

INDICADORES DE UMA CRISE PARADIGMÁTICA NO DIREITO PENAL E O INCREMENTO DAS PENAS E MEDIDAS ALTERNATIVAS SOB A PERSPECTIVA DA MODERNIZAÇÃO DO DIREITO PENAL

INDICADORES DE UNA PARADIGMÁTICO CRISIS EN DERECHO PENAL Y EL AUMENTO DE LAS MEDIDAS Y SANCIONES ALTERNATIVAS BAJO LA PERSPECTIVA DE MODERNIZACIÓN DEL DERECHO PENAL

Ângelo Maciel Santos Reis

RESUMO

O presente estudo se propõe a abordar alguns dos mais relevantes argumentos em torno de uma revisão de efeitos do Direito penal, além de introduzir noções acerca do panorama das penas e medidas alternativas penais sob uma perspectiva neoparadigmática no âmbito da intervenção penal. Para tanto, serão suscitados alguns questionamentos em torno da expansão e modernização do Direito penal, para melhor compreensão das razões e dos seguimentos dessa mudança de perspectiva no âmbito da sanção penal. A análise se dá à luz do pensamento de Jesús-Maria Silva Sánchez, sem se olvidar das contribuições de Luis Gracia Martin, Santiago Mir Puig, Luigi Ferrajoli, Mercedes García Arán, dentre outros expoentes na temática ora abordada. A importância da reflexão deve-se às mais diversas opiniões sobre o tema, não raro contraditórias, no âmbito do Direito penal contemporâneo.

PALAVRAS-CHAVE

Medidas alternativas penais; Modernização Penal; Expansão Penal; Direito Penal Contemporâneo.

RESUMEN

En este estudio se propone aumentar algunos de los más relevantes argumentos acerca de la revisión de los efectos de la ley penal, además de introducir las nociones acerca de las perspectivas de las penas alternativas y las medidas previstas en perspectiva neoparadigmática penal en la intervención penal. Para ello, hemos planteado algunas preguntas acerca de la expansión y la modernización de las leyes penales, para comprender mejor las razones a favor y en el seguimiento de este cambio de perspectiva dentro de la sanción penal. Por lo tanto, algunas ideas se examinarán a la luz del pensamiento de Jesús-María Silva Sánchez, sin olvidar las notas de Luis Gracia Martin, Santiago Mir Puig, Luigi Ferrajoli, Mercedes García Arán, entre otros exponentes de la temática que se aborda en este documento, ya que estas cuestiones se han planteado muchas veces al largo de opiniones distintas, en el marco del derecho penal contemporáneo.

PALABRAS CLAVE

Medidas penales alternativas; Modernización Penal; Ampliación Penal; Derecho Penal Contemporáneo.

1 INTRODUÇÃO

O sistema punitivo do Direito penal tem sido reanalisado à luz de novos panoramas sancionadores em ascensão. As vias alternativas vêm como uma nova roupagem que veste o Direito penal outrora mais intervencionista, que exaltava as penas privativas de liberdade, creditando-lhes como a real demonstração do poder punitivo soberano estatal, sob um viés humanitário. Dentro dessa nova perspectiva, a vítima volta a fazer parte do novo conflito penal, ao lado do Estado.

No concernente ao panorama da expansão penal em análise, de um lado, têm-se as propostas despenalizadoras com o condão de reduzir os ilícitos, além de aplicar outras modalidades de sanção penal ou a resolução dos conflitos no âmbito do Direito civil ou mesmo no do Direito administrativo. De outro lado, nasce a proposta de mudança das leis tradicionais, em especial, as relacionadas à prisão, sem adentrar no caráter público do Direito penal. Um terceiro ponto se relaciona a resolução dos conflitos através da reparação à vítima, seja como terceira via, ao lado da aplicação da Lei penal, seja como pena em sentido estrito.

Nesse novel modelo de justiça penal que será analisado com um pouco de mais precisão nos tópicos seguintes, percebe-se uma tendência à redução de fronteiras entre o Direito penal e o Direito civil. Já naquilo que se refere ao Direito administrativo, por sua vez, não há necessariamente um conflito relacionado ao caráter público ou privado, como ocorre no âmbito civil. Denota-se que a intervenção administrativa, em algumas vezes, ocorre numa ordem quantitativa em comparação com o Direito penal. Pelo fato de os limites administrativos serem, algumas vezes, insuficientes, nota-se que a responsabilidade da colocação dos ilícitos acaba recaindo sobre o Direito penal.

Algumas reflexões são levantadas em torno das seguintes questões: estamos diante de uma ampliação do Direito penal à custa do Direito privado (através da aproximação com o Direito civil), ou estamos frente a uma deformação da intervenção penal através da administrativização penal? Ademais, as propostas de despenalização com a colocação da vítima neste novo quadro punitivo alternativo ao Direito penal tradicional se relacionam com o caráter antirreducionista e deformador da intervenção penal hodierna?

Em vista disso, considerando o atual cenário do Direito penal contemporâneo, que traduz novos anseios sociais e filosóficos, além de trazer novas faces sendo algumas delas colidentes com o modelo de Direito penal liberal¹ ou clássico –, é notória a especulação

¹ A denominação Direito Penal Liberal é aplicada por Luiz Gracia Martin, ao traçar um paralelo entre o atual Direito Penal, denominado pelo autor como Direito Moderno, e o Direito Penal Clássico ou Liberal ou da

problematizada pelos estudiosos das ciências jurídicas penais naquilo concernente à modernização e expansão do Direito penal.

Para melhor compreensão das razões e dos seguimentos desta revolução paradigmática, impende registrar algumas ideias de Jesús-Maria Silva Sánchez, Luis Gracia Martin, Santiago Mir Puig, Luigi Ferrajoli, Mercedes García Arán, dentre outros expoentes na temática ora abordada, uma vez que tais questões têm sido trazidas com opiniões bem distintas, quando não contrárias, conforme se evidenciará a partir desta breve exposição.

2 MODERNIZAÇÃO E EXPANSÃO DO DIREITO PENAL X DIREITO PENAL MÍNIMO: O CONTEXTO INTERNACIONAL E TAMBÉM NO BRASIL ATUAL

A priori, cabe registrar que na visão de Mir Puig é patente o retorno ao estado punitivo, através do Direito penal expansivo e a diminuição da substituição das penas privativas de liberdade. O autor, ao falar sobre o neoliberalismo conservador e a involução do Direito penal, aduz ter tornado evidente a dicotomia entre o Direito penal limitado e a sua expansão, o que demonstra sinais de involução nesta seara do direito. O referido doutrinador também advoga no sentido de que isso decorre em razão da política neoconservadora do neoliberalismo.

[...] o neoliberalismo tem conduzido a uma política criminal declaradamente expansiva, que volta à pena de morte e prolonga e endurece as condenações privativas de liberdade, ao tempo em que diminui suas possibilidades por outras medidas. Junto à exigência de um estado mínimo na intervenção econômica, tem-se reclamado uma intervenção cada vez mais intensa na luta do estado contra o delito.²

O Direito penal outrora pensado como uma ordem de paz social tende a se transformar como uma “arma de guerra” contra os criminosos, tendo a queda das Torres Gêmeas (*World Trade Center*), de 11 de setembro de 2011, contribuído para este pensamento em ascensão. Outrossim, alguns pontos reforçam a expansão do Direito penal, a exemplo da evolução tecnológica, a evolução política e fatores da evolução cultural.

Ilustração, que alude aos princípios penais instituídos pelo Direito após a Revolução Liberal. GRACIA MARTIN, Luis. **Prolegômenos para a luta pela modernização e expansão do Direito Penal e para a crítica do discurso de resistência** / Luis Gracia Martin; apresentação do Prof. Dr. Bernd Schünemann; tradução de Érica Mendes de Carvalho.– Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Ed., 2005, pág. 42.

² [...] el neoliberalismo ha conducido a una política criminal declaradamente expansiva, que vuelve a la pena de muerte y prolonga y endurece las condenas privativas de libertad, a la vez que disminuye sus posibilidades de sustitución por otras medidas. Junto a la exigencia de un estado mínimo en la intervención económica, se ha reclamado una intervención cada vez más intensa en la lucha del estado contra el delito[...]. MIR PUIG, Santiago. **Bases Constitucionales Del Derecho Penal**. Iusted, 1ª Edición, 2011. P. 21

No âmbito da persecução penal hodierna, alguns elementos em destaque podem ser considerados como causas expansivas da intervenção penal na sociedade global sob a perspectiva de Silva Sánchez. Este elenca algumas causas da seguinte forma: o efetivo aparecimento de novos riscos; a sensação social de insegurança; a configuração de uma sociedade de ‘sujeitos passivos’; a identificação da maioria social com a vítima do delito; o descrédito de outras instâncias de proteção; os gestores ‘atípicos’ da moral; a atitude da esquerda política: a política criminal social democrática na Europa; um fator colateral: o desprezo pelas formas.³ Vejamos cada uma delas a seguir.

Naquilo que respeita ao efetivo aparecimento de novos riscos, registre-se que os grandes avanços tecnológicos sem parâmetros e precedentes, aliados a uma nova sociedade de riscos em relação ao meio ambiente, às comunidades, a determinadas técnicas da biologia, da genética, da energia nuclear etc. conduzem o Direito (e o Direito penal) a novas modalidades de proteção jurídica.

Estes novos riscos introduzidos pela sociedade complexa, que inter-relaciona seus indivíduos através da necessidade de cooperação e da divisão funcional, são fruto de uma sociedade do bem-estar e do desemprego e tudo isso traduz uma sensação de insegurança social. Esta, por sua vez, pode ser observada a partir dos traumas vivenciados pela humanidade ao longo da história principalmente após as experiências das duas guerras mundiais do século passado. Desde o final da segunda guerra mundial, ficou evidenciado que a ciência comprovou a vulnerabilidade da raça humana, a partir dos eventos de Hiroshima e Nagasaki, com a explosão das bombas atômicas, que dizimaram milhares de vidas em um curto espaço de tempo, se se levar em consideração o tempo total de duração do conflito mundial.

Mesmo após o fim da guerra, o mundo vivenciou a guerra fria através da “paz armada” que introduziu a sensação de insegurança na sociedade global. Instaure-se a sociedade do medo, trazendo uma sensação geral de insegurança através do incremento de novos riscos.

É justamente a falta de domínio nos acontecimentos que fomenta a sociedade do medo e traduz a sensação de insegurança. A revolução pós-industrial, com o incremento de novas modalidades de transporte, por exemplo, e a influência dos meios de comunicação na infusão do medo social multiplica os ilícitos. Com isso, o Direito penal reaparece como resposta a essa insegurança, flexibilizando suas garantias, contrapondo-se àquele Direito penal clássico retributivo.

³ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. **La expansión del Derecho Penal**. Aspectos de la política criminal en las sociedades pos industriales. 2ª edición. Madrid: Civitas, 2001. pp. 21-60

E é a nova configuração de sociedade e a complexidade social que traz novos riscos ao sistema normativo e à sociedade como um todo. Sobre este terceiro aspecto, o autor em estudo vai aduzir que “a sociedade do bem-estar se configura cada vez mais como uma sociedade de classes passivas”.⁴ A nova forma de se posicionar frente ao desenvolvimento pós-industrial denota que as classes ativas, com maior espírito empreendedor perdeu espaço para essa sociedade de sujeitos passivos, que estão à mercê do mercado, que abriram mão do prestígio de serem partícipes e em contrapartida se posicionam no limite dos riscos permitidos. Em outras linhas, “a diminuição dos níveis de risco permitido é produto direto da supervalorização essencial da segurança frente à liberdade (de ação). Tal predomínio é característica de uma sociedade de sujeitos passivos, mais que de ativos”⁵.

É da cultura desta sociedade passiva a busca da responsabilização civil ou penal de um terceiro, eximindo-se, os agentes, de suas respectivas responsabilidades às quais abriram mão em razão da sua passividade e inércia.

Através deste modelo de responsabilização de um terceiro, elimina-se o risco permitido e incrementam-se novas formas de apreciar as infrações de deveres de cuidado: “deve introduzir-se seguramente também o incremento da tipificação dos delitos de perigo”⁶. Por outro lado, fomenta-se a criação de uma legislação de natureza simbólica, frente aos delitos de perigo, através de uma hiperresponsabilização do sujeito ativo.

Juntamente com aquele novo paradigma dos sujeitos passivos frente ao Estado, as pessoas passam a viver de uma maneira dependente do Estado, ou seja: deixam de viver no Estado para viver do Estado, sendo este traduzido como Estado providência.

Seja como for, o certo é que a crime organizado (narcotráfico, terrorismo, pornografia), a criminalidade empresarial (delitos fiscais, contra o meio ambiente, em matéria de consumo – saúde e interesses econômicos), a corrupção político-administrativa e o abuso de poder, e inclusive a violência conjugal do denominado <<tirano doméstico>> e os crimes sexuais aparecem em primeiro plano da discussão social sobre o delitivo.⁷

Evidencia-se mais a figura da vítima em potencial do que do autor do delito em potencial. Sabe-se que, inclusive, as demais áreas do Direito possuem também seu viés

⁴ “Pensionistas, destinatarios de prestaciones públicas, personas o entidades subvencionadas (beneficiarios, en definitiva, de la transferencia de riqueza, más que creadores de los excedentes objeto de transferencia) se convierten en los ciudadanos, los electores por excelencia”. SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **op. cit.** p. 31

⁵ *Ibid.*, p. 32

⁶ “[...] debe introducirse seguramente también el incremento de la tipificación de delitos de peligro” *Ibid.*, p. 35

⁷ “Sea como fuere, lo cierto es que la criminalidad organizada (narcotráfico, terrorismo, pornografía), la criminalidad de las empresas (delitos fiscales, medioambientales, en materia de consumo – salud e intereses económicos), la corrupción político-administrativa o el abuso de poder, e incluso la violencia conyugal del denominado <<tirano domestico>> y ella coso sexual, aparecen en primer plano de la discusión social sobre lo delictivo”. *Ibid.* p. 40

sancionador e não se pode utilizar o Direito penal como forma de punir o descumprimento das demais normas não penais, tendo em vista não ser este o objetivo do Direito penal. Segundo Silva Sánchez, sujeitos que pertencem a níveis inferiores da sociedade são titulares de bens jurídicos, sejam individuais ou difusos, e também se posicionam neste novo sistema como vítimas em potencial. Não é difícil observar e comprovar como o Direito penal tem adquirido uma nova roupagem, expandindo-se no âmbito das lutas feministas, comunistas, antidiscriminatórias etc. O mais consternador, neste aspecto, é que aqueles que levantavam a bandeira em prol de um direito menos interventivo, que defendia um Direito penal de garantias, passa a exaltar a expansão do direito penal para que este alcance as classes poderosas.

Com o incremento das novas figuras delitivas, com a passividade da sociedade hodierna face ao sistema, a intervenção penal surge como reforço ao descrédito relegado a outras formas de intervenção estatal ou de responsabilização jurídica, a exemplo do direito administrativo e do direito civil, respectivamente. Tal expansão vai de encontro ao princípio que preconiza o Direito penal como *ultima ratio*.

O Direito penal passa a ser mecanismo de transformação da sociedade e da intervenção contra aqueles que, de algum modo, obstaculize o progresso da democracia e da igualdade. Incrementa-se a criminalidade dos poderosos e a flexibilização das garantias penais, proliferando vozes que defendem a modificação das “regras do jogo”. A falha nos mecanismos estatais voltados para a persecução penal induz a sociedade passiva à falsa crença de que a solução para a impunidade está na mitigação da formalidade e das garantias penais.

Desde a presunção de inocência e o princípio da culpabilidade, as regras do devido processo e a jurisdicionalidade, passando pela totalidade dos conceitos do delito, o conjunto de princípios e garantias do Direito penal se contemplam como sutilezas que se opõem a uma solução real dos problemas.⁸

Critica-se, inclusive, a aplicação do Direito penal e processual penal de natureza pública, exaltando-se o incremento de políticas privadas, a exemplo da inserção das prisões privadas no sistema punitivo execucional. Tudo isso conduz a redução da intervenção penal estatal ao limite da eficácia preventivo-integradora.⁹

As soluções emergenciais afastam garantias conquistadas ao longo dos séculos. Tudo isso pode conduzir à redução da própria eficácia preventiva, deslegitimando o Direito penal.

⁸“Desde la presunción de inocencia y el principio de culpabilidad, a las reglas del debido proceso y la jurisdiccionalidad, pasando por la totalidad de los conceptos del delito, el conjunto de principios y garantías del Derecho penal se contemplan como sutilezas que se oponen a una solución real de los problemas”. SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **op. cit.** p. 55-56

⁹Ibid. p. 58

Em síntese, fatores sociais, jurídicos e políticos influenciam a modernização e expansão do direito penal. A ampliação dos objetos de proteção penal, a antecipação das fronteiras de proteção, a transição do modelo de delito de lesões a bens jurídicos para o modelo de delitos de perigo de bens supraindividuais vai de encontro à *ultima ratio*, conforme alhures se expôs.

Concernente aos novos aspectos formais do Direito penal moderno, Luis Gracia Martin aduz que:

[...] o direito penal moderno tem antes de tudo uma dimensão clara e manifestamente quantitativa que se traduz em uma importante ampliação da intervenção penal e, por isso, um relevante incremento de sua extensão atual em comparação com a que tinha no momento histórico precedente¹⁰.

A inserção do Direito penal do risco introduz na sociedade ideias de controle, prevenção e gestão de riscos. Nesta nova forma de pensar este ramo do Direito, o legislador recorre ao tipo penal de perigo abstrato e, via de regra, as atividades humanas estão relacionadas àquelas trazidas com a revolução científica da informática, a tecnologia atômica, a genética, a fabricação e comercialização de produtos potencialmente perigosos para a vida e saúde, por exemplo. São, a bem da verdade, atividades humanas na produção do risco e que na maioria das vezes o risco é incerto, a exemplo da tutela dos riscos em determinadas atividades científicas.

Mas essa expansão não atrela somente aos novos riscos, a exemplo desses acima catalogados. A modernização e expansão do Direito penal se dão também através da criminalização dos delitos de “colarinho branco”, das classes sociais mais poderosas, no âmbito do Direito penal econômico. De natureza bem mais complexa, frise-se que não há um único critério de definição para os delitos econômicos, mas que por questões de objetividade deste presente trabalho, não serão aqui trabalhadas.

Ademais, a proteção do ambiente saudável também encontra no Direito penal moderno a sua significativa importância. Isto porque a proteção do meio ambiente é essencial dentro desta nova perspectiva tecnológica da sociedade de riscos. Ela não se volta somente para interesses humanos diretos, que se relacionem a saúde humana, mas também para interesses indiretos, dentro da perspectiva da diversidade das espécies, do controle natural do meio ambiente em proteção da fauna e da flora.

Há, ainda, outra vertente da modernização e expansão do Direito penal que está voltada para o Direito penal da globalização.

¹⁰ GRACIA MARTIN, Luis. Prolegômenos para a luta pela modernização e expansão do Direito Penal e para a crítica do discurso de resistência. Porto Alegre – RS. Sérgio Antônio Fabris Ed. 2005. p. 46

Na criminalidade tradicional, trata-se de autores individuais ou inclusive de grupos ou de bandos de delinquentes que atuam espontaneamente e de modo marginal, isto é, que não realizam suas atividades delitivas no âmbito de nenhuma atividade institucionalizada, mas no contexto de sua mera situação existencial vinculada às estruturas sociais. A delinquência econômica em geral, e, dentro dela, sua macroscópica e mais complexa dimensão ligada à internacionalização e à globalização da economia, já não se mostra como um fenômeno que ocorre, como destaca Silva Sanchez, a partir de ‘elementos de organização, transnacionalidade e poder econômico’*, ou, como indica Albrecht, a partir de ‘uma organização permanente e estável’*.¹¹

Não se pode esquecer da perspectiva do Direito penal do inimigo, característico deste modelo moderno e expansivo de Direito penal. O “inimigo” nada mais é do que aquele agente que está fora do seio social. Para a doutrina, são aqueles que abandonam o Direito de um modo permanente, abrindo mão do status de cidadão. Segundo Gracia Martin, “esse é o caso, por exemplo, dos indivíduos que pertencem a organizações terroristas, de narcotráfico, de tráfico de pessoas etc. e, em geral, de quem realiza atividades típicas do denominado crime organizado”.¹²

Os traços característicos para este tipo de normatização penal é a habitualidade e o profissionalismo das atividades criminosas do “inimigo” em prol das atividades criminosas das organizações.

Nunca é demais acrescentar que a inserção do Direito penal do inimigo no sistema jurídico penal afeta os fins ordinários da tutela penal, além de que princípios e garantias penais são mitigadas em prol da neutralização dos agentes delinquentes inimigos do sistema vigente.

Dentro dessa nova perspectiva de persecução penal, os novos perigos são inerentes ao funcionamento do sistema social. No que tange às punições voltadas aos delitos de perigo, pune-se a simples infração de um dever jurídico, ou seja, “a mera desobediência à norma”. Isso porque “muitos dos objetos protegidos pelos tipos penais modernos se caracterizam pelas grandes dimensões – macroeconômica, macrosociais – de seus imprecisos substratos”.¹³

Há quem defenda, segundo Gracia Martin, que a tutela penal deveria ser ignorada em face da tutela administrativa sancionadora. Nada obsta que o Direito penal tenha um viés simbólico, mas ele não deve ser considerado somente dentro desta perspectiva, até porque existem outras funções instrumentais que o legitimam.

A opinião dominante considera, porém, que os efeitos simbólicos do Direito Penal teriam uma valoração negativa quando comprovado que sua produção constitui a

¹¹ GRACIA MARTIN, Luis. **op. cit.** p. 69-70

¹² *Ibid.*, p. 86

¹³ *Ibid.*, p. 99

única finalidade real da lei penal, ou quando predominem de modo relevante sobre os efeitos instrumentais*.¹⁴

Sobre a denominada administratização do Direito penal, Arán assevera que há uma tendência despenalizadora, mas que na verdade produz uma “administrativização” do Código penal, ao incorporar aquilo que antes era tratado como ilícito administrativo, mas que hoje é trazido como ilícito penal, para se proteger interesses mais caros.¹⁵

Defende-se que o discurso acerca do carácter simbólico opera como um freio ao processo de modernização e expansão do Direito penal. Entretanto, aqueles que apontam a modernização e expansão do Direito penal entendem que é necessária uma readequação deste ramo às exigências do estado de direito, frente aos novos fenômenos e problemas sociais. E mais, com a intervenção penal modificada e readaptada a este novo panorama, corre-se o risco de se mitigar a formalidade particular ao Direito penal, mas que não é essencial aos demais ramos do Direito.

Ainda tratando da modernização e expansão do Direito penal, as mudanças do Direito penal se deram também com a crise dos EUA. Na esteira de Mir Puig, podem-se identificar três possíveis consequências apontadas:

- 1) A decisão de Obama de clausurar Guantánamo – um lugar sem Direito: a expressão mais manifesta do abandono do Estado de Direito[...]
- 2) O mais provável é que pelo momento se mantenha a tendência ao recrudescimento do Direito penal material, uma tendência que parece compartilhar no fundamental tanto os governos conservadores como os de centro-esquerda.[...] um populismo punitivo politicamente rentável e curto prazo para toda a classe de governantes.
- 3) [...] intervenção do Direito penal para proteger o sistema financeiro. Por isso, é particularmente previsível que se consolide a expansão do Direito penal até o campo dos bens jurídicos coletivos ligados ao sistema econômico¹⁶.

Ou seja, primeiramente observa-se a quebra das garantias penais constitucionais através do modelo aplicado em Guantánamo, considerado como um lugar onde o Direito é

¹⁴ Ibid. p. 105

¹⁵ “De esta forma, se delimita un ámbito delicto administrativo que coincide casi exactamente con el del delito y en el que resulta más que problemático acudir a criterios tradicionalmente utilizados por la doctrina para diferenciar una e otra intervención como son el carácter eminentemente formal de la infracción administrativa frente a la exigencia de un plus de puesta en peligro de bienes jurídicos que caracterizaría al delito.” ARÁN, Mercedes Gracia. Op. cit. p. 194.

¹⁶ 1) La decisión de Obama de clausurar Guantanamo – un espacio sin Derecho: la expresión más decarnada del abandono del Estado de Derecho [...]; 2) Lo más probable es que por el momento se mantenga la tendencia al endurecimiento del Derecho penal material, una tendencia que parecen compartir en lo fundamental tanto los gobiernos conservadores como los de centro-izquierda.[...] un populismo punitivo politicamente rentable e corto plazo para toda clase de gobiernos. 3) [...] intervención del Derecho penal para proteger el sistema financiero. Por ello, es particularmente previsible que se consolide la expansión del derecho penal hacia el campo de los bienes jurídicos colectivos implicados en el sistema económico.” MIR PUIG, Santiago. **Bases Constitucionais Del Derecho Penal**. Iusted, 1ª Edición, 2011. p. 31-32

rechaçado ou, no mínimo, mitigado em proteção da sociedade. Um lugar onde há o abandono total do estado de direito.

Outro aspecto observável e de segunda ordem diz respeito à tendência do endurecimento do Direito penal material, tendência compartilhada entre governantes conservadores a exemplo dos de centro-esquerda, que preza pelo populismo, que defende a relativização de direitos fundamentais em prol dos anseios momentâneos de determinado povo.

Um terceiro aspecto relaciona o Direito penal à necessidade de se proteger o sistema financeiro, através, principalmente, da intervenção penal na economia, ampliando a incidência penal nos bens jurídicos coletivos, de difícil determinação, mas que de algum modo se vinculam ao sistema econômico.

Assim, nota-se que além das influências externas da nova ordem internacional que insere no Direito interno novas normas supranacionais dentro dos seus respectivos ordenamentos jurídicos soberanos, seja através dos pactos, seja através das convenções internacionais, a política criminal de determinado Estado está intrinsecamente ligada aos princípios da sua organização política.

Já no cenário nacional hodierno, em destaque, é fácil perceber a crise paradigmática na seara criminal. Podem ser observadas algumas vertentes relacionadas ao paradigma minimalista da intervenção penal, destacando-se as seguintes: uma reducionista, que propõe a potencialização da capacidade da sociedade na solução dos conflitos sociais, sem se recorrer ao Direito penal. Através desta, o Direito penal mínimo ganharia força através da limitação do rigor punitivo e da redução do sistema prisional.

Por outro lado, há também uma segunda vertente, conhecida como não-intervencionista, que acredita que há um risco em se aumentar o controle social com o incremento das medidas alternativas no sistema jurídico penal. Entende esta doutrina que se corre o risco de se expandir a intervenção penal na sociedade, afastando o ideal do princípio da subsidiariedade, porque as medidas alternativas penais de algum modo são mais amplas e fáceis de aplicar do que as medidas privativas de liberdade, além de que o âmbito de sua aplicação é mais amplo do que do das medidas privativas ambulatoriais. Isto porque tanto a sociedade se inclina à maior aceitabilidade das sanções alternativas, quanto os próprios cumpridores das medidas que, via de regra, são consideradas mais brandas que demais medidas penais privativas de liberdade ou as medidas cautelares processuais aplicáveis antes do trânsito em julgado da sentença condenatória.

Sem embargo, não se pode olvidar também a influência da mídia na construção do pensamento jurídico, tendo em vista que ela, por diversas vezes, introduz no corpo social ideologias de massa, pouco técnicas, mas que de alguma forma induz a sociedade a seguir determinado comportamento, refutar determinadas ideias ou fomentar certos padrões filosóficos dúbios.

No imaginário dos cidadãos, criam-se formas de se aceitar ou rechaçar leis ou teorias. Às leis que modernizam ou expandem a intervenção penal nacional, vestem-se de nomes (ex. “Lei Maria da Penha”), no afã de dar notoriedade e legitimidade popular à norma, o que por diversas vezes mitiga discussões em torno da validade e até da Constitucionalidade destas novas leis penais.

A razão de ser desta crise é da própria estrutura do debate científico das ciências sociais.

Na teoria das revoluções científicas de Thomas Kuhn o atraso das ciências sociais é dado pelo carácter pré-paradigmático destas ciências, ao contrário das ciências naturais, essas sim, paradigmáticas. Enquanto, nas ciências naturais, o desenvolvimento do conhecimento tomou possível a formulação de um conjunto de princípios e de teorias sobre a estrutura da matéria que são aceites sem discussão por toda a comunidade científica, conjunto esse que designa por paradigma, nas ciências sociais não há consenso paradigmático, pelo que o debate tende a atravessar verticalmente toda a espessura do conhecimento adquirido.¹⁷

De um lado, levantam-se as bandeiras da expansão do Direito penal, através da construção de novas figuras delitivas. De outro, parte da doutrina defensora das garantias constitucionais urge pelos princípios da intervenção mínima, da subsidiariedade e da fragmentariedade.

Enquanto novos tipos penais são criados, sob o fundamento de que a justiça criminal não é estanque, devendo se readaptar tanto ao modelo de política-criminal de dada sociedade, quanto aos anseios de uma nova realidade transgressional – a exemplo dos delitos informáticos, do terrorismo, crimes ambientais etc. –, de outra banda, há sempre quem fomenta um discurso contrário à expansão penal. Para parcela da doutrina, o Direito penal deve atuar apenas em *ultima ratio*, baseado nos ideais do garantismo penal.

[...] nenhum paradigma aceito como base para a pesquisa científica resolve todos os problemas. Os raros paradigmas que pareciam capazes disso, em pouco tempo deixaram de produzir quaisquer problemas relevantes para a pesquisa. Em vez disso, tornaram-se instrumentos para tarefas técnicas.¹⁸

¹⁷ SOUSA SANTOS, Boaventura de (1987). **Um Discurso sobre as Ciências**. Edições Afrontamento: Porto; 1988. p. 07

¹⁸ KUHN, **op. cit.** p. 110

Vale acrescentar que o garantismo penal não se subsume apenas ao conceito de Ferrajoli¹⁹. Refere-se a uma releitura e reinterpretação das normas a partir de seus princípios formadores e garantidores. Ele se serve da conscientização dos direitos do homem formulados em leis e pactos internacionais para restabelecer a justiça mesmo contra a ordem positiva estrita.

Assim, eis que surge uma proposta de reflexão a partir de uma nova realidade filosófica, lastreada naquilo que já se observa através da crise paradigmática do Direito penal contemporâneo. A forte influência da transdisciplinaridade vivenciada pela sociedade hodierna parece remontar a tempos remotos, quando não se produzia conhecimento através das disciplinas estanques, mas sim através das artes, da filosofia e da interpretação dos fenômenos da natureza através dos mitos. Conforme aduz Köche:

Se, erroneamente, a ciência é encarada por muitos como um fantástico instrumento miraculoso ou estarrecedor, capaz de resolver todos os problemas da humanidade, na Antiguidade, na Grécia, a partir do século VIII aC e alcançando a culminância no século IV aC, conhecida como filosofia da natureza, tinha como única preocupação a busca do saber, a compreensão da natureza das coisas e do homem. O conhecimento científico era desenvolvido pela filosofia. Não havia a distinção que hoje se estabelece entre Ciência e Filosofia.²⁰

Carece de cientificismo a influência midiática no fomento de novos tipos penais, do acréscimo ou aumento da quantidade de pena para os delitos praticados, ainda quando considerados hediondos ou equiparados, quando as penas passíveis de aplicação não conduzem à pacificação social, ou não se adéquam aos preceitos normativos constitucionais fundamentais. De outra monta, a filosofia do estado democrático de direito não coaduna com a incitação da mídia no desprezo pelas instituições jurídicas.

3 NOVOS RUMOS DA CIÊNCIA DO DIREITO PENAL: MERA ORDENAÇÃO E DIREITO PENAL DE DUPLA VELOCIDADE

Mesmo vivendo num tempo em que a produção doutrinária penal tende a criticar o incremento de novos tipos penais, haja vista boa parte da doutrina entender que o Direito penal não pode se afastar da subsidiariedade e da fragmentariedade em si intrínsecos, atuais estudos feitos fora do Direito analisam e traduzem novos anseios sociais, principalmente no

¹⁹ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**/Luigi Ferrajoli. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

²⁰ KÖCHE, José Carlos. **Fundamentos de metodologia científica: teoria da ciência e prática da pesquisa**. 19. ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2001. P. 44.

que tange ao meio ambiente saudável, à proteção da espécie humana, como preocupações principais.

A multiplicidade das funções exigidas ao Estado social, a inflação legislativa, a pluralidade das fontes normativas, sua subordinação a imperativos sistêmicos de tipo econômico, tecnológico e político, e, por outra parte, a ineficácia dos controles e as amplas margens de irresponsabilidade dos poderes públicos, gerariam – segundo autores como Luhman, Teubne e Zolo - , uma crescente incoerência, falta de plenitude impossibilidade de conhecimento e ineficácia do sistema jurídico.²¹

Através, também, de estudos interdisciplinares, o legislador não se eximiu ao instituir novos tipos penais que tutelam o meio ambiente saudável e também a biotecnologia, dentre outros, mesmo debaixo de fortes críticas lançadas pelos defensores do Direito penal liberal.

Depreende-se a história das ciências criminais que a tutela penal estatal adquiriu legitimidade no instante em que se passou a considerar como bens tuteláveis penalmente somente aqueles mais preciosos à sociedade, a exemplo de bens jurídicos como a vida, a integridade física e/ou corporal, à saúde, o patrimônio, dentre outros. Comportamentos que não acarretem lesão (ou perigo de lesão) para bens jurídicos claramente definidos devem ser afastados do âmbito criminal.

Como novo panorama jurídico penal, observa-se que outros interesses passaram a ter elevada importância no Direito, a exemplo da crescente preocupação da tutela dos interesses de natureza coletiva, em especial os interesses à proteção do meio ambiente, dos estudos relacionados à biotecnologia e proteção ao patrimônio genético. Tudo isso acaba invertendo o papel do Direito penal enquanto um ramo subsidiário e fragmentário.

À luz do entendimento de Figueiredo dias, ao tratar das nuances acerca da expansão do Direito penal, das implicações acerca do conceito material de crime, quando a sociedade invoca o Direito penal como mecanismo protetor de bens jurídicos e em constante transformação na busca da proteção a novos bens jurídicos eleitos pela sociedade, o autor assevera que,

Deste programa se devem só destacar, com particular relevo para a matéria da determinação do conceito material de crime, duas implicações. A primeira é a de que do âmbito deste conceito têm de ser expurgados todos os comportamentos que não acarretem lesão (ou perigo de lesão) para bens jurídicos claramente definidos; ou que ainda quando acarretem, possam razoavelmente ser contidos ou controlado por meio não penais de política jurídica ou mesmo de política social não jurídica. Esta implicação está na base do movimento da descriminalização [...]. A segunda, na outra vertente, é a de que processos novos de criminalização (chamados processos

²¹“La multiplicidad de las funciones exigidas al Estado social, la infracción legislativa, la pluralidad de las fuentes normativas, su subordinación a imperativos sistémicos de tipo económico, tecnológico y político, y, por otra parte, la ineficacia de los controles y los amplios márgenes de irresponsabilidad de los poderes públicos, generarían – según autores como Luhman, Teubne e Zolo – , una creciente incoherencia, falta de plenitud, imposibilidad de conocimiento e ineficacia del sistema jurídico”. FERRAJOLI, Luigi. **Op. cit.** p. 17

de neocriminalização) só devem ser aceitos como legítimos onde novos fenômenos sociais, anteriormente inexistentes, muito raros ou socialmente pouco significativos revelem agora a emergência de novos bens jurídicos para cuja proteção torna-se indispensável fazer intervir a tutela penal em detrimento de um paulatino desenvolvimento de estratégias não criminais de controle social.²²

E baseando-se na filosofia de Kuhn, tomando-se como base as fases da estrutura das revoluções científicas, pode-se deduzir que a nova realidade científica do Direito penal parece se adequar à fase pré-paradigmática, haja vista as inesgotáveis discussões acerca dos novos rumos do Direito penal. Torna-se inevitável o rompimento do paradigma penal antecessor e o atual de aplicação da lei penal e processual penal, que visa, este último, atender aos anseios da humanidade sob o aspecto dos direitos fundamentais, protegidos pelo neoconstitucionalismo e por um direito de garantias.

[...] conseqüentemente, a recepção de um novo paradigma requer com frequência uma redefinição da ciência correspondente. Alguns problemas antigos podem ser transferidos para outra ciência ou declarados absolutamente “não-científicos”. [...]. A tradição científica normal que emerge de uma revolução científica é não somente incompatível, mas muitas vezes verdadeiramente incomensurável com aquela que a precedeu.²³

Concernente à perspectiva dos direitos de mera ordenação social, Figueiredo Dias assevera que se busca uma proteção antecipada de perigos, onde se terá nas contra-ordenações uma censura de natureza não penal. Para o autor em alusão, as contra-ordenações surgem como um conjunto de direitos “(administrativo, não penal) *de mera ordenação social* e que substancialmente coincide com a velha categoria (essa sim, penal) das contravenções penais”.²⁴

No modelo português de direito de mera ordenação, as contra-ordenações são ilícitos que tem como sanção a imposição de uma coima²⁵, que significa aplicar um castigo ou pena que consiste num pagamento no qual a sanção pecuniária se dá através de uma multa.

Cabe salientar que tanto no âmbito penal, quando no âmbito dos direitos de mera ordenação se busca a proteção de bens jurídicos. O que vai diferir é basicamente a natureza valorativa de tais bens. Em outras linhas, a tutela de bens jurídico-penais só pertence ao Direito penal, restando à ordenação a proteção da proibição legal.

No caso dos crimes estamos perante condutas cujos elementos constitutivo, no seu conjunto, suportam imediatamente uma valoração – social, moral, cultural – na qual

²² DIAS, Jorge de Figueiredo. *op. cit.* p. 82

²³ KUHN, *op. cit.* p. 138

²⁴ DIAS, Jorge de Figueiredo. *op. cit.* p. 171

²⁵ "coima", in Dicionário Priberam da Língua Portuguesa [em linha], 2008-2013, <http://www.priberam.pt/dlpo/coima> [consultado em 21-07-2014].

se contém já a valoração da ilicitude. No caso das contra-ordenações, pelo contrário, não se verifica uma correspondência imediata da conduta a uma valoração mais ampla daquele tipo; pelo que se, não obstante ser assim, se verifica que o direito valora algumas destas condutas como ilícitas, tal só pode acontecer porque o substrato da valoração jurídica não é aqui constituído apenas pela conduta como tal, antes por esta acrescida de um elemento novo: a proibição legal.²⁶

Contudo, não se pode negar a autonomia do ilícito das contra-ordenações, embora tal autonomia tenha uma natureza relativa, dada a subsidiariedade das normas penais. Segundo Figueiredo Dias,

[...] as normas do Código Penal devem constituir direito subsidiário relativamente ao direito substantivo das contra-ordenações; o que bem se compreende considerando que o direito das contra-ordenações, se não é direito penal, é em todo o caso direito sancionatório de carácter punitivo.²⁷

Naquilo que se refere à sanção, esta, por sua vez, é “*exclusivamente patrimonial*”²⁸. Diferentemente da pena de multa no âmbito penal que quando descumprida pode ensejar prisão, o descumprimento da coima não ensejaria privação da liberdade. Também é de se realçar que na visão de Figueiredo Dias, não há compatibilidade na substituição da coima por prestação de trabalho à comunidade, dado o carácter de prevenção especial positiva ou de ressocialização, típicos desta medida alternativa penal²⁹.

Por fim, o processo que aprecia as contra-ordenações são autônomos, da competência administrativa, e não penal, destarte o controle judicial possa ser dado pelas vias judiciais, para se dar a última palavra. Neste caso, os eventuais recursos seriam direcionados a um tribunal.

Deve por isso existir uma regulamentação legal que vise justamente obviar a tais eventualidades, possibilitando uma conversão do processo de contra-ordenação em processo penal, e inversamente; como possibilitando também a perseguição e decisão unitárias, no mesmo processo penal, de crimes e contra-ordenações entre si conexiados.³⁰

Ainda em se tratando dos novos rumos da ciência penal, Silva Sánchez³¹ reafirma a expansão do Direito penal, elencada por fatores não só sociais, mas também jurídicos e políticos. A mudança de perspectiva dogmática penal perde espaço para a ideologia da administrativização do Direito penal, trazida parcialmente através da ampliação dos objetos de proteção penal e a antecipação das fronteiras de proteção penal.

²⁶ Ibid., p. 176-177.

²⁷ Ibid., p. 180

²⁸ Ibid., p. 180.

²⁹ Ibid., p. 181.

³⁰ Ibid., p. 183.

³¹ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. **La expansión del Derecho Penal**. Aspectos de la política criminal en las sociedades por industriales. 2ª edición. Madrid: Civitas, 2001.

Notadamente houve uma transição do modelo de delito de lesões a bens individuais para o modelo de delito de perigo de bens supraindividuais. O legislador, por sua vez, criou (e continua a criar) novos tipos penais, agindo na contramão do que ocorreu nas décadas de 60 e 70, quando houve uma descriminalização de alguns tipos penais. O desenvolvimento sustentável passou a ser um desafio político social e jurídico e o Direito penal foi colocado como protetor e gestor dos problemas ecológicos.

Não é crível que alguém ignore a importância de se proteger o meio ambiente e as condições de vida saudável. Defender o meio ambiente não por si mesmo, mas também como condição necessária ao desenvolvimento da vida humana. O que se questiona é a intervenção penal nesta seara de direitos que contém um conteúdo demasiadamente genérico, em comparação com os bens jurídicos individuais. Para Silva Sánchez, enquanto o Direito penal promove a proteção de bens concretos, levando-se em conta a lesividade e a perigosidade concreta e de imputação individual de um injusto próprio, o Direito administrativo se encontra na ordem das atividades de regulação e gestão, não perseguindo critérios de perigosidade nem danosidade nas suas sanções. Em outras linhas, o Direito administrativo não precisa que uma conduta seja lesiva para que se exerça o caráter sancionador. Logo, ele acaba reforçando a gestão.

Ademais, o Direito administrativo, por possuir critérios de oportunidade, não se fixa em critérios de legalidade, como o Direito penal. Isso o torna mais célere, embora menos simbólico e garantista. A aproximação do Direito penal ao Direito administrativo vulnera o princípio da culpabilidade, além de que gera problemas no atuar individual e dificulta a condução equitativa das condutas individuais.

Sob o ponto de vista de Silva Sanchez, tornou-se impossível um retorno ao Direito penal liberal, muito embora o mesmo afirme que há quem advogue pelo retorno do Direito penal voltado para a configuração garantista dos cidadãos frente à intervenção coativa do Estado.³² O problema, segundo o autor, não parece ser com o Direito penal em si considerado, mas sim com a modalidade de pena aplicada que conduz à privação da liberdade. Para ele, o Direito penal deve abandonar a pena privativa de liberdade como pena principal, flexibilizando algumas garantias e permitindo a tão criticada expansão. Isso poderia dar legitimidade ao Direito penal contemporâneo.

Nesse diapasão, as medidas alternativas penais, ao entrar no lugar antes reservado às privativas de liberdade, permitiriam a flexibilização e a mudança nos critérios de imputação e

³² Ibid., p. 115.

também em relação aos princípios garantistas, mas na verdade uma relativa redução de garantias em prol de um Direito penal administrativo sancionador. Talvez fosse o caso de permitir uma graduação da vigência das regras de imputação e dos princípios garantistas a depender do modelo de Direito penal que se aplica. Tudo em benefício do menor prejuízo possível, com escopo nos direitos fundamentais insculpidos na Constituição Federal.

Vale frisar que o Direito penal, em comparação com o Direito administrativo, ao menos no que tange às sanções aplicadas, possui maior neutralidade em relação à política e também se vislumbra na figura do magistrado o caráter da imperatividade. Por esta razão, Silva Sanchez entende que não faz sentido manter a teoria do delito com as exigências dogmáticas voltadas para a pena privativa de liberdade, se se é possível manter um Direito penal moderno, de vocação intervencionista, mas de outro nível.³³

Para Silva Sánchez, opor-se à modernização reforça a manutenção do Direito penal de classes, pelo qual somente sofre com a mão pesada estatal as classes menos favorecidas.³⁴ Por conseguinte, o Direito penal, sob a perspectiva substancial contem dois grandes blocos de ilícitos. Vejamos:

Seguramente é necessário reiterar que o Direito penal, dentro de sua unidade substancial, contem dois grandes blocos de ilícitos. O primeiro, o dos cominados com penas privativas de liberdade. O segundo, o dos que se vinculam a outro gênero de sanções.³⁵

Por esta razão, a expansão não deve ser conduzida à expansão da aplicação das penas privativas de liberdade, mas sim de alternativas penais diversas à prisão. Para isso, ter-se-ia um Direito penal de duas velocidades, sendo que a manutenção das garantias qualificadas restariam asseguradas naquelas situações em que a pena cominada fosse a privativa de liberdade. Isso sem perder de vista a judicialização e o caráter neutro do Direito penal. Este direito de segunda velocidade se posicionaria no meio termo entre a rigidez e a flexibilização de garantias. Em resumo, o direito de garantias deve se voltar para as penas privativas de liberdade, enquanto o direito flexível se voltaria para os delitos econômicos, onde se poderia reduzir a rigidez penal das regras de imputação, aplicando, inclusive, a imputação penal às pessoas jurídicas.³⁶

Em resumo, na medida em que a sanção seja privativa de liberdade, uma pura consideração de proporcionalidade requereria que a conduta assim sancionada

³³ Ibid., p. 121.

³⁴ Ibid., p. 122.

³⁵ “[...] seguramente es necesario reiterar que el Derecho penal, dentro de su unidad sustancial, contiene dos grandes bloques de ilícitos. El primero, el de los conminados con penas privativas de libertad. El segundo, el de los que se vinculan a otro género de sanciones”. SILVA SANCHEZ, Jesús-Maria. **op. cit.** p. 123.

³⁶ Ibid. p. 125.

tivesse uma significativa repercussão em termos de afetação ou lesividade individual; assim, procederia – precisamente pelo aludido – manter um claro sistema de imputação individual (pessoal). Agora bem, na medida em que a sanção não seja a privativa de liberdade, mas sim a privativa de direitos ou pecuniária, parece que não haveria que exigir tão estrita afetação pessoal.³⁷

Para se privar a liberdade ambulatorial, há que se ter uma conduta de significativa repercussão em termos de afetação da lesividade individual. Se não se aplica a prisão, não seria necessário se exigir a estrita afetação pessoal. Concluindo, se houver incidência em algo que conduza a privação da liberdade, o sistema rígido e de garantias deverá prevalecer. Por outro lado, se houver como se aplicar medidas diversas à prisão, pode-se flexibilizar as garantias em prol da aplicação da lei penal, de caráter simbólica.

4 PENAS E MEDIDAS ALTERNATIVA PARA ALÉM DA SUBSTITUIÇÃO

No caso da legislação brasileira, o caráter substitutivo das penas alternativas reforça os ideais do estado democrático de direito, ao tempo em que impulsiona a interferência estatal na vida das pessoas de forma mais adequada, justa e proporcional. Logo, ao invés das medidas alternativas penais afastarem peremptoriamente a intervenção estatal naquilo que respeita à aplicação da norma penal, na verdade uma nova leitura acerca da sanção penal e dos seus fins passa a ser observada à luz do princípio da dignidade da pessoa humana, reestruturando o poder punitivo de uma maneira mais proporcional e adequada ao caso concreto, evitando a instrumentalização e o aviltamento das pessoas submetidas a um processo criminal.

Por outro lado, há de se considerar não só os aspectos estabelecidos pelos doutrinadores retromencionados que fundamentam suas teorias à luz do Estado penitência. Para reforçar a análise acerca do novo modelo sancionador penal, é necessário também apontar, dentro deste panorama de expansão, alguns fundamentos pragmáticos, não só sobre a defesa do aspecto humanitário do Direito penal, mas também em torno da eficácia penal sob a perspectiva de um direito econômico.

³⁷ “En resumen: En la medida en que la sanción sea privativa de libertad, una pura consideración de proporcionalidad requeriría que la conducta así sancionada tuviera una significativa repercusión en términos de afectación o lesividad individual; a la vez, procedería – precisamente por lo dicho – mantener un claro sistema de imputación individual (personal). Ahora bien, en la medida en que la sanción no sea privativa de libertad, sino privativa de derecho o pecuniaria, parece que no habría que exigir tan estricta afectación personal.” SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. **La expansión del Derecho Penal**. .p. 126.

4.1 AS VIAS ALTERNATIVAS AO ENCARCERAMENTO COMO FORMA MENOS ONEROSA PARA O ESTADO

Notadamente a história é feita de revoluções paradigmáticas no âmbito do Direito penal, chegando até o incremento das medidas alternativas penais como uma evolução arquetípica do sistema jurídico penal que ora se considera em plena expansão – quando se criam novas figuras penais –, ora se volta para a contração, fundada no minimalismo penal e no princípio da *ultima ratio*.

A discrepância entre a pena privativa de liberdade e a dignidade da pessoa humana fundamenta o incremento das novas modalidades de sanção criminal. O escopo constitucional das normas que preveem a substituição das penas de encarceramento demonstra a preocupação do legislador constituinte em adequar o poder sancionador estatal aos direitos fundamentais instituídos pela Constituição Federal brasileira.

As medidas alternativas têm guarida constitucional, além de que fazem parte do novo paradigma do Direito penal contemporâneo, que introduz alguns procedimentos mais flexíveis no âmbito do processamento dos feitos criminais e contravencionais, para determinados delitos de menor potencial ofensivo.

Cento Veljanovski, na sua obra que trata da economia e do direito, aduz que “é sempre mais barato usar multas em dinheiro do que prisão e outras sanções semelhantes”.³⁸

A inserção das medidas alternativas penais no ordenamento vigente, além de trazer uma nova forma de se garantir a punibilidade de determinadas condutas de menor potencialidade danosa, reduzindo, quando não, afastando a sensação de impunidade, tenta atender aos anseios de um Direito penal em expansão, sem que, de outra banda, tal expansão provoque maior segregação social.

Através destas alternativas penais, nota-se a ascensão do princípio da intervenção mínima no universo dos delitos menos graves à sociedade. Princípios penais constitucionais como a dignidade da pessoa do acusado, a proporcionalidade entre as medidas passíveis de aplicação e os delitos em análise, a flexibilização do princípio da obrigatoriedade do Ministério Público na persecução penal, etc., estão dentro do que se pretende, dentro do Estado democrático de direito que deve propugnar a maximização de resultados, através do menor custo possível.

³⁸ VELJANOVSKI, Cento. **A economia do direito e da lei: uma introdução** / Cento Veljanovski; tradução de Francisco J. Beralli. - Rio de Janeiro : Instituto Uberal, 1994. P. 74

No que tange à proporcionalidade em sede de aplicação da lei penal, pode-se inferir o seguinte, a partir do pensamento de Veljanovski:

[...] Se há uma mesma multa para quem rouba um pedaço de pão e para quem assalta a mão armada, a lei fará muito pouco para evitar o crime pior. O sistema de penalidades criminais deve, portanto, adotar multas diferenciadas. Por outro lado, penalidades severas tendem a ser anuladas por juízes e jurados. Um argumento contra a pena de morte é a possibilidade de um júri considerar inocente o acusado, para não correr o risco de condenar um inocente a morte.³⁹

Um bom exemplo de medida alternativa menos dispendiosa para o Estado pode ser demonstrado através do instituto da transação penal, nos moldes do direito pátrio. Através da transação penal, é possível encontrar-se a resolução de um conflito de interesses através de um consenso entre a pessoa do acusado e o Estado (Ministério Público), ou mesmo entre as partes, nos casos em que se propõe a transação penal nos delitos de iniciativa privada.

Só para exemplificar, frise-se que esta modalidade de alternativa penal na persecução criminal possui um viés economicamente viável para o Estado e para as partes envolvidas no processo. Evita-se a instauração de procedimentos criminais dispendiosos, ao tempo em que reduz a intervenção do Estado na vida das pessoas.

4.2 A MUDANÇA DE PARADIGMA NA APLICAÇÃO DA LEI PENAL: AS MEDIDAS ALTERNATIVAS PENAIIS E O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

A ideia do neoconstitucionalismo, que exige uma interpretação das normas à luz dos princípios implícitos da Constituição Federal de modo a ampliar a proteção dos cidadãos, também denota que no âmbito do Direito penal os princípios devem cumprir uma função de limite ao poder punitivo estatal e também devem se servir como garantias aos indivíduos. Isto porque os princípios se posicionam no mais alto grau de hierarquia normativa do ordenamento jurídico. Seria, a bem dizer, uma proteção dos indivíduos ante a intervenção estatal e também frente às “regras do jogo”, sob a perspectiva da intervenção penal na sociedade.

Estes princípios garantistas ascendem ao ordenamento jurídico através das Constituições. O modelo garantista de Ferrajoli esta se referindo a uma série de vínculos formais e substanciais-jurídicos por estarem contidos no texto constitucional – a produção jurídica.⁴⁰

³⁹ Ibid. p. 75

⁴⁰ “Estos principios garantistas accenden al ordenamento jurídico a través de las Constituciones. El modelo garantista de Ferrajoli está referido a una serie de vínculos formales y sustanciales-jurídicos por estar contenidos en el texto constitucional- a la producción jurídica.” MARTÍNEZ, Olga Sánchez. **Los principios en el derecho y la dogmática penal**. Madrid: Dykinson, 2004. p. 82

A norma penal, apesar de possuir um conteúdo menos flexível do que outras normas dispostas no ordenamento jurídico, ainda assim deve acompanhar a evolução social. Principalmente quando se está diante de uma reconstrução e readequação do sistema às novas perspectivas, na construção de um novo paradigma, baseado em princípios fundamentais que regem o ordenamento.

A Constituição Federal de 1988, quando traz como fundamento o princípio da dignidade da pessoa humana (malgrado boa parte das normas penais vigentes no Brasil foram produzidas sob o escopo de uma outra ordem constitucional, e baseadas noutros princípios que muitas vezes acabam por esbarrar no texto constitucional hodierno, criando um verdadeiro celeuma), objetiva o alcance desta norma fundamental, lançando seus reflexos sobre todo ordenamento.

Denota-se que foi também, dentre outros fatores em estudo, a discrepância entre a pena privativa de liberdade e a dignidade da pessoa humana que ensejou o incremento das novas modalidades de sanção criminal no sistema penal brasileiro. Tanto a moderação as penas, quanto a finalidade e a proporcionalidade do delito estão lastreadas num ideal humanístico, inserido no contexto do Direito penal a partir dos ideais de liberdade, oriundo do século das luzes. Expressa Martínez que “a razão, a utilidade; a secularização e o espírito humanitário serão os melhores aliados da proposta do novo modelo de direito penal que se projeta até nossos dias.”⁴¹

Humanidade, por sua vez, traduz em necessidade, proporcionalidade, caridade e utilidade. Já a ideia de justiça vem ligada também e em especial à manutenção da segurança e na conservação da maior liberdade dos membros do Estado.

O escopo constitucional das normas que preveem a substituição das penas de encarceramento demonstra a preocupação do legislador constituinte em adequar o poder sancionador estatal aos direitos fundamentais instituídos pela Constituição Federal brasileira.

No que tange tais Direitos, Gustavo Amaral aduz que, “O conceito de direitos fundamentais aparece na história a partir da era moderna. As ideias de dignidade, liberdade e igualdade existiam na história antes do Renascimento, mas não formuladas como direitos, tal como hoje”.⁴²

As medidas alternativas penais, por terem guarida constitucional, devem estar atreladas aos direitos fundamentais preconizados em todo corpo da Constituição Federal.

⁴¹ “[...] la razón, la utilidad; la secularización y el espíritu humanitario serán los mejores aliados de la propuesta de un nuevo modelo de derecho penal que si proyecta hasta nuestros días.” MARTÍNEZ, Olga Sanchez. Op. cit. p. 54

⁴² AMARAL, op. cit.,p. 50

Ademais, tais medidas fazem parte do novo paradigma do Direito penal contemporâneo, aproximando-se do Direito penal de dupla velocidade, que introduz alguns procedimentos mais flexíveis no âmbito do processamento dos feitos criminais e contravencionais, para que determinados delitos de menor potencial ofensivo possam ser analisados e processados dentro de uma perspectiva nova, que possua uma forte relação com o princípio da proporcionalidade no âmbito do Direito penal.

Diante da imbricação do processo com a justiça, depreende-se uma íntima aproximação entre o direito processual e o direito material, porquanto o meio para o processo exteriorizar soluções justas para os conflitos de interesses consiste na realização do direito material em face do caso concreto.

Nesse sentido, o processo há que ser um instrumento eficaz para o acesso à ordem jurídica justa, de molde a extrair do processo, como instrumento, o máximo de proveito quanto à obtenção dos resultados propostos. Para tanto, exige-se que o processo seja compreendido como uma fórmula institucional fluida e maleável, já que a inflexibilidade e a rigidez são próprias de um formalismo ultrapassado, incompatível com os reclamos de processo socialmente legítimo.⁴³

A inclusão das medidas alternativas penais no ordenamento vigente, além de trazer uma nova forma de se garantir a punibilidade de determinadas condutas de menor potencialidade danosa, reduzindo, quando não, afastando a sensação de impunidade, tenta atender aos anseios de um direito penal moderno, sem que, de outra banda, a expansão manifestada através das novas tipificações penais inseridas no ordenamento penal provoque maior segregação social.

Através destas alternativas penais, nota-se a ascensão do princípio da intervenção mínima no universo dos delitos menos graves à sociedade. A dignidade da pessoa humana advém como postulado de justiça no Direito pena em prol da paz social justa e da segurança pessoal. Além disso, o Direito penal deve obedecer aos critérios da intervenção mínima entendido, neste ponto, como evolução dos limites do poder punitivo estatal, trazidos como reação ao Estado absoluto dos séculos passados.

Princípios penais constitucionais como a dignidade da pessoa do acusado, a proporcionalidade entre as medidas passíveis de aplicação e os delitos em análise, a flexibilização do princípio da obrigatoriedade do Ministério Público na persecução penal, etc., estão dentro do que se pretende, dentro do Estado democrático de direito que deve propugnar

⁴³ SOARES, Ricardo Maurício Freire. *O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana*. São Paulo: Saraiva, 2010.p. 186.

a maximização de resultados, através do menor custo possível tanto para o agente que sobre a sanção estatal, quanto para o próprio Estado.

A sanção penal, para que seja justa, é necessário que seja adequada, proporcional e eficaz. Logo, não basta punir de maneira inflexível, tendo como fim somente a vontade social da vingança, já atacada ao longo da evolução humana e atrelada ao interesse público e coletivo em detrimento do individual, mas deve-se ter em conta um limite naquilo que diz respeito às consequências que se procura extrair com a punição do infrator e sem que se perca de vista um mínimo de dignidade humana, já que este princípio é, no nosso ordenamento jurídico, a base do Estado Democrático de Direito.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Após o retorno do liberalismo, investido de neoliberalismo conservador em alguns países, o Direito penal tem modificado, aumentando a sua dureza. Em parte isso denota uma volta ao retribucionismo, como um neoretribucionismo, investido na intenção de se prevenir delitos, através das expressões “guerra contra o narcotráfico”, “guerra contra La criminalidade organizada”, “guerra contra o terrorismo” etc.

O novo paradigma do Direito penal moderno deve ser pensado à luz da teoria do Estado e do princípio do estado democrático de direito, mas não só sob esses vieses humanitários. É importante analisar política e economicamente, adequando as sanções penais com maior eficácia, dentro de um caráter mais pragmático, sob o ponto de vista da efetividade das sanções penais. Ademais, deve-se considerar o Direito penal moderno como uma evolução do Direito penal liberal, mas não através do abandono de garantias, e sim dentro dos ideais do estado social de direito como outra face do estado de direito outrora construído após diversas revoluções históricas. Em outras linhas, o discurso do Direito penal moderno tem que se basear no máximo rigor científico e se afastar do discurso da resistência. É fundamental à disciplina produzir seu conhecimento dentro da ‘verdade’ e tornar-se adequado e aceito pela sociedade democrática.

Embora a postura criminalizante esteja em ascensão, conforme se pôde evidenciar através dos relatos de parcela da doutrina aqui demonstrados, o paradigma não-intervencionista de caráter minimalista ainda possui sua força e seus princípios de ordem fundamental que supedaneiam a mitigação dessa expansão penal desarrazoada.

As considerações acerca das novas alternativas penais (composição cível, transação penal, aplicação de pena alternativa em detrimento do encarceramento) se dão tanto por um

viés social, quando esse tipo de medida/pena impõe uma prestação em favor de toda a coletividade, quanto por um viés garantidor para aquele que vai cumpri-las, quando tais penas asseguram ao infrator seus direitos e garantias fundamentais. Assim, lhe é dada a oportunidade de corrigir um mal por ele realizado, podendo praticar um bem em prol da comunidade, de acordo com a medida alternativa a ser aplicada no caso concreto. Seguramente isso provoca no indivíduo uma reflexão profunda sobre a desvantagem de sua infração.

Analisando algumas ideias existentes relacionadas com o tema em questão, considera-se de extrema relevância o incentivo ao fortalecimento deste novo paradigma aqui apontado, trazido através das penas alternativas à privação de liberdade. Doravante, mesmo que o Direito penal brasileiro, que outrora traduzia uma feição clássica (tutelar, fragmentária e de intervenção mínima), venha abrindo espaço para um Direito penal simbólico, promocional, intervencionista e preventivo, é preciso retomar a discussão sobre a proporcionalidade e a desnecessidade da pena prisional.

Por fim, naquilo que importa à função do Direito penal no modelo de Estado constitucional, é preciso refletir também sobre as funções da pena, e no presente caso das medidas alternativas penais, mas sobre o modelo de Estado a que elas são aplicadas. Os tipos de Estado determinam as funções da pena e das medidas alternativas penais. No caso em tela, do Estado brasileiro, deve-se analisar o Direito penal a luz do Estado constitucional, de cunho social, e as medidas alternativas têm de oferecer ao cidadão a possibilidade de ressocialização, não mais possível através da privação da liberdade em face da incompatibilidade de tal reprimenda com o sistema penal vigente e também com a política criminal atual. Logo, deve-se reinterpretar a finalidade ressocializadora do Direito penal e da pena não à luz da duração da sanção penal, mas sim valorizando a forma de cumprimento das medidas alternativas penais ou das penas alternativas, baseando-se em critérios de justiça, lastreado nos elementos de natureza sociais, econômicos, políticos que permeiam o estado democrático de direito que tem na sua base a dignidade da pessoa humana.

REFERÊNCIAS

AMARAL, Gustavo. **Direito, escassez & escolha**: em busca de critérios Jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas / Gustavo Amaral. —Rio de Janeiro; Renovar, 2001.

ARÁN, Mercedes García. Alternativas al Derecho penal. **Despenalización y Privatización: Tendencias Contrarias? CRÍTICA y justificación del derecho penal en el cambio de siglo: el análisis crítico de la escuela de Frankfurt / coordinadores, Luiz Arroyo Zapatero, Ulfrid Neumann, Adán Nieto Martín.** – Cuenca : Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, 2003.

DIAS, Jorge de Figueiredo. Questões Fundamentais do Direito penal revisitadas. Ed. Revista dos Tribunais. São Paulo, 1999.

FERRAJOLI, Luigi. **Derechos y garantías – la ley del más débil.** Madrid: Trotta, 1999.

_____. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**/Luigi Ferrajoli. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

GRACIA MARTIN, Luis. **Prolegômenos para a luta pela modernização e expansão do Direito Penal e para a crítica do discurso de resistência** / Luis Gracia Martin; apresentação do Prof. Dr. BerndSchünemann; tradução de Érica Mendes de Carvalho.– Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Ed., 2005.

KÖCHE, José Carlos. **Fundamentos de metodologia científica**: teoria da ciência e prática da pesquisa. 19. ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2001. P. 44.

KUHN, Thomas s. *A estrutura das revoluções científicas*. São Paulo: Editora Perspectiva S.A, 5ª edição, 1998.

MARTÍNEZ, Olga Sánchez. **Los principios en el derecho y la dogmática penal.** Madrid: Dykinson, 2004. P. 82

MIR PUIG, Santiago. **Bases Constitucionales Del Derecho Penal.** Iusted, 1ª Edicion, 2011.

_____. **Introducción a las bases del derecho penal.** 2ª Ed. Enontevideo, República Oriental del Uruguay: Editora B de F Ltda, 2003.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. **La expansión del Derecho Penal.** Aspectos de la política criminal en las sociedades pos industriales. 2ª edición. Madrid: Civitas, 2001. pp. 21-60

SOARES, Ricardo Maurício Freire. *O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana.* São Paulo: Saraiva, 2010.p. 186.

SOUSA SANTOS, Boaventura de (1987). **Um Discurso sobre as Ciências.** Edições Afrontamento: Porto; 1988. p. 07

VELJANOVSKI, Cento. **A economia do direito e da lei: uma introdução** / Cento
Veljanovski; tradução de Francisco J. Beralli. - Rio de Janeiro : Instituto Uberal, 1994. P. 74