

DA IMPOSSIBILIDADE DE SE COMBATER UMA CRIMINALIDADE DO SÉCULO XXI UTILIZANDO UM DIREITO PENAL DO SÉCULO XIX: A DESTERRITORIALIZAÇÃO JURÍDICO-PENAL COMO CONSEQUÊNCIA DA TECNOLOGIA

On the impossibility of fighting a criminality of the 21st century by using a criminal law of the 19th century: the penal-legal desterritorialization as a consequence of the technology

Área: Direito Penal. Política Criminal.

Bruno Henrique Castelo Branco Arena¹
Mestrando em Direito Penal e Humanos

RESUMO: Como premissa básica de todo o texto, parte-se da ideia de que a configuração social condiciona as características do Estado, do Direito, e mais especificamente, do Direito Penal e da Política Criminal. Tomando a tecnologia como fator primordial ao processo de globalização, verifica-se nesse contexto como o Estado de hoje é diferente do Estado moderno fruto da Revolução Francesa. O chamado Estado pós-moderno gerou um Direito pós-moderno, e sua caracterização é buscada no segundo tópico deste trabalho. Como todas as inovações tecnológicas ocorridas ao longo da história, os sistemas de informação atuais e a internet trouxeram consigo benefícios e malefícios, dentre estes, a possibilidade de uma criminalidade a nível global. As consequências da tecnologia para o Direito penal e a Política criminal são analisadas no terceiro tópico e, por fim, mapeiam-se alguns modelos desterritorializados para combate à criminalidade do século XXI, que não mais deve ser fulcrada em um modelo de código penal estatal com lógica do século XIX.

PALAVRAS-CHAVE: Criminalidade contemporânea. Política criminal transnacional. Direito Penal internacional. Estado pós-moderno. Direito Penal pós-moderno.

ABSTRACT: As a basic premise of the entire text, the idea is that the social configuration determines the characteristics of the State, of the Law, and more specifically, of the Criminal Law and the Criminal Policy.

¹ Universidade de Salamanca - Espanha. bruno.arena.usp@gmail.com

Considering technology as a primordial factor in the globalization process, it is verified in this context how the present State is different from the modern State resulting from the French Revolution. The so-called post-modern State generated a post-modern Law, and its characterization is sought in the second topic of this work. Like all technological innovations that have occurred throughout the history, current information systems and the internet have brought benefits and harms, including the possibility of a global crime. The consequences of technology for criminal Law and criminal Policy are analyzed in the third topic and, finally, some deterritorialized models to fight crimes of the 21st century are mapped, which should no longer be embedded in a State penal code model with the logic of the 19th century.

KEYWORDS: Contemporary criminality. Transnational criminal policy. International Criminal Law. Postmodern State. Postmodern Criminal Law.

SUMÁRIO: Introdução. 1. O diagnóstico e os impactos da tecnologia na construção do direito. 2. As consequências para o direito penal. 2.1 Possíveis modelagens teórico-penais para o problema da criminalidade do século XXI. Conclusão. Referências bibliográficas.

Introdução

No momento em que escrevemos este artigo é difícil falar de algo diferente do que toma a pauta de todos os periódicos: a pandemia do COVID-19, que faz lembrar a canção *O Dia em que a Terra parou* de Raul Seixas. Porém, optamos por não se desenvolver algo em torno do Estado de Exceção à ordem jurídica, que se tornou regra nos países para lidar com a saúde pública atual, mas de algo mais perene, que é a construção do Direito a partir de certa configuração social, e mais detidamente quanto às implicações jurídicas de uma configuração social impactada pelo “conjunto de conhecimentos, especialmente princípios científicos, que se aplicam a um determinado ramo de atividade”, que corresponde à definição de tecnologia. (FERREIRA, 1993, p.528).

Primeiro e panoramicamente, passemos pelo falar de tecnologia em diferentes âmbitos. No literário e cinéfilo, sempre esteve acompanhado de um receio e de previsões distópicas² e/ou totalitárias de futuro, desde o romance

² “Distopia” deve ser entendido como o avesso de “Utopia”, sendo este cunhado como vocábulo homônimo ao título do livro de Thomas Morus de 1516 e que significava uma busca por uma sociedade ideal, em que o autor vislumbrou uma ilha pacifista em que vigeria a igualdade, a

The Time Machine (1895) de H.G. Wells, passando por *Metrópolis* (1927) de Fritz Lang, *Brave New World* (1932) de Aldous Huxley, *1984* (1949) de George Orwell, *Eu, Robô* (1950) de Isaac Asimov, *Laranja Mecânica* (1962) de Anthony Burgess, até mais recentemente se chegar a *Matrix* de Lana e Lili Wachovski, *Minority Report* (2002) de Steven Spielberg, *Submissão* (2005) de Michel Houellebecq e também à série *Black Mirror* (2011).

No filosófico e místico-religioso, o mais famoso conceito acerca do impacto da ciência e da tecnologia foi cunhado por Max Weber em sua conferência *A Ciência como vocação*, de 1917 que é o “desencantamento do mundo”. Termo para explicar que o mundo deixou de ser permeado por forças ocultas e mágicas para se tornar científico técnico, manejável e previsível, desencantando-o (WEBER, 2011, p.25-43).

Ainda no filosófico e também psicológico, podemos dizer que a tecnologia possibilitou que chegássemos a uma sociedade do cansaço, em que a maioria das pessoas porta em seus bolsos a possibilidade de trabalhar e estar *on-line* a qualquer momento, tornando-se servas de si mesmas, em uma sociedade em que não mais vige a lógica disciplinar foucaultiana ou freudiana, mas a lógica do desempenho (HAN, 2017, p.23), gerando ansiedade e depressão (ibidem, p.27). Ademais, o processamento de informações aumentou, mas não foi acompanhado por um aumento de compreensão ou intuição (SCHÜLER e WOLF, 2017, p.227).

Na área médica, falamos da telemedicina, embora ainda encontre problemas de regulação pelo Conselho Federal de Medicina brasileiro, pois ainda se parte da ideia que a anamnese é necessariamente presencial; cirurgias à distância, em que um médico em outro país pode realizar intervenções operatórias, controlando um robô remotamente; câmeras em cápsulas que permitem diagnósticos internos sem necessidade de endoscopias, entre outros inúmeros impactos. Para o Direito Médico, interessa que a maior possibilidade de intervenção na integridade física do paciente gera maiores possibilidades de cura, mas igualmente de maiores possibilidades de lesões a seus bens jurídicos, o que por certo gera uma judicialização da saúde.³

Quanto à bioética (termo surgido na década de 70), é uma ciência que surgiu necessariamente para o estudo dos impactos da tecnologia sobre a vida e

liberdade e a fraternidade entre as pessoas.

³ Segundo pesquisa encomendada pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ) ao Instituto de Ensino e Pesquisa (Insper), houve um aumento de 130% em demandas relativas à saúde entre os anos de 2008 e 2017. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2019/03/66361404dd-5ceaf8c5f7049223bdc709.pdf>>. Acesso em: 14 nov. 2019.

qual seria o melhor proceder ético no manejo da ciência (JIMÉNEZ SERRANO, 2013, p.23). Não é à toa que os impactos bioéticos talvez sejam os primeiros a virem à mente das pessoas ao se falar do impacto tecnológico em nossas vidas. A biotecnologia deu ainda asa a uma quarta dimensão dos direitos fundamentais.

De implantações de próteses e marcapassos, hodiernamente já consideradas como normais, até pessoas que portarão em si cada vez mais melhoramentos em suas capacidades físicas e/ou psíquicas, “não apenas as questões legais, mas também as éticas aparecem – aparecerão – em primeiro plano” (NAVARRO; CLAVIJO, 2018, p.4, tradução nossa)⁴. Figuras surgentes como o homem biônico, o ciborgue, o androide e o robô, em suma, o trans-humano e o pós-humano (RANISCH e SORGNER, 2014, p.8), colocarão desafios ao Direito, que se pretende ubíquo na vida social, e também à Ética, que terá que dizer “quem merece o que” nas distribuições dos bens sociais aos “humanos melhorados” por conta da ajuda tecnológica (SANDEL, 2015, p. 254).

Voltando-nos para o Direito como fenômeno jurídico e cultural, colocando, assim, nossa questão e premissa, partamos do brocardo latino: *ubi societas, ibi ius*, que significa onde há sociedade, há direito, bem como também é válido o oposto, onde há direito, há sociedade, para daí extrair que “são necessárias novas leis que regulem a nova realidade, sem nos esquecermos das garantias conquistadas” (BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, 2012, p.122), de modo que se deve partir de diagnósticos da sociedade para daí tentar extrair quais as características de seu Direito, sendo certo que uma mudança social acarreta mudanças no seu ordenamento jurídico, e a tecnologia tem papel de destaque naquele mecanismo de mudança. Isso será abordado no primeiro tópico deste artigo.

A rede mundial de computadores, fruto da técnica informática, possibilitou que o mundo se tornasse globalizado, trazendo, com isso, facilidades, rapidez, comunicação instantânea, mas também mais riscos e uma criminalidade transnacional, sem fronteiras, que ainda se encontra combatida com a lógica estatal e de fronteiras. Os impactos no Direito Penal será a abordagem do segundo tópico.

Assim, o Direito Penal e sua possibilidade de aplicar penas, que surgiu como a maior expressão da soberania estatal, encontra-se com seus princípios norteadores (princípio da territorialidade, princípio da legalidade, etc.) em xeque, carecendo de um diagnóstico do Estado, que se diz pós-moderno, a fim de que

⁴ “no sólo cuestiones legales sino también las éticas aparecen – aparecerán – en primer plano”

entendamos o funcionamento jurídico da aplicação de penas e da proteção dos direitos humanos. Em último tópico, então, serão expostos alguns modelos possíveis para compreensão dos mecanismos atuais de aplicação do *ius puniendi*.

1. O diagnóstico e os impactos da tecnologia na construção do direito

As primeiras questões que vêm à mente da maioria dos juristas, experientes ou não, quando se está na interlocução Direito e Tecnologia são as *startups* jurídicas, ou as chamadas *Lawtechs*. No vértice processual da advocacia⁵, os processos de massa serão tratados por robôs; no vértice do julgador, a inteligência artificial também aparece como ferramenta para solução do número crescente de processos judiciais⁶ e, até mesmo, em procedimentos administrativos, a prática se torna recorrente.⁷

Em continuando nesse viés, estaríamos fazendo uma opção que seria a dos impactos da tecnologia na aplicação do Direito, o que não será abordado neste artigo. Preferimos aqui a abordagem anterior à sua aplicação, que é a de como o Direito se constrói a partir dos fatos sociais. O que em âmbito penal, tópico abaixo, se daria percorrendo o seguinte item: criminologia (análise sociológica) – política criminal (como se trata o fenômeno criminal em termos políticos) – direito penal (dogmática extraída da análise das normas penais).

Os diagnósticos sociológicos dos fatos sociais são essenciais, então, para daí se extrair como são construídas as normas jurídicas e, a partir delas, buscar a compreensão de seu funcionamento. Exemplificando de maneira simples e direta a importância dessa implicação lógica, não haveria que se falar, há 50 anos atrás, da existência de normas jurídicas que tratassem de crimes cibernéticos, contratos eletrônicos, compras *on-line* ou mesmo de relação de trabalho na *gig economy*, porque esses elementos nem existiam no mundo.

⁵ ROCHA, Gustavo. Escritórios de Advocacia reduzem 59% do prejuízo financeiro usando software jurídico. *Jusbrasil*, Software Jurídico, out/2019. Disponível em: <<https://gustavorochacom.jusbrasil.com.br/artigos/757117830/escritorios-de-advocacia-reduzem-59-do-prejuizo-financeiro-usando-software-juridico?ref=serp>>. Acesso em: 18 mar. 2020.

⁶ ÉPOCA NEGÓCIOS ONLINE. Estônia quer substituir os juízes por robôs. *Tecnologia*, 04 de abril de 2019. Disponível em: <<https://epocanegocios.globo.com/Tecnologia/noticia/2019/04/estonia-quer-substituir-os-juizes-por-robos.html>>. Acesso em: 16 mar. 2020.

⁷ JUSBRASIL. Robô advogado já venceu mais de 160.000 apelações contra multas de trânsito. Olhar Digital Uol, 2016. Disponível em: <<https://examedaoab.jusbrasil.com.br/noticias/354856640/robo-advogado-ja-venceu-160000-apelacoes-contras-multas-de-transito>>. Acesso em: 10 mar. 2020.

Como exemplo histórico, nas sociedades primitivas germânicas, pré-românicas, cuja lógica se tornou a essência do direito feudal (FOUCAULT, 2013a, p.62), a pena mais grave era a perda da paz (*Friedlosigkeit*), conhecida hoje como banimento, que “consistia em retirar do ofensor a proteção da comunidade, com o que ficava à mercê de quem quisesse matá-lo” (ZAFFARONI et al, 2011, p.388), pois era muito difícil viver fora de alguma comunidade, em que as pessoas tinham relações de solidariedade mecânica⁸. A pena de encarceramento como pena em si, teria surgido, para Foucault⁹, tempos depois no contexto pós-revolução industrial, pois, na antiguidade, a restrição de liberdade ocorria como passo anterior à aplicação de alguma outra pena.

Então, vemos que a sociedade condiciona a construção das normas jurídicas, e uma variação na sua configuração implica em variação das suas normas.

Para Mafesolli (apud Schüler e Wolf, 2017, p.106), intelectual francês e referência nos debates em torno do conceito de pós-modernismo, o auge da modernidade, que veio com a descoberta de um novo mundo por meio de circunavegações, gerou um novo *Nomos* e, a partir de uma divisão de terras, se estabeleceu a ordem do direito europeu e, contemporaneamente, voltaria a aplicar essa ideia “às circunavegações pela internet. À cibercultura. Há uma navegação se produzindo na tela. E essa circunavegação pós-moderna está, evidentemente, induzindo a um novo *Nomos*”.

O Estado Moderno, e conseqüentemente o direito moderno, tinha como características o império da razão, a soberania, o monismo jurídico, a forma piramidal, a sistematicidade, a generalidade, a estabilidade, a perenidade e era fundado na figura do indivíduo, sendo certo que, na visão kelseniana, Estado era equivalente a Direito (CHEVALLIER, 2009, p.119).

É claro que os impactos tecnológicos sobre o mundo, mudaram-no, globalizando a economia e gerando uma fluidez de suas fronteiras, bem como uma derrocada de sua soberania, incorrendo em que:

os Estados nacionais não governam mais, mas se limitam a gerir as conseqüências negativas do processo. Sua finalidade é a pacificação interior, o controle dos setores produtivos

⁸ DURKHEIM, Émile. *Da divisão do trabalho social*. Trad. Eduardo Brandão. 2.ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

⁹ FOUCAULT, Michel. *Vigiar e Punir: nascimento da prisão*. Trad. Raquel Ramallete. 41.ed. Petrópolis: Vozes, 2013b.

(desempregados) e produtos em movimentos (imigrantes) mediante políticas de segurança e ordem pública (SANZ MULAS, 2019a, p.179, tradução nossa).¹⁰

Tanto é assim que uma pesquisa recente da *Global Trends* mostra que:

das 150 maiores entidades econômicas do mundo, 59 por cento são corporações e 41 por cento são Estados-nação [...] Ford tem receita anual maior que o PIB da Nova Zelândia [...] e se o Walmart fosse um Estado-nação, seria a vigésima segunda economia do mundo (TOMBS; WHITE, 2015, p.5, tradução nossa).¹¹

Assim, “os Estados são grandes demais para resolver os problemas cotidianos e pequenos demais para fazer frente aos problemas da globalização” (SANZ MULAS, 2019a, p.176, tradução nossa)¹², pois grandes conglomerados econômicos não respeitam fronteiras e impõem seu *modus operandi* à feitura de normas jurídicas e condiciona investimentos por todo o globo, deslocalizando empresas e precarizando relações trabalhistas (BALLESTEROS SÁNCHEZ, 2016, p.260).

Chevallier (2009, p.145) nomeia o “direito da globalização”, que é um direito não mais unicamente decorrente dos ditames estatais, mas construído boa parte pela iniciativa dos próprios operadores econômicos, como direito extraestatal.

Nesse ponto, necessariamente incorreremos no conflito que:

está agora aberto entre o relativo, inscrito na noção mesma de direito, identificado com o Estado (o termo “Estado de direito” parecia um pleonasma para Kelsen), e este universal, fragmentariamente

¹⁰ “los estados nacionales ya no gobiernan, sino que se limitan a gestionar las consecuencias negativas del proceso. Su finalidad es la pacificación interior, el control de los sectores productivos (desempleados) y productos en movimiento (inmigrantes) mediante políticas de seguridad y orden público”.

“the world’s 150 largest economic entities, 59 per cent are corporations and 41 per cent are nation states [...] Ford has higher annual earnings than New Zealand’s GDP [...] and if Walmart was a nation state, it would be the twenty-second largest economy in the world”.

¹¹ “the world’s 150 largest economic entities, 59 per cent are corporations and 41 per cent are nation states [...] Ford has higher annual earnings than New Zealand’s GDP [...] and if Walmart was a nation state, it would be the twenty-second largest economy in the world”.

¹² “los Estados son demasiado grandes para resolver los problemas cotidianos y demasiado pequeños para hacer frente a los problemas de la globalización”.

tornado jurídico, que aparece nos manuais de direito positivo [...] direitos do homem, crimes contra a humanidade [...] têm vocação para serem aplicados por todo o planeta (DELMAS-MARTY, 2006, p.26).¹³

Assim, Delmas-Marty (2014, p.9) se interroga como ultrapassar a clivagem binária entre o relativo e o universal, buscando sua coexistência e defendendo que a internacionalização do Direito Penal pode contribuir para a elaboração de valores comuns, o que será melhor explorado no próximo item.

Para Harari (2018, p.34-35), “tanto o liberalismo quanto o comunismo estão agora desacreditados” e seria o caso de abandono de uma narrativa universalizante, globalmente única. Para o historiador, essa crise e o vácuo deixado pelo colapso do liberalismo, fazem surgir fantasias quanto ao “passado dourado” das nações, fazendo os cidadãos anelarem pelo Brexit e pelo discurso do Presidente Donald Trump.

Em oposição aos nacionalismos atuais, que não deveriam ser encarados como ressurgimentos do fascismo histórico (ou Ur Fascismo para Umberto Eco), mas como fruto de uma descrença na democracia, citamos o fomento à internacionalização proferido em seu discurso final nas Nações Unidas, em 2016, pelo presidente Obama:

Podemos escolher avançar com um melhor modelo de cooperação e integração ou podemos recuar a um mundo nitidamente dividido e, por fim, em conflito por antigas linhas de nação, tribo, raça e religião. Gostaria de sugerir a vocês hoje que devemos ir adiante e não para trás. Acredito, mesmo imperfeitos como são, nos princípios de mercados abertos, de governança responsável, de democracia, de direitos humanos e de direito internacional (REILLY, 2016, tradução nossa).¹⁴

¹³ “est désormais ouvert entre le relatif, inscrit dans la notion même de droit, identifié à l’État (le terme ‘État de droit’ semblait un pléonisme à Kelsen), et cet universel, devenu juridique par fragments, qui fait son apparition dans les manuels de droit positif [...] droits de l’homme, crimes contre l’humanité [...] ont vocation à s’appliquer sur l’ensemble du territoire planétaire”.

¹⁴ “We can choose to press forward with a better model of cooperation and integration. Or we can retreat into a world sharply divided, and ultimately in conflict, along age-old lines of nation and tribe and race and religion. I want to suggest to you today that we must go forward, and not backward. I believe that as imperfect as they are, the principles of open markets and accountable governance, of democracy and human rights and international law”. REILLY, Katie. Read Barack Obama’s final speech to the United Nations as President. Time, Politics, 20 set. 2016. Disponível em: <<https://time.com/4501910/president-obama-united-nations-speech-transcript/>>. Acesso em: 10 mar. 2020.

Numa perspectiva conciliadora entre o globalizar e o desglobalizar (ou globalizar), Edgar Morin (apud Schüler e Wolf, 2017, p.115) opta por tomar da globalização “tudo aquilo que contribui para a solidariedade humana” e da desglobalização a salvaguarda da “autonomia local, regional e nacional”. Sugere a troca do termo “desenvolvimento” por uma política da humanidade, que seria uma política capaz de fazer o reencontro entre o melhor da cultura nacional e se abrindo às culturas estrangeiras.

Vejam como essa perspectiva tem impacto direto na gestão da aceitação do estrangeiro ou das sociedades primitivas ainda existentes. Nessa esteira, surgem as questões do modelo assimilacionista francês, do multicultural inglês, do direito indígena ou mesmo dos delitos culturalmente motivados.

Mas ainda, partindo da lógica dos elementos do Estado, algumas questões a serem respondidas são: O Estado ainda deve ser caracterizado como Estado Moderno, que é definido como povo, num território delimitado, sobre o qual vige uma soberania e um monismo jurídico? Qual o tipo de Estado? Qual sua base territorial hoje? Esse Estado teria ainda a mesma lógica de sua formação no século XVIII?

Nesse ponto, filiamo-nos à posição de Luhmann sobre o Estado, conforme sua teoria exposta por Trindade (2008, p.102), “não se pode mais ficar preso ao dogma de um Estado soberano cujas fronteiras geográficas delimitam as bases para as relações jurídicas. A visão dada pelo postulado luhmanniano supera a territorialidade e apresenta uma estrutura de sociedade global”.

A essa condição social de ausência de fronteiras e/ou de fundamentos ou valores fixos, em que só o relativo parece universal, que veio em decorrência do ocaso das narrativas totalizantes fundadas no progresso iluminista, Lyotard (apud Chevallier, 2009, p.115) deu o rótulo de condição pós-moderna em seu livro homônimo. O Estado, que surge nesse contexto, é, então, um Estado pós-moderno, e “à emergência de um Estado pós-moderno corresponde inevitavelmente o surgimento de um direito pós-moderno”.

Quanto ao povo desse “Estado”, poderíamos pensar em uma *Weltgesellschaft* (ou seja, sociedade mundial, conforme Luhmann (2016)), cuja caracterização, fulcrada na comunicação, sai fora dos objetivos deste trabalho. Essa sociedade, segundo esse autor, possuiria um ordenamento jurídico, “mesmo sem uma legislação e sem uma jurisdição centrais” (LUHMANN, 2016, p.457).

Assim, apesar de os elementos estatais terem sofrido um abate, ainda é

utópico se falar em uma norma universal que seja aplicada sem a intermediação do Estado, ou que se tenha um *enforcement* universal. O direito global ainda sofreria com problemas da seletividade de bens jurídicos a serem protegidos e regulamentados, tornando ainda impensável um direito universal fundado no direito e na dignidade do cidadão mundial kantiano (HÖFFE, 2007, p.309).

2. As consequências para o direito penal

A tecnologia, além de globalizar o mundo, como já dito no item anterior, impactando na formatação da sociedade, do Estado e do Direito, também permitiu maiores possibilidades à criminalidade.

A globalização é um multiplicador de riscos e na relação tecnologia e criminalidade, o Plano de Ação de luta contra a delinquência, organizada do Conselho Europeu de abril de 1997, apresenta essas novas possibilidades:

O comportamento criminoso já não é apenas obra de indivíduos, mas também de organizações que penetram nas diversas estruturas da sociedade civil e, efetivamente, na sociedade no seu todo. A criminalidade está a ser cada vez mais organizada através das fronteiras nacionais, tirando igualmente partido da livre circulação de bens, capitais, serviços e pessoas. Inovações tecnológicas como a Internet ou as operações bancárias electrónicas acabam por revelar-se veículos extremamente úteis para a perpetração de delitos ou a transferência dos produtos do crime para atividades aparentemente lícitas.¹⁵

Surgem problemas sobre como enfrentar transnacionalmente o “Estado paralelo” das organizações criminosas que atuam em nível global, o terrorismo e o inimigo etéreo que podem explodir a seu lado a qualquer momento, o tráfico de pessoas, que se aproveita das condições de exilados econômicos, ou ainda a criminalidade de empresa que mistura atividades lícitas com ilícitas em pessoas jurídicas legalmente constituídas e que têm grande penetração, por meio da corrupção, nas instituições estatais (vide o caso Odebrecht).

Porém, os códigos penais são regidos pelo princípio da territorialidade e perdura até nossos dias a teoria do delito de raiz germânica, ancorada no

¹⁵ CONSELHO DA UNIÃO EUROPEIA. Plan de Acción para Luchar contra la delincuencia organizada. Diario Oficial de las Comunidades Europeas, 28 de abril de 1997. Disponível em: <<https://op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/367cd9fb-841b-41c9-a6d6-9f12c8aed4f7/language-es>>. Acesso em: 05 mar. 2020.

século XIX e na lógica de von Liszt: Estado moderno e soberano, que aplica seu *ius puniendi* na sua base territorial fixa e sobre uma pessoa física, dotada de consciência e culpabilidade, vivente nesse Estado (BALLESTEROS SÁNCHEZ, 2016, p.230).

Mas, como já citado, a tecnologia alterou a forma das relações sociais, da sociedade e do Estado, transformando-o no que pode ser chamado de Estado pós-moderno, cujas fronteiras são fluidas, cuja base territorial foi desterritorializada, não cabendo mais se falar em princípio da territorialidade, nem em *ius puniendi* fulcrado em soberania, mas antes num *ius puniendi* sem soberano (NIETO MARTÍN, 2019, p.19; PASTOR, 2009, p.110), ou mesmo ensaiando uma justificativa para essa condição, Ambos (2014, p.58) responde negativamente à questão: será que falta ao Direito Penal Internacional o poder e a legitimidade para fazer uso do Direito Penal para impor pena aos indivíduos?

Estão em xeque, pois, o território e a soberania, mas também o estão as pessoas quando se constata que na sociedade pós-fordista a pessoa física é responsável por parcela ínfima dentro de um processo produtivo, que “a criminalidade que verdadeiramente produz enormes benefícios na atualidade é a criminalidade organizada empresarial-industrial” (BOTTKKE, 1998, p.2, tradução nossa).¹⁶

As pessoas não são mais físicas, mas grandes corporações (pessoas jurídicas), que sobrepairam as fronteiras estatais e que mesclam negócios lícitos e ilícitos, dificultando a individualização da culpabilidade, base para a aplicação de pena.

O exposto faz parte da análise sociológica, que em âmbito penal é objeto da criminologia.

Avançando para as outras etapas, a formatação do Estado impacta em seu constructo jurídico e também diretamente na sua política criminal e dogmática penal, uma vez que a política criminal é a fonte da construção conceitual penal e sistemática, funcionalizando a teoria do delito e orientando político-criminalmente a dogmática penal (ROXIN, 1992, p.46).

A política criminal, além de ser uma disciplina de estudo, é também a parte da política estatal que reage ao fenômeno criminal, e, por isso, depende do tipo de Estado. Em decorrência disso, no dito Estado Social e Democrático de Direito, em que as pessoas vivem com certo grau de liberdade, a existência do

¹⁶ “la criminalidade que verdadeiramente produce ingentes beneficios en la actualidade es la criminalidade organizada empresarial-industrial”.

fenômeno criminal é considerada normal e esperada (SANZ MULAS, 2019b, p.17; DURKHEIM, 2007, p.68), pois, caso se visasse à sua erradicação, haveria a existência de um único criminoso, o próprio Estado, já que para que não ocorra qualquer crime, tender-se-ia a um panpenalismo e a um Estado necessariamente totalitário (BORJA JIMÉNEZ, 2011, p.92).

E como seria a política criminal na era da globalização? Beck (2011, p.12) diagnosticou que vivemos numa sociedade (industrial) de risco, o que foi agravado ainda mais pelo progresso tecnológico e pela própria globalização. Diante dos novos perigos, a sociedade atual passou a ser obcecada por segurança, o que vem elegendo presidentes com os discursos punitivistas pelo mundo.

Segundo Sanz Mulas (2019b, p.64-70), haveria três maneiras características de se reagir à criminalidade do mundo globalizado, com o direito penal simbólico, com o direito penal do risco e com o direito penal do inimigo.

No direito penal simbólico, colocar-se-ia o direito penal a serviço da tranquilização de inquietudes sociais, utilizando-o com finalidade instrumental para se gerar uma sensação fictícia de segurança, já que viver implica necessariamente em assumir riscos sociais. Essa estratégia é muito utilizada pelos governos, pois é muito mais simples e barato alterar algum artigo da lei penal, enrijecendo-o ou adicionando um novo parágrafo ou mesmo um tipo penal ao código penal frente a algum fato de comoção social, do que gastar muito dinheiro e tempo em políticas sociais de alteração do *éthos*.

Essa estratégia é também largamente utilizada no Brasil e, como exemplo, temos o inciso VI do §2º do art. 121, do Código Penal brasileiro, em que se tipificou o feminicídio. Ora, o custo-benefício político para se inserir esse inciso no código penal vale a pena se comparado a investimentos massivos na mudança cultural do machismo e do sexismo, que só viriam após anos de educação em direitos humanos desde a escola de base. O uso desses bodes expiatórios, que para René Girard¹⁷ são necessários à sociedade, não deveria ser comemorado por qualquer sociedade.

No direito penal do risco, os Estados lançam mão do Direito Penal para tentar aplacar os riscos inerentes e crescentes à vida em sociedade. Tende-se a um direito penal absoluto e a uma antecipação da aplicação do Direito Penal, por meio do uso de delitos de perigo abstrato e da proteção de bens coletivos. O maior exemplo de sua aplicação foi a estratégia da “tolerância zero” implementada pelo prefeito Giuliani em Nova York. Essa estratégia foi baseada num artigo

¹⁷ GIRARD, René. O bode expiatório. Trad. Ivo Storniolo. São Paulo: Paulus, 2004.

de 1982 chamado “janelas quebradas”, de Wilson e Kelling, cuja ideia é que a macrocriminalidade é erradicada quando se combate a microcriminalidade; então, não se admite o menor delito. Faz-se analogia com as janelas quebradas de um automóvel, caso se deixe um carro com janelas quebradas em algum lugar, daqui a pouco o carro está depenado e vandalizado. Foi feito um experimento social, nesse sentido, na década de 70.

A crítica a esse modelo é que não se é possível manter uma vigilância sobre todos por tempo indeterminado e em todos os lugares, dessa maneira, onde for implantada essa política criminal não haverá criminalidade, mas a deslocará para outros lugares, sendo pouco efetiva no cômputo geral.

A terceira característica da política criminal da era da globalização é o Direito Penal do inimigo, que é a característica mais famosa. Teve início em um artigo de Günther Jakobs, em 1985 (*Criminalização em um estágio prévio à lesão ao bem jurídico*), e a teoria foi retomada em 2003, após os atentados de 11 de setembro. Nele há a previsão de existência de dois direitos penais, um para o cidadão e outro para o inimigo, sendo este outro aquela pessoa que negou seu status de cidadão e passou a viver à margem do ordenamento jurídico estatal. O criminoso ocasional não estaria enquadrado como inimigo. Para o inimigo do ordenamento jurídico caberia a aplicação de um Direito Penal de terceira velocidade que, conforme Silva Sanchez (2011, p.183), seria a possibilidade da desjudicialização das penas de encarceramento.

Assim, passemos ao estudo de algumas modelagens do “novo direito penal” para tratamento de crimes internacionais e transnacionais, possibilitados pela globalização.

2.1 Possíveis modelagens teórico-penais para o problema da criminalidade do século XXI

O Prof. Ignacio Berdugo, catedrático de Direito Penal da Universidade de Salamanca, nomeou o direito penal atual como “novo direito penal”, em oposição ao velho direito penal do século XIX. Sua internacionalização viria por diferentes manifestações, a primeira viria na proteção de bens jurídicos de que toda a comunidade internacional é titular, o *ius cogens*, passando pela colaboração internacional em delitos transfronteiriços, chegando-se até a uma terceira manifestação que é o condicionamento do direito positivo como consequência de processos de integração regional (BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, 2012, p.157-158).

Com o objetivo de delimitação do objeto do Direito Penal Internacional, o Prof. Kai Ambos ressalta que sua finalidade “é acabar com a impunidade e submeter os autores de graves violações de direitos humanos à persecução penal supranacional” (AMBOS, 2006, p.19)¹⁸ e possui quatro significados: (i) DPI como o direito que rege a jurisdição penal obrigatória dos Estados; (ii) DPI como direito de cooperação internacional em assuntos criminais; (iii) DPI como direito penal transnacional e (iv) DPI como direito penal internacional (supranacional) *stricto sensu* (idem, 2014, p.52).

Encara, assim, o DPI como uma ferramenta protetora dos Direitos Humanos em nível internacional. Devemos observar aqui que, apesar da posição adotada pelo Prof. Ambos, o direito penal tem caráter ambivalente, pois “o leva a proteger direitos humanos precisamente mediante a lesão de outros direitos humanos” (SANZ MULAS, 2019a, p.173)¹⁹. O desafio está, então, no balanceamento entre Direito Penal e Direitos Humanos, pois, como resume Messuti (1999, p.1), “o Direito penal é o direito que aplica penas aos seres humanos, e os direitos humanos são os direitos que têm os seres humanos, antes de tudo, a não sofrer penas”.²⁰

Como já citamos, os principais agentes da criminalidade no mundo globalizado são as pessoas jurídicas e, em relação a elas, colocaremos alguma atenção. As violações de Direitos Humanos promovidas por esses agentes econômicos já justificariam o uso da *ultimaratio*, por meio de sua responsabilização penal. Na Espanha, o modelo já está mais avançado e se encontra na legislação penal desde 2010, apesar de ter havido poucas condenações. No Brasil, é sabido que a pessoa jurídica só pode responder penalmente por crimes ambientais. Nesse contexto, surgem objetos de estudo como as atenuantes e eximentes do programa de compliance penal, a responsabilidade dos dirigentes da empresa e a da figura do *compliance officer*.

Indo um pouco além, há quem defenda ainda que, devido ao grande potencial das empresas em menoscar direitos humanos e sociais, deveria haver um Tribunal Penal Internacional para julgá-las, à analogia do Tribunal Penal Internacional fundado pelo Estatuto de Roma de 1998 e do qual o Brasil

¹⁸ “es acabar com la impunidad y remitir a los autores de graves violaciones a los derechos humanos a la persecución penal supranacional”.

¹⁹ “le lleva a proteger derechos humanos precisamente mediante la lesión de otros derechos humanos”.

²⁰ “el Derecho penal es el derecho que aplica penas a los seres humanos, y los derechos humanos son los derechos que tienen los seres humanos, ante todo, a no sufrir penas”.

é signatário. Assim, a responsabilização penal, nacional ou internacionalmente, das pessoas jurídicas é um meio idôneo, porém, autorregulado, de combate à criminalidade transfronteiriça.

Um outro modelo possível seria partindo do conceito de sociedade em rede de Manuel Castells. Ele diz que as redes constituem a “nova morfologia social”, o que só foi possibilitado pela nova tecnologia da informação (CASTELLS, 2019, p.553). Voltamos a frisar que a alteração na configuração social altera, por conseguinte sua cultura, instituições e também o Direito e a Política Criminal. As redes são estruturas abertas capazes de se expandirem de forma ilimitada, o que é altamente dinâmico e reorganizativo das relações de poder (op.cit, p.554).

No que tange ao Direito Penal, sua globalização descaracterizou sua base estatal tradicional (CORRÊA, 2016, p.38), fazendo surgir, em detrimento de um “direito penal comum, um direito penal em rede, marcado pela interlegalidade, quer a nível mundial, quer a nível regional” (MIRANDA RODRIGUES, 2008, p.359).

Possíveis vácuos no entrecruzamento dos diversos níveis de regulação, faria com que surgissem paraísos jurídicos e um *law shopping*, possibilitando refúgios de criminalidade. O desafio está, então, em traçar “os limites do entrecruzamento dos diversos níveis de regulação penal e de que maneira é possível construir o conteúdo de sentido das normas penais em um contexto de profusão de fontes” (CORRÊA, 2016, p.55).²¹

Um caminho para a integração de ordenamentos formalmente autônomos e que respeitaria a igualdade soberana entre os Estados é a chamada harmonização criminal, que é “o mecanismo preferencial de configuração normativa da política criminal transnacional” (CORRÊA, 2017, p.82) e é definida como a padronização de ordenamentos jurídicos nacionais seguindo fontes internacionais (idem, p.80). A harmonização é um pressuposto para a maior efetividade dos processos de cooperação internacional em matéria penal.

Por fim, como modelagem possível, podemos expor o princípio da jurisdição universal, que é:

um princípio de aplicação extraterritorial da lei penal, que permite a um Estado estender sua jurisdição penal para além de suas fronteiras [...] superando, portanto, o estabelecido pelos princípios tradicionais

²¹ “los limites del entrecruzamento de los diversos niveles de regulación penal y de qué manera es posible construir el contenido del sentido de las normas penales en un contexto de profusión de fuentes”.

de territorialidade, subjetividade ativa e subjetividade passiva (GIL GIL; MACULAN, 2019, p.153).²²

Essa possibilidade de perseguição em qualquer parte do globo vem da natureza dos bens jurídicos protegidos, pois são aqueles que afetam a toda a comunidade internacional, como os crimes-núcleo do DPI, que são os julgados pelo TPI, e os delitos de transcendência internacional.

Assim, restam a nós, juristas, as seguintes perguntas: Aonde vamos chegar, então? À criação de um Direito Penal Universal, fundado no direito do cidadão mundial kantiano (HÖFFE, 2007 p.309), alargando o rol de crimes do Estatuto de Roma? Ou uma simples mudança de Política Criminal será a solução? Questões que permanecem enfocadas e abertas.

Conclusão

Desde o remoto brocardo latino *ubi societas, ibi ius*, pudemos extrair a relação de equivalência entre o fenômeno jurídico e a configuração da sociedade, de modo que para se entender as características do Direito, contemporâneo ou não, primeiramente deve-se realizar uma anamnese social. Desse diagnóstico, demonstramos que o Estado, como constructo social e que, para Kelsen, já fora equivalente ao próprio ordenamento jurídico, pode ser rotulado com Estado pós-moderno.

A globalização, impôs, então, desafios ao Estado que se limita a gerir as consequências desse processo de internacionalização. O Direito pós-moderno surgente tem características próprias e o recurso ao direito penal em sua *ultima ratio*, como gestor de riscos, parece estratégia comum.

À primeira vista, parece-nos inconciliável que tratados, orientações e convenções internacionais determinem aos Estados o uso do seu *ius puniendi*, já que, ao mesmo tempo que há uma queda da soberania decorrente dessa determinação, regional ou não, há a determinação de usar a maior expressão de sua soberania, o direito de punir.

Nesse contexto, surgem modelos de contorno que procuram explicar como esse direito aberto, internacionalizado, multicamada, dinâmico e que se transforma em objeto do Direito Penal Internacional, fará frente à criminalidade

²² “un principio de aplicación extraterritorial de la ley penal, que permite a um Estado extender su jurisdicción penal más allá de sus fronteras [...] superando, por lo tanto, lo establecido por los principios tradicionales de territorialidad, personalidad activa y personalidad pasiva”.

do século XXI, abandonando a lógica territorial dos códigos penais do Estado moderno do século XIX.

Referências bibliográficas

AMBOS, Kai. *Temas de derecho penal internacional y europeo*. Madrid: Marcial Pons, 2006.

_____. *Penasem soberano? Ius puniendi e função do Direito Penal Internacional: dois estudos para uma teoria coerente do Direito Penal Internacional*. Trad. Eneas Romero de Vasconcelos, Gustavo Badaró e Julia Magalhães Jeuken. Brasília: Gazeta Jurídica, 2014.

BALLESTEROS SÁNCHEZ, Julio. *Criminalidad empresarial y Derecho penal: la responsabilidad penal de las personas jurídicas en el marco de la globalización y los llamados programas de cumplimiento efectivo*. In: ALONSO, Héctor Olasolo (Ed.). *Derecho Internacional Penal y humanitario*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2016.

_____. *Delincuencia empresarial, derechos humanos y seguridad humana: reflexiones desde el derecho penal económico y de la empresa*. In: SANZ MULAS, Nieves (Dir.). *Los derechos humanos 70 años después de la Declaración Universal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2019.

BECK, Ulrich. *Sociedade de Risco: rumo a uma outra modernidade*. Trad. Sebastião Nascimento. 2.ed. São Paulo: Editora 34, 2011.

BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio. *Viejo y nuevo Derecho penal: Principios y desafío del Derecho penal de hoy*. Madrid: Iustel, 2012.

BORJA JIMÉNEZ, Emiliano. *Curso de Política Criminal*. 2.ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2011.

BOTTKE, Wilfried. *Mercado, criminalidad organizada y blanqueo de dinero en Alemania*. *Revista Penal, Espanha*, nº 2, p. 1-16, 1998. Disponível em: <<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=324120>>. Acesso em: mar. 2020.

CASTELLS, Manuel. *A sociedade em rede*. Trad. Roneide Venancio Majer. 20.ed. São Paulo: Paz e Terra, 2019.

CHEVALLIER, Jacques. *O Estado pós-moderno*. Trad. Marçal Justen Filho. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

CONSELHO DA UNIÃO EUROPEIA. Plan de Acción para Luchar contra la delincuencia organizada. Diario Oficial de las *Comunidades Europeas*, 28 de abril de 1997. Disponível em: <<https://op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/367cd9fb-841b-41c9-a6d6-9f12c8aed4f7/language-es>>. Acesso em: 05 mar. 2020.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA – CNJ. Judicialização da Saúde no Brasil: perfil das demandas, causas e propostas de soluções. *Relatório Analítico Propositivo Justiça Pesquisa*. Brasília: Instituto de Ensino e Pesquisa – Insper/CNJ, 2019.

CORRÊA, Eduardo Pitrez de Aguiar. Conexión derecho penal: la reconfiguración subjetiva, normativa y funcional de la política criminal en la sociedad en red. In: CEPEDA, Ana Isabel Pérez. *Política Criminal ante el reto de la delincuencia transnacional*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2016.

_____. *Política criminal transnacional na sociedade em rede*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

DELMAS-MARTY, Mireille. *Le relatif et l'universel: les forces imaginantes du droit*. Paris: Éditions du Seuil, 2006.

_____. *Direito penal do inumano*. Belo Horizonte: Fórum, 2014.

DURKHEIM, Émile. *Da divisão do trabalho social*. Trad. Eduardo Brandão. 2.ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

_____. *As regras do método sociológico*. Trad. Paulo Neves. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

ÉPOCA NEGÓCIOS ONLINE. Estônia quer substituir os juízes por robôs. *Tecnologia*, 04 de abril de 2019. Disponível em: <<https://epocanegocios.globo.com/Tecnologia/noticia/2019/04/estonia-quer-substituir-os-juizes-por-robos.html>>. Acesso em: 16 mar. 2020.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Minidicionário da língua portuguesa*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1993.

FOUCAULT, Michel. *A verdade e as formas jurídicas*. Trad. Eduardo Jardim e Roberto Machado. Rio de Janeiro: Nau, 2013a.

_____. *Vigiar e Punir: nascimento da prisão*. Trad. Raquel Ramalhete. 41.ed. Petrópolis: Vozes, 2013b.

GIL GIL, Alicia; MACULAN, Elena (Dir.). *Derecho Penal Internacional*. 2.ed. Madrid: Dykinson, 2019.

GIRARD, René. *O bode expiatório*. Trad. Ivo Storniolo. São Paulo: Paulus, 2004.

HAN, Byung-Chul. *Sociedade do cansaço*. Trad. Enio Paulo Giachini. 2.ed ampliada. Petrópolis: Vozes, 2017.

HARARI, Yuval Noah. *21 lições para o século 21*. Trad. Paulo Geiger. São Paulo: Companhia das Letras, 2018.

HÖFFE, Otfried. *Democracy in an age of globalisation*. Trad. Dirk Haubrich e Michael Ludwig. Dordrecht: Springer, 2007.

JIMÉNEZ SERRANO, Pablo. *Fundamentos da bioética e do biodireito*. Campinas: Editora Alínea, 2013.

JUSBRASIL. Robô advogado' já venceu mais de 160.000 apelações contra multas de trânsito. Olhar Digital Uol, 2016. Disponível em: <<https://examedaoab.jusbrasil.com.br/noticias/354856640/robo-advogado-ja-venceu-160000-apelacoes-contramultas-de-transito>>. Acesso em: 10 mar. 2020.

LUHMANN, Niklas. *O direito da sociedade*. São Paulo: Martins Fontes, 2016.

MESSUTI, Ana. *Derecho penal y derechos humanos: los círculos hermenêuticos de la pena*. Revista Brasileira de Ciências Criminais, 1999, ano 7, nº28. Disponível em: < http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/articulos/a_20080526_31.pdf >. Acesso em: 08 abr. 2020

MIRANDA RODRIGUES, Anabela. Globalização do Direito penal: da pirâmide à rede ou entre a unificação e a harmonização. In: MIRANDA RODRIGUES, Anabela. *Direito Penal Europeu Emergente*. Coimbra: Coimbra Ed., 2008.

NAVARRO, Susana Navas; CLAVIJO, Sandra Camacho. *El ciborg humano: aspectos jurídicos*. Granada: Comares, 2018.

NIETO MARTÍN, Adán. *Transformaciones del ius puniendi en el derecho global*. In: NIETO

MARTÍN, Adán; MORENO, Beatriz García (Dir.). *Ius puniendi y global law: hacia un derecho penal sin Estado*. Valencia: Tirant lo Blach, 2019.

PASTOR, Daniel R. *El poder penal internacional: una aproximación jurídica crítica a los fundamentos del Estatuto de Roma*. Barcelona: Atelier, 2006.

RANISCH, Robert; SORGNER, Stefan Lorenz. *Post- and Transhumanism: an introduction*. Frankfurt am Main: Peter Lang, 2014.

REILLY, Katie. Read Barack Obama's final speech to the United Nations as President. Time, Politics, 20 set. 2016. Disponível em: <<https://time.com/4501910/president-obama-united-nations-speech-transcript/>>. Acesso em: 10 mar. 2020.

ROCHA, Gustavo. Escritórios de Advocacia reduzem 59% do prejuízo financeiro usando software jurídico. Jusbrasil, Software Jurídico, out/2019. Disponível em: <<https://gustavorochacom.jusbrasil.com.br/artigos/757117830/escritorios-de-advocacia-reduzem-59-do-prejuizo-financeiro-usando-software-juridico?ref=serp>>. Acesso em: 18 mar. 2020.

ROXIN, Claus. *Política Criminal y Estructura del Delito: elementos del delito em base a la política criminal*. Trad. Juan Bustos Ramírez e Hermán Hormazábal Malarée. Barcelona: PPU, 1992.

SANDEL, Michael J. *Justiça: o que é fazer a coisa certa*. Trad. Heloísa Matias e Maria Alice Máximo. 17. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2015.

SANZ MULAS, Nieves. Mundo globalizado y violación de los derechos humanos. Un enfoque desde el derecho penal. In: SANZ MULAS, Nieves (Dir.). *Los derechos humanos 70 años después de la Declaración Universal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2019a.

_____. *Manual de política criminal*. Trad. Luiz Renê G. do Amaral e Marina Franco Lopes M. Filizzola. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2019b.

SCHÜLER, Fernando; WOLF, Eduardo (Orgs.). *21 ideias do Fronteiras do Pensamento para compreender o mundo atual*. Porto Alegre: Arquipélago Editorial, 2017.

SEIXAS, Raul. *O dia em que a terra parou*. Rio de Janeiro. Rio de Janeiro: Warner Music Brasil, 1977. 1 disco sonoro (34:40 min).

SILVA SÁNCHEZ, Jesús Maria. *La expansión del derecho penal: aspectos de la política criminal en las sociedades posindustriales*. Buenos Aires: B de f, 2011.

TOMBS, Steve; WHYTE, David. *The corporate criminal: why corporations must be abolished*. New York: Routledge, 2015.

TRINDADE, André Fernando dos Reis. *Para entender Luhmann e o direito como sistema autopoiético*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

WEBER, Max. *Ciência e política: duas vocações*. Trad. Leonidas Hegenberg e Octayn Silveira da Mota. São Paulo: Cultrix, 2011.

ZAFFARONI, E. Raúl et al. *Direito penal brasileiro: primeiro volume – Teoria geral do Direito Penal*. 4.ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011