

VARIÁVEIS RELEVANTES PARA A DELIMITAÇÃO ATUAL E FUTURA DOS TEMAS FUNDAMENTAIS DE DIREITO PENAL

*Relevant Variables for the Current
and Future Delimitation of the
Fundamental Topics of Criminal Law*

João Santa Terra Júnior¹

ÁREA: Direito Penal.

RESUMO: É inerente à natureza humana a busca pela responsabilização do autor de práticas lesivas aos seus interesses ofendidos. Repassando a história da humanidade, a criminologia constatou que os sistemas de responsabilização pessoal pela prática de condutas ofensivas aos seres humanos tinham a vingança como traço comum motivador da aplicação das sanções, do que decorriam excessos nos revides pelos ofendidos. Com o advento do iluminismo, iniciou-se a construção do modelo atual do sistema de responsabilização penal pautado, principalmente, pelos princípios da dignidade, da legalidade estrita e da defesa dos direitos fundamentais lesados (bens jurídicos). A partir dessas premissas este trabalho objetiva fomentar o estudo a respeito dos temas fundamentais a serem sedimentados para a compreensão do hodierno Direito Penal dos regimes democráticos pautados no Estado de Direito, bem como apresentar reflexões concernentes ao futuro desse objeto cognoscente.

PALAVRAS-CHAVE: política criminal; funcionalismo; abolicionismo; expansão do Direito Penal.

¹ Promotor de Justiça no Ministério Público do Estado de São Paulo. Doutorando em Direito Penal na Universidade de Salamanca/Espanha. Mestre em Direito Penal pela Universidade de São Paulo (Largo São Francisco). E-mail: joaosantaterra@mpsp.mp.br. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/7300775963298288>.

ABSTRACT: It is inherent in human nature to seek to hold the perpetrator accountable for practices that are harmful to one's interests. Looking back over the history of humanity, criminology has found that systems of personal liability for the practice of conduct that is offensive to human beings had revenge as a common feature that motivated the application of sanctions, resulting in excessive retaliation by the offended. With the advent of the Enlightenment, the construction of the current model of the criminal liability system began, guided mainly by the principles of dignity, strict legality and the defense of fundamental rights that have been violated (legal assets). Based on these premises, this work aims to promote the study of fundamental themes to be established for the understanding of today's criminal law of democratic regimes based on the rule of law, as well as to present reflections concerning the future of this cognitive object.

KEYWORDS: criminal policy; functionalism; abolitionism; expansion of criminal law.

SUMÁRIO: Introdução. 1. Delimitação do objeto de análise. 2. As variáveis consideráveis para a eleição dos temas fundamentais. 3. A dogmática e a interferência da política-criminal nos temas fundamentais de Direito Penal. 4. Temas fundamentais do "Direito Penal do futuro". 5. Abolicionismo: uma proposta inexecutável para o futuro da pacificação social diante das práticas criminosas. 6. A expansão do Direito Penal. Conclusão: reflexão futurística a respeito do Direito Penal.

INTRODUÇÃO.

O Direito Penal, como consequência da natureza dos seus objetivos alicerçais existenciais, é instrumento de tutela das relações humanas que está sujeito as mutações fomentadas pelo próprio caminhar evolutivo das sociedades nas quais sedimenta seus efeitos.

O alcance de seus elementos estruturadores, materializados nos seus temas fundamentais, representa premissa propiciadora da necessária análise crítica e realista das suas presentes e próximas configurações científicas.

Ocorre que, a delimitação desses elementos basilares submete-se às mesmas variáveis encontradas na identificação do Direito

Penal na totalidade, representadas pelas diversas óticas dos observadores, diferenciadas pelas possíveis percepções das interferências das mutações sociais, do que, por vezes decorrem conclusões díspares a respeito da sua dogmática.

Almejando uma compreensão analítica do objeto cognoscente e a percepção das dificuldades que repousam nas tentativas de delimitação dos nortes do seu estudo, o Direito Penal será pautado como um objeto de conhecimento para o reconhecimento das relevantes variáveis que interferem na delimitação atual e futura dos seus temas fundamentais.

1. DELIMITAÇÃO DO OBJETO DE ANÁLISE

O alcance da compreensão a respeito de um objeto decorre de variáveis diversas, sendo a conclusão decorrente do estudo sobre ele empreendido condicionada por elementos inerentes ao próprio procedimento de análise. Nesse processo de conhecer, pode ocorrer a mutabilidade da conclusão em decorrência do sujeito cognoscente e do método empregado na apreensão do conhecimento.

Nesse ponto o objeto de conhecimento é o Direito Penal, em especial a análise dos seus temas fundamentais.

É, assim, questão preliminar ao estudo, a eleição dos temas fundamentais desse objeto cognoscente, ou seja, dos seus elementos de sustentação, das bases para a sua existência, dos alicerces sobre os quais se estrutura, que podem decorrer da convicção do sujeito que o analisa e do método empregado na observação.

2. AS VARIÁVEIS CONSIDERÁVEIS PARA A ELEIÇÃO DOS TEMAS FUNDAMENTAIS

O Direito Penal, por ser um ramo do direito público e ter no Estado a sua fonte produtora, sempre foi ditado pelas convicções daqueles

detentores do poder. A sua evolução histórica revela que este poder decorreu do exercício da força (lei de Talião, por exemplo), das convicções do líder dos clãs e dos patriarcas, dos interesses dos senhores feudais, da sua concentração nas mãos dos monarcas absolutistas e, nas democracias, aquele emanado do povo, exercido pelos representantes eleitos. Com o alcance do Estado Democrático de Direito imaginou-se que as incongruências e os abusos decorrentes do uso do Direito Penal fossem cessar, afinal, o seu exercício estaria regulado por normas e legitimado pela fonte popular, e haveria um sistema de freios e contrapesos entre os Poderes Constituídos pelas Magnas Cartas. Porém, em democracias como a nossa, é comum a crise de representação política, da qual decorre o surgimento de leis que não ostentam os ideais da sociedade e não representam a concretização do bem comum. Nesse sentido de detenção do poder, o Direito Penal pode representar, portanto, um instrumento de dominação das classes política e socialmente mais fortes.

Paralelo a esta ótica política, pode-se destacar uma visão normativista do Direito Penal, definindo-o como a ordenação de regras postas proibitivas e regulatórias da existência social. Ademais, tendo o bem jurídico como norte, pode ser entendido como a consagração da tutela de relevantes valores da cultura de determinada sociedade para solução dos mais graves conflitos de interesses.

Antes, porém, do contorno político ou normativo, o Direito Penal ***já foi estudo por óticas científicas diversas, entre as quais lançamos luzes (a título de exemplificação) sobre a escola positiva, em especial a visão antropológica de Cesare Lombroso*** (“O Homem Delinquente”), a sociológica de Enrico Ferri (“Princípios de Direito Criminal”) e a jurídico-criminológica de Rafael Garofalo (“Criminologia”). A utilização, pelos expoentes da escola positiva, de conceitos proeminentes de diversas áreas do conhecimento² para a compreen-

² O trecho a seguir transcrito foi extraído da obra *Origem e Funções das Escolas Penais* (Tradução de Henrique de Carvalho. Belo Horizonte: Editora Líder, 2004), escrita em 1854 por MICHELE ANGELO VACCARO, e expõe a influência, na escola positiva, de dogmas decorrentes de áreas do conhecimento alheias ao Direito; analisando os possíveis os princípios que

são dos sustentáculos do Direito Penal, revela os temas fundamentais daquele momento histórico e demonstra que, na atualidade, não seriam eleitos para o desenvolvimento do mesmo estudo.

Com a apresentação desse raciocínio preliminar objetiva-se atestar que a identificação dos temas fundamentais de Direito Penal decorre da conotação científica que lhe é conferida, sendo certo que eles podem variar conforme o entendimento do sujeito que analisa o objeto de conhecimento e o método utilizado na sua valoração.³

3. A DOGMÁTICA E A INTERFERÊNCIA DA POLÍTICA-CRIMINAL NOS TEMAS FUNDAMENTAIS DE DIREITO PENAL.

A dogmática jurídico-penal é o método empregado na análise da ciência do Direito Penal na atualidade (seu maior destaque pode ser atribuído à intensa influência dos ensinamentos dos pensadores alemães desde o século passado). Francisco Muñoz Conde ensina que a finalidade primordial da ciência do Direito Penal é o conhecimento dele próprio como um objeto global representativo do mundo do delito, de sua luta e de sua prevenção, e o método ou a atividade de conhecimento desse direito positivo chama-se dogmática, *“porque parte de las normas jurídicas positivas consideradas*

assentaram as doutrinas sobre o delito da escola positiva, afirmou: “ajudame por felicidade nesta investigação Garofalo, que disse e muito bem que a nova escola, chamada também italiana não fez mais do que aplicar os princípios gerais do darwinismo ao estudo do Direito Penal” (p. 14).

³ Reforçando o afirmado, merecem destaque as palavras de um dos próprios expoentes da escola positiva, ENRICO FERRI, ao discorrer a respeito das diferenças entre esta escola a e clássica: “a diferença profunda e decisiva entre as duas escolas está portanto principalmente no *Método*: dedutivo, de lógica abstrata, para a escola clássica, – indutivo e de observação dos fatos para a escola positiva; aquela tendo por objeto “o crime” como entidade jurídica, esta, ao contrário, “o delinquente” como pessoa, revelando-se mais ou menos socialmente perigosa pelo delito praticado. Naturalmente também a Escola Positiva teve uma orientação própria, correspondendo às condições práticas e teóricas da justiça penal até os fins do século XIX” (*Princípios de direito criminal: o criminoso e o crime*. Tradução de Paolo Capitanio. 2ª edição. Campinas: Bookseller, 1998, p. 64).

como un "dogma", es decir, como una declaración de voluntad con pretende validez general, para solucionar problemas sociales".⁴

Uma análise exclusivamente dogmática identifica-se pela premissa de que o Direito Penal (assim como os demais ramos do Direito) é uma ciência humana, possui objetos cognoscentes (a infração penal e a sanção criminal, em particular), nela é empregado um método para compreensão desses objetos, e dessa análise são extraídas as conclusões, sendo seus dogmas.⁵ Sendo a lei estrita a fonte imediata do Direito Penal, os dogmas seriam extraídos da análise do direito positivo, conforme ensina Rene Ariel Dotti:

A dogmática é a tendência científica que estuda o direito positivo vigente de modo sistematizado e dedutivo, não havendo possibilidade para se elaborar uma dogmática penal à margem do direito em vigor. (...) Cf. Welzel, a dogmática jurídica, é a explicação sistemática dos princípios jurídicos que se encontram na base de uma ordem jurídica ou de algumas de suas partes (*Introducción a la filosofía del derecho*, p. 193). O *dogmatismo jurídico*, portanto, é um modo de ser do sistema penal positivo e uma das garantias de sua própria eficácia na medida que reconhece como dogmas certos princípios e determinadas regras do ordenamento (...).⁶

⁴ MUÑOZ CONDE, Francisco. *Introducción al derecho penal*. 2. ed.. Buenos Aires: Editorial IBDeF, 2014, p. 151-152. O autor complementa: *La dogmática jurídico-penal, por tanto, trata de averiguar el contenido de las normas penales, sus presupuestos, sus consecuencias, de delimitar los hechos punibles de los impunes, de conocer, en definitiva, qué es lo que la voluntad general, expresada en la ley, quiere castigar y cómo quiere hacerlo* (p. 152).

⁵ O conceito de "dogma" empregado também é explicado por MUÑOZ CONDE (*op. cit.*, nota de rodapé 95, p. 152): *La expresión "dogma" no debe entenderse aquí, sin embargo, como la aceptación crítica de una verdad "absoluta e inmutable", sino sencillamente como el postulado que sirve de punto de partida, y nada más, a una determinada actividad. La "dogmática" así entendido no implica, por tanto, un "dogmatismo" despreciado con razón como todo lo contrario de una auténtica y verdadera ciencia.*

⁶ HUNGRIA, Nelson; DOTTI, René Ariel. *Comentários ao Código Penal*, Volume 1, Tomo I. 6ª edição, Rio de Janeiro: LMJ, 2014, pág. 184. Para RENE ARIEL DOTTI seriam exemplos de dogmas da ciência penal: anterioridade da lei penal; responsabilidade subjetiva; inimputabilidade dos menores de 18 anos; culpabilidade como fundamento, natureza e limite da pena; personalidade da pena; desconsideração da emoção e da paixão como causas autônomas de isenção da pena etc. (*ibid.*, p. 184).

O método científico de análise do Direito Penal pela dogmática, ao longo das últimas décadas, foi temperado por conceitos mais abertos, por elementos capazes de minimizar o seu isolamento do plano abstrato e conferir-lhe concretude (aspectos realistas), sem perder as características críticas. Essa concepção dogmática realista emanou da ramificação de elementos de política-criminal e pautou-se pela necessidade de depuração do excesso de dogmatismo jurídico para o alcance de um estudo mais próximo das necessidades humanas e mais ajustado às modernas problemáticas sociais locais e mundiais.⁷ E o desenvolvimento de uma dogmática crítica e realista, com a interpretação e a análise dos seus dogmas amparadas por elementos político-criminais, é o elemento racional de sustentação do desenvolvimento do Direito Penal moderno:

Cuando de lo que se trata es de cambiar el derecho penal, aparecen en primer plano los problemas político-criminales. No quiere decir esto que las cuestiones puramente jurídicas no desempeñen aquí ningún papel, al contrario, precisamente se puede hablar de un cambio de derecho penal, cuando con esos criterios puramente jurídicos se llega a la conclusión de que ya no sirven más para la solución racional de los problemas existentes. Pero ahora se trata de cambiar el derecho penal vigente y no simplemente de interpretarlo. Ahora es cuando se ha llegado a esa fase última en la se distingue la verdadera ciencia de la que no lo es a la fase de transformación constante y permanente del mundo y no meramente a su interpretación.⁸

⁷ Nesse sentido, mais uma vez citamos RENE ARIEL DOTTI (*ibid.*, pág. 185): “O isolamento da dogmática em torno de si mesma e a dedicação exagerada às elucubrações abstratas, ignorando a realidade social e as particularidades do caso concreto, trazem como consequência um paradoxo: é possível ser dogmaticamente certo aquilo que é errado sob o ângulo de Política Criminal; e vice-versa.” Afirma, ainda, que escritores de grande prestígio sustentam a possibilidade de conciliação das funções da dogmática e da crítica do Direito Penal e, por extensão, do sistema em que estão imersas, citando, nesse contexto, as lições de Francisco Muñoz Conde e Santiago Mir Puig, bem como a teoria tridimensional do Direito, de Miguel Reale (*ibid.*, p. 186-187).

⁸ MUÑOZ CONDE, Francisco. *op. cit.*, 2014, p. 213-214.

A hodierna visão interpretativa do Direito Penal a partir da ótica crítico-social materializa as convicções a respeito do que ele é e de quais são as suas funções. Nesse sentido, como será exposto nos próximos capítulos, óticas modernas entendem o Direito Penal a partir da sua função de regulação social destinada à consecução da pacificação dos conflitos. Compreendem-no como dever estatal a ser exercido para evitar a anarquia, que decorre da concepção política adotada pelo Estado e destina-se à proteção da sociedade, atuando de maneira subsidiária às demais espécies de tutelas menos invasivas nas liberdades individuais. Nesse contexto funcionalista, destacam-se as cátedras de Claus Roxin⁹ e Günther Jakobs¹⁰, a primeira embasada na função social como elemento delimitador da intervenção estatal jurídico-penal, determinada pela proteção de bens jurídicos (funcionalismo moderado); a segunda, uma vertente diversa, construída no utilitarismo da garantia de preservação das normas como bem jurídico a ser resguardado pelo Direito Penal (funcionalismo radical).

A exemplificação acima apresentada de óticas modernas¹¹ concernentes ao Direito Penal e às suas funções objetiva demonstrar que a eleição dos atuais temas fundamentais da ciência penal deve ser escorada nos dogmas alcançados pela evolução do pensamento jurídico-filosófico penal e pela realidade da necessária interferência dos conceitos político-criminais no seu desenvolvimento.

Nosso maior argumento de autoridade para essa conclusão é en-

⁹ ROXIN, Claus. *A proteção de bens jurídicos como função do Direito Penal*. Tradução de André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. 2. ed.. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013.

¹⁰ JAKOBS, Günther. *Tratado de Direito Penal: Teoria do Injusto Penal e Culpabilidade*. Tradução de Gercélia Batista de Oliveira Mendes e Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

¹¹ A respeito do pensamento abolicionista, apesar de ser uma das vertentes doutrinárias atuais, não foi objeto de exemplificação por dois motivos: 1^o) a postura abolicionista defende a eliminação do sistema penal de solução de conflitos de interesses, razão pela qual, se aceita, não haveria temas fundamentais a serem observados; 2^o) entendemos melhor sistematizar a sua análise na sequência do texto, na tônica das projeções a respeito do futuro do Direito Penal.

contrado na cátedra de Claus Roxin, em especial em sua obra *Política Criminal e Sistema Jurídico-Penal*,¹² que decorreu de estudo para palestra proferida no dia 13 de maio de 1970, em Berlim. Nesse trabalho o renomado doutrinador alemão contrapõe-se ao sistema dogmático penal fechado de Von Liszt com uma ótica funcionalista, pautada na análise dos fins do sistema penal e dos seus aspectos sociais para atingir a Justiça, pregando, assim, a necessidade de uma integração harmônica entre a dogmática e a política-criminal, a partir do que decorre uma nova roupagem dos elementos fundamentais da teoria geral do delito:

(...) cada categoria do delito – tipicidade, antijuridicidade, culpabilidade – deve ser observada, desenvolvida e sistematizada sob o ângulo de sua função político-criminal. Essas funções são de espécies diversas: o *tipo* está sob a influência da ideia de determinação legal, à qual a legitimação da dogmática é por muitas vezes reduzida. (...) A *antijuridicidade*, pelo contrário, é o âmbito da solução social de conflitos, o campo no qual os interesses individuais conflitantes ou necessidades sociais globais entram em choque com as individuais. (...) Por fim, a categoria do delito que tradicionalmente se chama *culpabilidade*, e que tem na verdade pouco a ver com a comprovação, empiricamente difícil, do poder-agir-de-outro-modo, importa-se muito mais com a questão normativa de como e até que ponto é preciso aplicar a pena a um comportamento em princípio punível, se for ele praticado em circunstâncias excepcionais (p. 29-31).

Com tal raciocínio, ainda, defende a possibilidade de atingimento de soluções mais justas na análise de casos concretos:

Por fim, apesar de sua fundamentação normativa, uma tal dogmática está bem mais estreitamente ligada à realidade que a feita no reino das pirâmides sistemáticas de conceitos. Pois enquanto abstrações cada vez mais altas se afastam numa razão crescente da realidade, o desenvolvimento dos

¹² ROXIN, Claus. *Política Criminal e Sistema Jurídico-Penal* (Tradução de Luís Greco). Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

pontos de vista política-criminais exige que se passe em revista toda a matéria de regulamentação; só a variedade da vida, com todas as suas transformações, possibilita a concretização das medidas que permitem uma solução correta, isto é, adaptada às peculiaridades do caso concreto (p. 83).

Em solo pátrio, esta eleição pode ter, como norte inicial, uma disposição normativa do Código Penal, seu artigo 12, que se refere à existência de um Direito Penal fundamental positivado, representado pelas normas da sua parte geral e por outras externas consagradoras de conceitos fundamentais e igualmente de abrangência geral.

Contudo, como salientado, a dogmática penal moderna não se ampara somente no direito posto; a constatação da inferência, na sua construção, de critérios político-criminais, deve, portanto, também servir de amparo para a eleição de seus temas fundamentais.

De maneira singela, portanto, com base na dualidade dogmática e política criminal, amparado pela cátedra funcionalista de Claus Roxin, a de maior aplicabilidade na atualidade, podem ser eleitos os seguintes temas fundamentais para o estudo do mínimo alicerce atual sobre o qual se finca a ciência penal: estudo da legalidade, refletida na construção dos tipos penais; consagração da segurança como garantia para eleição e proteção dos bens jurídicos passíveis da tutela criminal, a serem sedimentados a partir da dignidade humana e dos direitos fundamentais dela decorrentes; análise da evolução da teoria do delito e de seus elementos essenciais (tipicidade, antijuridicidade e culpabilidade); compreensão do nexo de causalidade e dos critérios de imputação objetiva da responsabilidade penal; reflexões voltadas às exatas implicações das pretendidas flexibilizações dos elementos subjetivos das condutas aptas a justificar imputações de responsabilidades decorrentes de novos riscos e novas perturbações sociais; ponderações a respeito da união de esforços para a concretização do resultado típico (concurso de agentes), das condutas que, nesse contexto, não ostentam relevância penal, sem descurar de uma atenção es-

pecial para a macro criminalidade; bem como estudo de questões amplamente norteadas por análises político-criminais, como a correlação entre o Direito Penal e o direito administrativo sancionador, o atual caráter expansionista da tutela criminal e as perspectivas para o Direito Penal do futuro.

4. TEMAS FUNDAMENTAIS DO “DIREITO PENAL DO FUTURO”

Procurou-se demonstrar, até este momento evolutivo do texto, que a eleição dos temas fundamentais de Direito Penal é norteadada pela concepção adotada pelo seu intérprete. A partir desse raciocínio pode-se entender que o alcance da eleição dos temas fundamentais a serem estudados no futuro também decorrerá da ótica filosófico-criminal então vigente no momento da materialização de tal escolha.

Também como conclusão desse raciocínio foi demonstrado que o Direito Penal da atualidade, decorrente do repercutido fenômeno expansionista, foi repensado e moldado a partir do contexto social, político e econômico vivenciado nas últimas décadas (destacando-se os impactos da globalização, do desenvolvimento tecnológico, da transnacionalidade econômica, das práticas terroristas, da dependência econômica de nações ao capital privado de empresas multinacionais, ou seja, os denominados “novos riscos”) e marcado por profundas alterações comportamentais geradoras de novos desvalores juridicamente relevantes¹³. De fato, é impossível ao Direito Penal, pela sua função reguladora, virar as costas às cons-

¹³ Esta afirmação não desconsidera todas as críticas construídas a respeito desse atual Direito Penal expandido, orientado pelo “risco, medo e segurança”, “de emergência”, “simbólico” e “midiático” (por todos, CALLEGARI, André Luís; WERMUTH, Maiquel Ângelo Dezordi. *Sistema Penal e Política Criminal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010); parte, no entanto, da ótica realista de Jesús-María Silva Sánchez expressada em *La Expansión del Derecho Penal: aspectos de la Política criminal en las sociedades postindustriales* (Terceira edição ampliada. Buenos Aires: Editorial IBdeF, 2011), conforme será abaixo explicado.

truções sociais e aos fatos do cotidiano, se geradores de distúrbios sociais e políticos relevantes. Nesse contexto, o exercício de imaginar o Direito Penal do futuro, almejando a mínima concretude, é tarefa talvez inexecutável, uma vez que, não se tem como assegurar qual será a complexidade social e humana das próximas décadas. Contudo, é possível afirmar que a abolição do Direito Penal não se apresenta como conclusão hábil à garantia de proteção aos direitos fundamentais lesados pelas condutas delituosas.

5. ABOLICIONISMO: UMA PROPOSTA INEXEQUÍVEL PARA O FUTURO DA PACIFICAÇÃO SOCIAL DIANTE DAS PRÁTICAS CRIMINOSAS

O abolicionismo representa uma construção doutrinária que decorre da análise crítica do Direito Penal e das consequências da sua aplicação na sociedade. A corrente mais radical da criminologia crítica (“novos criminólogos”) afirma que o Direito Penal não trata de proteger bens jurídicos gerais, nem valores éticos básicos, mas, serve de instrumento à classe privilegiada para explorar as classes subalternas (teoria do etiquetamento e aplicação da teoria marxista da luta de classes).

De acordo com Eugenio Raúl Zaffaroni, “o abolicionismo representa a mais original e radical proposta político-criminal dos últimos anos”,¹⁴ que, na atualidade, não confia no desaparecimento dos conflitos sociais, mas, postula a abolição do sistema penal como solução falsa deles (abolicionismo radical).

De fato, na sua vertente mais radical, o abolicionismo conclui pela extinção do Direito Penal em razão da perda da sua legitimidade.¹⁵ Zaffaroni, defensor dessa perda da legitimidade do sistema

¹⁴ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Em busca das penas perdidas: a perda de legitimidade do sistema penal*. 5. ed. Tradução de Vania Romano Pedrosa e Amir Lopez da Conceição. Rio de Janeiro: Revan, 2014, p. 98.

¹⁵ Já por *abolicionismo moderado* reconhece-se a vertente doutrinária que, apesar de não sustentar a abolição do sistema penal como um todo,

penal, explica o abolicionismo atual pela apresentação de diversas vertentes filosóficas: a) afirmou que Hulsman concluiu ser o sistema penal um problema em si e, diante de sua crescente inutilidade na solução dos conflitos, torna-se preferível aboli-lo totalmente como sistema repressivo, propondo a sua substituição por instâncias intermediárias ou individualizadas de solução de conflitos que atendam às necessidades reais das pessoas envolvidas (p. 98-99); b) explicou que Mathiesen vinculou a existência do sistema penal à estrutura produtiva capitalista, pretendendo a abolição de todas as estruturas repressivas da sociedade, e, para tanto, criou uma *action research* planejando um movimento abolicionista pautado na reunião de condições para manutenção de sua vitalidade, como a sua permanente relação de oposição, que reclamaria uma considerável diferença de pontos de vista sobre as bases teóricas do sistema, e a sua relação de competição, fincada em uma ação política prática fora do próprio sistema (p. 99-100); c) apresentou, como bases do abolicionismo de Nils Christie, a destrutividade das relações comunitárias do sistema penal, seu caráter dissolvente das relações de horizontalidade e os consequentes perigos e danos da verticalização corporativa (p. 101-101); d) pela ótica de Michel Foucault, embora reconhecendo o não oferecimento de considerações táticas para avançar rumo ao abolicionismo, afirmou existir referência a teses abolicionistas ao assinalar a forma pela qual o poder expropriou os conflitos no momento da formação dos estados nacionais e ao negar o modelo de uma parte sobreposta ao litigante, como instância superior decisória, o que se evidencia em sua discussão com os maoístas, ao criticar o conceito de “justiça popular”.¹⁶

Para o alcance das finalidades do nosso raciocínio, adotaremos o conceito de Ferrajoli, que considera abolicionistas:

somente aquelas doutrinas axiológicas que acusam o Direi-

prega a minimização Direito Penal e a abolição (ou o uso extremamente restrito) das penas privativas de liberdade, sustentando a sua falência para o enfrentamento à criminalidade.

¹⁶ ZAFFARONI, *op. cit.*, p. 101/103.

to Penal de ilegítimo, ou porque moralmente não admitem nenhum tipo de objetivo como capaz de justificar as aflições que o mesmo impõe, ou porque consideram vantajosa a abolição da forma jurídico-penal da sanção punitiva e a sua substituição por meios pedagógicos ou instrumentos de controle de tipo informal e imediatamente social.¹⁷

Nesse contexto de sociedade imaginada pela explicação de Ferrajoli, de fato, seria inexecutável o desempenho da tarefa de pacificação social, isso em decorrência das ocorrências criminosas com foco restrito ao campo da idealização e da abstração otimistas da construção da sociedade perfeita. Pode-se imaginar perfeita uma sociedade livre de injustiças, ofensas e danos individuais e coletivos. Sendo esse o ambiente hipotético social tido como premissa, não é desmedido afirmar inexistir nele espaço lógico-funcional para a presença de algum modelo de Direito Penal: inexistindo a doença, não há racionalidade na ingestão do remédio.

Contudo, não há embasamento fático-social que sustente exercício imaginativo que projete a existência futura de tal sociedade perfeita. Assim, ganha relevo a discussão da possibilidade de as correntes abolicionistas representarem a futura evolução do Direito Penal em uma sociedade na qual as práticas criminosas persistam.

Para tal resposta nos ombreamos com Ferrajoli no tocante às críticas por ele tecidas às doutrinas abolicionistas, em sua obra “Direito e Razão” (2006), tendo, após analisar as suas feições radical e holística anárquica, afirmado: que os modelos de sociedade abordados por tais doutrinas são de uma *sociedade selvagem*, sem qualquer ordem e abandonada à lei natural do mais forte, ou, alternativamente, de uma *sociedade disciplinar*, pacificada e totalizante, onde os conflitos sejam

¹⁷ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. Tradução de Ana Paula Zomer Sica, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. 2. ed.. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 231.

controlados e resolvidos, ou, ainda, prevenidos, por meio de mecanismos ético-pedagógicos de interiorização de ordem, ou de tratamentos médicos, ou de onisciência social e, talvez, policial; não oferecem nenhuma contribuição à solução dos difíceis problemas ligados à limitação e ao controle do poder punitivo, havendo nelas uma esterilidade de projetos, uma vez que evitam todas as questões mais específicas da justificação e da deslegitimação do Direito Penal, desvalorizando toda e qualquer orientação garantista, confundindo, em uma rejeição única, modelos penais autoritários e modelos penais liberais.¹⁸ Ademais, ponderou que, na sociedade perfeita sonhada pelo abolicionismo (holístico), a autorregulamentação social é um modelo normativo irremediavelmente utópico, idôneo a avalizar sistemas sociais repressivos totalizantes, que, somente graças a uma falácia normativista, podem ser descritos como livres de constrições e coerções.¹⁹

E Ferrajoli ainda soluciona, na mesma obra, a dúvida a respeito da possibilidade de o abolicionismo representar uma solução futura para o Direito Penal, explicando que, independentemente de intentos abolicionistas libertários e humani-

¹⁸ Idem, p. 230-234.

¹⁹ Idem, p. 305-306. Críticas à abolição do Direito Penal são encontradas também em PAULO QUEIROZ (*Do caráter subsidiário do Direito Penal: lineamentos para um Direito Penal mínimo*. Belo Horizonte: Del Rey, 1998, p. 57-59), “é realmente pouco provável que as mesmas reações (não-punitivas) pudessem ser pacificamente aceitas, se, ao revés de um simples dano, conforme o exemplo de *Hulsman* antes citado, outro fosse o crime, um crime, por exemplo, praticado com violência, *v.g.*, homicídio, roubo seguido de morte, estupro ou um sequestro seguidos do mesmo resultado, genocídio, atos de terrorismo etc.” (p. 59), em CLAUS ROXIN, “também no Estado social de direito, o abolicionismo não conseguirá acabar com o futuro do Direito Penal” (Tem futuro o Direito Penal? Tradução de Luís Greco. In: FRANCO, Alberto Silva; NUCCI, Guilherme de Souza (Org.). *Direito Penal – doutrinas essenciais, Volume I*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 569-589, p. 572) e, de forma contundente, em WINFRIED HASSEMER (*Introdução aos Fundamentos do Direito Penal*. Tradução de Pablo Rodrigo Alflen da Silva. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2005, p. 430-432), ao afirmar que “à medida em que os abolicionistas querem *abolir o Direito Penal em geral*, eles se tornam perigosamente ingênuos” (p. 431) e que “esta espécie de abolicionismo quer exorcizar o diabo com o belzebu” (p. 432).

tários, ele, na verdade, representa uma utopia regressiva, e que, em face dos modelos concretamente desregulados ou autorreguláveis de vigilância e/ou punição projetados sobre pressupostos ilusórios de uma sociedade boa e de um Estado bom, é o Direito Penal que constitui, histórica e axiologicamente, uma alternativa progressista.²⁰ E ainda pondera:

Mesmo em uma improvável sociedade perfeita do futuro, na qual a delinquência não existisse, ou, pelo menos, não se advertisse a necessidade de reprimi-la, o Direito Penal, com todos os seus códigos de garantias, deveria, contudo, permanecer somente para aquele caso que poderia, excepcionalmente, produzir-se de reações institucionais coativas a um fato delituoso.²¹

6. A EXPANSÃO DO DIREITO PENAL

Partindo, portanto, da premissa da inviabilidade de abolição do Direito Penal, voltáremos à análise das mutações sociais ocorridas nas últimas décadas até o atingimento dos padrões de vida atuais, isso em prol do desenvolvimento do exercício hipotético a respeito do Direito Penal do futuro.

Na atualidade, há doutrina que afirma que o Direito Penal moderno é expandido demasiadamente, orientado pelo “risco, medo e segurança”, representando um Direito Penal “de emergência”, “simbólico” e “midiático”.²²

²⁰ *Idem*, p. 317.

²¹ *Idem*, p. 319. Deve-se ressaltar, contudo, que as teorias abolicionistas, enquanto no exercício do papel crítico ao Direito Penal, são hábeis à sua depuração em prol do maior respeito aos direitos fundamentais, servindo à evolução dos processos de expressão de poder pela tutela criminal, de análise da sua legitimação e em prol do estabelecimento de limites. Imputa-se aos ideais abolicionistas (moderados) os ideais das medidas alternativas ao cárcere e de evitação da instauração do processo penal, tais como aquelas conhecidas como *regras de Tóquio*, a suspensão condicional do processo e os juizados especiais criminais.

²² Conforme acima já afirmado, por todos: CALLEGARI, André Luís;

Conforme ensina Jesús-María Silva Sánchez, expansão do Direito Penal é uma realidade concreta e irreversível:

*en definitiva, por tanto, la propuesta que se contiene en estas páginas parte de la constatación de una realidad respecto de la cual se estima imposible la vuelta atrás. Esta realidad es la expansión del Derecho penal y la coexistencia, por tanto, de “vários Derechos penales distintos”, con estructuras típicas, reglas de imputación, principios procesales y sanciones sustancialmente diversas.*²³

Tal pensamento foi confirmado pelo próprio autor no adendo que fez mais de uma década depois da primeira edição da obra na qual esposou sua tese: *una valoración elemental de las reacciones suscitadas por las ediciones (1999, 2001) y la posterior reimpresión de esta obra (2006) me lleva a pensar que no se discute la constatación fundamental de que el Derecho penal crece por todas partes.*²⁴

Winfried Hassemer também considera a mutabilidade no corpo social como caracterizadora de novos fenômenos passíveis de observação jurídico-criminal, afirmando que “a modernização do Direito Penal naturalmente não é algo novo”, é exigida e imposta pela práxis, sendo esses âmbitos o terrorismo, a criminalidade organizada, o meio ambiente, a economia, as drogas e o processamento automático de dados; porém, entende ser difícil afirmar o que se deve manter desse desenvolvimento, devendo reparar no fato de que “o sistema jurídico-penal pode preservar as vinculações clássicas mesmo sobre a pressão da modernização, sem as quais pode se tornar perigoso com os seus instrumentos severos principalmente para uma sociedade moderna”.²⁵

De fato, a expansão do Direito Penal representa um multifacetado fenômeno de política criminal responsável pelo aumento da sua apli-

WERMUTH, Maiquel Ângelo Dezordi, *op. cit.*

²³ SILVA SÁNCHEZ, *op. cit.*, p. 175.

²⁴ *Idem*, p. 189.

²⁵ HASSEMER, *op. cit.*, p. 360/362.

cabilidade repressiva, correspondendo ao crescente uso dos mecanismos punitivos para a pacificação social, com o conseqüente incremento da tipificação criminal de condutas, algumas delas relacionadas a setores da vida comunitária até há pouco alheios à intervenção penal. Ocorre que Silva Sanchez explica que a expansão não necessariamente é representativa de um “Direito Penal de emergência” ou “simbólico”, uma vez que, a partir de uma detalhada análise da sociedade pós-industrial, conclui que a base da expansão é o aumento da demanda criminal em razão da complexificação do mundo moderno, da globalização, das demandas criminais internacionais, do surgimento de novas condutas e novos conflitos sociais. O Direito Penal mínimo somente seria possível no contexto de um Estado mínimo; e, no atual Estado-providência, com a outorga constitucional de maiores deveres prestacionais ao Estado e o reconhecimento de diversos objetos de tutela pelo Estado (inclusive de natureza difusa e coletiva), a instrumentalização do Direito Penal é uma necessidade para conceder tais garantias.

Assim, a compreensão a respeito da expansão do Direito Penal perpassa um estudo social.

Nos anos 1980 foi publicado estudo pelo sociólogo Ulrich Beck a respeito da análise da sociedade daquela época, afirmada sociedade pós-revolução industrial, marcada por crise ambiental (desastre de Chernobyl), modificação do panorama geopolítico (queda do muro de Berlim e declínio do socialismo), evolução tecnológica, etc. Tal sociedade desenvolveu-se após a revolução industrial, oportunidade em que já haviam sido questionadas as bases de vivência coletiva, em especial com as mutações nas tradições feudais. Naquele ambiente analisado, os questionamentos eram dirigidos às bases daquela sociedade industrial, pautados na percepção de uma modernização reflexiva, ou seja, que a própria modernização industrial foi um evento gerador de riscos. Assim, surge a expressão *sociedade de risco*, que correspondeu à identificação de, em razão da mutação das bases sociais, existir maior proporção e percepção dos riscos sociais, econômicos, políticos, industriais, etc., como sensação de distanciamento da alçada das instituições de controle e proteção da sociedade.

Sendo replicado o mesmo exercício analítico para a sociedade pós-moderna, constata-se a transição para um panorama social atual repleto de novas e diversas incertezas e inseguranças, ocasionadas pelo acesso imediato a amplas possibilidades de escolhas e a diversas opções de vida como decorrência, principalmente, da globalização e da evolução tecnológica. Sendo incertezas fontes geradoras de desprazeres, os novos riscos são percebidos como insegurança, que se torna pauta de existência para a atuação do Estado provedor e acolhedor (Estado-providência).

Nítido exemplo de expansão do Direito Penal na atualidade são as questões relativas ao Direito Penal digital, que reclama a tutela penal em razão de novos bens jurídicos do mundo virtual e de condutas com emprego das novas tecnologias da informação e comunicação (NTICs). Nesse contexto, por exemplo, em 2012, a lei 12.737 trouxe inovação ao Código Penal com a inserção do tipo penal incriminador do artigo 154-A, correspondente ao crime de *invasão de dispositivo informático*. Quase uma década depois, em maio de 2021, o Código Penal foi novamente alterado para inserção de dispositivos representativos de anseios de mais efetividade na tutela penal protetora daquele novo bem jurídico que inexistia décadas antes, bem como de bens jurídicos tradicionais, porém, tornados mais vulneráveis pelo emprego de novas tecnologias da informação para a concretização das suas ilícitas ofensas: a lei 14.155/2021 modificou o Código Penal para tornar mais graves os crimes de violação de dispositivo informático, furto e estelionato cometidos de forma eletrônica ou pela internet.

CONCLUSÃO: REFLEXÃO FUTURÍSTICA A RESPEITO DO DIREITO PENAL.

Claus Roxin, no final da década de 1990, apresentou sua ótica relativa às bases de um Direito Penal do futuro, um conjunto de medi-

das que, em parte, já se encontram fincadas no Direito Penal atual²⁶. Tal doutrina, contudo, contém premissas que podem ser de enorme utilidade para a reflexão futurista: fortalecimento do controle estatal por meio de uma abrangente vigilância de todos os cidadãos, ou seja, da prevenção, ao invés da punição (controle mais intenso do crime pelo Estado²⁷); possibilidade de aumento do campo de aplicação das medidas de segurança (sem descurar das hipóteses nas quais elas são inaplicáveis), porém, sem a eliminação das penas; descriminalização de comportamentos que não sejam ofensivos à paz social e que não passem pelo crivo da subsidiariedade; adoção de mecanismos alternativos à punição nos casos de impossibilidade de descriminalização; aumento da quantidade de dispositivos penais em decorrência da modernidade e da complexidade das sociedades; aumento ainda maior da taxa de criminalidade, ainda que adotados os mecanismos mais intensos de vigilância (o que não decorrerá de um fracasso do Direito Penal, mas de mudanças sociais, técnicas e econômicas, que lhe são anteriores); penas serão mais suaves, com adoção maior da sanção pecuniária, e o surgimento de novas penas, como a prisão domiciliar, a proibição de dirigir e as medidas social-terapêuticas; adoção de sanções orientadas pela voluntariedade (trabalho de utilidade comum e reparação do dano) para complementar ou substituir a pena privativa de liberdade; enraizamento das sanções penais a pessoas jurídicas, paralelas à punição das pessoas físicas, no combate à criminalidade das empresas:

o Direito Penal do futuro, ao levar adiante os postulados iluministas, e sob os pressupostos de um mundo completamente modificado, tornar-se-á cada vez mais um instrumento de direcionamento social (*gesellschaftlichen Steuerungsinstru-*

²⁶ ROXIN, Claus. Tem futuro o Direito Penal?, p. 569-589.

²⁷ Uma das espécies de vigilâncias propostas é por meio de câmeras em locais públicos, no entanto, pondera a impossibilidade de “vigilância acústica e ótica de ambientes privados”, em face da ingerência excessiva nas vidas de moradores diversos do investigado, que compartilhassem o mesmo ambiente vigiado, pessoas que não teriam relação com a prática delituosa investigada (*ibid.*, p. 574-757).

ment) totalmente secularizado, com o fim de chegar a uma síntese entre a garantia da paz, o sustento da existência e a defesa dos direitos do cidadão.²⁸

Relevante também é relembrar uma interessante proposta de “Direito Penal do futuro” encontrada em passado mais remoto, contudo, dotada de ampla atualidade se considerada a necessidade de construir, para um futuro talvez não muito distante, em face do rompimento real das fronteiras estatais pela permeabilidade do fenômeno da globalização, um Direito Penal universal, sem limitações nacionais.

Nelson Hungria, décadas atrás, ao analisar o histórico e a finalidade do desenvolvimento de estudos de Direito Penal comparado, ressaltando os esforços de Von Liszt e Von Hammel para a conciliação das escolas penais em uma “escola penal unitária” ou “neoclássica” (os *unionistas*), explicou que acabaram por propagar o pensamento do “Direito Penal universal”, com o esboço de um plano de legislação penal uniforme, para a inspiração das reformas dos direitos nacionais pautada na generalizada adoção dos princípios e critérios considerados mais felizes ou adequados e na aproximação dos povos para mais eficiente solidariedade no combate ao flagelo da delinquência, o que representaria o “Direito Penal do futuro” (o nacionalismo cederia lugar, gradativamente, ao universalismo).²⁹

Se considerarmos as recentes mobilizações internacionais contra as afrontas delituosas que transcendem as fronteiras dos países, como, por exemplo, os ataques terroristas, e a existência de diversos tratados internacionais disciplinadores de normas penais, as bases do Direito Penal universal explicado por Hungria, décadas atrás, não podem ser consideradas utópicas.

Diante de todo o exposto, almejou-se, com este estudo, a par-

²⁸ *Ibid.*, p. 589.

²⁹ HUNGRIA, Nelson. Direito Penal Comparado: histórico, objeto e finalidade. In: HUNGRIA, Nelson; FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Comentários ao Código Penal*, Volume 1, Tomo I, arts. 1º a 10. 5ª edição, Rio de Janeiro: Forense, 1976, p. 358-359.

tir da interpretação do Direito Penal como um complexo objeto de análise, alcançar os seus elementos estruturadores e os seus embasamentos principiológicos, quais sejam, seus temas fundamentais e, por meio de uma ótica crítica e realista, procurar responder se a sua própria existência corresponde aos fins estruturados pelos ideais de Justiça e promoção da paz social com o imprescindível respeito à condição humana. Revela-se, assim, a importância do aprofundamento do estudo dos temas fundamentais de Direito Penal.

Por fim, ressaltamos um inspirador pensamento de Hungria, capaz de atestar a imprescindibilidade de busca da evolução do Direito Penal e de seus temas fundamentais:

Enganou-se ingenuamente Carrara quando supôs que, no seu tempo, o Direito Penal atingiria o clímax do seu aperfeiçoamento: a evolução da sua amada ciência prosseguiu incessantemente e há de prosseguir, refazendo-se de erros ou reabilitando-se de descaídas, na tentativa, jamais deseperada, de compreender e resolver, definitivamente, o desconcertante enigma do crime e do criminoso.³⁰

REFERÊNCIAS

BECCARIA, Cesare Bonesana. **Dos delitos e das penas**. Tradução de Flório de Angelis. 2.Reimpr. São Paulo: Edipro, 1999.

CALLEGARI, André Luís; WERMUTH, Maiquel Ângelo Dezordi. **Sistema Penal e Política Criminal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. Tradução de Ana Paula Zomer Sica, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. 2. ed.. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

³⁰ *Idem*, p. 365.

FERRI, Henrico. **Princípios de direito criminal: o criminoso e o crime**. Tradução de Paolo Capitanio. 2ª edição. Campinas: Bookseller, 1998.

HASSEMER, Winfried. *Introdução aos fundamentos do Direito Penal*. Tradução de Pablo Rodrigo Alflen da Silva. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2005.

HUNGRIA, Nelson. Direito Penal Comparado: histórico, objeto e finalidade. In: ____; Fragoso, Heleno Cláudio. **Comentários ao Código Penal**, Volume 1, Tomo I, arts. 1º a 10. 5ª edição, Rio de Janeiro: Forense, 1976, p. 358-365.

____; DOTTI, René Ariel. **Comentários ao Código Penal**, Volume 1, Tomo I. 6ª edição, Rio de Janeiro: LMJ, 2014.

JAKOBS, Günther. **Tratado de Direito Penal: Teoria do Injusto Penal e Culpabilidade**. Tradução de Gercélia Batista de Oliveira Mendes e Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

MUÑOZ CONDE, Francisco. **Introducción al derecho penal**. 2. ed. Buenos Aires: Editorial IBdeF, 2014.

QUEIROZ, Paulo. **Do caráter subsidiário do Direito Penal**: lineamentos para um Direito Penal mínimo. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.

ROXIN, Claus. **A proteção de bens jurídicos como função do Direito Penal**. Tradução de André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. 2. ed.. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013.

_____. **Política Criminal e Sistema Jurídico-Penal.** Tradução de Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

_____. Tem futuro o Direito Penal? Tradução de Luís Greco. In: FRANCO, Alberto Silva; NUCCI, Guilherme de Souza (Org.). **Direito Penal – doutrinas essenciais**, Volume I. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 569-589.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **La expansión del derecho penal:** aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales. 3. ed. ampl. Buenos Aires: Editorial IBdeF, 2011.

VACCARO, Michele Angelo. **Origem e Funções das Escolas Penais.** Tradução de Henrique de Carvalho. Belo Horizonte: Editora Líder, 2004.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Em busca das penas perdidas:** a perda de legitimidade do sistema penal. 5. ed. Tradução de Vania Romano Pedrosa e Amir Lopez da Conceição. Rio de Janeiro: Revan, 2014.

Submissão: 14.janeiro.2025
Aprovação: 27.janeiro.2025