

Sistema Penal & Violência

Revista Eletrônica da Faculdade de Direito
Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais
Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUCRS

Porto Alegre • Volume 5 – Número 1 – p. 93-102 – janeiro/junho 2013

SISTEMAS JURÍDICO-PENAIS CONTEMPORÂNEOS **O “moderno” direito penal e a política criminal expansionista**

The “modern” criminal law and the expansionist criminal policy

CARLO VELHO MASI
VOLTAIRE DE LIMA MORAES

DOSSIÊ **COOPERAÇÃO JURÍDICA INTERNACIONAL** **EM MATÉRIA PENAL**

Editor-Chefe
JOSÉ CARLOS MOREIRA DA SILVA FILHO
Organização de
NEREU JOSÉ GIACOMOLLI
JOSÉ CARLOS MOREIRA DA SILVA FILHO



Os conteúdos deste periódico de acesso aberto estão licenciados sob os termos da Licença [Creative Commons Atribuição-UsaNãoComercial-ObrasDerivadasProibidas 3.0 Unported](https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/3.0/).

O “moderno” direito penal e a política criminal expansionista

The “modern” criminal law and the expansionist criminal policy

CARLO VELHO MASI*
VOLTAIRE DE LIMA MORAES**

Resumo

O Direito, como mecanismo de tutela de relações e pacificação social, não pode ficar alheio às mudanças. A sociedade se renova e, com ela, surgem novas necessidades, novos costumes e novos pensamentos. Desse modo, não há como sustentar que o Direito Penal deva permanecer estático e imutável. O Direito Penal deve ser compreendido à luz das características em que é aplicado. Organizada, modernizada e transnacional, a criminalidade emergente pode lesar tanto os indivíduos quanto os Estados e suas instituições, o que nos leva a discutir se o Direito Penal tradicional ou nuclear (“clássico”) – concebido e desenvolvido especialmente para a solução de casos interindividuais, com bens jurídicos tradicionais ou específicos – poderia, sem dissociar-se de seus princípios e, fundamentalmente, de suas garantias clássicas, responder a conceitos sociais complexos, numa sociedade de risco, globalizada; ou se ao Direito Penal se deveria conceder nova feição (Direito Penal “moderno”), aprimorando-o para adequá-lo a essa nova etapa da economia mundial, com derrogação de determinadas garantias, oportunizando-se uma maior eficácia na luta contra essa nova delinquência.

Palavras-chave: Sociedade do risco, Globalização, Direito penal clássico, Direito penal moderno, Política criminal, Expansionismo.

Abstract

The law, as a mechanism of protection and pacification of social relations, cannot remain indifferent to the changes. The society is renewed and brings new needs, new customs and new thoughts. Thus, there is no claim that the criminal law should remain static and immutable. The Criminal Law should be understood in the light of the characteristics in which it is applied. Organized, modernized and transnational, the emerging criminality can damage both individuals and states and their institutions, what leads us to discuss whether traditional or nuclear (“classic”) Criminal Law – specially conceived and developed for solving interindividual cases with traditional or specific legal interests – could, without dissociating itself from its principles and, crucially, its classic guarantees respond to complex social concepts in a globalized risk society, or if the criminal law should be granted a new face (“modern” Criminal Law) improving it to fit this new phase of the world economy, exemptioning certain guarantees, creating opportunities for a greater effectiveness in combating this new delinquency.

Keywords: Risk society, Globalization, Criminal law classic, Modern criminal law, Criminal politics, Expansionism.

* Bacharel em Direito pela PUCRS. Especialista em Direito Penal e Política Criminal pela UFRGS. Mestrando em Ciências Criminais pela PUCRS. Associado ao Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCRIM), Instituto Brasileiro de Direito Processual Penal (IBRASPP) e Instituto Brasileiro de Direito Penal Econômico (IBDPE). Advogado criminal, membro do Escritório Weinmann de Advocacia, em Porto Alegre, RS.

** Bacharel em Direito pela UFRGS. Mestre e Doutor pela PUCRS. Desembargador do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Professor do PPGCCrim da PUCRS.

1 Introdução: os novos bens jurídico-penais e suas técnicas de incriminação

A primeira marca do expansionismo penal contemporâneo é, sem dúvida, a crescente proliferação de novos bens jurídicos supraindividuais ou institucionais, com a preponderância dos delitos de perigo abstrato¹. Os bens jurídicos que se propõe proteger são coletivos e universais². Adicionalmente, o legislador formula esses bens de forma particularmente vaga e ampla (v.g. proteção da saúde pública)³.

Os crimes de perigo abstrato suplantaram os crimes de perigo concreto ou os crimes de dano, com o intuito de facilitar a aplicação do Direito Penal⁴ na proteção as novas demandas, onde o bem jurídico tutelado não é exclusivamente a incolumidade física, mas o próprio corpo social.

Esses tipos penais são distintos dos demais, porque neles o legislador deixa de indicar qualquer resultado naturalístico para a consumação, descrevendo apenas o comportamento penalmente relevante, com a exposição do bem jurídico a perigo e a mera potencialidade de dano. Assim, não há necessidade de comprovação da ofensividade da conduta, sendo ela presumida⁵, uma vez que o perigo constitui unicamente a *ratio legis*, o motivo que dá lugar à vedação legal de determinada conduta.

Apreciável *ex ante*, o perigo é inerente à ação ou omissão, não necessitando de comprovação⁶. A infringência da norma inibidora (embasada por critérios de experiência/precedentes e bom senso), por si só, cria um estado de perigo para toda a sociedade, sem que necessariamente haja efetiva lesão.

São de perigo abstrato crimes como o *tráfico de drogas*, o *porte de armas*, a *embriaguez ao volante* e tantos outros tipos penais cuja redação indica apenas a conduta, sem qualquer menção ao resultado. O foco da criminalização é o desvalor da ação, aferida pela potencialidade de ocasionar danos ao bem jurídico. Nesses casos, ainda que o tipo penal descreva a *mera conduta*, fica a critério do intérprete a constatação de que o comportamento não é inócuo para afetar o bem jurídico tutelado pela norma penal, isto é, que tem capacidade de colocá-lo em perigo, ainda que em abstrato.

A adoção dessa técnica de incriminação fatalmente provoca uma redução dos pressupostos de punição e das possibilidades de defesa e orientação do juiz pelo legislador. Se se renuncia à prova de um dano, não se pode mais encontrar a prova da causalidade. Por consequência, insiste-se na prova da conduta incriminada, cuja gravidade não depende da apreciação do juiz, mas, para o legislador, era o motivo da criminalização desta conduta.

Isso acarreta uma série de reflexos sobre a Dogmática, como uma natural flexibilização na apreciação do nexos causal e a diminuição de categorias como as da tentativa e da consumação, da autoria e da participação

¹ Conforme BUONICORE, Bruno Tadeu; SAAVEDRA, Giovanni Agostini. Crimes Tributários e Criminologia: Uma Análise da Extinção da Punibilidade pelo Pagamento do Tributo. *Revista Síntese de Direito Penal e Processual Penal*, Porto Alegre, ano XI, n. 71, p. 15-33, dez./jan. 2012, p. 16., tema que tem movimentado os debates na dogmática penal atualmente é a questão da legitimidade de tutela em bens jurídicos difusos. Diálogos, tanto no Brasil, na América Latina, como no "Velho Mundo", têm cuidado de problematizar se o Direito Penal deve ater-se a comportamentos que, em searas como a econômica, a ambiental e a genética, causam danos a bens jurídicos difusos ou supra individuais, de difícil demonstração empírica no que diz respeito ao nexos de causalidade entre a conduta e o dano.

² HASSEMER, Winfried. Desenvolvimentos previsíveis na dogmática do direito Penal e na Política Criminal. *Revista Eletrônica de Direitos Humanos e Política Criminal*, Porto Alegre, n. 2, abr. 2008. Disponível em: <http://www6.ufrgs.br/direito/wp-content/uploads/2010/08/2_1.pdf>. Acesso em: 14 jun. 2012, p. 3.

³ HASSEMER, Winfried. Rasgos y crisis del Derecho Penal moderno. *Anuário de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Madrid: Centro de Publicaciones, fasc. I, p. 235-49, enero/abril., 1992. t. XLV, p. 241-2.

⁴ HASSEMER, Winfried. Características e Crises do Moderno Direito Penal. *Revista Síntese de Direito Penal e Processual Penal*. Porto Alegre, ano III, n. 18, p. 144-157, fev./mar. 2003, p. 150.

⁵ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal*: parte geral. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 266, afirma que "O perigo abstrato é presumido *juris et de jure*. Não precisa ser provado, pois a lei contenta-se com a simples prática da ação que pressupõe perigosa".

⁶ PRADO, Luiz Régis. *Comentários ao código penal*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2010, p. 69.

ou do dolo, o que se agrava com o recorrente emprego de expressões e termos ambíguos e imprecisos⁷ na formulação dos tipos penais e a utilização massiva de leis penais em branco⁸.

2 Os âmbitos de reforma do Direito Penal

As reformas no Direito Penal material não se concentram na Parte Geral, mas na Parte Especial, e não conduzem à simplificação, ao abrandamento do Direito Penal ou à descriminalização, senão justamente ao contrário; elas acentuam as determinações penais existentes e as penas cominadas, estendendo o Direito Penal a novos setores e, ao mesmo tempo, expandindo sua atuação nas tradicionais e nas novas áreas⁹.

Na Dogmática, a situação atual é caracterizada pela tendência à internacionalização, ao divisionismo e à heterogenização dos sistemas penais nacionais¹⁰. Matérias como o meio ambiente apresentam os mais variados problemas, o que, aliás, bem ilustra as dificuldades de delimitação de categorias tradicionais como sujeito ativo, sujeito passivo, resultado, causalidade, bem jurídico, lugar do crime, entre tantos outros¹¹.

No âmbito da moderna Teoria da Imputação Objetiva, trabalha-se com a ideia de que somente interessa ao Direito Penal a criação de um risco juridicamente desaprovado e sua realização no resultado. Com efeito, ações que não criem risco, que não o aumentem ou que criem um risco permitido ou tolerado, não interessam ao Direito Penal¹².

No Direito Processual Penal, o moderno desenvolvimento segue a tendência ao agravamento e à desformalização dos instrumentos tradicionais de investigação e persecução. Para serem eficazes, de um modo geral, as novas medidas demandam o sigilo, o que mitiga as chances de defesa em tempo hábil e afasta o princípio *nemo tenetur*¹³. A flexibilização das normas processuais é visível especialmente nos grandes processos criminais referentes a crimes econômicos e de drogas¹⁴.

⁷ CARNEVALI, Raúl Rodríguez. *Derecho penal y derecho sancionador de la Unión Europea*. Granada, Espanha: Comares, 2001, p. 189-90, explica que esse fenômeno é motivado pela necessidade de adaptação da política-criminal às mudanças, uma vez que a taxatividade absoluta inviabilizaria a resolução dos conflitos sociais. Isso seria mais evidente no Direito Penal Econômico, área de crescente dinamismo, onde os agentes econômicos se destacam pela adoção de novos meios delitivos não previstos no ordenamento, o que de certa forma impõe ao legislador o emprego de expressões com um alto grau de indeterminação, que acaba autorizando uma maior flexibilidade na hora de interpretar os comandos normativos.

⁸ PRITTWITZ, Cornelius. O direito penal entre direito penal do risco e direito penal do inimigo: tendências atuais em direito penal e política criminal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, Revista dos Tribunais, n. 47, p. 31-45, mar./abr., 2004, p. 32.

⁹ HASSEMER, Winfried. Desenvolvimentos previsíveis na dogmática do direito Penal e na Política Criminal. *Revista Eletrônica de Direitos Humanos e Política Criminal*, Porto Alegre, n. 2, abr. 2008. Disponível em: <http://www6.ufrgs.br/direito/wp-content/uploads/2010/08/2_1.pdf>. Acesso em 14 jun. 2012, p.2.

¹⁰ Para ROTTSCH, Thomas. Tempos Modernos: Ortodoxia e Heterodoxia no Direito Penal. In: D'AVILA, Fabio Roberto (org.). *Direito Penal e Política Criminal no Terceiro Milênio: Perspectivas e Tendências*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2011. p. 68-81, p. 80, este desenvolvimento é direcionado a uma hipertrofia do Direito, que só será ultrapassada com duas medidas: por um lado, deve-se refletir sobre quais âmbitos jurídicos faz sentido a padronização permanente do conteúdo da lei extraído do Direito Penal nuclear; por outro, deve-se refletir sobre quais âmbitos faz sentido a padronização de uma lei independente, apartada do núcleo do Direito Penal.

¹¹ D'AVILA, Fabio Roberto. Liberdade e Segurança em Direito Penal: o Problema da Expansão da Intervenção Penal. *Revista Síntese de Direito Penal e Processual Penal*. Porto Alegre, n. 71, p. 44-53. Dez./Jan. 2012, p. 46.

¹² ROBALDO, José Carlos de Oliveira; VIEIRA, Vanderson Roberto. *A sociedade de risco e a dogmática penal*. Disponível em: <<http://www.ibccrim.org.br>>. São Paulo: IBCCRIM, 2002.

¹³ A expressão latina *nemotenetur se detegere* significa que ninguém é obrigado a se descobrir, isto é, que qualquer pessoa acusada da prática de um ilícito penal não tem o dever de se auto incriminar ou produzir prova em seu desfavor. O princípio tem no direito ao silêncio sua manifestação mais tradicional (QUEIJO, Maria Elizabeth. *O direito de não produzir prova contra si mesmo: o princípio nemotenetur se detegere e suas decorrências no processo penal*. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 1-4). Vale lembrar, contudo, que, no magistério de DIAS, Jorge de Figueiredo; ANDRADE, Manuel da Costa; PINTO, Frederico de Lacerda da Costa. *Supervisão, direito ao silêncio e legalidade da prova*. Lisboa: Almedina Editora, Fevereiro 2009, p. 57, “embora não tenham exactamente o mesmo conteúdo, o direito ao silêncio e o direito à não auto-incriminação estão incindivelmente ligados”. E, segundo, MENDES, Paulo de Sousa. As garantias de defesa no processo sancionatório especial por práticas restritivas da concorrência confrontadas com a Jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem. *Revista de Concorrência e Regulação*. Lisboa, Almedina, ano I, n. 1, jan./mar. 2010, p.117, comumente utilizam-se outros brocardos para expressar o mesmo princípio processual, tais como *nemotenetur se ipsum prodere*, *nemoteneturedere contra se*, *nemotenetur turpidumensuan*, *nemotestis se ipsum* ou, simplesmente, *nemotenetur*.

¹⁴ HASSEMER, Winfried. Desenvolvimentos previsíveis na dogmática do direito Penal e na Política Criminal. *Revista Eletrônica de Direitos Humanos e Política Criminal*, Porto Alegre, n. 2, abr. 2008. Disponível em: <http://www6.ufrgs.br/direito/wp-content/uploads/2010/08/2_1.pdf>. Acesso em 14 jun. 2012, p.5.

Na Europa, por exemplo, desde os anos setenta do séc. XX, abandonaram-se as reformas processuais que visam a ampliar a proteção aos princípios do Estado de Direito¹⁵. Os princípios diretivos da legislação não são as limitações no combate ao crime, senão, ao contrário, a sua efetivação e a redução dos custos do sistema da justiça criminal¹⁶.

Para fins preventivos, as polícias se valem de conhecimentos secretos que se concentram no esclarecimento repressivo do crime, o que acaba servindo ao processo penal. Isso só se torna possível, no entanto, quando desaparece a clássica "divisão de poderes" entre autoridades policiais e autoridades investigadoras¹⁷, dando origem a uma verdadeira "polícia secreta" ("*Geheimen Polizei*")¹⁸.

3 As novas finalidades da pena no Direito Penal "moderno"

Admitindo-se que o "moderno" Direito Penal seja visto como um instrumento útil para solucionar os grandes problemas sociais, a confiança de que pode, de fato, cumprir essa função traz à tona a finalidade de prevenção geral positiva da pena, na qual renuncia-se a uma determinação empiricamente precisa da prevenção direta¹⁹.

As teorias da prevenção geral positiva veem o efeito desejado da pena cominada e da sua execução não mais na intimidação ("negativa") do tendente ao crime (como em FEUERBACH e seus sucessores), senão na manutenção ("positiva"), a longo prazo, da confiança de todos os cidadãos na inviolabilidade da ordem jurídico-penal. Com esta mudança, a teoria da pena afasta-se da verificação empírica e da crítica a respeito dos efeitos preventivos concretamente esperados da pena²⁰.

Vários países já descartaram as longas penas privativas de liberdade²¹, ao perceberem que as prisões são fatores criminógenos de alto poder, pois causam, irremediavelmente, a desintegração social e psíquica do indivíduo e também de seu círculo familiar. De outro lado, as penas curtas tampouco conseguem prevenir a reincidência, e muito menos readaptar o delinquente.

Grande número de delinquentes são ocasionais, de índole meramente circunstancial, e não requerem reclusão ou tratamento. Outros, como os doentes mentais, os alcoólatras, os farmacodependentes, não devem cair no âmbito da lei penal, mas readaptarem-se, caso possível, no plano médico e psiquiátrico. Desses e outros fatores deriva o fracasso da Política Criminal tradicional (prevenção, controle, tratamento e reabilitação). A insistência sobre a reabilitação do delinquente leva, inexoravelmente, a que se acentue sua condição de ser marginal à sociedade²².

No momento em que a prisão se converteu na principal resposta penológica, especialmente a partir do século XIX, acreditou-se que poderia ser um meio adequado para conseguir a reforma do delinquente.

¹⁵ Ibid., p. 3.

¹⁶ Ibid., p. 4.

¹⁷ Veja-se a nem tão recente discussão em torno da legitimidade do poder investigatório do Ministério Público.

¹⁸ HASSEMER, Winfried, op. cit., p. 5.

¹⁹ Ibid., p. 6.

²⁰ HASSEMER, Winfried. Desenvolvimentos previsíveis na dogmática do direito Penal e na Política Criminal. *Revista Eletrônica de Direitos Humanos e Política Criminal*, Porto Alegre, n. 2, abr. 2008. Disponível em: <http://www6.ufrgs.br/direito/wp-content/uploads/2010/08/2_1.pdf>. Acesso em: 14 jun. 2012, p. 7.

²¹ No Brasil, adota-se um regime progressivo de cumprimento das penas carcerárias. De acordo com o atual artigo 33 do Código Penal, "A pena de reclusão deve ser cumprida em regime fechado, semi-aberto ou aberto. A de detenção, em regime semi-aberto, ou aberto, salvo necessidade de transferência a regime fechado." O regime inicial de cumprimento é determinado de acordo com o fato de o condenado ser ou não reincidente e tendo em conta a quantidade de pena aplicada. Para condenações superiores a 8 anos, o regime inicial "deverá ser" fechado. Para condenações de não reincidente acima de 4 até 8 anos, o regime "poderá ser" semiaberto. E para condenações até 4 anos, o regime inicial "poderá ser" aberto. Recorde-se que as penas restritivas de direitos no Brasil só podem ser aplicadas, quando estiverem satisfeitas todas as condições do art. 44 do Código Penal, ou seja, quando a pena for de até 4 anos nos crimes dolosos (nos culposos, independe da pena aplicada), o crime não tiver sido praticado com violência ou grave ameaça à pessoa, o réu não for reincidente em crime doloso e a substituição for considerada suficiente.

²² CERVINI, Raúl. *Os processos de descriminalização*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 78.

Predominou a firme convicção de que a prisão poderia ser um instrumento idôneo para realizar todas as finalidades da pena e que, dentro de certas condições, seria possível reabilitar o delinquente. Porém, esse otimismo inicial desapareceu, e atualmente predomina uma atitude pessimista, que já não tem muitas esperanças sobre os resultados que se possa conseguir com a prisão tradicional²³.

A crise da prisão abrangeria também o objetivo ressocializador da pena privativa de liberdade, visto que grande parte das críticas e questionamentos que se fazem à prisão refere-se à impossibilidade – absoluta ou relativa – de obter-se algum efeito positivo sobre o apenado. E, como bem salienta Cezar Roberto Bitencourt, “a história da prisão não é a de sua progressiva abolição, mas de sua permanente reforma”²⁴.

4 A Política Criminal do Risco e as novas propostas de enfrentamento da “questão criminal”

A convicção predominante na Política Criminal contemporânea é de que o encarceramento, a não ser para os denominados “presos residuais”, é uma injustiça flagrante, sobretudo porque, entre eles, não se incluem os agentes da criminalidade não-convencional (os “criminosos do colarinho branco”). Visualiza-se, então, a busca pela substituição da pena privativa de liberdade, tida como ultrapassada, por penas reparatórias e restritivas de direitos, introduzidas diretamente nos tipos penais, transformando-as em penas principais²⁵.

Os riscos que a sociedade pós-moderna trouxe, e ainda trará, à coletividade também contribuem para a crise ao sistema jurídico posto. No quadro atual, percebe-se que os sistemas penais, individualmente considerados, são incapazes de responder ao desafio da nova criminalidade. Torna-se, pois, cada vez mais imperioso recorrer, em matéria penal, à cooperação internacional²⁶.

Outra característica marcante das mudanças operadas no seio do “moderno” Direito Penal é o seu divisionismo em microssistemas, resultado da dissolução e da desagregação das tradicionais estruturas dogmáticas²⁷. Tal movimento é particularmente claro no âmbito do Direito Penal econômico, onde os conhecimentos penosamente obtidos nos últimos séculos simplesmente perdem o valor, notadamente quanto à autoria delitiva e no tocante à construção e interpretação dos tipos penais econômicos²⁸.

Hoje, é praticamente um lugar-comum afirmar que o Direito Penal é instrumento ineficaz de combate a problemas sociais estruturais. É que o Direito Penal “clássico” tornou-se impotente para fazer frente às novas demandas da modernidade. Assim sendo, devem ser elaboradas alternativas de enfrentamento dessas questões a ele atribuídas, de forma a dar-lhes soluções preventivamente mais efetivas²⁹.

A ciência do Direito Penal precisa certificar-se de forma precisa e segura das possibilidades de solução dos problemas pelo sistema jurídico-penal e demarcar os limites destas possibilidades. Precisa determinar, de forma bem fundada, se e quais funções simbólicas o sistema jurídico-penal pode apresentar e responder³⁰.

²³ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal*: parte geral. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, v. 1, p. 102.

²⁴ *Ibid.*, p. 103.

²⁵ CIPRIANI, Mário Luís Lírio. Direito penal econômico e legitimação da intervenção estatal – Algumas linhas para a legitimação ou não-intervenção penal no domínio econômico à luz da função da pena e da política criminal. In: D’AVILA, Fabio Roberto; SOUZA, Paulo Vinícius Sporleder (Coord.). *Direito penal secundário: estudos sobre crimes econômicos, ambientais, informáticos e outras questões*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 462.

²⁶ RODRIGUES, Anabela Miranda; MOTA, José Luís Lopes da. *Para uma política criminal europeia: quadro e instrumentos jurídicos da cooperação judiciária em matéria penal no espaço da União Europeia*. Coimbra: Coimbra Editora, 2002, p. 15.

²⁷ ROTSCH, Thomas. Tempos Modernos: Ortodoxia e Heterodoxia no Direito Penal. In: D’AVILA, Fabio Roberto (org.). *Direito Penal e Política Criminal no Terceiro Milênio: Perspectivas e Tendências*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2011. p. 68-81, p. 68-69.

²⁸ *Ibid.*, p. 76.

²⁹ HASSEMER, Winfried. Desenvolvimentos previsíveis na dogmática do direito Penal e na Política Criminal. *Revista Eletrônica de Direitos Humanos e Política Criminal*, Porto Alegre, n. 2, abr. 2008. Disponível em: <http://www6.ufrgs.br/direito/wp-content/uploads/2010/08/2_1.pdf>. Acesso em 14 jun. 2012, p.12.

³⁰ HASSEMER, Winfried. Desenvolvimentos previsíveis na dogmática do direito Penal e na Política Criminal. *Revista Eletrônica de Direitos Humanos e Política Criminal*, Porto Alegre, n. 2, abr. 2008. Disponível em: <http://www6.ufrgs.br/direito/wp-content/uploads/2010/08/2_1.pdf>. Acesso em: 14 jun. 2012, p. 12.

A defesa de exigências injustificadas ao Direito Penal por parte da Política Criminal começa com uma análise precisa da capacidade do sistema jurídico-penal.

É importante ressaltar que os teóricos da sociedade do risco, em si, nunca disseram que o Direito Penal é a solução para o controle de riscos, nem que o Direito é capaz de controlar sua produção desenfreada. A solução que a teoria do risco propõe, na maioria dos casos, é a criação de políticas públicas de esclarecimento e prevenção, como forma de minimizar os impactos da modernidade. Entendem, contudo, que há casos em que não é possível controlar os riscos, não importa o que se faça (v.g. experimentos científicos nucleares, alimentos transgênicos, etc.).

Outra proposta que trazem, no campo mais filosófico, é o resgate do sentimento de comunidade, pertencimento, retorno às tradições, para que as pesquisas e novas tecnologias visualizem a complexidade dos impactos que podem causar à natureza e à sociedade.

Em face do problema, há quem proponha uma solução circunscrita ao âmbito do próprio Direito Penal (FIGUEIREDO DIAS³¹), com mudanças no paradigma da imputação, como a responsabilização da pessoa jurídica, sem, contudo, afrontar os direitos e garantias individuais. Com enfoques diferentes, outros juristas sugerem a criação de um "direito sancionatório de caráter administrativo" (HASSEMER³²), com flexibilização de garantias (SILVA SÁNCHEZ³³). A diferença entre essas correntes reside precisamente no critério jurídico-político por elas adotado.

Fundamentalmente, o objeto do Direito Penal da globalização não mais reside na preocupação *unilateral* com a criminalidade de massa, senão com os novos fenômenos que ameaçam a transnacionalidade e a integração econômica, algo que redundará na criação de novas figuras delitivas, ante os novos riscos que exsurgem, principalmente no que tange à criminalidade moderna, principal ameaçadora desses novos interesses que se impõem³⁴.

O Direito Penal é um meio violento, mas, ao mesmo tempo, um instrumento da liberdade civil. Sendo assim, é irrenunciável aos homens e deve, sem dúvida, ser colocado na corrente, pois não pode se tornar independente. Não é nenhum passaporte, mas apenas o último meio (*ultima ratio*) de solução dos problemas sociais³⁵.

A atual lógica do cenário jurídico-penal preocupa-se menos com a validade do Direito Penal e mais com interesses político criminais. Por isso, é tão importante refletir acerca dos limites da intervenção penal. Assim, como bem adverte FABIO D'AVILA:

O direito penal não é apenas um instrumento de solução de conflitos. Ele é muito mais do que isso. O direito penal consiste em um verdadeiro legado civilizacional. Foi no âmbito do direito penal e por meio dele que foram conquistadas as principais liberdades e garantias que hoje estruturam, em termos axiológicos, inúmeras constituições ao redor do mundo. Essas conquistas que custaram a vida de muitos representam o mais importante legado do direito ocidental. Elas representam a consolidação do reconhecimento de direitos fundamentais que estruturam (ou ao menos deveriam estruturar) não só a sociedade contemporânea, mas a nossa própria concepção de ser humano. E cujo abandono representa um inadmissível retrocesso civilizacional³⁶.

³¹ DIAS, Jorge de Figueiredo. O papel do direito penal na protecção das gerações futuras. Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra (volume comemorativo). Coimbra: Coimbra Editora, 2003, p. 1.123 e ss.

³² HASSEMER, Winfried. Características e Crises do Moderno Direito Penal. Tradução PabloRodrigo Alflen da Silva. Revista Síntese de Direito Penal e Processual Penal. Porto Alegre, a. III, n. 18, p. 144-157, fev./mar. 2003, p. 156.

³³ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. La expansion del derecho penal. 2. ed. Madrid: Civitas, 2001, p. 160.

³⁴ SANTOS, Admaldo Cesário dos. Direito de intervenção e sociedade de risco. *Boletim IBCCRIM*. São Paulo: IBCCRIM, ano 19, n. 220, p. 06, mar., 2011.

³⁵ HASSEMER, Winfried. Características e Crises do Moderno Direito Penal. *Revista Síntese de Direito Penal e Processual Penal*. Porto Alegre, ano III, n. 18, p. 144-157, fev./mar. 2003, p. 147.

³⁶ D'AVILA, Fabio Roberto. Liberdade e Segurança em Direito Penal: O Problema da Expansão da Intervenção Penal. *Revista Síntese de Direito Penal e Processual Penal*. Porto Alegre, n. 71, p. 44-53. Dez./Jan. 2012, p. 49.

A prioridade deve ser dada não à eficiência, mas à legitimidade, hoje em crise. O Direito Penal, nesses termos, é construído em oposição às denominadas teorias funcionais³⁷. No lugar da estrita racionalidade instrumental, propõe-se a axiologia; e, no lugar da eficiência, propõe-se a validade³⁸. Logo, antes de se questionar acerca da utilidade político-criminal de determinadas medidas de natureza penal, deve-se questionar acerca da sua legitimidade/validade jurídico-penal e jurídico-constitucional. Todo e qualquer interesse só pode ser perseguido por meio de leis penais se estiver nos limites da legitimidade da normatividade penal e constitucional³⁹.

5 Considerações finais

Não bastassem as dificuldades que se colocam no campo dogmático, a própria atuação do Direito Penal neste novo universo tem sido objeto de acirrados debates políticos e doutrinários. Entre discursos extremados e moderados, há desde quem defenda o afastamento do Direito Penal em prol de instâncias administrativas, como quem sustente, em um funcionalismo extremado, um Direito Penal voltado à promoção de valores⁴⁰.

A desesperada tentativa de se buscar na esfera punitiva uma resposta plausível às novas demandas que ameçam a ordem social globalizada tem sido uma tônica constante, quer nos países primeiro-mundistas, quer naqueles que se encontram em fase de desenvolvimento. Tudo isso se perfaz por meio de um preocupante elemento: a falsa crença de que o Direito Penal, que se alicerça em políticas meramente simbólicas e distorcíveis, representa o único instrumento viável de combate às mazelas sociais, mesmo representando uma afronta às garantias clássicas, conquistadas ao longo da história⁴¹.

Diante do fracasso do sistema penal atual para fazer frente à criminalidade organizada, esboçam-se algumas respostas⁴². Primeiramente, não há como conceber um Direito Penal que puna bagatelas. Só podem contar com o merecimento penal as agressões graves contra bens jurídicos relevantes. Como decorrência disso, é preciso combater a inflação de leis penais, promovendo processos de descriminalização e o respeito ao princípio da ofensividade.

No âmbito da esfera pública mundial, impõe-se a criação de um Direito Penal transnacional efetivo, capaz de lidar com a criminalidade organizada a nível mundial. Esse trabalho iniciou-se timidamente com o Tribunal Penal Internacional, que ainda precisa ampliar sua competência e poder de execução.

Percebe-se, portanto, a necessidade de distinção entre as pretensas e as reais funções do Direito Penal. Conclui-se que, no cenário atual, com a crescente definição de riscos e medos, o poder punitivo ressurgiu na

³⁷ A ideia primordial do Funcionalismo, advindo da Sociologia, é explicar os mais variados aspectos da sociedade com base nas funções realizadas pelas instituições que nela operam e por seus mais variados segmentos. No âmbito do Direito Penal, essas construções sistematizam o crime a partir de funções determinadas à pena, representando um retorno ao idealismo neokantiano, como consequência da construção conceitual quanto aos fins do direito penal. Admitem, ainda, a possibilidade de a dogmática jurídico-penal ser orientada por critérios teleológicos de política criminal (ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal Brasileiro*: parte geral. 4 ed. ver. São Paulo: Ed. RT, 2002, p. 403). Com base nesses postulados fundamentais, desenvolveram-se correntes funcionalistas bastante delimitadas e, em certos aspectos, diametralmente opostas, com o intuito de dar novas luzes à Teoria do Delito. Na atualidade, as linhas funcionalistas de maior relevo são o Funcionalismo Teleológico-Racional (Dualista), capitaneado por CLAUS ROXIN, e o Funcionalismo Sistemático (Monista), desenvolvido por GÜNTHER JAKOBS.

³⁸ D'ÁVILA, Fabio Roberto. Liberdade e Segurança em Direito Penal: O Problema da Expansão da Intervenção Penal. *Revista Síntese de Direito Penal e Processual Penal*. Porto Alegre, n. 71, p. 44-53. Dez./Jan. 2012, p. 50.

³⁹ *Ibid.*, p. 48.

⁴⁰ D'ÁVILA, Fabio Roberto. A crise da modernidade e as suas consequências no paradigma penal. *Boletim IBCCRIM*. São Paulo, v.8, n.98, p. Encarte AIDP, jan. 2001.

⁴¹ SANTOS, Admaldo Cesário dos. Direito de intervenção e sociedade de risco. *Boletim IBCCRIM*. São Paulo: IBCCRIM, ano 19, n. 220, p. 06, mar., 2011.

⁴² GOMES, Luiz Flávio. Criminalidade organizada e democracia, por Ferrajoli. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2012-jul-12/coluna-lfg-criminalidade-organizada-democracia-ferrajoli>>. Acesso em 12 jul. 2012.

figura de solução dos problemas sociais, mas, na verdade, acaba por reproduzir de modo mais exasperado as desigualdades sociais, pouco ou nada contribuindo para a redução da criminalidade.

Com a sua expansão acrítica e a relativização infundada de suas garantias, o Direito Penal perde a sua característica mais admirável – ser uma das expressões do processo civilizatório da humanidade.

Referências

- BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal: Parte Geral*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.
- BUONICORE, Bruno Tadeu; SAAVEDRA, Giovani Agostini. Crimes Tributários e Criminologia: Uma Análise da Extinção da Punibilidade pelo Pagamento do Tributo. *Revista Síntese de Direito Penal e Processual Penal*. Porto Alegre, ano XI, n. 71, p. 15-33, dez./jan. 2012.
- CARNEVALI, Raúl Rodríguez. *Derecho penal y derecho sancionador de la Unión Europea*. Granada, Espanha: Comares, 2001.
- CERVINI, Raúl. *Os processos de descriminalização*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- CIPRIANI, Mário Luís Lírio. Direito penal econômico e legitimação da intervenção estatal – Algumas linhas para a legitimação ou não-intervenção penal no domínio econômico à luz da função da pena e da política criminal. In: D'AVILA, Fabio Roberto; SOUZA, Paulo Vinicius Sporleder (Coord.). *Direito penal secundário: estudos sobre crimes econômicos, ambientais, informáticos e outras questões*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.
- D'AVILA, Fabio Roberto. Liberdade e Segurança em Direito Penal: o Problema da Expansão da Intervenção Penal. *Revista Síntese de Direito Penal e Processual Penal*, Porto Alegre, n. 71, p. 44-53, dez./jan. 2012.
- D'ÁVILA, Fabio Roberto. A crise da modernidade e as suas consequências no paradigma penal. *Boletim IBCCRIM*. São Paulo, v. 8, n.98, p. Encarte AIDP, jan. 2001.
- DIAS, Jorge de Figueiredo. O papel do direito penal na protecção das gerações futuras. *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra (volume comemorativo)*. Coimbra: Coimbra Editora, 2003.
- DIAS, Jorge de Figueiredo; ANDRADE, Manuel da Costa; PINTO, Frederico de Lacerda da Costa. *Supervisão, direito ao silêncio e legalidade da prova*. Lisboa: Almedina Editora, Fevereiro 2009.
- GOMES, Luiz Flávio. *Criminalidade organizada e democracia, por Ferrajoli*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2012-jul-12/coluna-lfg-criminalidade-organizada-democracia-ferrajoli>>. Acesso em 12 jul. 2012.
- HASSEMER, Winfried. Características e Crises do Moderno Direito Penal. *Revista Síntese de Direito Penal e Processual Penal*. Porto Alegre, ano III, n. 18, p. 144-157, fev/mar. 2003.
- HASSEMER, Winfried. Desenvolvimentos previsíveis na dogmática do direito Penal e na Política Criminal. *Revista Eletrônica de Direitos Humanos e Política Criminal*, Porto Alegre, n. 2, abr. 2008. Disponível em: <http://www6.ufrgs.br/direito/wp-content/uploads/2010/08/2_1.pdf>. Acesso em 14 jun. 2012.
- HASSEMER, Winfried. Desenvolvimentos previsíveis na dogmática do direito Penal e na Política Criminal. *Revista Eletrônica de Direitos Humanos e Política Criminal*, Porto Alegre, n. 2, abr. 2008. Disponível em: <http://www6.ufrgs.br/direito/wp-content/uploads/2010/08/2_1.pdf>. Acesso em 14 jun. 2012.
- HASSEMER, Winfried. Rasgos y crisis del Derecho Penal moderno. *Anuário de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Madrid: Centro de Publicaciones, fasc. I, p. 235-49, enero/abril., 1992. t. XLV.
- MENDES, Paulo de Sousa. As garantias de defesa no processo sancionatório especial por práticas restritivas da concorrência confrontadas com a Jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem. *Revista de Concorrência e Regulação*. Lisboa, Almedina, ano I, n. 1, jan./mar. 2010.
- PRADO, Luiz Régis. *Comentários ao Código Penal*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2010.
- PRITTWITZ, Cornelius. O direito penal entre direito penal do risco e direito penal do inimigo: tendências atuais em direito penal e política criminal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, Revista dos Tribunais, n. 47, p. 31-45, mar./abr. 2004.
- QUEIJO, Maria Elizabeth. *O direito de não produzir prova contra si mesmo: o princípio nemo tenetur se detegere e suas decorrências no processo penal*. São Paulo: Saraiva, 2003.

- ROBALDO, José Carlos de Oliveira; VIEIRA, Vanderson Roberto. *A sociedade de risco e a dogmática penal*. Disponível em: <<http://www.ibccrim.org.br>>. São Paulo: IBCCRIM, 2002.
- RODRIGUES, Anabela Miranda; MOTA, José Luís Lopes da. *Para uma política criminal europeia: quadro e instrumentos jurídicos da cooperação judiciária em matéria penal no espaço da União Europeia*. Coimbra: Coimbra Editora, 2002.
- ROTSCH, Thomas. Tempos Modernos: Ortodoxia e Heterodoxia no Direito Penal. In: D'AVILA, Fabio Roberto (org.). *Direito Penal e Política Criminal no Terceiro Milênio: Perspectivas e Tendências*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2011.
- SANTOS, Admaldo Cesário dos. Direito de intervenção e sociedade de risco. *Boletim IBCCRIM*. São Paulo: IBCCRIM, ano 19, n. 220, p. 06, mar., 2011.
- SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. *La expansion del derecho penal*. 2. ed. Madrid: Civitas, 2001.