança uma ação no mundo, essa vai deixar de obedecer às intenções originais exclusivamente, pois vai entrar no jogo de ações e interações do meio social no qual acontece, e seguir direções muitas vezes contrárias daquelas que eram as originais. Assim, é preciso ter a consciência de que jamais se vai possuir certezas absolutas sobre estas ações, pelo simples fato de que elas não dependem só de intenções ou desejos individuais, mas do mundo em que ocorrem e com o qual se constituem. Esta compreensão, numa Sociedade de Riscos, demanda dos sujeitos de direito medidas de maior previsão e de redução da ocorrência de danos em seus comportamentos cotidianos. Ver também o excelente texto de STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica Jurídica e(m) Crise: uma*

443 Trabalhamos estes temas de forma mais ampliada no livro LEAL, Rogerio Gesta. *A decisão judicial: elementos teórico-constitutivos à efetivação pragmática dos Direitos Fundamentais*. Joaçaba: Editora da UNOESC, 2012.

444 Ver o texto de PARINI, Pedro. *O raciocínio dedutivo como possível estrutura lógica da argumentação judicial: silogismo versus entimema a partir da contraposição entre as teorias de Neil MacCormick e Katharina Sobota*. In <http://www.conpedi.org/manaus/arquivos/Anais/Pedro%20Parini.pdf>, acessado em 10/07/2009.

Por todos estes elementos, já tivemos oportunidade de defender que é preciso sempre potencializar ao máximo a função social do processo judicial em si (seja de natureza civil, tributária, penal) à pacificação satisfativa dos conflitos, e alguns passos metodológicos de abordagem e solução das lides podem ser adotados para tanto, dentre os quais destacamos os seguintes⁴⁴⁸:

(1) coleta de informação original (na fonte empírica de produção), tarefa de todos os atores e protagonistas do processo, para o processo, acerca de quem são os atores do ilícito – diretos e indiretos –, e das situações fáticas os envolvendo (seja de que natureza for) e suas variáveis (econômicas, políticas, culturais, religiosas, sexuais etc.), condizentes aos interesses em litígio, providência permanente no âmbito da relação processual e jurisdicional;

(2) identificação exauriente de quais são os bens jurídicos (potencialmente) atingidos pelos ilícitos praticados, suas particularidades fáticas, sociais, econômicas, culturais e normativas;

(3) coleta exauriente dos elementos de prova, fundamentos e razões fáticas (tarefa de todos os atores e protagonistas do processo, para o processo), trazidas pelos envolvidos no objeto submetido à apreciação judicial, bem como suas perspectivas individuais de soluções, cotejando ainda os enquadramentos (normativos e consequencialistas) transindividuais da matéria versada;

(4) delimitação fática do objeto a ser enfrentado de modo dialogado na relação entre os sujeitos envolvidos na lide (tarefa de todos os atores e protagonistas do processo, para o processo), através de mecanismos processuais abertos à manifestação de todos os legítimos interessados, oportunizando efetivamente os princípios constitucionais processuais da ampla defesa, contraditório e do devido processo legal;

(5) enquadramento sistêmico-constitucional cognitivo e decisional dos hipotéticos problemas jurídicos formatados em face das análises anteriores levadas a cabo, aqui operando os princípios e as regras constitucionais e infraconstitucionais afetas às hipóteses referidas;

(6) fomento de espaços e ações judiciais conciliatórias à constituição de soluções consensuais dos problemas enfrentados – judiciais e extra-judiciais –, produzindo, se for o caso, regras e formas con-

exploração hermenêutica da construção do direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

448 Estas questões estão melhor tratadas em nosso livro LEAL, Rogerio Gesta. *A decisão judicial: elementos teórico-constitutivos à efetivação pragmática dos Direitos Fundamentais*. Op.cit.

junturais para resolver os problemas e planejar as correspondentes ações, tendo em conta toda a complexidade que eles envolvem⁴⁴⁹;

(7) determinação das possíveis generalizações estabelecidas a partir da solução do problema solvido, para fins de estabelecer alguns paradigmas e precedentes que possam funcionar como políticas públicas preventivas de tratamento destes temas.⁴⁵⁰

Estes passos metodológicos exemplificativos estão fundados também na premissa de que só podemos alcançar com o processo penal a verdade judicial do caso concreto, e isto porque, *a discussão judicial é limitada pelas regras processuais e pelo tempo, de modo que se obtém nada mais do que uma verdade limitada às partes e condicionada também por suas iniciativas*.⁴⁵¹

Ao lado disto, importa termos presente que, independentemente das pretensões deduzidas/perseguidas em juízo, o que se deve relevar é a finalidade dos direitos e bens tutelados juridicamente, sua função própria a cumprir e, conseqüentemente, cada um deles deve realizar-se conforme os objetivos e finalidades dadas pelo próprio sistema (constitucional e infraconstitucional). Significa dizer que os direitos (individuais e transindividuais) são ‘*direitos-funções*’, os quais devem permanecer no plano da função que desempenham, pois, de outro modo, pode seu titular cometer um desvio, um abuso de direito (ilícito civil, penal, tributário); e o ato abusivo é o ato contrário aos fins que a norma jurídica quer tutelar, à sua finalidade.⁴⁵²

449 Típicas situações envolvendo a persecução penal do crime organizado, e a utilização de mecanismos adequados a identificação fundamentada dos delitos praticados e dos seus responsáveis – como a colaboração premiada.

450 Neste sentido, pode-se buscar algum subsídio no trabalho de THIOLENT, Michel. *Metodologia da pesquisa-ação*. São Paulo: Cortez, 2002, pág.41. Lembra o autor que esta metodologia busca fundamentalmente estreitar as relações que existem entre a organização e sua base por meio dos procedimentos participativos, agregando o maior número possível de seus membros na elucidação dos problemas e das propostas de ação. Assim, todas as partes ou grupos interessados na situação ou nos problemas investigados devem ser envolvidos nas possíveis soluções a serem construídas.

451 BALTAZAR JR., José Paulo. *Standards Probatórios*. In KNIJNIK, Danilo. (Org.). *Prova Judiciária: estudos sobre o novo direito probatório*. Op. Cit., p.165.

452 Conforme tradicional doutrina civilista nacional, com RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil – Parte Geral*. Vol. 1. São Paulo: Saraiva, 2001, pág. 315. No campo penal ver o já clássico texto de BENTAHM, Jeremias. *Tratado de las Pruebas Judiciales*. Volumen I. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1971.

Por isso, desde que o titular de um direito, exercendo-o em condições objetivamente irrepreensíveis, assim procede para atingir fins contrários aos protegidos pela lei e sem nenhum interesse legítimo, moral ou material, o ato é abusivo/ilícito, devendo ser absolutamente reprimido pelo sistema jurídico.

Estes elementos todos é que estarão presentes no horizonte de atuação dos sujeitos do processo penal na instrução do feito que visa apurar a existência do ilícito e suas responsabilidades e, portanto, darão base as razões de justificação e fundamentação de todos os atos necessários aos procedimentos cognitivos e decisoriais do caso.⁴⁵³

É esse universo de questões que deve indicar, de modo dinâmico e incessante (guardados os limites formais e materiais do devido processo legal, contraditório e ampla defesa), quais os elementos probatórios que se fazem necessários em cada feito, e quais as características destes elementos contextualizados em face da complexidade fenomenológica e constitutiva dos delitos a que dizem respeito, não se podendo aceitar a aferição dos indícios suficientes da existência dos delitos e seus responsáveis por aplicação subjetiva de raciocínio dedutivo ou indutivo simples.⁴⁵⁴

Em outras palavras, superando percepções reducionistas da ideia de livre apreciação da prova pelo juiz, deverá a decisão judicial de constrição penal do patrimônio potencialmente ilícito para os fins legais já referidos, quando tomada a partir de indícios da existência do delito e dos seus responsáveis, deixar muito claro ponde-

rações no que consistem tais provas (em termos de produção e conteúdo), e seus nexos causais preponderantes em termos de aderência, relevância, necessidade e proporcionalidade à causa e ao processo, e fazendo isto propiciar-se-á à decisão judicial um valor de aproximação muito confiável publicamente.⁴⁵⁵

No caso específico do estabelecimento de restrições cautelares de natureza penal ao potencial/provável patrimônio ilícito do investigado/acusado, o próprio sistema jurídico demanda indícios distintos às medidas, por exemplo no que diz com o sequestro, reclamando a existência de indícios *veementes* da proveniência ilícita dos bens (art.126, CPPB); enquanto que nos crimes de lavagem de dinheiro, a Lei nº12.683/2012 exige para o mesmo fim tão somente indícios *suficientes* da infração penal.

É óbvio que temos aqui tratamentos diferenciados para situações diferenciadas, cujos fundamentos são de ordem predominantemente política, eis que buscou-se facilitar a blindagem do patrimônio que eventualmente esteja servindo para retroalimentar a lavagem de dinheiro e os crimes antecedentes e consequentes atrelados a ela; enquanto que as medidas cautelares reais do processo penal brasileiro em geral estão a demandar elementos de prova indiciários mais claros e convincentes em face do contexto e natureza do delito praticado.

Vale lembrar a lição de Fernando Monteiro:

453 Para o aprofundamento do tema ver os textos de: (i) DEVIS ECHEANDIA, Hernando. *Compendio de la prueba judicial*. Tomo I. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores, 2000; (ii) VALLEJO, Manuel Jaén. *Los principios de la prueba en el proceso penal español*. In http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/articulos/a_20080526_16.pdf, acesso em 12/01/2017.

454 Talvez estas exigências para fins de caracterizar os indícios probatórios como suficientes às medidas processuais penais cautelares também possam se valer do *standard* germânico chamado *alto grau de verossimilhança sem dúvidas concretas*, como lembra BALTAZAR JR., José Paulo. *Standards Probatórios*. In KNIJNIK, Danilo. (Org.). *Prova Judiciária: estudos sobre o novo direito probatório*. Op.cit., p.159. Há interessante debate sobre estes temas no texto *Beyond reasonable doubt using scientific evidence to advance prosecutions at the international criminal court*. In https://www.law.berkeley.edu/files/HRC/HRC_Beyond_Reasonable_Doubt_FINAL.pdf, acesso em 13/01/2017.

455 Ver o texto de WALTER, Gerhard. *Libre apreciación de la prueba*. Bogotá: Temis, 1985. Ver também o texto de VALIENTE, Francisco Tomas y. *In dubio pro reo, libre apreciación de la prueba y presunción de inocência*. In Revista Española de Derecho Constitucional, Año 7, Núm. 20. Mayo-Agosto, 1987. Na tradição norte-americana ver o texto de BOYCE, Ronald N. § PERKINS, Rollin M. Perkins. *Criminal Law and Procedure*. New York: Foundation Press, 1999, e o texto de WHITMAN, James Q., *The Origins of "Reasonable Doubt"*. In Faculty Scholarship Series. Paper 1, 2005. http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/1, acesso em 13/01/2017, evidenciando como na experiência dos EUA o tema da dúvida razoável se firmou para fins de absolvição – o que não pode ser aplicado no caso das cautelares, em que o juízo de convicção não tem os mesmos critérios da decisão de mérito; em suas palavras: *No person in our country can be convicted of a crime unless there is absolute certainty about his guilt. That is the theory, at least. If the accused does not willingly plead guilty, all the essential elements of guilt must be proven to a jury, and they must be proven "beyond a reasonable doubt"*. (p.12).

*Os tipos legais de crime são constituídos por signos linguísticos que comportam referências a factos empiricamente existentes e a factos normatológicos. Frequentemente (senão quase sempre) há lugar a um entrelaçar destas duas realidades. Os factos empíricos valem enquanto expressões de decisões axiologicamente tomadas desde logo no plano do sistema jurídico-penal e nesta medida são realidades normatológicas. Por outro lado, também factos normatológicos comportam, por vezes, realidades empíricas, nomeadamente quando se alude à existência de sentimentos ou acções dos respectivos sujeitos a serem valorados em sentido positivo ou negativo.*⁴⁵⁶

Insistimos, os níveis de certeza e convicção do que significa indícios suficientes ou veementes estarão a depender, sempre, menos dos conceitos herméticos que possamos elaborar, e mais dos nexos causais preponderantes em termos de aderência, relevância, necessidade e proporcionalidade à causa e ao processo⁴⁵⁷, visando: (i) a prestabilidade efetiva da constrição ao processo penal apurador da responsabilidade criminal (arts.11 e 118, ambos do CPPB); (ii) a verificação de se as coisas constringidas/apreendidas tenham sido ou não adquiridas com os proventos da infração (arts.121 e 133, ambos do CPPB); (iii) a garantia do dever de indenizar os danos causados pelo crime (art.91, I, do Código Penal Brasileiro – CPB, e art.140, do CPPB), assim como ao pagamento das custas e multas caso condenado.

Demarcado este debate, é certo que tanto medidas cautelares penais gerais como as definidas por leis especiais apresentam, por vezes, situações ora delicadas para o investigado/acusado, ora favoráveis a ele, as quais reclamam redobrada atenção do Poder Judiciário, o que passamos a ver em caráter meramente exemplificativo.

VI Alguns aspectos sensíveis das medidas processuais penais cautelares reais em face do investigado/acusado no Brasil

Algumas normas mais contemporâneas no Brasil têm avançado muito na blindagem penal do patrimônio ilícito, como é o caso da Lei de Drogas (nº11.343, de 23/08/2006), em seu art.60, quando dispõe que:

*Art. 60. O juiz, de ofício, a requerimento do Ministério Público ou mediante representação da autoridade de polícia judiciária, ouvido o Ministério Público, havendo indícios suficientes, poderá decretar, no curso do inquérito ou da ação penal, a apreensão e outras medidas assecuratórias relacionadas aos bens móveis e imóveis ou valores consistentes em produtos dos crimes previstos nesta Lei, ou que constituam proveito auferido com sua prática, procedendo-se na forma dos arts. 125 a 144 do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 – Código de Processo Penal.*⁴⁵⁸

Em outras palavras, o novel instituto amplia o objeto de alcance da restrição patrimonial nas ações ilícitas envolvendo drogas, pois, para além dos bens móveis e imóveis, podem ser atingidos também os valores derivados da prática do comércio com entorpecentes, bastando que haja **indícios suficientes** que deponham contra estes domínios.

Não bastasse isto, com base nas disposições do art.61, da Lei de Drogas, é possível que os bens apreendidos a este título possam ser utilizados pelos órgãos ou pelas entidades que atuam na prevenção do uso indevido, na atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas, e na repressão à produção não autorizada, e ao tráfico ilícito de drogas, exclusivamente no interesse dessas atividades, o que coloca em risco o estado, conservação e depreciação deste

456 MONTEIRO, Fernando Conde. *Algumas reflexões epistemológicas sobre o direito penal*. In Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Jorge de Figueiredo Dias. Vol.2. Coimbra: Universidade de Coimbra, 2009, p.328.

457 Ver no ponto o texto de GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *A motivação das Decisões Penais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, em especial quando o autor se refere a necessidade de que na decisão judicial haja correspondência fundada entre os seus elementos de base e os efetivamente existentes no processo.

458 Grifo nosso. É claro que: §1º Decretadas quaisquer das medidas previstas neste artigo, o juiz facultará ao acusado que, no prazo de 5 (cinco) dias, apresente ou requeira a produção de provas acerca da origem lícita do produto, bem ou valor objeto da decisão; § 2º *Provada a origem lícita do produto, bem ou valor, o juiz decidirá pela sua liberação*, confirmando-se, pois, o compromisso do sistema penal e processual penal com os direitos e garantias fundamentais de todos envolvidos em qualquer procedimento de apuração da responsabilidade jurídica.

patrimônio quando a investigação/apuração dos crimes encontra-se em andamento.

Ou seja, resultando inocentado o proprietário dos bens constrictos e usados quem indenizará eventuais prejuízos sofridos por ele e seu patrimônio? É devida tal indenização? Nos parece que tem direito sim o proprietário inocentado a receber indenização pelos prejuízos que seus bens sofreram enquanto estiveram sob a guarda e depósito das autoridades públicas (sejam policiais ou judiciárias), e isto se deduz das disposições do art.62, do diploma legal sob comento, que refere expressamente em seu caput e parágrafo primeiro: *após a sua regular apreensão, ficarão sob custódia da autoridade de polícia judiciária, excetuadas as armas, que serão recolhidas na forma de legislação específica. Comprovado o interesse público na utilização de qualquer dos bens mencionados neste artigo, a autoridade de polícia judiciária poderá deles fazer uso, sob sua responsabilidade e com o objetivo de sua conservação.*⁴⁵⁹

Grave é também, nos termos do art.62, §4º, do mesmo estatuto, a possibilidade de que, após a instauração da competente ação penal, o Ministério Público, mediante petição autônoma, requeira ao juízo competente que, em caráter cautelar, proceda à alienação dos bens apreendidos. Aqui estamos diante da alienação do patrimônio do acusado pela prática de crime definido pela Lei de Drogas (haja vista que já instaurada ação penal correspondente) sem trânsito em julgado da sentença condenatória. E a norma não deixa dúvidas de que é isto mesmo, pois chama esta alienação de cautelar!⁴⁶⁰

Mais, basta que juiz da causa entenda que existe nexos de instrumentalidade entre o delito e os objetos utilizados do pressuposto delito para que autorize leilão à venda dos bens em discussão (§7º,

459 Estamos falando mais dos bens imóveis e móveis, eis que os valores apreendidos deverão ser viabilizados para serem depositados em contas judiciais remuneradas, a teor do que dispõem os parágrafos segundo e terceiro, do art.62, da Lei de Drogas. É claro que ainda aqui poderá haver questionamento, no caso de inocentado o proprietário destes valores, sobre sua subvalorização/remuneração, haja vista terem estado aplicados em espécies de títulos financeiros mais rentáveis até a apreensão, o que parece igualmente razoável postular em face do Estado. Ver o texto de AMODIO, Ennio. *Le cautele patrimonial nel processo penale*. Roma: Giuffrè, 1971.

460 Aliás, medida posteriormente recomendada pelo Conselho Nacional de Justiça – Recomendação 30/2010.

do mesmo art.62). O problema aqui é que as relações de conexão/instrumentalidade dos bens apreendidos se dão com delito não apurado suficientemente (sem decisão judicial transitada em julgado). Isto é suficiente para que sejam tais bens retirados de seu titular originário e transferidos ao domínio de terceiro por ordem judicial? Alguns julgados têm dito que sim.⁴⁶¹

E não se diga que realizado o leilão, permanecerá depositada em conta judicial a quantia apurada (§7º, do art.62), até o final da ação penal respectiva, e que isto se afigura como garantia efetiva dos direitos do agora ex-proprietário, pois seguramente procedimentos de avaliação e leilão já impingem alguma desvalorização aos bens. Em resumo, a norma não previu a possibilidade de a decisão transitada em julgado ser absolutória, e por tal razão, no ponto, violou direito fundamental de propriedade do réu.

Impor ao inocentado nestes tipos de processos a perda antecipada do patrimônio é por demais oneroso, e implica violação no mínimo superveniente do direito constitucional de propriedade, passível de ser discutida judicialmente, seja pela via da Revisão Criminal, seja por Ação Anulatória ou Rescisória, o que vai gerar profundos impactos nas relações jurídicas consolidadas por decisões judiciais antecedentes, dando ensejo não só a quebra da confiança no sistema de justiça, mas a formação de espirais contaminantes de novas litigiosidades.

461 Parte da jurisprudência tem dito o mesmo: (1) PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. VENDA ANTECIPADA DE BENS ANTES DO TRÂNSITO EM JULGADO DA SENTENÇA CONDENATÓRIA. ART. 34, § 5º, DA LEI N. 6.368 /76 E ART. 62, § 4º, DA LEI N. 11.343 /06. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE. 1. A realização do leilão não implica na perda do objeto da demanda, porque subsiste o interesse no exame da legalidade do ato que o autorizou. 2. Não há ilegalidade no ato judicial que determina a venda antecipada de bens apreendidos e sequestrados em medida cautelar relativa a processo de tráfico de entorpecentes, eis que tanto a Lei 6.368 /1976, vigente ao tempo da prolação da sentença, quanto a Lei 11.343 /2006, atualmente em vigor, confortam a medida. 3. Agravo desprovido. Agravo de Instrumento nº105162620144010000, julgado pela Quarta Turma do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, em 18/09/2014, Relator Dr. Publo Dourado. (2) No mesmo sentido o Mandado de Segurança nº163934420144010000, julgado pela Segunda Seção, do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, em 11/07/2014, Relator Des. Hilton Queiroz.

Daí a importância do gerenciamento judicial – e do Estado em geral – responsável pelo patrimônio potencialmente ilícito, para que se evitem tanto situações de risco e perigo a sua incolumidade, como medidas definitivas de alienação, ambas passíveis de ressarcimento posterior as custas do erário público e, portanto, provocando outro tipo de lesão aos interesses da Comunidade. Em outras palavras, é preciso que tenhamos mecanismos de acautelamento patrimonial contra os ilícitos e suas causas e consequências, mas também é preciso utilizá-los a ponto de não violar as garantias constitucionais e infraconstitucionais, individuais e sociais, envolvidos em cada caso.

Veja-se que na Lei de Lavagem de Dinheiro (Lei Federal nº9.613/98 e suas modificações trazidas pela Lei Federal nº12.683/2012), cuja principal preocupação é perseguir o patrimônio – produto ou proveito – decorrente da infração antecedente da lavagem do capital decorrente, com o que se quer alcançar, em termos de conduta pessoal, a ocultação ou dissimulação da natureza, origem, localização, disposição ou movimentação da propriedade/patrimônio, houve a possibilidade de estender as medidas restritivas ao patrimônio do investigado ou acusado, no sentido de que:

*Art. 4º O juiz, de ofício, a requerimento do Ministério Público ou mediante representação do delegado de polícia, ouvido o Ministério Público em 24 (vinte e quatro) horas, havendo indícios suficientes de infração penal, poderá decretar medidas assecuratórias de bens, direitos ou valores do investigado ou acusado, ou existentes em nome de interpostas pessoas, que sejam instrumento, produto ou proveito dos crimes previstos nesta Lei ou das infrações penais antecedentes.*⁴⁶²

Outra situação desta Lei é a de prever – como fez a Lei de Drogas – a possibilidade de alienação antecipada para preservação do valor dos bens sempre que estiverem sujeitos a qualquer grau de deterioração ou depreciação, ou quando houver dificuldade para sua manutenção.⁴⁶³ Ou seja, de um lado, criou-se mecanismos de puni-

ção prévia e sem o devido processo legal – venda de bens como sanção de réu ainda não sentenciado com trânsito em julgado; de outro lado, em face do próprio patrimônio em estado de periclitado, constituiu-se forma de sua proteção através da alienação, o que de maneira alguma afasta os eventuais danos (significativos) que o réu inocentado venha a ter diante do seu patrimônio disponibilizado.

Podemos sustentar que o §2º, do mesmo art.4º, quando diz que o juiz determinará a liberação total ou parcial dos bens, direitos e valores *quando comprovada a licitude de sua origem*, mantendo-se a constrição dos bens, direitos e valores necessários e suficientes à reparação dos danos e ao pagamento de prestações pecuniárias, multas e custas decorrentes da infração penal, está indo ao encontro dos interesses do réu inocente e, ou, do patrimônio lícito, pois oportuniza exatamente o contraditório e a ampla defesa, inclusive de terceiros interessados (adquirentes de boa-fé ou credores legítimos).⁴⁶⁴

Sem sobra de dúvidas estamos diante de verdadeira inversão do ônus da prova neste dispositivo da Lei, em face do investigado/acusado ou mesmo de terceiros, pois é o proprietário da coisa atingida que deverá provar sua origem lícita, o que vai ao encontro do disposto no item 66, da exposição de motivos, da Lei de Lavagem de Dinheiro, a saber:

*Na orientação do projeto, tais medidas cautelares se justificam para muito além das hipóteses rotineiras já previstas pelo sistema processual em vigor. Sendo assim, além de ampliar o prazo para o início da ação penal, o projeto inverte o ônus da prova relativamente à licitude de bens, direitos ou valores que tenham sido objeto da busca e apreensão ou do sequestro (art.4º). Essa inversão encontra-se prevista na Convenção de Viena (art.5º, nº7) e foi objeto de previsão no direito argentino (art.25, Lei 23.737/89).*⁴⁶⁵

464 Temos como oportuna a lembrança de que: *...talvez a maior garantia do Estado Democrático de Direito seja o princípio do contraditório, a oportunidade de descarregar uma “carga”, favorável ou desfavorável, para a defesa...*, na dicção de CUNHA, Tiago Lorenzini. *O princípio do contraditório e sua conformação constitucional*. In GIA-COMOLLI, Nereu; SCHNEIDER, Nathalia Beduhn e SCARTON, Carolina Llantada Seibel. *Processo Penal Contemporâneo em Debate*. Florianópolis: Empório do Direito, 2016, p.119.

465 Exposição de Motivos da Lei Federal nº9.613/98. Neste sentido ver os textos de: (i) MAIA, Rodolfo Tigre. *Lavagem de Dinheiro (lavagem de ativos provenientes de crime): anotações às disposições criminais da Lei nº9.613/98*. São Paulo: Malheiros, 1999;

Esta norma como um todo já opera sob lógica um pouco diversa da Lei de Drogas, na medida em que evidencia preocupações com a condição patrimonial do réu sob a perspectiva constitucional – que a propriedade é um direito fundamental –, pois, no §5º, inciso II, do art.4º, determina que, mediante ordem da autoridade judicial, o valor do depósito, após o trânsito em julgado da sentença proferida na ação penal, será, em caso de sentença absolutória extintiva de punibilidade, colocado à disposição do réu pela instituição financeira, acrescido da remuneração da conta judicial. Vale aqui o mesmo argumento de que isto não afasta os eventuais danos (significativos) que o réu inocentado venha a ter diante do seu patrimônio alienado, os quais, em nosso sentir, poderão ser buscados em face do Estado.⁴⁶⁶

Outro dispositivo importante criado a favor daqueles que têm restrições reais ao seu patrimônio por conta de investigações ou ações criminais em andamento, é o estabelecido pela Lei Federal nº11.690/2008, que modificou os efeitos da sentença criminal absolutória no âmbito (também) das medidas cautelares patrimoniais em geral, inserindo no art.386, §único, do CPPB, o inciso II, determinando que, na sentença absolutória, o juiz ordenará a cessação das medidas cautelares e provisoriamente aplicadas. Ou seja, ocorrendo este tipo de decisão jurisdicional, sem que transite em julgado, será obrigatória a liberação das restrições impostas a este título.⁴⁶⁷

Cumpramos lembrar ainda a referência que já fizemos ao art.140, do CPPB, na perspectiva da indenização que deve o condenado dar conta, pois ele faz menção expressa de que *as garantias do ressarcimento do dano alcançarão também as despesas processuais e as penas pecuniárias*, tendo preferência sobre estas a reparação do dano ao ofendido. E a questão singela que se coloca é a de sabermos a quem é devido as despesas processuais e penas pecuniárias? É óbvio

que ao Estado que teve imensos gastos com a persecução do crime sob comento, desde as investigações policiais até o processamento jurisdicional do feito, em todas as suas fases e instâncias, pois, como nos diz Badaró, *sempre que ocorre um delito o Estado também é vítima de tal crime, quer porque teve o ordenamento jurídico por ele instituído violado, quer porque terá despesas com a persecução penal visando a imposição da sanção ao culpado*, e por conta disto, é que se poderá admitir que o pagamento das despesas processuais e da pena de multa representam uma forma de ressarcimento do dano.⁴⁶⁸

Para além disto, ainda temos que considerar a discussão sobre o que constitui o dano provocado pelo crime e passível de indenização! Estamos a falar somente do dano material aferido objetivamente, ou podemos computar aqui o dano moral decorrente da ação criminosa concreta?

A doutrina brasileira neste sentido tem divisões: (i) alguns entendendo que o dano indenizável referido pelo art.387, IV, do CPPB, pretendeu tão somente facilitar a reparação da vítima em face de prejuízo material evidente sofrido por conta do crime, afigurando-se impossível quantificar sua dor para fins de ressarcimento na esfera penal, passível de fazê-lo no âmbito civil;⁴⁶⁹ (ii) por outro lado, certos autores trabalham com lógica diversa – a quem nos filiamos – não aceitando a restrição indenizatória aos danos materiais referida, haja vista que a norma processual penal indica, de modo genérico, a “reparação dos danos”, permitindo que o Poder Judiciário decline responsabilidade também por dano extrapatrimonial ocorrido pela prática de crime condenado (afinal, a indenização mede-se pela extensão do dano, seja ele qual for, nos termos do art.944, do Novo Código Civil Brasileiro), o que vai ao encontro da garantia de efetividade dos direitos da pessoa humana como um todo.⁴⁷⁰

(ii) SANCTIS, Fausto Martins de. *Combate à lavagem de dinheiro: teoria e prática*. Op.cit.

466 Para fins de referência normativa, tramita no Congresso Nacional brasileiro o Projeto de Lei nº2.902/2011, que cria a medida cautelar de indisponibilidade, ratificando toda esta perspectiva de responsabilização penal do patrimônio ilícito, inclusive para a pessoa jurídica, muitas vezes utilizada tão somente para fins ilícitos.

467 O que implica a revogação dos arts. 130, §único; 131, inciso III; e 143, todos do CPPB, haja vista que se revelam incompatíveis diante da nova disposição referida, ex vi o que dispõe o art.2º, § primeiro, da Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro.

468 BADARÓ, Gustavo Henrique e BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Lavagem de Dinheiro*. Op. Cit., p.338. Mais adiante o autor lembra que também a Lei 12.683/2012, em seu art.4º, §4º, previu a possibilidade de utilização das chamadas medidas assecuratórias para os fins de pagamento de custas. (p.343).

469 Ver o texto de OLIVEIRA, Eugênio Pacceli de. *Curso de processo penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012, p. 584.

470 Neste sentido ver o texto de AVENA, Norberto. *Processo penal esquematizado*. São Paulo: Método, 2009, p. 248. Ou seja, utilizando dos parâmetros da equidade e da razoabilidade o magistrado deverá fixar a recomposição do dano, bem como buscar

Sendo possível, pois, o ressarcimento por danos patrimoniais e extrapatrimoniais decorrentes de atos criminosos, ainda mais se justificam as cautelas de proteção de bens suficientes a tais desideratos pelo juízo penal, sob o risco, em caso de isto inoportunar, de estarmos alimentando círculos viciosos de delitos cada vez mais impactantes à Sociedade e aos interesses individuais. Talvez por isto também o art.91, §1º, do CPPB, em face de sua nova redação impressa pela Lei nº12.694/2012, instituiu a possibilidade de ser perseguido o patrimônio **lícito** em valor equivalente ao produto ou proveito do crime, quando estes não forem encontrados, ou quando se localizar no exterior, justamente reconhecendo a existência cada vez mais recorrente de estratégias de dissimulação, evasão irregular e outros expedientes de ocultação do patrimônio ilícito adquirido através de atividades criminosas sofisticadas (não tanto em termos de valores envolvidos, mas utilizando técnicas e procedimentos inteligentes e complexos de manipulação destes bens).

É verdade, todavia, que as alterações do art.144-A, do CPPB (incluído pela Lei nº 12.694, de 2012), trouxeram problemas para os investigados atingidos por estas medidas assecuratórias, eis que poderá o juiz determinar a alienação antecipada para preservação do valor dos bens sempre que estiverem sujeitos a qualquer grau de deterioração ou depreciação, ou quando houver dificuldade para sua manutenção, sendo que os bens deverão ser vendidos pelo valor fixado na avaliação judicial ou por valor maior. Não alcançado o valor estipulado pela administração judicial, será realizado novo leilão, em até 10 (dez) dias contados da realização do primeiro, podendo os bens ser alienados por valor não inferior a 80% (oitenta por cento) do estipulado na avaliação judicial, o que pode trazer prejuízos ao patrimônio do investigado, notadamente pelas discrepâncias de valores em face do mercado, e mesmo diante da indisponibilidade destes bens para este.

a indenização quantificada de acordo com a sua extensão, devendo levar em consideração todas as consequências em relação causal juridicamente relevantes. Ver os textos de: (i) CARVALHO FILHO, Milton Paulo de. *Indenização por equidade no novo Código Civil*. São Paulo: Atlas, 2010; (ii) GONÇALVES, Carlos Roberto. *Responsabilidade civil*. São Paulo: Saraiva, 2013.

Para aumentar a situação delicada, dispõe ainda o artigo sob comento, em seu parágrafo terceiro, que o produto da alienação ficará depositado em conta vinculada ao juízo até a decisão final do processo, procedendo-se à sua conversão em renda para a União, Estado ou Distrito Federal, no caso de condenação, ou, no caso de absolvição, à sua devolução ao acusado. Se esta conta vinculada não for a de rendimentos de mercado em face dos bens alcançados, os prejuízos do investigado serão altíssimos, notadamente se o feito transcorrer em lapso temporal por demais prolongado, violando até o prazo razoável do processo.

Mesma situação ocorre com as disposições do parágrafo quarto deste artigo 144-A, ao determinar que, quando a indisponibilidade recair sobre dinheiro, inclusive moeda estrangeira, títulos, valores mobiliários ou cheques emitidos como ordem de pagamento, o juízo determinará a conversão do numerário apreendido em moeda nacional corrente e o depósito das correspondentes quantias em conta judicial.

É certo que há muitas variáveis sobre estas questões que carecem de maior aprofundamento, como a que diz respeito a extinção da punibilidade (morte do agente) antes da definição do mérito da ação penal, configurando verdadeira decisão judicial de improcedência, inviabilizando a perda dos bens.⁴⁷¹ Lembra Tiago Essado, com acerto, que nos casos de absolvição definitiva do réu – inclusive por conta de Revisão Criminal –, ou ainda em face do arquivamento da investigação criminal, a perda de bens poderá ter os seguintes caracteres: (i) subsistência da perda dos instrumentos do crime cujo fabrico, alienação, uso, porte ou detenção constitua fato ilícito em si, nos termos do art.91, II, a, do CPB; (ii) subsistência da perda do produto do crime, consoante arts.119 e 779, ambos do CPPB.⁴⁷² E

471 O que não se aplicaria ao caso da lavagem de dinheiro, em tese, eis que esta dispensaria a certeza da autoria, a condenação e a extinção da punibilidade atinente ao crime antecedente, pois pode permanecer indene a natureza ilícita do patrimônio adquirido ou envolvido com o processo de lavagem. Ver o texto interessante de BUS-CAGLIA, Edgardo. *The Paradox of Expected Punishment: Legal and Economic Factors Determining Success and Failure in the Fight against Organized Crime*. In Review of Law and Economics. Vol. 3 (2008): 1-25. Disponível em: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1161204, acesso em 16/12/2016.

472 ESSADO, Tiago Cintra. *A perda de bens e o novo paradigma para o processo penal*

não poderia ser diferente, pois a imputação patrimonial tem relação mediata e imediata com a imputação da autoria e culpabilidade, mas pode possuir âmbitos constitutivos espacial e temporalmente distintos – principalmente na lavagem de dinheiro –, o que deve ser considerado para os fins de responsabilidade penal do patrimônio ilícito.

Também aspectos processuais decisórios aqui tomam relevo, basta pensarmos que o magistrado, ao tomar posição sobre estas questões, nos termos do art.155, do CPPB, o fará a partir do que a lei chama de **livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial**, não podendo fundamentar seu juízo exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas. Tal garantia a todos os envolvidos no processo assegura, ao menos no plano formal, oportunidades legítimas para serem debatidas as medidas tomadas em face dos interesses – todos – em jogo. Qualquer posição jurisdicional em contrário poderá caracterizar abuso de poder ou coação indevida, passível de enfrentamento por medidas processuais adequadas.

E aqui temos outra particularidade do sistema processual penal muito combatida pela doutrina e jurisprudência, em especial no que diz com a **função inquisidora do magistrado** no âmbito do processo, diante das disposições do artigo 156, do CPPB, que estabelece que a *prova da alegação incumbirá a quem a fizer, sendo, porém, facultado ao juiz de ofício: I – ordenar, mesmo antes de iniciada a ação penal, a produção antecipada de provas consideradas urgentes e relevantes, observando a necessidade, adequação e proporcionalidade da medida.*

O que são provas consideradas urgentes e relevantes? Só o caso concreto poderá responder isto, diante das circunstâncias todas envolvidas em cada espécie. E mesmo tendo de assim agir, o magistrado deverá fazê-lo observando critérios de necessidade, adequação e proporcionalidade em sentido estrito da medida.⁴⁷³

Não para por aí o CPPB, pois outorga o poder ao juiz de determinar a busca de documento que entenda pertinente a solução

brasileiro. Op.cit., p.102.

473 Ver o texto de GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. *O princípio da proporcionalidade no Direito Penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

da causa, nos termos do art. 234, do CPPB, ao dizer: *Se o juiz tiver notícia da existência de documento relativo a ponto relevante da acusação ou da defesa, providenciará, independentemente de requerimento de qualquer das partes, para sua juntada aos autos, se possível.* Pode-se chamar isto de função inquisidora? Pensamos que não, pois está o magistrado gestando o feito para os fins a que se destina.

Estes temas, pois, afiguram-se deveras polêmicos no debate jurídico nacional – e internacional –, razão pela qual merecem abordagem específica, a despeito de que sucinta em face dos objetivos deste trabalho, o que passamos a fazer.

VII Limites e possibilidades da atuação jurisdicional enquanto gestora do processo penal na Sociedade de Riscos

O tema dos poderes instrutórios do juiz no processo penal não é novo e está vinculado a outras questões como as atinentes às diferenças entre modelos de direito processual mais inquisitórios ou mais acusatórios, fazendo explícita referência ao pertinente debate que há muito se arrasta entre os processualistas no Ocidente na matéria, o que não temos intenção nem tempo de reproduzir aqui a exaustão, mas tão somente declinaremos referências suficientes à contextualização diante do objeto central de nosso trabalho.⁴⁷⁴

Em síntese deverasmente apertada, o ponto de maior polêmica aqui é o que diz com a separação das funções de julgar, acusar e defender, atividades as quais – em nosso entender – o modelo inqui-

474 Ver os excelentes textos de: (i) PRADO, Geraldo. *Sistema acusatório: a conformidade constitucional das leis processuais penais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006; (ii) PIERANGELI, José Henrique. *Processo Penal: evolução histórica e fontes legislativas*. Bauru: Jalovi, 1993; (iii) COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de (org.). *O novo processo penal à luz da constituição: análise crítica do projeto de lei nº156/2009, do Senado Federal*. Op.cit.; (iv) MAIER, Julio B. J. *Derecho Procesal Penal: fundamentos*. Buenos Aires: Editores Del Puerto, 2006; (v) AMBOS, Kai e LIMA, Marcellus Polastri. *O processo acusatório e a vedação probatória*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009; (vi) FARIA, André. *Os poderes instrutórios do juiz no processo penal: uma análise do modelo constitucionalista do processo*. Belo Horizonte: Arraes, 2011.

sitório não discrepa de forma tão radical do acusatório. Sobre isto, Jacinto Coutinho adverte que:

*o princípio dispositivo que funda o sistema acusatório tem como pressuposto a gestão das provas nas mãos das partes, pertencendo ao juiz o lugar de mero espectador, porque se assim não for, abre-se ao juiz a possibilidade de decidir antes e, depois, sair em busca de material probatório suficiente para confirmar a sua versão.*⁴⁷⁵

É de vermos, todavia, que tais circunstâncias não se configuram sempre, pois podemos evitar que a atividade investigativa do judiciário na obtenção da prova no caso concreto não viole necessariamente os direitos e garantias das partes envolvidas, tanto é assim que, em termos de Europa, alguns países adotam a perspectiva de permitir ao magistrado a investigação da prova necessária ao processo, mesmo que em caráter complementar às partes do feito (acusação e defesa), assim: (i) o Código de Processo Penal Italiano, em seu art.190, prevê a possibilidade do magistrado buscar de ofício a prova, todavia, em situações específicas determinadas por lei, pois às partes competem tal mister. Ou seja, a atividade investigativa probatória do magistrado é subsidiária⁴⁷⁶; (ii) o mesmo ocorre na Espanha, no art.729, de sua Lei Processual Penal, quando prevê a possibilidade do juiz buscar, de ofício, provas não propostas pelas partes mas que sejam indispensáveis à comprovação de qualquer dos fatos objeto da ação⁴⁷⁷; (iii) na Alemanha passa o mesmo, prevendo sua legislação a competência do juiz criminal ter protagonismo pro-

batório a solução do caso, não estando limitado pelas demandas e resistências apresentadas pelas partes interessadas.⁴⁷⁸

No Brasil, pela dicção de Accioly, a Constituição de 1988 opera com a lógica do sistema acusatório, mas o processo penal encontra-se fundado na perspectiva do sistema inquisitório, com elementos do acusatório, haja vista a influência que o código de processo penal italiano de Rocco (1930) operou sobre o nosso, evidenciando isto de forma inarredável a previsão de que o juiz possa buscar e produzir provas de ofício, consoante o disposto no art.156, do CPPB.⁴⁷⁹

A pergunta – não fácil de ser respondida – que temos de fazer aqui é se é possível ainda pensarmos e operarmos, na Sociedade de Riscos e cada vez mais complexa em que vivemos, com modelos ortodoxos ou puros de apuração da responsabilidade penal por atos criminosos os mais diversos (e sofisticados) !? E a resposta que acreditamos ser a melhor, hoje, é negativa, pois, concordando com Schünemann, é recomendado que tenhamos uma gestão controlada democraticamente da prova penal, sem que isto implique quebra da divisão de forças processuais que caracteriza o Estado Democrático de Direito, evitando a substituição do devido processo legal e do direito à ampla defesa e contraditório por um domínio e protagonismo exclusivo do Poder Judiciário, o que aí sim poderia representar uma retomada de procedimentos e processos meramente inquisitoriais.⁴⁸⁰

475 COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *Introdução aos princípios gerais do processo penal brasileiro*. In Revista de Estudos Criminais, nº1. Porto Alegre, 2001, p.37. Ver o excelente texto de AMARAL, Augusto Jobim do. *Política da prova e cultura punitiva: a governabilidade inquisitiva do processo penal brasileiro contemporâneo*. São Paulo: Almedina, 2014.

476 Sobre o debate da possibilidade do magistrado italiano investigar a prova no processo penal ver o interessante texto de ALLEGRA, Angela. *Condizioni e limiti dell'integrazione probatoria da parte del magistrato giudicante*. In <http://www.filodiritto.com/articoli/2011/05/condizioni-e-limiti-dellintegrazione-probatoria-da-parte-del-magistrato-giudicante/>, acesso em 07/01/2017. Também o texto de SCAPINI, Nevio. *La prova per indizi nel vigente sistema del processo penale*. Milano: Giuffrè, 2010.

477 Esta discussão é antiga na Europa, ver os textos de: (i) BETTIOL, Giuseppe. *Instituciones de Derecho Penal y Procesal*. Barcelona: Bosch, 1977; (ii) GIMENO SENDRA, Vicente; MORENO CATENA, Víctor y CORTÉS DOMÍNGUEZ, Valentín. *Derecho Procesal Penal*. Madrid: Colex, 1996.

478 Ver o texto de ROXIN, Claus. *La protección de la persona en el Derecho Procesal Penal alemán*. In <http://www.uhu.es/revistapenal/index.php/penal/article/view/85/80>, acesso em 07/01/2017. Neste texto Roxin ratifica a importância da proteção dos Direitos Fundamentais da pessoa humana no âmbito do Processo Penal Alemão, mas reconhece que o Tribunal Constitucional já teve oportunidade de permitir a utilização de provas envolvendo a vida íntima de determinada pessoa – protegida pelo núcleo fundamental dos Direitos Humanos – que a incriminava de crime sexual violento.

479 ACCIOLY, Maria Francisca. *As medidas cautelares patrimoniais na lei de lavagem de dinheiro*. Op.cit., p.13. Outras questões aqui tomam relevo, como o tema da livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, prevista pelo art.155, CPPB, a função inquisidora do magistrado no âmbito do processo, diante das disposições do artigo 156, do CPPB.

480 SCHÜNEMANN, Bernd. *Audiência de instrução e julgamento: modelo inquisitorial ou advesarial? Sobre a estrutura fundamental do processo penal no 3º Milênio*. In Direito Penal como Crítica da Pena: estudos em homenagem a Juarez Tavares por seu 70º aniversário em 2 de setembro de 2012. Barcelona: Marcial Pons, 2012. Na Itália, ver o já clássico texto de TARUFFO, Michele. *La semplice verità: il giudice e la costruzione dei fatti*. Bari: Laterza, 2009.

Avançando mais nesta direção, Frederico Valdez sustenta que não se pode pensar sobre o papel probatório do magistrado no processo penal sem ter em conta os bens jurídicos e interesses públicos indisponíveis – diretos e indiretos – que, na maioria das vezes, são regulados pelo direito penal e pelo direito processual penal, e sobre os quais há pretensões normativas e pragmáticas de justiça e correção da decisão (implícitas e explícitas). Na apresentação de seu trabalho, o Prof. Paulo Dá Mesquita, da Universidade Católica Portuguesa, lembra que a dissertação de Valdez:

*...culmina numa proposta sobre a regulação da iniciativa probatória do juiz que, segundo o autor, deve ser supletiva e residual, e submetida a duas condições cumulativas, o prévio esgotamento da atividade prioritária das partes na condução da investigação processual, e a formulação de um juízo prévio no sentido de que a iniciativa judicial é absolutamente necessária para preencher lacuna verificável na tarefa (probatória) dos sujeitos processuais.*⁴⁸¹

Tal postura vem ao encontro da premissa de que todos os elementos probatórios necessários ao processo penal, para além dos formalmente demandados pela Lei, estão relacionados com o caso concreto e, não raro, fenomenicamente, também exsurtem da dialética por vezes imprevisível da instrução nos seus andares os mais distintos. E como as provas são para o processo e não exclusivamente para o magistrado singular que julga o caso (vejam-se as possibilidades de reapreciação do universo probatório no duplo grau de jurisdição), ou para as partes do feito, há toda uma dinâmica que deve oportunizar a busca pela melhor prova dentro do caso.

Ou seja, nos filiamos à compreensão de que a função do magistrado na relação processual penal – principalmente na Sociedade

481 PEREIRA, Frederico Valdez. *Iniciativa probatória de ofício e o direito ao juiz imparcial no processo penal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014. Em apresentação suplementar do trabalho, o Prof. Dr. Paulo de Sousa Mendes, da Universidade de Lisboa, lembra, com o que concordamos, que: *O atual princípio de investigação está presente em sistemas processuais penais de estrutura basicamente acusatória e não prejudica a vinculação temática do julgador, porquanto só é admitida a produção oficiosa de prova relativamente aos fatos que já integram o objeto do processo. O princípio da investigação corresponde, assim, ao poder, que é também um dever, do tribunal de investigar os fatos submetidos a julgamento independentemente das provas produzidas pela acusação e pela defesa*. Op. Cit., p.27. Grifo nosso.

de Riscos atual – não pode ser absolutamente passiva em relação ao processo, e isto não compromete, obrigatoriamente, a necessidade de ele ser imparcial em relação às partes, simplesmente porque o processo penal não é instrumento regulatório de conflitos intrapartes que estão digladiando interesses e bens prioritariamente disponíveis, como os de ação penal privada, nos termos do art.30 e seguintes do CPPB (como ocorre muito no processo civil), mas, ao contrário, normativa ações penais públicas incondicionadas, como as descritas no art.24, §2º, do mesmo Estatuto Processual.⁴⁸²

Correta a percepção, pois, de Frederico Valdez, ao sustentar que:

*O processo penal deve conjugar, além da defesa das garantias e liberdades, outros bens de residência constitucional, tais como a exigência de a jurisdição penal instrumentalizar a tutela normativa de bens jurídicos atribuída ao direito penal material; ou ainda a funcionalidade instrumental da persecução penal, oriunda de uma necessidade de resposta minimamente eficaz à criminalidade, como reflexo de uma defesa individual projetada a partir dos deveres de proteção estatal. Enfim, o sistema judiciário penal não tem unicamente a finalidade de garantir os direitos fundamentais dos acusados, mas também se move pelo propósito de fazer valer imposições de investigação e accertamento dos fatos supostamente delituosos, bem como a punição dos criminalmente responsáveis.*⁴⁸³

482 Ver o excelente texto de ASENSIO, Rafael Jiménez. *Imparcialidad judicial y Derecho al juez imparcial*. Elcano: Aranzadi, 2002. Lembra o autor, também com acerto, que o processo penal igualmente cumpre função institucional e constitucional importante no sentido de servir como defesa a eventuais excessos do poder persecutório do Estado, configurando-se como verdadeiro mecanismo de salvaguarda dos direitos e garantias fundamentais do indivíduo, o que demandaria do magistrado também ocupar a função de juízo destas prerrogativas da cidadania – juiz de garantias.

483 PEREIRA, Frederico Valdez. *Iniciativa probatória de ofício e o direito ao juiz imparcial no processo penal*. Op. Cit., p.61. Lembra o autor que: *A experiência histórica e as pretensões vivas nas searas repressiva e de liberalismo demonstram que garantismo e eficácia repressiva estão continua e estruturalmente em equilíbrio precário, podendo-se mesmo visualizar um pendolarismo da legislação e da praxis processual ao refletirem historicamente a exigência de contemplar interesses em potencial conflito, combinando sucessivamente sucessos e excessos nesta tarefa;*(p.62). Mais tarde vai referir o autor, com o que também concordamos, que: *Reconhecer iniciativa instrutória supletiva ex officio seria forma de inserir reforço ao controle da indisponibilidade da matéria tratada no rito penal, e, de algum modo, ressaltar também a importância desse princípio no sistema penal*. (p.143).

Há importante parte da doutrina internacional e nacional argumentando que é muito difícil sustentar a existência de sistemas processuais penais puros – seja inquisitorial, seja acusatório –, revelando-se como central neste debate as garantias impressas nos sistemas jurídicos contemporâneos e aos protagonistas das relações processuais modo geral – e ainda às especificidades dos sistemas processuais penais de cada país.⁴⁸⁴

Outro aspecto que se insere aqui é o que diz respeito as novas tipologias de criminalidade altamente sofisticadas e com operações de alta complexidade, envolvendo desde o tráfico de drogas, a lavagem de dinheiro, os crimes tributários e das relações de consumo, dentre outros. Em tais delitos, não raro, os níveis de organização, estrutura, operacionalização e relações de comando entre os protagonistas diretos e indiretos tem trazido profundas dificuldades de persecução e responsabilização penal por parte do Estado, fazendo surgir inéditas reformas legislativas – já vistas também nos capítulos anteriores –, e formas de atuação da polícia investigativa e de instrução probatória judicializada, muito mais profissionais sob a perspectiva científica, tecnológica e de atuação dos órgãos de segurança.⁴⁸⁵

Em tais cenários a investigação da prova se vê inexoravelmente ampliada, sob pena de se tornar ineficaz, exigindo do sistema de justiça como um todo adequações equalizadoras dos interesses referidos que busca o processo penal perseguir – dentre os quais, não

484 Idem, p.47. Ver também o texto de AMODIO, Ennio. *Processo penale, diritto europeo e common law: dal rito inquisitorio al giusto processo*. Milano: Giuffrè, 2003, e ainda o texto de DIAS, Jorge Figueiredo. *Direito Processual Penal*. Coimbra: Coimbra Editora, 1974.

485 Imaginemos o caso da lavagem de dinheiro, situação em que, para criminosos disfarçarem os lucros ilícitos sem comprometer os envolvidos, realizam processos dinâmicos de manipulação econômica e financeira de alta complexidade que requer: primeiro, o distanciamento dos fundos de sua origem, evitando uma associação direta deles com o crime; segundo, o disfarce de suas várias movimentações para dificultar o rastreamento desses recursos; e terceiro, a disponibilização do dinheiro novamente para os criminosos depois de ter sido suficientemente movimentado no ciclo de lavagem e poder ser considerado “limpo”. Ou seja, somente com operações eficientes de investigação e prova tem se conseguido apurar devidamente responsabilidades penais neste campo. Ver as excelentes informações trazidas no documento do Conselho de Controle de Atividades Financeiras – COAF: www.coaf.fazenda.gov.br/menu/pld-ft/publicacoes/cartilha.pdf/.../file/cartilha.pdf, acesso em 07/01/2017.

esqueçamos, a responsabilidade real pelos delitos (consumados ou tentados), e a proteção dos bens jurídicos penais tutelados.

VIII Notas Conclusivas

Temos de reconhecer, como o faz a própria Diretiva da União Europeia nº 2014/42/EU⁴⁸⁶, que mesmo no plano europeu hodierno existem poucas fontes fidedignas de dados sobre o congelamento e a perda de produtos do crime, afigurando-se crucial reunir conjunto mínimo de dados estatísticos pertinentes e comparáveis em matéria de congelamento e de perda de bens, de detecção de bens, de atividades judiciais e de alienação de bens, através da colaboração doméstica dos Estados Nacionais e no âmbito internacional, sob pena das estratégias do crime organizado conseguirem desviar ou dificultar por extremo a responsabilidade patrimonial devida.

No Brasil, em face dos compromissos assumidos pelo país desde a assinatura da Convenção de Viena de 1988, temos aprovado uma série de leis, atos normativos, e mesmo criação de órgãos voltados ao combate ao crime organizado, corrupção, tráfico de entorpecentes, lavagem de dinheiro e outros tipos criminais de alta complexidade e sofisticação. Estes espaços constituídos no país tem proporcionado o crescimento da cooperação efetiva entre as autoridades responsáveis pelo enfrentamento de atividades delinquentes as mais diversas, providência indispensável na Sociedade de Riscos atual.

Apenas em caráter exemplificativo podemos falar do acerto na criação do Conselho de Controle de Atividades Financeiras (COAF), visando promover um esforço conjunto por parte dos vários órgãos governamentais que cuidam da implementação de políticas nacionais voltadas para o combate à lavagem de dinheiro, evitando que setores da economia continuem sendo utilizados nessas operações ilícitas. Ao mesmo tempo, este órgão auxilia com informações importantes os processos de investigação e responsabilização apurados pela polícia e judiciário.⁴⁸⁷

486 Nos termos do seu item nº36.

487 Ver documento do COAF publicado no site: www.coaf.fazenda.gov.br/menu/pld-ft/publicacoes/cartilha.pdf/.../file/cartilha.pdf, acesso em 07/01/2017.

O COAF, dá conta de que há algumas instituições que são mais expostas e usadas pelo crime organizado para fins de lavagem de dinheiro, a saber: (i) instituições financeiras de modo geral, eis que utilizam-se de recursos em busca de taxas de juros mais atraentes, compra e venda de divisas e operações internacionais de empréstimo e financiamento; (ii) paraísos fiscais e centros de off-shores; (iii) bolsas de valores; (iv) companhias seguradoras; (v) mercado imobiliário; (vi) mercado de obras de artes⁴⁸⁸; (vii) setor de jogos e sorteios, dentre outros.

O monitoramento das ações nestes espaços do Mercado é imprescindível para a descoberta de eventuais ilicitudes que se tem praticado ao longo do tempo, todavia, reclama providências investigativas adequadas, como a busca o mais amplamente possível do universo probatório envolvendo a matéria.

Isto é tão verdade, que o COAF desempenha o papel de coordenador, no Brasil, para os assuntos do Grupo Internacional de Ação Financeira sobre Lavagem de Dinheiro –GAFI/FATF (criado em 1989 pelos 7 países mais ricos do mundo (G-7), no âmbito da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE), com a finalidade de examinar, desenvolver e promover políticas de combate à lavagem de dinheiro), e comprometeu-se a atuar como liderança regional no combate à lavagem de dinheiro.

Da mesma forma o Banco Central do Brasil tem auxiliado no combate ao crime organizado, gerando informações e controles patrimoniais fundamentais tanto para o tratamento preventivo como curativo, viabilizando a identificação de bens ilícitos decorrentes destas atividades criminosas, com o Departamento de Combate a Ilícitos Financeiros e Supervisão de Câmbio e Capitais Internacionais – DECIC, desenvolvendo o monitoramento das operações

488 São impressionantes os dados trazidos por SALVO, Mauro. *A Economia do Crime e da Cultura: o mercado de obras de arte roubadas*. In <http://escholarship.org/uc/item/31m0t07k>, acesso em 10/01/2017. Mostra o autor, dentre outras coisas que: *Segundo a Interpol, França, Itália, Rússia e Alemanha são os países mais afetados por este tipo de crime. A maioria dos objetos roubados é levada de coleções privadas. Museus e locais de cultos religiosos estão também entre os alvos preferidos. Os tipos de objetos roubados variam de país para país. Geralmente, pinturas, esculturas e estátuas, e itens religiosos são os mais procurados pelos ladrões.* (p.04).

praticadas pelo mercado de câmbio, supervisão dos capitais estrangeiros no Brasil e dos capitais brasileiros no exterior, instauração de processos administrativos punitivos tratando de violação das normativas envolvendo estas matérias (o que auxilia muito em termos de prova a eventual discussão judicial sobre o mesmo tema), rastreamento de dinheiro por requisição judicial.⁴⁸⁹

No âmbito administrativo podemos fazer referência ainda a iniciativa do Ministério da Justiça criando o Departamento de Recuperação de Ativos e Cooperação Jurídica Internacional, o DRCI, que tem igualmente prestados bons serviços no auxílio à investigação e identificação de patrimônio ilícito amealhado através de ações criminosas da macro e microcriminalidade organizada. Na mesma linha de frente encontra-se a Estratégia Nacional de Combate à Lavagem de Dinheiro (Encla), haja vista as políticas públicas que tem desenvolvido no particular.⁴⁹⁰

Ou seja, já existe no país estruturas funcionais interessantes – talvez insuficientes – para alavancar ainda mais a responsabilização penal do patrimônio ilícito, basta que instituições e órgãos como os acima referidos, por exemplo, comecem a desenvolver ações mais integradas e de cooperação recíproca para tais fins – parte mais difícil, por vezes, em razão de dificuldades pessoais e corporativas.

489 É muito interessante a análise das Circulares BACEN nº 3.681/13 e nº 3.682/13, que estabelecem a obrigação de implementação de sistema de controles internos contra lavagem de dinheiro e financiamento do terrorismo, adequados ao porte da empresa, consoante a Resolução CMN nº 2554/98. Estas normas deixam claro que as pessoas jurídicas que operam neste Mercado devem: (a) identificar e qualificar os clientes, terceiros intervenientes e demais envolvidos nas operações realizadas; (b) obter informações sobre o propósito e a natureza da relação de negócios; (c) identificar o beneficiário final das operações que realizarem; (d) identificar operações ou propostas de operações suspeitas; (e) enquadrar operações dos clientes em categorias de risco de lavagem de dinheiro e de financiamento do terrorismo; (f) verificar periodicamente a eficácia da política adotada; dentre outros.

490 A ENCLA consiste na articulação de diversos órgãos dos três poderes da República, Ministérios Públicos e da sociedade civil que atuam, direta ou indiretamente, na prevenção e combate à corrupção e à lavagem de dinheiro, com o objetivo de identificar e propor ajustes aos pontos falhos do sistema antilavagem e anticorrupção. Reúne, atualmente, cerca de 60 órgãos, instituições e entidades como, Ministérios Públicos, Policiais, Judiciário, órgãos de controle e supervisão – CGU, TCU, CVM, COAF, PREVIC, SUSEP, Banco Central, Agência Brasileira de Inteligência, Advocacia Geral da União, Federação Brasileira de Bancos.

Por outro lado, não se diga que a presunção de inocência enquanto Direito Fundamental constitucional está a inviabilizar qualquer tipo de intervenção legítima ao patrimônio dos acusados/ investigados pelo cometimento de delitos, pois, já dissemos, inexistem Direitos Fundamentais Absolutos, eis que restringíveis em face de determinadas situações e casos.⁴⁹¹ E nas situações que envolvem alguns delitos na Sociedade de Riscos em que nos encontramos é possível que tenhamos que tomar precauções urgentes para blindar o patrimônio ilícito, tanto para garantir sua prestabilidade efetiva ao processo penal apurador da responsabilidade criminal (arts.11 e 118, ambos do CPPB); seja para fins de verificação de se as coisas apreendidas tenham sido ou não adquiridas com os proventos da infração (arts.121 e 133, ambos do CPPB); seja ainda para servir de garantia ao dever de indenizar os danos causados pelo crime (art.91, I, do Código Penal Brasileiro – CPB).

Aliás, é preciso lembrar que parte da doutrina brasileira do Processo Penal tradicional já há bastante tempo tem o mesmo entendimento, basta lembrarmos das lições de José Frederico Marques, ao sustentar que *não poderia obstar prática de atos coercitivos a famosa e antiga presunção de inocência dos indiciados até que exista declaração judicial da sua culpabilidade. Esse princípio, hoje não mais admitido na justiça penal, não pode tolher as atividades investigatórias dos órgãos policiais.*⁴⁹² Ou seja, este debate também no Brasil já vem se desenvolvendo no sentido de que precisamos equacionar Direitos Fundamentais Individuais com Direitos Fundamentais Sociais (como a segurança pública e seus consectários).

491 Partimos aqui da perspectiva denominada de Teoria Externa das Restrições aos Direitos Fundamentais, no sentido de compreender tais Direitos e suas Restrições como objetos distintos, isto porque as restrições não afetam o conteúdo do direito, mas apenas o seu exercício, a depender das particularidades do caso concreto. Isto se dá porque a relação entre direito e restrição nasce a partir da necessidade de equacionar a proteção a diferentes bens jurídicos. Neste ponto ver SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos Fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. São Paulo: Malheiros, 2014, em especial a partir da página 138. Ver também o texto de ZANON JUNIOR, Orlando Luiz. *Sobre a possibilidade de Limitações infraconstitucionais aos direitos fundamentais independente de autorização constitucional expressa*. In RFD- Revista da Faculdade de Direito da UERJ. Rio de Janeiro, v.2, n.21, jan/jun. 2012.

492 MARQUES, José Frederico. *Estudos de Direito Processual Penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1960, p.101.

Outro problema grave que temos neste tema é o que diz com a administração do patrimônio ilícito apreendido pelo Estado na constância das investigações policiais e instrução processual judicializada, haja vista que é preciso termos atenção e cuidados com ele pois, em tese, trata-se de propriedade alheia que está sendo apurada e que poderá ser declarada ilícita – com todos os consectários que cada caso indicar. A dilapidação de bens retirados da posse de seus titulares originais pelo Judiciário em ação penal possivelmente gerará responsabilidades aos garantes de suas incolumidades.

Revela-se importante termos presente que a Lei nº12.683/2012, em seu art.5º, criou a oportunidade de que, *quando as circunstâncias aconselharem*, o magistrado possa, ouvido o Ministério Público, nomear gestores dos bens apreendidos ou cautelarmente blindados, exatamente para retirar das mãos dos investigados ou acusados recursos os quais, muitas vezes, servem para retroalimentar ações criminosas. Para além do imenso poder que se dá ao Judiciário na avaliação daquelas circunstâncias, há outro problema que é o fato de que estes administradores farão jus a remuneração satisfeita com o produto dos bens objeto da administração. Ou seja, o administrador terá todo o interesse para que o patrimônio envolvido seja alienado ou transferido para os fins também de seu adimplemento.

Portugal, por exemplo, criou, através da Lei nº45/2011, de 24/06/011, o Gabinete de Administração de Bens, justamente para os fins de proteger e conservar bens recuperados ou sujeitos à responsabilidade do Estado, com competências expressas de, se for o caso, alienar, afetar ao serviço público ou destruir estes bens.⁴⁹³ O Brasil neste aspecto ainda tem de evoluir muito.

São múltiplas as questões em aberto ainda sobre estes temas, mas o certo é que temos de tomar providências imediatas para dar conta do passivo caótico de progressão da criminalidade organizada – seja macro ou micro –, e para tanto impõem-se a adoção de medidas eficazes no âmbito da responsabilidade penal do patrimônio ilícito, tanto preventiva (com o uso das cautelares) com curativamente.

493 Ver os termos da Portaria nº 391/2012 de 29-11-2012, que regulamenta os Estatutos do Instituto de Gestão Financeira e Equipamentos da Justiça de Portugal, especialmente seu artigo 9º, In http://bdjur.almedina.net/item.php?field=item_id&value=1752223, acesso em 27/12/2016.

IX Referências bibliográficas

- ACCIOLY, Maria Francisca. *As medidas cautelares patrimoniais na lei de lavagem de dinheiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.
- ALEXY, Robert. *Direitos fundamentais no Estado Constitucional Democrático*. In Revista da Faculdade de Direito UFRGS. V. 16. POA: Síntese, 1999.
- _____. *Epílogo a la Teoría de los Derechos Fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 2002.
- _____. *Jurgen Habermas's: theory of legal discourse*. In ROSENFELD, Michel & ARATO, Andrew (eds.) *Habermas on law and democracy: critical exchanges*. Berkeley and Los Angeles: University of California Press, 1998.
- _____. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2005.
- ALLEGRA, Angela. *Condizioni e limiti dell'integrazione probatoria da parte del magistrato giudicante*. In <http://www.filodiritto.com/articoli/2011/05/condizioni-e-limiti-dellintegrazione-probatoria-da-parte-del-magistrato-giudicante/>, acesso em 07/01/2017.
- ALMEIDA, Carlos Alberto Simões de. *Medidas Cautelares e de Polícia do processo penal, em Direito Comparado*. Coimbra: Almedina, 2006.
- AMARAL, Augusto Jobim do. *Política da prova e cultura punitiva: a governabilidade inquisitiva do processo penal brasileiro contemporâneo*. São Paulo: Almedina, 2014.
- AMBOS, Kai e LIMA, Marcellus Polastri. *O processo acusatório e a vedação probatória*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.
- AMODIO, Ennio. *La Estetica della giustizia penale*. Roma: Giuffrè, 2016.
- _____. *Le cautele patrimonial nel processo penale*. Roma: Giuffrè, 1971.
- _____. *Processo penale, diritto europeo e common law: dal rito inquisitorio al giusto processo*. Milano: Giuffrè, 2003.
- ANSELMO, Márcio Adriano. *Lavagem de dinheiro e cooperação jurídica internacional*. São Paulo: Saraiva, 2013.
- ASENSIO, Rafael Jiménez. *Imparcialidad judicial y Derecho al juez imparcial*. Elcano: Aranzadi, 2002.
- AVENA, Norberto. *Processo penal esquematizado*. São Paulo: Método, 2009.
- ÁVILA, Humberto Bermann. *Teoria dos Princípios*. São Paulo: Malheiros, 2002.
- BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy e BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Lavagem de Dinheiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.
- BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Processo Penal*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.
- _____. *A lei 11.435, de 28/12/2006 e o novo arresto no código de processo penal*. In Boletim do IMCCRIM, São Paulo, nº172, março de 2007.
- _____. *Medidas cautelares patrimoniais no processo penal*. In VALARDI, Celson Sanchez; PEREIRA, Flavia Rahal Bresser e DIAS NETO, Theodomiro. (Coord.). *Direito Penal Econômico: crimes econômicos e processo penal*. São Paulo: Saraiva, 2008.
- BAIGÚN, David. *Los Delitos de Peligro y la prueba del dolo*. Buenos Aires: Editora B de F, 2010.
- BALTAZAR JR., José Paulo. *Standards Probatórios*. In KNIJNIK, Danilo. (Org.). *Prova Judiciária: estudos sobre o novo direito probatório*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.
- BARONE, Antonio. *Il Diritto del Rischio*. Milano: Giuffrè, 2010.
- BENTAHM, Jeremías. *Tratado de las Pruebas Judiciales*. Volumen I. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1971.
- BETTIOL, Giuseppe. *Instituciones de Derecho Penal y Procesal*. Barcelona: Bosch, 1977.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal. Parte Especial, V.5*. São Paulo: Saraiva, 2010.
- BITTAR, Walter Barbosa. *Delação Premiada: direito estrangeiro, doutrina e jurisprudência*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.
- BONATO, Gilson. *Devido Processo Legal e Garantias Processuais Penais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.
- BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Crimes de Perigo Abstrato*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.
- BOYCE, Ronald N. & PERKINS, Rollin M. Perkins. *Criminal Law and Procedure*. New York: Foundation Press, 1999.
- BRENNER, Susan W. *RICO, CCE, and Other Complex Crimes: The Transformation of American Criminal Law?* In William & Mary Bill of Rights Journal, 239 (1993), <http://scholarship.law.wm.edu/wmborj/vol2/iss2/3>, acesso em 20/12/2016.

- BUSATO, Paulo César; HUAPAYA, Sandro Montes. *Introdução ao Direito Penal. Fundamentos para um Sistema Penal Democrático*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.
- BUSCAGLIA, Edgardo. *The Paradox of Expected Punishment: Legal and Economic Factors Determining Success and Failure in the Fight against Organized Crime*. In *Review of Law and Economics*. Vol. 3 (2008): 1-25. Disponível em: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1161204, acesso em 16/12/2016.
- CALAMANDREI, Piero. *Introdução ao estudo sistemático dos procedimentos cautelares*. Campinas: Servanda, 2000.
- CARVALHO FILHO, Milton Paulo de. *Indenização por equidade no novo Código Civil*. São Paulo: Atlas, 2010.
- CARVALHO, Natália Oliveira de. *A delação premiada no Brasil*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.
- CORDEIRO, Néfi. *Delação premiada na legislação brasileira*. Revista da AJURIS, Porto Alegre, v. 37, n. 117, p. 273-296, mar. 2010.
- COSSIO, Carlos. *El substrato filosófico de los métodos interpretativos*. Buenos Aires: Depalma, 1983.
- COSTA JR., Paulo José da. *Curso de Direito Penal. Parte Especial*. V.3. São Paulo: Saraiva, 2010.
- COSTA, José de Faria. *Direito Penal e Globalização – reflexões locais e pouco globais*. Coimbra: Coimbra Editora, 2010.
- _____. *Linhas de Direito Penal e de Filosofia: alguns cruzamentos reflexivos*. Coimbra: Coimbra Editora, 2005.
- _____. *O Perigo em direito penal*. Coimbra: Coimbra Editora, 2000.
- COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda § AVELAR, Daniel R. Surdi. *A duração razoável do processo: em busca da superação da doutrina do “não-prazo”*. In <http://emporiododireito.com.br/a-duracao-razoavel-do-processo-em-busca-da-superacao-da-doutrina-do-nao-prazo-por-jacinto-nelson-de-miranda-coutinho-e-daniel-r-surdi-de-avelar/>, acesso em 28/12/2016.
- _____. *Introdução aos princípios gerais do processo penal brasileiro*. In *Revista de Estudos Criminais*, nº1. Porto Alegre, 2001.
- ; CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de (org.). *O novo processo penal à luz da constituição: análise crítica do projeto de lei nº156/2009, do Senado Federal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.
- CUNHA, Rogério Sanches. *Manual de Direito Penal. Parte Especial*. Salvador: Jus Podium, 2014.
- CUNHA, Tiago Lorenzini. *O princípio do contraditório e sua conformação constitucional*. In GIACOMOLLI, Nereu; SCHNEIDER, Nathalia Beduhn e SCARTON, Carolina Llantada Seibel. *Processo Penal Contemporâneo em Debate*. Florianópolis: Empório do Direito, 2016.
- CUSTODIO, Daniela Damaris Viteri. *El derecho al plazo razonable en el proceso penal: el desarrollo jurisprudencial de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y del Tribunal Constitucional peruano*. In [http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4_uibd.nsf/6E1AF1F197B5442B05257A880019DF6B/\\$FILE/104300574-El-Plazo-Razonable.pdf](http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4_uibd.nsf/6E1AF1F197B5442B05257A880019DF6B/$FILE/104300574-El-Plazo-Razonable.pdf), acesso em 28/12/2016.
- DAMASCENO, Eloisa de Souza Arruda Mendes. *As Medidas Cautelares Reais no Processo Penal Brasileiro*. Dissertação de Mestrado. São Paulo: PUC, 1994. In <https://sapientia.pucsp.br/handle/handle/6804>, acesso em 11/01/2017.
- DE JESUS, Damásio Evangelista. *Direito Penal*. V.4. São Paulo: Saraiva, 1990.
- DEVIS ECHEANDIA, Hernando. *Compendio de la prueba judicial*. Tomo I. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores, 2000.
- DIAS, Henrique Silva. *Nossa legislação e os mecanismos de combate ao crime organizado*. In <http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/nossa-legisla%C3%A7%C3%A3o-e-os-mecanismos-de-combate-ao-crime-organizado>, acesso em 11/11/2016.
- DRYZEK, John. *Deliberative Democracy and Beyond: Liberals, Critics and Contestations*. Oxford: Oxford University Press, 2007.
- ESSADO, Tiago Cintra. *A perda de bens e o novo paradigma para o processo penal brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.
- FANEGO, Coral Aranguena. *Teoría general de las medidas cautelares reales en el proceso penal español*. Barcelona: JMB, 1991.
- FARIA, André. *Os poderes instrutórios do juiz no processo penal: uma análise do modelo constitucionalista do processo*. Belo Horizonte: Arraes, 2011.
- FARRO, Alberto Montes. *El sector financiero y el lavado de dinero*. In <http://sisbib.unmsm.edu.pe/bibvirtual/publicaciones/quipukamayoc/2008/segundo/pdf/a07v15n30.pdf>, acesso em 16/12/2016.

- FERRAZ JR., Tercio Sampaio. *A ciência do direito*. São Paulo: Atlas, 1988.
- _____. *O conceito de sistema no direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1976.
- FERREIRA, Ivete Senise. *A tutela penal do patrimônio cultural*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.
- FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *Direito Processual Penal*. Coimbra: Coimbra Editora, 1974.
- FILIPPETTO, Rogério. *Lavagem de Dinheiro: crime econômico da pós-modernidade*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.
- FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de Direito Penal. Parte Especial*. Rio de Janeiro: Forense, 1995.
- FREITAS, Sérgio Henriques Zandona. *Medidas cautelares judiciais e de polícia no processo constitucional penal: abordagem no Estado Democrático de Direito*. Belo Horizonte, 2008.
- FRIED, David J. *Rationalizing Criminal Forfeiture*. In Journal of Criminal Law and Criminology. Volume 79, nº328, acessado no site: <http://scholarlycommons.law.northwestern.edu/jclc>, em 26/12/2016.
- GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da; GOMES, Abel Fernandes. *Temas de Direito Penal e Processo Penal: em especial na justiça federal*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.
- GARRETSON, Heather J. *Federal criminal forfeiture: a royal pain in the assets*. New York: Creighton University Press, 2015.
- GEIGER, Hans & WUENSCH, Oliver. *The Fight Against Money Laundering. An economic analysis of a cost-benefit paradoxon*. In Journal of Money Laundering Control. Vol. 10, No. 1 (2007).
- GIACOMOLLI, Nereu José. *O devido processo penal: abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica*. São Paulo: Atlas, 2014.
- GIMENO SENDRA, Vicente; MORENO CATENA, Víctor y CORTÉS DOMÍNGUEZ, Valentín. *Derecho Procesal Penal*. Madrid: Colex, 1996.
- GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *A motivação das Decisões Penais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.
- ; FERNANDES, Antonio Scarance. *Os Resultados da Interceptação Telefônica como Prova Penal*. Revista de Processo: São Paulo, v. 11, n. 44, p. 85-99, 1986.
- GOMES, Luiz Flávio. *Interceptação Telefônica*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.
- _____. *Prisão e Medidas Cautelares*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.
- ; BIANCHINI, Alice. *O Direito Penal na era da Globalização*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. *O princípio da proporcionalidade no Direito Penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.
- GÓMEZ, Margarita. (org.) *Extinción de Dominio en Colombia*. Bogotá: Facultad de Finanzas y Relaciones Internacionales, Universidad Externado de Colombia, Noviembre 2002, disponible en <http://atecex.uexternado.edu.co/aed/trabajos/EXTINCIONDE-DOMINIO.pdf>.
- GONÇALVES, Carlos Roberto. *Responsabilidade civil*. São Paulo: Saraiva, 2013.
- GRACIA MARTÍN, Luis. *A Modernização do Direito Penal como Exigência da Realização do Postulado do Estado de Direito (social e democrático)*. In: Revista Brasileira de Ciências Criminais. São Paulo: Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, nº88, 2010.
- GRECCO FILHO, Vicente. *Manual de Processo Penal*. São Paulo: Saraiva, 2015.
- _____. *Interceptação telefônica*. Saraiva: São Paulo, 1996.
- GRECO, Luís. *Modernização do direito penal: bens jurídicos coletivos e crimes de perigo abstrato*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.
- GRINOVER, Ada Pellegrini (Coord.). *A tutela dos interesses difusos*. São Paulo: Max Limonad, 1984.
- _____. *Liberdades públicas e processo penal – as interceptações telefônicas*. Saraiva: São Paulo, 1996.
- HABERMAS, Jürgen. *Faktizität und Geltung. Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats*. Frankfurt: Verlag, 1994.
- HASSEMER, Winfried. *Perspectivas de uma moderna política criminal*. In: Revista Brasileira de Ciências Criminais. São Paulo, n. 8, out-dez, 1994.
- HERNÁNDEZ GALINDO, José Gregorio. *Naturaleza Constitucional de la Extinción de Dominio: La extinción de la propiedad ilícita*.

cita çuna vía para la reforma agraria?. In Revista Economía Colombiana, nº309. Bogotá, 2014.
http://bdjur.almedina.net/item.php?field=item_id&value=1752223, acesso em 27/12/2016.
<http://g1.globo.com/rs/rio-grande-do-sul/tragedia-incendio-boate-santa-maria/platb/>, acesso em 01/11/2016.
http://noticias.juridicas.com/base_datos/Penal/lo10-1995.l1t6.html, em 06/12/2016.
<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2014/C-958-14.htm>, acesso em 12/12/2016.
<http://www.derechoshumanos.net/tribunales/TribunalEuropeoDerechosHumanos-TEDH.htm>, acesso em 06/12/2016.
<http://www.la-legislazione-penale.eu/wp-content/uploads/2016/12/approfondimenti-spina.pdf>, acesso em 10/01/2017.
<http://www.lastampa.it/2016/06/10/italia/cronache/la-pi-grande-industria-il-riciclaggio-di-denaro-/pagina.html>, acesso em 27/12/2016.
<http://www.notarfor.com.ar/codigo-penal/articulo-23.php>, acesso em 06/12/2016.
http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=147&tabela=leis&so_miolo=, acesso em 06/12/2016.
http://www.poderjudicialdf.gob.mx/work/models/PJDF/Transparencia/IPO/Art14/Fr01/01Leyes/LeyExtincionDominio_2014-05-08.pdf, acesso em 12/12/2016.
<http://www.trc.pt/index.php/jurisprudencia-do-trc/processo-penal/5078-movimento-judicial-ordinario-julho-2008-sp-21567>, acesso em 12/12/2016.
<https://www.law.cornell.edu/rules/frcrmp>, acesso em 26/12/2016.
HUNGRIA, Nélon. *Comentários ao Código Penal*. Vol. IX. Rio de Janeiro: Forense, 1958.
_____. *Comentários ao Código Penal*. Vol.V. Rio de Janeiro: Forense, 1958.
Informativo nº 0570. Período: 1º a 14 de outubro de 2015 – acessado em <https://ww2.stj.jus.br/jurisprudencia/externo/informativo/?acao=pesquisar&livre=sequestro+penal&operador=e&b=INFJ&thesaurus=JURIDICO>, 29/11/2016. %2029\\11\\2016.”

LEAL, Rogerio Gesta. *A decisão judicial: elementos teórico-constitutivos à efetivação pragmática dos Direitos Fundamentais*. Joaçaba: Editora da UNOESC, 2012.
_____. *Aspectos constitutivos da teoria da argumentação jurídica: a contribuição de Robert Alexy*. In Revista de Investigações Constitucionais, Curitiba, vol. 1, n. 2, p. 131-166, maio/ago. 2014. Encontra no sítio: DOI: <http://dx.doi.org/10.5380/rinc.v1i2.40513>.
_____. *Estado, Administração Pública e Sociedade: novos paradigmas*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.
_____. *Hermenêutica e Direito: considerações sobre a teoria do direito e os operadores jurídicos*. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2010.
_____. *Patologias Corruptivas nas relações entre Estado, Administração Pública e Sociedade: causas, consequências e tratamentos*. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2013.
LEITE, Larissa. *Medidas patrimoniais de urgência no processo penal: implicações teóricas e práticas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2011.
LIMA, Marcellus Polastri. *Curso de Processo Penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.
LUIZ NICOLITT, André. *A duração razoável do processo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.
MACHICADO, Jorge. *El Debido Proceso Penal*. Bolivia: Apuntes Jurídicos, 2010.
MAGGIORE, Giuseppe. *La dottrina del metodo giuridico e la sua revisione critica*. Milano: Fatricce, 1989.
MAIER, Julio B. *Derecho Procesal Penal. I. Fundamentos*. Buenos Aires: El Puerto, 2012.
MANIACI, Giorgio. *Note sulla teoria del bilanciamento di Robert Alexy*. In Rivista Diritto&questioni pubbliche, vol.2, agosto 2002. Palermo: Università degli Studi di Palermo, 2002.
MARQUES, José Frederico. *Estudos de Direito Processual Penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1960.
MARROQUÍN ZALETA, Jaime Manuel. *Extinción de Dominio*. México: Editorial Porrúa, 2010.
MAUGERI, Anna Maria. *I modelli de sanzioni partrimoniale nel diritto comparato*. In MAUGERI, Anna Maria (a cura de). *Le sanzioni patrimonial come moderno strumento di lotta contro il crimine: reciproco riconoscimento e prospettive di armonizzazione*. Milano: Giuffrè, 2008.

- MENDES, Gilmar Ferreira. *Colisão de direitos fundamentais na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal*. In Revista de Direito Tributário, Constitucional e Administrativo. Repertório de Jurisprudência IOB, nº5/2003. 1ª quinzena de março de 2003. São Paulo: IOB, 2003.
- MIR PUIG, Santiago. *Una tercera vía en materia de responsabilidad penal de las personas jurídicas*. In <http://criminet.ugr.es/recpc/06/recpc06-01.pdf>, acesso em 06/12/2016.
- MONTEIRO, Fernando Conde. *Algumas reflexões epistemológicas sobre o direito penal*. In Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Jorge de Figueiredo Dias. Vol.2. Coimbra: Universidade de Coimbra, 2009.
- MORAES, Maurício Zanoide de. *Presunção de inocência no processo penal brasileiro: análise de sua estrutura normativa para a elaboração legislativa e para a decisão judicial*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.
- MORIN, Edgar. *Ensaio de Complexidade*. Natal: Edufrgn, 2000.
- MOURA, Maria Thereza R. Assis. *A prova por indícios no processo penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.
- NORONHA, Edgard Magalhães. *Direito Penal*. V.4. São Paulo: Saraiva, 1992.
- NUCCI, Guilherme de Souza. *Código Penal Comentado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.
- _____. *Prisão e Liberdade*. São Paulo: RT, 2011.
- OLIVEIRA, Eugênio Pacceli de. *Curso de processo penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.
- PACHECO, Rafael. *Crime Organizado: Medidas de Controle e Infiltração Policial*. Curitiba: Juruá, 2007.
- PARINI, Pedro. *O raciocínio dedutivo como possível estrutura lógica da argumentação judicial: silogismo versus entimema a partir da contraposição entre as teorias de Neil MacCormick e Katharina Sobota*. In <http://www.conpedi.org/manaus/arquivos/Anais/Pedro%20Parini.pdf>, acesso em 10/07/2009.
- PASTOR, Daniel R. *Acerca del derecho fundamental al plazo razonable de duración del proceso penal*. In Revista Brasileira de Ciências Criminais, vol. 52, p. 293, jan/2005.
- PATALANO, Vincenzo. *Significato e limiti della dommatica del reato di pericolo*. Napoli, 2011.
- PATERNOSTER, Raymond. *How much do we really know about criminal deterrence?* In Journal of Criminal Law & Criminology. Vol. 100, Issue 3.
- PATRÍCIO, Rui. *Crimes de perigo*. In: Casos e materiais de direito penal. Coord. Palma. Maria Fernanda (et al.). Coimbra: Almedina, 2002.
- PAYLOR, Alice F. *Racketeer Influenced and Corrupt Organizations Act (RICO). Recent Supreme Court Decisions*. In <http://apps.americanbar.org/labor/lel-aba-annual/papers/2002/luce.pdf>, acesso em 20/12/2016.
- PEREIRA, Frederico Valdez. *Iniciativa probatória de ofício e o direito ao juiz imparcial no processo penal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.
- PEREIRA, Patrícia Silva. *Prova Indiciária no âmbito do Processo Penal*. Coimbra: Almedina, 2016.
- PEREIRA, Rui Carlos. *O dolo de perigo*. Lisboa: Lex, 1995.
- PERINI, Chiara. *La legislazione penale tra “diritto penale dell’evento” e “diritto penale del rischio”*. In Rivista Legislazione Penale, nº92. Roma: Daltricce, 2012.
- _____. *Prospettive del concetto di rischio nel diritto penale moderno*. Garbagnate Milanese: Anthelios, 2008.
- PETEV, Valentin. *Metodologia y Ciencia Jurídica em el umbral del siglo XXI*. Bogotá: Universidad Esternado de Colombia, 2004.
- PIERANGELLI, José Henrique. *Manual de Direito Penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.
- _____. *Processo Penal: evolução histórica e fontes legislativas*. Bauru: Jalovi, 1993.
- PINHO, Demosthenes Madureira de. *O valor do perigo no direito penal*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1939.
- PRADO, Geraldo. *Sistema Acusatório: a conformidade constitucional das leis processuais penais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.
- PRADO, Luiz Regis. *Curso de Direito Penal Brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.
- RAWLS, John. *A Theory of Justice*. Cambridge: Harvard University Press, 1971.
- _____. *La idea de un consenso entrecruzado*. In Agora, vol.02. Buenos Aires: Centro de Estudios Políticos, 1995.
- _____. *Political Liberalism*. New York: Mendell, 1991.

- REALE JR., Miguel. *Novos rumos do sistema criminal*. Rio de Janeiro: Forense, 1983.
- _____. *Valores fundamentais da Reforma do Judiciário*. In Revista do Advogado, SP, v. 24, n.75, p. 78-82.
- RENUCCI, Jean-François. État d'urgence: la france s'autorise a déroger a la convention EDH. In http://www.lalegislazionepenale.eu/wp-content/uploads/2015/12/editoriale_renucci_2015.pdf, acesso em 10/01/2017.
- RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil – Parte Geral*. Vol. 1. São Paulo: Saraiva, 2001.
- ROXIN, Claus. *La protección de la persona en el Derecho Procesal Penal alemán*. In <http://www.uhu.es/revistapenal/index.php/penal/article/view/85/80>, acesso em 07/01/2017.
- _____. *Política Criminal e Sistema Jurídico-Penal*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
- SALVO, Mauro. *A Economia do Crime e da Cultura: o mercado de obras de arte roubadas*. In <http://escholarship.org/uc/item/31m0t07k>, acesso em 10/01/2017.
- SANCTIS, Fausto Martins de. *Crime organizado e lavagem de dinheiro: destinação de bens apreendidos, delação premiada e responsabilidade social*. São Paulo: Saraiva, 2009.
- _____. *Combate à lavagem de dinheiro: teoria e prática*. Campinas: Millennium, 2008.
- SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015.
- SARMENTO, Daniel. *A Ponderação de Interesses na Constituição Federal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.
- SCAPINI, Nevio. *La prova per indizi nel vigente sistema del processo penale*. Milano: Giuffrè, 2010.
- SCHÜNEMANN, Bernd. *Audiência de instrução e julgamento: modelo inquisitorial ou advesarial? Sobre a estrutura fundamental do processo penal no 3º Milênio*. In Direito Penal como Crítica da Pena: estudos em homenagem a Juarez Tavares por seu 70º aniversário em 2 de setembro de 2012. Barcelona: Marcial Pons, 2012.
- SEGADO, Francisco Fernández. *La dogmática de los derechos humanos*. Lima: Ediciones Jurídicas, 1994.
- SILVA, Ângelo Roberto Ilha da. *Dos crimes de perigo abstrato em face da Constituição*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.
- SILVA, Eduardo Araújo. *Crime Organizado: Procedimento Probatório*. São Paulo: Atlas, 2003.
- SILVA, Ivanoska Maria Esperia da. *O Direito à Razoável Duração do Processo: uma Emergência Processual*. Revista Dialética do Processo, n. 66, p. 33-42, set. 2008.
- SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos Fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. São Paulo: Malheiros, 2014.
- SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Direito Penal Supra-individual*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.
- SKALITZKY, William G. *Aider and Abettor Liability, the Continuing Criminal Enterprise, and Street Gangs: A New Twist in an Old War on Drugs*. In Journal of Criminal Law and Criminology. Volume 81, nº348, acesso no site: <http://scholarlycommons.law.northwestern.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=6663&context=jclc>, em 10/09/2016.
- SOUSA, Susana Aires. *Sociedade do risco: réquiem pelo bem jurídico?* In: Revista Brasileira de Ciências Criminais. São Paulo: Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, nº88, 2010.
- STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica Jurídica (e)m Crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.
- TARUFFO, Michele. *La semplice verità: il giudice e la costruzione dei fatti*. Bari: Laterza, 2009.
- THIOLLENT, Michel. *Metodologia da pesquisa-ação*. São Paulo: Cortez, 2002.
- VALIENTE, Francisco Tomas y. *In dubio pro reo, libre apreciación de la prueba y presunción de inocência*. In Revista Española de Derecho Constitucional, Año 7, Núm. 20. Mayo-Agosto, 1987.
- VALLEJO, Manuel Jaén § PÉREZ, Ángel Luis Perrino. *La recuperación de activos frente a la corrupción*. Madrid: Dykinson, 2012.
- _____. *Los principios de la prueba en el proceso penal español*. In http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/articulos/a_20080526_16.pdf, acesso em 12/01/2017.
- VERNENGO, Roberto. *La interpretación literal de la ley y sus problemas*. Buenos Aires: Eudeba, 1971.

- WALTER, Gerhard. *Libre apreciación de la prueba*. Bogotá: Temis, 1985.
- WHITMAN, James Q., *The Origins of "Reasonable Doubt"*. In Faculty Scholarship Series. Paper 1, 2005. http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/1, acesso em 13/01/2017.
- www.coaf.fazenda.gov.br/menu/pld-ft/publicacoes/cartilha.pdf/.../file/cartilha.pdf, acesso em 07/01/2017.
- www.coaf.fazenda.gov.br/menu/pld-ft/publicacoes/cartilha.pdf/.../file/cartilha.pdf, acesso em 07/01/2017.
- ZANON JUNIOR, Orlando Luiz. *Sobre a possibilidade de Limitações infraconstitucionais aos direitos fundamentais independente de autorização constitucional expressa*. In RFD- Revista da Faculdade de Direito da UERJ. Rio de Janeiro, v.2, n.21, jan/jun. 2012.



“O instigante desafio enfrentado pelo professor Rogério Gesta Leal é o limite para esta expansão. Até que ponto o direito penal se apresenta como instrumental adequado, diante de crescentes práticas ilícitas no âmbito da patrimonialidade nas complexas sociedades em que todos vivemos e quais as medidas concretas que podem lhe dar maior efetividade para a proteção dos importantes interesses atingidos por estas práticas. Para isto, lida com relevante instrumental teórico, que utiliza com sua reconhecida capacidade de estudo e pesquisa, propondo significativas soluções e perspectivas. Os estudiosos do desafiante tema, por certo, terão, nesta obra, um valioso instrumento para procurar construir parâmetros, tanto de necessária limitação, como da almejada efetividade da aplicação do Direito Penal a esta perturbadora categoria de ilícitos nas sociedades contemporâneas.”

Trecho da Apresentação do Presidente do
Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul,
LUIZ FELIPE SILVEIRA DIFINI.