

UNIVERSIDADE DO VALE DO RIO DOS SINOS
UNIDADE ACADÊMICA DE PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO

PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

NÍVEL MESTRADO

WILSON ANDRÉ NERES

**A GLOBALIZAÇÃO E A REGULAÇÃO DA COMPLEXIDADE SOCIAL POR MEIO
DE SISTEMAS JURÍDICOS E SUAS REDES SANCIONATÓRIAS**

São Leopoldo

2012.

WILSON ANDRÉ NERES

**A GLOBALIZAÇÃO E A REGULAÇÃO DA COMPLEXIDADE SOCIAL POR MEIO
DE SISTEMAS JURÍDICOS E SUAS REDES SANCIONATÓRIAS**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Área das Ciências Jurídicas da Universidade do Vale do Rio dos Sinos, para obtenção do título de Mestre em Direito.

Orientador: Prof. Dr. André Leonardo Copetti Santos

São Leopoldo

2012.

N444g Neres, Wilson André
A Globalização e a Regulação da Complexidade
Social por meio de Sistemas Jurídicos e suas Redes
Sancionatórias / Wilson André Neres - São
Leopoldo: Unisinos / 2011.

Orientador: André Leonardo Copetti Santos
Dissertação de Mestrado

Universidade do Vale do Rio dos Sinos

1. Globalização. 2. Complexidades. 3. Redes
Sancionatórias. 4. Sistemas.

CDU: 351

UNIVERSIDADE DO VALE DO RIO DOS SINOS - UNISINOS
UNIDADE ACADÊMICA DE PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO – PPGD
NÍVEL MESTRADO

A dissertação intitulada: “**A Globalização e a Regulação da Complexidade Social por Meio de Sistemas Jurídicos e suas Redes Sancionatórias**”, elaborada pelo mestrando **Wilson André Neres**, foi julgada adequado e aprovado por todos os membros da Banca Examinadora para a obtenção do título de MESTRE EM DIREITO.

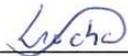
São Leopoldo, 22 de março de 2012.



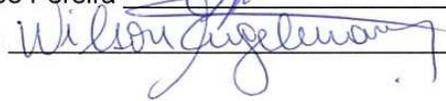
Prof. Dr. **Leonel Severo Rocha**

Coordenador do Programa de Pós-Graduação em Direito.

Apresentada à Banca integrada pelos seguintes professores:

Presidente: Dr. Leonel Severo Rocha 

Membro: Dr. Agostinho Oli Koppe Pereira 

Membro: Dr. Wilson Engelmann 

A meus pais, modelos de perseverança, amor sem dúvida, os grandes exemplos para toda minha vida.

A meu filho Alexandre, representação mais perfeita do significado da palavra amor.

A Sinara, pela compreensão e pela total cumplicidade.

AGRADECIMENTOS

A Deus, pelas grandes oportunidades;

A meus pais, pelo apoio incondicional;

A minha esposa e filho, pelas palavras e gestos de carinho;

A meu orientador, Professor Doutor André Leonardo Copetti Santos, pela simplicidade com que ensina, pela disposição em acompanhar a pesquisa e, acima de tudo, por enriquecer a todos com sua sabedoria e enorme humildade;

Ao doutor Luciano Fernandez Motta, por auxiliar na realização desse trabalho, as professoras Maria Aparecida e Kelly Cardoso da Silva, sempre dispostas a colaborar.

À UDC e a todos aqueles que auxiliaram na elaboração desse trabalho e fizeram com que essa conquista fosse possível.

“Para alguns “globalização” é o que devemos fazer se quisermos ser felizes; para outros, é a causa da nossa infelicidade. Para todos, porém, “globalização” é o destino irremediável do mundo, um processo irreversível; é também um processo que afeta a todos na mesma medida e de mesma maneira. Estamos todos sendo “globalizados” – e isso significa basicamente o mesmo para todos .”

(Zigmunt Bauman).

RESUMO

A globalização, as grandes alterações sociais, científicas, tecnológicas fizeram com que a sociedade atual passasse, cada vez mais, a tornar-se um ambiente complexo. Tamanha complexidade gerou nos cidadãos uma sensação crescente de medo e insegurança. Como reflexo destes sentimentos, o Direito é chamado para regular as novas relações sociais. Entretanto, diante da fragilidade de seus recursos tradicionais, ineficazes a uma realidade social globalizada, surge a necessidade de construir uma nova forma de regulação social pelo Direito. A teoria dos sistemas é concebida como uma possível alternativa, uma teoria complexa para uma sociedade complexa que encontra na diferença a forma de auxiliar o homem a compreender a complexidade social. Uma complexidade evidenciada na Constituição que passa a consagrar inúmeros elementos que agora se projetam para o Direito Penal. A posição de protagonista do Direito Penal passa a ser uma das grandes alternativas ao problema social do medo, da insegurança, configurando um modelo de política criminal de expansão. Entretanto, o embate entre um Direito Penal mínimo e máximo revela a possibilidade de adoção de outras formas de regulação social, aptas a compartilhar as responsabilidades com outros ramos do direito, posturas de controle social, consideradas satisfatórias a uma política criminal moderna. De tal modo, no presente trabalho serão abordadas diferentes redes sancionatórias a fim de que se identifique a melhor forma de responder ao problema de uma sociedade cada vez mais complexa.

Palavras chave: Complexidade. Risco. Teoria dos sistemas. Expansão Penal. Redes Sancionatórias.

ABSTRACT

Globalization, the great social changes, science, technology made the company now passed, increasingly becoming a complex environment. Such complexity led citizens in a growing sense of fear and insecurity. Reflecting these sentiments, the law is called to regulate the new social relations. However, given the fragility of their traditional resources, ineffective social reality of a globalized, there is a need to build a new form of social regulation by law. Systems theory is conceived as a possible alternative, a complex theory to a complex society that finds a difference in the way of helping men to understand the social complexity. Complexity is evident in the constitution that enshrine the many elements that now protrude into the criminal law. The leading role of criminal law becomes a major alternative to the social problem of fear, insecurity, setting a model of criminal policy of expansion. However, the clash between a criminal law reveals the minimum and maximum possible use of other forms of social regulation, able to share responsibilities with other branches of law, positions of social control, satisfactory to a modern criminal policy. So, in this work are discussed various networks penalties so that it identifies the best way to address the problem of an increasingly complex society.

Keywords: Complexity. Risk. Systems theory. Expanding Criminal. Networks penalties.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	10
2 COMPLEXIDADE CONTEMPORÂNEA E REGULAÇÃO JURÍDICA	14
2.1 SOCIEDADE GLOBALIZADA E AUMENTO DA COMPLEXIDADE.....	14
2.2 A REGULAÇÃO DA COMPLEXIDADE PELO DIREITO	25
2.3 A AMPLIAÇÃO DO ROL DE BENS JURÍDICOS CONSTITUCIONAIS EM RAZÃO DA COMPLEXIDADE.....	31
2.4 PROJEÇÃO DO AUMENTO DA COMPLEXIDADE CONSTITUCIONAL NO CAMPO NORMATIVO PENAL.....	38
3 COMPLEXIDADE E EXPANSÃO PENAL	44
3.1 O DIREITO PENAL DE PRIMEIRA VELOCIDADE.....	47
3.2 O DIREITO PENAL DE SEGUNDA VELOCIDADE.....	49
3.3 O DIREITO PENAL DE TERCEIRA VELOCIDADE.....	53
4 O SISTEMA JURÍDICO E A SUA ESTRUTURAÇÃO EM REDES SANCIONATÓRIAS	58
4.1 A REDE SANCIONATÓRIA PENAL.....	59
4.2 A REDE SANCIONATÓRIA ADMINISTRATIVA.....	67
4.3 A REDE SANCIONATÓRIA CIVIL.....	78
4.4 A REDE SANCIONATÓRIA DE MEDIAÇÃO.....	84
4.5 A CONTAMINAÇÃO DA REDE SANCIONATÓRIA PENAL PELAS MEDIDAS PUNITIVAS DAS DEMAIS REDES.....	92
4.6 A REDUÇÃO DAS POSSIBILIDADES DE INCIDÊNCIA DAS PENAS PRIVATIVAS DE LIBERDADE.....	95
4.7 A AMPLIAÇÃO DO DIREITO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR NA ESFERA CRIMINAL.....	100
5 CONCLUSÃO	103
REFERÊNCIAS	108

1 INTRODUÇÃO

A sociedade globalizada, os riscos, a sensação de insegurança e o medo demandam uma resposta jurídica para os novos problemas sociais. Um modelo de sociedade repleto de complexidades, que passa a exigir novas formas de regulação diante da desconstrução dos instrumentos tradicionais até então utilizados pela ciência do direito.

A presente pesquisa procura demonstrar que a sociedade complexa não pode ser explicada por uma teoria simples, carecendo de um modelo também complexo que possa auxiliar o indivíduo na compreensão de problemas que transcendem a possibilidade de compreensão. A teoria dos sistemas visa diminuir essa complexidade, estabelecendo uma identidade para cada sistema, de acordo com sua função.

Esta proposta reconhece a complexidade social num nível tal que seria impossível ao indivíduo compreender sozinho essa nova realidade, evidenciada a partir de novos elementos e nas novas relações entre esses elementos.

Complexidade que está presente no texto constitucional pelas novas valorações, pelos novos bens jurídicos e as relações travadas entre eles. Numa breve comparação entre a Constituição de 1988 e as suas antecessoras é fácil perceber que a presença de novos elementos constitucionais se constitui numa realidade presente na lei fundamental.

Uma realidade que se dissipa aos diversos campos do Direito, em especial ao Direito Penal, que passa a ser uma das grandes apostas para o problema de regulação social numa sociedade complexa. Entretanto, o Direito Penal clássico, desenvolvido para tutelar comportamentos lesivos a bens jurídicos de cunho liberal-individualista, passa, rapidamente a um paradigma neoliberal difuso.

A política de expansão passa a ser, em diferentes perspectivas uma forma de contrapor o modelo penal clássico, passando a figurar como instrumento mais intenso de tutela jurídica dessa sociedade complexa.

A dificuldade de se escolher um sistema de controle social que possa ofertar uma resposta satisfatória sem que ela configure um ato de violência estatal contra os direitos humanos, tão caros à vida em sociedade.

O problema aparece vinculado as novas e complexas realidades sociais, oriundas de um contexto cada mais denso, interligado e de difícil observação, onde os

métodos tradicionais utilizados pelo Direito, tornam-se ineficaz e incapazes de ofertar respostas eficientes.

Por essa razão, diferentes sistemas sancionatórios serão abordados buscando que, por meio de um método sistêmico se possa estabelecer o que pode ser feito para que o direito se configure num sistema de controle social eficiente, seja por meio de uma expansão penal seja por meio de divisão de atribuições com outros sistemas sancionatórios.

O método sistêmico visa uma aproximação em relação ao conhecimento, um critério de comunicação onde o sistema, delimitado a partir de uma identidade possa reduzir a complexidade ao relação ao seu entorno.

Uma estrutura fechada que exclui todos os outros códigos mas que esta disposta a apreender e não apreender com outras estruturas, razão pela qual o sistema também é aberto.

Para tanto, o presente trabalho será dividido em três capítulos, que descrevem de forma individualizada os seguintes conteúdos: No primeiro, as características do modelo social contemporâneo, onde a complexidade atinge patamares nunca antes experimentados, passando a exigir do Direito respostas mais contextualizadas, já que os instrumentos jurídicos tradicionais se mostram ineficazes para a resolução das novas demandas sociais.

Demonstrar que a complexidade se projeta para o Direito Constitucional em razão do surgimento de novos bens jurídicos, novas valorações e das interações entre esses elementos e que, a partir daí, passam a projetar para os mais variados ramos do Direito, em especial para o Direito Penal.

A complexidade passa a sugerir uma alteração significativa desse ramo do Direito, que resurge como principal protagonista no quesito - controle social, fazendo com propostas de expansão penal se torne política pública de combate ao problema da criminalidade moderna. Por vezes uma verdadeira substituição do Estado Social pelo Estado Penal.

Dentre as propostas de expansão penal, são inúmeras as possibilidades, no entanto, seguindo as lições do modelo preconizado por Silva Sanchez, que dividem o Direito Penal em três níveis distintos: primeira, segunda e terceira velocidade, esta última, consagrando um modelo penal conhecido como Direito Penal do inimigo. Na primeira velocidade a manutenção da pena privativa de liberdade e das garantias materiais e formais do processo.

Na segunda velocidade uma mitigação das garantias e a adoção das penas retributivas de direitos e por fim, na terceira velocidade a consagração do modelo denominado Direito Penal do inimigo, que propõe a manutenção da pena privativa de liberdade bem como a redução das garantias formais e materiais, numa perigosa mescla da primeira e segunda velocidade.

No entanto, o Direito deve ser visto como um sistema, onde tamanha complexidade deve ser reduzida por meio de uma teoria organizada e sistematizada, de modo que, cada subsistema tenha uma identidade, uma rede sancionatória que permite sua individualização dentre outros subsistemas.

Trata-se de uma perspectiva onde o sistema tem uma expectativa normativa, um código binário lícito/ilícito, contudo, onde cada subsistema consiga operar por uma característica exclusiva sua rede sancionatória.

Uma perspectiva que busca por meio da teoria dos sistemas encontrar uma redução da complexidade por meio de uma única característica, identidade do próprio sistema. Para o Direito o código seria a opção de Direito e não Direito.

A partir disso, será possível atender as demandas de um modelo social gravado por novas e complexas demandas e ainda indentificar melhor a área de atuação da cada um dos subsistemas, organizando melhor e de forma mais sistematizada o conjunto de respostas aos problemas da sociedade contemporânea caracterizada pela extremada complexidade.

O trabalho foi assim dividido para facilitar o entendimento das questões aqui levantadas, de modo, num primeiro momento se discuta as caracterisitcas que tornam o modelo social atual tão complexo e garador de medo, insegurança e complexidade.

A partir disso como o Direito pode se apresentar na resolução dos novos problemas sociais onde a complexidade esta presente não só no texto da lei fundamental, mas em toda a ordem jurídica que sente os efeitos dessa projeção.

No terceiro capítulo são tratadas as questões relacionadas a expansão penal, numa divisão do Direito Penal em níveis bem como o Direito Penal do inimigo. Por fim, no quarto capítulo são abordadas as redes sancionatórias penal, administrativa, civil e de mediação para que se demonstre que o critério atual revela uma contaminação das redes sancionatórias, em especial da rede penal e ainda uma ampliação da utilização de medidas administrativas com significativa diminuição da rede sancionatória penal.

Em verdade fenômenos que contrariam a teoria dos sistemas, tendo em vista a violação do código que identifica cada um destes subsistemas, prejudicando a qualidade da resposta a ser ofertada aos novos e complexos problemas sociais.

2 COMPLEXIDADE CONTEMPORÂNEA E REGULAÇÃO JURÍDICA

O modelo social da atualidade carrega consigo grandes alterações e novos riscos, uma dicotomia que se reflete nos mais variados campos de conhecimento, demandando uma nova forma de organização social frente as novas demandas.

Para o Direito, visto como sistema de regulação social destinado a organizar a vida em sociedade, regulando por meio de normas jurídicas a atuação humana, é indispensável o reconhecimento de novas realidades, num processo que permite sua atualização e adaptação a complexidade social experimentada na realidade atual.

Deste modo, para melhor discorrer sobre o tema, dividimos em dois itens, tratando no primeiro sobre as características dessa nova realidade social frente a nova complexidade para, num segundo momento, discorrer sobre a forma de regulação dessa complexidade pelo Direito.

2.1 SOCIEDADE GLOBALIZADA E AUMENTO DA COMPLEXIDADE

É notório que a sociedade passa por um momento histórico sem precedentes, sendo assolada por fenômenos crescentes e complexos que a tornam um ambiente hostil, marcado por acontecimentos de grandes proporções e extremada periculosidade.

Essas modificações sociais podem ser percebidas de maneiras distintas: algumas são verdadeiramente intensas e facilmente perceptíveis a exemplo da passagem da sociedade medieval com seu meio de produção totalmente rudimentar para a um processo inovador de produção conhecido como Revolução Industrial, uma nova realidade que resulta na dissolução da sociedade agrária do século XIX e dá origem a um modelo industrial de produção.

Na ótica de Beck¹: los riesgos presumen decisiones y consideraciones de utilidad industrial, es decir tecnoeconómica. As novas características sociais, em especial as inovações das ciências tecnológicas são causas produtoras de efeitos colaterais, problemas que passam a atingir um patamar nunca antes imaginado, numa exposição que transcende os limites da individualidade e da temporalidade, passando a expor como sujeito passivo toda a coletividade da atual e das futuras gerações.

¹ BECK, Ulrich. **La sociedade del riesgo global**. Siglo Veintiuno de Espana Editores, 2004, p. 79.

Trata-se de uma progressão aritmética onde as inovações tecnológicas são diretamente proporcionais aos riscos que elas proporcionam ao corpo social. A produção desenfreada de novas tecnologias e as profundas novidades trazidas pelos avanços das ciências nos seus mais variados campos do conhecimento, fazem com que a sociedade passe a solucionar problemas antigos, propiciando uma melhor qualidade de vida, trazendo, entretanto, riscos que não haviam sido pensados.

Nesse sentido afirmam Giddens, Beck e Lash,² pois o risco é proveniente da sociedade industrial e não de uma escolha planejada e decorrente da intervenção política e que representa a transição para uma sociedade de risco que se dá de forma não perceptível.

O sucesso da primeira modernidade foi inquestionável, porém, as consequências são nefastas, alterando significativamente a realidade social, agora marcada pelo medo, pela insegurança e pelo risco.

A ideia de sociedade de risco surge com o sociólogo Ulrich Beck³, que assim a define como: “Riesgo es un enfoque moderno de la previsión y control de las consecuencias no deseadas de la modernización radicalizada”.

A teoria da sociedade de risco nasce, pois, com a percepção social dos riscos tecnológicos globais, refletindo a mudança da estrutura da sociedade e, ao mesmo tempo, o conhecimento da modernidade e de suas consequências.

A noção de risco passa a ser inerente ao conceito de sociedade, tanto é que a ciência já se preocupa com critérios para melhor distribuir os riscos, por considerá-los não neutralizáveis.

Esses riscos possuem suas causas e origens em decisões e comportamentos humanos produzidos durante a manipulação dos avanços tecnológicos, ligados à exploração e manejo de novas tecnologias (energia nuclear, engenharia genética e de alimentos, produtos, etc.). Porém, os avanços tecnológicos não os únicos responsáveis pela geração de riscos.

As alterações sociais são fatores que também contribuem, como a escassez de recursos naturais, utilizados em larga escala pela indústria, a degradação ambiental, provocada pela atividade industrial e problemas sociais. Não se concebe mais a possibilidade a um retorno, logo, os riscos e sociedade se tornam conceitos interligados.

²GIDDENS, Anthony. BECK, Ulrich; LASH, Scott. **Modernização reflexiva: política, tradição e estética na ordem social moderna**. São Paulo: Unesp, 1995.

³ BECK, Ulrich, **La sociedad del riesgo global**. Siglo veintiuno de España Editores, 2004, p. 09.

Nas palavras de Octavio Ianni, a globalização está presente na realidade e no pensamento.⁴

O termo risco para alguns não consegue expor com exatidão a realidade da sociedade atual, por essa razão são utilizados outros termos como insegurança. Bauman ensina que:

Ao contrário dos riscos-que permitem ser computados quanto mais se aproximam espacial e temporalmente dos atores sociais-, as incertezas se expandem e se adensam quanto mais se afastam dos indivíduos. E com o crescimento da distância espacial, crescem também a complexidade, a densidade da malha de influência e interações, ao passo que a partir do crescimento da distância temporal, cresce também a impenetrabilidade do futuro, aquele outro absoluto, notoriamente incognoscível.⁵

Logo, não é possível atribuir com exclusividade a geração de riscos e insegurança às inovações tecnológicas. Outros fatores também contribuem como fontes geradoras de problemas, tornando ainda mais complexa a realidade social.

É o que assevera Silva Sánchez:

Por um lado, cabe considerar a conformação ou generalização de novas realidades que antes não existiam – ou não com a mesma incidência –, e em cujo contexto há de viver o indivíduo, que se vê influenciado por uma alteração daquelas; assim, a mero título de exemplo, as instituições econômicas de crédito ou de inversão. Por outro lado, deve-se aludir à deterioração de realidades tradicionalmente abundantes que em nossos dias começam a manifestar-se como “bens escassos”, aos quais se atribui agora um valor que experimentam, como consequência da evolução social e cultural, certas realidades que sempre estiveram aí, sem que se reparasse nas mesmas; por exemplo, o patrimônio histórico-artístico.⁶

Dentre esses fatores, tem-se a nova realidade econômica, cujos efeitos alteram a inserção dos indivíduos em relação às cadeias produtivas, e delas todos os recursos para suprir as necessidades básicas.

Uma situação preocupante que se soma a crise do Estado, que a partir do século XX tornou companheira inseparável, seja pelo próprio envelhecimento ou diante da impossibilidade de sustentação diante das novas realidades como globalização econômica, mundialização dos vínculos sociais, universalização das pretensões, da

⁴ IANNI, Octavio. **Teorias da globalização**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1999. p. 9.

⁵ BAUMAN, Zigmunt. **Globalização: as consequências humanas**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1999, p. 129.

⁶ SÁNCHEZ, Jesús-María Silva. **A expansão do Direito**. Traduzido por Luiz Otavio de Oliveira Rocha. Revisão Luiz Flavio Gomes. São Paulo: RT, 2002, p. 27.

constituição de “lugares” mundiais de controle/garantia (e.g Tribunais Inter/Supranacionais) de um cosmopolitismo político- institucional, etc.⁷

Uma situação preocupante que se soma ao declínio do *welfare state*⁸ deixando de atender adequadamente as questões de emprego, saúde, e outros direitos sociais, num processo de exclusão que se originou da não cobertura estatal. Um modelo Estado comprometido com a efetivação dos direitos por meio de políticas públicas positivas.

Para Bobbio:⁹ *o Estado assistencial, de fato, não pretende apenas levar a fazer (por meio de normas positivas ou sanções positivas), mas ele mesmo faz, a previsão dos direitos sociais na Constituição faz com o Estado adote políticas públicas com o escopo de uma prestação estatal mais eficiente.*

Percebe-se uma tensão entre a política de inclusão e a economia de exclusão, numa peculiar marca que forma o modelo de bem-estar. Um equilíbrio tem sido abalado na medida que o modelo capitalista tem ganhado nova consistência no contexto atual onde capital e trabalho conjugam suas paixões e interesses.

Uma realidade que vem corroborada pelo desfazimento da fórmula de Estado Social, seja por suas próprias insuficiências e carências para solucionar todos os dilemas modernos diante da impossibilidade de dar respostas satisfatórias às demandas, diante das crises¹⁰ que lhe abatem nesse momento. Para Bauman¹¹: Os poderes reais que criam as condições nas quais todos nós atuamos flutuam no espaço global, enquanto as instituições políticas permanecerem de certo modo, “em terra”, são “locais”.

Crises que encontram um de seus ápices diante de uma economia forte e influenciadora de um Estado frágil e incapaz de efetivar as promessas assumidas. Esse novo espaço econômico projeta-se num sentido de ruptura com o modelo de solidariedade social e o resultado é a geração de desemprego, pobreza e conseqüente, mais risco. Um processo que aliado a crescente privatização de bens e serviços básicos impregna toda a rotina social, gerando um maior nível de exclusão e de conflitos.

⁷ MORAES, José Luis Bolzan de. **As Crises do Estado e da Constituição e a Transformação Espacial dos Direitos Humanos**. Porto Alegre: livraria do advogado, 2002, p. 14.

⁸ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 13.ed. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 116.

⁹ BOBBIO, Norberto. **Da Estrutura à Função: Novos estudos de Teoria do Direito**. São Paulo: Manole, 2006, p. 11.

¹⁰ MORAES, José Luis Bolzan de. **As crises do Estado e da Constituição e a transformação espacial dos Direitos Humanos**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p.13, 34, 50 e 53.

o Estado passa por um crise de natureza conceitual, estrutural, funcional e política¹⁰.

¹¹ BAUMAN, Zigmunt. **Confiança e medo na cidade**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2009, p. 30.

A sociedade vive os prazeres e as dores de ser o que é - produtora de tecnologias responsáveis pelo aprimoramento do bem-estar individual e responsável pelo consumo de recursos naturais escassos. Uma sociedade caracterizada pelo acúmulo de riquezas para poucos, passando a contabilizar ininterruptas transferências de capital, chegando a um nível tal que passam de forma incontrolável a influenciar as políticas nacionais nos países e povos onde se instalam, especialmente naqueles em desenvolvimento, para se perguntar se toda a evolução valeu a pena.

Em uma de suas passagens José Angel Brandariz García ensina que:¹²

La retirada del Estado del campo socioeconómico, junto a la contracción de su papel em la asistencia social, y la propia evolución del modelo socioeconómico, han contribuido a generar, como se há reiterado, la proliferación cualitativa e cuantitativa da la exclusión social.

Vive-se cada vez mais uma sociedade de classes passivas,¹³ composta por desempregados, destinatários dos serviços públicos educacionais, sanitários, pessoas subvencionadas, consumidores, ou sujeitos pacientes dos efeitos nocivos de desenvolvimento.

Neste contexto Bauman¹⁴ sustenta:

Hoje, apenas uma linha sutil separa os desempregados, especialmente os crônicos, do burado negro da *underclass* (subclasse): gente que não se soma a qualquer categoria social legítima, indivíduos que ficam fora das classes, que não desempenham alguma das funções reconhecidas, aprovadas úteis, ou melhor, indispensáveis, em geral realizadas pelos membros “normais” da sociedade; gente que não contribui para a vida social.

Essas características prejudicam a estrutura familiar, já que muitos divórcios ocorrem pela ausência de condições de provimento de necessidades básicas, gerando outros problemas como alcoolismo, dependência química e desestrutura familiar.

Neste contexto inclui-se a figura do imigrante, que surge como um dos fatores aptos a incidir no problema da geração de riscos, uma categoria de sujeitos conceituados como grupo gerador de risco, conseqüentemente, um público destinatário das instâncias de controle social.

¹² GARCIA, Jose Ángel Brandariz. **Itinerarios de evolución del sistema penal como mecanismo de control social en las sociedades contemporáneas**. tirant lo blanch: Valencia, 2004, p. 51.

¹³ SANCHEZ, Jesus Maria Silva. Op. cit. p. 41

¹⁴ BAUMAN, Zigmunt. **Confiança e medo na cidade**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2009, p. 24.

A atuação dos meios de comunicação também representa um importante aspecto para o entendimento das questões da sociedade atual. Por um lado, representam o exercício do direito de expressão garantido pela Constituição Federal.

Para Pinto Ferreira:¹⁵

A liberdade humana não se concretizaria na prática se não fosse dado ao homem o direito de liberdade de expressão. Essa liberdade abrange os direitos de manifestação da opinião, de discurso e de imprensa. Abarca ainda a manifestação do pensamento pelo rádio e pela televisão.

A liberdade de expressão se configura como bem constitucional que durante a evolução da sociedade passou por grande provação, logrando êxito em resistir a violência do período militar que marcou a sociedade brasileira durante anos.

Uma resposta da Constituição de 1988 para aqueles que foram os algozes da democracia no Brasil durante décadas e que agora não podem mais calar a voz do povo por meio da censura e da violência.

A liberdade de expressão representa o exercício de uma prerrogativa com capacidade para mobilizar multidões, uma poderosa arma que pode auxiliar, mas que pode prejudicar em demasia nossa sociedade. Quando a mídia se presta a realizar serviços de utilidade pública, apresenta-se à sociedade como um importante instrumento democrático capaz de auxiliar na resolução de seus problemas atuais.

Quem não se recorda do escândalo do mensalão, das constantes notícias de corrupção em Brasília, responsável pela queda de vários ministros do atual governo, do gasto indevido de dinheiro público, do vazamento de óleo no litoral brasileiro.

Por outro lado, a mídia pode ser um recurso extremamente nocivo quando sua utilização se dá de forma incorreta, transmitindo ou veiculando notícias de forma inexata, fomentando muito mais a emoção do que o razão, incrementando ainda mais sensação de insegurança.

Assim já se afirmou com razão que:

[...] os meios de comunicação, que são o instrumento da indignação e da cólera pública, podem acelerar a invasão da democracia pela emoção, propagar uma sensação de medo e de vitimização e introduzir no coração do individualismo moderno o mecanismo do bode expiatório que se acreditava aos tempos revoltos [...].¹⁶

¹⁵ FERREIRA, Pinto. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva. 1998. p. 122.

¹⁶ GARAPON, **Juez y democracia**, Barcelona, 1997, p. 94, que aduz “Os assassinatos de crianças se convertem em acontecimentos nacionais para uma opinião pública fascinada pela morte e a transgressão.

Uma atuação de *cariz* econômico, visando lucratividade, explorando acontecimentos sociais de forma a auferir lucro, vantagem, prestígio sem qualquer preocupação com a coletividade e com os efeitos nela causados.

Ripolléz ensina que:

Ante todo, los medios de comunicación social: su avidez lucrativa, em unos casos; su sesgo ideológico, en otros, y la lucha por los lectores o la audiencia, en casi todos, les há hecho apurar al máximo las innegables potencialidades mediáticas de la criminalidad, a la que mantienen, una y otra vez, em sus portadas. No importa, a tales efectos, que la imagen social que se transmita de la delincuencia y de su persecución se asiente sobre anécdotas y sucesos aislados descontextualizados; que se incremente, sin fundamento real, la preocupación y miedo por el delito y las conseqüente demandas sociales de intervención, o que se haya de ocultar la ignorancia y falta de preparación de sus profesionales a la hora de entender los complejos conflictos sociales que están narrando.¹⁷

Os meios de comunicação de massa, em especial o rádio e a televisão e *internet*, configuram na contemporaneidade um espaço privilegiado da política, tornando-se possível a afirmação de que, sem o preciso auxílio da mídia, não há meios de adquirir ou exercer o poder, diante do fenômeno denominado de política informacional.¹⁸

A informação passa a ser vista com descrédito, muitas vezes pela grande quantidade, pela forma com que é apresentada. Algumas práticas de comunicação, por vezes, divulgam determinadas notícias propalando sem responsabilidade notícias sensacionalistas, procedimentos que, em especial, contam com a participação das próprias instituições responsáveis pela repressão criminal e que acabam contribuindo para a difusão da sensação e insegurança.

Para Manuel Cancio Meliá:¹⁹

[...] los medios de comunicación de masas como agentes que exigen no sólo atención a casos concretos “vendibles” em términos de audiencia/ediciones, sino también a la hora de reclamar que determinados conflictos sean resueltos por el ordenamiento jurídico y, sit venia verbo, ya que estamos, por el medio del derecho penal.

Sua exasperação pelos meios acabará por fazer crer ao cidadão menos avisado que este tipo do crime é frequente, o que não é o caso.”

¹⁷ Veáse um interesante estudio de la campaña mediática desatada entre 2001 y 2003 por um diário tan influyente como El País, y secundada luego por numerosos medios de comunicación, sobre el pretendido incremento de la criminalidad em España durante esos años, em Soto Navarro, op. cit, passim.

¹⁸ CALLEGARI e WERMUTH. Andre Luis e Maiquel Angelo Dezordi. Op. cit. p. 51.

¹⁹ MELIÁ, Manuel Cancio. JAKOBS, Gunther. **Dogmática y política criminal em uma teoría funcional del delito**. Buenos Aires: Rubinzal-Cuzoni Editores, 2004, p. 134-135.

Tal discurso tem contribuído para a ampliação da sensação de medo e de insegurança, onde o medo passe a ser vendido como mercadoria valiosa, já que os índices de audiência disparam diante de notícias sensacionalistas.

Na visão de Maiquel Ângelo Dezordi Wermuth:

Na verdade refletem o medo uma mercadoria da indústria cultural, de modo que a busca pelo sensacional, o espetacular, do furo jornalístico é o princípio daquilo que pode e daquilo que não pode ser mostrado, o que é definido pelos índices de audiência – ou pela pressão do meio econômico, do mercado, sobre os jornalistas²⁰.

Por essa razão, a atuação dos meios de comunicação, embora de grande relevância para o processo democrático, tem se tornado um dos meios mais eficazes no aumento da sensação da insegurança e do medo, quando em muitos casos, objetivamente os níveis são bens menores do que a mídia divulga.

A sociedade de maneira geral pode ser mais bem definida como a sociedade da insegurança sentida, já que um de seus principais traços da era pós-industrial é a sensação de insegurança e medo.

Este sentimento possui, sem dúvida, uma grande dimensão subjetiva como reação dos indivíduos integrantes da grande e complexa rede social - novos e complexos fenômenos. Seja como for, o caso é que, em medida crescente, a segurança se converte em uma pretensão social a qual se supõe o Estado e, em particular, o Direito deve responder.

O fato é que a sensação de insegurança sentida pelos cidadãos dificilmente corresponde com o nível de existência objetiva de riscos que possam vir a trazer prejuízo, um temor desmedido de um colapso ou catástrofe capaz de pegar a todos despreparados e indefesos.²¹

É notório que o Brasil ainda registra um número elevado de fatos sociais geradores de medo e insegurança, ao ponto de ser denominado endêmico para OMS²².

²⁰ WERMUTH, Maiquel Angel Dezordi. **Medo e Direito Penal**, reflexos da expansão punitiva na realidade brasileira. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 1996. p. 46.

²¹ BAUMAN, Zigmunt. **Globalização: as consequências humanas**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1999, pg. 12. O autor explica que esse temor desmedido da sociedade é chamado de síndrome de títanic.

²² O índice de criminalidade brasileiro ainda é considerado endêmico pela OMS (Organização Mundial da Saúde). Enquanto o país apresenta uma taxa anual de aproximadamente 22 homicídios a cada 100.000 habitantes, os Estados Unidos e a França – considerados exemplos – registram 6 e 0,7 assassinatos, respectivamente. Disponível em <<http://especiais.universia.com.br/brasil2014>> Acesso em 22/12/2011.

Tal sensação ganha fôlego quando se compara a índices de países desenvolvidos como França e Estados Unidos percebe-se uma diferença significativa.

Entretanto, a forma com que se trata o problema tem gerado uma ampliação dessa sensação de insegurança que não contribui para a resolução dos problemas sociais, beneficiando poucos na obtenção de audiência e lucros exorbitantes, outros cuja atuação política recorre a práticas oportunistas, utilizando-se do incremento da insegurança e de medo para ampliar sua clientela eleitoral.

Mais um exemplo onde o interesse particular de poucos supera o interesse da grande massa da população, em que muitos sequer têm condições de entender eventuais manipulações da notícia.

Na lição de José Angel Brandariz García:²³

[...] lo relevante a los efectos del presente texto no es tanto que la existencia de factores objetivos de pelígro dé lugar a uma sensación subjetiva de inseguridad o de riesgo, por mucho que sta pueda ser desproporcionada em relación con la entidad efectiva de aquellos peligros.

As vítimas voltam para o discurso penal, razão pela qual Garland defende²⁴ uma tendência dos partidos políticos na instrumentalização das vítimas para anunciar e promulgar leis penais, as quais assumem, não raras vezes, o nome dessas vítimas.

Exemplos dessa prática política podem ser facilmente encontrados: casos como os sequestros dos empresários Abílio Diniz e Roberto Medina, em 1990, o assassinato da atriz Daniela Perez, em 1992, e a veiculação de cenas de tortura e assassinato por policiais na Favela Naval, em Diadema, Grande São Paulo, em 1997²⁵.

Outro exemplo é a lei número 11.340/2006, conhecida como lei “Maria de Penha” promulgada para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, em homenagem a uma vítima dessa modalidade delitiva.

²³ GARCÍA, José Angel Brandariz. **Política criminal de la exclusión**. editorail comares Granada: 2007, p. 65.

²⁴ Na análise de Garland (2005, p. 241) “*si las víctimas alguna vez el resultado olvidado y ocultado del delito, ahora han vuelto para vengarse, exhibidas públicamente por políticos y operadores de los medios masivos de comunicación que explotan permanentemente la experiencia de la víctima que sufre se há convertido em um producto apreciado em los circuitos de intercambio político y mediático y se colocam individuos reales frente a las cámaras y se los invita a jugar esse papel, muchas veces convirtiéndose, durante el proceso, en celebridades midiáticas o activistas do movimento de víctimas.*”

²⁵ Disponível em: <<http://agenciabrasil.ebc.com.br/noticia> > Acesso em: 28/12/11.

A junção desses novos problemas sociais está compreendida no modelo de sociedade globalizada, um novo modelo social onde as transformações são rápidas, intensas e perigosas.

A globalização representa uma série de mudanças, de diferentes ordens: financeiras, estatais, sociais, tecnológicas, ambientais, de produção. Por essa razão Boaventura de Souza Santos a define:

A globalização consiste em um processo complexo que atravessa as mais diversas áreas da vida social: da globalização dos sistemas produtivos e financeiros a revolução da tecnologias e praticas de informação e de comunicação; da erosão do Estado Nacional e redescoberta da sociedade civil ao aumento exponencial de desigualdade sociais; das grandes movimentações fronteiriças de pessoas (como emigrantes, turistas e refugiados) ao protagonismo das empresas multinacionais e das instituições financeiras multilaterais, das novas práticas culturais e identitárias aos estilos de consumo globalizado.²⁶

Este é um fenômeno de grandes proporções e de diferentes características que o tornam extremamente heterogêneo, com diferentes faces e demasiadamente complexo. Uma complexidade que dificulta sua análise por uma só ciência. Para Octavio Ianni: a reflexão sobre a sociedade global, em suas configurações e movimentos, ultrapassa os limites desta ou daquela ciência.²⁷

A presente pesquisa é acentuada com relação ao Direito, já que os reflexos da sociedade globalizada são sentidos em novas e complexas demandas, que devem ser respondidas pelo Estado através do seu sistema de normas.

O fenômeno da globalização altera de forma significativa o atuação do Estado no tocante a resolução das demandas sociais em especial quando a economia globalizada passa a ocupar espaços que antes pertenciam exclusivamente ao Estado.

Para Francis Rafael Beck:²⁸

[...] pólos dominantes e centros decisórios localizados em empresas, corporações e conglomerados transnacionais. Deles nascem diretrizes relativas a desestatização, desregulação, privatização, liberalização, e regionalização que instituições como Fundo Monetário Internacional (FMI) e Banco Mundial (BIRD) encarregam-se de codificar, divulgar, implementar e administrar.

²⁶ SANTOS, Boaventura Souza. **Os processos da globalização, a globalização e as ciências sociais**. São Paulo: Cortez, 2002. p. 11.

²⁷ IANNI, Octavio. **Teorias da globalização**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1999. p. 248.

²⁸ BECK, Francis Rafael. **Perspectivas de controle ao crime organizado e critica a flexibilização das garantias**. São Paulo:IBCCRIM. p. 30.

O presente aspecto revela uma crise funcional do Estado, já que outros organismos passam a operar em substituição ao Estado. Porém a globalização traz ainda outras consequências. No campo conceitual, o Estado passa a sentir forte influência de regras de livre mercado, capital e das finanças estrangeiras passam a modificar algumas de suas características essenciais, em especial soberania. No campo estrutural a realidade não é outra, problemas de caixa e crescimento e complexidade das demandas tornam ainda mais difícil a posição do Estado.

Assim, o Estado enfrenta uma realidade social globalizada com enormes limitações, dificultando ainda mais a tarefa de responder as novas demandas sociais.

O Direito enfrenta essa mesma realidade, tendo que tutelar as crescentes e complexas demandas sociais de uma sociedade globalizada, situação que pode ser explicada utilizando-se, metaforicamente, Gabriel Garcia Marques,²⁹ que no seu “Cem Anos de Solidão”, relata que em macondo³⁰ o mundo era tão recente que muitas coisas careciam de nome e para mencioná-las precisava-se apontar com o dedo.

Além disso o direito tem que enfrentar uma panorama que indica um sistema jurídico de inclusão social dentro de uma perspectiva econômica de exclusão. Essa tensão entre a política de inclusão e a economia de exclusão demonstra um precário equilíbrio que tem sido abalado na medida que o modelo capitalista tem ganhado nova consistência no contexto de globalização.

Se no passado a tutela jurídica era feita com base nas relações entre, “explorador-explorado”, que mesmo nessa condição permanecia vinculada ao sistema, na globalização, ocorre a substituição pelas relações dos “incluídos e excluídos”, enquanto o último perde seu espaço.

O mercado se torna, ao mesmo tempo, um igualador e um diferenciador social, o que para Maiquel Ângelo Dezordi Wermuth resulta³¹: “essa polarização social resulta na dicotomia social entre aqueles que produzem riscos e aqueles que consomem segurança.

Para Zigmunt Baumann:³²

²⁹ MARQUES, Gabriel Garcia. **Cem Anos de Solidão**. Rio de Janeiro – São Paulo: Record, 2010, p. 43.

³⁰ Macondo era então uma aldeia de vinte casas de pau a pique e telhados de sapé construídas na beira de um rio de águas diáfanas que se precipitavam por um leito de pedras polidas, brancas e enormes como ovos pré-históricos.

³¹ WERMUTH, Maiquel Angel Dezordi. **Medo e Direito Penal**, reflexos da expansão punitiva na realidade brasileira. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 1996. p. 38.

³² BAUMAN, Zigmunt. **Globalização: as consequências humanas**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1999, p. 94.

Todo mundo pode ser lançado na moda do consumo; todo mundo pode desejar ser um consumidor e aproveitar as oportunidades que esse modo de vida oferece. Mas nem todo mundo pode ser um consumidor. Desejar não basta; para tornar o desejo realmente desejável e assim extrair o prazer do desejo, deve-se ter uma esperança racional de chegar mais perto do objeto desejado. Essa esperança, racionalmente alimentada por alguns, é fútil para muitos outros.

O desafio a ser enfrentado pelo Direito passa ainda pela necessidade de identificar quem são os responsáveis pela criação dos riscos, medo e insegurança, em especialmente no contexto de irresponsabilidade organizada.³³

Cuidado especial merece a questão, evitando que os sistemas sociais de controle voltem a recorrer a punição de poucos, os pobres, desempregados, toxicômanos, enfim, pela classe mais abastada da sociedade, historicamente a principal destinatária das regras de controle social, numa proposta de punir determinados grupos populacionais que seriam considerados fonte de perigo e insegurança.

Novamente Bauman³⁴ defende que:

As “classes perigosas” originais eram constituídas por gente “em excesso”, temporariamente excluída e ainda não reintegrada, que a aceleração do progresso econômico havia privado de “utilidade funcional”, e de quem a rápida pulverização das redes de vínculos retirava, ao mesmo tempo, qualquer proteção. As novas classes perigosas são, ao contrário, aquelas consideradas incapacitadas para reintegração e classificadas como *não-assimiláveis*, porque não saberiam se tornar úteis nem depois de uma reabilitação.

Especialmente pelo fato de o Direito não encontrar nos meios tradicionais instrumentos destinados a compor, solucionar, harmonizar determinados interesses e necessidades surgidas com a globalização.

A globalização, em suas mais variadas formas, está desconstruindo os parâmetros formais de direito, o qual passa a buscar novas maneiras de solucionar o problema.

2.2 A REGULAÇÃO DA COMPLEXIDADE PELO DIREITO

A complexidade gerada pelo fenômeno da globalização revela uma grande dificuldade a ser enfrentada pela ciência do Direito, em especial pela notória fragilidade

³³ BECK, Ulrich, **La sociedad del riesgo global**. Siglo veintiuno de España Editores, 2004, p. 09.

³⁴ BAUMAN, Zigmunt. **Confiança e medo na cidade**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1999, p. 22.

do Estado em resolver, através de seus instrumentos jurídicos tradicionais, as demandas que lhe são submetidas.

Essa complexidade é causa produtora de novos riscos, que podem ser encontrados nas mais variadas formas, riscos nucleares, degradação ambiental, riscos sanitários, genéticos, tecnológicos.

Essas novidades são introduzidas na sociedade de forma extremamente célere, fazendo com o Direito, acostumado a um processo mais moroso, se afaste cada vez mais da possibilidade de ofertar respostas que acompanhem a dinâmica social atual.

Por essa razão Leonel Severo da Rocha³⁵ afirma que:

O grande problema jurídico na atualidade é como pensar o Direito, como operar com o Direito neste período de grandes transformações pelo qual se passa, nesta forma de sociedade que muitos chamam, por uma questão de comodidade de globalização. Examinar o Direito dentro da globalização implica relacioná-lo com a complexidade, com todos os processos de diferenciação e regulação social que estão surgindo.

Diante da impossibilidade de enfrentamento dessas questões oriundas de um contexto cada vez mais complexo, recorre-se a uma teoria também complexa para explicá-los e resolvê-los.

De acordo com Niklas Luhmann³⁶ a expressão complexo designa:

[...] aquela soma de elementos, que em razão de uma limitação imanente de capacidade de conexão do sistema, já não possibilita que cada elemento permaneça vinculado. Como as relações possíveis entre elementos aumentam quando o sistema cresce, apresentam-se limites drásticos na capacidade de relação dos elementos, principalmente quando se consideram os diferentes tipos de sistema: células, cérebros, comunicação, ou quando se parte, por exemplo de possíveis contatos que os indivíduos possam estabelecer, em uma época determinada.

Essa inaptidão do Direito e desconstrução de seus instrumentos ocorreram após profundas mudanças nas características da sociedade, economia e da tecnologia. Conforme a visão de Leonel Severo da Rocha,³⁷ sob esse ponto de vista, a crise do Direito não é somente uma deficiência de sua estrutura tradicional, mas uma crise de integração de seus pressupostos dogmáticos para funcionarem dentro da globalização.

³⁵ ROCHA, Leonel Severo. **Epistemologia Jurídica e Democracia**. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2003. p. 185.

³⁶ LUHMANN, Niklas. **Introdução a Teoria dos Sistemas**. Petrópolis: Editora Vozes, 2009. p. 185.

³⁷ ROCHA, Leonel Severo. **Epistemologia Jurídica e Democracia**. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2003. p. 186.

Nessa perspectiva globalizada, a complexidade seria resultante da interação entre elementos e relações, ou seja, os novos elementos apresentados pela sociedade moderna, que permanecem unidos como sistema e as possíveis relações que se estabelecem num processo de comunicação dentre as múltiplas possibilidades de vivência e de ações que estão compreendidas no conceito de sociedade globalizada.

O meio, entendido como o possível número de relações, acontecimentos e processos decorrentes de uma sociedade globalizada é infinitamente superior ao que o sistema pode aceitar, sendo necessária uma seleção das possibilidades e exclusão de outras, que permanecem ainda como oportunidades.

Essa extremada complexidade do mundo atual não pode ser compreendida pelo indivíduo, considerando a infinitude de suas possibilidades e acontecimentos. Por essa razão, a teoria dos sistemas procura reduzir essa complexidade, já que as possibilidades são maiores do que os fatos que se podem realizar.

A respeito disso Niklas Luhman³⁸:

Por isso, surgiu a expressão redução de complexidade, no que se refere a redução da complexidade, no que se refere à relação do sistema com o meio, mas também consigo mesmo, principalmente quando se tratava de compreender as instâncias de racionalidade, as agências de planejamento localizadas dentro de próprio sistema.

A complexidade é o problema central da teoria, exigindo uma análise de fatores imprevisíveis que passam a ser sistematizados. Leonel Severo da Rocha³⁹ explica que: (...) os sistemas que ordenam essa complexidade a partir de certo tipo de perspectiva, conforme o tipo de diferenciação funcional evolutivamente consagrado.

Assim, é possível se dizer que existem sistemas de economia, de política, de Direito, como sistemas funcionalmente diferenciados, cada qual fornecendo critérios de identificação correlatos às suas respectivas áreas de conhecimento, logo, cada uma possui sua autonomia, mas uma autonomia que existe na diferença dela com a sociedade.

Ao aplicar a teoria dos sistemas *autopoiéticos* ao Direito, é possível se reduzir essa complexidade uma pela diferença com relação ao entorno. O sistema serve para auxiliar na compreensão da complexidade, entretanto, nem o próprio sistema tem condição de arcar com todas as respostas.

³⁸ LUHMANN, Niklas. **Introdução a Teoria dos Sistemas**. Petrópolis: Editora Vozes, 2009. p. 179.

³⁹ ROCHA, Leonel Severo. KING, Michael. SCHWARTZ, Germano. **A verdade sobre autopoiese no direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009. p. 19.

Em razão da tamanha variedade de estímulos provenientes do meio, torna-se necessário o desenvolvimento de uma disposição específica destinada a ignorar, rechaçar, criar indiferenças e fechar-se.

O sistema é aquilo que se diferencia de um entorno. Ter-se-ia assim, uma sociedade marcada por novas tecnologias, novos atores, novas definições, novos perigos, todos formando um complexo dinâmico de relações, cujos limites podem ser alterados.

Na ótica de Niklas Luhmann,⁴⁰ o ponto de partida para a sociologia deve derivar de um preceito teórico baseado na diferença. Ponto pacífico na comunidade científica, onde se mantém o mesmo referencial.

Logo, todo o sistema de Direito deve estar separado do ambiente, uma separação que resulta da diferença entre o Direito e todas as complexidades sociais oriundas da globalização. Na autopoiese, o sistema é a unidade da diferença entre sistema/ambiente⁴¹.

A questão que passa a ser a diferença entre o Direito como sistema e ambiente está apoiada num paradoxo de base: o sistema é a resultante da diferença entre sistema e meio. Cada sistema constitui por si mesmo, tudo aquilo que funciona como uma unidade para o sistema. Isto não se refere apenas à unidade do sistema, às suas estruturas e processos, mas também aos elementos que o constituem (autopoiesis). Para essa contínua produção e reprodução de unidade, são requeridas distinções que permitam indicar o que será utilizado e o que não será.

A reflexão de Leonel Severo da Rocha⁴²: (...) sistemas autopoieticos são sistemas que conseguem partir da criação de um espaço próprio de sentido e se autoreproduzirem a partir de um *código* e de uma *programação* própria.

Esse processo de construção de um sistema implica numa atuação seletiva, indicando aquilo que é parte do sistema e aquilo que não parte do sistema, tanto no plano das estruturas como no plano dos processos: sempre há outras possibilidades que se possam seleccionar quando se busca uma ordem, ele mesmo se torna complexo, já que se obriga a fazer uma relação entre seus elementos.

Sobre esse aspecto Niklas Luhmann:⁴³

⁴⁰ LUHMANN, Niklas. **Introdução a Teoria dos Sistemas**. Petrópolis: Editora Vozes, 2009. p. 80.

⁴¹ ROCHA, Leonel Severo. KING, Michael. SCHWARTZ, Germano. **A verdade sobre autopoiese no direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009. p. 37.

⁴² ROCHA, Leonel Severo. KING, Michael. SCHWARTZ, Germano. **A verdade sobre autopoiese no direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009. p. 19.

[...] trata-se de uma estrutura circular, (autopoiética), que produz a si mesma circularmente, que surgiu em um momento determinado da evolução, sem que suas causas possam ser exatamente definidas. A partir do momento em num só princípio de operação e consequentemente um processo de diversificação múltipla, baseado, porém, em um só princípio de operação.

O sistema *autopoiético* representa um sistema que realiza sua própria construção, através de um processo de codificação. Partindo de uma visão sistêmica, comprometida com a sua reprodução, surge a necessidade de eliminar qualquer paradoxo nesse processo de codificação.

Uma vez estabelecida sua identidade, o Direito como sistema se caracteriza por ela, ou seja, pela expectativa de uma pretensão normativa, se sua comunicação promete que dita expectativa será mantida mesmo em caso de desilusão, ou seja, exclusivamente por uma manifestação subjetiva.

Sobre isto, Luhmann afirma que:⁴⁴

[...] la garantía de la autodescripción de las operaciones al sistema y, con ello, la garantía de la clausura operativa del sistema, requiere de un código único como esquematismo binario que excluya otras condificaciones y otros valores (terceros, cuartos, quintos) del código.

Ao se permitir que este conceito de norma possa ser integrado em uma teoria da *autopoiesis* do sistema jurídico a comunicação autopoiética do Direito transmite, tanto no cotidiano como na prática organizada da decisão, a qualidade normativa da comunicação para a comunicação, e reproduz, com isso, a si mesma.

A ambivalência contraditória assegura a universalidade do código; ele pode ser aplicado a todo comportamento humano e a todas as situações relevantes neste contexto, já que tudo é ou jurídico, ou antijurídico, mas não meio jurídico.

O sistema funcional para o direito significa que o direito não pode importar as normas jurídicas de um ambiente social, tampouco pode criar expectativas normativas para este ambiente, ou seja, as normas jurídicas não podem valer como Direito fora dele.

De acordo com Niklas Luhmann⁴⁵: a teoria geral dos sistemas autopoiéticos exige que se indique exatamente a operação realizada pela autopoiesis do sistema,

⁴³ LUHMANN, Niklas. **Introdução a Teoria dos Sistemas**. Petrópolis: Editora Vozes, 2009. p. 89 .

⁴⁴ LUHMANN, Niklas. **Introdução a Teoria dos Sistemas**. Petrópolis: Editora Vozes, 2009. p. 293.

⁴⁵ LUHMANN, Niklas. **El derecho de la sociedad**. México: Universidad Iberoamericana, 2002. p.125.

delimitando, assim, o sistema em relação ao restante. No caso dos sistemas sociais acontece mediante a comunicação.

A normatividade é o modo interno de trabalhar do direito, e sua função social consiste, precisamente, em que cumpra a missão de disponibilidade e modificação do Direito para a sociedade.

Todo contato do sistema jurídico com o ambiente deve, portanto, utilizar uma forma diversa de expectativa. Toda orientação do Direito com relação ao seu ambiente utiliza a cognição (abertura cognitiva). Em total contraposição com a atividade normativa, a atitude cognoscitiva está disposta a aprender.

Segundo a lição de Niklas Luhmann⁴⁶:

A comunicação é uma realidade emergente, em estado de coisas *sui generis*. Obtém-se a comunicação mediante uma síntese de três diferentes seleções: a) seleção da informação; b) a seleção do ato de comunicar; c) seleção realizada no ato de entender (ou não entender) a informação e o ato de comunicar.

Pressupõe um esquema de aprendizagem com suficiente clareza, o que entraria em jogo como expectativa substitutiva, ao não se cumprir uma expectativa normativa. Na medida que semelhantes esquemas de aprendizagem possam ser desenvolvidos, também o Direito poderá aprender e adaptar-se ao seu ambiente.

Este conceito teórico possibilita a reformulação do paradoxo constituinte do direito: o sistema jurídico opera simultaneamente sob premissas normativas e cognoscitivas; está disposto a aprender e a não aprender, na medida de sua própria estrutura diferenciadora. É um sistema fechado e aberto: é fechado por que é aberto e aberto por que é fechado⁴⁷.

A questão se coloca desta forma: como pode o sistema combinar aprendizagem e não aprendizagem, no sentido de uma relação de mútuo incremento e, por meio disto, adaptar-se à evolução social.

Na sociedade globalizada encontrar-se-ia um sistema complexo, formado pelas variantes das relações estabelecidas nesse ambiente. O direito, como um de seus subsistemas seria responsável por comunicar-se com os demais, adaptando-os e após um processo cognitivo as constantes novidades introduzidas na sociedade. Sua evolução ocorre na interação da parte interna, absorvida pelo externo (social).

⁴⁶ Op. cit. p. 297.

⁴⁷ LUHMANN, Niklas. **O Enfoque Sociológico da Teoria e Prática do Direito**. In: Sequência, nº. 28, Junho/94, pág. 15

Definida sua identidade, o Direito deve, por meio de seu código binário, estabelecer respostas por meio da comunicação aos problemas, selecionando o que é jurídico e atende as expectativas normativas e o que é antijurídico.

Nas palavras de Leonel Severo da Rocha, no caso do Direito, o sistema opera a partir do código: Direito/ não Direito,⁴⁸ desse modo, demarca sua própria unidade, formando sua diferenciação funcional e adquirindo um sentido, uma vez que seu entorno é pura complexidade.

A *autopoieses* passa a ser considerada uma possibilidade de ofertar respostas aos complexos problemas sociais da sociedade globalizada, numa metodologia inovadora que visa pela diferença, pela organização sistêmica e pela observação uma forma de auxiliar o homem a solucionar os problemas da sociedade moderna.

2.3 A AMPLIAÇÃO DO ROL DE BENS JURÍDICOS CONSTITUCIONAIS EM RAZÃO DA COMPLEXIDADE

A Constituição Federal de 1988 é caracterizada por elencar uma série de direitos e garantias fundamentais, ao ponto de ser classificada como Constituição garantia.

Segundo Paulo Bonavides⁴⁹:

A Constituição de 1988, a época de sua promulgação, composta de 245 gordos artigos, escoltados de mais 70 outros, não menos volumosos, contendo disposições constitucionais transitórias. A produção constituinte foi tão caudalosa que os atos das disposições constitucionais transitórias guardam a dimensão de uma constituição.

Um dado meramente quantitativo, vez que a Constituição atual supera os números de artigos da Constituição de 1967 com seus 189 artigos, da Constituição de 1947 com 218 artigos, acompanhados por 36 artigos referentes aos atos das disposições constitucionais transitórias e da Constituição de 1937 com 187 artigos.

Uma superação também qualitativa, já que o Brasil, ao constituir-se como Estado Democrático de Direito, uma noção que transcende a vinculação formal entre

⁴⁸ ROCHA, Leonel Severo. KING, Michael. SCHWARTZ, Germano. **A verdade sobre autopoiese no direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009. p. 21.

⁴⁹ BONAVIDES, Paulo. ANDRADE. Paes de. **História Constitucional do Brasil**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1991. p. 485.

Estado e Direito, a partir de 1988 passa a incluir os valores fundantes da comunidade em seu texto.

Ao se acrescentar o termo democrático, novidade em relação às constituições anteriores, o Estado passa reconhecer a superação do vínculo formal estabelecido pelo termo que era Estado de Direito.

Uma primeira inclusão socorre quando se acrescenta o termo democrático, quando nas constituições anteriores o termo era Estado de Direito. Na lição de Miguel Reale:⁵⁰

(...) o Estado deve ter origem e finalidade de acordo com o Direito livre e originariamente pelo próprio povo, excluída por exemplo, a hipótese de uma adesão a uma Constituição outorgada por uma autoridade qualquer, civil ou militar, por mais que ela consagre os princípios democráticos.

O adjetivo democrático indica a passagem para um Estado de Direito e de Justiça Social, comprometido com a efetivação dos direitos. Outra importante inclusão feita pela Constituição de 1988 foi a dignidade da pessoa humana, que nas palavras de Miguel Reale⁵¹ representa: (“valor fonte” de todos os valores). Trata-se de um modelo constitucional dirigente, que se obriga a realização de perspectivas futuras.

Nessa esteira Ingo Wolfgang Sarlet afirma que:⁵²

[...] a constituição, a despeito de seu caráter compromissário, confere a uma unidade de sentido, de valor e de concordância prática ao sistema de direitos fundamentais, que, por sua vez, repousa na dignidade da pessoa humana, isto é, na concepção que faz da pessoa fundamento e fim da sociedade e do Estado.

Quando comparada às constituições anteriores, percebe-se que o rol de direitos fundamentais abarcados pela Constituição de 1988 ultrapassa em muito o conteúdo das cartas políticas anteriores. A constituição de 1967 tinha à disposição dos direitos e garantias individuais apenas 2 artigos, abrindo o capítulo IV. O artigo 151 com seus 35 parágrafos e o artigo 152 juntamente com seu parágrafo único, não manifestando em seu texto qualquer aspecto relacionado à proteção dos direitos difusos e coletivos.

⁵⁰ REALE, Miguel. **O Estado Democrático de Direito e o conflito de Ideologias**. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 2.

⁵¹ Op. cit. p. 3.

⁵² SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado editora, 2011. p. 91. No mesmo sentido J. C. Vieira de Andrade, Os Direitos Fundamentais, p. 101.

A Constituição de 1967 representa um notório desprestígio da democracia, já que os militares optaram por uma intervenção no poder, que serviria para a implantação de procedimentos destinados a manutenção da democracia, sem prazo para terminar:

A reflexão de Paulo Bonavides e Paes de Andrade⁵³: Queremos devolver o Brasil a democracia, diziam os militares, mas antes vamos aproveitar para introduzir algumas reformas e mudanças que possam garantir a longevidade de nossa “democracia” e a articulação do Brasil como economia mundial.

Outro aspecto relevante está relacionado ao período que a Constituição de 1967 levou para ser promulgada, pouco mais de 40 dias, tendo chegado ao congresso em 12/12/66 e promulgada em 24 de janeiro de 1967.⁵⁴

Tais aspectos demonstram que a referida carta política tornou-se uma mera formalidade, de modo que não haveria sentido um capítulo promissor relacionado à proteção dos direitos e garantias fundamentais.

Da Constituição de 1946, não se pode dizer o mesmo, afinal ela representou o retorno à democracia, encerrando a ordem jurídica de exceção que perdurou no Brasil desde o golpe de 1937.

Ao contrário da carta política de 1967, que continha uma cláusula da excludência⁵⁵, a Constituição de 1946 optou pela inclusão do acesso ao judiciário, especificamente em seu artigo 141 § 4º, que qualquer lesão ou ameaça de lesão a direito fosse analisada pelo Poder Judiciário.⁵⁶

Segundo Paulo Bonavides e Paes de Andrade:⁵⁷ tem-se nesta regra de direito constitucional a melhor das garantias com que prevenir se despenhe o Estado numa legislação ofensiva do exercício dos direitos da pessoa humana.

A Constituição de 1946, embora generosa no tocante aos direitos e garantias individuais, pecou ao tentar conciliar as características do Estado Social com a do Estado Liberal. Pode-se dizer que a constituição era ao mesmo tempo conservadora, que

⁵³ BONAVIDES, Paulo. ANDRADE, Paes de. **História Constitucional do Brasil**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1991. p. 429.

⁵⁴ Op. cit. p. 430.

⁵⁵ Op. cit. p. 432. Cláusula de excludência representa o dispositivo que eliminava o exame até mesmo do Judiciário e, portanto, de qualquer autoridade, determinados atos do “Poder Revolucionário”.

⁵⁶ Art 141 - A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, a segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes: § 4º - A lei não poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão de Direito individual.

⁵⁷ BONAVIDES, Paulo. ANDRADE, Paes de. **História Constitucional do Brasil**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1991. p. 415.

estabelecia o princípio da separação de poderes; e ao mesmo tempo progressista (teor programático) marcada por largas conquistas como salário mínimo, direito de greve, previdência social.

O fato é que a referida constituição dedicou grande atenção aos direitos e garantias individuais, dedicando 3 artigos e 38 incisos de teor progressivo e inovador, mas que sofreram com a precária situação política, econômica e social do país.

Ao traçar a mesma comparação com a Constituição de 1937, percebe-se que a diferença com a constituição atual é também significativa. Conhecida por ter sido a primeira constituição a ter dispensado o trabalho de representação popular constituinte, portanto um texto outorgado, que pode ser facilmente identificado por um poder executivo centralizado e extremamente forte e por uma tímida presença de dois dispositivos em capítulo dedicado aos direitos e garantias fundamentais.

Por essa razão foi-lhe atribuída a mesma a denominação de Constituição Polaca, em razão de seu conteúdo e ideologia semelhantes a Constituição Polonesa, de origem fascista e totalitária.

A constituição de 1988 foi sem dúvida a que obteve maior participação popular, já que sugestões chegavam ao Congresso, com milhões de assinaturas e eram submetidas a Comissão de Sistematização, com possibilidade de os subscritores exercerem a palavra em plenário.

Passa a consagrar uma proteção bem mais detalhada e de conteúdo infinitamente maior do que as constituições anteriores, incluindo em seu corpo uma série de direitos sociais, refletindo mais do que uma tendência, uma necessidade de tutela de novos interesses que passam a fazer parte da sociedade.

A respeito disso José Afonso da Silva⁵⁸, os direitos sociais representam:

“prestações positivas proporcionadas pelo Estado direta ou indiretamente, enunciadas em normas constitucionais, que possibilitam melhores condições de vida aos mais fracos, direitos que tendem a realizar a igualização de situações sociais desiguais. São, portanto, direitos que se ligam ao direito de igualdade.”

Por essa razão, o Estado passa a assumir a posição de garantidor de todos os princípios e valorações constitucionais que revelam a posição dominante da comunidade, consagrada pela Constituição, através de políticas públicas, no sentido de realização desses conteúdos constitucionais.

⁵⁸ SILVA, José Afonso da. **Direito Constitucional Positivo**. São Paulo: Malheiros Editora, 1998, p. 289.

De acordo com André Copetti:⁵⁹

[...] o Estado Democrático de Direito, em relação aos demais modelos do passado, consiste em ter incorporado ao ordenamento positivo, transformando-os em fonte de legitimação interna de natureza constitucional, os princípios de direito natural que funcionavam como fonte de legitimação externamente ao “quando” e ao “como” do exercício dos poderes públicos.

O artigo 6º da Constituição de 1988 estabelece que “são direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.”

Nas palavras de Paulo Bonavides e Paes de Andrade:⁶⁰

A ordem social, envolvendo a previdência, a saúde, a educação, o idoso, assistência em geral, a comunicação de massa é o capítulo mais importante no conjunto de matéria constitucional, por que tem profundas implicações com direitos do cidadão e muito especialmente com aqueles que dizem de perto à informação, ao acesso a notícia, à universidade, à vida digna, física e culturalmente.

Além disso, passa a considerar estruturas difusas, coletivas, que transcendem o limite da individualidade, como ordem econômica, relação consumo, patrimônio histórico e cultural e meio ambiente.

Todas essas valorações, aqui denominadas bens jurídicos, passam a ocupar lugar no texto constitucional, funcionando como novos elementos que passam a dar uma nova dimensão na seara constitucional.

Especificamente com relação a ordem econômica, pode-se afirmar que o texto constitucional de 1988 consagra as ideias de liberdade de iniciativa, condições de consumo, emprego e saúde, bem como a possibilidade de o Estado intervir quando a iniciativa estiver sendo exercida em desacordo com os anseios sociais.

Traçando uma comparação com as cartas anteriores, é possível dizer que a Constituição de 1937 tinha a sua disposição o artigo 135,⁶¹ revelando o

⁵⁹ COPETTI, André Leonardo. **Direito Penal e Estado Democrático de Direito**. Livraria do Advogado, Porto Alegre, 2000, p. 56-57.

⁶⁰ BONAVIDES, Paulo. ANDRADE, Paes de. **História Constitucional do Brasil**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1991. p. 478.

⁶¹ Artigo 135 da Constituição de 1937: Na iniciativa individual, no poder de criação, de organização e de intervenção do indivíduo, exercido nos limites do bem público, funda-se a riqueza e a prosperidade nacional. A intervenção do Estado no domínio econômico só se legitima para suprir as deficiências da iniciativa individual e coordenar os fatores da produção, de maneira a evitar ou resolver os seus conflitos e introduzir no jogo das competições individuais o pensamento dos interesses da nação, representados

intervencionismo do poder público. Para Luis Regis Prado⁶²: (...) dispôs o artigo 135 sobre a intervenção do Estado no domínio econômico, estabelecendo como e quando a ela deveria ocorrer.

Já para a Constituição de 1946, a ordem econômica foi inserida no artigo 148,⁶³ numa perspectiva de punir as condutas abusivas, destinadas a ampliação dos lucros, mediante abuso do poder econômico. Para demonstrar essa perspectiva foi editada a Lei 4.137/62, cujo objetivo era regular a repressão ao abuso do poder econômico e criado o CADE, cuja atribuição permitia a investigação e repressão do abuso do poder econômico.

Na Constituição de 1967, o artigo 157,⁶⁴ revela a preocupação com justiça social, estabelecendo uma tutela constitucional para concorrência e vedando lucros excessivos e domínio dos mercados.

Uma ampliação significativa é percebida pela Constituição de 1988, consagrando as ideias de liberdade de iniciativa, condições de consumo, de emprego e de saúde, bem como a possibilidade de intervenção do Estado em favor dos interesses sociais.

De acordo com Luiz Regis Prado:⁶⁵ a ordem econômica e financeira vem disciplinada de forma minudente no texto constitucional (arts. 170 a 181, CF), formando parte denominada Constituição Econômica (...)

Entretanto, as inovações não são restritas a esse aspecto; a Constituição Federal de 1988 é extremamente rica em novas valorações e bens jurídicos. Nesse viés, as relações de consumo passam a ser tuteladas juridicamente pela referida carta, que se torna um marco histórico para defesa do consumidor ao proclamar que o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor, *ex vi* do artigo 5º, XXXII.

pelo Estado. A intervenção no domínio econômico poderá ser mediata e imediata, revestindo a forma do controle, do estímulo ou da gestão direta.

⁶² PRADO, Luiz Regis. **Direito Penal Econômico**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004. p. 29.

⁶³ Artigo 148 da Constituição de 1946: A lei reprimirá toda e qualquer forma de abuso do poder econômico, inclusive as uniões ou agrupamentos de empresas individuais e sociais, seja qual for a natureza, que tenham por fim dominar os mercados nacionais, eliminar a concorrência e aumentar arbitrariamente os lucros.

⁶⁴ Art 157 da Constituição de 1967: A ordem econômica tem por fim realizar a justiça social, com base nos seguintes princípios:

I - liberdade de iniciativa;

II - valorização do trabalho como condição da dignidade humana;

III - função social da propriedade;

IV - harmonia e solidariedade entre os fatores de produção;

V - desenvolvimento econômico;

VI - repressão ao abuso do poder econômico, caracterizado pelo domínio dos mercados, a eliminação da concorrência e o aumento arbitrário dos lucros.

⁶⁵ PRADO, Luiz Regis. **Direito Penal Econômico**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004. p. 31.

No mesmo sentido, destaca-se ao proclamar a tutela do patrinônio cultural, em suas mais variadas manifestações: direitos autorais, como patrinônio brasileiro, como preservação da cultura dos índios, compreendendo sua organização, língua, crenças e tradições.

Por essa razão José Afonso da Silva⁶⁶ define a cultura como: direito a cultura é um direito constitucional fundamental, que exige ação positiva do Estado, cuja realização efetiva postula uma política cultural oficial.

O patrinônio cultural foi protegido pelo art. 216 da Constituição Federal e constituído pelos bens naturais, materiais ou imateriais, individualmente ou em conjunto, portadores de referência à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira.

Não menos importante é a proteção constitucional do meio ambiente, revelando a preocupação da Constituição de 1988 em declarar esse direito constitucional como pertencente à presente e às futuras gerações, determinando que pessoas físicas e jurídicas que vierem a atentar contra esse bem, sejam punidas.

A inserção da problemática ambiental como parte integrante da Constituição Federal, sua atribuição de função social e ambiental à propriedade; a imperatividade da prevenção de danos e agressões ao meio ambiente, conjugada à responsabilização ampla do degradador, nas esferas civil, penal e administrativa; e o ideal de cooperação internacional na matéria, constituem as ideias basilares e o próprio desiderato do sistema-jurídico ambiental em vigor.

A Constituição de 1988 traz em si algumas características marcantes: primeiro o rompimento com o passado, o que nas palavras de Flávia Piovesan⁶⁷:

Enfatize-se que a Constituição brasileira de 1988, como marco jurídico da institucionalização dos direitos humanos e da transição democrática no país, ineditamente consagre o primado do respeito aos direitos humanos, como paradigma propugnado para a ordem internacional.

O momento social atual indica que as novas valorações constitucionais revelam a existência de inúmeros elementos que passa a ocupar lugar no texto constitucional, ocupando uma posição privilegiada ordenamento juridico pátrio, mais do que isso, tornando ainda mais complexa à realidade experimentada pelo Direito.

⁶⁶ SILVA, José Afonso da. **Ordenação Constitucional da Cultura**. São Paulo: Malheiros editores, 2001. p. 48.

⁶⁷ PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e Globalização**, in temas de direitos humanos. São Paulo: Max Limond, 1998. p. 205.

Numa simples projeção é possível dizer que toda essa complexidade é transmitida aos ramos do direito infraconstitucional, passando a figurar no campo normativo penal.

2.4 PROJEÇÃO DO AUMENTO DA COMPLEXIDADE CONSTITUCIONAL NO CAMPO NORMATIVO PENAL

No campo penal, a complexidade gerou a aparição de uma nova modalidade de resposta, centrada num paradigma dogmático cujo objetivo é a prevenção da criminalidade, com a qual pretende controlar e combater todas as práticas ilícitas, nocivas aos bens e interesses consagrados pela Constituição.

O Direito Penal passa a ser considerado a principal e mais eficiente forma para se tutelar os bens jurídicos mais relevantes, conseqüentemente torna-se uma possível solução para o controle das condutas consideradas ilícitas, em especial aquelas que sejam nocivas às novas tendências constitucionais (direitos difusos).

Não se trata de abolir a punição de comportamentos que lesionem individualmente o cidadão, tampouco de eliminar a liberdade deles, porém vislumbra-se uma proteção adicional, de caráter coletivo, seguindo a nova orientação constitucional. Hassemer adverte que:

É certo que o Direito Penal tradicional continuará sempre tendo com que se ocupar, como roubo, corrupção, estupro. Aquí nao vejo ensejo para se falar em modernização. Neste campo nuclear do Direito Penal, é preciso continuar procedendo com seriedade, exatidão e prudência, caso contrário os direitos fundamentais dos protagonistas do conflito não serão devidamente salvaguardados.⁶⁸

O Direito Penal passa a se moldar para atender as novas complexidades, os novos bens jurídicos, as novas valorações e necessidades de uma sociedade em constante mutação.

Uma ruptura com os critérios penais tradicionais, que agora se justifica em razão da grande mudança das relações sociais e dos riscos delas decorrentes, numa perspectiva de atualização e renovação. Por essa razão Wassemer afirma que: “o Direito Penal necessita manter seus laços com as mudanças sociais”.⁶⁹

⁶⁸ Op. cit. p. 59.

⁶⁹ HASSEMER, Winfried. **Três temas de Direito penal**. Fundação Escola Superior do Ministério Público. Porto Alegre: 1993. p. 58.

A efetivação da tutela dos bens jurídicos indicados pela Constituição projeta para o Direito Penal uma demanda infinitamente maior. Neste contexto, o Direito Penal e as instituições do sistema punitivo são eleitos como instrumentos privilegiados para responder eficazmente aos anseios de segurança.

Câncio Meliá⁷⁰, quanto ao fato, observa que:

[...] la actividad legislativa en materia penal, desarrollada a lo largo de las últimas décadas en los países de nuestro entorno, ha puesto, alrededor del elenco nuclear de normas penales, un conjunto de tipos penales que, vistos desde la perspectiva de los bienes jurídicos clásicos constituyen hipótesis de criminalización del estado previo a lesiones a bienes jurídicos cuyos marcos penales, además, establecen sanciones desproporcionadamente altas.

O Direito Penal passa a tutelar novos bens jurídicos, uma vinculação que possui diferentes aspectos. A ciência do Direito Penal limita a matéria que pode ser objeto de tutela, estabelecendo quais as condutas podem ser objeto de responsabilidade por meio da ciência penal. Tal posição deriva de uma noção de Direito Penal mínimo, restrito a esse âmbito de atuação.

Contrariamente, a ampliação dos bens jurídicos constitucionais indica uma forte possibilidade do Direito Penal de ampliar a essas novas valorações, sejam decorrentes de uma maior complexidade social, sejam elas novos interesses merecedores de tutela. Em síntese, o Direito Penal pode ser tanto maior, quanto maior fossem as valorações e as complexidades sociais.

Uma outra forma de ampliação contempla a criação de novos critérios de reafirmação da vigência da norma⁷¹ e de seu caráter intimidatório, decorrentes de penas mais graves; de outro desenvolvimento de uma política criminal que diminua as possibilidades para delinquir criando medidas de segurança de todo tipo, incorporando meios técnicos, vinculando a comunidade a executar uma parcela de controle social.

Esta tem sido a opção de muitos Estados para responder à crescente complexidade: o recrudescimento penal que os direciona para a uma política de expansão, um momento inédito, onde cada vez mais as condutas são submetidas a essa modalidade de controle. Neste sentido são as palavras de Câncio Meliá, para quem:

⁷⁰ MELIÁ, Manuel Cancio. Derecho Penal del Inimigo. El discurso penal de La exclusión. Editorial IB d F. Buenos Aires-Montevideo. p. 344.

⁷¹ JAKOBS, Gunther. **Sociedade, norma y persona en una teoría de um derecho penal funcional**, traducción de Manuel Cancio Meliá y Bernardo Feijó Sánchez. Madrid: Editorial Civitas, 1996. p. 11. (“Prólogo”)

As características principais da política criminal praticada nos últimos anos podem resumir-se no conceito de expansão do Direito Penal. Efetivamente, no momento atual pode ser adequado que o fenômeno mais destacado na evolução atual das legislações penais do mundo ocidental está no surgimento de múltiplas figuras novas, inclusive, às vezes de setores inteiros de regulação, acompanhada de uma atividade de reforma de tipos penais já existentes, realizada a um ritmo muito superior ao de épocas anteriores.⁷²

Sem dúvida, as teses expansionistas apontam para um Estado mais vigilante e para uma menor liberdade dos cidadãos, para uma maior intervenção e maior punitivismo. Na ótica de Sanchez:

A sociedade do risco ou 'da insegurança' conduz, pois, inexoravelmente, ao 'Estado vigilante' ou 'Estado prevenção'. E os processos de privatização e de liberalização da economia, em que nos encontramos imersos, acentuam essa . tendência. Nesse contexto policial-preventivo, a barreira de intervenção do Estado nas esferas jurídicas dos cidadãos se adianta de modo substancial.⁷³

A noção clara acerca do embate existente entre o Direito Penal mínimo e o Direito Penal máximo, de suas características e de suas consequências, demonstra que a opção escolhida é determinante para a estruturação do Direito Penal.

O Direito Penal mínimo segundo Ripollez:⁷⁴

En efecto, conocido com diferentes denominaciones a lo largo del pasado siglo XX, este ,modelo de caracteriza en todo momento por desarrollar una estructura de intervención penal autolimitada, hasta el punto de que há llamado a si mismo “derecho penal mínimo”, girando em torno de unos pocos principios[...]

Um sistema político onde fica clara a proteção do cidadão contra arbítrios estatais, que pode atuar em conformidade dentro de certos limites, ou na lição de Navarrete e Jakobs⁷⁵:

Competencia por organización, em ejercicio de su reconocida libertad. En este sistema, el ciudadano es tratado como mayor de edad, o sea, como um sujeto autoresponsable a quien se reconoce una amplia libertad de movimientos y de creación de riegos propios, que serán licitos siempre que no lesionem bienes o valores ajenos.

⁷² JAKOBS, Gunther. MELIÁ, Manuel Cândio. **Direitopenal do Inimigo**. Noções e Críticas. Organização e Tradução André Luiz Calegari e Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 75 e 76.

⁷³ SANCHEZ, Jesus Maria Silva. **A expansão do Direito Penal**. Tradução Luiz Otavio de Oliveira Rocha. Revisão Luiz Flavio Gomes. São Paulo: RT, 2002, p. 127.

⁷⁴ RIPOLLÉS, José Luis Diés. Op cit. p. 62.

⁷⁵ JAKOBS, Gunther e Navarrete, Miguel Polaino. **El derecho Penal ante las sociedades modernas**. México: Flores editor e distribuidor, 2006, p. 69.

Um modelo que confia no cidadão, que parte da responsabilidade da cada um, onde o indivíduo pode atuar com tranquilidade frente a essa intervenção mínima, e que somente surtirá efeitos quando forem lesivas a bens jurídicos.

Segundo a lição de Luigi Ferrajoli⁷⁶: “Direito Penal mínimo, quer dizer, condicionado e limitado em relação ao Direito Penal máximo, corresponde não apenas ao grau máximo de tutela de liberdades dos cidadãos frente ao arbítrio punitivo, mas também a um ideal de racionalidade e de certeza”, logo para que possa conquistar resultados positivos, é preciso uma postura de intervenção limitada, rechaçando uma postura de concentração do poder punitivo nas mãos do Estado.

O modelo clássico de intervenção penal encontra sérias limitações no enfrentamento da complexidade social da atualidade. Já para o segundo, o Direito Penal máximo, intervencionista, a tarefa consiste numa regulação exaustiva de atividades prejudiciais ou perigosas, tornando o âmbito de atuação do indivíduo demasiadamente reduzido, já que a complexidade e os riscos sociais são demasiadamente agressivos.

Diante desse potencial lesivo, torna-se imprescindível que o Direito Penal ofereça respostas para os novos problemas sociais, num movimento de expansão penal onde a teoria de bens jurídicos está longe de ser considerada um ponto pacífico.

Para os funcionalistas impróprios, o princípio da proteção dos bens jurídicos pode ser utilizado para sustentar uma ampliação da tutela penal, desde que seu conceito seja ampliado. A respeito disto Roxin:⁷⁷ Um conceito de bem jurídico semelhante não pode ser limitado, de nenhum modo, a bens jurídicos individuais; ele abrange também bens jurídicos da generalidade.

Para os funcionalistas próprios, a teoria dos bens jurídicos não é relevante, já que a função do Direito Penal é a manutenção da vigência da norma. Mesmo não havendo consenso doutrinário, é inegável o caráter de vinculação estabelecido entre o Direito Penal e o texto constitucional, de modo que haja uma correspondência entre a tutela dos bens jurídicos constitucionais e das novas valorações.

De acordo com Juarez Tavares:⁷⁸

⁷⁶FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão, Teoria do Garantismo Penal**. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais. 2010, p. 102.

⁷⁷ ROXIN, Claus. **A proteção dos bens jurídicos como função do Direito Penal**. Tradução André Luis Callegari e Nereu José Giacomolli. Livraria do Advogado, Porto Alegre, 2009. p.19.

⁷⁸TAVARES, Juarez E. X. **Bien jurídico y función en derecho penal**. Buenos Aires: Hammurabi, 2004, p. 15.

[...] podemos trazar cuatro corrientes conceptuales: una positivista, una neokantiana, una ontológica y una funcionalista, las cuales, apesar de caracterzarse por una determina orientación, están muchas veces impregnadas de parámetros y argumentos que no corresponden, en el fondo, a su programa inicial.

Em que pese as diferentes orientações, a teoria dos bens jurídicos reflete a opção do Estado e conseqüentemente atribui ao Direito Penal a regulação das condutas consideradas nocivas, em total consonância com as regras dos direitos fundamentais.

Na mesma proporção, toda a complexidade que está presente nos bens jurídicos constitucionais é transferida ao Direito Penal, cuja função passa a ser a proteção de todos os direitos escolhidos pela sociedade e consagrados pelo texto constitucional.

Seja pelo critério de proteção dos bens jurídicos, seja pela manutenção da vigência da norma, a complexidade constitucional se irradia ao Direito Penal, demonstrando a realidade e a necessidade de ofertar respostas às novas e complexas demandas sociais.

Uma complexidade que comprovadamente se irradia a todo o ordenamento jurídico, em especial ao Direito Penal que transforme essa projeção em novos bens jurídicos tutelados da forma mais intensa. Para exemplificar essas inovações, a Lei 9.605/98, chamada de lei de crimes ambientais, representa a perfeita correlação entre o meio ambiente consagrado pela Constituição e a referida tutela penal desse importante bem jurídico.

Na mesma esteira, a Lei 8.078/90, passando a regulamentar aspectos vinculados à proteção da relação de consumo, responsabilidade do fornecedor e periculosidade dos produtos e a Lei 8.137/90, que passa a tutelar o erário. Para Luiz Regis Prado⁷⁹: tutela-se o erário (patrimônio da Fazenda Pública) não no sentido patrimonialista (ou individualista), mas sim como bem jurídico supra-individual, de cunho institucional.

Todos esses aspectos comprovam que a Constituição Federal foi sem dúvida mais de que uma fonte de inspiração ao legislador, tornando-se uma fonte de complexidade que contaminou o Direito Penal com seus novos elementos e suas respectivas relações.

⁷⁹ PRADO, Luiz Regis. **Direito Penal Econômico**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004. p. 436.

A questão passa a exigir do Direito Penal uma postura diferenciada, que para muitos pode ser definida como expansão penal.

3 COMPLEXIDADE E EXPANSÃO PENAL

Quando se propõe alguma inovação, é comum a resistência no sentido de manter-se fiel ao paradigma a ser superado. No Direito Penal, o primeiro e sem dúvida o mais complexo dos desafios é o de superar o paradigma onde a função penal está umbilicalmente ligada à tutela de direitos individuais.

Numa postura tradicional, o Direito Penal, defendido pelos teóricos críticos, não admite a sua utilização como um instrumento de tutela perante os novos riscos, negando uma funcionalidade extremada e qualquer possibilidade de menoscabo dos direitos individuais, das liberdades e das garantias processuais e materiais deixados como legado pelo iluminismo.

Recusam, portanto, a construção do "Direito Penal de risco", admitindo que as condutas consideradas nocivas ou arriscadas devam ser tuteladas por outros ramos jurídicos, mantendo o Direito Penal como *ultima ratio*.

Jorge de Figueiredo Dias defende que:

Uma vez que o direito penal utiliza, com o arsenal de suas sanções específicas, os meios mais onerosos para os direitos e as liberdades das pessoas, ela só pode intervir nos casos em que todos os outros meios de política social, em particular de política jurídica, se revelem insuficientes e inadequados.⁸⁰

É uma proposta que observa as exigências dos princípios da subsidiariedade e fragmentariedade da intervenção penal, fundamentais para o seu controle e limitação. Por outro lado, o protagonismo penal, defendendo uma maior intensidade, tende a tornar mais satisfatória e eficiente a tutela dos bens jurídicos e dos interesses originados a partir da sociedade globalizada.

Num Estado que toma sobre si as tarefas crescentes e cada vez mais complexas de regulação social, as medidas penais, dotadas de particular efetividade, acabam tornando-se cada vez mais alargadas, marcando uma nova tendência normativa de funcionalidade do Direito Penal.

⁸⁰ DIAS, Jorge de Figueiredo. **Questões Fundamentais de Direito Penal Revisitadas**. Editora Revista dos Tribunais, 1999, p. 78.

Esta proposta seduz o legislador, por acreditar que o aparato penal, em especial as sanções criminais devam ser usados para servir os mais diversos fins de política social.⁸¹

Uma nova postura, totalmente diversa da anterior, caracterizada pela: ampliação de tipos penais, pela modificação do critério de produção legislativa penal, que passaria do legislativo ao executivo atribuindo-lhes, por meio das normas penais em branco, a tutela penal antecipada ou a punibilidade antecipada que rechaçam o critério de culpabilidade e partem para o critério de periculosidade, crimes de perigo abstrato e o enfraquecimento da atuação de princípios clássicos do Direito Penal.

Neste aspecto, importantes são as palavras de Cândio Meliá, para quem:

As características principais da política criminal praticada nos últimos anos podem resumir-se no conceito de expansão do direito penal. Efetivamente, no momento atual pode ser adequado que o fenômeno mais destacado na evolução atual das legislações penais do mundo ocidental está no surgimento de múltiplas figuras novas, inclusive, às vezes, de setores inteiros de regulação, acompanhada de uma atividade de reforma de tipos penais já existentes, realizada a um ritmo muito superior ao de épocas anteriores.⁸²

Essa nova postura, de inflação legislativa, defendida pelos expansionistas, encontra diferentes posicionamentos, uns mais radicais, a exemplo da defendida pela Escola de Gunther Jakobs. Para o referido autor:

[...] o direito penal obtém sua legitimação material de sua necessidade para garantir a vigência das expectativas normativas essenciais (aquelas de que depende a própria configuração ou identidade as sociedade) diante das condutas que expressam uma regra de comportamento incompatível com a norma correspondente e colocam nesta, portanto, uma questão como modelo geral de orientação no contrato social.⁸³

Numa postura mais atenuada encontra-se a sugestão espanhola, no sentido de estabelecer diferentes níveis de atuação, como pretendeu Jesus Maria Silva Sanchez.

Para o autor espanhol a proposta consiste numa política criminal e numa dogmática jurídico-penal dualista formadas por um Direito Penal fracionado em velocidades, nos seguintes termos:

⁸¹ Op. Cit. p. 170.

⁸² JAKOBS, Gunther. MELIÁ, Manuel Cândio. **Direitopenal do Inimigo**. Noções e Críticas. Organização e Tradução André Luiz Calegari e Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 75 e 76.

⁸³ JAKOBS, Gunther. **Um novo sistema do Direito penal considerações sobre a teoria de Gunther Jakobs**. Organização e Tradução de André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli Barueri: Ed. Manole, 2003. p.01.

[...] a teoria clássica do delito e as instituições processuais, que por sua vez refletem a correspondente vocação intervencionista e regulamentadora baseada, por exemplo, nas penas pecuniárias e privativas de direitos, assim como para um eventual direito penal de reparação. Tudo isso pode ser encarado a partir de uma configuração dualista de direito penal, com regras de imputação e princípios de garantia de dois níveis.⁸⁴

Entretanto, a ampliação do Direito Penal está longe de ser um ponto pacífico na doutrina, mesmo porque algumas de suas vertentes atingem níveis alarmantes e ampliação, ao ponto de tratarem de determinados assuntos com regras de exceção.

Tais regras representam uma preocupação com a vigência normativa e sob esta bandeira defendem a instituição de um Direito Penal máximo, com duras e longas penas, com tipos penais de perigo abstrato e onde a periculosidade, a antecipação de punibilidade e a fase dos atos preparatórios seriam, dentre outras respostas aos novos problemas sociais.

Em sentido contrário, Figueiredo Dias recusa qualquer ampliação do direito penal ou extensão da criminalização, em suas palavras: “afirma ser a função do Direito Penal a tutela subsidiária (ou de *ultima ratio*) de bens jurídicos dotados de dignidade penal”.⁸⁵

Para se entender melhor a política criminal de expansão do Direito Penal é imprescindível a abordagem de uma das mais expressivas propostas, que divide em velocidades distintas de ingerência penal.

Na proposta de expansão gradativa, o autor espanhol a divide em três níveis, cada um com características diferenciadas em relação aos demais, mas todos compondo um novo modelo de resposta penal.

3.1 O DIREITO PENAL DE PRIMEIRA VELOCIDADE

Neste, há um núcleo de Direito Penal em que valeriam, sem quaisquer modificações, os princípios de Direito Penal clássico, isto é, uma proteção dirigida à proteção de bens jurídicos individuais, com individualização da responsabilidade penal, da culpa e da pena privativa de liberdade, que seriam aplicáveis exclusivamente a esses casos.

⁸⁴ Op. cit. p. 142.

⁸⁵ DIAS, Jorge de Figueiredo. **Questões Fundamentais de Direito Penal Revisitadas**. Editora Revista dos Tribunais, 1999, p. 72.

A doutrina apresentada por Silva Sánchez consiste:

Uma primeira velocidade, representada pelo Direito Penal "da prisão", na qual haver-se-iam de manter rigidamente os princípios político-criminais clássicos, as regras de imputação e os princípios processuais; e uma segunda velocidade, para os casos em que, por não tratar já de prisão, senão de penas de privação de direitos ou pecuniárias, aqueles princípios e regras poderiam experimentar uma flexibilização proporcional a menor intensidade da sanção.⁸⁶

É preciso que se tenha em mente que o Direito Penal defendido por alguns nunca existiu como tal e que a rigidez das garantias funcionava apenas como um contrapeso do rigor das sanções penais.

Uma ideia muito presente no Direito Penal ficou conhecida como Direito Penal de classes, vinculado a ideia do ladrão que viola o patrimônio, e não em oferecer uma efetiva resposta para o anseio da sociedade, incluindo a possibilidade de intervenção, de regulação assim como de eventual reparação.

Por tal motivo, na primeira velocidade, percebe-se a permanência da vinculação com a pena privativa de liberdade, sendo que esta figura típica do Direito Penal, no momento atual, em que pese sua substituição pela modalidade de pena restritiva de direito, pela existência de figuras de suspensão e de substituição.

No Direito Penal de primeira velocidade o Estado ainda permaneceria com uma visão de autoresponsabilidade sobre o cidadão, reconhecendo sua liberdade dentro de certos limites, um modelo de Direito Penal mínimo.

Nas palavras de Jakobs e Navarrete, pensadores que não comungam do desse pensamento, o direito de primeira velocidade seria aquele onde o estado respeitasse o direito de liberdade dos cidadãos, nas palavras dos autores:

En el estado liberal o de autorresponsabilidad del ciudadano, por el contrario, se intenta proteger a los ciudadanos reconociéndoles la libertad de crear un ambito de actividades de riesgos propios, dentro de ciertos límites, los límites del riesgo permitido: cada ciudadano es responsable de su ámbito de organización.⁸⁷

Na primeira velocidade às estruturas permanecem vinculadas às garantias fundamentais materiais e formais, portanto, a noção do devido processo legal, da ampla defesa, do contraditório, da possibilidade de entrevista com advogado.

⁸⁶ DIAS, Jorge de Figueiredo. **Questões Fundamentais de Direito Penal Revisitadas**. Editora Revista dos Tribunais, 1999, p. 148.

⁸⁷ Op. cit. p. 69.

Numa visão de Estado Constitucional, sugerida por Jorge Miranda,⁸⁸ a proposta seria a de limitação do poder político, obtida por uma divisão interna bem como pela sua redução das funções estatais em face de sociedade.

Numa visão constitucional, o direito de primeira velocidade não seria responsável pela criação de uma tensão entre direito de liberdade e atuação estatal, já que, em seu histórico, o Estado figurava como principal vilão, carrasco da liberdade.

Conforme a visão de Paulo Bonavides, “Na doutrina do liberalismo, o Estado sempre foi o fantasma que atemorizou o indivíduo. O poder que não pode prescindir do ordenamento estatal, aparece, de início, na moderna teoria constitucional como maior inimigo da liberdade”.⁸⁹

Todo esse contexto reflete um Direito Penal mínimo, onde o poder punitivo do estado em sede penal estaria limitado à proteção dos bens jurídicos. Essa é a razão para que se exija do Estado uma omissão para com seus cidadãos, em favor de suas liberdades individuais.

O Direito Penal de primeira velocidade preserva a *ultima ratio*, característica que representa a manutenção do Direito Penal cujo conteúdo preserva um núcleo imutável. Uma barreira de proteção do cidadão em face do Estado, protegendo as garantias fundamentais e a manutenção da pena privativa de liberdade como consequência jurídica do delito, que continuaria a ser aplicada com base da individualidade e da culpabilidade, portanto um Direito Penal de fato e não de autor.

O chamado *Burgerstrafrecht*, ou Direito Penal do cidadão, estrutura-se a partir de um código de princípios de Direito Penal e processual penal que agora encontram dignidade constitucional formal na maioria das leis fundamentais (princípio da legalidade, princípio da não retroatividade das leis penais, princípio do *non bis in idem*, princípio da inocência do arguido, princípios das garantias de defesa do réu, princípio do acusatório, princípio da reserva do juiz etc...)⁹⁰

Porém se limitasse a abordagem à primeira velocidade, nada de novo seria apresentado. Assim, as primeiras novidades começam a aparecer com o Direito Penal dito de segunda velocidade, sem dúvida menos intensa e menos garantista.⁹¹

⁸⁸ MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**: O Estado e os sistemas constitucionais. 6. Ed. Coimbra Editora, 1997, p. 86.

⁸⁹ BONAVIDES, Paulo. **Do Estado Liberal ao Estado social**. 7ª. Ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 40.

⁹⁰ CANOTILHO, Joaquim José Gomes. Justiça Constitucional o Justiça Penal. Revista de Ciências Criminais 58. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, p. 332.

⁹¹ A expressão garantista foi empregada no sentido liberal da palavra, indicando uma proteção penal racional, sem o prejuízo de direitos humanos.

3.2 O DIREITO PENAL DE SEGUNDA VELOCIDADE

Assim, como no direito de primeira velocidade, o direito de segunda velocidade tem características peculiares. Nessa concepção, a estrutura está vinculada a penas restritivas de direitos bem como a diminuição das garantias do cidadão.

A ideia que se concentra numa relação entre a gravidade da sanção e as garantias de determinado sistema, que de acordo com suas características podem ser flexibilizadas para o atendimento de certas peculiaridades.

De acordo com Silva Sanchez:

[...] nem em todo o sistema jurídico deve haver as mesmas garantias, nem todo o sistema de direito sancionatório tem que haver as mesmas garantias, nem sequer em todo o sistema sancionatório penal há que exigirem-se as mesmas garantias, pois as consequências jurídicas são substancialmente diversas (também no seio do próprio sistema do direito penal em sentido estrito).⁹²

Tal perspectiva, sem dúvida, desperta para o reconhecimento de que a pena privativa de liberdade encontra-se em total descrédito, reforçando a posição daqueles que postulam pela sua diminuição e porque não dizer, pela sua abolição.

Por outro lado concede às penas privativas de liberdade uma posição privilegiada, a exemplo do que ocorre com as sanções pecuniárias, privativas de direitos, ou – mais ainda – da reparação penal, todas substituindo as penas privativas de liberdade.

O ponto chave para a segunda velocidade do Direito Penal estaria na possibilidade da graduação da vigência das regras de imputação e dos princípios de garantia do próprio Direito Penal, em razão do modelo sancionatório escolhido. Numa aproximação ao que foi denominado direito de intervenção⁹³; tal proposta consistiria, segundo Hassemer,⁹⁴ em um campo do direito que não aplicaria pesadas sanções do Direito Penal, mas ao mesmo tempo, poderia ter garantias menores.

⁹² Op. cit. p. 137-138.

⁹³ Winfried Hassemer. **Três Temas de Direito Penal**. Porto Alegre, AMP/Escola Superior do Ministério Público, 1993. p. 95, que define Direito de intervenção como um novo campo do Direito que não aplique as sanções pesadas do Direito penal, sobretudo as sanções privativas de liberdade e que, ao mesmo tempo, possa ter garantias menores.

⁹⁴ HASSEMER, Winfried. **Três Temas de Direito Penal**. Porto Alegre, AMP/Escola Superior do Ministério Público, 1993. p. 73-75.

A vantagem aqui seria a persecução de infrações tendo à disposição todo o aparato estatal público comum ao Direito Penal, além de uma maior neutralidade política do Direito Penal, se comparado ao administrativo, uma maior imparcialidade encontrada na própria jurisdição. Indispensável, portanto, que a intervenção penal se faça de forma legítima.

Por outro lado estar-se-ia recorrendo ao meio mais oneroso de controle social para, ao final, obter-se uma resposta encontrada em outros ramos do direito, como direito administrativo civil ou ainda em redes de conciliação ou mediação. O fato é que o Direito Penal de segunda velocidade possui sem dúvida importantes aspectos, se por um lado, rechaça a pena privativa de liberdade como meio de responder a uma conduta prejudicial a bens jurídicos constitucionais, por outro, busca uma forma de, moderadamente, demonstrar que as garantias formais e processuais embora importantíssimas, não são absolutas.

Na ótica de Figueiredo Dias:

[...] que o conceito material de crime é constituído pela noção de bem jurídico dotado de dignidade penal; mas que essa noção tem de crescer ainda qualquer outro critério que torne a criminalização legítima, o que foi definido por Dias como necessidade de tutela penal.⁹⁵

Parte de uma premissa em que as novas demandas sociais são cada vez mais numerosas e complexas, decorrentes das novas tecnologias, dos novos riscos e da crescente sensação de insegurança.

Tendo como parâmetro um modelo social do risco, há de se conceber a expansão penal como um modelo inevitável, o que em momento algum foi negado no presente trabalho. Se o modelo social contemporâneo se caracteriza por complexidades, inegável que esta se comunique com todos os subsistemas de Direito, e por óbvio, atinja o Direito Penal ampliando assim seu raio de atuação.

Exemplo dessa necessidade pode ser visto na demanda de novos instrumentos eficientes contra as pessoas jurídicas, visto que o prejuízo decorrente das ações cometidas por suas atividades é, em muitos casos, extremamente nocivo aos interesses da coletividade, não se admitindo portanto uma tutela insuficiente, que chegue somente após a ocorrência do prejuízo.

⁹⁵ DIAS, Jorge de Figueiredo. **Questões Fundamentais de Direito Penal Revisitadas**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999, p. 78.

Com a nova ordem mundial, não há mais espaços geográficos fechados, a transnacionalização dos mercados, a política expansionista ditada pelos grandes conglomerados econômicos, enfim a globalização marca uma total desvinculação com o sistema de controle estatal.⁹⁶

Se os fenômenos que caracterizam a globalização não podem ser evitados, se não é possível voltar ao passado e os novos problemas devem ser respondidos.

Esse campo precisa de uma resposta para mostrar uma reação ao perigo, ao risco, precisa ser sensível as mudanças, aos desenvolvimentos evitando-se que se tornem grandes problemas.

Por essas razões se justifica a ampliação da velocidade penal a um nível que não há privação de liberdade, porém, as garantias dos cidadãos são também possíveis de menoscabo, mesmo porque não haveria evolução racional ao se propor uma tese prejudicial aos direitos fundamentais. Essa sem dúvida é grande problemática a ser enfrentada por aqueles que propõem a expansão.

Entretanto, como afirma o próprio Silva Sanchez “Mas, sobretudo, exigir que ali onde se impõe penas de prisão, e especialmente penas de larga duração, se mantenha todo o rigor dos pressupostos clássicos de imputação de responsabilidade”.⁹⁷

Segundo Alexandre Rocha de Almeida Moraes, a segunda velocidade contempla a flexibilização proporcional de algumas garantias penais e processuais, conjugada com a pena não privativa de liberdade.⁹⁸

O Direito Penal de segunda velocidade é um modelo que incorpora duas tendências que aparentemente podem ser consideradas antagônicas, a saber, a redução proporcional de determinadas garantias penais e processuais aliada à adoção das medidas alternativas à prisão (penas restritivas de direito, pecuniárias etc.)

Uma tendência que parece ter, há muito, ganhado espaço no Brasil, uma vez que foi introduzida com a Reforma Penal de 1984 e ganhando novo impulso com a edição da Lei dos Juizados Especiais (Lei n. 9.099, de 1995).

Sem dúvida o questionamento que surge é no sentido de estabelecer o porque da utilização penal diante de uma vasta possibilidade de respostas encontradas em outros ramos.

⁹⁶ DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito Penal Secundário**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, p. 188.

⁹⁷ SANCHEZ, Jesus Maria Silva. **A expansão do Direito penal**. Tradução Luiz Otavio de Oliveira Rocha. Revisão Luiz Flavio Gomes. São Paulo: RT, 2002, p. 143.

⁹⁸ ROCHA, Alexandre Rocha de Almeida. **Direito Penal do Inimigo**, a terceira velocidade do Direito penal. Curitiba: Editora Juruá, 2009, p. 230.

Nas palavras de Manoel Cândia Meliá e Gunther Jakobs:

A segunda velocidade seria constituída por aquelas infrações em que, ao impor-se só penas pecuniárias ou restritivas de direitos – tratando-se de figuras delitivas de cunho novo -, caberia flexibilizar de modo proporcional esses princípios e regras.⁹⁹

Sem embargos a relação de dúvida que se estabelece, ao tentar se indetificar qual meio seria mais eficaz e menos excessivo para a sociedade, mantendo uma melhor relação custo-benefício, entre eficiência do controle social e prejuízo a direitos fundamentais, é que o modelo proposto por Silva Sanchez alcançou bons resultados.

O modelo aqui preconizado, ao contrário de outros, logrou êxito em romper com a impermeabilidade do sistema penal clássico, na medida que este, praticamente impenetrável, foi inegavelmente contaminado por esse direito de segunda velocidade que verdadeiramente, se infiltrou sem qualquer questionamento acerca de sua legitimidade.¹⁰⁰

Deste modo, ainda que numa política criminal de expansão, aplicada com racionalidade, a questão atinente a possibilidade de direitos e garantias fundamentais possa ser flexibilizada, ou pior, seja totalmente aniquilada, ainda que para um determinado sistema de política criminal, parece não ser algo que se possa defender sem uma análise metódica e bem fundamentada.

Por essa razão, o Direito Penal de segunda velocidade poderia sim servir de inspiração para que outros ramos do direito, responsáveis pelo controle social fossem fortalecidos passando a tutelar satisfatoriamente os novos e complexos problemas sociais.

A título de exemplo pode-se citar o caso da TACS, onde o indivíduo abre mão do processo para receber uma sanção de caráter administrativo, uma possibilidade que engloba o que se pode chamar de delitos da modernidade.

Porém, as inovações sugeridas pela segunda velocidade parecem estar aquém das necessidades sociais da atualidade no enfrentamento de delitos como tráfico de drogas, tráfico de pessoas, terrorismo, os quais reivindicam uma verdadeira revolução da política criminal. É uma situação de exceção que mescla o conteúdo da

⁹⁹ MELIÁ, Manoel Cândia. JAKOBS, Gunther. **Direito Penal do Inimigo**, noções e críticas. Tradução André Luis Callegari e Nereu José Giacomoli. Livraria do Advogado, Porto Alegre, 2010. p. 230.

¹⁰⁰ ROCHA, Alexandre Rocha de Almeida. **Direito Penal do Inimigo**, a terceira velocidade do Direito penal. Editora Jurua. Curitiba, 2009, p. 230.

primeira velocidade, ao manter a pena privativa de liberdade e o de segunda velocidade, quando propõe a diminuição das garantias penais processuais penais.

Dessa proposta surge o Direito Penal de terceira velocidade, sem dúvida a mais radical das velocidades apresentadas pela expansão do Direito Penal.

3.3 O DIREITO PENAL DE TERCEIRA VELOCIDADE

A proposta aqui consiste em conjugar penas privativas de liberdade com a relativização das garantias fundamentais, regras de imputação, antecipação de punibilidade, delitos de perigo abstrato. Tal modelo se consolida através do Direito Penal do inimigo.

Seus idealizadores o justificam pelas características das modernas sociedades ocidentais e consequente necessidade de o Direito Penal se adaptar com relação a elas.

Dentre as medidas a serem adotadas para o trato desse Direito ter-se-há a adoção de um Direito Penal de autor e não de fato, o rechaço a culpabilidade em prol da periculosidade, semelhante ao critério utilizado durante a segunda guerra, onde pessoas pertencentes a um grupo ou a uma mesma raça eram punidas sem nada praticarem.

A respeito disto Eugenio Raul Zafaroni:

[...] as circunstâncias do mundo variaram de modo notório, em razão de uma pluralidade de sinais alarmantes: o poder se planetarizou e ameaça com uma ditadura global; o potencial tecnológico de controle informático pode acabar com toda a intimidade; o uso desse potencial controlador não está limitado nem existe forma de limitá-lo a investigação de determinados fatos; a situação do planeta se deteriora rapidamente e a própria vida encontra-se ameaçada.¹⁰¹

O Direito Penal do inimigo serviria para o trato de crimes considerados graves e gravíssimos, situações em que o indivíduo, de forma definitiva, não pudesse mais oferecer ao ordenamento jurídico a confiança necessária, no sentido de respeito às normas e consequentemente pela possibilidade de perigo.

Por essa razão Gunther Jakobs em conjunto com Polaine Navarrete: “el actual sistema penal se caracteriza por uma progresiva anonimidad de los contactos

¹⁰¹ ZAFARONI, Eugenio Raul. **O Inimigo no Direito Penal**. Tradução Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2007, p. 15.

sociales, por la uniformidad de comportamientos em masa, por el predominio de la economia por la conciencia del riesgo y por una uniformidad del sistema punitivo”.¹⁰²

O Direito Penal do inimigo representa uma mudança de paradigma, um giro onde se passa para uma perspectiva punitivista contra aqueles que rompem com a segurança cognitiva.¹⁰³

Trata-se de uma resposta para aqueles que não oferecem mais garantia de fidelidade ao Direito, sendo, pois, inimigos daqueles que não oferecem essa garantia, deixando de ser tratados como pessoa, passando a ser considerados perigosos e nocivos à coletividade, um conceito normatizado.

O inimigo nega a si próprio como pessoa, aniquila sua existência como cidadão, exclui-se de forma voluntária e a título permanente de sua comunidade e do sistema jurídico que a regula.¹⁰⁴

Aqueles que passam a ser considerados criadores de perigo não permitidos são considerados inimigos potenciais. De acordo com Gunther Jakobs:

El que pretende ser tratado como persona debe dar a cambio una cierta garantía de que se va a comportar como persona. Si no existe esa garantía o, incluso, si es negada expresamente, el derecho penal pasa de ser una reacción de la sociedad ante el hecho de uno de sus miembros a ser una reacción contra un enemigo.¹⁰⁵

Em outras palavras, só seriam cidadãos aqueles que cumprissem com os seus deveres, o que seria facilmente entendido com a expressão: possuem direitos de cidadão aqueles que executam os deveres impostos pelas normas. A noção de bem jurídico é irrelevante para Jakobs, pois o centro do sistema jurídico é ocupado pela norma.

Todo aquele que não faz falta é excluído da obra comum, e a partir daí só lhe resta a mera individualidade. Os inimigos, no sentido antes definido, também não são pessoas.

¹⁰² Op. cit. p. 80.

¹⁰³ Para compreender o termo segurança cognitiva é importante ler Jakobs, *terrosisten als personen* (nota 1), II, texto posterior a nota 5, sem cursiva na original. (...) a expectativa de um comportamento correto não pode ser mantida contrafactivamente de modo ilimitado; ainda mais não deve ser mantida ilimitadamente, já que o Estado há de procurar uma vigência real do Direito, motivo por que tem agir contra as agressões do Direito cuja próxima comissão se perceba. Uma expectativa normativa dirigida a uma determinada pessoa perde sua capacidade de orientação quando carece de apoio cognitivo prestado por parte dessa pessoa. Em tal caso, (...) a expectativa normativa é substituída pela orientação cognitiva, o que significa que a pessoa - a destinatária de expectativas normativas - muda para converter-se em fonte de perigo, em um problema de segurança que deve abordar-se de modo cognitivo.”

¹⁰⁴ CANOTILHO, Joaquim José Gomes. Op. cit. p. 333.

¹⁰⁵ JAKOBS, Gunther. NAVARRETE, Miguel Polaino. Op. cit. p. 69.

A reflexão de Luis Gracia Martín¹⁰⁶, “a condição de inimigo significa privação e negação da condição de pessoa e sua consideração como não pessoa”, portanto, o Estado não pode nem deve tratá-lo como tal. A personalidade, como construção exclusivamente normativa, é irreal e só pode ser mantida, e por isso só será real, se acontece alguma corroboração cognitiva dela, isto é, se no cálculo sobre o comportamento de alguém este pode ser incluído como pessoa, o que significa que pode orientar-se com base no lícito e no ilícito.

Parece mais adequado e mais seguro evitar uma normatização tão intensa, como sugerem os funcionalistas, de modo em que determinadas estruturas, a exemplo do conceito de pessoa, não admita ser enquadrado fora de suas características empíricas. Ao contrário, como afirma Jakobs “no solo la norma precisa de un cimiento normativo, sino también la persona”.¹⁰⁷

É uma afirmação que considera que tudo gira em torno da norma e do respeito a ela, ainda que tal respeito seja obtido mediante a desconsideração à natureza das coisas.

Para Luiz Gracia Martín:

[...] é de capital importância levar em consideração o dado de que esse conceito de pessoa responsável faz remissão imediata à dignidade do ser humano. Pois bem, aqui não se trata de nenhuma pessoa jurídica, ou seja, de nenhuma construção social e normativa, mas do homem empírico, de carne e osso, que possui também uma determinada estrutura psíquica.¹⁰⁸

As questões que sugerem o Direito Penal do inimigo são muito graves e profundas, e não podem ser resolvidas mediante objeções meramente retóricas e emocionais. O discurso de Jakobs deve ser reconhecido não só como meticulosamente coerente, mas de uma grande potência teórica e política.

Contudo, trata-se de um sistema sem controle, pois adota recursos e formas extraordinárias de coação estatal como um fato constante, defende a aniquilação do inimigo, afastando-o sociedade, por fim exagera ao normativizar o conceito de pessoa, negando-lhe a condição mínima de dignidade.

¹⁰⁶ MARTIN, Luis Gracia. **O Horizonte do finalismo e o Direito Penal do inimigo**. Trad. Luiz Regis Prado e Érika Mendes de Carvalho. Série Ciência do Direito Penal Contemporânea vol. 10. São Paulo: RT. 2007. p. 132.

¹⁰⁷ JAKOBS, Gunther. NAVARRETE, Miguel Polaino. Op. cit. p. 82.

¹⁰⁸ MARTÍN, Luis Gracia, **O Horizonte do finalismo e o Direito Penal do Inimigo**, Trad. Luiz Regis Prado e Érika Mendes de Carvalho. Série Ciência do Direito Penal Contemporânea vol. 10. São Paulo: RT. 2007, p. 153-154.

Ná ótica de Luis Grácia Martín¹⁰⁹: “No presente, a existência de formas extraordinárias de criminalidade parece adquirir uma dimensão inclusive maior, em consequência da constante modernização da sociedade”.

Não se considera que a ideia fundamental da democracia é assegurar a disposição fundamental de igualdade de todos os grupos na luta pelo poder político, e garantir que a luta pela ordem social justa se caracteriza como a luta de ideias, e isso, sobretudo, sem tratar de aniquilar como inimigo aquele que pensa de outra maneira quando se obtém a maioria e o poder.

Definitivamente, a relatividade e a contingência de toda ordem social, corroborada pela história das ideias políticas e ético-jurídicas, constitui um fato que deveria impedir o rótulo de qualquer homem como inimigo e a despersonalização e desumanização que semelhante rótulo acarreta.

A pura coação física não é diálogo nem comunicação pessoal, pois se esgota no fato material da destruição e aniquilação do objetivo ou do destinatário da força.

O Direito Penal do inimigo se constrói a partir do reconhecimento de seus destinatários como não-pessoas, segundo seus postulados, todo aquele que é julgado pelo Direito Penal do cidadão o é na sua condição de pessoa, e se a pena imposta ao condenado por esse direito não o priva do status de cidadão nem de sua condição de pessoa, que são conservados integralmente apesar da condenação, onde o Direito Penal do inimigo encontrará seus destinatários?

Em princípio o Direito Penal do inimigo só poderá partir da existência prévia de pessoas; se isso é assim, então os conteúdos e as regras materiais desse direito não poderão diferir das regras do Direito Penal do cidadão.

No Direito Penal, o sujeito tanto da imputação como da pena, não pode ser uma pessoa normativa ou jurídica, entendida como uma construção social e normativa, mas só pode estar representado pelo homem, pelo indivíduo.

Por essa razão Zafaroni afirma:

Na medida em que se trata um ser humano como algo meramente perigoso, necessitando de uma pura contenção, dele é retirado ou negado e seu caráter de pessoa, ainda que certos direitos sejam reconhecidos (por exemplo, fazer testamento, contrair matrimônio, reconhecer filhos.) Ihe sejam reconhecidos.¹¹⁰

¹⁰⁹ Id, ibid. P. 142.

¹¹⁰ ZAFARONI, Eugenio Raul. Op. cit p. 18.

Sem embargos da extensa e coerente fundamentação que sustenta o direito de terceira velocidade, em especial a desenvolvida por Gunther Jakobs, onde não existem limites claros para se delimitar aqueles que seriam considerados inimigos. Ou seja, tem-se um direito criado para um grupo, sem que, se tivesse claro o critério para identificar aqueles que seriam, efetivamente, os seus destinatários.

Do mesmo modo, a normatização exacerbada, sem limites da racionalidade, parece trazer um grande grau de insegurança jurídica e, por conseguinte, deve ser rechaçada veementemente.

Portanto, qualquer medida que proponha a aniquilação das garantias fundamentais, em especial para um país como o Brasil, deve ter em mente suas carências, e principalmente olhos para uma dura realidade social onde o Direito Penal normalmente é utilizado para a classe mais abastada da sociedade.

Assim, feitas tais considerações, parece oportuno defender que a política criminal de expansão representa um importante marco no estudo do Direito Penal. A primeira porque represente uma tentativa de responder, através de um Direito Penal mais robusto, aos novos problemas de uma sociedade cada vez mais complexa; a segunda por ter logrado êxito em quebrar a impenetrável barreira do Direito Penal clássico; a terceira em razão da tentativa de evitar uma tutela insatisfatória pelo Direito Penal em relação aos bens jurídicos com dignidade penal.

O problema passa a ser, portanto, identificar o Direito Penal como a melhor opção para a solução desses problemas ou, ao contrário, se deve mantê-lo numa completa subsidiariedade, elegendo outros meios de regulação social, com diferentes respostas sancionatórias. Por fim, identificar a melhor proposta, num terreno intermediário, extraído de outras formas de controle social e de respostas a ilicitudes.

4 O SISTEMA JURÍDICO E SUA ESTRUTURAÇÃO EM REDES SANCIONATÓRIAS

É possível se conceber diferentes sistemas sancionatórios para enfrentar demandas crescentes e complexas de conflitos, ofertando respostas novas aos inéditos problemas da sociedade globalizada.

Embora todos os sistemas de direito tenham a expectativa normativa como ponto em comum, cada um possui suas peculiaridades, como uma característica exclusiva, uma digital.

O Direito Penal seria responsável por impor penas privativas de liberdade, o direito administrativo, penas restritivas de direito, o direito civil, sanções indenizatórias e ressarcitórias e o sistema de mediação, a resolução de demandas pela pacificação dos conflitos.

Cada um dos sistemas teria uma característica peculiar, uma expectativa normativa específica, semelhante a um código genético, que somente teria aplicabilidade num ambiente restrito, excluindo a possibilidade de aplicação de uma resposta penal, no ambiente administrativo, sendo a recíproca verdadeira.

Embora todos os sistemas sancionatórios pudessem ser firmados numa mesma premissa (expectativa normativa), sua desilusão teria como resposta uma característica exclusiva, pertencente a um único sistema. Uma identidade única que permitiria uma resposta (*output*) a determinadas condutas consideradas nocivas ao interesse social.

Essa nova estratégia de combate aos novos problemas sociais e de resposta a ilicitude encontra diversas possibilidades, jurídicas e extrajurídicas, penais e não penais, estatais e não estatais. Dentre elas, existem com certeza pontos comuns e pontos divergentes. Contudo, diante dos infinitos fatores que interagem numa sociedade complexa seria presunçoso tentar construir um sistema de respostas a ilicitude sem uma teoria também complexa.

A distinção entre as diferentes disciplinas pode ser feita de formas diversas, seja pela natureza do texto normativo, seja pela natureza da infração ou ainda pela severidade da sanção imposta.

De acordo com Mireille Delmas-Marty:

As instâncias europeias começam por examinar a qualificação (penal ou não) que diz respeito a técnica judiciária interna (critério A), porém nunca limitam seu exame apenas a esta qualificação, referindo-se igualmente a natureza da infração (critério B) e a severidade da sanção (critério C).¹¹¹

Assim, a rede sancionatória pode ser utilizada como ponto de partida para a classificação de um sistema determinado. Uma construção que teria um código determinado, mantenedor de sua identidade.

As respostas seriam estabelecidas pela via normativa, comum a diferentes sistemas. Entretanto, cada sistema teria como exclusividade uma modalidade sancionatória, razão pela qual o sistema seria fechado.

Sua atualização seria conduzida a partir das mudanças sociais, obrigando o sistema a operação com as constantes inovações sociais, sendo portanto, aberto (abertura cognitiva). Desse contexto, torna-se oportuna a descrição de cada um dos sistemas sancionatórios disponíveis, bem como sua característica individual que permite individualizá-lo em relação aos demais sistemas jurídicos.

4.1 A REDE SANCIONATÓRIA PENAL

Como ponto de partida da presente abordagem, recorreu-se àquela que talvez seja uma das poucas características exclusivamente penal e, a partir dela, analisar se a rede de proteção penal e a pena privativa de liberdade têm realmente condição de ofertar uma resposta satisfatória ao problema da criminalidade atual.

Em que pese o Direito Penal clássico ser definido como direito de *ultima ratio*, atuando subsidiariamente com relação aos demais campos do direito, sua rede sancionatória, a única que, dogmaticamente, pode resultar em pena privativa de liberdade ao indivíduo, e tem sido apontada por muitos como um importante instrumento de regulação social da atualidade.

A pena privativa de liberdade é o meio mais rigoroso que dispõe o Estado como reação frente aos delitos. Por essa razão Esteban Righi a define como:

El principal médio de que dispone el Estado como reacción frente al delito es la pena, la que concreta una restricción de derechos al responsable, em virtude de una decisión impuesta em forma coactiva por los órganos competentes de control social.¹¹²

¹¹¹ DELMAS-MARTY, Mirreile. **Os Grandes Sistemas de Política Criminal**. Tradução Denise Radanovic Vieira. Barueri: Manole, 2004. p. 28.

¹¹² RIGHI, Esteban. **Teoría de La Pena**. Buenos Aires: Hammurabi, 2001. p. 17.

Essa característica faz com que o Direito Penal tenha se tornado a grande esperança da sociedade em oferecer uma resposta mais atual ao problema da criminalidade, motivados muitas das vezes por fatores que expressam mais emoção do que razão.

A mídia sensacionalista, a sensação subjetiva de insegurança, a economia forte e influenciadora são fatores que direcionam o Direito Penal para uma ampliação de seu raio de atuação.

No entanto, não se pode olvidar que o modelo repressivo penal há muito sofreu inúmeras críticas, a exemplo da aplicação de castigos à alma através das penas privativas de liberdade ou a criminalização das classes sociais mais abastadas da sociedade.

Racionalmente se percebeu que a pena privativa de liberdade ao longo da história não contabilizou muitos resultados positivos além de transcender em demasia os limites da proporcionalidade ao inflingir exageradamente os indivíduos atingidos por medidas tão severas.

Esse modelo sancionatório traz consigo um estigma forte, prejudicando direitos fundamentais extremamente caros à vida em sociedade e agora é colocado como meio de regulação privilegiado, com possibilidade de apresentar ao meio social uma resposta adequada e satisfatória ao problema da criminalidade.

A relação de contrariedade de algumas condutas com o ordenamento jurídico não é um fenômeno puramente causal, ao contrário, trata-se de um acontecimento seletivo, complexo, dificultando sobremaneira a identificação e escolha de um sistema de política criminal eficiente¹¹³, com recursos compatíveis ao meio social em que se encontra inserida.

Os sistemas teriam a função de auxiliar na solução desses problemas por meio da diminuição da complexidade e da funcionalidade. A atuação do Direito Penal e sua funcionalidade sobre as novas demandas deveria ser adotada num ambiente reduzido, onde o código binário seria aplicação da pena privativa de liberdade/não aplicação da pena privativa de liberdade, excluindo a possibilidade do subsistema penal reconhecer outra modalidade sancionatória.

¹¹³ COPETTI, André Leonardo. Disponível em: <revistaeletronicardfd.unibrazil.com.br>. ISSN 1982-0496 V. 8, n. 8, (jul./dez. 2010), p. 330-346.

Um sistema que teria sua identidade estabelecida por meio da aplicação da pena privativa de liberdade, considerada há muito tempo nociva e lesiva a direitos fundamentais consagrados pela Constituição Federal. Uma tarefa nada fácil, visto que num ambiente extremamente complexo onde em pouco mais de 20 anos da constituição, não seria nada recomendável se propor o menoscabo dos direitos fundamentais.

De acordo com Maria Luiza Schaefer Streck: “deveríamos respeitar uma escala de intensidade de possibilidades de intervenção por parte do Estado. Haveria pois, um certo limite de intensidade, o qual não poderia ser ultrapassado, sob pena de ferir frontalmente a Constituição.”¹¹⁴

Uma ideia que busca encontrar o equilíbrio entre o poder de intervenção estatal e a liberdade civil, ideais liberais que não saíram de moda e que devem ser defendidos frente a novas tendências expansivas. Especialmente pelo fato de o Brasil ainda possuir uma imensa massa de miseráveis, público que normalmente é abrangido pelo Direito Penal, em face de grande probabilidade de ocorrência de delitos.

Por essa razão Lenio Luiz Streck adverte:

[...] enquanto predominou o interesse liberal-individualista na persecução penal, as classes mais abastadas da sociedade brasileira mantiveram-se em uma situação extremamente confortável em relação aos estratos sociais economicamente mais carentes, pois praticamente apenas as condutas das parcelas mais pobres e exploradas da população que não tinham função alguma na reprodução e manutenção de uma determinada ordem sócioeconômica, eram, e ainda em grande parte continuam sendo, destinatárias da aplicação de alguma norma penal incriminadora.¹¹⁵

Não se vislumbra a menor possibilidade de evolução quando a procedimento adotado apresenta nada mais do que uma resposta jurídica destinada a manutenção dos poderes. Para Eugenio Raul Zafaroni:

A doutrina atual costuma passar por cima do dado da seletividade, o que é muito significativo, pois se trata da característica estrutural mais vulnerável à crítica política e social do poder punitivo. A única maneira de legitimar o poder punitivo reconhecendo a seletividade – quer passando por cima dela, quer subestimando-a é apelando ao valor meramente simbólico da pena e a sua consequente funcionalidade como prevenção geral positiva.¹¹⁶

¹¹⁴ STRECK, Maria Luiza Schaefer. **Direito Penal e Constituição, a face oculta da proteção dos direitos fundamentais**. Livraria do Advogado, Porto Alegre, 2009, p. 93.

¹¹⁵ Ver Lênio Luiz Streck: **A dupla face do princípio da proporcionalidade e o cabimento de mandado de segurança em matéria criminal**: superando o ideário liberal-individualista-clássico.

¹¹⁶ ZAFARONI, Eugênio Raúl. Op. cit. p. 88.

É uma vedação que impede que o Direito Penal seja utilizado para compensar de forma discriminatória que as promessas constitucionais não efetivadas por políticas públicas eficientes sejam compensadas pelo rigor de Direito Penal.

Conforme a visão de Pierre Bourdieu:

O “Estado Beneficente”, fundando no conceito moralizante de pobreza, tende a bifurcar-se num Estado Social que provê garantias mínimas de segurança para as classes médias e num Estado cada vez mais repressivo que contra ataca os efeitos violentos da condição cada vez mais precária da grande massa da população, principalmente os negros.¹¹⁷

A utilização penal mais intensa seria vista com uma alternativa funcional, onde a combate a ilicitude traria à baila o seu meio sancionatório mais rigoroso, implicando numa maior vigilância do Estado em relação às pessoas.

Na ótica de Silva Sanchez:

A sociedade do risco ou 'da insegurança' conduz, pois, inexoravelmente, ao 'Estado vigilante' ou 'Estado prevenção'. E os processos de privatização e de liberalização da economia, em que nos encontramos imersos, acentuam essa tendência. Nesse contexto policial-preventivo, a barreira de intervenção do Estado nas esferas jurídicas dos cidadãos se adianta de modo substancial.¹¹⁸

Porém, não se pode admitir que os mesmos direitos fundamentais sejam atacados por condutas ilícitas que desafiam os meios tradicionais de regulação social, destruídos pela complexidade da globalização.

É uma realidade que demanda uma maior regulação social e que encontra limites, em especial quando se enfrenta conflitos com o texto constitucional. Nesse sentido Luciano Feldens defende a coerência e a vinculação para com o texto constitucional, assim a Constituição Federal seria um verdadeiro projeto a ser realizado.¹¹⁹

Por meio de uma conexão que se mostra muito oportuna entre o Direito Penal e a Constituição, em especial os limites do direito de punir do Estado e a proteção dos direitos fundamentais.

Com isso para se chegar a uma proposta adequada para um Estado em ascensão como o caso do Brasil, não se pode conceber um sistema normativo que não

¹¹⁷ BOURDIEU, Pierre. *L'architecte de l'euro passa aux aveux*. Le Monde Diplomatique, setembro de 1997, p.19.

¹¹⁸ Op. cit. p. 127.

¹¹⁹ FELDENS, Luciano. *A confirmação constitucional do Direito penal: realidade e perspectivas*. In: SOUZA NETO, Claudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (Orgs.) *A constitucionalização do direito: fundamentos teóricos e aplicações específicas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 847.

esteja atento às realidades sociais, mesmo porque o próprio modelo Democrático de Estado o conduz à realização do projeto contido na Carta Constitucional, expressão máxima de bem comum e de justiça social.

As finalidades correspondentes ao Estado Democrático de Direito implicam que o Direito Penal sirva simultaneamente para limitar o poder de intervenção do Estado e para combater o crime, para proteger o indivíduo de uma repressão desmedida do Estado, e, igualmente tutelar a sociedade e os seus membros dos abusos do indivíduo.

Tudo isso mediante a imposição de penas privativas de liberdade, ou não aplicação de penas privativas, os dois componentes exclusivos do sistema penal: o correspondente ao Estado de Direito e protetor da liberdade individual, e o correspondente ao Estado Social e preservador do interesse social mesmo à custa da liberdade do indivíduo.¹²⁰

É notório que o momento atual revela uma substituição das liberdades individuais pela maior intervenção estatal. Porém, em hipótese alguma se justifica a violação dos direitos fundamentais, ainda que sob a justificativa de proteger outros direitos fundamentais.

O Direito Penal encontra um dilema que o conduz para o protagonismo no combate a ilicitude e que ao mesmo tempo para o risco de tornar-se simbólico e prejudicial às liberdades públicas. Por essa razão a possibilidade de aplicação da pena privativa de liberdade deveria ser conduzida por meio de uma orientação normativa constitucional, onde os bens jurídicos com magnitude suficiente, e somente eles, poderiam legitimar existência de normas penais, cujo preceito secundário fosse penas privativas de liberdade.

A ciência do Direito Penal, em especial a europeia do pós-guerra, tentou limitar o poder de intervenção jurídico penal, a exemplo da Alemanha por meio de uma ideia centrada na proteção dos bens jurídicos.

Um dos mais ilustres defensores da teoria de bem jurídico, Claus Roxin¹²¹ afirma que: a penalização de um comportamento necessita, em todo o caso, de uma legitimação diferente da simples discricionariedade do legislador.

¹²⁰ ROXIN, Claus. **Problemas fundamentais de Direito penal**. 3. ed. Lisboa: Coleção Veja Universitária, 1998, p. 76 e segs.

¹²¹ ROXIN, Claus. **A proteção dos bens jurídicos como função do Direito Penal**. Tradução André Luis Callegari e Nereu José Giacomolli. Livraria do Advogado, Porto Alegre, 2010. p. 11.

Ele se colocam favoráveis à teoria dos bens jurídicos como limitador da intervenção jurídico penal, a exemplo de Winfried Hassemer. Para o citado autor, defensor da teoria do bem jurídico, denominado crítico ao sistema, a proibição de um comportamento sob ameaça punitiva deve sempre estar atrelada à proteção desses bens.

Demonstrando que a ausência de legitimação para intervir na liberdade do cidadão, o próprio Winfried Hassemer e Muñoz Conde defendem que:

[...] todo o mandato o prohibición penal és uma intromisión en la libertad general de actuación. Em um Derecho interventor próprio de um Estado de Derecho, dicha injerencia precisa de uma justificación general e una específica; justificación que se infiere del fundamento y la consideración de los limites de la libertad general de acción. En Derecho penal, un limite – si es que el limite – de la libertad general de actuación viene dado por la intención lesiva para um bien jurídico protegido.¹²²

Firmar uma posição que não receba tal orientação é refutar o bem jurídico como o alvo de proteção do Direito Penal, concedendo uma permissão demasiadamente grande de atuação, tornando um Direito Penal ilimitado.

A teoria do bem jurídico e o modelo de condutas tipificadas como ofensa a um determinado bem foi se firmando ao longo da história, como critérios de limitação não só da matéria a ser tipificada bem como dos próprios contornos da respectiva tutela.

Como uma herança iluminista do século XIX, o critério dos bens jurídicos contraria a adoção de modelos de Estado antidemocráticos, autoritários e que, ao contrário dos modelos penais de outrora, podem ser denominados de Direito Penal democrático.

Essa sem dúvida é uma medida de vinculação entre a legislação com capacidade para produzir efeitos penais e a verdadeira manifestação de vontade de uma dada sociedade, na medida que só poderiam figurar no mundo do Direito Penal dispositivos protetores de bens jurídicos escolhidos pela sociedade e consagrados pela Constituição.

Nas palavras de José Cerezo Mir:

[...] en la selección de los bienes jurídicos tutelados por el derecho penal y especialmente em la determinación del ámbito de protección de estos bienes jurídicos desempeñan um papel decisivo las concepciones ético-sociales, jurídicas y políticas dominantes em la sociedad em um momento determinado.¹²³

¹²² HASSEMER; MUÑOZ CONDE. **Introducción a la criminología y al Derecho Penal**, p. 102.

¹²³ MIR, José Cerezo. **Derecho Penal parte general**. Ed. Revista dos Tribunais, 2007, p. 28.

A proteção dos bens jurídicos representa ainda um marco evolutivo para o Direito Penal, visto como critério de proteção dos direitos fundamentais. Um procedimento que tem como foco determinados objetos valorados e considerados relevantes para a convivência humana e para o desenvolvimento social.

Mesmo possuindo diferentes denominações, esse Direito Penal limitado, é caracterizado por desenvolver uma estrutura de intervenção penal controlada, ao ponto de se autodenominar Direito Penal mínimo, de caráter subsidiário.

Nesse sentido afirma Ripollez:¹²⁴

En efecto, conocido com diferentes denominaciones a lo largo del pasado siglo XX, este, modelo de caracteriza en todo momento por desarrollar una estructura de intervención penal autolimitada, hasta el punto de que há llamado a si mismo “derecho penal mínimo”, girando em torno de unos pocos principios[...]

Dentre eles, a determinação que obriga o Direito Penal a atuar frente às infrações mais graves protegendo os bens mais importantes e ainda quando não existam outros recursos e meios sociais mais eficazes.

Para os defensores da teoria do bem jurídico, devem ser punidos aqueles comportamentos que, de alguma forma, sejam prejudiciais ou danosos a bens jurídicos escolhidos pela sociedade e consagrados pela Constituição.

Embora não haja um consenso doutrinário com relação à definição de seu próprio conceito tampouco uma aceitação quanto à vinculação do Direito Penal e a teoria dos bens jurídicos, inegavelmente ela proporciona um elo entre Direito Penal e constituição.

A respeito da teoria dos bens jurídicos, Juarez Tavares afirma, conforme já mencionado, a existência de quatro correntes: uma positivista, uma neokantiana, uma ontológica e uma funcionalista.¹²⁵

É essa a razão de ser do Direito Penal: a proteção dos bens jurídicos que proporcionem ou realização, satisfação e evolução dos seres humanos. Por essa razão o Direito Penal se vê numa grande encruzilhada, a de proteger com eficiência sem cometer excessos.

Uma ideia que busca encontrar o equilíbrio entre o poder de intervenção estatal e a liberdade civil, ideais liberais que não saíram de moda e que devem ser defendidos frente a novas tendências de origem diferente, restritivas de liberdade.

¹²⁴ RIPOLLÉS, José Luis Diés. Op cit. p. 62.

¹²⁵ TAVARES, Juarez E. X.op. cit. p. 15-37.

Atingir tais bens seria causa eficaz que violação desse equilíbrio e conseqüente prejuízo das condições necessárias para que as pessoas atinjam suas pretensões na vida social.

Num Estado Democrático de Direito, as normas penais devem perseguir tão somente o objetivo de assegurar aos cidadãos uma coexistência pacífica e livre, sob a garantia de todos os direitos humanos, sendo impossível sustentar um efetivo processo evolutivo que resultasse em prejuízo aos direitos humanos, mesmo que justificado pela necessidade de uma postura mais recrudescida do Direito Penal, visto como meio de regulação social.¹²⁶

De acordo com Maria Luiza Schaefer Streck: Enquanto os penalistas ligados à teoria clássica liberal-iluminista se seguram no princípio da proibição de excesso (*ubermassverbot*) os garantistas positivos sustentam que existe uma espécie de lado “B” da proporcionalidade – para usar a terminologia tradicional, que é o princípio da proibição deficiente (*untermassverbot*).¹²⁷

Esse garantismo negativo pode ser visto como produto da evolução, cujas origens sem dúvida remontam o Estado liberal, passam pelo modelo de Estado social e desaguam no modelo atual, onde parece recomendável que as primeiras barreiras no Estado liberal sejam protegidas, continuando a impedir que o Estado atue livremente. Porém que possibilite uma proteção eficiente aos bens jurídicos e coexistência pacífica entre os homens.

Logo, só seriam admitidas como respostas suficientes as condutas tão graves e nocivas aos bens jurídicos dotados de dignidade penal, demandariam a imposição de uma resposta de mesma magnitude, a pena privativa de liberdade, já que outras penas resultariam a princípio numa proteção deficiente.

Para as demais ilicitudes, os demais sistemas, cada qual, com suas sanções específicas, com suas características e com a mesma funcionalidade.

4.2 A REDE SANCIONATÓRIA ADMINISTRATIVA

¹²⁶ Estado de Direito, em sua formulação originária, contrapõe-se ao Estado Absolutista, ao Estado policial, e tem como função principal estabelecer e manter o próprio Direito por ele rigorosamente definido (cf. GARCÍA PELAYO, Manuel. Las transformaciones del Estado Contemporáneo, p. 52).

¹²⁷ STRECK, Maria Luiza Schaefer. **Direito Penal e Constituição, a face oculta da proteção dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 95.

O emprego do termo no singular não pode esconder as práticas observadas, seja de um país para o outro, conforme a legislação utilizada e conforme as sanções administrativas, sejam elas utilizadas ou não como alternativas para as sanções penais.

Nessa variante a resposta não vem de juiz e sim da administração, reconhecida como competente para aplicar a sua própria sanção ao autor da infração. Embora tradicionalmente a administração funcione como um dos elementos do Estado, um conjunto de meios a assegurar a execução das leis e o funcionamento dos serviços públicos.

É uma atividade que se encontra delineada pela lei, e por isso mesmo é submetida a grande diversidade quando observada de um país a outro, principalmente com relação aos setores fiscais como saúde, fisco e meio ambiente.

De fato, o que justifica a emergência da imposição de sanções administrativas é que elas podem ser aplicadas independentemente de quaisquer relações anteriores entre delinquente e administração.

Portanto, a oposição entre retribuição penal e regulação administrativa passa a ser atenuada. A diferença estaria relacionada entre o grau de elaboração de regras de fundo e de processo bem como o menor rigor da sanção administrativa que acompanha uma rede juridicamente menos estruturada.

Contudo, o rigor da sanção administrativa é por vezes igual ou superior ao da sanção penal. Do mesmo modo, indica para um fortalecimento do poder executivo, uma vez que a administração passa a reunir em suas mãos o conjunto de poderes do processo penal, que normalmente são minuciosamente separados.

Fica clara a autonomia da administração e conseqüentemente do poder executivo, uma proposta que demonstra a necessidade de manutenção da imparcialidade e de garantias do cidadão. Ainda que haja um reforço da relação da lei com a autoridade, esta parece ser demasiadamente frágil, em especial pelas definições menos precisas do que as exigidas em Direito Penal.

Por fim, as garantias legais do processo são habitualmente mais numerosas e precisas do que no processo penal, assim como o regime dos processos é mais flexível.

Assim, é necessário um desenvolvimento do critério de legalidade, seja para aumentar a precisão de seus textos, seja para aprimorar os processos, melhorando as regras relativas às investigações e busca mais precisa das provas.

É preciso ainda que as garantias estejam presentes nas vias recursais, inclusive com a possibilidade de um recurso junto à autoridade judiciária, marcando um reforço da relação com o juiz.

No tocante à participação da sociedade civil, está excluída a participação do grupo social no estabelecimento de uma sanção administrativa, curiosamente contrariando as sanções penais de caráter público, a sanção administrativa não é objeto de nenhuma publicidade.

Da mesma forma, a participação da vítima é tímida, seus interesses não são considerados, a exemplo da simples transação com a administração servir como fator impeditivo para o exercício de uma ação civil da vítima durante um processo penal intentado com base a uma infração econômica.

Já com relação ao infrator, a relação é potencialmente mais rica, visto que associa-o à medida, sobretudo pelo sistema das transações negociadas diretamente com o interessado, sobretudo pelas possibilidades de negociação direta com ele (sistema de transações).

Definitivamente, é notória a preponderância da administração sobre o Direito Penal e seu aparato instrumental, sua autonomia em relação à lei, a sociedade civil e, sobretudo com relação ao grupo social.

Uma grande flexibilidade e eficácia podem ser explicadas pelas origens das sanções administrativas, quando relacionadas ao bom funcionamento de um serviço público e restritas ao próprio objeto das relações que podem se estabelecer entre a administração e diversos grupos de pessoas.

A posição de protagonista do direito administrativo no cenário nacional parece ser uma alternativa interessante para a solução dos problemas da modernidade, razão pela qual a tendência de ampliação de seu raio de incidência parece ser uma das grandes apostas da atualidade, passando a regular atividades particulares, intervindo no domínio econômico, social e, porque não dizer, no próprio Direito Penal.

Haverá, necessariamente, uma justificação teórica no interesse geral ou público, a embasar a intervenção administrativa, e nesse regime publicista há de estar presente a previsão legal de poderes públicos à administração, como corolário lógico, porque do contrário, não se estará diante de uma relação regulada pelo direito administrativo.¹²⁸

¹²⁸ OSÓRIO, Fábio Medina. **Direito Administrativo Sancionador**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2011, p. 77.

Entretanto, assim como o Direito Penal, o direito administrativo está mergulhado num ambiente totalmente complexo, decorrente de diferentes fatores, do grande crescimento de algumas empresas diante de alguns Estados e a crescente fragilização destes em relação àqueles, das novas tecnologias e da dependência do Estado em face de questões econômicas.

Essa nova dinâmica das estruturas econômicas, o capitalismo financeiro e a grande velocidade com que a sociedade se modifica, acabam tornando o direito administrativo mais uma das formas de controle social em descompasso com os fatos a serem regulados e por consequência se mostra um mecanismo insuficiente para a solução de graves problemas sociais.

Todas as características dificultam a tarefa de direito administrativo já que a complexidade gerada pelas novas relações demandam uma ampliação da tutela estatal por essa via.

É necessário definir os elementos do direito em suas diferentes faces, a fim de diferenciá-los de outros semelhantes, alternativa que, para alguns foi considerada falha, com enormes lacunas além de demasiadamente vinculada à vontade soberana do legislador.

Além disso, a necessidade de se operar com um conceito coerente com a Constituição, comum à dogmática infraconstitucional, torna o problema ainda mais complexo, posto que qualquer debate acerca do poder punitivo do Estado deve ter como pano de fundo o respeito aos direitos humanos.

Considerando o direito administrativo como uma estrutura autônoma, regida por princípios próprios e organizada por instrumentos e consequências jurídicas exclusivas poder-se-ia indentificar um excelente meio de regulação, que esbarra na notória fragilidade.

A doutrina define o direito administrativo limitando seu campo de atuação. De acordo com Celso Antônio Bandeira de Mello, "[...] o direito administrativo é o ramo do direito público que disciplina a função administrativa e os órgãos que a exercem".¹²⁹

Diogo Freitas do Amaral define direito administrativo como:

[...] o ramo do direito público constituído pelo sistema de normas jurídicas que regulam a organização e o funcionamento da Administração Pública,

¹²⁹ MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Curso de Direito administrativo**. 28ª ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 37.

bem como as relações por ela estabelecidas com outros sujeitos de direito no exercício da actividade administrativa de gestão pública.¹³⁰

É possível extrair duas conclusões acerca dos conceitos acima trabalhados, uma que parece ser mais relevante, a que permite ao Estado a prerrogativa de imputar sanções. A outra revelando a constante presença do Estado na relação jurídica.

Por essa razão não seria possível traçar até esse momento um critério que pudesse separar com segurança o direito administrativo do Direito Penal, já que em ambos é comum a presença do Estado e a possibilidade de impor sanções.

Percebe-se uma enorme dificuldade em se diferenciar ilícitos penais e administrativos de forma material. Com relação à pena a recíproca não é verdadeira, já que a aplicação da pena privativa de liberdade continua sendo uma prerrogativa exclusiva do Direito Penal.

A primeira tentativa de diferenciar estas duas esferas remonta ao início do século XX, a partir da obra de James Goldschmitt, autor que defendia a existência de uma diferença constitutiva entre ilícitos administrativos e ilícitos penais. Para ele o ilícito penal seria considerado uma lesão éticamente reprovável a um bem jurídico, enquanto que o ilícito administrativo seria valorativamente neutro.¹³¹

Trata-se, portanto de um critério qualitativo, na medida que cuidariam de fatos essencialmente distintos, cabendo ao penal a proteção dos bens jurídicos e ao administrativo a proteção do funcionamento das estruturas do Estado.

Com relação às sanções penais e administrativas pode-se encontrar diferenças qualitativas. O poder sancionador administrativo seria uma função administrativa, já na penal ter-se-ia uma função jurisdicional. Entretanto, não se pode conceber que as sanções administrativas disponíveis na dogmática atual podem cumprir as mesmas funções das sanções penais.

O direito administrativo fica uma área de atuação mais restrita se comparada à penal, podendo ser aplicado por autoridades administrativas a judiciais, através de um processo administrativo ou judicial.

¹³⁰ AMARAL, Diogo Freitas do. **Curso de Direito administrativo**. 2.ed. Coimbra: Almedina, 2001. v.1. p.130.

¹³¹ GOLDSCHMITT, James Paul. **Das Verwaltungsstrafrecht**: eine Untersuchung der Grenzgebiete zwischen Strafrecht und Verwaltungsrecht auf rechtsgeschichtlicher und rechtsvergleichender Grundlage. Aalen: Scientia-Verlage, 1969. p 539, 548 e 576. No mesmo sentido Max Ernst Mayer, quando afirmava partindo de sua teoria de normas de cultura, que o injusto criminal seria um produto cultural, que precedia o reconhecimento por parte do Estado, ao passo que o injusto administrativo seria culturalmente indiferente sendo produto de sua atividade normativa do poder público.

O interesse público seria o único destino da tutela administrativa, o que pode ser verificado por Di Pietro, que defende que a satisfação do interesse público seria um dos pilares de todo o regime administrativo, atribuindo ao ato administrativo prerrogativas denominadas poderes administrativos.¹³²

O interesse público seria haurido da defesa de bens jurídicos consagrados pela sociedade e a recíproca seria verdadeira, enfim um ambiente de diferenças com relação ao Direito Penal e não de indetentidades¹³³.

O fato é que não há razão para que o conceito de bem jurídico seja retirado do chamado direito administrativo, na medida em que inexistente um critério idôneo para estabelecer uma diferença entre os interesses da administração pública e os restantes bens jurídicos. Por outro possuem conteúdo semelhante, encontrando tão somente algumas diferenças quanto à magnitude da pena e da sanção, ou seja, uma diferença quantitativa.

Um critério que passa a ser analisado em especial, a partir da ascensão do modelo de Estado Social, onde os indivíduos passam a ser dependentes da atividade estatal, o que faria com que toda infração administrativa acabasse implicando, indiretamente, numa infração contra um particular.

Supera-se a diferença qualitativa, mantendo-se uma diferença quantitativa, e as normas administrativas passam a ser vistas também como normas jurídicas, e não como meras regras estatais, tornando a ordem pública um bem jurídico merecedor de tutela.

Esse tipo de visão conduz para uma ilicitude jurídica uma que se afasta do critério qualitativo entre ilícitos administrativos e penais.

Em que pese à possibilidade de proteção de um bem jurídico ser realizada de diferentes maneiras, por meio de ramos distintos do ordenamento, em perspectivas preventivas e repressivas, a proteção penal seria, sem dúvida mais intensa, não no sentido de proteger em *prima ratio*, mais protegendo tanto as questões de interesse comum do direito administrativo e que diante de uma tutela não satisfatória, pudessem ingressar na fragmentariedade¹³⁴ do Direito Penal.

¹³² DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. Ed. Atlas: São Paulo, 2011, p. 90.

¹³³ OSÓRIO, Fábio Medina. Op. cit. p. 131.

¹³⁴ PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2010, p. 149.

O critério quantitativo tem utilidade, para Nelson Hungria, que considera a identidade substancial das normas afirma que a mesma pode ser disposta já que carecem de uma diferença ontológica.¹³⁵

Para o mesmo autor, um dos mais importantes defensores desse tipo de diferenciação, a opção de punir uma conduta pelo direito administrativo ou pelo Direito Penal não obedece senão às razões de conveniência política.

Esse critério também passou a sofrer fortes críticas, seja pelo fato de a proteção administrativa sempre ser considerada de menor intensidade que o ilícito penal, o que na verdade não prospera, seja porque o Direito Penal trata também questões de bagatela, seja porque o direito administrativo também regula questões de alta relevância.

Outro aspecto: tal diferenciação sofria também problemas de *lege ferenda*, onde predominava a ideia de que mesmo a mais grave das infrações administrativas deveria ser tratada com menos rigor do que a mais branda infração penal, o que poderia resultar num *deficit* regulatório em alguns setores da administração pública.

Outro critério de diferenciação poderia ser utilizado, feita não apenas pelas características próprias da infração administrativa e da infração penal, mas principalmente dos critérios de imputação e de garantias existentes no processo presentes no Direito Penal e no direito administrativo. Na concepção de Jesus Maria Silva-Sanchez: “em outras palavras, é preciso abandonar diferenciações essencialistas e assumir um postura que levasse em conta critérios funcionais”.¹³⁶

Esse critério é capaz de captar a importância para se discutir os critérios de imputação e as sanções próprias de cada um dos ramos do direito, bem como a possibilidade de se adaptar às mudanças que acontecem em seu desenvolvimento ao longo do tempo, inclusive indicando quando o funcionamento de uma se aproxima fortemente do funcionamento de outra.

Como função, todo tipo normativo que proíbe ou determina condutas tem como objetivo a busca de segurança jurídica aos jurisdicionados e aos administrados, além disso, proporciona a chance da análise da responsabilidade subjetiva, uma função

¹³⁵ HUNGRIA, Nelson. **Ilícito administrativo e ilícito penal**. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro: Edição Histórica, v.1, p.15, jan. 1945.

¹³⁶ Op. cit. p. 125.

pedagógica, anunciando formalmente os comportamentos reprimidos e desempenhando um papel preventivo.¹³⁷

Um caráter funcional, semelhante ao defendido no Direito Penal da atualidade, onde a pena teria a finalidade de evitar futuras práticas delitivas. A respeito disso Carlos Gomes Jara-Diez:

En definitiva, con la pena no se trata de desencadenar determinados procesos cognitivos causando dolor, sino sobre la relevancia normativa de la atribución de determinados estados de conciencia u organización; es decir, el dolor penal es también significado y no finalidad.¹³⁸

Surge o direito administrativo inserido no âmbito punitivo do Estado, uma migração do poder de polícia para o poder sancionador. Deste modo, numa política mais ampla, proporcionando que o direito administrativo sancionador passasse a tutelar questões penais.

Fabio Medina Osório afirma:

[...] o que se verifica é que a teoria da sanção culmina por englobar duas categorias, quais sejam sanções penais e sanções administrativas, além de outras categorias menos relevantes ou menos impactantes no meio social. Daí a pertinência da sanção administrativa no universo punitivo, por suas conexões e paralelos com a teoria da sanção penal, que lhe serve de referência. Esse Direito punitivo, quando incidente no campo do direito administrativo, transforma-se em direito administrativo sancionador.¹³⁹

A reflexão de Alejandro Nieto, a passagem para o direito não trata de uma questão de simples nomenclatura, mas sim uma evolução marcada pela passagem do campo da polícia e do Direito Penal para assentar a disciplina no direito administrativo, enraizada ao direito público e não como derivação do Direito Penal.¹⁴⁰

Especificamente com relação às sanções jurídicas positivas e negativas, pode-se dizer que a exclusividade do direito de punir pertence ao Estado, ao mesmo tempo que cria o dever de proteção do cidadão.

A primeira exigência deve ser estabelecer as normas responsáveis pela regulação social, para posteriormente positivá-las. Essas regras devem expressar o

¹³⁷ OSÓRIO, Fábio Medina. Op. cit. p. 221.

¹³⁸ DIEZ, Carlos Gomes Jara-. **Derecho penal del enemigo**: el discurso penal de la exclusión. Buenos Aires: Ed. IB d F, 2006, p. 998.

¹³⁹ OSÓRIO, Fábio Medina. Op. cit. p. 81.

¹⁴⁰ NIETO, Alejandro. **Derecho Administrativo Sancionador**. 4ª. ed. 2.A reimp. Madrid: Tecnos, 2008.

preceito primário como pressupostos que, uma vez violados, geram a consequência jurídica prevista no preceito secundário dos dispositivos.

Neste ponto, assume grande importância o princípio da legalidade, inafastável num Estado Democrático de Direito, preceito básico para o direito administrativo e penal, de modo que o poder punitivo aparece sempre vinculado a necessidade de satisfação e respeito às leis.

Não se trata de uma aplicação automática, de um mero silogismo decorrente do poder vinculado, em que o legislador cria um trilho pelo qual o administrador obrigatoriamente deverá passar. Nesse caso qualquer imposição de pena feita por meio desse procedimento seria no mínimo despida de segurança jurídica.

O denominado poder vinculado revela a noção de que a lei seria capaz de prever e determinar toda a atribuição da administração em todos os aspectos, seja estabelecendo os requisitos para a prática de determinado ato no sentido de poder-dever, de um direito/dever irrenunciável da administração pública e ainda dos limites impostos.

A sanção administrativa pode apresentar diferentes caracteres, podendo ser aplicada pela administração pública, pelo judiciário ou por corporações de direito público. A sanção pode ser direcionada a pessoa física ou jurídica, agente público ou privado que tenha cometido uma conduta ilegal, tipificado por norma proibitiva.

Seguindo a classificação sugerida por Fabio Media Osório, pode-se delimitar as diferentes sanções administrativas da seguinte forma: medidas de polícia, medidas rescisórias, medidas de ressarcimento ao erário e medidas coativas e preventivas.

Por medidas de polícia podemos entender as práticas da administração destinadas a evitar o abuso dos direitos pelos particulares que, embora haja uma forte ligação entre os poder de polícia e sanção administrativa, seria conveniente, inclusive ao próprio poder público, estabelecer suas distinções.

A medida de polícia é feita para o fim acautelatório, para restabelecer a legalidade. As medidas punitivas buscam respostas para litígios já instalados. Ademais a modalidade sancionatória não combinaria com o poder de polícia, em razão do processo garantista inerente a aplicação de sanções, dentre os quais se exigem o devido processo legal, ampla defesa e contraditório.

Já as medidas rescisórias representam o encerramento de uma relação jurídica administrativa com um particular em razão do cometimento de um ato ilegal, não se tratando de exercício de *ius puniendi* pelo estado.

Embora tais situações derivem de contratos administrativos, são aplicadas ainda que de forma atenuada a legalidade e a tipicidade. Do mesmo modo, sendo factível a possibilidade de punição é recomendável a passagem pelos princípios inerentes ao direito administrativo sancionador.

As medidas de ressarcimento ao erário não são verdadeiramente penas, representam a restituição ao estado anterior das coisas, praticamente um modelo de responsabilidade civil, o que por si só recomenda a aproximação aos direitos tidos como fundamentais, afinal sendo a propriedade um direito fundamental, nada mais coerente.

Todas essas ressalvas ganham mais intensidade quando atribuí ao direito administrativo uma concepção mais ampla, dilatando não só o seu raio de incidência mas também permitindo que o mesmo passe a tutelar o que anteriormente pertencia ao Direito Penal.

A conversão que permite ao direito administrativo sancionar demanda uma reformulação de alguns critérios, conferindo mais poder aos seus instrumentos. No Direito Penal a atividade punitiva está vinculada a função jurisdicional. Por essa razão a rede sancionatória administrativa seria extremamente vinculada à prevenção de ilícitos, inclusive os penais.

A mais importante consequência da suposta unidade de *ius puniendi* do Estado é a aplicação de princípios comuns ao Direito Penal e ao direito administrativo sancionador.¹⁴¹

São comuns ao Direito Penal e ao direito administrativo muitos dos princípios de ideal liberal, já que em ambos os casos desempenham funções de dar desdobramentos necessários à legalidade garantista do direito punitivo. O princípio da individualização e da pessoalidade da sanção, da ampla defesa e contraditório, legalidade e tipicidade dentre outros.

Na ótica de Alejandro Nieto, não é o Direito Penal a matriz do direito administrativo sancionador, mas sim o direito público estatal, o que explica a

¹⁴¹ OSÓRIO, Fábio Medina. **Direito Administrativo Sancionador**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2011, p. 113.

aproximação desse ramo jurídico com o direito criminal, porém sem a completa transposição dos princípios garantistas.¹⁴²

A preocupação com a validade¹⁴³ da decisão, sua vinculação com o texto constitucional e automaticamente com os direitos humanos, uma concepção crítica que não permite a ineficiência, tampouco o exagero a bandeira dos direitos fundamentais continuaria sendo o fundamento e a finalidade do exercício do poder sancionador da administração, que em última análise conduziria a manutenção da paz, dos direitos humanos e dos bens jurídicos tutelados, através de uma racionalidade formal e material.

Essa necessidade de proteção impediria ainda a utilização de termos vagos e imprecisos "ordem pública", "interesse público" que abrem muita margem a manipulação, mais uma vez recorrendo a um princípio da taxatividade cuja aplicação é corriqueira no Direito Penal.

Reafirmando este entendimento de que a existência de leis indeterminadas, que descrevem de forma insuficiente a conduta, torna-se difícil quiçá impossível a determinação da abrangência da norma.

Francisco de Assis Toledo leciona que os tipos não podem deixar margens a dúvida nem abusar do emprego de normas muito gerais ou tipos incriminadores genéricos, vazios. Para que a Lei penal possa desempenhar sua função pedagógica e

¹⁴² Importante "La utilización de esta denominación implica, pues, una ruptura deliberada con concepciones del pasado: se abandonan los campos de la Policía y del Derecho Penal para asentarse en el Derecho Administrativo. La expresión adquiere así el valor de un emblema y de una confesión doctrinal." (NIETO, 2008, p. 172). "Em definitiva, contra viento y marea hay que afirmar que el Derecho Administrativo Sancionador es, como su propio nombre indica, Derecho Administrativo engarzado directamente en el Derecho público estatal y no un Derecho Penal vergonzante; de la misma manera que la potestad administrativa sancionadora es una potestad aneja a toda potestad atribuida a la Administración para la gestión de los intereses públicos. No es un azar, desde luego, que hasta el nombre del viejo Derecho Penal Administrativo haya sido sustituido desde hace muchos años por el más propio de Derecho Administrativo Sancionar." (Ibid., p.27).

¹⁴³FERRAIOLI, Luigi. **Direito e Razão**, p. 785 e 786. O modelo garantista originou-se na seara penal – em oposição à diferença entre os preceitos legais e a real aplicação deles, melhor dizendo, diferença entre normatividade e efetividade – e funciona “como um parâmetro de racionalidade, de justiça e de legitimidade da intervenção punitiva”. Sob o plano epistemológico se caracteriza como um sistema cognitivo ou de poder mínimo, sob o plano político se caracteriza como uma técnica de tutela idônea a minimizar a violência e a maximizar a liberdade e, sob o plano jurídico, como um sistema de vínculos impostos à função punitiva do Estado em garantia dos direitos dos cidadãos. E mensuraremos a adequação de um sistema constitucional, sobretudo pelos mecanismos de invalidação e de reparação idôneos, de modo geral, a assegurar efetividade aos direitos normativamente proclamados: uma Constituição pode ser muito avançada em vista dos princípios e direitos sancionados e não passar de um pedaço de papel, caso haja defeitos de técnicas coercitivas – ou seja, de *garantias* – que propiciem o controle e a neutralização do poder e do Direito ilegítimo.

motivar comportamento humano, necessita ser facilmente acessível a todos, não só aos juristas.¹⁴⁴

Tal aspecto se aplica à semelhança entre ilícitos penais e administrativos, pois os ilícitos, independentemente de sua natureza, devem desempenhar uma função pedagógica, motivando o comportamento humano, sendo inteligível por todos.

Essas expressões remetem à visão clássica do poder de polícia como instrumento da segurança e da ordem pública, conceito este que passou a adquirir novos significados a partir da incorporação de novos valores, como o da dignidade da pessoa.

A atuação do direito administrativo sancionador está relacionada com esse valor e, portanto, todos os institutos possuem finalidades, não só limitando a atuação dos particulares, visão tradicional do poder de polícia, mas estabelecendo um juízo positivo de antijuridicidade e culpabilidade haurido da legalidade formal, mas acima de tudo da sistemática de princípios e das normas constitucionais.

Nem todos comungam da ideia de um direito administrativo sancionador, em especial da realidade brasileira. Alexandre Rocha Almeida Moraes defende que

[...] parece ilusória, ao menos para a realidade brasileira, a pretensão da parte da doutrina, de criar uma nova espécie de direito: um direito administrativo sancionador, de molde administrativo ou, ainda a decriminalização de crimes de modo que tais demandas sejam exclusivamente tuteladas pelo direito administrativo.¹⁴⁵

O fato é que não se pode tampouco recomendável insistir na ideia de diferenciação substantiva entre Direito Penal e direito administrativo, sendo mais promissora a ideia de tratar o assunto por suas diferenças, por meio de critérios funcionais que levem em consideração as características próprias de funcionamento de cada uma das esferas.

Mesmo adotando esse critério procedimental, sem dúvida os problemas, as dificuldades de caracterizar definitivamente diferentes esferas são situação que conduzem para áreas obscuras, casos limítrofes, enfim, pontos nebulosos em cada um dos setores analisados.

De qualquer modo, os critérios acima enumerados parecem formar um bom ponto de partida para se pensar numa distinção mais consciente entre Direito Penal e direito administrativo nos dias atuais.

¹⁴⁴ TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos de Direito penal**. 5.ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 29.

¹⁴⁵ MORAES, Alexandre Rocha Almeida de. Op. cit. p. 65.

Especificamente com relação ao critério funcional entre direito administrativo e Direito Penal, partindo das características sancionatórias, parece ter sido enfim uma das poucas características que podem ser com exclusividade atribuídas a um dos ramos analisados.

As sanções aplicadas por cada ramo do direito, suas garantias, seus meios de instrução, tais como as sanções aplicadas a cada ramo do direito e de produção de prova suas regras de imputação, podem ser determinantes para se definir o modo mais conveniente para se regular determinado fenômeno através de uma ou outra esfera sancionatória.

O direito administrativo sancionador seria um sistema destinado a ofertar respostas às condutas ilícitas violadoras da expectativa normativa, merecendo portanto, uma sanção administrativa, ou seja, penas restritivas de direito.

4.3 A REDE SANCIONATÓRIA CIVIL

O liberalismo numa atuação conjunta aos ideais de patrimonialismo, igualdade, individualismo, bem como de intervenção mínima do Estado nas relações entre seus cidadãos, advindos da Revolução Francesa, influenciou diretamente na codificação civil brasileira de 1916.

Foi um período marcado pelo profundo apreço do legislador à proteção do patrimônio, num modelo subjetivo de responsabilidade, fundada exclusivamente na culpa (dolo ou culpa *stricto sensu*) do autor, cabendo à vítima provar esse nexos subjetivo. Um fardo pesado para ser carregado pela parte que normalmente era considerada hipossuficiente em relação ao autor do dano.

Conforme a visão de Sérgio Cavalieri Filho: “A teoria subjetiva não era mais suficiente para atender essa transformação social ocorrida em nosso século: constataram que se a vítima tivesse que provar a culpa do causador do dano, em numerossimos casos ficaria sem indenização, ao desamparo, dando causa a outros problemas sociais”.¹⁴⁶

O direito civil buscou e passou a buscar a pacificação dos conflitos sociais advindos do rápido avanço das relações sociais no último século. A dinâmica das relações sociais obrigou que o Estado atuasse visando a garantia não só dos direitos

¹⁴⁶ CAVALIERI FILHO, Sérgio, **Programa de Responsabilidade Civil**. 1 ed. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 133.

civis e políticos do seu povo, passando agora a se preocupar com os direitos econômicos, sociais e culturais fundamentais para a configuração de um Estado Democrático de Direito.

Essa mudança no âmbito de atuação do Estado provocou uma mudança em termos de responsabilidade civil, influenciado pelas leis extravagantes e largamente admitidas pela doutrina e jurisprudência, que gerou para a vítima uma maior facilidade para reparação do dano.

A responsabilidade passou a ser considerada subjetiva com culpa presumida, em que o autor do dano deve provar que não teve culpa ao cometê-lo, rompendo definitivamente com o critério traçado pelo Código de 1916, pelo advento da Constituição Federal de 1988.

Nas palavras de Cristiano Chaves de Farias:

Aquela estrutura rompeu (individualismo e patrimonialismo), suplantada pela tábua axiológica imposta pela Lei Fundamental, a partir do ideal de justiça distributiva e igualdade substancial, ao lado do binômio dignidade da pessoa humana e solidariedade social.¹⁴⁷

O Direito Civil passa a sentir os efeitos da constituição, a exemplo da propriedade que passa a ser relativizada em razão da função social e da dignidade da pessoa humana, acarretando em novas mudanças também na responsabilidade civil trazidas pela própria Lei Maior. A vítima, conforme o princípio da dignidade da pessoa humana e o seu bem-estar, em nenhuma hipótese pode arcar com o ônus gerado pelo dano. A responsabilidade civil preocupa-se agora em reparar o dano.

Os efeitos da globalização também são sentidos no direito civil, já que todo o progresso, a evolução tecnológica, os recursos naturais escassos, as novas relações sociais e os novos riscos alteram toda a dinâmica social.

Conforme a visão de Carlos Roberto Gonçalves "o surto de progresso, o desenvolvimento industrial e a multiplicação dos danos acabaram por ocasionar o surgimento de novas teorias, tendentes a propiciar maior proteção às vítimas".¹⁴⁸

Apartir da Constituição Federal passou-se para a responsabilidade objetiva calcada na teoria do risco, em que o exercício de alguma atividade perigosa, independentemente de culpa, é o substrato da responsabilidade civil.

¹⁴⁷ FARIAS, Cristiano Chaves. **Novo Código Civil: Redescobrimo as fronteiras do Direito Civil** p. 01.

¹⁴⁸ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade Civil**. São Paulo: Saraiva, 2003 p. 06.

Com a responsabilidade civil não foi diferente. O Novo Código, atendendo aos anseios constitucionais, trata a responsabilidade como objetiva, fundamentando-a na teoria do risco e o risco integral, em que mesmo por caso fortuito ou força maior independentemente de culpa, o dano necessariamente será reparado.

Na ótica de Gustavo Tepedino “o caminho da intensificação dos critérios objetivos de reparação” pode ser visto como um efeito decorrente da nova orientação constitucional.

A responsabilidade civil, calcada nos princípios constitucionais, paulatinamente caminha no sentido de reparação total do dano à vítima, gerando por consequência maior bem-estar social e eficaz aplicação e acesso à justiça.

Em se tratando de responsabilidade objetiva, abandona o paradigma onde o indivíduo que cometeu um ato ilícito pode não ser responsabilizado. Tais características são demasiadamente semelhantes às características apresentadas pela evolução do Direito Penal, passando de uma perspectiva individual para uma coletiva, adotando o risco como critério de mutabilidade da política jurídica e principalmente adotando um diferenciado modelo de controle social.

Outra característica que se assemelha é a inclusão da dignidade humana na esfera civil, fazendo com que o ser passe a ter mais relevância que o ter. Tal fato pode ser verificado pela possibilidade de indenização por dano material, mas também por dano moral que passa a um patamar extenso e significativo em termos de responsabilidade civil.

Tem-se que a nítida intenção do modelo atual em se tutelar de diferentes formas aspectos relacionados à dignidade da pessoa humana, uma característica pertencente também ao Direito Penal. Gustavo Tepedino defende que:

As previsões constitucionais e legislativas, dispersas e casuísticas, não logram assegurar a pessoa proteção exaustiva, capaz de tutelar as irradiações da personalidade em todas as suas possíveis manifestações.¹⁴⁹

Uma vez concebido o dano moral, como consequência da violação de determinado direito, e tendo como premissa a dignidade da pessoa humana e seu *status* constitucional, qualquer lesão à pessoa poderia ensejar a possibilidade de indenização.

¹⁴⁹ TEPEDINO, Gustavo. **A tutela da personalidade no ordenamento civil constitucional**. In Temas de Direito Civil, p. 37.

Porém, se tudo que for considerado lesivo à pessoa pudesse ser recompensado de forma pecuniária, com certeza, ter-se-iam casos de enriquecimento sem causa, banalizando a tutela civil da dignidade da pessoa humana.

Sem dúvida uma característica que encontra suas semelhanças com o Direito Penal, que propõe uma inflação legislativa onde tudo passa a ser considerado crime num fenômeno conhecido como simbolismo penal.

Com a nova redação do texto constitucional influenciando a responsabilidade civil, passou-se a um novo campo de tutela desse ramo do direito, com a experiência vivida pelo Direito Penal, evitando que muito se torne nada, ou que o excesso de tutela torne simbólica a proteção.

Outra possibilidade, a indenização individual é substituída por um princípio solidário que substitui um crédito de indenização a uma dívida de responsabilidade, uma responsabilidade pública dependente e comissões de indenização de caráter civil.

Nessa concepção de reparação pelo delinqüente, a indenização pela coletividade, a noção de sanção toma um significado completamente diferente, marcando a heterogeneidade da rede civil e a dificuldade de situá-la em relação à penal, amplamente ultrapassada por esse novo conceito de indenização, separada da culpa, depois do indivíduo.

Tratando-se de responsabilidade civil tradicional ou das normas técnicas de indenização coletiva, a lei só define um quadro geral no interior do qual o papel fundamental é confiado à autoridade judiciária.

Essa autoridade judiciária pode em alguns casos ser substituída pela comissão de indenização quando se tratar de indenização coletiva, que perdeu seu caráter de subsidiariedade, possibilitando à vítima que compareça diretamente à comissão de indenização, sem antes se dirigir ao juiz civil ou penal.

A vítima tem o total controle do processo na medida que é única, a princípio, que tem a iniciativa, depois o encargo da prova e, finalmente a escolha de fazer ou não a execução de eventual sentença condenatória.

Ela representa o motor do processo, a parte principal que determina uma resposta à infração penal; por vezes, de forma concorrente divide esse papel com o ministério público.

Em regra, a vítima possui o encargo de produzir prova e conduzir o processo de acordo com sua vontade, podendo inclusive sobrestar-lhe o andamento. O processo fica assim subordinado à vontade do agente, a forma com que o mesmo é

concebido, impedindo que os interesses internos do sistema dominem os interesses externos que o sistema tem obrigação de proteger.

De fato, o contato entre as partes pode influir diretamente no processo jurídico, o que evitaria de certa forma os inconvenientes do processo penal, que retira os conflitos das pessoas implicadas nele e funciona como base em um problema construído a partir da própria lógica do sistema.

Por outro lado, haveria a obrigação de suportar o encargo do processo, seja o de investigar o autor da infração, seja, recolher provas e custo do processo. Uma informação que faz-se pensar na possível disparidade entre uma parte e outra do processo, fator que com certeza poderia mascarar o processo.

A indenização é sem dúvida mais protetora dos interesses da vítima, já que protege sua iniciativa, além de colocá-la numa associada com a polícia, ministério público e poder executivo, por meio de ações de auxílio às vítimas, facilitando o recebimento de indenizações.

A rede sancionatória civil tem como um viés patrimonial recompensar ou ressarcir o dano sofrido pela vítima por meio da imposição de sanções patrimoniais, porém, ao contrário do que prevê o Direito Penal, o direito civil não dispõe de critérios previamente regulados para mensuração do *quantum* a ser pago a título de indenização.

São exceções a essa regra a previsão constante do Código Brasileiro de Aeronáutica¹⁵⁰ bem como a previsão constante da lei de imprensa¹⁵¹, a qual estabelece critérios para fixação do montante a ser pago a título de indenização.

No entanto, para a maioria dos casos, o juiz é responsável pela fixação do valor a ser pago, normalmente recorrendo aos princípios da razoabilidade,

¹⁵⁰ Art. 257. A responsabilidade do transportador, em relação a cada passageiro e tripulante, limita-se, no caso de morte ou lesão, ao valor correspondente, na data do pagamento, a 3.500 (três mil e quinhentas) Obrigações do Tesouro Nacional - OTN, e, no caso de atraso do transporte, a 150 (cento e cinquenta) Obrigações do Tesouro Nacional - OTN.

¹⁵¹ Art. 53. No arbitramento da indenização em reparação do dano moral, o juiz terá em conta, notadamente:

I - a intensidade do sofrimento do ofendido, a gravidade, a natureza e repercussão da ofensa e a posição social e política do ofendido;

II - A intensidade do dolo ou o grau da culpa do responsável, sua situação econômica e sua condenação anterior em ação criminal ou cível fundada em abuso no exercício da liberdade de manifestação do pensamento e informação;

III - a retratação espontânea e cabal, antes da propositura da ação penal ou cível, a publicação ou transmissão da resposta ou pedido de retificação, nos prazos previstos na lei e independentemente de intervenção judicial, e a extensão da reparação por esse meio obtida pelo ofendido.

proporcionalidade e moderação, orientação que pode ser constatada em julgados do STJ.¹⁵²

A indenização pelo prejuízo causado não exaure os critérios de aplicação da medida sancionatória civil, por outra perspectiva, a punição serve também como desestímulo para aquele que comete um ato ilícito.

Esse critério auxilia o juiz no momento de fixar o montante do valor a ser pago pelo infrator e leva consigo os princípios básicos da satisfação integral dos interesses lesados e da estipulação do valor que iniba novas investidas, como balizas maiores na determinação da reparação devida.

Quanto aos elementos mensuradores da pena imposta àquele que comete um ilícito civil, encontra-se um grande problema em termos de previsão legal, já que pune sem a devida cominação legal.

Mesmo assim, não se pode deixar de reconhecer na responsabilidade civil uma verdadeira sanção ao agente que lhe dá causa, estabelecendo uma consequência para aquele que praticou uma conduta ilícita.

Deste modo, o direito civil e sua rede sancionatória, sem dúvida, pode contribuir significativamente para o processo de reparação dos danos sofridos pelas vítimas, além de reforçar a confiança para com o sistema normativo. Uma visão preventiva do direito civil, desestimulando a prática de futuros ilícitos civis em decorrência da punição patrimonial.

Assim, como os demais sistemas jurídicos sua identidade estaria na rede sancionatória, cuja resposta normativa seria a imposição de reparação patrimonial ou imposição de medida compensatória.

4.4 A REDE “SANCIONATÓRIA” DE MEDIAÇÃO

Definida como a intervenção destinada a fazer entrar em acordo ou reconciliar pessoas por meio de terceira pessoa que intervém entre as partes que se confrontam.

¹⁵² Por todos os casos. AGA 470538/SC, Rel. Ministro Castro Filho, onde: “fixado o valor da indenização dentro dos padrões de razoabilidade, faz-se desnecessária a intervenção deste Superior Tribunal, devendo prevalecer os critérios adotados na instância de origem.” Data de Publicação: 24/11/2003. Disponível em <<http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia>> Acesso em: 22/12/2011.

De acordo com Mirreile Delmas Marty¹⁵³: Enquanto a mediação aparece como categoria vizinha do Direito Penal, é paradoxal que ela tenha por objetivo evitar o sistema penal.

Trata-se de um processo flexível, pois a finalidade maior é a reconciliação, que certamente pode ser facilitada por uma reparação prévia do dano. Na mediação a reparação é um meio, já que o objetivo principal é o de restaurar a harmonia daqueles que são considerados partes adversas. A mediação nas palavras de Warat¹⁵⁴ é uma forma ecológica de resolução dos conflitos sociais e jurídicos na qual o intuito de satisfação do desejo substitui a aplicação coercitiva e terceirizada de uma sanção legal.

Embora em algumas culturas nos países orientais o processo de mediação seja pouco valorizado, em outros a mediação é valorizada como o melhor meio de assegurar a harmonia do mundo.

Tais práticas podem abranger inclusive as infrações penais, funcionando como alternativa à variante penal, por meio de práticas informais que se desenvolveram à margem das principais estâncias penais.

Quanto às práticas de origem estatal, marcadas pela grande ausência de qualquer quadro legislativo utilizável no campo da política criminal, as possibilidades de definir as condições de designação e as características do mediador, os critérios de seleção, as regras de desenvolvimento do processo e as modalidades do acordo de mediação, o acompanhamento de sua execução e as consequências sobre as decisões judiciais demonstram inúmeras possibilidades e acarretam uma grande diversidade de práticas.

Como alternativa pode-se citar a arbitragem, um juiz que não está obrigado a recorrer a regras jurídicas, enquanto que o conciliador tentará resolver a questão sem que haja um vencedor ou um vencido, mas sim, um desfecho onde um participante sacrifica alguma coisa para manutenção da paz e restauração da harmonia.

Com relação às instâncias societárias, o grupo social, a vítima ou delinquentes, parece pertencer a uma parte essencial, que mesmo de origem estatal, favorece a busca de um acordo que restabeleça a harmonia no grupo social.

Tal papel pode variar conforme o conteúdo do acordo de mediação; por exemplo, uma reparação diante da emissão de um cheque sem fundo, uma obrigação

¹⁵³ DELMAS-MARTY, Mirreile. **Os Grandes Sistemas de Política Criminal**. Tradução Denise Radanovic Vieira. Barueri: Manole, 2004, p. 13.

¹⁵⁴ WARAT, Luis Alberto. **Em nome do acordo: A mediação no Direito**. Florianópolis: ALMED, 1998, p. 5.

assumida pela parte, que pode ser analisada como forma de reparação indireta (trabalho ou prestação de serviços) ou ainda puramente simbólica (apresentação de desculpas a vítima).

O fato é que, segundo Mirreile Delmas Marty:¹⁵⁵

Mediação punição, mediação reparação ou mediação reconciliação, a proximidade é, portanto, variável em relação penal propriamente dita, mas parece difícil não abrir ao campo penal a tais práticas, mais ainda porque elas- pela falta de âmbito comum-fazem emergir o difícil problema das garantias do processo.

Nesse trajeto, o que se destaca é a possibilidade de solução de conflitos num ambiente diverso do encontrado nos tradicionais e/ou morosos processos judiciais. Um momento diferente, marcado por ideia que rechaça o protagonismo judicial que, a princípio não se coaduna com a estrutura porosa, apta a manter uma correlação entre as várias regras fundamentais, cuja preservação se mostra indispensável. Uma proposta que contempla diferentes sugestões de resoluções pacíficas de conflitos, obviamente, em plena compatibilidade com os princípios inerentes à ordem democrática. Segundo Bolzan e Spengler: com o auxílio do mediador, os envolvidos buscarão compreender as fraquezas e fortalezas de seus problemas, a fim de tratar o conflito de forma satisfatória¹⁵⁶.

Nesse caminho parece louvável a proposta de solução conflitos por meio de mediação ou mesmo pela arbitragem, soluções que além de desafogar o judiciário, com sérios problemas funcionais e estruturais, seja para, efetivamente, realizar a importante função de colocar fim a um conflito submetido à solução.

Partindo da mediação como uma das alternativas para o tratamento de conflitos, em especial diante uma sociedade gravada por um crescente aumento qualitativo e quantitativo de demandas, pela morosidade do ordenamento jurídico e pela grande insatisfação aos jurisdicionados, a mediação, é sem dúvida, uma alternativa para a pacificação dos conflitos e acesso à justiça.

A mediação representa a possibilidade de solução de conflitos na qual as partes envolvidas buscam seus interesses e suas necessidades, por meio da consensualidade.

¹⁵⁵ DELMAS-MARTY, Mirreile. **Os Grandes Sistemas de Política Criminal**. Tradução Denise Radanovic Vieira. Barueri: Manole, 2004, p. 12.

¹⁵⁶ MORAES, José Luis Bolzan e SPENGLER, Fabiana Marion **Mediação e arbitragem**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 134.

Por meio de um terceiro imparcial, denominado mediador, escolhido previamente ou aceito pelas partes para facilitar o diálogo e se aproximarem da solução do litígio, seja evitando sua ampliação, seja buscando sua exata dimensão. O mediador deve ser um terceiro neutro, que conheça o processo de mediação, sem emitir juízo de valor, auxiliando as partes a dialogar no intuito de restabelecer o relacionamento e potencializar o positivo do conflito.¹⁵⁷

O mediador, ao contrário do juiz, nada decide, apenas estimula e viabiliza a comunicação entre as partes, sugere criativas soluções, facilita a celebração de um acordo mutuamente satisfatório.¹⁵⁸

Nas palavras de José Luis Bolzan de Moraes, citando Elena Highton e Gladys Elena Álvarez:

El mediador no actua como juez, pues no puede imponer una decisión, sino que ayuda a los contrarios a identificar los puntos de la controversia, a explorar las posibles bases de un pacto y las via de solución, puntualizando las consecuencias de no arribar a un acuerdo. Por esos médios, facilita la discusión e insta a las partes a conciliar sus intereses. Plantea la relación en términos de cooperación, con enfoque de futuro y con un resultado em el cual todos ganen, cambiando la actitud que adoptan en el litígio en que la postura es antagônica, por lo que una parte gana y outra pierde. En la mediación todas las partes resultan ganadoras puesto que se arriba a uma solución consensuada y no existe el resentimiento de sentirse “perdedor” al tener que cumplir lo decidido por juez. En definitiva, puede decirse que realmente ‘la mejor justicia es aquella a la que arriban las partes por si mismas’, em tanto el haber participado en la solución torna más aceptable el cumplimiento [...].¹⁵⁹

Essa, sem dúvida, parece ser umas das características que possibilitam à mediação uma função auxiliar dos órgãos encarregados da solução dos conflitos, seja pelo aspecto democrático, seja pela sua celeridade em relação aos métodos tradicionais, seja pela grande possibilidade de fertilizar o campo das decisões.

De acordo com Jasson Torres:

É indiscutível a importância da mediação como modelo que se expande mo seio da sociedade, como mecanismo válido na solução dos conflitos. Por isso, a confiança gradativamente vem aumentando nos instrumentos menos formais, diretos e rápidos no atendimento do direito reclamado pelo cidadão.

¹⁵⁷ TRENTIN, Sandro Seixas; DUTRA, Taise Rabelo; ULHMANN, Sheila Marione. **Da mediação incidental**. In: *Mediação enquanto política pública: a teoria, a prática e o projeto de lei*. (org) Fabiana Marion Spengler e Theobaldo Spengler Neto. 1.ed. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2010, p. 235

¹⁵⁸ SALES, Lília Maia de Moraes (Org.). **Estudos sobre a efetivação do Direitona atualidade: a cidadania em debate**. Fortaleza, 2005, p.162.

¹⁵⁹ (Tradução livre). HIGHTON, Elena; ÁLVAREZ, Gladys apud MORAIS, José Luis Bolzan de. **Mediação e Arbitragem: alternativas à jurisdição**. 1 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999. p. 136.

Dessa forma, acreditamos num programa que pode ser desenvolvido e colocado em prática junto à organização do Poder Judiciário, como importante auxiliar dos órgãos encarregados da solução dos conflitos e preocupados com o mais amplo acesso à justiça. [...] Em que pese não esteja inserido como texto legal, é um instrumento jurídico colocado à disposição da sociedade e do Poder Judiciário para viabilizar um paradigma de justiça.¹⁶⁰

Outro aspecto relevante da mediação é a grande possibilidade de as partes exercerem com plenitude a livre manifestação de vontade, numa manifestação intensa das partes e maior delimitação dos interesses colocados em conflito

Na ótica de Rui Bacellar “o respeito à vontade dos interessados, ressaltando os pontos positivos de cada um dos envolvidos na solução da lide, para ao final extrair, como consequência natural do processo, os verdadeiros interesses em conflito.”¹⁶¹

De acordo com desenvolvimento de processo de mediação, as partes têm uma maior oportunidade de se comunicarem, mudando de postura de conflito para uma postura de colaboração, reduzindo as situações de conflito.

Ao contrário de uma situação de conflito, comumente encontrada no judiciário, a qual se arrasta durante de anos, algumas vezes privando aqueles que teriam o direito de usufruir o direito. Do aforismo “a justiça tarda, mas não falha” passa-se para “a justiça que tarda é sempre falha” como termômetro da insatisfação geral com a ausência de resposta e a frustração permanente em fase da longa tramitação dos litígios.

As práticas de mediação interessam-se pelas distintas possibilidades criativas, que brindam as diferenças, a diversidade e a complexidade. As estratégias de mediação fornecem perspectivas para a participação dos atores sociais, que podem incrementar sua capacidade para iniciar ações novas, atuar como protagonistas ao enfrentar e resolver conflitos e dilemas em suas vidas, assim como narrar novas e melhores histórias sobre os sistemas dos quais são parte e de seu lugar nos mesmos¹⁶².

O objetivo da mediação não é tão somente a solução do conflito, mas a sua transformação. Uma visão que parte do pressuposto de que o conflito não é fruto direto de situações objetivas, mas sim do modo como as pessoas veem uma situação e como reagem a ela, de modo que é possível alterar o próprio conflito a partir da modificação do modo como as partes envolvidas o percebem.

¹⁶⁰ TORRES, Jasson Ayres. **O acesso à justiça e soluções alternativas**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p.168.

¹⁶¹ BACELLAR, Roberto Portugal. **A Mediação no Contexto dos Modelos Consensuais de Resolução de Conflitos**. In: *Revista de Processo*, São Paulo, n. 95, p. 122-134, jul.-set. 1999. p. 128.

¹⁶² SCHNITMAN, Dora Fried. **Novos Paradigmas na Resolução de Conflitos**. In: SCHNITMAN, Dora Fried; LITTLEJOHN, Stephen(Org.). *Novos Paradigmas em Mediação*. Porto Alegre: Artmed, 999. p. 56.

A mediação não busca o acordo, ao contrário torna-o desnecessário. Faz com que o conflito não gere incompatibilidades, tampouco tenta sana-lás. Trata-se, pois, de ajudar as partes a desenvolverem formas autônomas para lidar com as tensões inerentes ao seu relacionamento, e não de buscar acordos que dêem fim a um problema pontual.

A razão das controvérsias tem raízes bem mais profundas que as que normalmente são percebidas à primeira vista, nem mesmo pelas partes.

Como afirma Luis Alberto Warat:¹⁶³

Como os conflitos com forte dimensão emocional normalmente resultam das tensões vividas em uma relação que se prolonga no tempo e que tem múltiplas dimensões, buscar resolver o efeito sem atacar a causa real do desequilíbrio não seria uma saída razoável.

E o único modo de atacar as causas do conflito é não concentrar-se no próprio conflito (que é apenas efeito), mas no sentimento das pessoas, ajudando-as a olhar para si mesmas e a “sentir seus sentimentos”.¹⁶⁴

Cabe ao mediador uma maior sensibilidade, o poder de tocar mais profundo no problema, buscar as causas e não as consequências, extraindo a ódio para implantar outros sentimentos.

Por isso, o papel do mediador não é o de um negociador nem o de um conciliador (ambas em busca do acordo), mas o de um “psicoterapeuta de vínculos conflitivos”,¹⁶⁵ que busca auxiliar as partes a inscrever o amor no meio conflito.

Não se trata somente de uma simples negociação de interesses, da solução de uma lide, mas de um juízo de compreensão dos interesses e dos sentimentos envolvidos, com o escopo de transformar as relações que atingiram um grau de desequilíbrio tal que a autocomposição direta já não era mais um instrumento eficaz.

A reflexão de Bolzan de Moraes e Fabiana Spengler¹⁶⁶:

Diz-se dela uma forma consensuada de tratamento do litígio, uma vez que o terceiro mediador tem um poder de decisão limitado ou não autoritário, e que ajuda as partes envolvidas a chegarem voluntariamente a um acordo, mutuamente aceitáveis com relação às questões em disputa.

¹⁶³ WARAT, Luis Alberto. **O ofício do mediador**. Florianópolis: Habitus, 2001. p. 31.

¹⁶⁴ Id. Ibid. p. 31.

¹⁶⁵ Idem, Ibidem, p. 50.

¹⁶⁶ MORAES, José Luis Bolzan e SPENGLER, Fabiana Marion **Mediação e arbitragem**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 149.

Logo, a intensidade da discussão atinge um nível mais profundo, não se vislumbrando o simples encerramento do processo, uma meta a ser cumprida; ao contrário, se discute a origem do problema, permitindo às partes um verdadeiro regresso ao ponto que originou o desequilíbrio gerando a lide.

Nas palavras de Luis Alberto Warat:

A mediação é um trabalho de reconstrução simbólica do conflito, que é capaz de promover uma transformação no conflito por meio de uma (re) interpretação que, conferindo novas significações à relação conflituosa, recrie a possibilidade de uma convivência harmônica das diferenças.¹⁶⁷

Por seus aspectos positivos, a mediação pode ser iniciada antes da propositura formal de qualquer ação judicial, no decorrer do andamento do processo, ou em qualquer fase em que haja discordância sobre algum ponto que seja considerado essencial e não esteja sendo devidamente cumprido.¹⁶⁸

Consagrando o aspecto democrático, a comunicação entre as partes, a cidadania, a mediação é um espaço aberto para se pensar nas novas relações. Por essa razão, Fabiana Marion Spengler defende que:

A mediação funciona como um processo democrático, pois, rompe com os marcos dos conflitos, acolhendo a desordem e buscando a sua resolução pelo diálogo e compreensão entre as partes no intuito de garantir a democracia e a cidadania, principalmente na fundamentação da relação um com o outro.¹⁶⁹

Trata-se, portanto, de uma nova e eficaz alternativa que, ao viabilizar o acesso a soluções rápidas e criativas, responde às aspirações democráticas dos cidadãos, reservando-se ao Poder Judiciário, sempre que necessário for, o exame sobre a legalidade do processo de mediação.¹⁷⁰

A conciliação tem características distintas da mediação, está à postura do terceiro imparcial frente à autonomia das partes. O conciliador, ao contrário tal como o negociador, ocupa tipicamente um lugar de poder, pois, embora ele não tenha autoridade para impor uma decisão às partes¹⁷¹, as técnicas de que o conciliador se utiliza não são voltadas para fazer com que as partes reconheçam e realizem seus próprios desejos, mas têm como objetivo conduzir as partes a realizarem os objetivos do

¹⁶⁷ Op. cit. p. 76.

¹⁶⁸ TORRES, Jasson Ayres. **O acesso à justiça e soluções alternativas**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p.169.

¹⁶⁹ SPENGLER, Fabiana Marion. **Tempo, Direito e Constituição: reflexos na prestação jurisdicional do Estado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 74.

¹⁷⁰ DE PINHO, Humberto Dalla Bernardina. **Teoria Geral da Mediação: à luz do Projeto de Lei e do Direito Comparado**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008, p. 10.

¹⁷¹ Esse tipo de autoridade é própria dos modelos heterocompositivos, como veremos a seguir.

próprio conciliador, cuja função é a de propiciar um acordo, ainda que contra a vontade das partes.

Ainda que tal fato possa gerar perplexidade, muitas vezes o conciliador está interessado apenas em que as partes realizem um acordo, dado que ele se percebe como um sujeito, cujo objetivo é fazer com que se resolva o litígio por meio de uma promessa mutuamente consentida.

Uma situação especialmente comum nas conciliações institucionais, tal como as que ocorrem dentro do Poder Judiciário, nos juizados especiais criminais, em suas sessões de conciliação, nas audiências de conciliação e julgamento presididas pelos juízes. Nesses casos, o acordo não representa uma forma de valorizar a autonomia da parte, mas representa apenas uma estratégia para evitar que o juiz tenha que julgar o caso, acelerando o andamento do processo judicial.

O conciliador judicial cumpre seu papel institucional e burocrático quando o acordo é assinado e, por isso, muitas vezes utiliza todos os meios de pressão disponíveis para fazer com que as partes aceitem algum acordo. E mais grave ainda é a distorção do papel dos juízes que, para “agilizar” o seu próprio serviço, pressionam as partes, afirmando expressamente que ela deveria aceitar certa proposta, pois o acordo lhe seria mais vantajoso que a decisão que ele tomaria se tivesse que resolver o litígio.

O mais trágico é que essa supressão da autonomia é revestida por um discurso de garantia da própria liberdade das partes. A legitimidade do acordo é baseada na ideia de que ele é fruto de uma decisão das pessoas envolvidas, mas, por um lado, muitos acordos resultam da pressão do meio judicial (e da ignorância das partes, que potencializa essa pressão) ou de negociações em que afloram apenas os aspectos mais superficiais do conflito, pois falta ao conciliador a formação (e muitas vezes o interesse) de explorar todas as dimensões do conflito. Ademais, aliar essa exploração das raízes do conflito à conscientização das partes sobre os limites da sua liberdade¹⁷², possivelmente tornaria mais difícil o “acordo”, cuja obtenção é o objetivo do conciliador, mesmo que não seja o objetivo das partes (que não querem o acordo, mas a realização de seus próprios sentimentos de justiça).

A função do conciliador é a de resolver o litígio por meio de um acordo, em vez de oferecer à pessoa que vive um conflito interior a possibilidade de resolver suas

¹⁷² Incrivelmente, nas sessões judiciais de conciliação, especialmente nos juizados penais, muitas das partes não têm consciência de que elas podem simplesmente negar-se a fazer o acordo.

próprias tensões internas, para que ela possa vir a transformar adequadamente seus conflitos intersubjetivos.

Seu discurso é estabelecido em função do acordo, o lugar do conciliador é o lugar do poder que se impõe, não havendo um campo fértil para a autonomia que pode ser criar boas soluções.

Mesmo quando atua como um facilitador, o discurso do conciliador é estratégico e não comprometido, servindo a uma tentativa de limitar a autonomia das pessoas por meio de uma promessa formal. Uma liberdade limitada das partes, já que a mesma é sim um fruto da autonomia, por outro lado uma prisão no momento em que é feita.

A promessa é uma norma a ser cumprida e, embora a resolução normativa de conflitos seja uma estratégia de limitação da liberdade adequada para lidar com conflitos de pouca densidade emocional, é impossível enquadrar em normas a complexidade de uma relação multidimensional.

Assim, o sistema de mediação não funciona como uma rede sancionatória, circunstância que parece ser responsável pela falta de expressividade na sociedade, que ainda acredita que a sentença judicial seja dotada de maior legitimidade, num verdadeiro culto à cultura da sentença.

4.5 A CONTAMINAÇÃO DA REDE SANCIONATÓRIA PENAL PELAS MEDIDAS PUNITIVAS DAS DEMAIS REDES

O termo contaminação parece expressar uma noção negativa acerca do fenômeno, cada vez mais comum, da utilização de respostas extrapenais, para a solução de litígios de Direito Penal.

Em verdade, uma constatação marcada pela incoerência, posto que o Direito Penal, em seu caráter fragmentário, não poderia se preocupar com problemas sociais cujas respostas pudessem ser encontradas em outros ramos do direito.

Mantendo firme tal premissa, não seria possível de se imaginar uma resposta penal como multa, prestação pecuniária, conciliação, limitação de fim de semana dentre outras, como medidas impostas pelo Estado ao indivíduo violador de uma norma penal, o qual estaria resignado a sofrer uma pena privativa de liberdade, diante de uma conduta considerada grave.

Sendo o subsistema penal identificado a partir de seu código de pena privativa de liberdade/ não aplicação da pena privativa de liberdade, não haveria espaço para outras medidas, a exemplo das penas restritivas de direito.

Em que pese o entendimento daqueles que defendem que as penas restritivas de direito, funcionaram como importante alternativa para a evolução em termos sancionatórios, orientada pelos princípios humanísticos, balizadas em especial, na dignidade humana, a simples alteração legislativa penal não pode de forma isolada lograr êxito em atender uma proteção suficiente, sem que todo o conjunto esteja sendo adaptado para as novas mudanças, ou seja, alterações pontuais que nada modificam.

A incoerência reside exatamente nesse aspecto, já que o subsistema de Direito Penal não se permite, em razão de sua potencialidade, estar preocupado com aspectos satisfatoriamente tutelados em outros ramos do direito considerados menos traumáticos.

Se estivesse num raio mais limitado de atuação, com certeza, não haveria necessidade de instituir penas restritivas de direito, como acessórias de penas privativas de liberdade, se afastando da sua identidade, de seu código exclusivo.

Nesse contexto, se torna extremamente complexo explicar a possibilidade de transação e de suspensão condicional de processo, facultadas pela lei dos juizados especiais criminais. Qual a resposta dada para os inúmeros casos onde a lei penal admite a substituição de pena privativa de liberdade, consagrada no artigo 44 do código penal brasileiro.

Por mais que se defenda a existência de independência entre as esferas penal, cível, e administrativa, cada conduta considerada antijurídica terá regras diversas, dispostas nas diferentes disciplinas do direito. Reconhecer que as finalidades de cada um dos ramos que integram a ciência jurídica são disformes, sustentadas em estruturas próprias e que não podem, em hipótese alguma sere confundida.

Razão pela qual o próprio código civil tem a seguinte previsão “A responsabilidade civil é independente da criminal”.¹⁷³ Trata-se de uma independência relativa, posto que a atuação das respectivas esferas, bem como o resultado obtido pela aplicação da uma das partes, compõe direito uno, considerado como um sistema normativo interligado e harmônico.

¹⁷³ Art. 935. A responsabilidade civil é independente da criminal, não se podendo questionar mais sobre a existência do fato, ou sobre quem seja o seu autor, quando estas questões se acharem decididas no juízo criminal.

O sancionado recebe uma ou várias respostas do ordenamento jurídico pela conduta antijurídica, encontrando, em alguns casos, a possibilidade de compensar as sanções, a exemplo da indenização paga à vítima em virtude de condenação penal a pena restritiva de direitos de prestação pecuniária (art. 43, I, CP, redação da lei 9.714/98) e a indenização decorrente de condenação em ação de reparação civil pelo mesmo fato, por isso que a indenização penal necessariamente há de ser diminuída do montante de eventual indenização civil, conforme artigo 45 § 2o, segunda parte do código penal.¹⁷⁴

Na mesma linha, o art. 297, lei 9.503/97 – código de trânsito brasileiro¹⁷⁵; contudo é oportuno lembrar que o jurisdicionado não pode ser sancionado pelo Estado duplamente pelo exercício do *jus puniendi* e pelo do poder de polícia, sob flagrante violação ao princípio do *non bis in idem*, por isso que o particular está nessa mesma qualidade, tanto na relação de direito administrativo assim na relação de Direito Penal.

De forma diversa, encontra-se a possibilidade de uma punição não ser considerada para outros efeitos jurídicos, não havendo qualquer isenção ou mesmo compensação acerca de aplicação de diferentes normas jurídicas para a mesma conduta.

A pena de perdimento de veículo apreendido com mercadoria irregularmente importada, prevista no regulamento aduaneiro: a aplicação desta sanção administrativa não elide nem condiciona eventual sanção penal por crime de contrabando.

Com relação ao meio ambiente “As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independente da obrigação de reparar os danos causados” (CF, art. 225, §3o).

Na mesma esteira o art. 19, lei 8.884/90,¹⁷⁶ que dispõe sobre o conselho administrativo de defesa econômica – CADE e as infrações contra a ordem econômica: Assim, a caracterização de infração à ordem econômica (arts. 20 e 21 da lei 8.884/94) possibilita a repressão de natureza administrativa, para a qual é competente o conselho

¹⁷⁴ “O valor pago será deduzido do montante de eventual condenação em ação de reparação civil, se coincidentes os beneficiários”.

¹⁷⁵ “A penalidade de multa reparatória consiste no pagamento, mediante depósito judicial em favor da vítima, ou seus sucessores, de quantia calculada com base no disposto no § 1o do Código Penal, sempre que houver prejuízo material resultante do crime. § 3º Na indenização civil do dano, o valor da multa reparatória será descontado”.

¹⁷⁶ “A repressão das infrações da ordem econômica não exclui a punição de outros ilícitos previstos em lei”.

administrativo de defesa econômica – CADE, autarquia federal vinculada ao Ministério da Justiça.

Em sede penal a lei 8.137/90, que tipifica crimes contra a ordem econômica, a repressão está prevista no art. 195 da lei 9.279/96 (lei da propriedade industrial), que tipifica os “crimes de concorrência desleal”. Por derradeiro, a responsabilidade civil do concorrente desleal, que deve indenizar o comerciante prejudicado, ainda que o ato não esteja tipificado como crime de concorrência desleal (art. 209, lei 9.279/96), e com maior razão se o estiver.

Na ação popular, o art. 15 da lei 4.717/65, o raciocínio é idêntico,¹⁷⁷ possibilitando que uma pluralidade de dispositivos possa incidir sobre uma conduta, mesmo que pertencentes a diferentes ramos do direito.

Não há, portanto uma sistematização em termos de fixação de sanções distintas, oriundas de diferentes sistemas de direito, aspecto que prejudica a harmonia e a coerência, já que as respostas fogem de seu âmbito de atuação, sendo aplicadas num ambiente estranho, contrariando sua identidade.

Tal afirmação, para o Direito Penal, justifica a invasão, cada vez maior de outros dispositivos, não penais, num verdadeiro *tsunami* de influências oriundas de direitos outros subsistemas, considerados de *prima ratio* e que, ao contrário de seus princípios mais elementares, fazem com o Direito Penal passa a ser cada vez mais utilizado fora de uma de suas principais características, a subsidiariedade.

A lei do juizado especial criminal, cujas críticas são muitas, a iniciar pela própria competência definida dogmaticamente, definindo que são considerados crimes de pequeno ou menor potencial lesivo aqueles cuja pena máxima não ultrapasse um ano. Ainda que o prazo tenha sido ampliado para dois anos, pelo advento da lei 10.259/2001 a crítica reside aqui na inconstitucionalidade em se abarcar uma classificação penal pela pena, simplesmente ignorando o princípio da exclusiva proteção dos bens jurídicos, responsável por ligar o Direito Penal ao texto maior.

Não só o princípio da exclusiva proteção dos bens jurídicos pode ser apontado, posto que a falta de ofensividade, da lesividade da ação excluiria, por si só, aquelas condutas que não causem um dano significativo.

Conforme a visão de André Copetti:

¹⁷⁷ “Se, no curso da ação, ficar provada a infringência da lei penal, ou a prática de falta disciplinar a que a lei comine a pena de demissão ou a de rescisão do contrato de trabalho, o juiz, *ex officio*, determinará a remessa de cópia autenticada das peças necessárias às autoridades ou aos administradores a quem competir aplicar a sanção”.

[...] a conveniência da ingerência estatal penal deve ser ponderada numa relação entre o dano causado pela ação e a possível afetação dos direitos constitucionais a inviolabilidade da liberdade, a dignidade e a própria vida privada do cidadão, que diante do submetimento a um processo criminal em decorrência de um fato escasso ou nenhuma lesividade, são profundamente desconsiderados e desrespeitados.¹⁷⁸

Muitas condutas poderiam ser descriminalizadas em razão da relação desproporcional entre os bens da vítima e do agente, colocados em jogo durante a persecução penal a saber: artigos 130; 132; 135; 137;139; 140; 140 *caput* e § 2º; 147, 150, 151 *caput*; 153, 154, 161, 163; 164; 166;169;176; 180 § 3º; 184; 207; 208; 209; 233; 237; 240 *caput* dentre outros exemplos.

Na mesma esteira, as contravenções penais são atingidas pela ingerência penal que passa a assumir praticamente tudo, diante da incostestável fragilidade das políticas administrativas.

Uma atuação lógica e racional confrontada pela quantidade de delitos catalogados com a natureza de contravenções, agravada por respostas que só são penais no nome, mas de essência administrativa, civil ou extrapenal.

A contaminação assim, não reside somente na tipificação de condutas estranhas ao Direito Penal, sendo percebida também pelo alargamento de respostas jurídicas extrapenais, ofertado pelo Direito Penal que perde, cada vez mais, sua identidade em relação à rede sancionatória.

4.6 A REDUÇÃO DAS POSSIBILIDADES DE INCIDÊNCIA DAS PENAS PRIVATIVAS DE LIBERDADE

Para Hans Kelsen existe uma divisão entre normas primárias e normas secundárias; as primeiras seriam normas que impõem uma conduta determinada e as demais, as que estatuem uma sanção para a hipótese de não serem cumpridas as primeiras.¹⁷⁹

A sanção ou penal representa uma resposta para o indivíduo que viola determinado dispositivo normativo, assegurando sua eficácia prática.

Segundo Darci Guimarães Ribeiro:

¹⁷⁸ COPETTI, André. **Direito Penal e Estado Democrático de Direito**. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2000, p. 191.

¹⁷⁹ KELSEN, Hans. **Teoria Geral das Normas**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1986, p. 181.

Este é um mecanismo criado pelo ordenamento jurídico para assegurar eficácia prática a um preceito normativo pode ser vista desde um prisma repressivo, em virtude na inobservância da norma, ou premial, como estímulo para a realização voluntária do mesmo.¹⁸⁰

Ao sentenciar, o magistrado estabelecerá a consequência jurídica para o delito, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime, seguinte exatamente a orientação do artigo 59 do Código Penal.

Essa orientação apresenta uma dupla função, a primeira, denominada psicológica, consiste num processo onde o Estado hierarquiza os interesses das pessoas em sociedade, permitindo que estas cumpram voluntariamente com suas obrigações, na medida que, conhecendo essa hierarquia, elas possam se adequar a determinados valores que favorecem a adesão espontânea. Na segunda, judicial, consiste na função pela qual a hierarquia dos interesses em sociedade serve de diretriz ao juiz em sua tarefa de aplicar os valores que anteriormente essa sociedade estabeleceu como essenciais.¹⁸¹

Essa resposta apresentada deve estabelecer uma proporcionalidade, fazendo com que as condutas mais graves tenham respostas penais mais duras, o que remete à dedução que, para os crimes de menor gravidade, a melhor solução consiste em impor restrições aos direitos do infrator, sem retirá-lo do convívio social.

O sistema de penas disponíveis na atualidade parece não ter condições de responder satisfatoriamente aos fins propostos pelo Direito Penal; a primeira por serem demasiadamente aflitivos; a segunda por serem ineficazes.

Isso não resulta na afirmação de que a ação delituosa restará impune, ao contrário estará se preservando a ordem social e a proteção dos bens jurídicos, contudo, sem o estigma da prisão. É nesse ambiente que se desenvolvem as penas restritivas de direitos ou simplesmente, como usualmente nomeadas: penas alternativas.

Conforme a visão de Luigi Ferrajoli “trata-se do tipo de flexibilidade da pena privativa de liberdade que torna possível, em sede de execução, as chamadas medidas alternativas, introduzidas neste século em quase todos os países europeus.”¹⁸²

As penas como respostas jurídicas aos atos considerados ilícitos são inderrogáveis, personalíssimas, disciplinadas por lei e proporcionais ao crime e constitucionalmente previstas. As penas alternativas, numa visão dogmática estão

¹⁸⁰ GUIMARÃES, Darci Ribeiro. **Da Tutela Jurisdicional as Formas de Tutela**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 51.

¹⁸¹ Id, *ibid.* p. 51.

¹⁸² FERRAJOLI, Luigi. *Op. Cit.* p. 374.

previstas na lei de execução penal assim como na Constituição Federal de 1988 em seu art. 5º, inciso XLVI.

Com a criação dos juizados especiais, lei federal 9.099/95 para aplicação de penas alternativas nos crimes de menor potencial ofensivo, em que a pena cominada fosse igual ou inferior a 1 ano de prisão, assim como na lei 10.259/2001, criação dos juizados especiais criminais na esfera federal que subiu para 2 anos o limite dos delitos considerados de pequeno potencial lesivo e, principalmente com a lei federal 9.714, de 1998 onde as penas alternativas ganharam mais destaque na dogmática brasileira.

A partir destas leis o juiz poderia substituir a pena privativa de liberdade por pena restritiva de direitos, sempre que a pena fixada for igual ou inferior a 4 anos, desde que o crime cometido não tenha sido concretizado com violência ou grave ameaça, sendo o réu primário e de bons antecedentes criminais.

Uma ampliação das possibilidades da sua aplicação de penas como a prestação pecuniária, a perda de bens e valores, a prestação de serviços a entidades públicas, interdição temporária de direitos e limitação de fim de semana. Um posicionamento que acompanhou a tendência alienígena, a exemplo do pensamento mundial que estabeleceu, em Assembléia Geral das Nações Unidas de 14 de dezembro de 1990, um conjunto de recomendações mínimas para elaboração de medidas não privativas de liberdade, *non-custodial measures*, garantindo a observância dos direitos humanos, exigências da justiça social e as necessidades de reinsertão dos delinquentes, denominadas Regras de Tóquio.¹⁸³

Dentre as recomendações destacam-se: Garantir maior equilíbrio entre os direitos dos infratores e o direito das vítimas de acordo com os conceitos de segurança da sociedade e prevenção dos crimes; visando garantir uma maior flexibilidade, consistente com a natureza e gravidade do crime, com a personalidade e antecedentes do infrator, com a proteção da sociedade evitando desnecessário uso da prisão, a justiça penal deve ter disponível um amplo elenco de penas alternativas; o desenvolvimento de novas penas alternativas deve ser encorajado, sendo sua aplicação submetida à avaliação sistemática e monitorada; o juiz, tendo a sua disposição o elenco da penas alternativas, deve levar em consideração na sua sentença a necessidade de reabilitação do infrator, a proteção da sociedade (*public safety and crime prevention*) e os interesses da vítima;

¹⁸³ NETO, Candido Furtado Maia. **Código de Direitos Humanos para a justiça criminal brasileira**. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 1018 e 1019.

Destas recomendações, a legislação brasileira parece ter acolhido quase que sua totalidade, em especial pela criação da lei 9.714/98, denominada de lei das penas alternativas, dando maior abrangência e flexibilidade para substituição das penas privativas de liberdade.

Basta uma análise do artigo 43 do código penal brasileiro para se perceber a magnitude da alteração, passando a prever as penas alternativas disponíveis para o magistrado sentenciar.¹⁸⁴

A legislação estabelece alguns requisitos, que estão dispostos no artigo 44 do código penal, parte deles considerados objetivos e outra subjetivos. Os primeiros são para os crimes dolosos: que a pena privativa de liberdade não seja superior a quatro anos (art. 44, I); - que o crime não tenha sido cometido com violência ou grave ameaça (art. 44, I); - que o condenado não seja reincidente em crime doloso (art. 44, II); - se o condenado for reincidente, que a reincidência não se tenha operado em virtude da prática do mesmo crime (art. 44, § 3º).

Nos casos dos crimes culposos, a lei não estabeleceu requisito de tempo, admitindo-se a substituição independentemente do *quantum* da pena aplicada.

Os requisitos subjetivos para a aplicação da pena restritiva de direitos: em qualquer caso, que a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do condenado, bem como os motivos e as circunstâncias indiquem que essa substituição seja suficiente (art. 44, III); se o condenado for reincidente, e a reincidência não se tenha operado em virtude da prática do mesmo crime, que, em face da condenação anterior, a medida seja socialmente recomendável (art. 44, § 3º).

Caso o apenado não cumpra de forma adequada a pena restritiva de direitos, ela poderá ser convertida em pena privativa de liberdade nas seguintes situações: quando ocorrer o descumprimento injustificado da restrição imposta (art. 44, § 4º); sobrevindo condenação por outro crime a pena privativa de liberdade, caso em que o juiz poderá deixar de converter a pena restritiva em privativa de liberdade, se for possível ao condenado cumprir a pena substitutiva anterior (art. 44, §5º).

Na atualidade a pena privativa de liberdade teve redução considerável em seu âmbito de aplicação, seja pela já constatada inefetividade de suas propostas, seja

¹⁸⁴ Art. 43 - As penas restritivas de direitos são: I - prestação pecuniária; II - perda de bens e valores; III - (VETADO) IV - prestação de serviço à comunidade ou a entidades públicas; V - interdição temporária de direitos; VI - limitação de fim de semana.

pela precariedade do meios de implementação e ainda pela possibilidade da aplicação de respostas penais mais brandas.

Em muitos casos, a pena privativa de liberdade parece produzir mais sequelas que a própria ocorrência do delito, prejudicando e comprometendo ainda mais aqueles que são submetidos ao rigor e precariedade de uma rede sancionatória que detém com exclusividade a pena privativa de liberdade.

Para abrandar tais problemas, evitando que muitos condenados fossem submetidos aos problemas inerentes a essa modalidade de pena, um numeroso rol de tipos penais passou a contar com a possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por penas restritivas de direitos.

O problema mais acentuado reside na adoção de procedimentos que não respeitem os princípios penais, afinal, por mais brandas que possam parecer ou significar, continuam pertencendo ao Direito Penal.

Exemplo dessa violação pode ser encontrado nas penas de multa; em primeiro lugar por serem consideradas impessoais, podendo qualquer um, ainda que não seja violador do dispositivo possa arcar com o valor; em segundo, pelo fato de serem extremamente seletivas, portanto passíveis de cumprimento pelas pessoas com recursos destinados ao pagamento.¹⁸⁵

De outro cariz, sendo o Direito Penal considerado subsidiário, destinado somente a incidir sobre as condutas consideradas socialmente intoleráveis, não haveria coerência em se manter comportamentos suscetíveis de aplicação da pena de multa.

Tal posicionamento poderia conduzir a outros problemas, seja contribuindo para uma inflação penal, seja trazendo descrédito em relação à população, diminuindo sua importância e estimulando a transformação da pena em taxa e, por fim, uma larga utilização sem que haja a satisfação dos objetivos buscados pelo Direito Penal.¹⁸⁶

Por essa razão as penas restritivas de direitos, mesmo tendo ganhado grande área de atuação, sendo cotadas como alternativa viável ao problema da ilicitude, não podem invadir o espaço pertencente a outros sistemas sancionatórios.

Uma invasão que diminui a possibilidade de aplicação da pena privativa de liberdade e que, ao contrário do que propõem as teses expansionistas, acabam limitando ainda mais o Direito Penal em termos sancionatórios.

¹⁸⁵ No mesmo sentido Ferrajoli. **Direito e Razão Teoria do Garantismo Penal**. Ed. Revista dos Tribunais. São Paulo, 2010, p. 382 e 383.

¹⁸⁶ COPETTI, André. **Direito Penal e Estado Democrático de Direito**. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2000, p. 188.

4.7 A AMPLIAÇÃO DO DIREITO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR NA ESFERA CRIMINAL

Numa perspectiva de superação da pena privativa de liberdade, o principal problema é encontrar outra modalidade de pena com aptidão para substituí-la. O direito administrativo sancionador, transitando entre o direito administrativo e o Direito Penal, surge como uma medida viável.

No entanto, qualquer modificação acerca da punição dos indivíduos, num contexto de humanização e de manutenção da dignidade, requer mais do que uma redefinição teórica e normativa das privações de bens e direitos.

Se for exigido da pena determinada função, ela deve passar por um novo processo de destinado a reduzi-la, redimensioná-la, redefinindo seus conteúdos. A pena estabelecida pelo juiz no momento da condenação deverá permanecer certa e não será possível modificá-la.

Para isso pode partir do reconhecimento dos prejuízos advindos da pena privativa de liberdade, notoriamente antieducativa e criminógena, causando uma aflição desumana excessiva, e bastando outras espécies de reprimendas como prisão domiciliar, a obrigatoriedade de residir em determinado lugar e semiliberdade.

A pena privativa de liberdade ficaria somente para os casos onde as condutas fossem consideradas gravíssimas, intoleráveis e ainda, por um tempo máximo determinado. Por essa razão as penas restritivas de direitos, previstas como penas principais devem estar previstas em lei, segundo uma escala que permitisse sua graduação proporcional e sua ponderação em conformidade com a gravidade dos delitos.

Por outro lado, o próprio desenvolvimento da sociedade, a passagem para o Estado Democrático de Direito demandariam uma revisão acerca da utilização da pena privativa de liberdade como sanção penal.

A reflexão de Winfried Hassemer:¹⁸⁷

Como a pena privativa de liberdade é uma intervenção grave nos direitos do condenado, deve-se prometer alternativas a ela, e não uma capacidade mais elevada de solução do problema. Isto resulta do princípio da proporcionalidade.

¹⁸⁷ HASSEMER, Winfried. **Introdução aos Fundamentos do Direito Penal**. Sergio Antonio Porto Alegre: Fabris Editor, 2005, p. 389.

Não se trata de uma postura abolicionista, mas sim de uma preservação de pena privativa de liberdade para os casos de condutas consideradas merecedoras de uma reprimenda, cujos efeitos, inegavelmente são nefastos.

O direito administrativo sancionador teria como vantagem uma estrutura com aptidão para responder de forma mais adequada a problemas de imputação, por meio do modelo objetivo de responsabilidade.

Além disso, teria condições de ofertar respostas mais adequadas ao problema de crimes envolvendo pessoas jurídicas, sejam eles praticados contra meio ambiente, ordem econômica, relação de consumo, além de atender demandas de forma mais célere, consagrando o princípio da eficiência e da razoável duração do processo.

Na ótica de Lênio Luiz Streck¹⁸⁸:

Antes de pensar na introdução de mecanismos anti-hermenêuticos e antidemocráticos no sistema (além dos que já foram implementados), o *establishment* jurídico brasileiro poderia refletir seriamente acerca da efetiva utilização dos instrumentos processuais-procedimentais existentes de há muito no ordenamento, os quais, a toda evidência, poderiam contribuir, em muito, para o assim chamado “desafogo da máquina judiciária”.

O direito administrativo sancionador viabilizaria a efetivação de direitos não atendidos pelos tribunais jurisdicionais, auxiliando ainda no aumento da vazão de processos que não seriam levados ao judiciário.

É certo que tal medida não possui a intensão de solucionar o problema da morosidade judicial, entretanto, tem-se no direito administrativo uma grande alternativa para um futuro complexo.

E prossegue o autor¹⁸⁹:

A criação de tribunais administrativos, com a competência para o julgamento das ações e recursos contenciosos que tenham por objeto, litígios, derivados das relações administrativas e fiscais com a previsão de um Tribunal Administrativo Superior (sem prejuízo da competência própria do Supremo Tribunal Federal ou de Tribunal Constitucional que venha a ser criado), a exemplo do que ocorre em países como França, Portugal e Espanha, igualmente poderia representar significativo avanço no terreno da efetividade qualitativa dos processos e da jurisdição constitucional.

¹⁸⁸ STRECK, Lênio Luiz. **A súmula vinculante e o controle panóptico das decisões judiciais**. v.4. **Marília**: ARGUMENTUM Revista de Direito- Universidade de Marília, Unimar, 2004, p. 24. Disponível em: < http://www.unimar.br/pos/rev_D/Direito_vol_04.pdf > Acesso em: 28/12/11.

¹⁸⁹ Ibidem. p. 24.

Além do benefício da celeridade, são encontradas outras características interessantes, inclusive comuns ao Direito Penal e ao direito administrativo, a exemplo dos princípios da legalidade e de responsabilidade. É óbvio que este último, com características distintas.

Do mesmo modo, a proposta de um direito administrativo sancionador não exclui a atuação penal, somente a recoloca num patamar previamente projetado, onde sua atuação está condicionada a punir as condutas socialmente intoleráveis, respeitando a fragmentariedade e a intervenção mínima, bem como sua exclusividade de aplicar penas privativas de liberdade.

A respeito disso Mirreile Delmas Marty:

É óbvio que tal proposta demanda uma série de medidas como ampliação do sistema de legalidade das incriminações e das sanções, a proibição da retroatividade. Por outro lado, a especialização daqueles que participam dos órgãos de repressão administrativa, assegurando sua eficácia e risco de flexibilidade.¹⁹⁰

Não se trata de substituir o Direito Penal pelo direito administrativo, e sim, de uma remodelação de um sistema jurídico de controle social, que com novos poderes, novo raio de atuação passe a atuar em conjunto com um Direito Penal, preservando suas diferenças, mas acima de tudo construídos numa base constitucional sólida que impede ao mesmo tempo uma tutela ineficaz e evita uma tutela excessiva.

O Direito Penal e o direito administrativo sancionador seriam categorias gêmeas, tendo as mesmas prerrogativas em termos sancionatórias, preservando suas características peculiares e tendo como pano de fundo a Constituição Federal.

Suas diferenças seriam apenas em termos sancionatórios, onde cada uma preservaria sua modalidade de punição e, de conseqüência, sua identidade.

¹⁹⁰ DELMAS-MARTY, Mirreile. **Os Grandes Sistemas de Política Criminal**. Tradução Denise Radanovic Vieira. Barueri: Manole, 2004, p. 12.

5 CONCLUSÃO

O contexto atual, marcado pelas grandes alterações, pelas novas tecnologias e por novos riscos, sem dúvida, representa um dos mais relevantes fatores de modificação para os meios de controle social, que passam a pensar numa nova organização e estruturação para melhor controle da sociedade moderna.

A partir da globalização e do crescimento da insegurança, o Direito passou a enfrentar situações inéditas, as quais demonstraram que os instrumentos tradicionais de regulação social não tinham aptidão para enfrentar as novas demandas sociais.

Surge a necessidade de adotar uma postura jurídica de combate a ilicitude num ambiente social globalizado e cada vez mais complexo, responsável por desconstruir os instrumentos tradicionais de controle social.

A teoria dos sistemas revela uma nova perspectiva, uma forma de controle social que tenta reduzir a complexidade social, auxiliando a homem a compreender essa nova realidade. Uma teoria complexa para uma sociedade complexa, expressando estruturas organizadas a partir de suas funções, verdadeiras identidades, aptas a responder às novas demandas.

A complexidade passa a ser sentida na constituição, com o surgimento de novos bens jurídicos e novas valorações, da interação entre as novas estruturas que passam a ocupar lugar privilegiado na ordem jurídica.

Um fenômeno que se expande para todo o sistema jurídico e que, por essa razão, foi organizado a partir de sua rede sancionatória, numa perspectiva de identificar cada um dos subsistemas de acordo com sua rede sancionatória.

A rede sancionatória penal com o monopólio da pena privativa de liberdade, passa a adotar uma postura funcional reconhecida como expansão penal, numa remodelação, onde esse ramo atuaria mais intensamente num raio maior de atuação.

A expansão, numa de suas principais propostas, fraciona o Direito Penal em diferentes níveis: num primeiro ter-se-ia o Direito Penal de primeira velocidade, uma estrutura que permaneceria vinculada à pena privativa de liberdade bem como as garantias formais e materiais do indivíduo.

Num nível acima, a segunda velocidade, propor-se-ia uma modificação que substituiria a pena privativa de liberdade pela restritiva de direito, diminuindo as garantias do cidadão.

Na última etapa, uma sugestão que tem sido objeto de discussão, idolatrada por uns e repudiada por outros, o chamado Direito Penal de terceira velocidade, conhecido como Direito Penal do inimigo.

É uma mescla de duas propostas anteriores, mantendo a pena privativa de liberdade e aniquilando as garantias do cidadão. Totalmente funcional e normativa, uma resposta dura para aqueles que não se mostram confiáveis em relação ao cumprimento dos deveres normativos e que por essa razão são considerados fontes de perigo.

A terceira velocidade do Direito Penal, dentre outras medidas, postula pela aplicação de um Direito Penal de autor e não de fato; pela periculosidade, pela antecipação de punibilidade, pelos crimes de perigo abstrato e pela coação.

Em que pese o grande esforço dos autores em desenvolver de forma metódica e organizada a proposta de expansão do Direito Penal, não se pode conceber evolução quando a mesma proposta carrega consigo a bandeira da diminuição dos direitos fundamentais.

A rede sancionatória administrativa, com a possibilidade de aplicar penas restritivas de direito, passa a atuar com maior intensidade em substituição a sua notória fragilidade.

Essas alterações implicam em significativas alterações, num processo de fortalecimento de suas estruturas e aprimoramento de seu aparato. Há necessidade de desvinculação do direito administrativo com a política, de maior imparcialidade nas tomadas de decisões, de evitação do *bis in idem*, de utilização de termos vagos e indeterminados e, acima de tudo, uma preocupação da manutenção de compatibilidade do direito administrativo com os direitos e garantias fundamentais.

Mediante a reformulação do direito administrativo que abandone conceitos vagos e indeterminados, com capacidade de imparcialidade e que propicie decisões não influenciadas por aspectos econômicos.

Que divida o controle de forma funcional, propondo um direito administrativo mais intenso, com maior área de abrangência, com maior rigor de suas reprimendas, resolvendo não só questões relacionadas ao funcionamento do Estado, mas também questões afetas aos interesses coletivos. O direito administrativo sancionador passaria a corroborar com o processo de regulação social, tornando-se um importante aliado no combate a ilicitudes.

No mesmo passo, o direito civil, com vistas a atacar a parte patrimonial, de reparação dos danos gerados por atos ilícitos, traria maior destaque para a vítima, que

antes ficava relegada a um plano, inferior tanto para o Direito Penal quanto para o administrativo.

Uma tarefa que parte da identificação daquilo que, efetivamente, faz parte de sua estrutura, de seu aparato, estabelecendo uma separação entre Direito Penal e direito administrativo.

É um subsistema caracterizado pela aplicação das sanções indenizatórias e reparatórias, que também precisa de aprimoramentos, já que objetivamente não há um critério definido para aplicação das sanções e, por outro, gera enorme confusão entre dispositivos que mesclam diferentes redes sancionatórias.

O direito civil, com o advento da Constituição de 1988, passa a adotar um modelo objetivo de responsabilidade e assim, como o direito administrativo, pode contribuir em demasia para a resolução de problemas de modernidade.

Em seu aspecto constitucional, o direito civil passa a ter no princípio da dignidade da pessoa humana uma nova bandeira que, sem dúvida, contribui para uma postura amplíssima em termos de tutela civil.

Outra aposta interessante é a da mediação, conferindo às partes envolvidas a possibilidade de chegarem a um consenso, verdadeiramente aparando as arestas, indo a fundo às raízes do problema e não em suas consequências, discutindo casos de pessoas e não teses jurídicas. Embora não seja considerada uma rede sancionatória, a mediação pode se revelar uma importante aliada para o problema da regulação social.

Encontrar, dentre as diferentes redes de controle social, a melhor resposta para o momento histórico sem precedentes, parece ser uma tarefa das mais difíceis. Essa constatação surge depois da análise de diferentes formas de controle social abordados nessa pesquisa.

O que não se pode conceber é que os sistemas de controle social se misturem de forma aleatória, despidos de um critério estabelecido, sobrepondo-se uns aos outros sem a organização adequada.

Não se trata de uma proposta que estabelece uma divisão por simples nomenclatura entre os diferentes subsistemas, mas de uma organização onde cada um atue com exclusividade em sua respectiva área de atuação, viabilizando não somente o atendimento de determinadas expectativas normativas, mas sua própria identidade e coerência enquanto subsistema que opera somente determinada rede sancionatória.

A pena privativa de liberdade é sem dúvida o ponto de partida para se identificar qual a característica exclusiva do Direito Penal, um subsistema de controle

social que opera com exclusividade quando o assunto é privação da liberdade como sanção.

Somente a partir de uma característica definida, é possível se definir aquilo que pertence a determinado subsistema, justificando a sua utilização de determinada rede sancionatória sem excessivos e violência.

Identificado tal ponto, apontar algumas práticas da legislação brasileira em cada vez mais recorrer, de forma aleatória, a mesclar diferentes redes sancionatórias. No caso de Direito Penal, a aplicação das penas alternativas e da própria pena de multa.

É uma utilização do Direito Penal em caráter simbólico, já que ao final encontrar-se-ão respostas jurídicas oriundas de outros ramos do direito considerados menos gravosos.

Mais do que isso, uma postura que revela que algumas respostas estão sendo aplicadas fora de seu âmbito, violando sua característica e prejudicando sua identidade como subsistema.

Um fator que tem sido causa eficaz para diminuição do campo de aplicação das penas privativas de liberdade, onde é corriqueira aplicação de penas restritivas de direito. Por outro lado, ainda que tais questões fossem consideradas intoleráveis, e, portanto, passíveis de serem penalizadas pelo Direito Penal, não se poderi aceitar que a prevenção ou repressão pela conduta fosse feita por um ramo do direito incapaz de atingir de forma satisfatória a tutela dos bens jurídicos mais relevantes à sociedade.

Logo, o Direito Penal estaria sendo utilizado num ambiente estranho, resultando em exagero e prejuízo a sua principal característica, a pena privativa de liberdade.

No entanto, seu desenvolvimento deve ser conduzido por um maior rigor metodológico, delimitando sua abrangência e definindo melhor seu objeto. Em que pese as enormes variantes que interagem num determinado contexto social, o direito administrativo só poderia operar enquanto subsistema de controle social, cuja resposta fosse sanções restritivas de direito.

A sanção designaria com segurança aquilo que realmente é objeto do Direito Penal, do direito administrativo e do direito civil, subsistemas de controle social que tem em comum a manutenção das expectativas normativas e o respeito aos direitos humanos bem como uma identidade, a rede sancionatória.

A teoria dos sistemas consegue demonstrar aptidão para o problema das questões da globalização, um importante instrumento para auxiliar a evolução e o aprimoramento do direito em tempos de grande complexidade.

Do mesmo modo, viabiliza a adoção de um referencial teórico condizente com a realidade social, pertimindo que o Direito crie, por meio de uma abertura congnitiva, a possibilidade de conhecer mais rapidamente sua complexidade, estando preparado para ofertar respostas aos novos e complexos problemas da sociedade.

REFERÊNCIAS

BARATTA, Alessandro. **La política Criminal y el Derecho Penal de la Constitución: Nuevas Reflexiones sobre el modelo integrado de las Ciencias Penales.** *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada.*

BACELLAR, Roberto Portugal. **A Mediação no Contexto dos Modelos Consensuais de Resolução de Conflitos.** In: *Revista de Processo*, São Paulo, n. 95, p. 122-134, jul.-set. 1999.

BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao Direito Penal brasileiro.** Rio de Janeiro: Editora Revan, 2007.

BAUMAN, Zigmunt. **Globalização: as consequências humanas.** Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1999.

_____. **O mal-estar da pós modernidade.** Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1999.

_____. **Confiança e Medo na Cidade.** Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2009.

BECCARIA, Cesare. **Dos Delitos e das Penas.** São Paulo: Martins Fontes, 2002.

BECK, Ulrich, **La sociedade del riesgo global.** Siglo veintiuno de España Editores, 2004.

BONAVIDES, Paulo. **Do Estado Liberal ao Estado Social.** 7. Ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

_____. **Curso de Direito Constitucional.** 26. Ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

CALEGARRI e WERMUTH. André Luis e Maiquel Angelo Dezordi. **Sistema Penal e Política Criminal.** Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2010.

CARVALHO, Érica Mendes de. **Punibilidade e Delito.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

CAVALIERI FILHO, Sérgio, **Programa de Responsabilidade Civil.** 1 ed. São Paulo. Malheiros, 1997.

CEPEDA, Ana Isabel Pérez. **La seguridad como fundamento de la deriva del derecho penal postmoderno.** Madrid: Dykinson, 2000.

COPETTI, André. **Direito Penal e Estado Democrático de Direito:** Porto Alegre, Editora Livraria do Advogado, 2000.

DE PINHO, Humberto Dalla Bernardina. **Teoria Geral da Mediação: à luz do Projeto de Lei e do Direito comparado.** Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008.

DELMAS-MERTY, Mirreile. **Os Grandes Sistemas de Política Criminal.** Tradução Denise Radanovic Vieira. Barueri: Manole, 2004

DIEZ, Carlos Gomes-Jara. **Teoría de Sistemas y Derecho Penal Fundamentos y posibilidades de Aplicación.** Granada: Editorial Comares

FARIAS, Cristiano Chaves. **Novo Código Civil: Redescobrimdo as Fronteiras do Direito Civil.**

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão, Teoria do Garantismo Penal,** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. **Temas Básicos da Doutrina Penal,** Coimbra: Coimbra, 2001.

_____. **Questões Fundamentais do Direito Penal Revisitadas.** São Paulo Editora Revista dos Tribunais, 1999.

GARCÍA, José Angel Brandariz. **Política Criminal de la exclusión.** Editora Comares

_____. **Nuevos Retos Del Derecho Penal en la era de la Globalización:** Valencia, Tirant lo Blanch, 2004.

GARLAND, David **La cultura del control: crimen y orden social en la sociedad contemporánea.** Tradução Máximo Sozzo. Barcelona: Gedisa Editorial, 2005.

GIDDENS, Anthony. BECK, Ulrich; LASH, Scott. **Modernização reflexiva: política, tradição e estética na ordem social moderna.** São Paulo: Unesp, 1995.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade Civil**. São Paulo: Saraiva, 2003.

HASSEMER, Winfried. **Três temas de Direito Penal**. Fundação Escola Superior do Ministério Público. Porto Alegre.

_____. **Direito Penal Libertário**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

_____. **Introdução aos Fundamentos do Direito Penal**. Sergio Antonio Fabris Editor. Porto Alegre, 2005.

IANNI, Octavio. **Teorias da globalização**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1999.

JAKOBS, Gunther e Navarrete, Miguel Polaino. **El derecho Penal ante las sociedades Modernas**. México: Flores editor e distribuidor, 2006.

JAKOBS, Gunther e MELIÁ, Manuel Cancio. **Direito Penal do Inimigo Noções e Críticas**: Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

_____. **Teoría y Praxis de La Injerência el caso del Dominio del Hecho**. Dogmática y Política Criminal em uma teoria Funcional del Delito. Buenos Aires: Rubinzal – Culzoni Editores.

KELSEN, Hans. **Teoria Geral das Normas**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1986.

KRUSSEWSKI, Cristina. **Direito Administrativo Sancionador**: apontamentos gerais sobre as infrações administrativas e alguns aspectos de sua relação com Direito Penal. Curitiba: 2010.

LUIZI, Luiz. **Os princípios constitucionais penais**. Porto Alegre: Sérgio Fabris Editores, 2003.

LUHMANN, Niklas. **Sociologia do Direito**. Tradução Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: edições tempo brasileiro, 1983.

_____. **Introdução à Teoria dos Sistemas**. 2 ed. Petrópolis: Vozes Editora, 2010.

MARTEL, Letícia de Campos Velho. **Estudos Contemporâneos de Direitos Fundamentais**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009.

MARTÍN, Luis Gracia. **O Horizonte do Finalismo e o Direito Penal do Inimigo**. Trad. Luiz Regis Prado e Érika Mendes de Carvalho, (série Ciência do Direito Penal Contemporânea vol. 10) São Paulo: RT. 2007.

MELIÁ, Manuel Cancio. **Dogmática y política criminal em uma teoría funcional del delito**. Buenos Aires: Rubinzal-Cuzoni Editores. 2006.

_____. GÓMEZ- Jara Diéz. **Derecho penal del enemigo**. El discurso penal de la exclusión. Buenos Aires: Editprial IB d F. 2006.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. Sao Paulo: Malheiros. 2010.

MIR, José Cerezo. **Derecho Penal parte General**. Ed. Revista dos Tribunais, 2007.

MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional: O Estado e os sistemas constitucionais**. 6. Ed. Coimbra Editora, 1997.

MORAES, Alexandre Rocha Almeida de. **Direito Penal do Inimigo A Terceira Velocidade do Direito Penal**. Curitiba. Juruá Editora, 1999.

MORAES, José Luiz Bolzan. **As crises do Estado e da Constituição e a Transformação Espacial dos Direitos Humanos**. Porto Alegre: Livraria do Advogado editora, 2002.

_____. **Dos Direitos Sociais aos interesses Transindividuais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1996

_____. SPENGLER, Fabiana Marion. **Mediação e Arbitragem Alternativas a Jurisdição**. Porto Alegre: Livraria do Advogado editora, 2008.

NAVARRO, Suzana Soto. **La influencia de los medios em la percepción social de la delincuencia**. Revista Eletrónica de Ciencia Penal y Criminologia. n 07-09, p.1-46, 2005. Disponível em:<<http://criminet.ugr.es/recpc>>. Acesso em 12 fev.2011.

NETO, Cândido Furtado Maia. **Código de Direitos Humanos para a justiça criminal brasileira**. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

OSÓRIO, Fabio Medina. **Direito Administrativo Sancionador**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

PASQUALINI, Alexandre. **Hermenêutica e Sistema Jurídico**, Uma Introdução à Interpretação Sistêmica do Direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado editora, 1999.

PRADO, Luiz Regis. **Bem Jurídico-Penal e Constituição**. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

_____. **Direito Penal Econômico**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

REALE, Miguel. **O Estado Democrático do Direito e o Conflito de Ideologias**. 3. Ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

RIBEIRO, Darci Guimarães. **Da Tutela jurisdicional as Formas de Tutela**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

RIPOLLÉS, José Luis Diés. **La política criminal en la encrucijada**. Editora B de F Ltda, Buenos Aires.

ROCHA, Leonel Severo. KING, Michal. SCHWARTZ, Germano. **A verdade sobre a AUTOPOIESE NO DIREITO**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

ROCHA, Leonel Severo. **Epistemologia Jurídica e Democracia**. 2 ed. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2005.

ROXIN, CLAUS. **A proteção dos bens jurídicos como função do Direito Penal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

_____. **Problemas fundamentais de Direito Penal**. 3. ed. Lisboa: Coleção Veja Universitária, 1998.

STRECK, Lênio Luiz: **A dupla face do princípio da proporcionalidade e o cabimento de mandado de segurança em matéria criminal: superando o ideário liberal-individualista- clássico**.

STRECK, Maria Luiza Schaefer. **Direito Penal e Constituição, a face oculta da proteção dos direitos fundamentais.** Livraria do Advogado, Porto Alegre, 2009.

SANCHES, Jesus Maria Silva. **A expansão do Direito Penal.** Tradução Luiz Otavio de Oliveira Rocha. Revisão Luiz Flavio Gomes. São Paulo: RT, 2002

SARLET, Ingo Wolfgang. **Constituição e Proporcionalidade: o Direito Penal e os direitos fundamentais entre proibição de excesso e de insuficiência.** Revista de Estudos Criminais, n. 12, ano 3. Sapucaia do Sul: Nota Dez, 2003.

_____. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional.** 34. Ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

_____. **Ordenação Constitucional da Cultura.** São Paulo: Malheiros, 2001.

TAVARES, Juarez E. X. **Bien juridico y función em derecho penal.** Tradução Monica Cuñarro. Buenos Aires: Hammurabi, 2004.

TEPEDINO, Gustavo. **A tutela da personalidade no ordenamento civil constitucional.** In Temas de Direito Civil.

TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos de Direito Penal.** São Paulo: Saraiva, 2002.

TORRES, Jasson Ayres. **O acesso à justiça e soluções alternativas.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

WARAT, Luis Alberto. **O ofício do mediador.** Florianópolis: Habitus, 2001.

WERMUTH, Maiquel Ângelo Dezordi. **Medo e Direito Penal.** Reflexos da Expansão punitiva na realidade brasileira. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

WELZEL, Hans. **Derecho Penal Alemán,** P.G. Trad. De Bustos Ramírez e Yáñez Pérez. Santiago: Juridica de Chile, 1970.

_____. **El Nuevo Sistema Del Derecho Penal.** Uma introducción a doctrina de la acción finalista. Buenos Aires: IB de f.

_____. **Direito Penal.** Editora Romana. Campinas: 2003.

_____. **Estudios de Filosofia Del Derecho e Derecho Penal.** Editora Romana. Campinas: 2003.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **O Inimigo no Direito Penal.** Rio de Janeiro: Instituto Carioca de Criminologia, 2007.