

Introdução

A necessidade de qualquer Estado se valer de alguma forma de controle social parece mesmo ser constante. A razão de tal se dar e a permanência indefinida da dita necessidade respondem a interesses sociais primários e atendem, no mais das vezes, às demandas da sociedade e do detentor do poder, as quais oscilam ao sabor da sensação de insegurança infligida à sociedade em dado momento histórico.

De qualquer modo, o fato é que o Estado utiliza, de forma indiscriminada, o controle social como meio para a obtenção de determinados fins; dentre os quais se destacam: a manutenção da estabilidade social e a preservação da paz pública (discurso oficial). No entanto, também é fato que o ente Estatal busca o atendimento de mencionados desideratos através da violência institucionalizada. Sua vertente mais conhecida, e muitas vezes acoimada, justamente, de ineficaz, é o Direito Penal.

Já se disse que: “a história do Direito Penal é a história da humanidade.”¹ Essa assertiva retrata muito bem a estreita relação existente entre o Estado e o Direito Penal, instrumento que integra o sistema de controle social formal do Estado e meio usual de resolução de conflitos sociais que envolvam a ocorrência de atos tidos por delituosos.

O decurso do tempo, no entanto, demonstrou os acertos e desacertos dessa opção feita pelos Estados, consistente na utilização do referido controle social formal, o qual se reafirma sempre a reboque da política-criminal do momento e que é exercido, em grande parte, por meio da violência inerente a qualquer tipo de Direito Penal (forma onerosa e muitas vezes desumana e degradante de se alcançar o controle social).

Assim, foi indispensável para a manutenção de referido sistema de controle a sua adequação às exigências da racionalidade penal emergente e não somente àquelas impostas pelo poder político dominante. Nesse sentido, o iluminismo² inaugurou um novo estado de coisas no seio do controle social pela via do Direito Penal.

¹ Afirmação de autoria de Edgar de Magalhães Noronha, citada por Romeu Falconi em sua obra intitulada *Lineamentos de Direito Penal*, Ed. Cone, 2. ed., pág. 23, 1997.

² O Período Iluminista, também chamado de humanitário no âmbito das ciências penais, representou um momento em que o sistema de controle social, e mais de perto o Direito Penal, foi humanizado, sobretudo através da construção de um conjunto de garantias em favor dos cidadãos, oponível ao poder punitivo estatal, o qual passa, no final do século XIX, a integrar o ordenamento jurídico dos países centrais e

A partir do final do século XIX, os ordenamentos jurídicos dos países centrais, bem como de grande parte dos países periféricos, passaram a abarcar uma série de princípios penais, inspirados e originados, principalmente, a partir da obra *Dei delitti e delle pene* (Dos delitos e das penas), produzida na segunda metade do século XVIII, de autoria do grande humanista Cesare Bonesana, o Marquês de Beccaria.

Essa inspiradora obra denunciou a barbárie em que se constituíam as várias modalidades de pena corporal, a absoluta desproporcionalidade entre a sanção e o ato desviante (criminoso), revelou a necessidade de vincular os juízes à lei e trouxe critérios consentâneos com a racionalidade penal que, tacitamente, se constituía, através da qual seria possível a criação de um sistema de princípios que passaria a determinar e conduzir o sistema de controle social do Estado Liberal e, posteriormente, do Estado Intervencionista.

Desse modo, a base principiológica composta pelos critérios de racionalidade penal inscritos na obra de Beccaria, baluarte do iluminismo, e ali forjados, foi incorporada aos ordenamentos jurídicos dos Estados e passou a representar da era liberal em diante, um anteparo do cidadão em face do poder punitivo estatal.

Em momento posterior, através das chamadas escolas penais, sobretudo a escola clássica e a escola positiva³, a maioria inspirada pelas idéias iluministas, inaugura-se a fase do propalado cientificismo penal.

O estudo científico do direito penal, apesar de assentar-se em fundamentos absolutamente técnicos e de valer-se de critérios quase aritméticos na definição do que seja crime, das hipóteses de exclusão da antijuridicidade do fato, da culpabilidade do agente, da imputabilidade de responsabilidade penal, enfim, no exame acurado do direito penal positivado, viu-se atrelado, de forma indissociável, aos princípios

periféricos, tendo sido inspirado pela magnífica obra *Dei delitti e delle pene* (Dos delitos e das penas), de Cesare Bonesana, o Marquês de Beccaria (1738-1794).

³ As escolas clássica e positiva merecem destaque em virtude da amplitude de seus estudos e da adesão de grandes estudiosos em seus quadros. A escola clássica, que fundava, absolutamente, seus estudos nos ideais iluministas e tinha à frente a contribuição de peso de Francesco Carrara, propugnava que o crime era uma entidade abstrata e desvinculava o ato criminoso das características da pessoa humana que o praticara ou dos motivos que a levaram a fazê-lo. Nas palavras de Nelson Hungria, “se um crime apresenta-se materialmente igual a outro, os respectivos autores merecem a mesma pena. Para males iguais, penas iguais. É a lei do talião estilizada. É a justiça rudimentar da balança que equilibra quantidades e não qualidades. É a justiça que vê fatos humanos mas ignora as almas”. Diferentemente da escola clássica, a escola positiva, também influenciada pelo iluminismo, mas que tinha por método de análise do fenômeno do crime o indutivo, empírico ou experimental, oriundo do positivismo do filósofo francês Augusto Comte, estuda o crime em bases antropológicas. O ato desviante, então, deixa de ser uma entidade abstrata e passa a constituir-se em fenômeno natural; fato que leva os estudiosos, principalmente o grande ícone do positivismo penal Cesare Lombroso, autor da famosa obra *L'uomo delinquente* (O homem delinquente) a empreenderem estudos de caráter sociológico, psicológico e biológico.

iluministas e a outros tantos⁴ que passaram a compor e determinar a dogmática penal do século XX, a qual segue sendo objeto direto de exame da ciência penal.

Vivenciamos, no presente momento, após a era do direito penal clássico⁵, o surgimento do direito penal moderno, que nasce sob o influxo da sociedade mundial do risco⁶, na qual os atos desviantes assumem proporções catastróficas, sobretudo no que respeita às suas conseqüências, principalmente para o meio ambiente, para a saúde e para a economia. Esse acontecimento, sem precedentes, leva a sociedade e o Estado da era pós-moderna a repensar o sistema de controle social e a reavaliar as bases teóricas em que se assenta o instrumento mais utilizado desse controle: o Direito Penal.

As reflexões acerca da necessidade de se promover a segurança dos cidadãos e dos Estados pela via da incriminação daqueles fatos atentatórios a algum bem jurídico coletivo (meio ambiente, saúde e economia) passam, então, a ocupar lugar de destaque nas discussões políticas, sociais e até econômicas dos nossos dias.

Ocorre que a expansão do direito penal, visando à proteção da sociedade e do Estado em todos os níveis e o atendimento às inúmeras demandas sociais por segurança, esbarra nos princípios penais clássicos, na dogmática penal inspirada por eles e fere de morte a base principiológica inserta nas Constituições da maioria dos Estados da nossa época e nos tratados e convenções internacionais que tratam das garantias individuais e do respeito às liberdades públicas dos cidadãos em um Estado Democrático de Direito.

Ao se proteger, por exemplo, pela via do Direito Penal, o meio ambiente de atos lesivos ou mesmo potencialmente lesivos a esse bem jurídico coletivo, acaba-se por desmontar o referido sistema de garantias construído, como dito, a partir da criação dos princípios penais iluministas, tais como: o princípio da responsabilidade penal subjetiva, princípio da lesividade e princípio da taxatividade, vez que incrimina-se um fato sem

⁴ São exemplos: princípios da lesividade, da intervenção mínima, da subsidiariedade, da fragmentariedade, da última ratio, da irretroatividade da lei penal, da responsabilidade subjetiva etc.

⁵ O termo clássico, para fins de direito penal, certamente quer se referir ao período do iluminismo (séc. XVIII). No entanto, o modelo de direito penal clássico estendeu-se até meados do século XX; sendo certo que os princípios cunhados nesse período ainda orientam, com muitas restrições, a dogmática penal moderna.

⁶ Expressão cunhada por Ulrich Beck e que induz a concepção de Marta Rodriguez de Assis Machado, em *Sociedade do Risco e Direito Penal: uma avaliação de novas tendências político-criminais*, Ed. IBCCRIM, 1. ed. pág. 35/36, 2005, o seguinte: “A sociedade do risco refere-se à época em que o lado negro do progresso domina o debate social. O que até agora ninguém havia cogitado – auto-arriscamento, devastação da natureza e possibilidade de destruição em massa – tornou-se um dos temas centrais do debate público. O princípio axial e, ao mesmo tempo, o desafio da sociedade mundial contemporânea estão no fato de que os riscos que hoje a ameaçam foram produzidos pela própria civilização no processo de desenvolvimento da primeira modernidade. A produção social de riqueza veio acompanhada, sistematicamente, pela produção social dos riscos. Estes riscos emergiram na condição de efeitos colaterais de produtos ou processos industriais, no desenrolar da modernização, que foi por muito tempo cega e surda a seus próprios efeitos.”

que se aponte, de maneira precisa, a forma – dolosa ou culposa – do agir do pretense delinqüente, tutelando, muitas vezes, o bem jurídico em esferas anteriores ao dano, através de tipos penais abertos e quase sempre se valendo de normas penais em branco, remetendo o conteúdo da norma penal incriminadora a atos normativos distintos da lei penal.

Constata-se, dessa forma, que a modificação das regras do direito penal clássico e a flexibilização de princípios penais que possuem função garantidora dos direitos humanos e das liberdades públicas se revelam impositivas na sociedade de hoje e se mostram indispensáveis para a configuração atual do direito penal moderno, que teve ensejo em virtude do aparecimento, no cenário mundial, da nova criminalidade⁷, a qual nasceu e ora se desenvolve no ceio da já referida sociedade mundial do risco.

É nesse contexto que se insere o presente trabalho; ou seja, na revelação, a partir da noção de Estado Democrático de Direito, dos rumos que tem tomado o sistema de controle social formal do Estado contemporâneo⁸ pela via do direito penal hodierno e do choque existente entre o direito penal moderno, entendido como aquele que protege bens jurídicos coletivos, por meio de um desmantelamento, quando não, da flexibilização dos princípios e regras do sistema penal vigente, e o direito penal de bases clássicas, informado e dirigido pelos citados princípios penais, originados a partir do iluminismo e que seguem determinando, não sem ressalvas, a “evolução” da dogmática penal.

De se ver, por imperioso, que o marco teórico do presente trabalho se assenta em bases garantistas e se fundamenta nas concepções do Estado Democrático de Direito, conceituado como o ambiente no qual se realizam as garantias individuais construídas a partir de diplomas como a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de agosto de 1789, inspiradora do modelo de Estado plasmado na normatização constitucional desenhada na Constituição Federal do Brasil, de Outubro de 1988, a qual, em seu artigo 5.º, traz um rol de direitos individuais que representam um anteparo do elemento humano em face do poder repressivo estatal.

⁷ Tem-se por nova criminalidade, de forma acanhada, porquanto o conceito será melhor desenvolvido durante a evolução do trabalho que se empreende, aquele conjunto de fatos, antes descriminalizados, que no presente momento afrontariam os bens jurídicos coletivos, tais como o meio ambiente, a saúde e a economia.

⁸ O trabalho não abordará as questões atinentes ao direito penal e aquelas afetas aos princípios constitucionais ou, ainda, aos direitos humanos, sob o prisma do Estado Brasileiro, porquanto os conceitos e idéias objetos de discussão e que serão explorados durante o trabalho são comuns, em grande medida, aos demais Estados do Ocidente, razão pela qual pretende-se submeter a reflexão, ou as reflexões, a uma análise que não se afaste, nem tampouco desconsidere, o direito comparado.

No capítulo inaugural do presente trabalho dissertativo se buscará demonstrar a relação entre o Estado e o controle social, sobretudo pela via do direito penal, recorrendo-se a uma reconstrução histórica dessa mesma relação, com o propósito de aclarar os estágios, as evoluções e mesmo as involuções do direito penal enquanto instrumento de punição estatal, chegando-se à configuração garantidora emprestada ao sistema de controle social por determinação e exigência dos princípios do direito penal clássico, hoje inscritos nas Constituições dos Estados Democráticos de Direito, os quais protegem as liberdades públicas dos cidadãos do século XXI.

Fincada a abordagem a partir da concepção de um Estado Democrático de Direito, a tarefa seguinte, da qual se ocupará o segundo capítulo, será demonstrar a forma de atuação dos sistemas penais: clássico e moderno, do ponto de vista teórico, apresentando, por meio de uma visão crítica, os critérios e princípios norteadores dos referidos sistemas; o que se fará com o precioso auxílio da dogmática penal vigente e do direito pretoriano praticado nos nossos dias.

Partindo do confronto existente entre os dois tipos de direito penal: o clássico e o moderno, já em curso, no terceiro capítulo serão apresentadas as possibilidades de atuação dos mesmos, a adequação do direito penal moderno ao regramento legal e aos princípios penais e processuais penais vigentes, bem como a necessidade de que se estabeleçam critérios definidos para a teoria e prática do controle social estatal do século XXI.

Desse modo, tendo sido expostas as linhas gerais do trabalho dissertativo que se empreende, passemos à apresentação das reflexões contidas nesse texto.