

DISCURSOS DE EMERGÊNCIA E POLÍTICA CRIMINAL: O FUTURO DO DIREITO PENAL BRASILEIRO

EMERGENCY DISCOURSES AND CRIMINAL POLICY: THE FUTURE OF THE CRIMINAL LAW IN BRAZIL

Ana Elisa Liberatore Silva Bechara*

Resumo:

O artigo apresenta alguns aspectos dos discursos de emergência e sua influência sobre a expansão do Direito Penal, analisados à luz da política criminal e da sociedade de risco.

Palavras-Chave: Direito Penal. Expansão. Discursos de emergência. Sociedade de risco. Política criminal.

Abstract:

The article details some aspects of the emergency discourses and its influence on the expansion of the Criminal Law, which are analyzed according to the criminal policy and the risk society.

Keywords: Criminal Law. Expansion. Emergency discourses. Risk society. Criminal policy.

I. Introdução

Nas últimas décadas, tem-se assistido ao aumento quantitativo e qualitativo da criminalidade, noticiado à exaustão pela Imprensa, que leva a opinião pública a reclamar uma postura mais firme do Estado. Esse fenômeno não é exclusivo da realidade brasileira, caracterizando-se como um problema da pós-modernidade, também denominada sociedade de risco, na linha do sociólogo Ulrich Beck.¹ Nesse contexto de maior vulnerabilidade, verifica-se uma tendência de elevada sensibilidade ao risco, isto é, a vivência subjetiva dos riscos acaba por se revelar claramente superior à sua própria existência objetiva.² Referida sensação de insegurança, potencializada pelos meios de comunicação, converte-se, então, em uma pretensão social a que o Estado, por meio do Direito Penal, deve fornecer resposta.

* Professora Doutora do Departamento de Direito Penal, Medicina Forense e Criminologia da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo e Diretora do Instituto Manoel Pedro Pimentel, do Departamento de Direito Penal, Medicina Forense e Criminologia da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

¹ BECK, Ulrich. *La sociedad del riesgo*. Hacia una nueva modernidad. Traducción de Jorge Navarro, Daniel Jiménez e Maria Rosa Borrás. Barcelona: Paidós, 1998.

² Christiane Russomano Freire trata, nessa linha, dos chamados medos ambientais, que aparecem em forma de sensações permanentes e compartilhadas indistintamente. (FREIRE, Christiane Russomano. *A violência do sistema penitenciário brasileiro contemporâneo*. O caso RDD (regime disciplinar diferenciado). São Paulo: IBCCRIM, 2005. p. 45.

Assim, a despeito dos movimentos clássicos de restrição do Direito Penal, surgem na atualidade demandas de uma ampliação da intervenção penal que ponha fim, ainda que nominalmente, à angústia da insegurança coletiva. Essa é aspiração de uma coletividade que se autocompreende antes de tudo como vítima, e, por isso, provoca importante transformação no âmbito do Direito Penal objetivo: perde-se a visão deste como instrumento de defesa dos cidadãos frente à intervenção coativa do Estado. A concepção clássica da lei penal como “magna carta” do agente, conforme expunha Von Liszt, cede seu lugar a uma compreensão do Direito Penal como “magna carta” da vítima, causando reviravolta em seus pressupostos científicos, a começar pela própria legalidade.

A análise das influências da pós-modernidade e dos denominados discursos de emergência em matéria jurídico-penal relaciona-se intimamente ao próprio fenômeno da expansão do Direito Penal, que tem sido objeto de debates político-criminais intensos em diversos ordenamentos jurídicos, dentre os quais o brasileiro. Justamente por isso, esse tema ganha especial importância na atualidade.

Antes, porém, de examinar a intervenção do Direito Penal em determinadas matérias, é necessário observar que, em qualquer caso, deparamo-nos com opções políticas ou, de forma mais simples, com a eleição de um determinado modelo de intervenção penal. Assim, o debate acerca do tema não pode ser feito sob a perspectiva superficial do que seja correto ou incorreto. É necessário, já de início, verificar de qual modelo político-social se parte. E, tratando especificamente da realidade brasileira, partimos do modelo de um Estado Democrático de Direito, que será, então, tomado como pressuposto da discussão.

A verificação do crescimento da criminalidade, seja sob o enfoque do que Winfried Hassemer denominada de criminalidade de massa, seja no âmbito da criminalidade econômica, tecnológica, ambiental e, sobretudo, organizada, leva a uma grave constatação: o Direito Penal encontra-se imerso em uma crise de efetividade e, conseqüentemente, em uma crise de legitimidade. Nessa linha, a sociedade, os estudantes e os operadores do Direito questionam o próprio estudo do Direito Penal, que, como se vê a partir de casos recentes, não consegue atingir seus fins.

Divulgam-se, então, pesquisas de opinião pública sobre a aprovação de medidas mais drásticas e rigorosas de combate à criminalidade, tais como a redução da maioria penal; a criação de novos delitos; a redução de garantias fundamentais do agente; e o aumento de penas previstas para delitos já existentes. Tem-se, nessa linha, a proliferação de leis penais, que não raras vezes são votadas de forma casuística, impensada e, o que é pior, atécnica. Nesse contexto atual, nem sequer importa para uma sociedade amedrontada e vitimizada a modificação ou supressão das garantias individuais clássicas, decorrentes de um Estado Democrático de Direito. Ao contrário, tais garantias, dentre as quais se destacam os próprios princípios penais fundamentais e os elementos da teoria

geral do delito, são agora consideradas meros formalismos, rígidos em demasia, que atrapalham na solução efetiva dos casos concretos.

De outro lado, a insegurança social que clama por uma maior intervenção do Estado, a partir de seu instrumento de controle formal mais drástico, esbarra na figura dos gestores atípicos da moral (*atypische Moralunternehmer*), os quais, representando organizações de naturezas diversas, tais como grupos ambientais, feministas, de consumidores ou pacifistas, interferem no processo legislativo com vistas à criação de leis penais que protejam seus respectivos interesses.³ E aí se verifica que tais demandas de criminalização, em grande medida atendidas pelo legislador, resultam inadequadas, ofensivas a princípios fundamentais do Direito Penal e, o mais grave, revelam-se contraproducentes.

A esse Direito decorrente da pretensa resposta imediata do Estado à demanda social de segurança podemos chamar Direito Penal de Emergência, caracterizado pela perda do caráter subsidiário e fragmentário e pela nítida assunção da missão de instrumento político de segurança. Alarga-se o âmbito da intervenção penal, de modo a conferir a sensação de tranqüilidade social e de um legislador atuante. Faz-se necessário, porém, e antes de mais nada, verificar se é esse Direito Penal de Emergência que se pretende adotar para solucionar os problemas de segurança e violência atualmente vivenciados pela sociedade brasileira. Talvez ainda de forma mais contundente, é de se questionar se esse Direito Penal de Emergência é apto a pôr fim à própria crise de legitimidade do Direito Penal.

2. Missão do Direito Penal e crise de legitimidade

A fim de que se possam fixar os parâmetros da presente discussão, é fundamental retornar ao início e indagar qual é a missão do Direito Penal. Essa pergunta, aparentemente óbvia, revela-se profunda e constitui a base de qualquer reflexão em matéria penal. Posta a questão de outra forma: o que leva a considerar o Direito Penal instrumento legítimo para eleger determinados comportamentos humanos como crimes e lhes impor uma sanção específica?

Evidentemente, não é tão simples estabelecer qual seja a missão do Direito Penal, observando-se sua variação conforme a própria evolução teórica das ciências criminais.

Partindo-se da análise do Estado Absoluto, caracterizado pela total centralização do controle e do poder legítimo, oriundo de Deus, o *jus puniendi* possuía

³ SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. *La expansión del derecho penal*. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales. Madrid: Civitas, 1999. p. 47.

natureza metajurídica, divina, um dogma absoluto por sua essência. Assim, as questões quanto ao conteúdo, à função e à legitimidade do Direito Penal apenas passam a ser ventiladas no contexto do Iluminismo, a partir da defesa do Estado de Direito.

Nessa esteira, em oposição ao Direito Natural, fundado na dedução da ordem jurídica a partir dos mais elevados princípios jurídicos, o Direito Penal passou a adotar por modelo político o contrato social de Rousseau. Em referido contrato, as partes renunciaram a uma parcela de sua liberdade natural a fim de que a liberdade de todos reste garantida.⁴ O Direito Penal passará a cumprir, assim, uma função estabilizadora das condições do contrato social, sendo o Estado apenas uma instituição derivada dos direitos dos cidadãos, que o legitimam.

Essa renúncia das liberdades individuais, acordada no contrato social, deve ter seus limites precisados de modo contundente. Como consequência, o conteúdo material do crime será definido pela verificação da ocorrência de lesões das liberdades (entendidas aqui como bens jurídicos tutelados) asseguradas pelo contrato, transformando-se o conceito de bem jurídico em um critério negativo à criminalização. Significa dizer: se não houver lesão a bem jurídico, não haverá crime.

Dentro dessa concepção, o Direito Penal, mesmo como meio de repressão violento, é também instrumento de garantia da liberdade individual,⁵ revelando-se, portanto, indispensável à manutenção harmônica da convivência social (advertindo-se, desde já, que tal papel não deve ser considerado autonomamente, senão como parte final de uma cadeia de controle, ou *ultima ratio* para a manutenção dos valores sociais fundamentais).

É, portanto, a partir da concepção do contrato social exposta que o Direito Penal evolui e orienta-se em sua função e instrumentos, ainda que sob perspectivas diversas, como se percebe até os dias atuais, incluindo-se aí seu núcleo de atenção, vale dizer, o conteúdo material do crime.

Avançando na análise das escolas penais, verifica-se que, na perspectiva positivista, o comportamento criminoso teve seu conteúdo confundido com a descrição típica elaborada pelo legislador. O conceito material do crime identificava-se, assim, com seu conceito formal. Tal concepção, deixando de transcender para além do Direito

⁴ ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Do contrato social*. Tradução de Lourdes Santos Machado. São Paulo: Nova Cultural, 1999. p. 69-84.

⁵ A esse respeito, esclarece Jesús María Silva Sánchez que “el derecho penal surgido de la Ilustración pone fin a esse estado de cosas pues en él aparece como misión autónoma la finalidad garantística. En efecto, la misión explícita de los nuevos Códigos es poner fin a la arbitrariedad de los juicios del poder absoluto, estableciendo de una vez por todas, y desde bases de legitimidad democrática, los presupuestos formales y materiales de la intervención del Derecho Penal. Desde entonces no há dejado de avanzarse en esta línea. Al Derecho Penal surgido de la Ilustración le es inherente una tensión entre su aspecto punitivo y su aspecto jurídico que se manifiesta en un conflicto de fines: preventivo por un lado; garantístico por el otro”. SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. *Aproximación al derecho penal contemporáneo*. Barcelona: Bosch, 1992. p. 191.

Penal legislado na determinação de critérios materiais do comportamento delituoso, não se revelou capaz de oferecer nenhum elemento de ligação entre o conteúdo material de crime e a questão da função e dos limites da intervenção penal. De fato, a conceituação de crime como mera exposição pelo legislador de condutas assim entendidas não deixa medir o acerto político-criminal das respectivas incriminações. A necessidade de uma autonomização do conceito material de crime em face de seu conteúdo formal surge, desse modo, como uma necessidade científica já sentida desde os tempos de Cesare Beccaria.⁶

Depois, como se vê na obra de Von Liszt,⁷ os esforços para a conceituação material do delito deixaram o âmbito jurídico (conceito legal-formal), passando-se a um conceito criminológico – crime como comportamento desviante.⁸ De fato, para o Autor, não é o ordenamento jurídico que cria os bens jurídicos, senão a própria vida, como geradora dos interesses que se estimam dignos de proteção penal.⁹ O bem jurídico, e assim o conteúdo do crime, saem da lógica abstrata, revelando-se centros de união com outras ciências, por meio da política criminal.¹⁰ Estabelecem-se, então, vínculos entre os distintos âmbitos integrados da Ciência Penal, ou seja, entre a análise jurídica e a análise empírica, determinando-se os pontos de possível relação entre o ordenamento jurídico-penal e a realidade social.

Em contraposição à concepção positivista-legalista, surge um esforço continuado na tentativa de definir materialmente o crime sob o ponto de vista sociológico, como uma unidade autônoma e anterior à qualificação legal. Pela primeira vez, buscou-se um conceito pré-legal de crime. Conforme expõe Jorge de Figueiredo Dias, a primeira tentativa de determinação do conteúdo material do delito é de Garofalo, para quem o crime corresponderia à violação de sentimentos altruísticos fundamentais.¹¹ Chega-se, assim, a uma concepção de crime natural, igual para os grupos sociais de mesma raça e civilização, tendo por denominador comum um comportamento socialmente lesivo. Ainda nesse sentido, mas a partir da determinação dos sentimentos cuja lesão constituiria delito, dentro de parâmetros mais específicos da sociedade concreta, tem-se posteriormente a concepção de Durkheim, para quem referidos sentimentos eram comuns à consciência coletiva, determinados e precisos. A característica comum a todos os delitos residiria,

⁶ BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. Tradução de José Cretella Júnior e Agnes Cretella. 2. ed. São Paulo: RT, 1997. Obra original em italiano datada de 1764.

⁷ LISZT, Franz von. *Tratado de Direito Penal alemão*. Tradução de José Hygídio Duarte Pereira. Rio de Janeiro: Briguiet, 1899. t. I.

⁸ DIAS, Jorge de Figueiredo. *Questões fundamentais do Direito Penal revisitadas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 55.

⁹ LISZT, Franz von. op. cit., p. 94.

¹⁰ BUSTOS RAMÍREZ, Juan. *Introducción al derecho penal*. 2. ed. Santa Fé de Bogotá: Temis, 1994. p. 25.

¹¹ DIAS, Jorge de Figueiredo. *Questões fundamentais do direito penal revisitadas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 56.

então, no fato de representarem condutas reprovadas universalmente pelos membros de cada sociedade.¹²

Em vista da imprecisão das concepções expostas, em razão de tornarem impossível erigir um padrão crítico de análise a todas as criminalizações, a busca do conceito material do crime, nessa linha, acabou por não prosperar. De fato, partindo da perspectiva positivista-sociológica, não se chega, seguramente, a conteúdo algum de danosidade ou ofensividade social, que constituiriam a essência do delito, uma vez que, ainda que todo crime se possa traduzir em uma conduta geradora de danosidade social, nem toda danosidade social é capaz de, legitimamente, constituir crime.

A partir da passagem do Estado de Direito formal (Estado liberal de mera abstenção) ao Estado de Direito material,¹³ introduziu-se no conceito material de delito nova consideração, de caráter moral-social, o que levou a entender o conteúdo daquele como a violação de deveres ético-sociais fundamentais.¹⁴ Neste contexto, tem-se a lição de Hans Welzel, para quem a missão do Direito Penal corresponde à proteção de determinados bens vitais da comunidade – os denominados bens jurídicos –, assegurando, por conseguinte, a vigência dos valores ético-sociais de caráter positivo, como o respeito à liberdade, à vida alheia, e assim por diante. Deste modo, a missão de garantir a efetiva vigência dos valores de ato da consciência jurídica, que constituem o fundamento de sustentação do Estado e da sociedade, sobrepõe-se à proteção de determinados bens jurídicos concretos. Em resumo, nessa linha, a missão do Direito Penal, de natureza ético-social e com caráter positivo, consiste na proteção dos valores elementares de consciência, e apenas por inclusão a proteção dos bens jurídicos particulares.¹⁵

Analisando as considerações de Welzel, embora se distanciem da noção de pecado, revelam-se ainda fortemente enraizadas na consciência da população, fundada em valores morais, não podendo prevalecer no plano da ordem jurídico-penal atual. De fato, não deve ser função nem mesmo secundária do Direito Penal a proteção das concepções morais vigentes, o que acabaria por provocar, invariavelmente, confusão entre o Direito e

¹² Id. Ibid.

¹³ Sobre a diferenciação entre o Estado liberal e o estado social de direito, vide FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón*. 2. ed. Traducción por André Ibeñez, Alfonso Ruiz Miguel, Juan Carlos Bayón Mohino, Juan Tarradillos Basoco e Rocio Cantarero Bandrés. Madrid: Trotta, 1997. p. 861.

¹⁴ DIAS, J. Figueiredo. *Idem*, p. 59.

¹⁵ WELZEL, Hans. *Derecho penal alemán*. Parte general. 11. ed. 4. ed. castelhana. Traducción por Juan Bustos Ramírez e Sérgio Yañez Pérez. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1997. p. 2 e ss. Conclui o autor, a partir do entendimento da tarefa central do Direito Penal voltada para a garantia da validade dos valores ético-sociais positivos de ação, que “en esto reside el profundo alcance del Derecho Penal: en tanto cuando limita sus normas a los elementales deberes ético-sociales, establece el fundamento para la constitución de todo el mundo del valor ético de una época. De este modo el Derecho Penal se extiende más allá de si mismo y se inserta en el marco cultural de una época”, p. 5.

a moral. Tal proteção é incompatível com o conteúdo das sociedades atuais, democráticas e pluralistas, fundadas na coexistência de zonas de consenso e zonas de conflito.

É na perspectiva teleológico-funcional, na linha de Claus Roxin, que se chega à concepção de missão do Direito Penal aceita na atualidade, qual seja: a de tutela subsidiária de bens jurídicos dotados de dignidade penal, nos quais vem a se concretizar jurídico-penalmente o conceito sociológico fluido da danosidade social.

A exigência da intervenção penal exclusivamente para a proteção subsidiária de bens jurídico-penais constitui garantia fundamental, que só é cumprida a partir da determinação do conteúdo do conceito de bem jurídico, a fim de impedir que este sirva de fundamento de proteção a qualquer tipo de interesse ou convicção moral cuja violação não tenha repercussão social negativa relevante.¹⁶

Embora possa haver, na atualidade, correntes que neguem importância ao bem jurídico, pretendendo a consideração do Direito Penal exclusivamente em seu sentido sistêmico, como a defendida por Günther Jakobs, na Universidade de Bonn – Alemanha, não parece correto abandonar a referência ao bem jurídico e, portanto, aos valores e interesses fundamentais da sociedade, mesmo que possam agora também assumir caráter supra-individual, pois são esses valores que deverão constituir os mínimos éticos cuja expectativa social é tutelada pelas normas que compõem o sistema penal.

Consideramos, então, como missão do Direito Penal a proteção subsidiária de bens jurídicos. Subsidiária na medida em que a intervenção penal deve ser apenas a última dentre todas as medidas protetoras a ser considerada, o que vale dizer, apenas poderá intervir quando falharem todos os demais meios de solução social do conflito, formais ou informais. Por isso, a sanção penal é denominada a *ultima ratio* da política social. De outro lado, é de se ressaltar o caráter fragmentário da proteção penal, intimamente ligado ao conteúdo dos bens jurídico-penais, apontando justamente o fato de que, dada a gravidade das conseqüências penais, não é possível utilizar tal controle sempre, senão diante de casos bastante específicos, de significação relevante na vida social.

Não se trata da tutela de qualquer bem jurídico, mas somente de um bem jurídico-penal, entendido como bem vital reconhecido socialmente como valioso e que, por isso mesmo, há de encontrar refração na Constituição da República, como sistema aberto de interpretação do Direito, seja em matéria de interesses individuais, seja de interesses

¹⁶ Jesús María Silva Sánchez cita, a esse respeito, o exemplo da concepção do bem jurídico como valor (espiritual-cultural) difundida pelo neokantismo, a qual o incapacita para cumprir qualquer fim de limitação. De fato, “se o bem jurídico se entende unicamente como uma “realidade valorada positivamente”, parece óbvio que sob esta titulação se poderá incluir qualquer estado, convicção ou princípio em função do setor dominante em uma sociedade determinada”. SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. *Aproximación al derecho contemporáneo*. cit., p. 267.

sociais, seja de interesses de organização política e econômica. Mas, entenda-se: bem jurídico de conteúdo sempre tomado a partir do indivíduo, e não da norma.

A compreensão do real sentido do bem jurídico-penal, no contexto de um sistema aberto¹⁷ baseado em uma sociedade pluralista, em que os valores se pautam no mundo de vida de cada um, de levar em conta os partícipes da comunicação, que se movem no horizonte de possibilidades irrestritas de entendimento a fim de atingir a auto-realização social. Dentro de um sistema aberto, fundado no caráter plural da sociedade, o bem jurídico será, portanto, um padrão crítico irrenunciável pelo qual se deve aferir a observância à função e, conseqüentemente, a legitimação do Direito Penal em cada caso concreto.

Voltando, porém, à realidade atual, ou à pós-modernidade, seria de se indagar se a missão do Direito Penal como instrumento de tutela subsidiária de bens jurídico-penais pode persistir, ou se se faria necessária a adoção de um novo sistema penal, com funções diversas.

Na prática, é evidente que a evolução social, trazendo consigo novas modalidades delituosas, envolvendo maior complexidade e conseqüências mais amplas, acabou por gerar, em resposta, a alteração e ampliação dos instrumentos penais, operando, conseqüentemente, uma transformação na própria função do Direito Penal. De fato, antes instrumento de proteção diante de lesões graves aos valores sociais fundamentais, o Direito Penal, no momento atual, passa a ser utilizado como instrumento político de segurança, aproximando-se suas funções daquelas desempenhadas pelo Direito Administrativo e pelo Direito Civil, sobretudo em áreas como a econômica, a do meio ambiente, a da saúde pública, dentre outras emergentes. Tal transformação levou, em última análise, à utilização do Direito Penal não mais como *ultima ratio*, mas agora como primeira ou única *ratio*.¹⁸

¹⁷ E tal sistema aberto não se confunde com a ausência de sistema. A fim de construir esse sistema "elástico", como observa Schünemann, são necessários materiais também elásticos, que possam adaptar-se à evolução social e jurídica sem se esvaziar de conteúdo. Para conseguir tal resultado, estabelece-se um sistema conceitual cujos materiais integrantes vêm dados, em parte, por termos jurídicos definidos de modo exato e, em parte, por descrições tomadas da linguagem ordinária e precisadas parcialmente em sentido jurídico e em parte por predicados puramente valorativos, completamente indeterminados em seu conteúdo. A indeterminação da linguagem – ou porosidade – pode, deste modo, ser aproveitada a fim de garantir a necessária abertura do sistema, enquanto, por outro lado, os elementos do sistema precisados em sentido jurídico cuidam da ordenação e canalização dos pontos de vista valorativos admitidos e da manutenção de um conhecimento jurídico assentado. SCHÜNEMANN, Bernd. Introducción al razonamiento sistemático en Derecho Penal. In: *El sistema moderno de derecho penal: cuestiones fundamentales*. Traducción por Jesús María Silva Sánchez, p. 36.

¹⁸ Nesse sentido, HASSEMER, Winfried. *Persona, mundo y responsabilidad. Bases para una teoría de la imputación en derecho penal*. Traducción por Francisco Muñoz Conde e María del Mar Díaz Pita. Santa Fé de Bogotá: Temis, 1999. p. 30 e ss. O que, segundo o Autor mencionado, levou o Direito Penal a ser convertido, apesar da contundência de seus instrumentos, em uma *soft law*, em um meio de direção social.

Em vista dos reflexos da atual sociedade, assiste-se hoje a reformas penais caracterizadas pela ânsia em combater com urgência os problemas amplamente difundidos pelos meios de comunicação, os quais, exatamente por isso, são sentidos com maior intensidade, provocando sensação de insegurança. E tal proteção é operada por meio do aumento sensível das penas cominadas aos tipos delitivos, da eliminação dos vários graus de imputação penal e, fundamentalmente, da tutela crescente de bens jurídicos vagos ou universais em lugar dos clássicos bens jurídicos individuais.

Com efeito, embora tenham sido mantidas as tendências que caracterizaram o Direito Penal moderno, verifica-se agora sua desvinculação do contexto inicial. Assim, a proteção de bens jurídicos, antes critério negativo de legitimação penal, converteu-se, no contexto atual, em critério positivo de justificação de novas criminalizações, formuladas, ademais, de forma vaga e imprecisa. Os crimes de lesão e mesmo os de perigo concreto passam a ser considerados superados, ampliando-se a criminalização dos delitos de perigo abstrato, os quais, prescindindo da demonstração do dano e da própria causalidade, alargam em muito o âmbito de aplicação do Direito Penal, diminuindo os meios de defesa, os pressupostos do castigo e as diretrizes dadas pelo legislador ao julgador para a interpretação dos respectivos tipos delitivos.

O combate à criminalidade característica da pós-modernidade, mormente aquela ligada às organizações criminosas e aos crimes tecnológicos, vem sendo indevidamente associado à idéia de um Direito Penal de Emergência, excepcional à própria Constituição, no qual as regras de responsabilidade penal e a própria razão jurídica sucumbem diante das razões do Estado, que impõem o combate às formas de delinquência a qualquer custo. Esta cultura de emergência e de exceção possibilitou a criação de desvios dogmáticos que acabaram por levar ao retrocesso do Direito Penal, agravando, evidentemente, a crise de legitimação, advinda da disparidade entre o dever-ser normativo e o ser efetivo.

Nesse novo contexto, surge um Direito Penal voltado à prevenção do futuro, deixando de lado a preocupação com uma resposta adequada ao passado¹⁹ e, portanto, com a resolução direta do problema jurídico-penal, o que dá lugar a uma função simbólica, que visa a produzir na opinião pública o sentimento de tranquilidade e de um legislador atuante.²⁰ Trata-se aqui de preceitos penais que não surtem efeitos protetivos concretos,

¹⁹ Nesse sentido, Id. *Ibid.*, p. 30 e ss.

²⁰ Em referência específica à situação atual do Direito Penal brasileiro, crítica o professor Antonio Luís Chaves Camargo: "A complexidade social fez surgir uma série de fatos e comportamentos até então não previstos pelo legislador penal, o que obrigou à produção de uma legislação extrapenal capaz de fazer frente a esta criminalidade, apenas como um simbolismo, uma resposta do Direito Penal à sociedade, ansiosa por medidas que diminuam os crimes modernos. É o caso da lei dos crimes hediondos, lei do meio ambiente, sistema financeiro, etc. Não conseguiu dar validade a estas normas, porque o Direito Penal brasileiro ainda se apegava ao positivismo jurídico kantiano, o que o impede de um desenvolvimento para acompanhar a ciência penal

mas que, antes, são nitidamente partidários de determinados valores, pretendendo servir à auto-afirmação de grupos políticos e ideológicos.²¹

A exacerbação da função de prevenção, convertida em paradigma penal dominante na atualidade, debilita valores fundamentais do Estado Democrático de Direitos tais como o princípio de legalidade e da dignidade humana, tudo com a esperança de fazer do Direito Penal instrumento eficaz de afronta às ameaças trazidas pela nova criminalidade. Esta “dialética do moderno” transformou o Direito Penal em instrumento de solução dos conflitos sociais que não se diferencia, nem em sua idoneidade nem em sua periculosidade, de outros instrumentos de solução social.

3. Mídia e Direito Penal

No trato dos discursos de emergência em matéria jurídico-penal, ganha especial destaque o papel desempenhado pelos meios de comunicação. Justamente diante dos interesses primitivos naturalmente envolvidos, é inegável uma dada tensão histórica na relação entre os operadores do Direito Penal e a sociedade, relação esta freqüentemente intermediada pelos meios de comunicação. E a despeito da importância da Imprensa no contexto democrático, como instrumento de informação e até de reflexão, vem merecendo especial atenção, nas palavras de Dalmo de Abreu Dallari, “o comportamento da grande Imprensa, que vem dando muita ênfase, ou mesmo prioridade, à violência, até mesmo nos programas ditos recreativos ou pseudoinformativos, tratando com escândalo as ações criminosas, transmitindo ao público a idéia de que todos, sem exceção, estejam onde estiverem, estão na iminência de sofrer alguma espécie de violência”.²²

Nesse contexto, ao observarmos o conteúdo das notícias relacionadas à matéria criminal, veiculadas nos diversos meios de comunicação, constatamos, com ingrata surpresa, o papel desempenhado pela mídia em relação ao Direito Penal atual. Se antes tínhamos uma Imprensa que buscava, de forma ativa e já discutível, influenciar os operadores do sistema jurídico-penal, hoje estamos diante de meios de comunicação que pretendem se substituir aos próprios tribunais, esforçando-se para realizar, por seus próprios recursos, um julgamento virtual do caso concreto, de repercussão infinitamente superior à da própria persecução penal.²³ A par da indignação específica daqueles operadores

no mundo moderno”. CAMARGO, Luis Antonio Chaves. *Imputação objetiva e Direito Penal brasileiro*. São Paulo: Cultural Paulista, 2001. p. 87.

²¹ Id. *Ibid.*, p. 122.

²² DALLARI, Dalmo de Abreu. Imprensa livre e responsável. *Jornal do Brasil*, Rio de Janeiro, 19 de agosto de 2006, p. A11.

²³ Nesse sentido, posiciona-se também BATISTA, Nilo. Maus tratos, omissão imprópria e princípio da confiança em atividades médico-cirúrgicas – o caso da Clínica Santa Genoveva. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo, v. 9, n. 38, p. 271-291, abr./jun. 2002.

do Direito Penal que, em contato efetivo com o caso concreto, tomam consciência do quanto foi silenciado ou-não corretamente enfocado pela Imprensa aos telespectadores, causa desconforto geral a negação sistemática de garantias penais e processuais penais fundamentais, a partir de ilações amplamente veiculadas por quem não raras vezes nem sequer possui formação jurídica. Assiste-se a tudo, como entretenimento, até porque as histórias veiculadas, embora comuns à realidade criminal, ganham contornos fantásticos e exacerbados de forma repetitiva.

Em face dos sentimentos primitivos que ligam os indivíduos ao Direito Penal, parece haver uma atração social irresistível a legitimar a atuação da Imprensa. Afinal, há uma curiosidade pública, agora já convertida em “comoção pública”, e essa “opinião pública” (ou opinião da Imprensa, transmutada em opinião pública) reclama a pronta resolução dos casos noticiados, com a severa punição de seus agentes, normalmente já pré-julgados.

A Imprensa defende-se de eventuais críticas daqueles que se atrevem a questionar sua liberdade a tão duras penas conquistada, afinal não estaria a cometer abuso algum ao noticiar com fidelidade a atuação regular dos órgãos de investigação e persecução penal. Mas será essa lógica tão simples?

Na verdade, a questão de fundo vai muito além da mera violação da presunção de inocência dos investigados/acusados, ou de sua abusiva exposição, e, nessa linha, verifica-se que a ausência de uma reflexão mais profunda sobre a liberdade dos meios de comunicação traz conseqüências ainda mais graves. Trata-se aqui dos efeitos futuros da atuação irresponsável da Imprensa ao Direito Penal, reforçando a concepção de uma emergência penal.

A reprodução insistente de fatos pelos meios de comunicação, seguida de seu engrandecimento, leva à distorção da própria percepção da realidade pelo grupo social. Conforme ressalta Santiago Mir Puig, a Imprensa amplia a dimensão das desgraças e da violência. Ao se informar sobre fatos negativos que se produzem em todo o mundo, faz-se com que o destinatário da notícia tenha a sensação de que esses ocorrem muito mais do que antes, quando só se conheciam aqueles decorrentes do próprio âmbito de vida pessoal, familiar ou profissional. De outro lado, adverte o referido Autor que os meios de comunicação tendem a dramatizar esse tipo de notícias, de forma a aumentar a sensação de insegurança e de vulnerabilidade, traduzidas em uma maior demanda de intervenção por parte do Direito Penal.²⁴

Destacando a freqüência cada vez maior com que uma opinião pública favorável é capaz de desencadear por si só respostas legislativas penais, Diez Ripollés

²⁴ MIR PUIG, Santiago. *Nuevas tendencias en política criminal*. Una auditoría al código penal español de 1995. Buncos Aires: Julio César Faura Editor, 2006. p. 123.

afirma que é certo que a opinião pública é fruto de uma atividade exercida por um grupo de pressão, a mídia. Isso origina uma série de resultados negativos importantes: 1) Dá-se por legítima uma visão simplificada e superficial da realidade social e das conseqüências de sua intervenção sobre ela, em franco dissenso com as exigências relativas ao grau de análise e reflexão dos problemas sociais, a fim de justificar uma intervenção penal na sociedade atual; 2) Perdem-se oportunidades de retificação de análises já realizadas, na medida em que desaparece da etapa pré-legislativa um nível de elaboração de decisões, o do grupo de pressão dos especialistas; 3) Outorga-se a hegemonia nesta fase a um único agente social, a mídia, dada a sua capacidade de influir no destaque de um pretenso mal-estar social. E assim se abre uma importante brecha na limitada autonomia que convém ser mantida entre as fases pré-legislativa e legislativa, devido à especial facilidade com que os grupos de pressão políticos e parlamentares podem incidir sobre o conteúdo da opinião pública, condicionando o fluxo de informação por meio do controle direto ou indireto dos detentores dos meios de comunicação.²⁵

Dessa forma, é inegável a influência direta exercida pela Imprensa sobre o atual fenômeno de expansão do Direito Penal, mais especificamente no que toca à adoção de um Direito Penal de Emergência, cuja origem e desdobramentos serão em seguida abordados.

4. O Direito Penal de Emergência

Em contraposição ao Direito Penal de modelo liberal, há diversas denominações atribuídas ao Direito Penal cuja aplicação se tem assistido de forma crescente na atualidade: Direito Penal do Inimigo, Direito Penal do Risco, e o Direito Penal de Emergência.

O termo Direito Penal de Emergência tem origem na Itália, designando as modificações estruturais promovidas em seu sistema penal (nas vertentes material, processual e de execução), a partir da década de 70 do último século, como o fim de combater primordialmente o terrorismo e o crime organizado. Tais modificações consistiram na reforma das leis penais existentes e da criação de novos dispositivos legais, visando a oferecer uma resposta estatal imediatista à então nova criminalidade, na esteira de um apelo social fortemente influenciado pelos meios de comunicação. A adoção dessa legislação penal de emergência ocorreu inicialmente em caráter provisório, embora essas leis tenham acabado se incorporando no ordenamento jurídico de modo definitivo.²⁶

²⁵ DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. *La racionalidad de las leyes penales*. Madrid: Trotta, 2003. p. 34-35.

²⁶ FERRAJOLI, Luigi. op. cit., p. 664 e ss.

Entendida como um instrumento político do Estado na luta em defesa das instituições e da sociedade civil, a legislação penal italiana de emergência justificava-se em razão de seu uso pretensamente temporário, apenas para combater fatos excepcionais que ameaçavam essas instituições. Nessa linha, a suspensão, supostamente temporária, de algumas garantias inerentes ao Estado foi vista como uma forma de assegurar a sua própria sobrevivência.²⁷

A partir da análise da legislação italiana de emergência, observa-se a falta de homogeneidade e coerência, o imprevisto e a falta de coordenação sistemática, tudo advindo de ampla campanha da mídia e de uma “opinião pública”, voltadas a pressionar o Estado a adotar medidas para o controle da criminalidade. Verifica-se, assim, o aumento do rigor repressivo em relação aos tipos penais já existentes; criação de novos tipos; a busca pessoal sem mandado judicial; proibição de liberdade provisória para uma série de crimes; interrogatório policial sem a presença do defensor; acordos entre a Justiça e os imputados; e a ampliação excessiva dos poderes da magistratura, que abandona sua tradicional postura de imparcialidade e inércia e passa a ser combativa, assumindo o protagonismo na luta contra o crime. Em outras palavras, a função judicial é contaminada pelos instrumentos de investigação típicos da polícia; tudo isso caracterizado pela falta de sistematização normativa. Em suma, a ética das formas e os princípios fundamentais, como os da legalidade e da culpabilidade, passam a ser vistos como sutilezas e barreiras para a eficiência do poder punitivo do Estado.²⁸

Tem-se, então, o Direito Penal do fato transformado em Direito Penal do autor; o processo penal convertido em técnica de inquirição e a execução penal marcada pela imposição de regimes especiais e diferenciados, por meio da lógica amigo/inimigo, encontrada em Carl Schmitt e, mais recentemente, em Günther Jakobs. Assim, verifica-se, nos discursos de emergência, conforme esclarece Luigi Ferrajoli, o primado da razão de Estado (política) sobre a razão jurídica, como critério informador do Direito e do Processo Penal.²⁹

Ora, quando predomina essa razão do Estado, na linha de Maquiavel, de subordinação dos meios aos fins políticos, não existe mais jurisdição, mas sim arbítrio policlesco, repressão política, regressão neo-absolutista do Estado a formas pré-modernas. Isso porque essa razão do Estado, de combate ao crime a qualquer custo, é

²⁷ MOCCIA, Sergio. *La perenne emergenza*. Tendenze autoritarie nel sistema penale. 2. ed. Napoli: Scientifche Italiane, 1997. p. 53 e ss.

²⁸ No âmbito processual, tem-se os maxiprocessos, caracterizados pela abertura de megainvestigações contra centenas de investigados, mediante prisões baseadas em frágeis indícios; processos esses que acabam se perdendo em tamanho e tempo, conforme expõe FERRAJOLI, Luigi. op. cit., p.661.

²⁹ FERRAJOLI, Luigi. op. cit., p.650 e ss.

incompatível com a jurisdição penal entendida no contexto de um Estado Democrático de Direito.³⁰

A partir desse discurso de emergência, soaria adequado, inclusive, defender o Direito Penal do Inimigo, na linha de Günther Jakobs, aplicável àqueles que, por não revelarem lealdade ao sistema e, assim, confiabilidade, deixam de ser considerados pessoas para se converter em inimigos, merecendo tratamento excepcional ao próprio ordenamento jurídico destinado aos cidadãos.³¹ A punição do agente, nesse contexto, dá-se conforme sua periculosidade, a partir da seletividade de um sistema sujeito, inclusive, a critérios político-sociais diversos.

Ante as considerações acima, seria de se questionar se essa filosofia do Direito Penal de Emergência, de cunho punitivista e pautada em desvios dogmáticos que levam a um retrocesso, é socialmente útil e, por isso, adequada no contexto da pós-modernidade.

5. Direito Penal de Emergência e expansão penal

Antes de buscar soluções aos questionamentos formulados, faz-se necessário estabelecer uma diferenciação clara entre o Direito Penal de Emergência e a expansão do Direito Penal. Embora ambos os fenômenos possam relacionar-se, na medida em que o Direito Penal de Emergência é uma expansão disfuncional do Direito Penal, nem toda expansão do Direito Penal será considerada Direito Penal de Emergência, sob um prisma disfuncional. Pode-se mencionar, a título de exemplo de expansão do Direito Penal em vários novos âmbitos, o denominado Direito Penal Secundário.³²

No mesmo sentido, deve-se ter em conta que há duas reflexões distintas sobre essa expansão do Direito Penal, caracterizadas em “se” o Direito Penal deve intervir e “como” deve se dar a respectiva intervenção.

Quanto à adoção de um Direito Penal de Emergência no Brasil, pretensamente mais atuante em seu próprio núcleo tradicional, parece não haver dúvidas do cabimento das críticas que lhe são feitas. De fato, esse Direito Penal parece injustificado, justamente por representar a violação de princípios fundamentais e elementos da própria teoria geral do delito.

É de se discutir com mais cautela, porém, a expansão do Direito Penal dentro do que se pode definir como Direito Penal Secundário. Verifica-se aqui que o Direito Penal deixa seu núcleo clássico, de bens altamente pessoais, para incidir mais na esfera do cidadão, com a proteção de bens jurídicos supraindividuais, amplos e indeterminados. Isso decorre da maior complexidade da sociedade atual, criando-se novas hipóteses de intervenção penal e se antecipa a tutela penal.

O debate estabelece-se, então, entre dois modelos de Direito Penal que, na realidade, constituem dois modos distintos de compreender o Estado e suas estratégias de intervenção: o Direito Penal liberal e o Direito Penal social ou de prevenção.³³ Esse segundo Direito Penal tem recebido críticas por representar uma política mais intervencionista, que limita em excesso a liberdade do cidadão. De outro lado, o novo Direito Penal Secundário tipifica condutas carentes de lesividade ou com lesividade irrelevante, tutelando bens coletivos, e aí se poderia falar em um Direito Penal simbólico (que, segundo Hassemer, não persegue uma eficácia, mas apenas uma aparência de eficácia, com o objetivo de alcançar uma fictícia paz social).³⁴

Mas é preciso examinar mais a fundo as críticas lançadas à expansão do Direito Penal na atualidade. Direito Penal simbólico não se confunde com a técnica legislativa inadequada (a exemplo da criação de tipos muito abertos, não taxativos, etc.). Em alguns casos, temos normas penais que acabam não surtindo bons efeitos, mas isso não significa que o objeto de proteção deva prescindir de tutela penal. O que ocorre é uma má tutela.³⁵

De outro lado, quando se fala em lesividade ou na limitação aos bens jurídicos em relação aos quais deveria se circunscrever a intervenção penal (aqueles tradicionalmente protegidos), há de se ressaltar, como faz Silva Sánchez, que esse modelo de Direito Penal liberal de proteção de bens jurídicos pessoais e do patrimônio nunca existiu como tal.³⁶ De fato, quando se critica a proteção de bens jurídicos supra-individuais, como o meio ambiente, olvida-se que os Códigos Penais protegeram historicamente interesses coletivos (ex. delitos contra a ordem pública, a ordem econômica, a saúde pública, etc). E, se antes se justificava essa tutela, hoje ela parece ser ainda mais importante. Portanto, que o debate sobre a expansão do Direito Penal não se funda, na maior parte das vezes, em se

³⁰ Id. Ibid., p. 665 e ss.

³¹ Vide, nesse sentido, JAKOBS, Günther; CANCIO MELIÁ, Manuel. *Direito Penal do inimigo*. Noções e críticas. Tradução de André Luís Callegari e Nercu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

³² Vide, nessa linha, DIAS, Jorge de Figueiredo. O direito penal entre a sociedade industrial e a sociedade do risco. *Revista Brasileira de Ciências Criminas*, São Paulo, v. 9, n. 33, p. 39-66, jan./mar. 2001. Do mesmo autor, tem-se, ainda, *Para uma dogmática do direito penal secundário*. Coimbra: Coimbra Editora, 1984.

³³ POZUELO PÉREZ, Laura. De nuevo sobre la denominada ‘expansión’ del derecho penal: una relectura de los planteamientos críticos. In: LYNETT, Eduardo Montealegre (Coord.). *El funcionalismo en derecho penal*. Colombia: Universidad Externado de Colômbia, 2003, t. II, p. 119.

³⁴ Claro que as normas penais também perseguem em certa medida uma finalidade simbólica. Mas aí temos que separar funções manifestas (proteção de bens jurídicos) e latentes do Direito Penal (para satisfazer a necessidade de apaziguar a população por meio da mensagem que o Estado está atuando). O Direito Penal simbólico dá-se quando as funções latentes predominam sobre as funções manifestas.

³⁵ POZUELO PÉREZ, Laura. op. cit., p. 120.

³⁶ SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. *La expansión del derecho penal*. cit., p. 149-157.

deve haver a intervenção penal ou-não em determinadas matérias, como o meio ambiente, e sim em como deve se dar tal intervenção. Assim, o Direito Penal Secundário mostra-se, inicialmente, viável, tendo de se verificar como será, na prática, aplicado.

Para Pozuelo Pérez, a solução ao problema da eficácia e legitimidade da intervenção penal reside em realizar uma ponderação, tendo-se em conta qual o benefício que proporciona a pena (isto é, a manutenção da norma protetora do bem jurídico), qual seu custo (sanção imposta) e quem deve suportar esse custo. A pretensão lógica é que haja um equilíbrio entre ambos os parâmetros. É de se ressaltar, porém, que essa análise de custos e benefícios não significa partir-se de raciocínio de ordem exclusivamente econômica. O objetivo não pode ser estabelecer medidas que não compensem ao infrator, pois assim se estaria tratando de política de mera intimidação individual. Muito além disso, trata-se de uma questão coletiva: o objetivo é manter vigente um determinado sistema que preserve a integridade do meio ambiente frente a determinadas agressões. Assim, o respeito a princípios e garantias penais não é apenas compatível, mas é o objetivo de qualquer norma legítima. Em outras palavras, haveria ainda de se manter o Direito Penal como *ultima ratio*.³⁷

Portanto, quando a expansão do Direito Penal se caracterizar como Direito Penal de Emergência, perde sua validade e eficácia. De outro lado, poderá ser lícita e, por isso, poderemos lançar mão de um Direito Penal Secundário, se ele puder continuar a respeitar os princípios fundamentais caracterizadores do próprio Estado Democrático de Direito.

6. Conseqüências do Direito Penal de Emergência: prejuízo à consideração sistêmica do Direito Penal

Não há dúvida de que as questões de política criminal são, na atualidade, normalmente relegadas a um segundo plano pelos operadores do Direito. Assiste-se, assim, a uma política criminal transmutada em política de segurança. Nesse contexto, a crescente produção legislativa em matéria penal, fundada em discursos de emergência, demonstra claramente que a norma incriminadora deixou de representar o poder coercitivo estatal voltado indistinta e igualmente aos membros do grupo social, a partir de uma vontade soberana, para materializar a hegemonia de interesses de grupos de pressão sobre o Poder Público. As diversas contrariedades técnicas e vícios teóricos verificados nesses diplomas penais extravagantes não permitem falar de harmonia ou qualquer pretensão unitária da legislação especial, conforme há tempos e de forma reiterada se vem denunciando, seja na esfera acadêmica, seja no próprio universo prático dos operadores do Direito.

³⁷ POZUELO PÉREZ, Laura. op. cit., p. 121-122.

A partir desse modelo de política criminal, ou de política de segurança, consentâneo a uma ciência jurídica voltada exclusivamente à eficácia, cria-se um sistema jurídico tecnocrático, que visa a destruir as propostas de solução estrutural dos problemas sociais.

Tratando dos discursos de emergência em matéria penal, Juarez Tavares salienta que a criação de novas incriminações se desenvolve na medida em que a ampliação do poder sancionador não possa, por si mesmo, através dos processos de sua justificação, garantir a estabilidade da norma. Assim, tratando do princípio da estabilidade da norma como fundamento simbólico de poder, o descompasso entre essa pretendida estabilidade e os problemas que a realidade apresenta, força necessariamente a adoção de soluções normativas para esses problemas. E os conflitos que a realidade social oferece deixam de ser resolvidos por meio de mecanismos de atuação real e passam a servir de motivo para acentuar-se a sanha legislativa. “*Não é surpreendente, portanto, que se procedam reformas quase que diárias das leis penais e a elaboração de novos diplomas, com novas incriminações*”.³⁸

A cultura de emergência e a prática da exceção são, então, responsáveis pela involução do ordenamento jurídico-penal, que se expressa na reedição, talvez em novos trajes, dos velhos modelos próprios da tradição penal pré-moderna, como a adoção de práticas inquisitivas e métodos de intervenção típicos da atividade da Polícia.

Nesse sentido, Loïc Wacquant observa que a América Latina é hoje considerada terra de evangelização dos apóstolos do Estado policial, na linha norteamericana da política de tolerância zero.³⁹ Chega-se, assim, a um Estado de Polícia, ou “Estado policialesco”, conforme expressão recentemente utilizada pelo próprio presidente do Supremo Tribunal Federal, no qual, por detrás de um pretense aumento da criminalidade, em verdade emerge uma forte campanha de lei e ordem.

Ora, se, na linha funcionalista, o Direito Penal cumpre a função de garantir a estabilidade da ordem jurídica, não se pode aceitar um emaranhado de leis desproporcionais, incoerentes e excepcionais ao próprio ordenamento jurídico penal e constitucional, sob pena de macular a manutenção desse sistema normativo. E quando o sistema perde eficácia, perde também sua credibilidade e força, passando a justificar fenômenos sociais

³⁸ TAVARES, Juarez. A crescente legislação penal e os discursos de emergência. In: *Discursos sediciosos. Crime, direito e sociedade*. Rio de Janeiro: Instituto Carioca de Criminologia, 1997. p. 55. Observa-se que a produção legislativa em matéria penal é tamanha no Brasil que soa impossível, na atualidade, afirmar seu conhecimento, mesmo para os especialistas nessa área.

³⁹ Citado por PAREDES, Eduardo Alberto. Los discursos de emergencia y los procesos de criminalización. *Revista de Derecho Penal, Proceso Penal y Criminología*, v. 2, n. 4, 2002, p. 440 e ss. O autor cita, como exemplo emblemático da política de tolerância zero no maior quina, a técnica do *stop and frisk*, consistente no poder conferido à polícia de reter indivíduos, procedendo a buscas pessoais e em seus automóveis, em plena via pública, independentemente de ordem judicial, sob justificativa de fundada suspeita.

como o visto no final da década de 60 no Estado de São Paulo, a partir da formação e atuação do Esquadrão da Morte, em pleno regime militar.⁴⁰ É claro que, influenciada pelo clima de insegurança, a sociedade tende a aplaudir esse tipo de atuação e, antes de tudo, essa pseudo-polarização, ainda que de forma hipócrita, já que os discursos de emergência acabam muitas vezes por encobrir as relações existentes entre os “mocinhos” e “bandidos”, no mesmo contexto de atuação criminosa.

Ora, Segundo Savigny, o sistema é a concatenação interior que liga todos os institutos jurídicos às regras de Direito numa grande unidade, segundo Stammier, uma unidade totalmente coordenada, segundo Binder, um conjunto de conceitos jurídicos ordenado conforme pontos de vista unitários, segundo Hegler, a representação de um âmbito do saber numa estrutura significativa que se apresenta a si própria como ordenação unitária e concatenada.⁴¹ O papel do conceito de sistema é o de traduzir e realizar a adequação valorativa e a unidade interior da ordem jurídica.⁴²

Sendo o ordenamento do sistema jurídico uma entidade conforme a sua derivação da regra de justiça, portanto, de natureza valorativa, assim também será o sistema correspondente a essa derivação; ou seja, deverá ser uma ordenação axiológica ou teleológica, na qual o teleológico não é entendido como mera vinculação de meios aos fins, e sim no sentido mais amplo de cada realização de valores e finalidades.⁴³

Assim, conforme adverte Cláudio do Prado Amaral, do ponto de vista sistêmico não se podem validar as propostas de fracionamento do Direito Penal, sob pena de quebra da teoria do delito como construção geral e uniforme do ilícito, que conduza a decisões penais arbitrárias.⁴⁴

Assim, a par do desafio inicial, imposto a todos nós, como operadores do Direito, de decidir se usaremos a dogmática penal para manter ou para destruir o Direito Penal, emerge outro desafio, de iguais proporções: a retomada da visão unitária do Direito Penal, como sistema.

Tradicionalmente atribui-se à sistemática um grande valor. O fim da dogmática jurídico-penal é, assim, apreender conceitualmente o conteúdo e a estrutura dos preceitos penais e colocar os distintos conceitos alcançados em um sistema científico logicamente

⁴⁰ Há registro de esquadrões da morte em diversos outros Estados, como no Rio de Janeiro, no final da década de 50. Tais grupos ainda parecem existir e são amplamente aceitos pela sociedade, conforme se infere nas diversas comunidades eletrônicas voltadas à sua exortação.

⁴¹ CANARIS, Claus Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. 2. ed. Tradução de A. Menezes ordeiro. Lisboa: Serviço de Educação Fundação Calouste Gulbenkian, 1996. p. 11.

⁴² Id. *Ibid.*, p. 23.

⁴³ *Ib.* *Ibid.*, p. 66-67.

⁴⁴ AMARAL, Cláudio do Prado. *Bases teóricas da ciência penal contemporânea*. Dogmática, missão do direito penal e política criminal na sociedade de risco. São Paulo: Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, 2007, p. 130.

coerente. A partir daí, tem-se que a tarefa do penalista consiste em superar as aparentes contradições surgidas na realidade, solucionando referidos problemas concretos de forma harmoniosa com o sistema. Tal sistema, é bem verdade, não pode ser considerado como definitivo ou fechado, mas sim como suscetível a modificações e a novas harmonizações quando essas se mostrarem necessárias, no enfrentamento de novos problemas. Mas, ainda assim, e apesar de novos problemas, não é possível entender as considerações sistemáticas como carentes de valor.⁴⁵ Em outras palavras: a noção de sistema penal, a tão duras penas conquistada, deve ser mantida.

Qualquer idéia de reforma legislativa não pode, portanto, deixar de conferir importância à adoção de uma visão sistêmica e geral do Direito Penal, como bem se salientou no âmbito do próprio Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, que, no ano de 1998, negou-se a oferecer sugestões ao anteprojeto de reforma penal, nos moldes então apresentados.⁴⁶

Só temos a concordar com a crítica mencionada, ressaltando que, a partir da hipertrofia do ordenamento jurídico causada pela legislação extravagante, tem-se assistido, antes de mais nada, à ampla vulneração do princípio da legalidade, mediante o recurso a tipos indeterminados, abertos, à utilização de analogia e, inclusive, ao reconhecimento de um cada vez mais amplo e excessivo arbítrio judicial. De outro lado, a linguagem das leis penais extravagantes, ao se apresentar múltipla, discordante, prolixa e ambígua, torna impossível a compreensão de um conteúdo unitário, em relação ao qual o intérprete possa inferir critérios unívocos e coerentes.⁴⁷ Veja-se, inclusive, que as normas penais têm a função precípua de estabelecer a comunicação entre o Estado e os indivíduos, devendo deixar claros os comportamentos indesejáveis. Provoca-se, assim, uma grande desordem nos marcos normativos, em razão das difíceis relações que se impõem, a partir da hipertrofia legislativa, no interior do ordenamento penal.

Portanto, ao se tratar de reformas penais, ou mesmo do enfrentamento dos atuais discursos de emergência, que têm levado ao enfraquecimento e, assim, à verdadeira crise de legitimidade do Direito Penal, deve-se pensar, como medida urgente, na elaboração de uma consolidação das leis penais, que resulte na unificação do discurso legislativo, em respeito a princípios penais e constitucionais fundamentais tais como o da legalidade e o da proporcionalidade. Somente a partir daí, restituindo-se ao Direito Penal a noção de sistema, poder-se-á pensar nas demais reformas, igualmente imprescindíveis à manutenção

⁴⁵ Nesse sentido, v. GIMBERNAT-ORDEIG, Enrique. *Concepto y método de la ciencia del derecho penal*. Madrid: Tecnos, 1999, p. 106-107.

⁴⁶ Conforme editorial do Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais de agosto de 1998, p. 01.

⁴⁷ Importante lembrar que, no âmbito de um Estado Democrático de Direito, o Direito Penal possui como função a comunicação, por meio do tipo, dos comportamentos considerados indesejáveis pelo Estado aos membros do grupo social.

do caráter liberal do Direito Penal, tais como a descriminalização de condutas que em nada ofendem aos interesses sociais fundamentais convertidos a bens jurídico-penais.

7. Por uma racionalidade do Direito Penal

A discussão das bases de um modelo de tutela penal frente a pós-modernidade somente pode ser realizada a partir da consideração do funcionalismo, bem como de um sistema de Direito Penal aberto, que, longe de apriorismos valorativos, admita a adoção de postura racional crítica. Superado o positivismo jurídico, poder-se-á refletir acerca de uma intervenção penal que, coerente com a Pós-Modernidade, possa fazer frente contra a criminalidade, não apenas simbolicamente.

Em contraposição ao Estado liberal, caracterizado por uma atuação negativa, voltada para a proteção dos direitos individuais, o Estado Democrático de Direito, de índole social, exerce função ativa, dirigida à intervenção democraticamente organizada nas relações sociais. Nesse contexto, a própria concepção do homem adquiriu nova conotação. Do indivíduo iluminista, chega-se à pessoa, inserida na sociedade, que tem as próprias responsabilidades e os próprios interesses, de natureza transindividual ou coletiva.⁴⁸

O Estado Democrático de Direito tem, assim, uma dimensão antropocêntrica, fundada na dignidade humana. Essa dignidade, consagrada constitucionalmente, haverá de ser amparada, nas palavras de Juan Felipe Higuera Guimera, pela dupla via de proteção em concreto, vale dizer, enquanto direito subjetivo pertencente a um titular determinado, e de sua proteção em abstrato, e enquanto bem jurídico de valor superior, pressuposto da ordem social justa e pacífica. O princípio da dignidade humana deverá, por isso, ser considerado o fundamento de todo o ordenamento jurídico, do qual o Direito Penal faz parte.⁴⁹

Outra característica fundamental decorrente do Estado Democrático de Direito é o pluralismo político, traduzido na convivência, numa mesma sociedade, de diferentes classes e grupos sociais, com interesses contrapostos ou antinômicos. Referido pluralismo determina, então, não apenas o respeito à diversidade de orientação e de interesses, como também a busca da convivência harmônica entre esses interesses.

Tratando das implicações da consideração do regime do Estado no âmbito jurídico penal, observa-se que, em face de sua natureza, o Estado Democrático de Direito não permite o exercício do *jus puniendi* de forma arbitrária, ilimitada. E mesmo seu caráter de maior intervenção não permite o livre estabelecimento de leis, em matéria penal, em nome de uma pretensa busca de concretização de direitos e interesses sociais

⁴⁸ LUISI, Luiz. *Os princípios constitucionais penais*. Porto Alegre: Fabris, 1991. p. 23.

⁴⁹ HIGUERA GUIMERA, Juan Felipe. Consideraciones jurídico-penales sobre las conductas de clonación. *Revista Derecho y Genoma Humano*. Bilbao, v.1, p.54, 1994.

fundamentais. Ao contrário, tanto a própria estrutura do modelo jurídico adotado pelo Poder Constituinte como o fundamento funcional do Direito Penal, entendido como a indispensável necessidade da pena para a proteção de bens jurídicos relevantes, contêm limitações, algumas vezes, formalmente explicitadas, outras, sem consagração expressa, mas decorrentes, nos termos do parágrafo 2º do art. 5º da Constituição da República, do regime e dos princípios adotados.

Em vista dos princípios fundamentais penais, é de se determinar, sob o ponto de vista político-criminal, qual o critério a ser adotado para legitimar a construção de determinada legislação penal, ressaltando-se que referido critério haverá de se sobrepôr aos interesses e valores conflitantes que convivem no âmbito da sociedade pós-moderna.

Em consonância com o entendimento de Jürgen Habermas, Antonio Luis Chaves Camargo afirma que as normas jurídicas são impostas e, por isso, sua validade ou aceitabilidade racional está ligada à sua validade ou aceitação social. Assim, a validade da norma jurídica não está relacionada à autocompreensão autêntica da comunidade jurídica, por meio da configuração racional de uma forma de vida concreta, e sim à compreensão da comunidade jurídica do sentido e da finalidade daquela, o que exige a valoração do contexto social que exprime as obrigações que cada um deve assumir. O mundo de vida é, portanto, o pano de fundo desta compreensão, revelando-se fundamental para o entendimento do discurso jurídico,⁵⁰ seja no momento da construção legislativa, seja no momento de aplicação da lei penal.

Tratando a questão de forma abrangente, Paulo de Tarso Ribeiro afirma que a legitimação institucional da ordem jurídica em sociedades em intenso processo de transformação passa, necessariamente, pela aptidão que as decisões normativas possuam de normatizar as complexas relações advindas. Em outras palavras, a crise de legitimidade que afeta os poderes constituídos em tais sociedades é, talvez, e com alto grau de probabilidade, a crise ou o dilema por que passa a Teoria Geral do Direito em constituir cadeias normativas regulamentadoras de conflitos metaindividuais, na medida em que o tamanho e a complexidade das sociedades atuais modificam a própria natureza dos conflitos, que, assim, deixam de ser meramente individuais – como os pensou o liberalismo jurídico tradicional –, passando a assumir uma natureza coletiva.⁵¹

Discorrendo sobre a globalização e seus efeitos jurídico-penais, Fábio Konder Comparato adverte que em face da crise e da desordem universal atuais, que, alimentadas pelo capitalismo, geraram o enfraquecimento generalizado do poder de Governo, que padeceu às forças de mercado e às rivalidades sociais e culturais, há apenas

⁵⁰ CAMARGO, Antonio Luis Chaves. op. cit., p.187.

⁵¹ RIBEIRO, Paulo de Tarso. Direito e mudança social. In: FARIA, José Eduardo (Org.). *A crise do direito numa sociedade em mudança*. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1988, p. 88.

duas alternativas: ou a humanidade resigna-se à sua dilaceração definitiva, ou toma afinal o rumo da justiça e da dignidade.⁵²

Ora, o Direito Penal é um instrumento insuficiente para a proteção plena e eficaz da ordem social. Essa constatação, porém, não é nova. Sempre foi assim. A intervenção penal sempre necessitou ser complementada pela intervenção de outros setores do ordenamento jurídico. Na verdade, tem-se justamente o inverso, os outros ramos de controle social, sejam eles formais ou informais, é que devem ser complementados pela intervenção Direito Penal, nos casos em que, por si, não lograrem a tutela e o controle dos valores fundamentais à manutenção da convivência social pacífica e ao desenvolvimento individual de cada um de seus membros.

Seguindo essa mesma linha, Jorge de Figueiredo Dias entende que, de acordo com o princípio da *ultima ratio* da intervenção penal, cabe um papel de primeira linha aos meios não penais e mesmo não jurídicos no domínio e controle dos riscos que pesam sobre a humanidade. Para tanto, revelam-se indispensáveis, antes de tudo, normas de comportamento; e depois que estas, em si mesmas, não sejam suficientes, em certos casos (nos mais graves) surge a necessidade da punição criminal das suas violações, a fim de alcançar uma prevenção minimamente eficaz.⁵³

⁵² Conforme as palavras do autor: “O diagnóstico da crise atual aponta para uma espécie de entropia ou desordem universal, causada por carência governativa, tanto no interior das nações quanto na esfera internacional. A ressurreição da ideologia liberal, reapresentada agora em nova embalagem propagandística, levou a um enfraquecimento generalizado do poder de governação, com o desbridamento das forças do mercado e das velhas rivalidades étnicas e culturais. Os perdedores, como sempre, são os pobres, os humildes, os desprotegidos. (...) Com o abandono previsível e inevitável da experiência comunista em todo o mundo, a alternativa que se descortina lentamente diante de nossos olhos é bem vinculada: ou a humanidade deixa-se conduzir à dilaceração definitiva, na linha do apogeu capitalista, ou tomará afinal o rumo da justiça e da dignidade, seguindo o luminoso caminho traçado pela sabedoria clássica. Não há terceira via”. COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 536-537.

⁵³ DIAS, Jorge de Figueiredo, “Decerto, de acordo logo com o bom princípio da ‘ultima ratio’ da intervenção penal, cabe um papel de primeira linha e fundamental a meios não penais e mesmo não jurídicos no domínio e controle das fontes dos mega-riscos que pesam sobre a humanidade. Mas isto é uma coisa que sem mais deve ser reconhecida, outra diferente – e inadmissível – é esquecer que para tanto são indispensáveis, antes de tudo, normas de comportamento; e depois que estas, em si mesmas, não são suficientes, tornando-se em certos casos, nos mais graves, necessária a uma prevenção que se espere minimamente eficaz a punição criminal das suas violações. Em tais casos não vejo como possa pedir-se (e esperar-se de) meios não jurídicos de política social, como o hoje tão reclamado fomento das formas de auto-proteção da vítima ou o apelo patético às forças auto-reguladoras do mercado. (...) A tutela dos novos grandes riscos típicos da ‘sociedade do risco’ deve assim continuar a fazer-se (também e subsidiariamente) por intermédio do Direito Penal, para tanto me não parecendo, em definitivo, que se torne necessária uma mudança radical do paradigma penal, com uma nova política criminal e uma nova dogmática jurídico-penal”. DIAS, Jorge de Figueiredo. O Direito Penal entre a ‘sociedade industrial’ e a ‘sociedade do risco’. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 9, n. 33, p. 39-55, jan./mar. 2001.

8. Conclusão: o Direito Penal na Pós-Modernidade

Estabelecida a limitação da função do Direito Penal à exclusiva proteção de valores fundamentais inseridos no âmbito de proteção da norma, como mínimos éticos, acrescida do caráter subsidiário e fragmentário de referida tutela, tudo em consonância com o princípio da necessidade, chega-se à confirmação da proposição fundamental segundo a qual o Estado, por seus instrumentos de controle penal, deve intervir o menos possível na esfera individual, atuando apenas para assegurar as condições essenciais de funcionamento da sociedade.

Deve-se, então, continuar a proteger o Direito Penal das crescentes tentativas de sua instrumentalização, a serviço da promoção de objetivos de política estatal ou de tutela de valores exclusivamente morais. Sem dúvida, deverá o sistema jurídico-penal evoluir, de modo a possibilitar sua aplicação adequada aos problemas emergentes, mas sem por isso deixar que se ceda à tentação da criação de dogmáticas alternativas fundadas em bases incompatíveis com o Estado Democrático de Direito.

Desta forma, deverá o Direito Penal poder, preventivamente, assegurar valores fundamentais da sociedade pós-moderna ainda dentro dos limites do quadro axiológico regido pela dignidade humana. Obedecendo a sua missão de controle social nessa linha, o Direito Penal atingirá, por via de consequência, a proteção de bens jurídicos fundamentais, nos casos em que estes se mostrarem efetivamente ofendidos ou expostos a perigo de lesão, fortalecendo-se em sua aplicabilidade.

Apesar de uma valoração rigorosa da tendência de ampliação e de endurecimento do sistema penal no mundo globalizado implicar uma discussão de maior abrangência, a partir de outros tantos fatores, pode-se concluir que o clima de violência penal não deve prosperar. O grande prejuízo advindo da adoção dessa concepção concretiza-se no abandono do núcleo principiológico do Direito Penal a tão duras penas conquistado, em prol de um punitivismo retrógrado. Então, a luta contra um Direito Penal de Emergência é a luta pela retomada da legitimidade do Direito Penal. Deve-se continuar a defender a intervenção limitada e clara do Direito Penal, nos casos e na proporção de sua necessidade, se se pretender impedir que a sua utilização desmedida o prive de significação e eficácia, justamente nos âmbitos em que sua atuação se revela mais imprescindível.

Então, deverá haver uma flexibilização, mas não de princípios e garantias, mas sim da consideração do sistema do Direito Penal, que deve ser entendido no contexto pós-moderno como sistema aberto, que permita analisar, dentro de um contexto comunicativo, os elementos dogmáticos a caracterizar o injusto penal. Essa racionalização do Direito Penal só fortalece o Estado Democrático de Direito e dá mais força ao próprio sistema penal, que deverá a ser considerado como *ultima ratio*.

E as conclusões aqui alcançadas baseiam-se em advertência feita há três séculos por Cesare Beccaria, segundo a qual não é a crueldade das penas o grande freio dos delitos, mas sim a sua infalibilidade. A certeza do castigo, ainda que moderado, fará sempre mais impressão do que o temor de outro ainda mais terrível, mas sobre o qual se tenha a esperança de impunidade.

São Paulo, agosto de 2008.

Referências

AMARAL, Cláudio do Prado. *Bases teóricas da ciência penal contemporânea*. Dogmática, missão do direito penal e política criminal na sociedade de risco. São Paulo: Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, 2007.

BATISTA, Nilo. Maus tratos, omissão imprópria e princípio da confiança em atividades médico-cirúrgicas – o caso da Clínica Santa Genoveva. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 9, n. 38, p. 271-291, abr./jun. 2002.

BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. Tradução de José Cretella Júnior e Agnes Cretella. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

BECK, Ulrich. *La sociedad del riesgo*. Hacia una nueva modernidad. Trad. Jorge Navarro, Daniel Jiménez e Maria Rosa Borrás. Barcelona: Paidós, 1998.

BUSTOS RAMÍREZ, Juan. *Introducción al derecho penal*. 2. ed. Santa Fé de Bogotá: Temis, 1994.

CAMARGO, Antonio Luis Chaves. *Imputação objetiva e direito penal brasileiro*. São Paulo: Cultural Paulista, 2001.

CANARIS, Claus Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. 2. ed. Tradução de A. Menezes ordeiro. Lisboa: Serviço de Educação Fundação Calouste Gulbenkian, 1996.

COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

DALLARI, Dalmo de Abreu. Imprensa livre e responsável. *Jornal do Brasil*, Rio de Janeiro, 19 de agosto de 2006. p. A11.

DIAS, Jorge de Figueiredo. O direito penal entre a sociedade industrial e a sociedade do risco. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 9, n. 33, p. 39-66, jan./mar. 2001.

_____. *Para uma dogmática do direito penal secundário*. Coimbra: Coimbra Editora, 1984.

_____. *Questões fundamentais do direito penal revisitadas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. *La racionalidad de las leyes penales*. Madrid: Trotta, 2003.

FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón*. 2. ed. Traducción por André Ibeñez, Alfonso Ruiz Miguel, Juan Carlos Bayón Mohino, Juan Tarradillos Basoco e Rocio Cantarero Bandrés. Madrid: Trotta, 1997.

FREIRE, Christiane Russomano. *A violência do sistema penitenciário brasileiro contemporâneo*. O caso RDD (regime disciplinar diferenciado). São Paulo: Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, 2005.

GIMBERNAT-ORDEIG, Enrique. *Concepto y método de la ciencia del derecho penal*. Madrid: Tecnos, 1999.

HASSEMER, Winfried. *Persona, mundo y responsabilidad*. Bases para una teoría de la imputación en derecho penal. Traducción por Francisco Muñoz Conde e Maria del Mar Díaz Pita. Santa Fé de Bogotá: Temis, 1999.

HIGUERA GUIMERA, Juan Felipe. Consideraciones jurídico-penales sobre las conductas de clonación. *Revista Derecho y Genoma Humano*, Bilbao, v. 1, p. 54, 1994.

JAKOBS, Günther; CANCIO MELLÁ, Manuel. *Direito penal do inimigo*. Noções e críticas. Tradução de André Luis Callegari e Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

LISZT, Franz von. *Tratado de direito penal alemão*. Tradução de José Hygídio Duarte Pereira. Rio de Janeiro: Briguiet, 1899. t. I.

LUISI, Luiz. *Os princípios constitucionais penais*. Porto Alegre: Fabris, 1991.

MIR PUIG, Santiago. *Nuevas tendencias en política criminal*. Una auditoría al código penal español de 1995. Buenos Aires: Julio César Faira Editor, 2006.

MOCCIA, Sergio. *La perenne emergenza*. Tendenze autoritarie nel sistema penale. 2. ed. Napoli: Scientifiche Italiane, 1997.

PAREDES, Eduardo Alberto. Los discursos de emergencia y los procesos de criminalización. *Revista de Derecho Penal, Proceso Penal y Criminología*, v. 2, n. 4, p. 440, 2002.

POZUELO PÉREZ, Laura. De nuevo sobre la denominada 'expansión' del derecho penal: una relectura de los planteamientos críticos. In: LYNETT, Eduardo Montealegre (Coord.). *El funcionalismo en derecho penal*. Colombia: Universidad Externado de Colombia, 2003. t. II.

RIBEIRO, Paulo de Tarso. Direito e mudança social. In: FARIA, José Eduardo (Org.). *A crise do direito numa sociedade em mudança*. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1988.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Do contrato social*. Tradução de Lourdes Santos Machado. São Paulo: Nova Cultural, 1999.

SCHÜNEMANN, Bernd. Introducción al razonamiento sistemático en Derecho Penal. In: *El sistema moderno de derecho penal: cuestiones fundamentales*. Trad. Jesús María Silva Sánchez, p. 36.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. *Aproximación al derecho penal contemporáneo*. Barcelona: Bosch, 1992.

_____. *La expansión del derecho penal*. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales. Madrid: Civitas, 1999.

TAVARES, Juarez. A crescente legislação penal e os discursos de emergência. In: *Discursos sediciosos*. Crime, direito e sociedade. Rio de Janeiro: Instituto Carioca de Criminologia, 1997. p. 55 e ss.

WELZEL, Hans. *Derecho penal alemán*. Parte general. 11. ed. 4. ed. castelhana. Traducción por Juan Bustos Ramírez e Sérgio Yañez Pérez. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1997.

SOBRE A CRIMINALIZAÇÃO DA “VIOLAÇÃO DE PRERROGATIVAS DO ADVOGADO”: PALEORREPRESSÃO DE SENTIDO IMPRÓPRIO

ON THE CRIMINALIZATION OF THE VIOLATION OF ATTORNEYS' PREROGATIVES:
PALEOREPRESSION OF IMPROPER MEANING

Saulo Tarcísio de Carvalho Fontes*
Guilherme Guimarães Feliciano**

Resumo:

Projetos de Lei n. 4.915 e n. 5.762, ambos de 2005 (Câmara dos Deputados), e PLC n. 83, de 2008 (Senado Federal), que “define o crime de violação de direitos e prerrogativas do advogado”. Inconstitucionalidade e inconveniência político-legislativa. Inconstitucionalidade por estatuir tipo penal incriminador alheio ao Programa Penal da Constituição. Inconstitucionalidade por configurar “tipo penal aberto”, violando o direito fundamental à garantia da reserva legal. Possibilidade de conflito ou colisão com imunidade de magistrados, membros do Ministério Público, parlamentares e até mesmo de advogados, no exercício das respectivas funções. Possibilidade de criminalização de convicção de magistrado, membro do Ministério Público e Parlamentares (CPI’s), criando hipótese de “crime de hermenêutica”. Inconveniência da política generalizada de criminalização de condutas banais. Violação do Princípio da Intervenção Mínima. Intimidação concreta das autoridades públicas na atuação de combate ao crime organizado, funcionando como “peia” inibitória nas medidas judiciais de produção de provas. Excessos recentes da Ordem dos Advogados do Brasil (seções estaduais), a tisonar o nome e a imagem de autoridades e cidadãos diversos, em circunstâncias tais que, a vingar o teor do PL n. 4.915/2004, teriam, na ótica daquela ordem profissional, configurado “crimes”. Risco sério de perseguições corporativas. Suficiência da legislação penal em vigor para repelir condutas abusivas ou desproporcionais de magistrados e membros do Ministério Público.

Palavras-Chave: Violação de prerrogativas. Tipo penal aberto. Princípio da taxatividade. Programa Penal da Constituição. Ações corporativas.

Abstract:

Law Drafts 4,915 and 5,762, both issued in 2005 (House of Representatives), and Law Draft 83, issued in 2008 (Federal Senate), which define the crime of violation

* Juiz do Trabalho Titular da 2ª Vara do Trabalho de São Luís do Maranhão, é Doutor em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade Federal de Pernambuco e Membro da Comissão Legislativa da Associação Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho Anamatra.

** Juiz do Trabalho Titular da 1ª Vara do Trabalho de Taubaté/SP, é Livre Docente em Direito do Trabalho e Doutor em Direito Penal pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Doutorando em Ciências Jurídicas pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Extensão Universitária em Economia Social e do Trabalho (Universidade Estadual de Campinas – Unicamp). Professor Assistente Doutor do Departamento de Ciências Jurídicas da Universidade de Taubaté e Coordenador do Curso de Especialização *Lato Sensu* em Direito e Processo do Trabalho na mesma Universidade. Professor Assistente do Curso de Especialização *Lato Sensu* em Direito Processual Civil (2006-2007) e em Direito Civil (2008-2009) da Escola Paulista da Magistratura (EPM/APAMAGIS). Secretário Geral da Amatra-XV (Associação dos Magistrados do Trabalho da Décima Quinta Região), gestão 2007-2009.