

Universidade Estadual do Norte do Paraná

Repositório Institucional UENP

<https://repositorio.uenp.edu.br>

Programa de Pós-Graduação em Ciência Jurídica

Dissertações

2024-07-24

O papel do Ministério Público diante dos novos paradigmas do Direito Penal

Dall'Oglio Júnior, Adilto Luiz

Universidade Estadual do Norte do Paraná

<https://repositorio.uenp.edu.br/handle/123456789/333>

Baixado de Repositório Institucional UENP



CAMPUS DE JACAREZINHO
CENTRO DE CIÊNCIAS SOCIAIS APLICADAS
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM CIÊNCIA JURÍDICA

ADILTO LUIZ DALL'OGGIO JÚNIOR

**O PAPEL DO MINISTÉRIO PÚBLICO DIANTE DOS NOVOS
PARADIGMAS DO DIREITO PENAL**

JACAREZINHO - PR

2024



CAMPUS DE JACAREZINHO
CENTRO DE CIÊNCIAS SOCIAIS APLICADAS
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM CIÊNCIA JURÍDICA

O PAPEL DO MINISTÉRIO PÚBLICO DIANTE DOS NOVOS PARADIGMAS DO DIREITO PENAL

ADILTO LUIZ DALL'OGGIO JÚNIOR

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica (Área de Concentração: Teorias da Justiça – Justiça e Exclusão; Linha de Pesquisa: Jurisdição, Direitos Fundamentais e Efetividade da Justiça) da Universidade Estadual do Norte do Paraná, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Ciência Jurídica.

Orientadora: Prof.^a Dra. Samia Saad Gallotti Bonavides

Ficha catalográfica elaborada por Lidia Orlandini Feriato Andrade, CRB 9/1556, através do Programa de Geração Automática do Sistema de Bibliotecas da UENP

D147p Dall'Oglio Júnior, Adilto Luiz
O papel do Ministério Público diante dos novos paradigmas do direito penal / Adilto Luiz Dall'Oglio Júnior; orientadora Samia Saad Gallotti Bonavides - Jacarezinho, 2024.
80 p.

Dissertação (Mestrado Acadêmico Direito) - Universidade Estadual do Norte do Paraná, Centro de Ciências Sociais Aplicadas, Programa de Pós-Graduação em Ciência Jurídica, 2024.

1. Inflação legislativa penal. 2. Ultima ratio. 3. Racionalidade penal moderna. 4. Ministério Público. 5. Concretização de direitos. I. Bonavides, Samia Saad Gallotti, orient. II. Título.

CDD: 341.413

TERMO DE APROVAÇÃO

ADILTO LUIZ DALL'OGGIO JÚNIOR

O PAPEL DO MINISTÉRIO PÚBLICO DIANTE DOS NOVOS PARADIGMAS DO DIREITO PENAL

Este documento de dissertação foi julgado adequado para a obtenção do grau de Mestre em Ciência Jurídica e aprovada pela Banca Examinadora do Programa de Pós-Graduação em Ciência Jurídica – PPGCJ, da Universidade Estadual do Norte do Paraná – UENP.

BANCA EXAMINADORA

Prof^ª. Dr^ª. Samia Saad Gallotti Bonavides (Orientadora)

Prof. Dr. Luiz Fernando Kazmierczak

Prof. Dr. Gustavo Henrique de Andrade Cordeiro

Centro de Ciências Sociais Aplicadas, Jacarezinho, 24 de julho de 2024.

DEDICATÓRIA

Dedico este trabalho a Deus, pelo dom da vida.

Dedico-o com especial gratidão à minha amada família, fonte inesgotável de amparo, abrigo, afeto e amor.

Entre os meus tão amados, nomino especialmente as quatro mulheres da minha vida, minha mãe Axires, guerreira devotada a sua prole, minha esposa Juliana, fiel companheira e mãe amorosa, e as minhas princesas Rafaela e Rita de Cássia.

Amo-vos.

AGRADECIMENTOS

Endereço especial e afetuoso agradecimento à Professora Dra. Samia Saad Gallotti Bonavides, um ícone das ciências jurídicas e figura destacada do Ministério Público do Estado do Paraná, que teve importantíssimo papel no presente trabalho, desde sua concepção até sua conclusão, seja em razão de suas aulas na disciplina *O uso político e estratégico do direito penal: reflexões sobre o sistema punitivo e a exclusão social; administração dos conflitos criminais*, do Programa de Pós-Graduação em Ciência Jurídica da Universidade Estadual do Norte do Paraná, seja em razão das muitas orientações diretamente realizadas para a atividade de pesquisa.

Registro caloroso agradecimento aos Professores da Pós-Graduação em Ciência Jurídica da Universidade Estadual do Norte do Paraná, com especial menção aos estimados Professores Doutores Gilberto Giacoia e Eduardo Augusto Salomão Cambi, estendendo o agradecimento aos Professores Doutores Vladimir Brega Filho e Jairo Néia Filho (*Metodologia da Pesquisa Jurídica*), Edinilson Donisete Machado (*Teorias da Constituição*) e Jairo Néia Filho (*Judicial Review from a Skeptical View*).

Agradeço, ainda, aos Professores Doutores Eliezer Gomes da Silva, Osvaldo Giacoia e Fabrício Bittencourt da Cruz, estes da Universidade Estadual de Ponta Grossa, onde tive a satisfação de cursar um semestre do mestrado profissional.

Faz-se justa lembrança aos colegas discentes que comigo percorreram essa jornada, nominando, por todos, André Del Grossi Assumpção, Ana Cláudia Lorenzetti Mendes e Silvana Aparecida Plastina Cardoso.

Só há duas maneiras de viver a vida: a primeira é vivê-la como se os milagres não existissem. A segunda é vivê-la como se tudo fosse milagre.

(Albert Einstein)

DALL'OGGIO JUNIOR, Adilto Luiz. **O papel do Ministério Público diante dos novos paradigmas do direito penal**. Dissertação de Mestrado em Ciência Jurídica do Programa de Pós-Graduação em Ciência Jurídica do Centro de Ciências Sociais Aplicadas da Universidade Estadual do Norte do Paraná, Jacarezinho, PR, 2024, 85 folhas.

RESUMO

A presente pesquisa se propôs a compreender o fenômeno da inflação legislativa penal, enquanto resposta estatal à abordagem de novas demandas sociais, ou mesmo em decorrência de sua reavaliação, analisando suas causas e consequências, bem como a reação da dogmática a esse fenômeno, denominada de direito penal mínimo, e a subversão do princípio da *ultima ratio*. Como decorrência, observou-se a formação de uma racionalidade penal moderna, consistente na relação de necessidade entre norma de comportamento e norma de sanção, a redundar no ideário da inafastável atuação punitivista dos órgãos integrantes do sistema de justiça criminal, em especial o Ministério Público, sem a filtragem acerca da efetividade, ou não, da resposta mais adequada ao caso concreto, e os reflexos dessa racionalidade no sistema carcerário, com a identificação de um perfil dos ocupantes deste sistema. Assim, a partir do método hipotético-dedutivo e por meio da revisão bibliográfica e análise de dados empíricos ilustrativos, o texto avança pela ênfase sobre a necessidade de uma atuação concretizadora de direitos fundamentais, (colocar esta vírgula) do Ministério Público, também na área criminal, revisitando-se os conceitos de princípio da obrigatoriedade e de justa causa para a ação penal, a permitir uma atuação centrada na busca da pacificação social, reservando-se a atuação persecutória-punitiva para os casos que efetivamente o demandem.

PALAVRAS-CHAVE: Inflação legislativa penal, *ultima ratio*, racionalidade penal moderna, Ministério Público, concretização de direitos.

DALL'OGGIO JUNIOR, Adilto Luiz. **The role of the Public Prosecutor's Office in the face of new paradigms of criminal law.** Master's Dissertation in Juridical Science of the Post-Graduate Program in Juridical Science of the Center of Applied Social Sciences of the State University of the North of Parana, Jacarezinho, PR, 2024, 85 pages.

ABSTRACT

This research aimed to understand the phenomenon of criminal legislative inflation, as a state response to the approach of new social demands, or even as a result of their reevaluation, analyzing its causes and consequences, as well as the dogmatic reaction to this phenomenon, called minimum criminal law, and the subversion of the principle of *ultima ratio*. As a result, the formation of a modern criminal rationality was observed, consisting of the necessary relationship between the norm of behavior and the norm of sanction, resulting in the ideology of the inescapable punitive action of the bodies that make up the criminal justice system, especially the Public Prosecutor's Office, without filtering about the effectiveness, or not, of the most appropriate response to the specific case, and the reflections of this rationality in the prison system, with the identification of a profile of the occupants of this system. Thus, based on the hypothetical-deductive method and through bibliographical review and analysis of illustrative empirical data, the text advances by emphasizing the need for action to implement fundamental rights by the Public Prosecutor's Office, also in the criminal area, revisiting the concepts of principle of obligation and just cause for criminal action, allowing action centered on the search for social pacification, reserving persecutory-punitive action for cases that effectively demand it.

KEYWORDS: Criminal legislative inflation, *ultima ratio*, modern criminal rationality, Public Ministry, realization of rights.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	10
1 RECRUDESCIMENTO DO DIREITO PENAL E O PRINCÍPIO DA <i>PRIMA RATIO</i>	16
1.1 Estado Penal, Direito Penal como <i>prima ratio</i>	16
1.2 Causas do recrudescimento penal.....	23
1.2.1 A sociedade de risco.....	23
1.2.2 A “administrativização” do direito penal e os delitos de acumulação.....	24
1.2.3 Globalização.....	28
1.2.4 Aumento da criminalidade.....	30
1.2.5 Sensação de medo e insegurança.....	33
1.2.6 Mídia de massa.....	35
2 A ATUAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO NO ÂMBITO CRIMINAL.....	39
2.1 A escola penal clássica.....	44
2.2 A racionalidade penal moderna.....	46
2.3 Modelo criminal persecutório-punitivo único e seus reflexos.....	51
2.4 As vertentes ideológicas dos integrantes do Ministério Público.....	53
3 O MINISTÉRIO PÚBLICO E OS NOVOS PARADIGMAS DO DIREITO PENAL.....	59
3.1 Direito Penal mínimo como reação ao Direito Penal máximo.....	61
3.1.1 Minimalismo de Alessandro Baratta.....	63
3.1.2 Minimalismo ou garantismo de Luigi Ferrajoli.....	65
3.1.3 O Direito de Intervenção de Winfried Hassemer.....	67
3.2 Atuação transformativa dos conflitos.....	69
3.3 O princípio da obrigatoriedade da ação penal pública para além da racionalidade punitiva.....	71
3.4 A justa causa para a ação penal sob uma perspectiva constitucional.....	74
3.5 As resoluções do Conselho Nacional do Ministério Público e do Conselho Nacional de Justiça viabilizadoras da relativização da racionalidade penal moderna.....	77
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	81
REFERÊNCIAS.....	84

INTRODUÇÃO

O desenvolvimento da sociedade com a conseqüente complexidade crescente das relações interpessoais, afetadas também pelas novas tecnologias e as revoluções industrial e informacional redundaram no desvelamento de novos bens jurídicos carecedores de tutela, ou na reavaliação quanto a relevância dos bens já protegidos.

Nesse contexto, e dada a alta dinamicidade dessas novas demandas, muito superiores à capacidade de desenvolvimento própria das instâncias jurídicas, o direito penal foi, e vem sendo, utilizado para sanar essa lacuna, como instrumento de primeira hora na busca de sua proteção adequada, bem como para, por meio da criminalização ou aumento de penas, influir na realidade social, com vistas a obstaculizar ou desincentivar condutas tidas por inadequadas ou prejudiciais ao convívio social.

Trata-se do fenômeno da inflação legislativa penal, utilizado pelos órgãos estatais como forma de desincumbir-se de seu mister, e que culmina na subversão do princípio da *ultima ratio*, conferindo ao direito penal, como instância de controle social, a primazia na abordagem das relações sociais, conferindo-lhe caracteres de *prima ratio*.

Diversas são as causas dessa “fuga ao direito penal”, dentre as quais o desenvolvimento de uma sociedade cada vez mais situada no limiar da linha tênue entre a segurança estatística e a insegurança tolerada, ou sociedade de risco nas palavras de Ulrich Beck¹, em um uso do direito penal para o gerenciamento de condutas que apenas cumulativamente têm o condão de vulnerar o bem jurídico tutelado, a globalização, o aumento da criminalidade, ou a diversificação de suas formas, decorrente de um processo de migração do campo para os centros urbanos, além da maior sensação de medo e insegurança, ocasionados também por uma maior exposição às práticas delitivas, muito em virtude da cobertura midiática de massa, atenta e preocupada com sua audiência, e reforçada pelos recursos cada vez mais efetivos e personalizados da internet e da inteligência artificial.

A constatação de um direito penal máximo, ademais, ensejou uma resposta dogmática a que pode denominar de direito penal mínimo, do qual se mostram como

¹ Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade. Trad. Sebastião Nascimento. São Paulo: ed. 34, 2010.

expoentes Alessandro Baratta², com sua racionalidade e criminologia críticas, e Luigi Ferrajoli³, com seu garantismo penal. Trata-se de teorias com fundamentos e propostas divergentes, por vezes colidentes, mas que têm como traço comum o oferecimento de uma alternativa dogmática à hiperbolização penal.

A busca de soluções para problemas os sociais, por meio do direito penal contribui no sentido de ser utilizado o sistema de justiça para fins punitivos, com vistas a uma pretensa intenção de pacificar o meio social, sem a preocupação com causas efetivas da criminalidade, como se pode lembrar, por exemplo, da pobreza e da desigualdade social.

Nesse sentido, com a criação dos Estados modernos, e a conseqüente transferência da titularidade do *jus puniendi* da vítima para o Estado, a persecução penal passa a ter por objetivo a afirmação do poder estatal.

Como decorrência, surge a partir da segunda metade do Século XVIII, aquela que é chamada de racionalidade penal moderna, segundo Álvaro Pires⁴, que se caracteriza por uma estruturação telescópica da norma penal, isto é, com a sobreposição de uma norma de sanção a uma norma de comportamento, em um vínculo de necessariedade entre ambas, quando, em verdade, somente a norma de comportamento comunica o desvalor da conduta em relação aos bens jurídicos tutelados.

Essa racionalidade penal moderna passou a ser adotada, sem reservas, por diversos sistemas de justiça criminal, enxergando o crime como um fenômeno abstrato e asséptico, encerrado em um tecnicismo impermeável a fatores outros como as conseqüências do apenamento e as efetivas causas sociais.

Outrossim, a conseqüência da atuação unicamente persecutório-punitivista é a retroalimentação de um sistema carcerário marcado pela seletividade, dada a existência de um perfil predominante, qual seja, de homens jovens de baixa escolaridade, e com a demonstração de sua inefetividade na busca pela pacificação social.

2 Criminologia crítica e crítica do direito penal: introdução à sociologia do direito penal. Trad. Juarez Cirino dos Santos, Rio de Janeiro: Revan, 1999.

3 Direito e razão: teoria do garantismo penal. Trad. Ana Paula Zomer Sica, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

4 A racionalidade penal moderna, o público e os direitos humanos. Novos estudos CEBRAP, n. 68, 2004, p. 39-60.

Ainda, a atuação unicamente persecutório-punitivista teve o condão de alterar a significação do princípio da *ultima ratio*, reduzindo-o a seu aspecto político, ou seja, endereçado unicamente ao legislativo no momento da seleção das condutas aptas a receberem significância penal, deixando de lado seu aspecto jurisdicional, e, por conseguinte, isentando o sistema de justiça de observá-lo quando da imposição da reprimenda, máxime no que tange à sua natureza, a exprimir a solução mais adequada ao caso concreto, e não necessariamente a pena privativa de liberdade.

Para a alteração desse quadro, visando uma atuação transformativa do sistema de justiça, imperiosa a mudança do raciocínio dos seus órgãos e agentes, havendo, entretanto, bastante resistência para tanto. Nesse ponto, especificamente em relação ao Ministério Público, cioso pontuar a existência de associações e congregações de membros, alguns caracterizados por um viés mais conservador e outros de caráter mais progressista, sendo certo que a percepção quanto à inefetividade tão somente da atuação punitivista e necessidade da análise de medidas outras aptas a melhor responder à demanda criminal encontra maior receptividade dentre estes.

Concernente ao Ministério Público, é certo que a Constituição Federal de 1988 confere-lhe diversas atribuições, desde a tutela de interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos, ai compreendidos o patrimônio público, o meio ambiente ecologicamente equilibrado, dentre outros, até a titularidade da ação penal pública, caracterizando-o como órgão constitucionalmente destinado à efetivação de direitos fundamentais.

Assim, a atuação meramente persecutória do Ministério Público não tem o condão de esgotar satisfatoriamente suas relevantes funções, mostrando-se necessária uma atuação transformativa e efetivadora de direitos.

Conceitos fundamentais para esse giro em direção à atuação transformativa são os relacionados ao princípio da obrigatoriedade e de justa causa para a ação penal.

No que tange ao princípio da obrigatoriedade, extraído dos artigos 5º e 24, do Código de Processo Penal, e que enseja debate acerca de seu fundamento constitucional ou meramente legal, é certo que o entendimento tradicional, e ainda dominante, sustenta que uma vez verificada a existência de indícios de autoria e prova da materialidade delitiva, além da presença das condições da ação, ao

Ministério Pública não resta opção senão o oferecimento da denúncia, não lhe restando possibilidade de aferir, no caso concreto, se essa é a opção mais adequada, considerados os objetivos de concretização de direitos fundamentais e de pacificação social.

Ressalta-se que mesmo os temperamentos ao princípio da obrigatoriedade, a exemplo da transação penal, acordo de leniência e acordo de não persecução penal, não satisfazem os objetivos acima elencados, posto que somente podem ser exercidos nos limites previstos em lei.

Entretanto, pelo próprio teor do artigo 24, do Código de Processo Penal, se extrai que referido dispositivo legal encerra uma regra de competência, isto é, de que, caso deva ser exercida a pretensão punitiva por meio da ação penal pública, quem pode fazê-lo é o Ministério Público, como seu titular, mas não o impele a fazê-lo sempre que presentes os requisitos legais.

A visão tradicional do princípio da obrigatoriedade, portanto, decorre da influência da racionalidade penal moderna, e importa em ablação de importante ferramenta do Ministério Público na busca da concretização de seu mister constitucional de efetivador de direitos fundamentais.

A justa causa, de seu turno, para além de sua fundamental importância no estudo da persecução penal, não goza de uma conceituação legal quanto a seu conteúdo, razão pela qual o entendimento doutrinário e jurisprudencial acerca de sua definição variou no decorrer dos anos.

Nesse contexto, inicialmente houve certo consenso de que seu conteúdo se limitaria à previsão típico-normativa no ordenamento jurídico, ou seja, estaria satisfeito o requisito em estudo caso a pretensão punitiva buscasse a condenação do acusado por conduta devidamente prevista em lei como típica.

Posteriormente, entretanto, o entendimento acerca da justa causa foi alterado, passando-se a concebê-la sob um viés probatório, isto é, identificando-a naquelas situações que contivessem um lastro mínimo probatório quanto aos indícios de autoria e prova da materialidade delitiva, e, outros, ainda, a identificando nas ações penais com reais possibilidades de êxito quanto à condenação buscada.

Entretanto, nenhuma dessas correntes confere à justa causa uma definição consentânea com a finalidade constitucional da resposta do sistema de justiça à prática delitiva, devendo ser lida sob uma concepção valorativa, e mostrando-se

presente naquelas situações cuja resolução possa ser mais bem adequada com a utilização de meios menos violentos que a abordagem punitivista, a exemplo das práticas restaurativas.

Assim, a par da visão tradicional quanto aos conceitos de princípio da obrigatoriedade e de justa causa ainda mostrar-se majoritária, a relativização da racionalidade penal moderna tem se mostrado presente por meio das normativas do Conselho Nacional do Ministério Público, a exemplo da Resolução n. 118/2014 (que dispõe sobre a Política Nacional de Incentivo à Autocomposição no âmbito do Ministério Público), da Recomendação n. 54/2017 (que regulamenta a atuação resolutiva dos membros do Ministério Público) e da Resolução n. 243/2021 (que dispõe sobre a Política Institucional de Proteção Integral e de Promoção de Direitos e Apoio às Vítimas, para criar a Coordenadoria Nacional de Apoio às Vítimas – CNAV), e do Conselho Nacional de Justiça, por meio da Resolução n. 125/2010 (que dispõe sobre a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário), Resolução n. 225/2016 (que dispõe sobre a política nacional de justiça restaurativa no âmbito do Poder Judiciário), Resolução n. 253/2018 (que define a política institucional do Poder Judiciário de atenção e apoio às vítimas de crimes e atos infracionais) e Resolução n. 288/2019 (que define a política institucional do Poder Judiciário para a promoção da aplicação de alternativas penais, com enfoque restaurativo, em substituição à privação de liberdade).

Dessa forma, o presente trabalho se estrutura em três capítulos, cabendo ao primeiro a análise do fenômeno do recrudescimento do direito penal, a subverter o princípio da *ultima ratio*, bem como suas causas e as reações no campo da dogmática a esse direito penal máximo, trazendo o denominado direito penal mínimo, dentre as quais a racionalidade e criminologia críticas de Alessandro Baratta e o garantismo penal de Luigi Ferrajoli.

O segundo capítulo tem por foco a atuação do Ministério Público no âmbito criminal, sobretudo impactado pelo fenômeno da inflação legislativa penal, bem como as vertentes surgidas dentre os integrantes do *Parquet*, destacando-se correntes mais progressistas e outras mais conservadoras.

O derradeiro capítulo analisará a relação entre o sistema de justiça criminal, em especial o Ministério Público, e os novos paradigmas do direito penal, máxime a

racionalidade penal moderna, ancorada nos conceitos tradicionais e meramente punitivistas do princípio da obrigatoriedade e da justa causa, e a necessidade de sua reformulação sob um viés valorativo-constitucional.

Assim, a partir do método hipotético-dedutivo e por meio da revisão bibliográfica e análise de dados empíricos ilustrativos, o texto avança pela ênfase sobre a necessidade de releitura da atuação do sistema de justiça criminal meramente voltado à persecução criminal-punitivista, devendo absorver mecanismo outros que, no caso concreto, possam se mostrar mais adequados à resposta estatal à prática delitiva, com vistas à pacificação social e redução das desigualdades sociais.

1 RECRUDESCIMENTO DO DIREITO PENAL E O PRINCÍPIO DA *PRIMA RATIO*

1.1 Estado Penal, Direito Penal como *prima ratio*

Experimenta-se na contemporaneidade um fenômeno que encontra pouca, ou nenhuma, resistência da sociedade e mesmo de setores mais abalizados da doutrina, no campo do Direito Penal, qual seja, sua expansão tendente a abarcar um número cada vez maior de condutas, visando proteger bens jurídicos até então não relevantes a ponto de desafiar sua salvaguarda por referido ramo do direito, fenômeno a que se denomina direito penal máximo.

No escólio da doutrina, trata-se de tendência verificada não apenas em solo nacional, mas também mundial:

No campo jurídico, o fenômeno da “modernidade radical” tem produzido desafios que a área criminal não tem respondido a contento. À insegurança inerente à fase atual da “modernidade” agrega-se outra, advinda das dificuldades daquela área a ela se adaptar. Do lapso temporal das últimas quatro décadas, haurem-se da legislação brasileira dados claros de que a criminalização primária caminhou firme e decisivamente em uma única direção: punir mais (em extensão e profundidade); seguindo – reconheça-se – idêntica tendência mundial.⁵

Trata-se, portanto, da busca da sociedade por respostas contra a criminalidade por meio do direito penal.

Busato situa o início desse movimento nos anos 1990, ressaltando, ainda, a mudança de postura do discurso oficial, que passou a anunciar efetivamente o uso desse meio no combate à criminalidade e a guerra contra o delito.⁶

Aliás, tamanho o respaldo social do fenômeno em comento que se mostra ingloria e tarefa de encontrar vozes dissonantes, como se se houvesse encontrado a solução para a crescente criminalidade experimentada nas últimas décadas.

Nesse sentido, constata-se a tendência das legislações penais quanto a criação de novos tipos penais, bem como a exasperação das penas dos já existentes, como forma de proteger bens jurídicos até então despidos de

5 MORAES, Maurício Zanoide de. Processo Criminal Transformativo: modelo criminal e modelo processual não violentos. São Paulo: D'Plácido, 2022, p. 851/852.

6 BUSATO, Paulo César. Modernas Tendências de Controle Social, in COSTA, Lucia Cortes da (Organizadora), Estado e Democracia: Pluralidade de Questões, ed. UEPG: 2008, p. 93.

significação para o direito penal, ou então de modo a conferir-lhes maior proteção devido a sua ressignificação.

A valoração positiva, ademais, recebida por esse movimento, proveniente de qualificados setores doutrinários, e caracterizadores de uma “fuga ao direito penal”, acaba por conferir-lhe uma cobertura e sistematização ideológica, inexistentes até pouco tempo atrás⁷.

Ranieri Mazzili Neto endereça severas críticas ao fenômeno em comento, advertindo que são raros os diplomas legais que não contemplam um capítulo sob o título “Dos crimes e das penas”, além de afirmar que a inflação legislativa penal acarreta o esvaziamento do direito penal, tendendo a cair em descrédito, já que dele se passa a esperar por algo que por seu intermédio não pode ser alcançado.⁸

Cláudio Alberto Gabriel Guimarães, de seu turno, ressalta que os efeitos do expansionismo penal são a desorganização normativa e o enfraquecimento da efetividade do sistema penal para combater a criminalidade.⁹

Assim, a utilização do direito penal como instrumento tendente à alteração da realidade social subsidia teorias e correntes doutrinárias as mais diversas, algumas das quais com grande ressonância e aceitação.

Menciona-se, inicialmente, a política da tolerância zero, consistente no endurecimento legislativo em relação a toda e qualquer conduta típica, mesmo as tidas por menos graves, ou seja, aquelas praticadas sem violência ou grave ameaça à pessoa, como o uso de drogas, mendicância, furto de pequena monta etc.

Subjaz a essa política a ideia da progressão ou escalada criminosa, decorrente da *broken windows theory*, segundo a qual os pequenos delitos seriam o início do percurso do delinquente em direção a crimes mais graves, concluindo-se que o apenamento rígido em relação a tais pequenas infrações constituir-se-ia em desestímulo à continuação na caminhada criminosa.

A política da tolerância zero teve, e ainda tem, grande aceitação nos mais diversos ordenamentos jurídicos, entretanto, seu grande reconhecimento deveu-se à sua aplicação na cidade de Nova Iorque, durante a década de 1990, sob o governo

7 SILVA-SÁNCHEZ, Jesús-Maria. A expansão do direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós industriais. Trad. Luiz Otávio de Oliveira Rocha, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 28.

8 Os caminhos do sistema penal. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

9 Constituição, Ministério Público e Direito Penal: a defesa do estado democrático no âmbito punitivo. Rio de Janeiro: Revan: 2010.

do então prefeito Rudolph Giuliani. No entanto, a pretendida efetividade da teoria sob análise pode ser questionada na medida em que no mesmo período em que se verificou o significativo decréscimo dos números da criminalidade em Nova Iorque, o mesmo efeito foi sentido em outras localidades, muito embora com políticas bem mais brandas que a capital nova iorquina¹⁰.

A par dos questionáveis resultados positivos desse endurecimento, seus pontos negativos são inafastáveis, a exemplo do significativo incremento do orçamento da polícia e dos órgãos de repressão sem o resultado esperado, a marginalização e estigmatização da população pobre, o aumento significativo do número de encarceramentos e as violações e excessos policiais.

Nesse contexto, também, apresenta-se o Direito Penal de Duas Velocidades, de Jesús-María Silva Sánchez. Em realidade, mais que uma formulação tendente a justificar o uso do direito penal como ferramenta de alteração da realidade social, a teoria sob análise conclui pela existência do fenômeno chamado “direito penal máximo” como uma realidade de difícil retrocesso na sociedade contemporânea, devendo, por isso, ser compatibilizada com o conjunto clássico de princípios e garantias penais. A sociedade atual não estaria, em suas palavras, *disposta a admitir um Direito Penal orientado ao paradigma do “Direito Penal mínimo”*¹¹.

Para referido autor, várias causas concorreram para a expansão do direito penal, sendo que um dos motivos para a tipificação de novas condutas, para além da proteção a bens jurídicos até então não relevantes a ponto de receber a tutela penal, dá-se em razão do significado simbólico-comunicativo das instâncias penais.

Assim, sob seu modelo, o direito penal sofre uma cisão interna, remanescendo e preservando o direito penal seu modelo clássico de imputação e garantias para aqueles delitos a que se comine a clássica pena de prisão, com a previsão de uma flexibilização controlada de regras de imputação e garantias para aqueles crimes cujo sancionamento não se constitua na pena de prisão,

10 O que mais evidencia o fato da afirmação não ser razoável é que o declínio da criminalidade ocorreu em 17 das 25 maiores cidades dos Estados Unidos no período de 1993-97 (...) que adotaram explicitamente políticas menos agressivas (e.g. Los Angeles, logo após os tumultos), em cidades que usam policiamento orientado para a comunidade, como Boston e San Diego (Pollard, 1997; Currie, 1997). Ocorreu onde não houve nenhuma mudança de policiamento (e.g. Oakland) e mesmo em alguns lugares em que houve redução do número de policiais (...), e a taxa de criminalidade de Nova Iorque começou a cair antes de os novos métodos de policiamento do comissário Bratton serem instituídos (apud. BUSATO, ob. citada, p. 99).

11 SILVA-SANCHEZ, Jesús Maria. A Expansão do Direito Penal: Aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais, ed. RT, 3 ed., Trad. Luiz Otavio de Oliveira Rocha, p. 189.

aproximando-se de um direito administrativo sancionador, à exceção da autoridade responsável pela imposição da sanção.

Ainda no que tange à relação 'amplitude das garantias e princípios penais vs. espécie de pena cominada à infração', surge o denominado Direito Penal do Inimigo, a sustentar a possibilidade de abrandamento daquelas garantias e princípios, mesmo em situações delituosas que possam ensejar a imposição de pena privativa de liberdade.

Para o difusor da teoria sob análise, Günther Jakobs, há a necessidade de separar-se o direito penal do cidadão e o direito penal do inimigo, este entendido como aquele cuja transgressão a algum tipo penal não decorra de um erro do transgressor, embora ciente da importância e necessidade de resguardo da ordem jurídica, mas cujo objetivo seja de, justamente, vulnerar reiteradamente a norma, visando sua desestabilização, citando os exemplos dos terroristas e membros de organizações criminosas.

Isso significa considerar a existência de um direito penal endereçado, portanto, ao inimigo, e não ao cidadão, sendo certo que a transição deste para aquele seria produzida mediante a reincidência, a habitualidade, a delinquência profissional e a integração em organizações criminosas estruturadas¹².

Nesse ponto, salienta Jakobs, que o direito penal deve ser utilizado, legitimamente, como instrumento de reação e luta:

O Estado pode proceder de dois modos com os delinquentes: pode ver neles pessoas que delinquem, pessoas que cometeram um erro, ou indivíduos aos que se deve impedir mediante coação que destruam o ordenamento jurídico. Ambas as perspectivas têm, em determinados âmbitos, seu lugar legítimo, o que significa, ao mesmo tempo, que também podem ser usadas em um lugar equivocado. (...) Quem não presta uma segurança cognitiva suficiente de um comportamento pessoal, não só não pode esperar ser tratado ainda como pessoa, mas o Estado não deve tratá-lo como pessoa, já que do contrário vulneraria o direito à segurança das demais pessoas. Portanto, seria completamente errôneo demonizar aquilo que aqui se denomina Direito penal do inimigo; com isto não se pode resolver o problema de como tratar os indivíduos que não permitem sua inclusão em uma constituição cidadã.¹³

12 SILVA-SÁNCHEZ, Jesús-Maria. A expansão do direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós industriais. Trad. Luiz Otávio de Oliveira Rocha, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 195.

13 Apud. BUSATO, ob. citada, p. 111.

Dessa forma, tendo em vista a característica reativa do direito penal frente a natureza das infrações e às características de seu causador, resta legitimada a punibilidade do âmbito de preparação do crime, voltando-se o direito penal, nessas situações, para fatos futuros, e não somente para fatos pretéritos¹⁴.

Silva Sánchez, de seu turno, ao abordar o tema, expõe tratar-se, em realidade, de um sistema de prevenção à criminalidade notadamente relevante, baseada na imposição de medidas de segurança aplicáveis a imputáveis perigosos, ainda que tais medidas se revelem formalmente sob a aparência de penas, e, nesse ponto, aproximando-se da terminologia de Franz Von Liszt acerca dos “inimigos fundamentais da ordem social” e amplamente empregada no primeiro terço do Século XX¹⁵.

Entretanto, a utilização do direito penal como ferramenta de transformação social pode se revelar contraproducente ao próprio direito penal, na medida em que o insucesso de referida empreitada causa, inevitavelmente, o chamado direito penal simbólico, a corroer a necessária confiança da população nas instituições.

Nesse contexto, lança-se mão do direito penal para solução de problemas sociais, posto que sua mera utilização já se mostra suficiente à satisfação imediata das demandas por mais segurança, e de forma mais célere e barata. Nas palavras de Maiquel Ângelo Dezordi Wermuth:

não se questiona a efetividade da norma, uma vez que se busca demonstrar que sua mera existência no ordenamento jurídico basta para a solução de um determinado problema social, encobrendo, assim, a incapacidade do Estado nesse sentido (...) a utilização do Direito Penal simbólico representa a alternativa mais “barata” na hora de articular soluções para problemas sociais, visto que as medidas e programas sociais sempre são mais custosos do ponto de vista financeiro.¹⁶

Entretanto, para além da efetividade, ou não, da utilização do direito penal como ferramenta tendente à alteração da realidade, máxime no que tange ao fenômeno social “crime”, causas outras existem a fundamentar sua existência, e que

14 “As características do Direito Penal de inimigos seriam então, sempre segundo Jakobs, a ampla antecipação da proteção penal, isto é, a mudança de perspectiva do fato passado a um porvir; a ausência de uma redução de pena correspondente a tal antecipação; a transposição da legislação jurídico-penal à legislação de combate; e o solapamento de garantias processuais” (SILVA-SANCHEZ, Jesús Maria. Ob. cit., p. 194).

15 Ob. cit. p. 195.

16 Medo e Direito Penal: Reflexos da expansão punitiva na realidade brasileira, ed. Livraria do Advogado, Porto Alegre: 2011, p. 56/57.

passam ao largo de refletida consideração da população e, o que parece mais grave, das autoridades constituídas.

Nesse contexto, o fenômeno criminal finca suas raízes, inafastavelmente, em questões sociais decorrentes da maciça desigualdade social e econômica observada na sociedade, que não são levadas em consideração na formulação de políticas públicas tendentes a garantir a segurança pública.

Em realidade, o fenômeno da expansão do direito penal acaba por compensar a ausência de criação e implementação de medidas positivas e políticas públicas de caráter social que tenham o condão de combater as causas da criminalidade.

Essa lógica, aliás, representa fielmente a sistemática neoliberal decorrente da globalização, em detrimento dos ditames do *Welfare State*. É dizer, o ideário do Estado mínimo decorrente do neoliberalismo acaba por enfraquecer medidas estatais de caráter positivo que visam dar concretude ao princípio da igualdade, característica marcante do *Welfare State*, visando, assim, “remediar com um ‘mais Estado’ policial e penitenciário o ‘menos Estado’ econômico e social que é a própria causa escalada generalizada da insegurança objetiva e subjetiva em todos os países, tanto do Primeiro como do Segundo Mundo”¹⁷.

A demanda por mais direito penal, aliás, não é a única consequência da sensação crescente de medo, decorrente da criminalidade, sendo certo que na economia de mercado existente na atualidade, esse sentimento é convertido também em nicho mercantil, basta ver os mais diversos produtos e serviços oferecidos para essa finalidade, a envolverem, inclusive, aporte tecnológico cada vez maior.

Essa faceta, ademais, tem também o condão de segregar as classes sociais mais abastadas daquelas com menor poder econômico, aumentando o abismo da desigualdade social.

Dessa forma, passa-se a operar, também no campo da segurança pública, sob uma lógica polarizadora entre consumidores/não consumidores¹⁸, caracterizadora da sociedade contemporânea, ou da segunda modernidade, na classificação de Ulrich Beck¹⁹, pela qual os membros da sociedade são moldados e

17 As prisões da miséria. Trad. André Telles, Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001, p. 7.

18 Globalização: as consequências humanas. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1999.

classificados em estratos conforme sua capacidade, ou não, de desempenharem o papel de consumidores.

Outro setor fortemente influenciado pelo fenômeno ora sob análise é o político, tendo algumas correntes políticas, em maior ou menor medida, se apropriado do discurso de pânico causado pela criminalidade para afirmar uma suposta brandura da legislação penal e processual penal no que tange à resposta ao delito, sustentando, ainda, a necessidade de mais direito penal.

Neste ponto, ademais, advoga-se, inclusive, por uma política de ampla possibilidade de porte de armas à população, incentivando-se a colocação do cidadão comum na linha de frente do combate ao crime, além dos demais resultados nefastos advindos de uma população armada, a exemplo das mortes decorrentes do uso de armas de fogo mesmo em situações que não envolvem a defesa frente a um crime, mas sua utilização em decorrência de conflitos corriqueiros que não teriam referido desfecho acaso seus contendores não estivessem armados.

Interessante notar que a solução encontrada por referidos setores da política para o combate à criminalidade é bastante simples, para não dizer simplório, cingindo-se à previsão de novos tipos penais, aumento de penas e investimentos maciços nas polícias e demais setores integrantes das agências de persecução penal.

No que se refere a este último ponto, ou seja, os investimentos nos órgãos da segurança pública, tal medida se mostra salutar e necessária, mas o resultado almejado depende, inevitavelmente, de atenção e investimentos também em setores que promovam efetivamente políticas públicas de caráter social, tais como o combate à pobreza, programas educacionais de qualidade e de formação profissional.

De outro modo, a mera aplicação de uma política consistente no chamado direito penal máximo acarretará apenas o aumento da população carcerária, sem reduzir os níveis da criminalidade, não tendo o condão de produzir justamente o resultado prometido, qual seja, o de garantir a condição de não vítima dos integrantes da sociedade.

19 Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade. Trad. Sebastião Nascimento. São Paulo: ed. 34, 2010.

1.2 Causas do recrudescimento penal

1.2.1 A sociedade de risco

A percepção social do direito penal enquanto ferramenta primeira e necessária à transformação da sociedade não tem causa única, mas multifatorial, sendo que uma dessas causas decorre da percepção do incremento do risco, isto é, do aumento da sensação de risco dos viventes em sociedade.

Nesse contexto, traço marcante da passagem da sociedade moderna para a modernidade tardia se dá em relação, basicamente, ao objeto dos conflitos distributivos vivenciado em cada uma delas. Com efeito, na modernidade tais conflitos se davam exclusivamente em decorrência de uma sociedade da escassez então existente, isto é, os conflitos surgidos da questão de “como a riqueza socialmente produzida pode ser distribuída de forma socialmente desigual e ao mesmo tempo ‘legítima’”.²⁰

Nesse sentido, a partir da perspectiva da escassez de recursos, buscava-se o fundamento da desigualdade, atribuindo-se a mesma, na visão Marxista, como consequência necessária do capitalismo.²¹

A esse conflito distributivo se soma, na modernidade tardia, aquele decorrente dos riscos decorrentes das forças produtivas exponencialmente crescentes no processo de modernização. É certo que as novas tecnologias, aliadas às garantias e regras jurídicas do Estado Social, tiveram o condão de vislumbrar a redução da carência material. Entretanto, a reboque desse fenômeno verificou-se também a criação de riscos decorrentes desse salto produtivo, a respeito dos quais passou a haver a distribuição de aludidos riscos, que, assim como no embate distributivo da modernidade, mostra-se desigual.

Os riscos ora referidos, aliás, por vezes se mostram como decorrência tolerada, ou mesmo esperada, de determinada área do desenvolvimento industrial e

²⁰ BECK, Ulrich. Ob. citada, p. 24.

²¹ “percebe-se que o tema da desigualdade social não é uma questão de ordem natural, muito menos moral. Para Marx, ela é uma questão política, tendo como fundamento a economia e o modo de produção vigente, ou seja, ela é consequência direta do Capitalismo. Nesse sentido, o Estado e suas leis universais são revestidos, por assim dizer, por uma perspectiva de classe, defendendo e impondo a vontade da classe dominante, a burguesia. Em outros termos, as leis existem para manter a situação de dominação, preservando a propriedade privada e punindo, digamos, os despossuídos” (NASCIMENTO, Christian Lindberg L. do. *Journal of Philosophy*, n. 30, p. 65).

tecnológico, mostrando-se seus efeitos imperceptíveis àqueles que o suportam, como refere Ulrick Beck:

Riscos, na maneira como são produzidos no estágio mais avançado do desenvolvimento das forças produtivas – refiro-me em primeira linha, à radioatividade, que escapa completamente à percepção humana imediata, mas também às toxinas e poluentes presentes no ar, na água e nos alimentos e aos efeitos de curto e longo prazo deles decorrentes sobre plantas, animais e seres humanos, diferenciam-se claramente das riquezas. Eles desencadeiam danos sistematicamente definidos, por vezes irreversíveis, permanecem no mais das vezes fundamentalmente invisíveis, baseiam-se em interpretações causais, apresentam-se, portanto, tão somente no conhecimento (científico ou anticientífico) que se tenha deles, podem ser alterados, diminuídos ou aumentados, dramatizados ou minimizados no âmbito do conhecimento e estão, assim, em certa medida, abertos a processos sociais de definição. Dessa forma, instrumentos e posições da definição dos riscos tornam-se posições-chave em termos sociopolíticos.²²

Nesse sentir, a percepção de exposição ao risco, considerado este como decorrência esperada do processo de desenvolvimento tecnológico, redundando no descrédito das autoridades e agências regulatórias, relegando ao campo do direito penal uma função que, historicamente, não lhe pertence.

A esse respeito, a lição de Jorge de Figueiredo Dias e Manuel da Costa Andrade:

as transformações do mundo em que vivemos (transformações tecnológicas, econômico-sociais, políticas e culturais - vêm reclamando um ajustamento, vale dizer um alargamento, do espaço coberto por este específico sistema de controlo social. Na verdade, as conhecidas ameaças do progresso técnico – tanto aos indispensáveis equilíbrios ecológicos, como à integridade física e moral do homem, como à sua reserva de privacidade trouxeram estes valores para o primeiro plano das preocupações, recomendando-se muitas vezes o recurso à tutela criminal.²³

Assim, é nítida a inclusão na seara do direito penal de bens jurídicos ou de atividades que estavam, até então, sob a regulamentação de setores outros do direito, a exemplo do direito administrativo.

1.2.2 A “administrativização” do direito penal e os delitos de acumulação

²² Ob. citada, p. 27.

²³ Criminologia: o homem delinquent e a sociedade criminógena, Coimbra Editora: 1997, p. 435/436.

Tamanha a extensão e força desse movimento, que setores da doutrina passaram a propalar uma suposta “administrativização” do direito penal, com a conseqüente antecipação da incidência da tutela penal, para momento prévio à efetiva lesão ao bem jurídico e a modificação do sistema de imputação até então centrado na lesão a bens individuais, para os delitos de perigo, ou presumidos, a bens supraindividuais.²⁴

Nesse ponto, necessária a abordagem acerca da natureza do ilícito, enquanto conduta transgressora a uma norma positivada.

As teorias clássicas, nesse passo, distinguem o ilícito penal do ilícito administrativo, conferindo àquele um caráter de lesão eticamente reprovável de um bem jurídico, enquanto o segundo seria um ato de desobediência ético-valorativamente neutro, posto que a tipificação da conduta no ordenamento jurídico visaria, apenas, a busca por uma ordenação e melhor organização da Administração Pública.²⁵

Esse entendimento, entretanto, é questionado por autorizados setores doutrinários, inseridos na tese da diferenciação meramente quantitativa entre o ilícito penal e o administrativo, dada a inviabilidade de diferenciar-se as espécies de ilícitos. Para os adeptos desse ponto de vista, a natureza dos ilícitos penal e administrativo é ontologicamente unitária, diferenciando-se apenas no seu grau, isto é, sua maior ou menor capacidade de ofensa ao bem jurídico.²⁶

24 “a modificação da própria estrutura e do conteúdo material dos tipos penais é a sua primeira expressão. Assim, a combinação da introdução de novos objetos de proteção com antecipação das fronteiras da proteção penal vem propiciando uma transição rápida do modelo “delito de lesão de bens individuais” ao modelo “delito de perigo (presumido) para bens supraindividuais”, passando por todas as modalidades intermediárias (SILVA-SANCHEZ, Jesús Maria. Ob. cit., p. 146).

25 Nesse sentido Goldschmidt, *Das Verwaltungsstrafrecht*, Berlin, 1902, p. 539 e ss, 548, 576, “para quem ao Direito Penal compete a proteção de bens individuais, enquanto à administração corresponde assegurar bens coletivos, o bem-estar coletivo” e Torío López, *Injusto penal e injusto administrativo, presupuestos para la reforma del sistema de sanciones*, Estudios sobre la Constitución Espanola. Homenaje al Prof. Eduardo Garcia de Enterría, t. III, Madrid, 1991, p. 2529 e ss, 2536, para quem “as diferenças entre injusto penal e administrativo não são ônticas, nem tampouco meramente quantitativas: são histórico-culturais, isto é, valorativa”, apud SILVA-SÁNCHEZ, ob. citada, p. 149.

26 “Como resumo desse ponto de vista, pode-se citar Welzel, quando observa: “A partir do âmbito nuclear do criminal deflui uma linha contínua de injusto material que certamente vai diminuindo, mas que nunca chega a desaparecer por completo, e que alcança até os mais distantes ilícitos de bagatela, e inclusive as infrações administrativas (*Ordnungswidrigkeiten*) estão a (...) ela vinculados” (Welzel, *Der Verbotsirrtum im Nebenstrafrecht*, JZ, 1956, p. 238 e ss, 240). Cf. em nossa jurisprudência recente a STS 3.a, secc. 5.a, de 09.04.1996 (L aL ey 6926): ‘A teoria geral do ilícito, como supraconceito que compreende tanto o penal como o administrativo, estabelece que o poder sancionador da administração há de exercitar-se ajustando-se aos princípios essenciais inspiradores da ordem penal, já que dito poder tem como suporte teórico a negação de qualquer diferença ontológica entre sanção administrativa e pena’ ” (apud SILVA-SÁNCHEZ, ob. citada, p. 149).

Entre nós, filia-se ao entendimento quantitativa do ilícito Nelson Hungria, para quem:

A ilicitude jurídica é uma só, do mesmo modo que um só, na sua essência, é o dever jurídico. Dizia BENTHAM que as leis são divididas apenas por comodidade de distribuição: todas podiam ser, por sua identidade substancial, dispostas. "sobre um mesmo plano, sobre um só mapa-múndi". Assim, não há falar-se de um ilícito administrativo ontologicamente distinto de ilícito penal. A separação entre um e outro atende apenas a critério de conveniência ou de oportunidade, afeiçoados à medida do interesse da sociedade e do Estado, variável no tempo e no espaço. Conforme acentua BELING, a única diferença que pode ser reconhecida entre as duas espécies de ilicitude é de quantidade ou de grau: está na maior ou menor gravidade ou imoralidade de uma em cotejo com outra. O ilícito administrativo é um minus em relação ao ilícito penal. Pretender justificar um discrimen pela diversidade qualitativa ou essencial entre ambos, será persistir no que KUKULA justamente chama de "estéril especulação", idêntica à demonstração da "quadratura do círculo". Baldadas têm sido todas as tentativas doutrinárias em tal sentido.²⁷

Silva-Sánchez aponta a incompletude de ambas as teorias, mas acaba por se aproximar do modelo da diferenciação qualitativa ao expor:

Por esse motivo, quiçá proceda, em suma, introduzir algum gênero de diferenciação qualitativa entre Direito Penal e Direito Administrativo sancionador. Como já mencionado, o Direito Administrativo sancionador é o reforço da ordinária gestão da administração. Assim, também cabe afirmar que é o Direito sancionador de condutas perturbadoras de modelos setoriais de gestão. Seu interesse reside na globalidade do modelo, no setor em sua integridade, e por isso tipifica infrações e sanciona sob perspectivas gerais. Não se trata aqui do risco concreto, como risco em si mesmo relevante e imputável pessoalmente a um sujeito determinado, senão que o determinante é a visão macroeconômica ou macrosocial (as "grandes cifras"; o "problema estrutural" ou "sistêmico"). Precisamente por ser essa sua perspectiva própria, o Direito Administrativo sancionador não precisa, para sancionar, que a conduta específica, em si mesma concebida, seja relevantemente perturbadora de um bem jurídico, e por tal razão tampouco é necessária uma análise da lesividade no caso concreto. Do mesmo modo, tampouco parece haver óbices a aceitação de que o Direito Administrativo sancionador não se oriente por critérios de legalidade na persecução dos ilícitos, senão por puros critérios de oportunidade. O que é necessário, mais que tudo, é que o gênero de condutas represente, em termos estatísticos, um perigo para o modelo setorial de gestão ou, se se prefere, em termos menos tecnocráticos, para a boa ordem do setor de atividade determinado.²⁸

Demais disso, e a reforçar a aproximação do direito penal de um direito penal administrativizado, verifica-se, em decorrência de sua expansão, a

27 Ilícito Administrativo e Ilícito Penal, in: <https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/download/8302/7076/18005>.
28 Ob. citada, p. 150/151.

criminalização de condutas que, de per si, são inaptas à vulneração do bem jurídico tutelado.

Trata-se dos chamados delitos de acumulação ou de dano acumulado, isto é, dano derivado da repetição, dispensando uma valoração do fato específico, mas considerando as possíveis consequências da repetição desse ato em larga escala.

Nesse contexto, os delitos de acumulação ou cumulativos são espécies de crimes de perigo abstrato e decorreram da sistematização proposta por Lothar Kuhlen, a partir do § 324 do StGB, conforme exposto na doutrina:

Para Kuhlen, é necessária a imposição de penas a delitos que são de pouca lesividade, mas repetidos por um grande número de pessoas, pois a maioria dos danos não se dá por uma contribuição “espetacular”, mas sim pela reiteração de pequenas contribuições. O recurso ao Direito Penal seria importante, especialmente, em vista da possibilidade de que os custos de multas e sanções administrativas sejam incorporados aos orçamentos das empresas e repassados aos clientes, esvaziando o potencial repressivo do Direito administrativo sancionador.

Mas o principal motivo para criminalizar delitos por acumulação seria a relevância e necessidade de proteção de determinados bens coletivos, considerando-se especialmente que não é o agente individual que tem o potencial destrutivo do bem jurídico, mas sim o “ator coletivo”, inclusive a própria sociedade. A partir de um agir coletivo, ações inicialmente insignificantes tornam-se significantes. A consequência deste processo é o desenvolvimento de uma espécie de responsabilidade coletiva, segundo a qual as condutas proibidas perante os grandes riscos globais deverão ser reduzidas às ações mínimas, tendo em vista que os prejuízos aos bens coletivos derivam justamente desta soma de pequenas lesões individuais.²⁹

Divergindo desse entendimento, Silva-Sánchez:

Naturalmente, tal pergunta (puramente genérica, estatística) adquire todo seu sentido sob perspectivas de gestão de um determinado setor, seja este o do tráfico de veículos, o da posse de armas de fogo ou o do despejo de resíduos. Mas é inadmissível como critério para imputação penal de responsabilidade a um determinado sujeito, pelo concreto significado da conduta isolada que tenha realizado; pois uma sanção assim fundamentada não deixa de ser, da ótica do Direito Penal, uma sanção *ex iniuria tertii*. Nela não há nenhuma possibilidade de introduzir elementos de lesividade concreta: nem lesão, nem perigo concreto, nem perigo abstrato entendido como perigo realmente existente, constatável na conduta em virtude de um juízo *ex ante*. Simplesmente, perigo presumido, perigo estatístico ou - ainda melhor - perigo global.³⁰

29 OLIVEIRA, Ana Carolina Carlos de. A Tutela (não) penal dos delitos por acumulação. Revista Liberdades, n. 14:2013, p. 30, in: ibccrim.org.br/media/postos/arquivos/18/artigo2.pdf.

30 Ob. citada, p. 152.

Nesse contexto, a alta demanda por um direito penal interventor, chamado à proteção da sociedade face os riscos sentidos pela população, acaba por trazer àquele uma forma de racionalização própria do direito administrativo sancionador, deixando de considerar a proteção do bem jurídico, e sua efetiva lesão, como fator determinante à sua intervenção, e trazendo como parâmetro um modelo de gestão de bens jurídicos, considerando como penalmente relevante uma conduta que em seu contexto em relação a outras do mesmo jaez, sejam potencialmente lesivas ao objeto jurídico tutelado.

1.2.3 Globalização

A globalização pode ser entendida como um processo de expansão e aproximação dos Estados nacionais, nas mais diversas áreas, a exemplo da econômica, política, cultural e militar.

Embora de difícil precisão quanto ao período histórico em que se iniciou, haja vista a existência desde os tempos mais remotos de relações comerciais entre povos e países, citando-se, nesse ponto, a rota da seda, cujos registros históricos apontam para sua utilização desde 200 a.C., pode-se afirmar que a mesma ganhou significativo impulso com as grandes navegações, entre os séculos XV e XVII, período caracterizado pelo expansionismo das grandes potências.

Nesse contexto, a par da importância histórica do fenômeno da globalização como um todo, reveste-se de maior relevância ao campo do direito, em especial ao direito penal, o processo de globalização, ou aceleração da globalização, verificada a partir da Terceira Revolução Industrial ou Revolução Técnico-Científico-Informacional, cuja nota característica é a evolução das tecnologias de transporte e comunicação, verificada a partir do pós segunda guerra mundial, isto é, meados do Século XX, até a atualidade.

Como decorrência da globalização contemporânea, constatou-se o aparecimento de empresas com centros de fabricação e distribuição que transpõem as barreiras dos Estados nacionais, as denominadas empresas transacionais.

Ademais, os próprios países constataram os benefícios havidos da sua reunião com outros países, dando ensejo à formação dos blocos econômicos, que

se iniciam, normalmente, através de acordos de zonas de livre comércio, onde não são cobradas tarifas alfandegárias de seus integrantes, podendo haver, também, acordo quanto a uma união aduaneira, ou seja, estabelecimento de tarifas externas comuns (ex. Mercosul), além da livre circulação de pessoas, capital e trabalho (ex. União Europeia).

Para além dos interesses comerciais motivadores da criação dos blocos econômicos, questões militares também ensejaram a criação de blocos entre países, seja para proteção mútua, seja para evitar ou restringir o poder bélico dos Estados, a exemplo da Otan e do Tratado de Não Proliferação de armas nucleares, assinado em 1968, sendo o Brasil um de seus signatários (Decreto n. 2.864/1998).

Essa integração mundial traduz-se em novas formas de relacionamento entre os países e, inevitavelmente, inéditas relações jurídicas, de onde decorre, também, novas formas de criminalidade.

Essa a constatação de Silva-Sánchez:

Os fenômenos da globalização econômica e a integração supranacional têm um duplo efeito sobre a delinquência. Por um lado - ainda que isso interesse aqui em menor medida -, dão lugar a que determinadas condutas tradicionalmente contempladas como delitivas devam deixar de sê-lo, pois o contrário se converteria em um obstáculo às próprias finalidades perseguidas com a globalização e a integração supranacional. Em efeito, condutas violadoras de barreiras e controles estatais à livre circulação passam de puníveis a não puníveis. Um exemplo recente é o da legislação penal espanhola em matéria de transações econômicas com o exterior, que o Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias declarou inaplicável no ano de 1995. Mas, por outro lado, os fenômenos econômicos da globalização e da integração econômica dão lugar à conformação de modalidades novas de delitos clássicos, assim como à aparição de novas formas delitivas. Desse modo, a integração gera uma delinquência contra os interesses financeiros da comunidade, produto da integração (fraude orçamentária - criminalidade alfandegária -, fraude às subvenções), ao mesmo tempo em que contempla corrupção de funcionários das instituições da integração. Além disso, gera a aparição de uma nova concepção de objeto do delito, centrada em elementos tradicionalmente alheios à ideia de delinquência como fenômeno marginal; em particular, os elementos de organização, transnacionalidade e poder econômico. Criminalidade organizada, criminalidade internacional e criminalidade dos poderosos são, provavelmente, as expressões que melhor definem os traços gerais da delinquência da globalização.³¹

Dada, portanto, a dinamicidade das relações havidas no mundo globalizado, e a incapacidade de sua efetiva regulação pelos meios próprios, opta-se pelo uso do direito penal para tanto, com a flexibilização de garantias político-criminais

31 Ob. citada, p. 102/103.

substantivas e processuais, além da relativização das tradicionais regras de imputação.

No escólio de Maurício Zanoide de Moraes:

Igualmente lógico é seu direcionamento para a proteção das atividades econômicas nascidas ou potencializadas a partir da globalização acoplada ao desenvolvimento tecnológico (ou talvez tenha ocorrido não uma acoplagem, mas uma reciprocidade potencializadora). No Brasil, o Direito Penal passa a ser importante instrumento de controle e direcionamento de políticas econômicas, assim como fora utilizado para dirigismo bélico, político, religioso e mesmo econômico desde Roma até a Idade Contemporânea, com acentuado destaque à tradição construída e nunca esquecida a partir do *Ancien Régime*. O Poder Legislativo atende, no que pode, aos ditames da economia globalizada bem como aos seus controladores – peças da vez que, neste momento, ocupam as velhas conhecidas forças econômica e política. Além dessa criminalização primária, também houve a ampliação dos limites da pena criminal para os novos tipos penais estratégicos para a economia e política, com menos atenção às condutas tidas como violentas. (...)

Essa expansão penal espacial (horizontal e vertical) vem justificada pelos fatores de sempre, mas agora com roupas de modernidade, a “falta de segurança” e o “medo”, usados para esconder as razões de sempre: proteção de posições e privilégios de um pequeno número de pessoas que está ou integra (de modo mais ou menos perene) o “poder (político-econômico) instituído.”³²

Ou seja, com a globalização o direito penal passou a ser direcionado à proteção das atividades econômicas dela nascidas ou potencializadas, deixando de lado seu até então objeto principal, qual seja, as condutas violentas aptas a vulnerar bens jurídicos como a vida, integridade física e liberdade.

1.2.4 Aumento da criminalidade

Dentre as causas contributivas à expansão do direito penal encontra-se a justificativa de que tal tendência se constitui em uma reação ao significativo aumento da criminalidade no final do século passado, dada a conclusão de que nenhuma outra iniciativa se mostrou apta à redução de tais números, como destaca Jack Young:

O último terço do século XX testemunhou um aumento da criminalidade em todos os países industriais avançados, com a possível exceção do Japão. O

³² Ob. citada, p. 853/855.

aumento ocorreu mais cedo em alguns países, como os Estados Unidos, e mais tarde em outros, como a Holanda, mas por muito tempo pareceu ser implacável e inevitável. Ocorreu em períodos de pleno emprego e durante a recessão da década de 1980. Algumas vezes sua força foi dramática: num só ano na Inglaterra e no País de Gales (1991), a taxa de crimes registrados foi 25% maior do que a taxa total de crimes de 1950. Ocorreu apesar de aumentos maciços dos padrões de vida, dos gastos do sistema de justiça criminal em prevenção da criminalidade e medidas de segurança pessoal³³.

Aliás, a par da neocriminalidade, tratada no tópico acima, o aumento da criminalidade tradicional nas últimas décadas constitui-se em verdadeiro paradoxo, dada a melhoria das condições de vida da população e a diminuição da desigualdade social no mesmo período. Ora, seria de se supor as condições materialmente mais favoráveis conduziram a redução nos números dos crimes registrados.

Entretanto, o resultado verificado foi o oposto, isto é, aumento do número de crimes registrados. Nesse contexto, e utilizando como recorte para fins metodológicos o crime de homicídio, constata-se da tabela abaixo que referida infração penal apresentou aumento significativo nos últimos anos:



Observando o gráfico, constata-se que em 1980 a taxa de homicídios no Brasil era de 11,7 para cada 100.000 habitantes, tendo esse número aumentado para 28,9 em 2003, salientando que a Organização Mundial da Saúde – OMS

33 Apud. BUSATO, Ob. citada, p. 98.

considera epidêmicos os locais que apresentam taxas superiores a 10 por 100.000 habitantes.

Uma das explicações para o fenômeno é o processo de urbanização. Com efeito, o Brasil era um país eminentemente rural até meados do Século XX, tendo o êxodo rural acelerado e desorganizado se intensificado a partir da segunda metade do Século XX, com conseqüente inchaço populacional e concentração de vulnerabilidades nos meios urbanos, conforme anota Leonardo Delfim Gobbi:

Em 1940, apenas 31% da população brasileira vivia em cidades. Foi a partir de 1950 que o processo de urbanização se intensificou, pois com a industrialização promovida por Getúlio Vargas e Juscelino Kubitschek houve a formação de um mercado interno integrado que atraiu milhares de pessoas para o Sudeste do país, região que possuía a maior infraestrutura e, conseqüentemente, a que concentrava o maior número de indústrias. A partir de 1970, mais da metade dos brasileiros já se encontrava em áreas urbanas, cuja oferta de emprego e de serviços, como saúde, educação e transporte, eram maiores. Em 60 anos, a população rural aumentou cerca de 12%, enquanto que a população urbana passou de 13 milhões de habitantes para 138 milhões, um aumento de mais de 1.000%.³⁴

Assim, a alta concentração populacional em meio urbano acarretou maior número de interações sociais entre seus integrantes, além da alteração de seu estilo de vida, com a superveniência de novos interesses e necessidades.

Essa alteração estrutural da população deveria vir acompanhada de políticas públicas para resguardar as necessidades então surgidas, o que não se verificou, conforme aponta Sérgio Paranhos Fleury Belizário:

O aumento das taxas de crimes no Brasil é um fenômeno que nos últimos anos vem chamando a atenção da sociedade, uma vez que todas as classes sociais têm sido vitimadas com as ações de criminosos. Importantes setores da economia vêm sendo prejudicados. Não são raras as ações de grupos organizados em roubos e receptação de cargas roubadas, furtos e golpes de estelionatos em estabelecimentos comerciais. Ao se analisar o fenômeno do aumento das taxas de crimes, percebe-se que este aumento está intimamente relacionado com o processo de urbanização acelerado pelo qual passou a sociedade brasileira nas últimas décadas. Como resultado desse processo a desorganização social que se formou e cresceu nas periferias das grandes cidades serviu como fator exponencial para a explosão da criminalidade que assola o país atualmente. Tendo em vista que o Brasil é um país com economia capitalista em desenvolvimento, tem-se que as metas culturais de sucesso econômico são largamente difundidas pela mídia e sociedade, mas, do outro lado, tem-se que as condições estatais oferecidas à grande parte da população são precárias. Faltam boas escolas, hospitais e políticas públicas sérias de planejamento familiar, fato

34 In: <http://educacao.globo.com/geografia/assunto/urbanizacao/urbanizacao-brasileira.html>, acessado em 09.07.2023.

que leva muitas pessoas, principalmente os jovens, a escolherem uma alternativa desviante para o alcance das metas culturais.³⁵

Dessa forma, verificado o problema, isto é, o aumento da criminalidade decorrente do desorganizado processo de urbanização, lançou-se mão, uma vez mais, do instrumento mais rápido e barato para a resolução do problema, embora menos efetivo, senão totalmente inefetivo, qual seja, o direito penal, enquanto a medida realmente necessária seria a adoção de políticas públicas de moradia, segurança, saúde, escolarização etc.³⁶

1.2.5 Sensação de medo e insegurança

Na esteira do quanto exposto por ocasião da análise acerca da sociedade de risco (item 1.2.2) e da globalização (1.2.4), tais fenômenos, verificados a partir da “revolução informacional” redundaram em uma sociedade marcada pela imprevisibilidade e liquidez das relações sociais, com a constante sensação de que uma catástrofe pode ocorrer a qualquer momento, em virtude de sua não detecção pelas “experts”.

Nas preciosas palavras de Bauman “novos perigos são descobertos e anunciados quase diariamente, e não há como saber quantos mais, e de que tipo, conseguiram escapar à nossa atenção (e à dos peritos!) - preparando-se para atacar sem aviso³⁷.

Essa constante sensação de medo e insegurança acaba transformando a sociedade em uma sociedade em estado permanente de sobreaviso, um medo difuso caracterizador da “sociedade do medo” ou “sociedade da insegurança”³⁸.

35 Urbanização e o crescimento da criminalidade no Brasil. Belo Horizonte, 2016. Monografia, Universidade Federal de Minas Gerais.

36 É disso que decorre, em grande parte, o aumento da criminalidade (tradicional) que gera (cada vez mais) insegurança; mais insegurança gera mais medo; mais medo (manipulado pela mídia) gera mais demanda punitivista; mais demanda punitivista gera mais populismo penal, ou seja, mais exploração da emotividade popular decorrente do delito, com postulação de mais penas, mais rigor punitivo etc. GOMES, Luiz Flávio. Tucanato e lulismo: menos desigualdade e mais crimes. In: HIRECHE, G. F. E.; SCARPA, A. O. (Org.). Temas de direito penal e processual penal: estudos em homenagem ao juiz Tourinho Neto. Salvador: JusPodivm, 2013. p. 389.

37 Medo Líquido, Trad. Carlos Alberto Medeiros, Rio de Janeiro: Ed. Jorge Zahar, 2008, p. 12.

38 BAUMAN, Zygmunt. Globalização: as consequências humanas. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1999, p. 25/26.

Acerca desse estado de atenção e medo difuso, define Susana Soto Navarro:

como a percepção que cada cidadão tem da sua probabilidade de ser vítima de um crime, embora também possa ser entendida como a simples apreensão de sofrer um crime, se prestarmos atenção apenas ao aspecto emocional e não aos julgamentos racionais de aquele cidadão. Na verdade, a carga emocional costuma prevalecer, pois, segundo numerosos estudos empíricos, o medo do crime não está relacionado com as reais possibilidades de ser vítima, ou seja, não responde a causas objetivas e externas. (tradução livre)³⁹.

Ademais, a percepção subjetiva dos riscos tem a capacidade de alterar o comportamento de seus integrantes com relevantes consequências sociais, dentre as quais, maior agressividade nas relações interpessoais, redução da interação social, abandono dos espaços públicos e sociais, segregação de grupos de riscos, tudo com vistas a evitar sua colocação na posição de vítima da criminalidade.

Como pontua Wermuth:

Outra característica que merece destaque é a cada vez maior instrumentalização do Direito Penal no sentido de evitar que os riscos se convertam em situações concretas de perigo. Surgem leis penais preventivas para evitar o reproche da inatividade política diante dos riscos, visto que “el Derecho penal preventivo es un medio ideal de consolación política, una carta de presentación para demostrar que aparentemente existe una actividad política. Ya ninguna política prescinde de el em su arsenal de recursos” (ALBRECHT, 2000, p. 483).⁴⁰

Referidos comportamentos decorrem da intenção de evitar a vitimização, do medo de tornar-se vítima, de onde se passa a esperar uma atuação cada vez mais antecipada, prévia do direito penal, tencionando-se um direito penal preventivo.

Busca-se a criminalização de condutas que ainda não atingiram o bem jurídico, transformando a própria natureza do direito penal, ramo destinado à proteção de bens jurídicos, na esteira do funcionalismo de Claus Roxin.

Nesse sentido, acaba-se utilizando o direito penal como uma força conformadora e condicionadora de costumes, uma ferramenta utilizável para inserir

39 “como la percepción que tiene cada ciudadano de sus propias probabilidades de ser victima de un delito, aunque también se puede entender como la simple aprensión de sufrir un delito, si atendemos tan solo al aspecto emocional y no a los juicios racionales de esse ciudadano. De hecho, la carga emotiva suele prevalecer, pues, según numerosos estudios empíricos, el miedo al delito no se relaciona con las posibilidades reales de ser víctima, esto es, no responde a causas objetivas y externas” Apud WERMUTH, Maiquel Ângelo Dezordi. Ob citada, p. 20.

40 Ob. citada, p. 23.

parâmetros supostamente desejados na sociedade, mesmo que para tanto haja a necessidade de flexibilização das garantias penais e processuais penais, uma vez que tais passam a ser encaradas como obstáculos ao sistema punitivo.

1.2.6 Mídia de massa

Traço característico da sociedade globalizada é a influência cada vez mais acentuada dos meios de comunicação de massa em relação ao processo de formação da opinião sobre os mais variados assuntos.

Referidos meios de comunicação em massa atuam no preenchimento, cada vez maior, dos espaços mercadológicos, sob a lógica de que quanto maior a audiência, mais valorizado se torna seu espaço publicitário.

Sob esse viés, o medo da criminalidade, ou o medo de tornar-se vítima, é instrumentalizado como mercadoria pelos ditos meios de comunicação, os quais se valem da espetacularização da informação e do pinçamento da notícia que melhor se adéqua a seus propósitos.

A ditos veículos de informação importa a difusão da ideia de crescimento da criminalidade, em uma lógica própria do mercado consumerista, isto é, fornecimento de notícias aterradoras a um público cada vez mais ávido pelas mesmas, condicionados que foram a pensar a sociedade como vítima de uma criminalidade sempre crescente e sem sopesar suas causas.

Neste contexto, pouco importa eventual distanciamento entre a notícia e a realidade, aliás, esse distanciamento muitas vezes é objeto de omissão pelos meios midiáticos, conforme destaca Wermuth, citando Glassner:

Analisando a “cultura do medo” na mídia dos Estados Unidos (2003) destaca a grande distância que medeia entre aquilo que é noticiado e a realidade fática. Por uma estranha alquimia, estatísticas irrisórias são transformadas em cifras aterradoras, que crescem de acordo com o aumento dos níveis de audiência. Com isso, novos medos e alarmes sociais são criados em torno de problemas que vão desde os riscos gerados pelo envenenamento das guloseimas distribuídas às crianças no Halloween até a pornografia infantil na internet.

Um dos “êxitos” da cultura do medo midiático norte-americano, segundo Glassner (2002, p. 53), consiste no fato de que “relativamente a quase todos os temores americanos atuais, em vez de se enfrentar problemas sociais perturbadores, a discussão pública concentra-se em indivíduos

perturbados”. Com isso, os “pseudoperigos” que jorram dia-a-dia das manchetes televisivas e da mídia impressa “representam novas oportunidades de evitar problemas que não queremos enfrentar (...), assim como aqueles que já cansamos de confrontar” (GLASSNER, 2003, p.55). Exsurge daí a grande tendência das notícias alarmantes propaladas pela mídia que fomenta a cultura do medo: “banalizar preocupações legítimas enquanto engrandecem aquelas questionáveis.” (GLASSNER, 2003, p. 75).⁴¹

Diversos são os recursos utilizados pela mídia para a difusão desse conteúdo altamente rentável, dentre os quais, a título exemplificativo, os filmes e séries televisivas que têm como tema crimes reais, e como personagens principais os criminosos, numa fusão entre notícia e entretenimento, sempre com um discurso punitivista gerado por uma pseudo indignação, quando, em realidade, a intenção é a construção de uma indignação seletiva com vistas ao aquecimento de um mercado cujo retorno financeiro se mostra bastante interessante.

Dada a sanha pelos resultados gerados pelo noticiário policial, muitas vezes a ética profissional jornalística não é observada adequadamente, a exemplo do episódio, com grande repercussão, de um programa televisivo de bastante audiência que exibiu uma entrevista com supostos integrantes da organização criminosa Primeiro Comando da Capital (PCC), na qual faziam ameaças a apresentadores de programas policiais. Tamanha a repercussão do caso, e as suspeitas acerca da veracidade de seu conteúdo, investigação fora realizada com a oitiva dos envolvidos, inclusive dos supostos integrantes da organização criminosa.⁴²

A atenção do público pela temática, ademais, decorre de um misto entre o interesse espontâneo e o condicionamento ou direcionamento realizado pelos citados veículos de imprensa, posto que “as imagens, aliadas às legendas que dizem o que é preciso ler e compreender, produzem o efeito real, ou seja, fazem ver e fazem crer no que fazem ver. Com isso, os jornalistas e demais “trabalhadores da mídia” transformam-se cada vez mais em “pequenos diretores de consciência que se fazem, sem ter de forçar muito, os porta-vozes de uma moral tipicamente pequeno-burguesa, que dizem ‘o que se deve pensar’ sobre o que chamam de ‘os problemas da sociedade’.” (BORDIEU, 1997, p. 65).⁴³

41 Ob. citada, p. 33.

42 <https://aventurasnahistoria.uol.com.br/noticias/reportagem/o-escandalo-gugu-pcc-falsa-entrevista-que-virou-caso-de-policia-e-causou-panico-no-brasil.phtml>. Acesso em 16/07/2023.

43 WERMUTH. Ob. citada, p. 34.

Para além da exibição de fatos criminosos, vale-se a mídia, também, da utilização de profissionais para analisar e comentar os crimes exibidos e o próprio fenômeno criminológico, não sendo incomum, entretanto, a vagueza do respaldo teórico de referidos profissionais, os quais são verdadeiros especialistas *ad hoc*, dos mais variados assuntos e temas.

Toda essa estrutura, que naturalmente desperta o interesse e a audiência de seus destinatários, acaba por gerar eco do discurso midiático do medo na política, posto que esta irá buscar satisfazer o interesse do público com mais direito penal, exasperando penas e criando mais tipos penais.

A retumbância da mídia tradicional fora intensamente potencializada com o advento e popularização da internet e das mídias sociais, não só por sua extrema capacidade de difusão, decorrente da acessibilidade crescente aos conteúdos veiculados, mas também pela cada vez maior capacidade de personalização e individualização dos conteúdos aos usuários.

Os algoritmos, que se constituem em tema da maior relevância na contemporaneidade, gozam da capacidade de captar os interesses dos usuários para liberar-lhe conteúdos condizentes com referidos interesses.

A título de exemplo, recente estudo do Wall Street Journal apontou que o algoritmo da rede social Tik Tok leva aproximadamente 40 minutos para traçar o perfil do usuário, e, a partir de então, recomendar-lhe vídeos e conteúdos condizentes com seus interesses, a fim de manter seu tempo de permanência na plataforma.⁴⁴

Outra ferramenta de grande relevância das mídias sociais é a interatividade com o usuário, o chamado engajamento, que reage aos conteúdos com comentários e curtidas.

Entretanto, a par dessa capacidade de captar os interesses dos usuários e disponibilizar a eles conteúdos segundo essa captação, a internet, principalmente por intermédio das *think tanks*, goza da capacidade de influenciar os interesses dos usuários, conduzindo-os a assuntos de interesse das plataformas como se seus próprios interesses fossem assim promovendo assuntos de menor importância a grandes temas.

Nesse contexto, ilustrativa a pontuação de Giuliano Da Empoli:

44 <https://www.poder360.com.br/tecnologia/tiktok-pode-identificar-perfil-de-usuario-em-menos-de-40min-mostra-estudo/>. Acesso em 16/07/2023.

Ex-funcionário do YouTube, Guillaume Chaslot explicou claramente de que maneira o algoritmo da plataforma, responsável por 70% dos vídeos assistidos, foi concebido para impulsionar o público na direção dos conteúdos mais extremos, maximizando o nível de engajamento até seus limites. Assim, quem procura informações acerca do sistema solar no YouTube terá diante de si um menu bem farto de vídeos sustentando a teoria da Terra Plana, ao passo que o usuário interessado por questões de saúde será rapidamente reorientado para as ideias dos No Vax, o movimento antivacina, e dos conspiracionistas. O mesmo mecanismo está acelerado no terreno político. É assim que os brasileiros assistiram, nos últimos anos, à ascensão de uma nova geração de YouTubers de extrema-direita, que souberam explorar o algoritmo da plataforma para multiplicar sua visibilidade (e seu faturamento).⁴⁵

Desse modo, constata-se a imensa capacidade das mídias, tradicionais e eletrônicas, de captar os interesses do público, para veicular matérias e conteúdo de seus interesses, mas também de moldar referidos interesses, para a disponibilização de conteúdos rentáveis aos próprios divulgadores.

⁴⁵ Os Engenheiros do Caos: Como as *fake news*, as teorias da conspiração e os algoritmos estão sendo utilizados para disseminar ódio, medo e influenciar eleições. Trad. Arnaldo Bloch, 1. ed., São Paulo: Vestígio, 2019, p. 48.

2 A ATUAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO NO ÂMBITO CRIMINAL

A análise da atuação do Ministério Público deve partir, necessariamente, da Constituição Federal de 1988, não apenas por representar a Lei Fundamental do Estado Democrático de Direito em que ele está inserido, mas em razão do texto constitucional constituir-se em verdadeiro marco de refundação do Ministério Público.

Com efeito, tímidas eram as atribuições ministeriais nas Constituições pretéritas, ora inserindo o Ministério Público dentre os órgãos integrantes do Poder Judiciário, ora o inserindo no Poder Executivo.

Entretanto, e atento aos anseios da sociedade, ávida por democracia e saída de um longo período de governos não eleitos democraticamente, a Constituição Federal alteou a direitos fundamentais a democracia e a cidadania, somente factíveis se afastada, ou ao menos minorada, a desigualdade social e a proibidade no trato com a coisa pública. Nesse contexto, incumbiu ao Ministério Público “a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis” (artigo 127 da Constituição Federal), devendo sua atuação orientar-se sempre por tais pilares, conforme pontua Busato:

Do mesmo modo que a intervenção do Ministério Público brasileiro determina politicamente o perfil social do país, esta mesma atuação deve estar sintonizada aos anseios populares. Da mesma maneira com que a atuação dos Promotores e Procuradores politiza a sociedade brasileira, a sociedade, por seu turno, exige que os seus defensores mais ferrenhos e poderosos batalhem pela consecução dos objetivos que realmente lhe interessam, e da forma que lhe interessa. Ao assumir cargo de defesa do regime democrático, o Ministério Público fez uma necessária opção em favor da sociedade brasileira, e os pontos de insatisfação social passam a ser prioridades. Onde a sociedade não está satisfeita com o sistema, incumbe ao Ministério Público convertê-lo em um modelo correspondente àquelas aspirações.⁴⁶

Nesse contexto, a defesa do regime democrático e da concretização da cidadania passa pela atuação do Ministério Público na persecução criminal, conjuntamente com outras ações nas demais áreas de atuação.

A Magna Carta criou uma Instituição com funções de órgão de persecução criminal, encarregando-a, ao mesmo tempo, da fiscalização dos demais poderes, da

⁴⁶ O papel do Ministério Público no futuro do Direito Penal brasileiro. Revista de Estudos Criminais. Porto Alegre, ano 2, n. 5, p. 116/117.

probidade administrativa e adequada destinação do dinheiro público, bem como da salvaguarda dos direitos coletivos, difusos e individuais homogêneos, conferindo-lhe absoluta independência funcional para o bom desempenho de tão relevantes atribuições.

A amplitude de atribuições conferidas pela Constituição Federal de 1988 ao Ministério Público foi tamanha que, no âmbito criminal, foram-lhe outorgadas as funções exercidas pelo *prosecutor* americano e pelo *ombudsman* nórdico⁴⁷, além de outras não presentes em referidos institutos, tendo sido “a combinação de autonomia e de instrumentos de poder que transformou os promotores de justiça em mais do que engrenagens do sistema penal”⁴⁸.

Assim, o perfil do Ministério Público brasileiro é de órgão de transformação social, para a garantia da paz social, com a implementação e concretização do regime democrático, objetivos que só poderão ser alcançados, no âmbito criminal, com uma atuação atenta às raízes do problema de aumento da criminalidade, fomentando políticas públicas aptas a esse enfrentamento, como destaca Cambi:

O art. 127, caput, da CF/1988 incumbiu o Ministério Público da defesa de interesses sociais e individuais indisponíveis. Assim, a partir da Constituição Federal de 1988, é imperioso reconhecer que o papel do Ministério Público contemporâneo deixou de ser o de um mero acusador (arts. 100 do CP e 24 do CPP) ou de um simples fiscal da lei (art. 178 do NCPC), para assumir outras funções tão ou mais relevantes, transformado-se em agente político, produtor social e fomentador-efetivador de políticas públicas.⁴⁹

A cidadania, somente alcançável se garantida a dignidade da pessoa humana, portanto, se apresenta como pressuposto do Estado Democrático de Direito, cabendo ao Ministério Público a defesa da democracia, nos termos do artigo 127, da Constituição Federal, mister buscado no exercício de sua ampla gama de atribuições, dentre as quais, a criminal.

Ao sistema penal cabe o controle social formal, sendo que seu fundamento legitimador se constitui na busca da garantia da convivência harmônica no seio social, gerando paz e tranquilidade.

47 BUSATO, Paulo César. O papel do Ministério Público no futuro do direito penal brasileiro. Revista de Estudos Criminais. Porto Alegre: 2002, ano 2, n. 5.

48 BONAVIDES, Samia Saad Gallotti; SILVA, Mário Edson Passerino Fischer. Pensando uma atuação transformativa do Ministério Público na esfera criminal: uma reflexão à luz da Constituição de 1988. Perspectivas de atuação autocompositiva pelo Ministério Público, Curitiba, 2022, p. 16.

49 CAMBI, Eduardo. Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário. São Paulo: Almedina Brasil, 2016, p. 643.

Dessa forma, o direito penal e o funcionamento do sistema penal, tal como empiricamente se percebe que vem sendo exercido, isto é, de forma isolada, como um fim em si mesmo, sem atentar para as raízes sociais do problema da criminalidade, acaba por gerar resultado oposto ao seu fundamento legitimador, uma vez além de não enfrentar suas reais causas, ainda fomenta o ciclo de violência.

No que tange especificamente ao Ministério Público, dada a relevância do mister constitucional lhe conferido pela Constituição Federal de 1988, qual seja, dentre outros, a defesa do regime democrático e do Estado Constitucional de Direito, não se mostra razoável sua atuação voltada à pura e simples aplicação sistemática da lei ao caso concreto, na esteira de uma tradição positivista herdada, mas se reclama uma atuação proativa no sentido de efetivamente alterar a realidade social, o que somente pode ser realizável quando sopesadas questões de política criminal, máxime aquelas voltadas às causas da criminalidade, bem como das consequências do encarceramento.

Trata-se, em outras palavras, de dar concretude à opção política vazada na Magna Carta.

Demais disso, necessária a abordagem, nesse ponto, do fundamento legitimador do direito de punir. Com efeito, o sistema penal parte da premissa de uma sociedade harmônica e igualitária, ocasionalmente abalada pela prática criminosa de parte seus integrantes, situação em que lança mão do direito penal para proteger, igualmente, os bens jurídicos afetados, e, com isso, devolver e reestabelecer a ordem social.

Ora, dado esse fundamento legitimador, que se mostra, na prática, desarrazoado, os princípios da legalidade e igualdade são utilizados como peças meramente retóricas para fundamentar e legitimar a aplicação de sanções drásticas geralmente a um público que não desfruta dos mesmos bens jurídicos de que desfrutam aqueles historicamente não alcançados pelo direito penal.

Em razão das forças políticas existentes no funcionamento estatal, o direito, e especificamente o direito penal, não é criado, e tampouco aplicado, de forma isonômica e imparcial, mas, pelo contrário, reflete os anseios do grupo detentor do poder.

O direito penal, ademais, tem como seu principal instrumento a pena privativa de liberdade, cuja justificação, doutrinariamente, pode ser dividida entre

aqueles que defendem a pena como um fim em si mesma, uma mera retribuição, e aqueles que a ela conferem um sentido utilitário, como bem demonstra Ferrajoli:

Segundo uma útil distinção escolástica, proposta pelos criminalistas do século passado, as doutrinas sobre a pena, que, para contrastar com aquelas abolicionistas, chamei de justificacionistas, podem ser divididas em duas grandes categorias: teorias denominadas de absolutas e teorias rotuladas como relativas. São teorias absolutas todas aquelas doutrinas que concebem a pena como um fim em si própria, ou seja, como "castigo", "reação", "reparação" ou, ainda, "retribuição" do crime, justificada por seu, intrínseco valor axiológico, vale dizer, não um meio, e tampouco um custo, mas, sim, um dever ser metajurídico que possui em si seu próprio fundamento. São, ao contrário, "relativas" todas as doutrinas utilitaristas, que consideram e justificam a pena enquanto meio para a realização do fim utilitário da prevenção de futuros delitos. Cada uma destas duas grandes classes de doutrinas viu-se, por sua vez, dividida em subgrupos. As doutrinas absolutas ou retributivistas foram divididas tendo como parâmetro o valor moral ou jurídico conferido à retribuição penal. As doutrinas relativas ou utilitaristas, por seu turno, são divididas entre teorias da prevenção especial, que atribuem o fim preventivo à pessoa do delinquente, e doutrinas da prevenção geral, que, ao invés, atribuem-no aos cidadãos em geral.²⁸ Por derradeiro, a tipologia das doutrinas utilitaristas foi recentemente enriquecida com uma nova distinção, qual seja aquela entre doutrinas de prevenção positiva e doutrinas de prevenção negativa, dependendo do fato da prevenção - especial ou geral - realizar-se positivamente, por meio da correção do delinquente ou da integração disciplinar de todos os cidadãos, ou, negativamente, por meio da neutralização daquele ou da intimidação destes.⁵⁰

A esses objetivos somam-se, ainda, outros, a exemplo da função de reafirmação do valor da norma, decorrente do funcionalismo sistêmico sustentado por Günther Jakobs.

Nos dizeres de Baratta, para o funcionalismo sistêmico:

[...] a reação punitiva terá como função principal a de restabelecer a confiança e reparar ou prevenir os efeitos negativos que a violação da norma produz para a estabilidade do sistema e a integração social. Quando esses efeitos, em atenção à estabilidade do sistema, deixam de ser toleráveis, intervém a reação punitiva. A pena, afirma Jakobs, não constitui retribuição de um mal com um mal, não é dissuasão, isto é, prevenção negativa. Sua função primária é, por outro lado, a prevenção positiva. A pena é prevenção-integração no sentido de que sua função primária é "exercitar" o reconhecimento da norma e a fidelidade em face do Direito por parte dos membros da sociedade. (G. Jakobs, 1983, p. 6 ss).⁵¹

50 Ob. citada, p. 204/205.

51 BARATTA, Alessandro. Integración-prevención: una "nueva" fundamentación de la pena dentro de la teoría sistémica. In: Criminología y sistema penal. Buenos Aires: B de F, 2004, p. 3.

A par das teorias fundamentadoras da pena, constata-se, com base na realidade vivenciada, o esvaziamento de referidos fundamentos, funcionando como forma de seleção e contenção das camadas excluídas.

Sob essa perspectiva, todo o funcionamento do sistema penal, quando não acompanhado de medidas outras que enfrentem a raiz social da criminalidade, desde seu processo legislativo, com a eleição de bens jurídicos a serem tutelados por meio da lei penal, até sua efetiva aplicação, com a imposição e cumprimento da pena, não observa a isonomia, privilegiando interesses segmentados.

Noutras palavras, o funcionamento do direito penal, de forma isolada, como um fim em si mesmo, não tem atingido sua finalidade de assegurar a paz social e reduzir a criminalidade, mas, ao revés, tem se mostrado seletivo e ineficaz.

A atuação criminal isolada mantém e acentua os problemas que estão na base dos motivos da criminalidade, uma vez que se restringe ao ingresso e posterior saída das mesmas pessoas do sistema carcerário, sem o tratamento adequado das efetivas causas da criminalidade. O Estado que tem um sistema penal como o ora retratado caracteriza-se como um Estado policial em lugar de um Estado social.

A mera aplicação do direito penal opera mediante repressão seletiva, não solucionando os problemas e conflitos sociais.

A atuação do Ministério Público que se limita a esse tipo de atuação acaba por consolidar referido Estado penal, não cumprindo com sua função constitucional de promoção da democracia e da cidadania.

Ressalva-se que os membros do Ministério Público, muitas vezes pelo excesso de demanda a que submetidos, acabam desenvolver uma forma de atuação tendente a solucionar os problemas cotidianos lhe apresentados, não se atentando às interferências da ideologia dominante na atuação das agências de controle, comprometendo o exercício de seu mister constitucional, qual seja, de defesa da democracia.

Esse estado de coisas, legitimado pelas agências estatais, conduz à racionalidade crítica de Alessandro Baratta, segundo a qual o sistema penal tem por finalidade própria a seletividade e a manutenção das relações de poder⁵², fortalecendo a crença, na esteira da criminologia de Cesare Lombroso, defensor da

⁵² BARATTA, Alessandro. Criminologia crítica e crítica do direito penal: introdução à sociologia do direito penal. Trad. Juarez Cirino dos Santos, Rio de Janeiro: Revan, 1999.

tese do criminoso nato, de que o problema do crime e da criminalidade está no criminoso e não na maneira como o Estado está sendo gerido.

2.1 A escola penal clássica

Com o escopo de analisar a lógica e o raciocínio do sistema de justiça criminal ainda vigente na contemporaneidade necessário o estudo da escola penal clássica que tanta influência exerce sobre a racionalidade penal moderna, que será abordada no tópico seguinte.

A escola penal clássica representa o primeiro conjunto sistematizado e articulado de reflexões sobre o exercício punitivo, razão pela qual recebeu, posteriormente, a denominação de Escola.

Justamente em razão do ineditismo de seu campo de pensamento, o início da escola clássica goza de orientação basicamente filosófica, tendo na obra “Dos delitos e das penas” (1764), de Cesare Beccaria, sua principal expressão, com posterior desenvolvimento de um saber jurídico acerca dos institutos penais, tais como crime, criminoso e pena, no qual a obra “Programa do curso de direito criminal” (1859), de Francesco Carrara, se mostra como principal expoente.

O problema central da escola sob análise centra-se na questão relativa aos limites e à justificação do poder de punir estatal face a liberdade individual, visando a busca de um fundamento racional do referido poder, a proteger o indivíduo contra toda e qualquer intervenção punitiva ilimitada ou arbitrária.

Nesse contexto, a obra de Beccaria, expoente do período fundacional da Escola, pode ser analisada sob um duplo e simultâneo viés, isto é, inicialmente como uma crítica ao modelo de justiça penal vigente, que se baseava na arbitrariedade, desumanidade, crueldade e desproporcionalidade das penas, e, em um segundo momento, em uma proposição de reconstrução, com a normatização e publicização do direito de punir, proporcionalidade entre delito e pena e humanidade da reprimenda, com abandono de penas cruéis. É nesse momento que sugere a substituição das penas cruéis pela privação da liberdade.

Já em Carrara se encontra a fase jurídica ou jusracionalista da Escola clássica, marcada pelo abandono da fase meramente crítica e negativa, que marca o momento fundacional da Escola, com o surgimento de uma perspectiva construtiva.

O primeiro conceito desenvolvido por Carrara foi o de crime, tendo exposto que:

O delito é um ente jurídico, porque sua essência deve consistir necessariamente na violação de um direito. Porém o direito é congênito ao homem, porque foi dado por Deus à humanidade desde o primeiro momento de sua criação, para que aquele pudesse cumprir seus deveres na vida terrena. Portanto, o direito deve ter vida e critérios preexistentes aos pareceres dos legisladores humanos, critérios infalíveis, constantes e independentes dos caprichos dos legisladores e das utilidades avidamente aneladas por eles. Assim, como primeiro postulado, a ciência do direito criminal deve considerar-se como uma ordem racional que emana da lei moral jurídica, preexistente a todas as leis humanas e que obriga aos legisladores.⁵³

Do texto transcrito, constata-se a filiação de Carrara ao jusnaturalismo, haja vista sua afirmação de que o delito, embora se constitua em uma violação da lei do Estado, tal lei tem por fundamento a suprema lei do direito natural.

Ademais, para Carrara o fundamento da responsabilidade penal se encontra na responsabilidade moral decorrente do livre-arbítrio. Nesse sentido, portanto, constrói o conceito de imputabilidade, enquanto capacidade de entender o valor ético-moral-social da ação e de determinar-se de acordo com esse entendimento. Lado outro, a inimputabilidade existiria nas situações de incapacidade de compreensão do desvalor da conduta, ou na ausência de capacidade de determinar-se de acordo com esse entendimento. A esse respeito a lição de Andrade: “A responsabilidade penal decorre, pois, da violação consciente e voluntária da norma penal. Para que a vontade seja culpável, deve ser exercida no domínio do livre-arbítrio, que confere imputabilidade ao sujeito da ação”.⁵⁴

Da lição de Carrara emerge, ainda, a noção de pena como retribuição, um mal, imputável àquele que livre e conscientemente transgredir o ordenamento jurídico, caracterizando-se como instrumento de tutela jurídica, já que através dela é possível a defesa do direito.

53 CARRARA, Francesco. Programa do Curso de Direito Criminal, vol. I, Trad. José Luiz V. de A. Franceschini e J.B. Prestes Barra, São Paulo; Saraiva, 1954, p. 5.

54 ANDRADE, Vera Regina Pereira de. A ilusão de segurança jurídica - Do controle da violência à violência do controle penal. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997, p. 31.

A fase jurídica da Escola clássica apresenta, assim, como seus postulados fundamentais: a) o delito como ente jurídico, posto que sua essência consiste na violação de um direito; b) o criminoso como um ser normal, neutro, no exercício pleno de suas faculdades mentais e na posse de seu livre-arbítrio, viola conscientemente o ordenamento jurídico; e c) a pena como retribuição.

2.2 A racionalidade penal moderna

O surgimento dos Estados nacionais acarretou importantes alterações, também, na dogmática penal. Com efeito, referido fenômeno teve o condão de precipitar a chamada “era de ouro” da vítima, posto que se passou a entender que o crime tem como vítima principal o soberano, ou o Estado, relegando-se o papel do ofendido a um patamar inferior, vindo a tornar-se um objeto sobre o qual recai a conduta criminosa⁵⁵.

Nesse contexto, o final do Século XVIII, em razão de todas as transformações de ordem política, econômica, social e cultural que vinham sendo operadas nas sociedades ocidentais, com a transição da ordem feudal e dos Estados absolutistas para a ordem capitalista e para o Estado de direito liberal, marca também o momento histórico de transmutação na estrutura do controle penal da sociedade.

Passa-se, dessa forma, de um sistema centrado e vocacionado à satisfação da vítima, onde não havia o uso da sanção para finalidade outra que não o atendimento das necessidades do ofendido e de seus familiares⁵⁶, para um modelo de cunho canônico-romano caracterizado pela verticalidade, com a introdução de um terceiro estranho ao delito, detentor de poder ou por este indicado, como responsável pela edição da solução ao caso concreto, substituindo-se, também,

55 CÂMARA, Guilherme Costa. Programa de política criminal: orientado para a vítima de crime. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 38-39.

56 “observa-se que no modelo germânico, desde sua fase primitiva (séculos I a IV) e ainda durante os séculos V a VIII, a resposta às violências sofridas tinha conotação “satisfativa” à vítima, que era quem as sofria, ou àqueles a ela ligados pelos laços de sangue no clã (viúva, descendentes, ascendentes etc.). Não havia o uso da “sanção” para outra finalidade que não fosse a de atender às necessidades da vítima e seus próximos. Era a chamada busca pela “paz acordada” entre os iguais” (MORAES, Maurício Zanoide de. Processo Criminal Transformativo: modelo criminal e sistema processual não violentos, São Paulo: D’Plácido, 2022, p. 277).

inevitavelmente, os interesses da vítima como reitores dessa decisão, pelo interesse do soberano do Estado.

Todo esse processo transformacional é sintetizado em quatro etapas fundamentais, na lição de Stanley Cohen⁵⁷, a saber: 1) o Estado passa a titularizar e monopolizar o exercício da violência penal, com o incremento do papel do Estado e a hegemonia da lei e da justiça penal no campo do controle do desvio, caracterizando-se pela centralização, racionalização e burocratização do sistema de justiça penal; 2) desenvolvimento de um modelo de especialização profissional, com aumento de classificações e diferenciações dos desviados; 3) o cárcere como resposta penal hegemônica, assumindo o papel de instrumento dominante para a transforação dos comportamentos indesejáveis; e 4) redução drástica do castigo público e do sofrimento físico como decorrência da conduta desviada.

Essa passagem do antigo para o novo modelo de controle, portanto, acentua as características da centralização, racionalização e do encarceramento como resposta estatal básica e necessária à conduta indesejada.

A centralização resta manifestada pela concentração do controle penal na esfera estatal, por meio do exercício do poder racional, posto que limitado pela lei, diversamente do verificado no regime anterior.

Esse giro em relação aos sistemas penais, ademais, reflete a necessidade de afirmação do poder central, como destaca Moraes⁵⁸:

(...) Todo o exposto até aqui explica como as bases antropológicas (lato sensu) propiciaram e justificaram a definição dos ocupantes do poder real e clerical que acompanham os agentes externos do modelo criminal. Daquelas bases, depreende-se, ainda, o propósito funcionalista e instrumental possível apenas por meio do já conhecido modelo criminal romano-canônico. A sua progressiva prevalência foi uma natural decorrência, pois o modelo germânico não serviria como forma de instituir desígnios políticos. Só a metodologia da *inquisitio*, ínsita ao modelo romano-canônico atribuiria a agentes internos, escolhidos pelo poder instituído, o poder de “conhecer e decidir” o que era a questão criminal, como e quem deveria ser por ela punido.

(...) o direito penal ou o direito processual penal, enfim, a legislação criminal da época, nunca foi causa de mudança política, mas consequência secundária de se implementar algo já definido por anteriores e superiores razões, com raízes muito mais profundas: o modelo político de poder central já escolhido e carente de instrumentos para sua consolidação definitiva. O modelo criminal tornou-se único e prevalente, pois a própria concepção de Estado tornara-se única e prevalente. A legislação criminal, repetindo seu funcionalismo romano-canônico, confirma historicamente o que os cientistas

57 COHEN, Stanley. *Visiones del control social*. Barcelona: PPU, 1988.

58 *Idem supra*, p. 275.

políticos afirmam em consenso: essa legislação é um reflexo icônico das escolhas de política criminal do poder central.

Outrossim, dada a finalidade da imposição da pena, já sob o regime romano-canônico, que deveria exprimir a alta reprovação de um ato praticado contra o detentor do poder, além da necessária dissuasão a ser operada ante os demais integrantes da sociedade, as reprimendas penais caracterizaram-se por sua alta intensidade e crueldade, a exemplo das penas de carbonização e de submissão às feras do *circus*⁵⁹.

Assim, influenciada pela obra de Cesare Beccaria, surge a criminologia clássica, inspirada por fatores como os excessos dos castigos físicos e o arbítrio dos soberanos, em nada se referindo à vítima⁶⁰.

Para a criminologia clássica, o crime é um fenômeno abstrato, decorrente da vontade livre e racional do autor, este entendido como um igual, sem a influência de qualquer fator externo, e mesmo de sua personalidade. Sustenta que a lei traz disposições justas aplicáveis a todos, sendo que sua inobservância ou infringência ocorre por livre escolha do autor⁶¹.

Esse contexto ensejou, no Ocidente da segunda metade do Século XVIII, a construção de uma lógica de pensamento do sistema penal caracterizado por um conjunto de práticas jurídico-institucionais com estreita vinculação de fatos e valores, denominada racionalidade penal moderna por Álvaro Pires⁶².

Com efeito, a lei penal ostenta, na racionalidade penal moderna, uma estrutura “telescópica”, justapondo uma norma de sanção a uma norma de

59 MORAES, Maurício Zanoide de. Processo criminal transformativo: modelo criminal e sistema processual não violentos; coord. da coleção Cláudio Brandão, Belo Horizonte: D'Plácido, 2022, p. 279.

60 “Importante pensador desse momento histórico e que muito contribuiu para a formatação da Escola Clássica foi Cesare Beccaria ou Marquês de Beccaria (1738-1794), que ficou consagrado com sua obra *Dos delitos e das penas*. Beccaria lecionava que o crime deve ser combatido com uma pena proporcional ao mal causado pelo criminoso, sem visar apenas ao seu sofrimento. As penas não devem ser excessivamente elevadas nem extremamente brandas, mas o que deve existir é a certeza da punição” (GONZAGA, Christiano. *Manual de Criminologia*, São Paulo: Saraiva, 2021, p. 44).

61 “A criminologia tradicional tinha por base um sólido e pacífico consenso: o conceito legal de delito, não questionado; as teorias ‘etiológicas’ da criminalidade, que tomavam daquele seu autêntico suporte ‘ontológico’; o princípio da diversidade (patológico) do homem delinqüente (e da disfuncionalidade do comportamento criminal); e os fins conferidos à pena, como resposta justa e útil ao delito” (MOLINA, Antonio García-Pablos de; GOMES, Luiz Flávio. *Criminologia*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 64-65).

62 A racionalidade penal moderna, o público e os direitos humanos. *Novos estudos CEBRAP*, n. 68, 2004.

comportamento, ganhando destaque três espécies de sanção: a morte, a prisão e a multa, em especial a segunda das espécies⁶³.

Essa estrutura conferiu à pena aflictiva a função de comunicação do valor da norma de comportamento e o grau de reprovação de sua transgressão, em compasso com uma típica linha de pensamento medieval, razão pela qual a sanção (aflictiva) não poderia deixar de ser imposta, uma vez observada a prática da conduta vedada pela norma de comportamento. Por essa razão, Tobias Barreto sustenta que “o centro de gravidade do direito penal está na pena”.⁶⁴

Na idade média, ademais, a disseminação dessa linha de pensamento foi tão efetiva a ponto de considerar-se como incivilizada ou pouco evoluídas as culturas ou civilizações que não trouxessem em seu ordenamento jurídico a previsão de pesadas sanções aflictivas para o caso de transgressão às suas normas de comportamento, como se colhe do trecho da obra de Émile Durkheim:

O que prova a menor dignidade moral que lhes era então atribuída é a menor gravidade das penas [...]. Na Grécia, mesmo o assassinato era punido apenas a pedido da família, e esta poderia contentar-se com uma indenização pecuniária.⁶⁵

Essa simbiose entre a norma de comportamento e a norma de sanção, que reflete no ordenamento jurídico pátrio de forma expressa, conforme se pode depreender do artigo 1º do Decreto-Lei n. 3.914/1941 (Lei de Introdução ao Código Penal)⁶⁶, acaba por obstaculizar pensar-se o direito penal, máxime no que tange às consequências ao delito, para além da pena privativa de liberdade, em menoscabo a diversas outras possibilidades que pudessem se mostrar mais adequadas ao caso concreto, inclusive com maior efetividade na redução da reincidência.

Essa relação, ainda, cria a falsa impressão de necessidade das normas de comportamento e de sanção para a efetiva salvaguarda do bem jurídico tutelado, quando, em realidade, a única norma que tem o condão de fazê-lo, é a norma de comportamento.

63 *Idem supra*, p. 41.

64 BARRETO, Tobias. *Estudos de direito*, T. II. São Paulo: Record, 1991, p. 110.

65 *Idem supra*.

66 Considera-se crime a infração penal que a lei comina pena de reclusão ou de detenção, quer isoladamente, quer alternativa ou cumulativamente com a pena de multa; contravenção, a infração penal a que a lei comina, isoladamente, pena de prisão simples ou de multa, ou ambas, alternativa ou cumulativamente.

Essa passagem, portanto, do período pré-clássico à racionalidade penal moderna redundou na substituição de uma cultura de autorização para punir ilimitadamente a outra de obrigação de punir limitadamente, como destaca Álvaro Pires:

A racionalidade penal moderna fundamenta a punição como uma *obrigação* ou *necessidade*. Com efeito, a fundamentação do direito de punir sofreu uma metamorfose durante o século XVIII e a primeira metade do século XIX. No período pré-clássico, os saberes sobre a pena fundamentavam o direito de punir no sentido pleno da expressão: as penas aflictivas eram concebidas simplesmente como autorizadas, constituindo uma espécie de prerrogativa do Príncipe ou do Poder Judiciário, de modo que a Justiça dispunha de autorização para punir mas também para não punir, buscando alternativas à penalidade. No quadro da racionalidade penal moderna passa-se de uma cultura da autorização para punir ilimitadamente a uma cultura da obrigação de punir limitadamente.⁶⁷

Outrossim, a racionalidade penal moderna modificou o conceito e a extensão do princípio da *ultima ratio*. Isto porque, referido princípio foi reduzido à sua dimensão política, posto que dirigido ao Poder Legislativo no momento da seleção das condutas que se mostram aptas à vulneração de um bem jurídico penalmente relevante, e, portanto, merecem ser tipificadas, desonerando-se as instituições integrantes do sistema de justiça criminal de sua observância no momento da aplicação da pena⁶⁸.

Ora, o processo penal se mostra como a instância adequada à aferição da conduta perpetrada e da consequência jurídica mais consentânea aos anseios de vítima, da sociedade e do autor da prática delitiva, sendo que essa escolha, quando bem realizada, acarretará resultados mais efetivos no tratamento do delito e de sua absorção social, com resultados potencialmente transformadores da realidade social.

Tamanho o sucesso dos fundamentos da racionalidade penal moderna, que mesmo setores mais progressistas ou atentos à temática dos direitos humanos defendem a proteção de referidos direitos humanos por meio da vulneração desses mesmos direitos, dada a postulação, por importantes organizações, de apenamentos severos a condutas delitivas que atentem contra determinados setores da sociedade

67 A racionalidade penal moderna, o público e os direitos humanos. Novos estudos CEBRAP, n. 68, 2004, p. 44.

68 Idem supra, p. 45.

civil, a exemplo dos delitos de violência doméstica e familiar contra a mulher, contra crianças e adolescentes etc.

Disso se extrai, nas palavras de Feelay e Simon, que “a racionalidade penal moderna se constrói como um sistema pré-político ou trans político, pois se sedimenta antes ou independentemente das visões políticas de mundo”⁶⁹.

2.3 Modelo criminal persecutório-punitivo único e seus reflexos

O raciocínio da atuação criminal predominantemente, senão exclusivamente, pautada na persecução e punição desconsidera, como já visto, o novo perfil constitucional do Ministério Público.

Releva notar, entretanto, que na seara de atuação extra penal, os integrantes do Ministério Público mostram-se abertos à absorção desse seu papel de protagonistas na efetivação de direitos, superando um anacrônico perfil demandista e valendo-se de atuação resolutiva e estrutural, seja na defesa dos direitos difusos, coletivos, individuais homogêneos, de que são exemplos a defesa aguerrida do meio ambiente ecologicamente equilibrado, o zelo pelo patrimônio público e mesmo a salvaguarda de interesses mais individualizados, tal como a demanda por medicamentos e matrícula escolar.

No entanto, a mesma disposição não se faz notar, e, ao contrário, muitas vezes é combatida na atuação criminal, mostrando-se, portanto, progressista nas diversas áreas de atuação, e conservador na seara penal, tendo Bonavides e Silva⁷⁰ chegado a semelhante conclusão:

A partir daí é que se renovam as inquietações sobre o fato de que, apesar das atualizações de cunho resolutivo e estrutural nas demais áreas, não se observa que elas sejam nucleares no campo criminal, mantendo-se periféricas sem contribuir para a superação do perfil punitivo, demandista e burocrático. Além disso, se destaca a manutenção de um discurso quanto à imprescindibilidade do papel punitivo do Ministério Público nos casos considerados “mais relevantes”, o que reforça a compreensão de que há efetivamente um distanciamento cognitivo entre os atuais perfis ministeriais, prejudicando a formação de uma identidade institucional uma, que tenha como referência as diretrizes transformativas da Constituição de 1988.

69 Apud PIRES, Álvaro, 2004, p. 45.

70 2022, p. 16.

A resistência, no entanto, a essa nova roupagem institucional deságua em um sistema penitenciário com perfil marcadamente segregacionista e violento, uma vez que, segundo dados do Departamento Penitenciário Nacional (DEPEN) referentes ao primeiro semestre de 2020, 702.069 (ou 32,39%) pessoas estavam presas por crimes ligados à legislação de drogas⁷¹ e 837.757 (ou 38,65%) estavam presas por crimes contra o patrimônio⁷².

Com base nesses números, se chega à conclusão de que crimes praticados com intuito de vantagem patrimonial ou econômica atingem o montante de 71,04% das pessoas presas.

Além disso, 95% da população prisional é composta por homens, sendo 41,91% de jovens entre 18 e 29 anos de idade, ou seja, jovens que estariam no início de suas vidas profissionais. Ainda, segundo dados do Infopen, em 2016 51% dos detentos não haviam completado o ensino fundamental e 90% não havia completado o ensino médio⁷³.

Analisando-se esses dados se constata que o perfil da população carcerária é de homens jovens, no início de suas vidas profissionais, com baixa escolaridade e que praticam crimes visando a obtenção de alguma vantagem econômica ou patrimonial.

Nesse contexto, para além da atuação meramente persecutória punitiva, seria de salutar importância uma atuação estruturada do Ministério Público no sentido de fomentar políticas públicas tendentes à escolarização, formação e capacitação profissional e de geração de emprego e renda, as quais efetivamente têm o condão de reduzir os números da criminalidade, conforme destacado no Atlas da Violência de 2017:

O crescimento econômico faz aumentar a oferta de postos de trabalhos, ao mesmo tempo em que eleva o salário real do trabalhador. Isto faz com que o custo de oportunidade de entrar no mundo da criminalidade urbana aumente, fazendo diminuir os incentivos a favor do crime, o que contribui para a queda das taxas.⁷⁴

⁷¹ Desses, 49,00% em regime fechado, e 29,81% presos provisórios.

⁷² Bonavides; Silva, 2022, p. 19.

⁷³ Idem supra.

⁷⁴ FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA: INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA. Atlas da Violência 2017. Rio de Janeiro, 2017, p. 20.

Outrossim, e considerado o perfil dos ocupantes do sistema carcerário, calha a observação acerca de eventual impacto desproporcional suportado por esse espectro da sociedade.

A teoria do impacto desproporcional, ou *disparate impact doctrine*, foi recentemente utilizada como fundamento no voto da Min. Rosa Weber na Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 442, tendo a relatora exposto em seu voto condutor sua origem e extensão:

desenvolvida na jurisprudência da Suprema Corte dos Estados Unidos a partir do caso *Griggs v. Duke Power Co.*, caracteriza-se pelo impacto desproporcional que a norma exerce sobre determinado grupo já estigmatizado e, portanto, seu efeito de acirramento de práticas discriminatórias, independentemente de um propósito discriminatório.⁷⁵

Caracteriza-se referida teoria, ancorada no princípio da isonomia, no reconhecimento de que discriminações podem decorrer indireta ou implicitamente de situações reguladas aparentemente como neutras, isto é, que visam outorgar direitos universalmente igualitários.

Dessa forma, malgrado a vigência geral da norma penal, tem-se, da análise dos dados acima, que a população notadamente por ela atingida é a de homens jovens com baixa escolaridade e renda, de onde se extrai que a atuação do sistema de justiça criminal não necessariamente vinculada à punição poderia corrigir essa distorção e dar respostas mais efetivas e satisfatórias no processamento do ilícito.

2.4 As vertentes ideológicas dos integrantes do Ministério Público

Preliminarmente à exposição das vertentes ideológicas dos membros do Ministério Público, necessária a análise, propriamente, do termo “ideologia”.

Referida análise se mostra necessária, dada a pluralidade de conceituações conferidas ao termo⁷⁶, muitas vezes utilizado de forma negativa ou pejorativa.

⁷⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (pleno). Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental 442.

⁷⁶ “Tanto na linguagem política prática, como na linguagem filosófica, sociológica e político-científica, não existe talvez nenhuma outra palavra que possa ser comparada à Ideologia pela freqüência com a qual é empregada e, sobretudo, pela gama de significados diferentes que lhe são atribuídos” (BOBBIO, Norberto; MATEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. Trad. Carmem C. Varriale et al. Dicionário de Política, Brasília: Editora UnB, 1998, p. 585.

Entretanto, o termo será utilizado, no presente trabalho, para identificar a inclinação, individual ou coletiva, a determinados “‘sistemas de pensamento’, ‘sistemas de crenças’ ou ‘sistemas simbólicos’, que se referem à ação social ou à prática política”⁷⁷, isto é, à identificação dos grupos, coletivos e associações abaixo nominadas a ideais mais propensos a uma visão de direito penal como apto à regulação social, e, portanto, afastado de considerações acerca dos motivos da prática delitiva e consequências do encarceramento, ou, de outro lado, tendentes a uma visão de direito penal permeada por questões de justiça social.

Nesse contexto, o funcionamento do sistema de justiça penal focado apenas na responsabilização daquele que pratica fato definido como crime pela legislação em vigor, sem a atenção às causas da criminalidade e consequências do encarceramento, conduz a uma sistemática inapta à resolução ou minimização do problema, apenas alimentando um sistema caracterizado pelo constante e repetido ingresso e saída das mesmas pessoas do cárcere, conforme exposto alhures.

Premente a necessidade, portanto, de reavaliação da forma de atuação na seara criminal, em consonância, ademais, ao quanto será pontuado no Capítulo 3.

Neste contexto, nota-se dentre os integrantes do Ministério Públicos grupos mais receptivos, e outros mais resistentes, à mudança de perspectiva proposta.

Com efeito, uma primeira ala de integrantes, a quem se pode chamar de progressistas, surgiu com o movimento do direito alternativo, nos anos 1990, embora remonte suas bases ao descontentamento de juristas em relação ao tempo da ditadura militar. Cita-se como marco de inauguração do referido movimento o I Encontro Internacional de Direito Alternativo, ocorrido em Florianópolis, de 04 a 07 de setembro de 1991, e tem os seguintes pontos teóricos comuns entre seus membros:

- 1) não aceitação do sistema capitalista como modelo econômico; 2) combate ao liberalismo burguês como sistema sociopolítico; 3) combate irrestrito à miséria da grande parte da população brasileira e luta por democracia, entendida como a concretização das liberdades individuais e materialização de igualdade de oportunidades e condição mínima e digna de vida a todos; 4) uma certa simpatia de seus membros em relação à teoria crítica do Direito. Há uma unanimidade de crítica ao positivismo jurídico (paradigma liberal-legal), entendido como uma postura jurídica técnica-formal-legalista, de apego irrestrito à lei e de aplicação de uma pseudo

⁷⁷ THOMPSON, John B. Ideologia e cultura moderna: teoria social crítica na era dos meios de comunicação de massa, trad. do Grupo de Estudos sobre ideologia, comunicação e representações sociais da pós-graduação do Instituto de Psicologia da PUCRS, Petrópolis/RJ: ed. Vozes, 2011, p. 14.

interpretação lógica dedutiva, somada a um discurso apregoador: a) da neutralidade ou avaloratividade; b) do formalismo jurídico ou anti-ideológica do Direito; c) da coerência e completude do ordenamento jurídico; d) da fonte única do Direito e da interpretação mecanicista das normas efetuada através de um método hermenêutico formal/lógico/técnico/dedutivo.⁷⁸

O movimento do direito alternativo foi um dos pioneiros a buscar que as decisões judiciais influenciassem no mundo político, com a mobilização dos operadores do direito para a desconstrução da tradição jurídica conservadora.

Referido movimento teve impacto em todo o sistema de justiça, bem como sobre os operadores do direito, tendo influenciado membros do Ministério Público a posicionarem-se politicamente, seja o apoiando ou rechaçando.

Assim, em 1991 fora criado, em São Paulo, o “Movimento MP-Democrático” (MPD), inspirado na Associação dos Juízes pela Democracia (AJD), fundamentado em filosofias de esquerda, e que teve inspiração nos movimentos europeus pela democratização do acesso à justiça, a exemplo da “Magistratura Democrática” na Itália, do “*Jueces para la Democracia*” na Espanha e no “Sindicato do Ministério Público em Portugal”⁷⁹ (Silveira, 2022, p. 234).

O “Coletivo Transforma MP” é outro exemplo de grupo que congrega agentes do Ministério Público de perfil mais progressista, tendo sido criado em 2016 durante o processo de impeachment de Dilma Roussef, tendo por objetivo denunciar a tendência punitivista na instituição. Para o grupo em comento, o Ministério Público “deve pautar o exercício de suas atribuições no sentido de contribuir para a transformação da realidade brasileira”⁸⁰, na defesa, por exemplo, da reforma agrária e urbana, e na defesa do Estado laico, com observância da plena garantia da liberdade religiosa.

Outros grupos com esse viés progressista foram também criados dentre os integrantes do Ministério Público, a exemplo do “Coletivo Transforma MP” em 2016, e “Movimento Nacional de Mulheres do Ministério Público” em 2018.

Interessante pontuar que há movimento que se aliam mais às pautas sociais e de inclusão das categorias mais vulnerabilizadas, que também são identificadas com movimentos de esquerda, os quais, inclusive, passaram, em algumas

78 ANDRADE, Lédio Rosa. Introdução ao Direito Alternativo Brasileiro, São Paulo: Livraria do Advogado, 1996.

79 SILVEIRA, Treicy Giovanella. Guardiã da sociedade: uma sociologia do Ministério Público. Florianópolis, 2022. Tese, Universidade Federal de Santa Catarina, p. 234.

80 Idem supra.

situações, a se manifestar especificamente em relação a políticas partidárias e governamentais, como o caso da Associação Brasileira de Juristas para a Democracia (ABJD), com manifestações explícitas contra o governo de Jair Bolsonaro e em defesa da inocência de Luiz Inácio Lula da Silva, nos processos referentes à Operação Lava Jato.⁸¹

Se a redemocratização e os governos federais com viés “progressista” deram ensejo a agrupamentos com ideais à esquerda, as mobilizações de 2013, os movimentos de 2016 a favor do impeachment, e a eleição de Jair Bolsonaro em 2018 incentivaram também reações conservadoras dentro do Ministério Público, com a consequente criação de agrupamentos mais alinhados às ideias correspondentes à “direita”⁸².

Dentre referidos agrupamentos “conservadores”, cita-se o Movimento de Combate à Impunidade (MCI), criado em 2017, tendo seu foco no debate da segurança pública, do combate à impunidade, das políticas de desencarceramento e da lei de abuso de autoridade⁸³.

A Associação Nacional MP Pró-Sociedade (MPPS), criada em 2018, também se encaixa no perfil “à direita”, e tem como referência personalidades como o filósofo britânico Roger Scruton, o jornalista Percival Oliveira Puggina, o escritor norte-americano Russel Kirk e o astrólogo brasileiro Olavo de Carvalho, todos reconhecidamente conservadores⁸⁴.

Referidos agrupamentos, ademais, fundamentam seus posicionamentos na doutrina cristã, uma vez que, segundo relatam, a maioria da população brasileira é conservadora e cristã, além do que combatem pautas ligadas ao garantismo penal e ao globalismo. Traço marcante desses movimentos, ainda, é o combate ao “pensamento marxista ocidental” decorrente da obra de Antonio Gramsci.

No âmbito criminal, referidas associações concebem a prática delitiva como uma decisão pessoal do transgressor, independentemente do seu contexto social, filiando-se, assim, à criminologia clássica⁸⁵.

81 Informativo Juristas pela Democracia, ABJD, n. 4, julho de 2021.

82 SILVEIRA, Treicy Giovanella. *Guardião da sociedade: uma sociologia do Ministério Público*. Florianópolis, 2022. Tese, Universidade Federal de Santa Catarina.

83 *Idem supra*.

84 *Idem supra*.

85 o crime não é um ente de fato, é um ente jurídico; não é uma ação, é uma infração. É um ente jurídico porque sua essência deve consistir necessariamente na violação de um direito. Com tal pensamento queria se dizer que o crime é a violação do direito como exigência racional e não como norma de direito positivo, em uma clara alusão ao pensamento contratualista. Se o crime é uma

Ainda, advogam que a imposição da pena é a medida única, necessária e suficiente ao combate à criminalidade, excluindo-se medidas de política criminal e social para tal finalidade, não cabendo ao Ministério Público a efetivação de tais medidas a fim de alterar a realidade social, conforme se verifica de seu ato constitutivo:

Segundo a Constituição, o Ministério Público é o Defensor da Sociedade e, portanto, ela deve ser colocada em primeiro lugar por quem pretender se afirmar um Membro atuante do MP.

Afirmamos categoricamente que o MP não é um “agente de transformação social” pois quem tem a legitimidade de agir para mudar é a própria Sociedade.

[...]

Entendemos que os agentes do governo não devem se voltar apenas para a defesa de direitos e garantias de criminosos e para a proteção deles; mas, principalmente, de suas vítimas inocentes: elas são a prioridade em qualquer hipótese. Todas as decisões, para serem de interesse público, precisam se afastar da Bandidolatria e buscar minimizar o Democídio a que tem sido submetida a população brasileira: cremos no Efetivismo Penal. Os Direitos Humanos são universais, mas as vítimas têm sido esquecidas e assim precisamos pensar a sério nos Direitos Humanos das Vítimas.

Declaramos categoricamente que o maior princípio, valor, garantia e direito é a Liberdade, vez que, sem ela, a igualdade será sempre duvidosa, dependendo de cremos nas meras afirmações de coletivos, movimentos e do governo, e que a fraternidade seria, assim, algo falso e imposto.

[...]

Proclamamos fundado, então, o MP PRÓ-SOCIEDADE, instituição que coloca a Sociedade em primeiro lugar e que visa a reunir membros que adotam esses valores, bem como a cultuá-los, divulgá-los e efetivá-los.⁸⁶

Pela análise das associações criadas por membros do Ministério Público se percebe uma divisão ideológica existente entre seus membros, que, para além do posicionamento político expressado, reflete a maior ou menor receptividade daqueles que atuam na linha de frente do sistema judicial criminal quanto a

exigência racional, ele só pode emanar da liberdade de querer como um axioma fundamental para o sistema punitivo. Advém daí o chamado livre-arbítrio, base da atribuição de uma pena proporcional e grande fonte de críticas por parte dos positivistas. Para os clássicos, a pena é uma retribuição jurídica que tem como objetivo o restabelecimento da ordem externa violada. A pena, como negação da negação do direito (segundo Hegel), ou o justicamento do último assassino que se achasse na prisão, caso a sociedade fosse se dissolver (segundo Kant), são exemplos de como a pena tinha como objetivo o restabelecimento da ordem externa (leia-se jurídica) violada. Evidentemente que o método de estudo subjacente a essa forma de pensar não poderia ser experimental, mas sim o método lógico-abstrato ou o dedutivo. O alheamento natural dos clássicos, em função de suas ideias, criou uma certa incapacidade explicativa de alguns fenômenos da época. A começar pelo postulado da racionalidade pura, capaz de supor uma homogeneidade absoluta de todos os homens no que toca aos processos pessoais, biopsicológicos, de motivação do ato delituoso (SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Criminologia*, São Paulo: Thomson Reuters Brasil, e-book, item 2.3).

86 Apud Silveira, ob. citada, p. 242.

possibilidade de adoção de medidas outras que não estritamente criminais no processamento e análise do fenômeno da criminalidade.

3 O MINISTÉRIO PÚBLICO E OS NOVOS PARADIGMAS DO DIREITO PENAL

Dado o novo perfil institucional conferido pela Constituição Federal de 1988 ao Ministério Público, percebe-se a intenção do Constituinte em conferir a referida Instituição a defesa da ordem democrática, relegando-lhe relevantíssima importância social na defesa e promoção dos direitos individuais e coletivos necessários.

Nesse contexto, a própria atuação no âmbito criminal pelo *Parquet* deve sofrer os efeitos dessa opção constitucional. É dizer, para além da clássica função de titular da ação penal, no exercício da persecução penal, com obediência aos princípios da obrigatoriedade e da legalidade, com caráter marcadamente neutro, deve o agente ministerial atentar-se, em sua atuação, para os objetivos pretendidos pelo Constituinte de salvaguarda da base principiológica própria do Estado Democrático de Direito.

Claro a esse respeito a lição de Busato:

Nesse sentido, para além da correta aplicação da lei, o Ministério Público passa a representar uma instância com claro direcionamento ideológico em favor de uma igualdade material que é requisito básico de admissão dos níveis de liberdade exigidos por um regime verdadeiramente democrático. Na seara penal, isso significa a adoção de uma perspectiva igualitária, transcendente à mera dogmática, que admita vieses criminológicos e político-criminais como filtros interpretativos do papel do Promotor de Justiça no processo penal. Se torna indispensável a adoção de certos referentes, como uma postura de mínima intervenção, de consideração de fatores sociais como filtros interpretativos e ampliação da perspectiva de defesa individual frente ao interesse coletivo. Para um desenvolvimento de uma política institucional que alcance as dimensões propostas, convém volver os olhos às perspectivas de atuação que oferece o direito penal moderno, situando os pontos em que a dogmática expressa pela legislação e jurisprudência pátrias devem ser abandonadas em prol de um redimensionamento do fenômeno do controle penal.⁸⁷

Nossa tradição jurídica, máxime no exercício das atividades do foro, tem se centrado no estudo sistemático da responsabilização criminal e consequente aplicação da pena àquele que praticou conduta típica, sem qualquer das causas excludentes da ilicitude na espécie, e que goze de culpabilidade, sem a necessária análise dos fins da pena, das causas da prática delitiva, e das consequências do apenamento, sem qualquer consideração, portanto, de política criminal.

⁸⁷ Ob. citada: 2002, p. 4.

Não se pode afastar o direito penal da conjuntura política e social da sociedade, cabendo ao Ministério Público e a seus membros, uma atuação guiada por essa perspectiva.

As consequências legais decorrentes do reconhecimento estatal da prática delitiva são de tamanha severidade que a apreciação do fato posto sob julgamento não pode deixar de perquirir o contexto em que praticada aludida conduta, dado que, *porque a pena é uma forma de privação de direitos fundamentais, o técnico não deve ser um aplicador autista da forma, isto é, não deve ser politicamente alienado.*⁸⁸

A título exemplificativo, cita-se o enunciado n. 593, da Súmula do Superior Tribunal de Justiça, *in verbis*: “O crime de estupro de vulnerável se configura com a conjunção carnal ou prática de ato libidinoso com menor de 14 anos, sendo irrelevante eventual consentimento da vítima para a prática do ato, sua experiência sexual anterior ou existência de relacionamento amoroso com o agente”.

Por certo que referida jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça tem por finalidade a proteção integral de crianças e adolescentes, em consonância com o artigo 227 da Constituição Federal, especificamente no campo da dignidade sexual.

Entretanto, a aplicação de aludido entendimento não considera fatores outros, tais como a realidade social de determinada localidade, o conteúdo da conduta perpetrada, máxime se realizada com violência ou grave ameaça, ou não, e as consequências da condenação, uma vez que é cediço o tratamento dispensado nos ergástulos àqueles condenados por crimes contra a dignidade sexual.

Ressalva-se que não se está a defender a ausência de responsabilização criminal de quem pratique crimes contra a dignidade sexual contra pessoa vulnerável, mas que as circunstâncias presentes no caso concreto norteiem essa análise.

Acerca da necessária influência de questões de política criminal na dogmática penal, na esteira de seu funcionalismo teleológico, a lição de Claus Roxin:

Submissão ao direito e adequação a fins político-criminais (kriminalpolitische Zweckmäßigkeit) não podem contradizer-se, mas devem ser unidas numa síntese, da mesma forma que Estado de Direito e Estado Social não são

88 BRANDÃO, Cláudio. Tipicidade e Interpretação no Direito Penal, Revista Sequência – PPGD UFSC, vol. 35, n. 68, p. 60.

opostos inconciliáveis, mas compõem uma unidade dialética: uma ordem jurídica sem justiça social não é um Estado de Direito material, e tampouco pode utilizar-se da denominação Estado Social um Estado planejador e providencialista que não acolha as garantias de liberdade do Estado de Direito.⁸⁹

Assim, a atuação ministerial não deve se conformar aos anacronismos existentes na legislação, sob um fundamento estrito de legalidade. Com efeito, aludidos anacronismos legislativos são genéricos, merecendo correção no caso concreto, com vistas à conformação da atuação do *Parquet* ao seu mister constitucional de garante da democracia e do Estado Democrático de Direito. Demais disso, o direito positivo não tem a aptidão de acompanhar o ritmo do desenvolvimento social e científico, razão pela qual a norma geral deve, mediante interpretação, amoldar-se para o caso concreto.

3.1 Direito Penal mínimo como reação ao Direito Penal máximo

A atuação do sistema de justiça criminal fundada na racionalidade penal moderna, sem a consideração das causas do crime e das consequências da imposição da pena, acarreta a disfuncionalidade de aludido sistema, conforme visto no Capítulo 2.

Nesse contexto, uma das reações a essa forma de atuar do sistema penal adveio da doutrina, sustentando a contração do próprio direito penal.

Assim, duas são as macrovisões possíveis do sistema penal, uma primeira caracterizada por um direito penal abrangente, com pretensão de alta capilaridade e totalizador, de controle do desvio na sociedade capitalista⁹⁰, e denominada de direito penal máximo.

Dessa forma, o chamado direito penal máximo tem a pretensão de caracterizar-se como regulador da sociedade, isto é, como ramo do direito responsável pelo tratamento dos desvios de condutas para, com isso, acabar por se constituir em um sistema conformador de condutas, apto à alteração da realidade social.

89 Política Criminal e Sistema Jurídico-Penal; tradução: Luis Greco. Rio de Janeiro:Renovar, 2020, p. 20.

90 Criminologia crítica e crítica do direito penal: introdução à sociologia do direito penal. Trad. Juarez Cirino dos Santos, Rio de Janeiro: Revan, 1999.

Verifica-se, assim, que o fenômeno da expansão ou inflação do direito penal configura uma das expressões do direito penal máximo, talvez sua expressão mais característica.

Opostamente, sustentam outros teóricos um sistema penal com característica mais reduzida, defendendo a contração do direito penal, dirigido a condutas que realmente se mostram aptas à vulneração do bem jurídico tutelado pela norma e cuja resolução não sejam possíveis por outros sistemas, a exemplo da incidência de outros ramos do direito, do tratamento educacional, social etc.

Na esteira do minimalismo, dada a ineficiência do direito penal para a mudança da realidade social, bem como para a satisfatória resolução dos conflitos, a inflação penal acaba por acarretar, tão somente, a banalização e a simbolização do direito penal, razão pela qual sustenta sobre dois princípios básicos, quais sejam, a insignificância e a intervenção mínima.

Além desse ideal, a incidência do direito penal está condicionada e limitada por um grau máximo de tutela da liberdade dos cidadãos⁹¹.

Na esteira do ensinamento de Alessandro Baratta, premente a necessidade de concretização de um direito penal mínimo, posto que “o direito penal é um instrumento precípua de produção e de reprodução de relações de desigualdade, de conservação da escala social vertical e das relações de subordinação e de exploração do homem pelo homem”.⁹²

O minimalismo se apresenta como reação e oposição ao maximalismo, ou direito penal máximo, e em sua análise pode-se vislumbrar, ao menos, duas vertentes.

A primeira delas, denominada de reformista ou pragmática, de cariz conservador, fundamenta-se na crise de legitimidade do sistema penal, máxime em decorrência da constatação das falhas do encarceramento em massa, e propõe medidas para a racionalização e aperfeiçoamento do sistema penal, mas mantendo-se, dada sua imprescindibilidade, dentre as quais a despenalização, a descriminalização de determinadas condutas, as penas alternativas à prisão, a

91 Direito e razão: Teoria do garantismo penal. Trad. Ana Paula Zomer Sica, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

92 Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal: Introdução à sociologia do direito penal. Trad. Juarez Cirino dos Santos, Rio de Janeiro: Revan, 1999, p. 207.

transação penal, o acordo de não persecução penal etc. Visa, enfim, a redução e o aprimoramento do direito penal.

De outro lado situa-se o minimalismo crítico ou abolicionista, estribado nas contradições do liberalismo e dos vínculos entre o sistema penal e o sistema econômico, propondo a própria ausência do direito penal, posto que este teria, tão somente, função política, para a conservação do *status quo* vigente a da dominação nas sociedades de classes, discriminatória e criminógena.

3.1.1 Minimalismo de Alessandro Baratta

Alessandro Baratta parte do pressuposto que o sistema penal se funda em uma visão macrosociológica intimamente ligada ao liberalismo e reveladora de uma lógica funcional que produz e reproduz a violência, as relações de poder e de dominação social, atuante de forma desigual e seletiva.

Nesse sentido, e traçando um paralelo com o sistema escolar, assim expõe em relação ao sistema penal:

A homogeneidade do sistema escolar e do sistema penal corresponde ao fato de que realizam, essencialmente, a mesma função de reprodução das relações sociais e de manutenção da estrutura vertical da sociedade, criando, em particular, eficazes contra-estímulos à integração dos setores mais baixos e marginalizados do proletariado, ou colocando diretamente em ação processos marginalizadores. (...)

No que se refere ao direito penal abstrato (isto é, à criminalização primária)_isto tem a ver com os conteúdos, mas também com os “não-conteúdos” da lei penal. O sistema de valores que neles se exprime reflete, predominantemente, o universo moral próprio de uma cultura burguesa-individualista, dando a máxima ênfase à proteção do patrimônio privado e orientando-se, predominantemente, para atingir as formas de desvio típicas dos grupos socialmente mais débeis e marginalizados.⁹³

Sua política criminal é alternativa e postula a contração máxima do sistema penal e, no limite, sua superação. Entretanto, o próprio professor italiano adverte para a inviabilidade de superação imediata de referido sistema, razão pela qual expõe estratégias de curto/médio e de logo prazo para a obtenção desse mister. As estratégias de curto e médio prazo cingem-se à minimalização intrassistêmica da violência institucional, enquanto as de longo prazo constituem-se no combate dos

93 Ob. citada, p. 175/176.

processos ideológicos que forjam a cultura da violência, do controle da segurança, solidificados no binômio crime-pena e na estratégia punitiva, com vistas à abolição desta forma de controle.

Para tanto, a proposta de Baratta fundamenta-se em uma racionalidade própria, denominada por racionalidade crítica. Com efeito, não serve à sua formulação a racionalidade tecnocrática própria da criminologia clássica, com cariz nitidamente intrassistêmico, pela qual se busca a identificação e eliminação das contradições inerentes ao sistema penal, com vistas ao seu aperfeiçoamento. De modo diverso, delineia uma racionalidade crítica, nitidamente extra sistêmica, que compreende a realidade do sistema penal segundo uma lógica de contradição dialética a partir da qual a relação entre contrários passa a ser percebida não como uma relação casual, contingente e irracional, mas como uma relação lógica e racional⁹⁴.

Sua racionalidade crítica percebe o sistema penal como concebido e construído propriamente para, por meio da seletividade e violência, a manutenção das relações de poder e do *status quo* vigente, e não para a tutela de interesses e direitos dos indivíduos, tal como defende a teoria da defesa social.

Constatada essa sistemática de funcionamento do sistema penal, necessária se mostra a utilização de mecanismo de legitimação de sua atuação, que somente pode ser alcançada com a anunciação de princípios endereçados igualmente aos destinatários da norma penal.

A proteção de bens jurídicos, o combate à criminalidade e à violência, portanto, têm função meramente simbólica de legitimação do sistema penal, sendo sua função real e efetiva a seletividade e manutenção das relações de poder e subordinação.

Nesse contexto, entre a formulação anunciada do sistema penal e seu efetivo e real funcionamento, constata-se contradição entre seus princípios declarados e seu funcionamento real, como expõe Hauser:

Esta contradição entre princípios declarados e funcionamento real do sistema não reflete apenas um contratempo, uma contingência, uma realização imperfeita do sistema ou uma irracionalidade, mas obedece a uma lógica, a uma racionalidade que encontra no elemento ideológico sua

94 Criminologia crítica e crítica do direito penal: introdução à sociologia do direito penal. Trad. Juarez Cirino dos Santos, Rio de Janeiro: Revan, 1999, p. 213.

principal explicação. Os princípios declarados que constituem a imagem ideal do sistema penal, o seu “dever ser”, assumem o status de uma ideologia que funciona numa dimensão meramente simbólica, assegurando a sua reprodução consensual, sua legitimação.⁹⁵

Da racionalidade crítica advém a criminologia crítica desenvolvida pelo professor italiano, segundo a qual o crime não é uma qualidade natural de certos comportamentos, mas um status lhes atribuído, mediante processos de definição, ou seja, criminalidade e desvio são fenômenos socialmente construídos. Dada essa abordagem, diversamente da criminologia clássica, que tem por enfoque a conduta desviada, a criminologia crítica tem por objeto principal de atenção o complexo de funções de criminalização, para o qual concorrem diversas instâncias oficiais e informais.

3.1.2 Minimalismo ou garantismo de Luigi Ferrajoli

Na lição de Luigi Ferrajoli, o único e legítimo fim da pena é a prevenção geral negativa, entendida esta não apenas como a prevenção de futuros delitos, objeto da doutrina utilitarista tradicional, mas também a prevenção de penas informais, isto é, as possíveis reações públicas ou privadas arbitrárias que possam decorrer da ausência ou omissão do sistema penal, o denominado utilitarismo reformado.

Assim, a pena não teria por finalidade tão somente a prevenção do delito, mas também a prevenção dos castigos injustos, isto é, não tutela apenas o ofendido, mas também o delinquente frente a reações informais, de onde se extrai que o direito penal teria dupla função preventiva, a saber, a prevenção de futuros delitos e a prevenção de reações arbitrárias, face a ocorrência do delito.

Analisando esse duplo aspecto, o mestre italiano sustenta que a justificação do direito penal se encontra, precipuamente, no segundo aspecto, ou seja, na prevenção a reações arbitrárias diante da constatação do ilícito, eis que põe sob dúvida a eficácia dissuasória da pena, ao passo que a segunda finalidade, evitar reações arbitrárias, seria necessária e suficiente à fundamentação de um direito

⁹⁵ HAUSER, Ester Eliana. Modelos Penais Minimalistas: contribuições e limites na reconstrução da legitimidade dos sistemas penais contemporâneos. Florianópolis, 2001. Dissertação, Universidade Federal de Santa Catarina, p. 83.

penal mínimo e garantista, uma vez que a norma penal se mostraria mais eficaz a evitar reações arbitrárias mesmo que impostas penas modestas ou mesmo simbólicas.

Ferrajoli defende a abolição gradual da pena privativa de liberdade, haja vista que excessiva e inutilmente aflitiva, se opondo também à ideia de ressocialização ou reeducação por intermédio da pena, posto que o Estado não tem direito a reeducar ou alterar a personalidade do réu, mas apenas de exigir-lhe que não cometa fatos delituosos.

A lei penal representa, nesse contexto, a “lei do mais débil” ou do mais fraco. O “débil” pode ser considerado o ofendido ou aquele ameaçado pelo delito, bem como o ofendido ou ameaçado pela vingança, seja ela particular ou estatal. Dessa forma, a lei se dirige à proteção dos direitos fundamentais do mais fraco na relação jurídica, seja a vítima, efetiva ou potencial de um crime, seja alguém que se vê ameaçado pela reação arbitrária particular ou estatal.

A par de suas constatações, o mestre sob comento não se filia a uma corrente abolicionista do direito penal, conforme se pode extrair do seguinte excerto:

O abolicionismo penal, muito além de suas intenções libertárias e humanitárias, se configura, por tudo isso, como uma utopia regressiva que, sob pressupostos ilusórios de uma sociedade boa e de um Estado bom, apresenta modelos em realidade desregulados ou autorregulados de vigilâncias e/ou castigos face aos quais é o direito penal - com seu complexo, difícil e precário sistema de garantias - é ele que constitui, histórica e axiologicamente, uma alternativa progressista.⁹⁶

O minimalismo de Ferrajoli busca o máximo de bem-estar possível para os não-desviados e o mínimo de mal-estar para os desviados, ou seja, um meio termo entre direito penal máximo e abolicionismo. Seu direito penal mínimo é um direito penal condicionado e limitado às situações de absoluta necessidade, com máximo grau de tutela da liberdade frente a potestade punitiva estatal.

Em suma, constitui-se na garantia do cidadão contra a arbitrariedade, que somente se mostrará concretizada quando observados seus 10 axiomas, assim por ele exposto:

96 Direito e Razão: teoria do garantismo penal. Trad. Ana Paula Zomer Sica e outros. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 341.

Denomino garantista, cognitivo ou de legalidade estrita o sistema penal SG, que inclui todos os termos de nossa série, Trata-se de um modelo-limite, apenas tendencialmente e jamais perfeitamente satisfável. Sua axiomatização resulta da adoção de dez axiomas ou princípios axiológicos fundamentais, não deriváveis entre si, que expressarei, seguindo uma tradição escolástica, com outras tantas máximas latinas:

A1 Nulla poena sine crimine

A2 Nullum crimen sine lege

A 3 Nulla lex (poenalis) sine necessitate

A4 Nulla necessitas sine injuria

A5 Nulla injuria sine actione

A6 Nulla actio sine culpa

A7 Nulla culpa sine iudicio

A 8 Nullum iudicium sine accusatione

A9 Nulla accusatio sine probatione

A10 Nulla probatio sine defensione

Denomino estes princípios, ademais das garantias, penais e processuais por eles expressas, respectivamente: 1) princípio da retributividade ou da consequencialidade da pena em relação ao delito; 2) princípio da legalidade, no sentido lato ou no sentido estrito; 3) princípio da necessidade ou da economia do direito penal; 4) princípio da lesividade ou da ofensividade do evento; 5) princípio da materialidade ou da exterioridade da ação; 6) princípio da culpabilidade ou da responsabilidade pessoal; 7) princípio da jurisdicionariedade, também no sentido lato ou no sentido estrito; 8) princípio acusatório ou da separação entre juiz e acusação; 9) princípio do ônus da prova ou da verificação; 10) princípio do contraditório ou da defesa, ou da falseabilidade.⁹⁷

3.1.3 O Direito de Intervenção de Winfried Hassemer

Os juristas integrantes da denominada Escola de Frankfurt, integrada, dentre outros, por Winfried Hassemer, partem do pressuposto fundamental da utilização do direito penal como instrumento de resguardo da sociedade, ou, mais propriamente, do sentimento de medo desta, frente aos novos riscos desencadeados pela primeira e segunda modernidades.

Nesse contexto, embora tenham visões dogmáticas diversas, os autores do Instituto de Ciências Criminais da Universidade de Frankfurt, dentre os quais se pode nominar Naucke, Lüderssen, Albrecht e Prittwitz, partilham de uma perspectiva crítica do direito penal, máxime quanto a seu alcance e finalidade, pugnando para que seja o mesmo endereçado apenas às condutas que violem, de maneira agressiva, os bens jurídicos indispensáveis à vida em comum, como vida, saúde e propriedade, sendo ineficaz à salvaguarda dos novos riscos e à contenção de condutas tidas por impróprias, como pontua Pierpaolo Cruz Bottini:

⁹⁷ Ob. citada, p. 74/75.

Os autores da Escola de Frankfurt apontam que o direito penal é incapaz de conter os novos riscos, e sua função é meramente simbólica e pouco significativa para o enfrentamento de problemas atuais. O direito penal de hoje, com suas tendências expansivas, é visto como um direito de contra-ilustração.⁹⁸

Como já abordado no presente trabalho, as novas demandas sociais e o desenvolvimento informacional e tecnológico redundaram na superveniência de riscos para os quais não estava o direito, de modo geral, apto à resolução, tendo, nesse contexto, o direito penal sido chamado à sua abordagem.

Para esse mister, observou-se a criação de novos tipos penais, o aumento das penas das condutas já tipificadas e o recrudescimento no tratamento dos acusados, tudo com vistas a dar uma resposta à sociedade ante o sentimento de medo ocasionado por uma exposição ao fenômeno “crime”.

Entretanto, essa resposta estatal por meio do direito penal mostra-se inefetiva, incapaz de alterar a realidade social, restringindo-se a um mero simbolismo, um resguardo de fachada dos anseios sociais.

O uso do direito penal como instrumento de alteração e transformação social, portanto, opera de forma a transgredir os princípios da subsidiariedade e da *ultima ratio*, a que se acha inexoravelmente vinculado, caracterizando referido ramo do direito como a *prima ratio* estatal no enfrentamento das demandas sociais⁹⁹.

Nesse contexto, defende o mestre alemão que o direito penal deve restringir-se à proibição de condutas individuais aptas a lesionar bem jurídico individual, ou, ao menos, que ostentem perigo concreto de lesão a dito bem jurídico, mostrando-se imprópria a busca, pelo direito penal, da diminuição social de riscos ou de alteração da realidade social.

Ao direito penal, portanto, descabe a tutela penal de bens jurídicos supraindividuais, os quais devem ser protegidos pelos demais ramos do direito¹⁰⁰, excluindo-se de sua incidência as pesadas sanções do direito penal, sobretudo a privação da liberdade, e conferindo-lhes, em contrapartida, menores garantias. A esse ramo Hassemer denomina “direito de intervenção”¹⁰¹.

98 Crimes de perigo abstrato. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 101.

99 Crítica al derecho penal de hoy, trad. Patricia S. Ziffer, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2002.

100 Idem supra.

101 Direito penal libertário, trad. Regina Greve, Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2007.

Referido direito de intervenção se situaria entre o direito penal e o direito administrativo, com a flexibilização de regras e garantias processuais, excluindo-se, em contrapartida, de suas consequências as penas privativas de liberdade, conforme pontua Oliveira:

O Direito de intervenção tem o objetivo principal de restringir a atuação do Direito penal aos tipos tradicionais, ao núcleo duro, e assim permitir que se mantenham princípios constitucionais penais fundamentais, desenvolvidos ao longo dos tempos pela teoria do delito. Desta maneira, seria possível esvaziar do Direito penal dos tipos abertos e das demandas por flexibilização do processo, trazendo as novas condutas, características do desenvolvimento econômico contemporâneo, para este “novo ramo”. Sob o ponto de vista do autor, esta alternativa teria ainda, como consequência, livrar o Direito penal de um uso instrumental e aleatório, eminentemente simbólico.

O autor preocupa-se em excluir da tutela do Direito penal as condutas típicas que não se coadunem com os paradigmas “clássicos” (dentre os quais podemos indicar a reação a um dano ou grave ameaça de dano, a identidade do autor e individualidade do bem jurídico”. Extirparia do conjunto de normas penais, assim, as condutas de perigo abstrato e a responsabilidade penal das pessoas jurídicas.¹⁰²

3.2 Atuação transformativa dos conflitos

A atuação persecutória do titular da ação penal pública no tratamento dos delitos não esgota as atribuições constitucionalmente lhe atribuídas, mostrando-se imperiosa sua atuação voltada à transformação estrutural da sociedade em direção à pacificação social como bem observa Rojas:

o Ministério Público pode tanto fazer uso de aparelhos da coerção no exercício do monopólio legal de repressão e violência, como também pode optar e priorizar, por força de sua atribuição constitucional, intervenções como um mediador social e incentivador de transformações que potencializem o gozo de direitos fundamentais.¹⁰³

Somente uma atuação mais ampla, não voltada apenas para a imposição da pena, mas tendente também à resolução consensual do conflito gerado com a prática delitiva, atentando-se aos reais interesses de vítima, sociedade e autor da

102 OLIVEIRA, Ana Carolina Carlos de. Direito de intervenção e direito administrativo sancionador: o pensamento de Hassemer e o direito penal brasileiro. São Paulo, 2012. Dissertação, Universidade de São Paulo, p. 49.

103 Apud Bonavides; Silva, 2022, p. 14.

conduta, com a utilização de meios dialógicos, integradores e construtivos terá o condão de se mostrar efetiva na direção da pacificação social.

O delito por certo é fator causador de rupturas sociais e de traumas, máxime nas vítimas direta e indireta, dele resultando uma realidade diversa daquela anteriormente existente. Assim, a superação, na medida do possível, do delito somente se mostrará possível quando os envolvidos conferirem prevalência a uma visão prospectiva da realidade, em detrimento a uma visão retrospectiva.

Os esforços e energia relacional utilizados na manutenção de um conflito disruptivo podem, então, ser usados e redirecionados para finalidades construtivas, para descobertas de potenciais pessoais e coletivos ensejadores de mudanças benéficas (Bonavides; Silva, 2002, p. 21).

Como exemplo dessa atuação estatal para além do binômio relacional crime-pena, sustenta Claus Roxin a possibilidade de uma terceira via do direito penal, consistente na reparação do dano causado pela infração.

No entender de referido autor, com fundamento no princípio da subsidiariedade do direito penal, a reparação dos danos funcionaria como medida penal independente, ao lado na pena privativa de liberdade e da medida de segurança, atenuando-as, ou até mesmo as substituindo, naquelas situações que atendessem à finalidade da pena e as necessidades da vítima no caso concreto, conforme lição de Cláudio Amaral do Prado:

Na concepção de Roxin, a reparação pode ser entendida como uma prestação de caráter autônomo. Essa prestação autônoma pode servir para alcançar os fins penais tradicionais das sanções, e, desde que os alcance, deve substituir a pena ou atenuá-la conforme o caso. Para o autor, a consideração da reparação no direito penal tem, enquanto sanção autônoma, um caráter próprio no qual se mesclam elementos civis e penais. Ao compensar o dano, tem caráter civil. De outra borda, se levados em conta os esforços do autor para a reparação, esta assume uma modificação que converge para o sentido jurídico-penal. No direito penal, é justamente a vinculação da reparação com os fins de prevenção geral e especial que a diferencia da indenização civil, assumindo como uma prestação dotada de características que difere da respectiva civil. A partir destas considerações, o autor afirma que a reparação deverá desenvolver-se no âmbito das penas e das medidas de segurança como uma terceira via no direito penal. A legitimação jurídica dessa terceira via está no princípio da subsidiariedade. Este viria, assim, a legitimar a possibilidade de renunciar à pena, na medida em que fossem satisfeitas as necessidades preventivas através da realização de uma prestação positiva orientada à superação das consequências do delito, em que pese a existência da ameaça abstrata de pena. O princípio da subsidiariedade estende sua operatividade além dos limites tradicionais em que se havia confinado como limite ao legislador, isto

é, como pauta contenedora que incide sobre a decisão judicial a respeito da concreta reação penal. Logo, o juiz deve atuar com vistas às finalidades político-criminais do direito penal, tendo especialmente em conta a reparação.¹⁰⁴

Na visão de Johan Galtung, citado por Percy Calderón Concha (2009, p. 77), esse processo somente se mostrará viável na medida em que os envolvidos se permitirem sair dos estreitos limites do conflito, utilizando este como um marco de transformação das relações sociais:

Fundamentalmente teorizada por Galtung, a transformação permite a regulação positiva dos conflitos, convertendo as situações de conflito em experiências pedagógicas, a sensibilização, o empoderamento, a estimulação e o desenvolvimento da criatividade, enquanto a transcendência desempenha um importante papel orientador, uma vez que “pressupõe a esperança e a esperança está localizada em visões do positivo, num futuro construtivo, não na replicação de um passado traumático” (Galtung, 2003 a, p.29). Trata-se da criação de um novo tipo de realidade, algo que já estava potencialmente presente, mas que agora se torna uma realidade empírica.

(...)

O chamado Método Transcendente desenvolvido por Galtung procura ir além do conflito, desarticulando-o do seu estado atual e o rearticulando numa nova realidade: ir além da situação de recursos limitados e orientar-se para a cooperação para satisfazer necessidades. (tradução livre)¹⁰⁵

Toda essa construção transformativa de conflitos, entretanto, restará inviabilizada acaso os integrantes do sistema de justiça criminal não o fomentem, ou, quando pior, representem entraves à sua efetivação com base em um raciocínio ancorado em uma racionalidade penal moderna, isto é, que enxergue a responsabilização criminal e o apenamento como única medida possível e efetiva no tratamento adequado do delito.

3.3 O princípio da obrigatoriedade da ação penal pública para além da racionalidade punitiva

104 PRADO, Cláudio Amaral do. Despenalização pela reparação de danos: a terceira via. Leme: J.H. Mizuno, 2005, p. 166-167.

105 *Teorizada fundamentalmente por Galtung, la transformación permite hacer una regulación positiva de los conflictos, convirtiendo las situaciones conflictivas en experiencias pedagógicas, de concientización, de empoderamiento, de estímulo y desarrollo de la creatividad, mientras que la transcendencia juega un rol importante de orientación, ya que «presupone esperanza y la esperanza está localizada en visiones de lo positivo, en un futuro constructivo, no en replicar un pasado traumático» (Galtung, 2003 a)29. Se trata de la creación de un nuevo tipo de realidad, algo que en potencia era ya presente pero que ahora se convierte en una realidad empírica.*

(...)

Tradicionalmente se extrai dos artigos 5º e 24 do Código de Processo Penal o princípio da obrigatoriedade da ação penal pública, segundo o qual não se prevê ao titular da ação penal a possibilidade de não exercê-la, caso presentes, na espécie, elementos de informação demonstrativos da existência do fato típico, antijurídico e culpável, além da presença da justa causa e das condições da ação, ainda que incidentes no caso razões de ordem social ou de política criminal que recomendassem providência diversa.

Por certo que aludido princípio recebeu temperamentos no ordenamento jurídico, afastando a obrigatoriedade do ajuizamento da ação penal, e viabilizando soluções consensuais, a exemplo da transação penal e da suspensão condicional do processo (artigos 76 e 89, da Lei n. 9.099/95), e do acordo de não persecução penal (artigo 28-A, do Código de Processo Penal), vindo a receber, inclusive a denominação de princípio da obrigatoriedade mitigada ou regrada¹⁰⁶.

Entretanto, mesmo com a inclusão no ordenamento jurídico de referidos temperamentos à obrigatoriedade da ação penal pública, ainda é majoritário o entendimento, de que o não exercício da ação penal pelo seu titular, quando presentes os indícios de autoria e prova da materialidade, somente se viabiliza nas hipóteses expressamente previstas em lei.

Necessário pontuar, no entanto, que o aludido princípio da obrigatoriedade não deita raízes no texto constitucional, mas decorre, como dito, dos artigos 5º e 24 do Código de Processo Penal. Neste contexto, e em uma leitura atenta ao disposto no artigo 24, retro referido, se pode extrair que o texto legal afeta ao Ministério Público a titularidade da ação penal pública, mas não o impele a exercê-la quando verificados os requisitos dos indícios de autoria e prova da materialidade. É dizer, o Código de Processo Penal estabelece, “uma competência exclusiva para o exercício dessa função, mas não obrigaram a sua execução, mesmo quando presentes as condições jurídicas para tanto”¹⁰⁷.

Assim, o entendimento segundo o qual o Ministério Público deve promover a ação penal quando presentes os indícios de autoria e a prova da materialidade, sem a perquirição de razões de ordem social e política criminal, decorre de uma interpretação calcada na racionalidade penal moderna, ou, dito de outro modo, em

106 Távora; Alencar, 2009, p. 126.

107 Bonavides; Silva, 2022, p. 24.

um raciocínio ligado a uma atuação meramente persecutória-punitivista, e não do texto legal.

Raciocínio diverso, calcado em interpretação meramente punitivista do texto legal sob análise, ademais, retiraria do Ministério Público o instrumental necessário ao exercício pleno de suas atribuições constitucionais de promotor dos direitos fundamentais, reduzindo-o a um papel burocrático de fiscal da presença, ou não, de condições jurídicas para o início de uma demanda penal, conforme destaca Coutinho:

(...) é preciso ressaltar que a obrigatoriedade do Ministério Público promover a acusação, nos casos de ação pública, não está colocada de forma absoluta, uma vez que só se obtém a tutela jurisdicional, quando do exercício da ação, se presentes as chamadas questões prévias, incluídas aí as condições da ação e os pressupostos processuais analisáveis no juízo de admissibilidade. Ademais, é preciso considerar que tal princípio da obrigatoriedade, ainda que fosse possível pensar estar atrelado ao princípio da legalidade, deve ser relativizado, já que um processo penal democrático tem, antes de mais nada, o objetivo de atender ao interesse público.¹⁰⁸

Interpretação diversa, ademais, redundaria numa concepção muito próxima daquela típica do iluminismo penal, segundo a qual toda e qualquer solução ou providência destinada aos fatos objetos de apuração encontra prévia regulação estatal, afastando do aplicador da lei qualquer análise que dela se afaste, ainda que amparada nas circunstâncias do caso concreto.

Por certo que dito iluminismo penal, próprio do final Século XVIII, decorre da tentativa de refrear os abusos dos agentes estatais, que se utilizavam, muitas vezes, do direito penal e da pena aflictiva, para a consecução de seus anseios políticos, como enfatizado por Brandão:

se o iluminismo é um tempo de ruptura é normal uma hiperbólica importância dada à lei, que serviria como um anteparo ao arbítrio dos juizes, conferindo mais garantia às pessoas. Porque se acredita que a lei contém todo o direito.¹⁰⁹

Entretanto, a releitura do princípio da obrigatoriedade à luz dos parâmetros constitucionais aponta, portanto, para a necessidade de fixação da atribuição do Ministério Público para o exercício da ação penal, quando presentes os requisitos

¹⁰⁸ Apud Bonavides; Silva, 2002, p. 25.

¹⁰⁹ BRANDÃO, Cláudio. Tipicidade e interpretação no Direito Penal, Revista Sequência – PPGD UFSC, vol. 35, n. 68, p. 76.

para tanto, mas não em determinação de seu exercício, sob pena de extirpação de instrumental necessário para desincumbir-se integralmente de seu mister, qual seja, o de efetivação de direitos fundamentais.

3.4 A justa causa para a ação penal sob uma perspectiva constitucional

No contexto da análise do princípio da obrigatoriedade, sobreleva-se de relevância o conceito de justa causa para o exercício da ação penal, o qual não goza de definição legal acerca de seu conteúdo.

Assim, a definição de justa causa variou no tempo, tendo sido entendida, em um primeiro momento, como característica da imputação que encontrasse previsão típico-normativa no ordenamento jurídico, assimilando-a com a própria vigência formal da lei penal, como salientam Tourinho Filho¹¹⁰, Marques¹¹¹, e Tornaghi¹¹².

Em um momento subsequente, entretanto, a doutrina passa a conceber a justa causa sob uma concepção probatória, isto é, identificando-a naquelas situações que contassem com um lastro probatório mínimo quanto aos indícios de autoria e materialidade delitivas, dada a vulneração ocasionada no *status dignitatis* do acusado decorrente do mero exercício da ação penal¹¹³, sendo esta a corrente majoritária ainda na atualidade¹¹⁴.

Ainda quanto a compreensão do termo, surgiu uma corrente a sustentar sua compreensão à luz da maior ou menor possibilidade de êxito da ação penal, ou seja, haveria justa causa nas situações que se mostrassem, de antemão, com reais possibilidades de condenação¹¹⁵.

110 “aquela que é conforme ao direito” (TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. Código de Processo Penal Comentado. São Paulo: Saraiva, 1999, vol. II, p. 457).

111 1998, p. 52.

112 1980, p. 59.

113 “Justa causa é o suporte probatório mínimo em que se deve lastrear a acusação, tendo em vista que a simples instauração do processo penal já atinge o chamado status dignitatis do imputado. Tal lastro probatório é fornecido pelo inquérito policial ou pelas peças de informação, que devem acompanhar a acusação penal” (SILVA JARDIM, Afrânio. Direito processual penal, Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 95).

114 CHOUKR, Fauzi Hassan. Código de Processo Penal: comentários consolidados e crítica jurisprudencial. São Paulo: Saraiva, 2014.

115 “justa causa para a ação penal corresponde, no plano jurídico, à legalidade da acusação. E, no plano axiológico, à legitimidade da acusação, para que alguém seja acusado em juízo, faz-se imprescindível que a ocorrência do fato típico esteja evidenciada; que haja, no mínimo, probabilidade (e não mera possibilidade) de que o sujeito incriminado seja seu autor, e um mínimo de culpabilidade” (MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. Justa causa para a ação penal: doutrina e jurisprudência.

Parece evidente que a razão última quanto à análise e conceituação da justa causa, tendo em vista as consequências de sua ausência (causa de rejeição da denúncia e de concessão de ordem de *Habeas Corpus*, conforme artigos 395, inciso III e 648, inciso I, do Código de Processo Penal), é evitar-se o abuso do direito de acusar¹¹⁶ (Choukr, 2014, p. 767).

Entretanto, em razão da ausência de uma conceituação legal, e mesmo a influência decorrente da racionalidade penal moderna, o entendimento dominante do termo mostra-se “acanhado” e insuficiente para acompanhar a estrutura constitucional do processo¹¹⁷.

Para além de evitar-se utilização indevida da persecução penal, naquelas hipóteses desprovidas de um lastro probatório mínimo, no entender da doutrina tradicional e ainda dominante, deve a conceituação de justa causa ser composta também por um viés valorativo-constitucional, mostrando-se consentânea apenas com ações penais que se mostrem como aptas à censura do delito, à reafirmação dos valores contidos na norma e à promoção da paz social¹¹⁸.

Sob essa perspectiva, exsurtem entendimentos doutrinários tendentes a reavaliar a justa causa, conferindo-lhe cariz mais afeito aos objetivos da República Federativa do Brasil, em especial aqueles constantes dos incisos I e III de seu artigo 3º, isto é, construir uma sociedade livre, justa e solidária, bem como reduzir as desigualdades sociais.

Dessa forma, Bonavides e Silva (2020), atentos à instrumentalidade constitucional do processo e à sua função social, propõem a justa causa como concretizadora casuística dos princípios da *ultima ratio* e da intervenção mínima, restando a mesma ausente nas situações cuja resolução se mostre adequada com a utilização de meios menos violentos que a abordagem punitivista, a exemplo das práticas restaurativas. Por resolução adequada entendem os autores a resposta estatal apta a censurar o delito, reafirmar os valores contidos na norma e promover a paz social¹¹⁹.

São Paulo: RT, 2001, p. 222).

116 CHOUKR, 2014, p. 767.

117 PACHECO, Denilson Feitoza. Direito processual penal: teoria, críticas e práxis. Niterói: Impetus, 2005, p. 298.

118 Bonavides; Silva, 2020.

119 Para além desse binômio bargem-permissão, quanto à punição penal, se o operador do direito realizar um exercício cognitivo regressivo, a fim de aferir qual a razão última de ser do processo e do próprio direito penal, perceberá que “a proteção de bens jurídicos”, “a punição de delitos”, “a preservação da legalidade”, “o asseguramento de garantias ao réu”, “o acerto do caso penal”,

Divan¹²⁰, de seu turno, propõe a conceituação da justa causa com a inserção de um sentido qualitativo, além de seu sentido tradicional. Assim, sustenta a análise da justa causa em duas etapas, uma primeira consistente na existência das condições da ação e do lastro probatório mínimo a dar sustentação para uma acusação, e a segunda, somente verificável se existente e pretérita, afeta à necessidade da persecução penal à luz de critérios de política criminal, dentre os quais os impactos sociais da intervenção penal no caso concreto, se positivos ou negativos.

Neste contexto, e considerando também as consequências sociais de um raciocínio meramente punitivista, advertem Achutti, Divan; e Silva¹²¹ que a desconsideração desses conhecimentos criminológicos na prática forense, importaria em “favorecer a seletividade penal em desfavor dos mais vulneráveis e perpetuar a violência e ineficiência desse sistema já diagnosticado como em crise”.¹²²

Portanto, à luz dos objetivos constitucionais, de garantir e efetivar direitos fundamentais, aos quais está vinculada toda a atividade do Ministério Público, necessária a revisitação do conceito de justa causa para a ação penal, para conferir-lhe caráter de estância propiciadora de mudança social e de redução das desigualdades sociais.

Imperioso pontuar, neste ponto, que essa nova acepção proposta acerca da justa causa não encerra uma afirmação quanto a inviabilidade ou obstaculização do exercício da ação penal, mas tão somente que esta deva ser reservada às situações cuja abordagem por meios outros menos violentos e disruptivos não seja adequada.

“a expiação do delito”, “a responsabilização do ofensor”, são fins imediatos, que não justificam, por si só (mesmo no campo dos fins declarados), a missão da *persecutio criminis*.

Considerando que o direito penal é a forma mais severa de violência institucional, tanto o legislador quanto os que atuam no sistema precisam considerar que qualquer intervenção penal deve ocorrer somente quando não se mostrarem viáveis outras maneiras de: (i) promover a pacificação social, (ii) restabelecer a legitimidade do referencial normativo que veda a conduta delituosa, e (iii) respaldar a crença na autoridade das instituições. Essa é a lógica dos princípios basilares e contentores desta violência, como a *ultima ratio* e a intervenção mínima (BONAVIDES, Samia Saad Gallotti; SILVA, Mário Edson Passerino Fischer. As práticas restaurativas como uma alternativa à persecução penal: da resignificação do caso penal a uma necessária concretização do princípio da *ultima ratio*. Lisboa: RJLB, ano 6, n. 3, 2020, p. 1771-1803, p. 1786-1787).

120 Justa causa para a ação penal e conexão instrumental do caso concreto: novas possibilidades teóricas e uso político-criminal. Brasília: Revista Direito Penal, Processo Penal e Constituição, 2017, vol. 3, n. 1, p. 38-57.

121 Justiça restaurativa e a perda superveniente de justa causa para a ação penal: uma releitura a partir dos contornos constitucionais dos fundamentos da punição e da emergência da perspectiva restaurativa no âmbito criminal. Curitiba, 2022.

122 Idem supra, p. 11.

Por certo que situações há em que a atuação persecutória-punitiva do sistema de justiça criminal far-se-á necessária, sob pena de inviabilizar-se essa também importante ferramenta, com a conseqüente abolição do direito penal clássico, o que redundaria, no entender de Ferrajoli¹²³ (2002, p. 341), em uma “utopia regressiva, sob pressupostos ilusórios de uma sociedade boa e de um Estado bom”, e complementa, com “modelos em realidade desregulados ou autorregulados de vigilância e/ou castigos” em relação aos quais o próprio direito penal se mostra como uma “alternativa progressista”.

3.5 As resoluções do Conselho Nacional do Ministério Público e do Conselho Nacional de Justiça viabilizadoras da relativização da racionalidade penal moderna

Com base nessa premissa de superação da racionalidade punitiva, e atentos à necessidade de uma atuação fundamentada no caráter não exclusivo da persecução-punição da jurisdição criminal, com vistas à plena efetivação de direitos fundamentais, de alteração da realidade social e influência positiva no contexto social, o Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP) e Conselho Nacional de Justiça (CNJ) editaram Resoluções que fomentam a utilização de práticas restaurativas e a solução consensual de conflitos.

Com efeito, a Resolução n. 118, de 1º de dezembro de 2014, do Conselho Nacional do Ministério Público, instituiu a Política Nacional de Incentivo à Autocomposição no Ministério Público, partindo da premissa do direito fundamental de acesso à instituição como garantia fundamental de efetivação e proteção de direitos e interesses individuais indisponíveis e sociais, e a mecanismos e meios autocompositivos de resolução de conflitos e controvérsias como forma de prevenção e redução da litigiosidade.

Referida resolução aponta, ainda, como um de seus objetivos, a consolidação, no âmbito do Ministério Público, de uma política permanente de incentivo e aperfeiçoamento de medidas autocompositivas, com vistas à promoção da justiça e máxima efetivação de direitos, reconhecendo-se a via dialógica e

¹²³ 2002, p. 341.

transformativa como meios legítimos para o Ministério Público cumprir sua missão institucional, com a disseminação da cultura de pacificação, estímulo a soluções consensuais e empoderamento social¹²⁴.

No campo de atuação criminal, destacam-se os artigos 13 e 14, da Resolução n. 118/2014¹²⁵, prevendo-se a busca da reparação ou minoração do dano ocasionado pela infração com a harmonização entre autor e vítima, com a formulação de plano restaurativo para tanto, objetivando-se a reintegração do infrator, a restauração do convívio social e efetiva pacificação dos relacionamentos.

Também com vistas à resolução autocompositiva, afastando o Ministério Público de um caráter demandista e fomentando-o a uma atuação resolutiva e atenta a seu mister constitucional de efetivador de direitos fundamentais, a Recomendação n. 54/2017, do Conselho Nacional do Ministério Público, que dispõe sobre a Política Nacional de Fomento à Atuação Resolutiva do Ministério Público brasileiro, e define no § 1º, de ser artigo 1º o que se entende por atuação resolutiva.¹²⁶

Cioso registrar que a Recomendação em comento se aplica à atuação na seara criminal, conforme se pode depreender de suas próprias considerações iniciais:

Considerando que o estágio atual do movimento do acesso à justiça e o paradigma jurídico do século XXI são incompatíveis com uma atuação institucional formal, burocrática, lenta e despreocupada com a entrega à sociedade de resultados concretos da atuação jurídica do Ministério Público; Considerando que o planejamento nacional do Ministério Público brasileiro estabelece a necessidade de retornos para a sociedade, orientados para a defesa dos direitos fundamentais, a transformação social, a indução de

124 Bonavides; Silva, 2020, p. 22.

125 Art. 13. As práticas restaurativas são recomendadas nas situações para as quais seja viável a busca da reparação dos efeitos da infração por intermédio da harmonização entre o (s) seu (s) autor (es) e a (s) vítima (s), com o objetivo de restaurar o convívio social e a efetiva pacificação dos relacionamentos.

Art. 14. Nas práticas restaurativas desenvolvidas pelo Ministério Público, o infrator, a vítima e quaisquer outras pessoas ou setores, públicos ou privados, da comunidade afetada, com a ajuda de um facilitador, participam conjuntamente de encontros, visando à formulação de um plano restaurativo para a reparação ou minoração do dano, a reintegração do infrator e a harmonização social.

126 “entende-se por atuação resolutiva aquela por meio da qual o membro, no âmbito de suas atribuições, contribui decisivamente para prevenir ou solucionar, de modo efetivo, o conflito, problema ou a controvérsia envolvendo a concretização de direitos ou interesses para cuja defesa e proteção é legitimado o Ministério Público, bem como para prevenir, inibir ou reparar adequadamente a lesão ou ameaça a esses direitos ou interesses e efetivar as sanções aplicadas judicialmente em face dos correspondentes ilícitos, assegurando-lhes a máxima efetividade possível por meio do uso regular dos instrumentos jurídicos que lhe são disponibilizados para a resolução extrajudicial ou judicial dessas situações”.

políticas públicas e a diminuição da criminalidade e da corrupção, todos objetivos que supõem a produção de resultados concretos que promovam efetividade dos direitos defendidos e protegidos pela Instituição (Brasil, 2017).

O Conselho Nacional de Justiça também se mostra atento a essa perspectiva disruptiva com enfoque na solução de conflitos por intermédio de instrumentos dialógicos, como se extrai, inicialmente, da Resolução n. 125/2010, que dispõe sobre a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário.

Sucedeu essa normativa a Resolução n. 225/2016, direcionada expressamente às searas criminal e da Infância e Juventude, e que dispõe sobre a Política Nacional de Justiça Restaurativa no âmbito do Poder Judiciário. Essa resolução, ademais, demonstra sua consonância com os órgãos internacionais de proteção aos direitos humanos posto que decorre do acatamento das Resoluções n. 1999/26, 2000/14 e 2002/12, da Organização das Nações Unidas.

A Resolução n. 253/2018 define e política institucional do Poder Judiciário de atenção e apoio às vítimas de crimes e atos infracionais, direcionando sua atenção ao sujeito passivo do crime/ato infracional como destinatário da atuação do sistema de justiça.

Dialoga com a normativa já referida, a Resolução n. 243/2021, do Conselho Nacional do Ministério Público que dispõe sobre a política institucional de proteção integral e de promoção de direitos e apoio às vítimas, ressalta a relevância da instituição na concretização de direitos, conforme apontam Bonavides e Silva¹²⁷:

Em relação à referida resolução, chama especial atenção o reconhecimento do papel do Ministério Público enquanto uma instituição que assegura direitos e fomenta uma atuação interinstitucional em rede voltada a tal propósito, sem que o caráter punitivo ocupe lugar de destaque no que toca à atenção aos direitos das vítimas. A normativa prevê um capítulo específico para a implementação de projetos de justiça restaurativa e resolução extrajudicial de conflitos como parte integrante da função desses núcleos e, além disso, um capítulo voltado à atuação preventiva no qual é previsto que o Ministério Público criará, em sua estrutura interna, meios para atendimento às vítimas que busquem evitar revitimização e, também, a produção de políticas de atuação de prevenção à vitimização.

Por fim, a resolução n. 288/2019, do Conselho Nacional de Justiça define a política institucional do Poder Judiciário para a promoção da aplicação de

127 2022, p. 26.

alternativas penais, com enfoque restaurativo, em substituição à privação de liberdade, prevendo expressamente a conciliação e as práticas restaurativas como alternativas à sanção penal, sem limitar a natureza ou gravidade abstrata dos crimes que possam ser objeto dessas práticas.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O crime enquanto conduta antissocial e atentatória aos legítimos interesses dos componentes de determinada sociedade ou comunidade é fenômeno que remonta aos tempos mais remotos da humanidade, tendo sido retratado no livro bíblico de Gênesis como praticado por Caim contra seu irmão Abel, filhos de Adão e Eva após terem sido expulsos do Jardim do Éden, e, portanto, os primeiros habitantes do universo.

Da antiga alegoria se extrai a perenidade do fenômeno crime, que acompanha a história do ser humano desde seus primórdios. Entretanto, mutável tem se mostrado a abordagem e a concepção que se tem empregado em relação a referido fenômeno.

Em um primeiro momento, considerando que o prejudicado pela prática delitiva gozava de legítimo interesse na reparação dos danos por ele ocasionados, conferia-se à vítima a possibilidade de insurgir-se face ao seu agressor, e mesmo contra integrantes de sua comunidade, mostrando-se legítimas mesmo punições mais severas que as encetadas pelo autor da ofensa, dada a consideração de que o ilícito tinha o condão de afetar toda a família ou comunidade do atingido, e visando que a retribuição, por vezes excessiva, causasse desestímulo a novas ofensas.

As posteriores formas de organização da sociedade, como o desenvolvimento dos impérios, reinos e, posteriormente, dos estados nacionais, importou o afastamento progressivo da figura da vítima enquanto titular do direito de impor uma reprimenda a seu agressor, conferindo ao rei, ou ao Estado, tal prerrogativa.

Nessa perspectiva, verificou-se também o desenvolvimento de normas regulatórias do direito de punir e de sua extensão, limitando-se, cada vez mais, a extensão da reprimenda à da agressão, que ocasionou o surgimento da noção de proporcionalidade entre ambas.

Como conclusão a esses desdobramentos, afirma-se a transposição de um período marcado pela possibilidade de imposição de uma reprimenda ilimitada a um período de obrigatoriedade da imposição de uma reprimenda limitada.

A severidade da reprimenda penal e a intensa capacidade comunicativa da imposição da pena, aliadas à inefetividade, ou mesmo inexistência, de meios aptos

ao oferecimento de resposta estatal adequada a problemas surgidos no seio da sociedade, decorrentes muitas vezes do desenvolvimento tecnológico e comunicacional operados em seu seio, culminaram por relegar ao direito penal um papel que não lhe deveria ser próprio, qual seja, o de instrumento primeiro na abordagem de condutas tidas por indesejadas.

Essa centralidade do direito penal culminou por caracterizá-lo como instrumento indeclinável quando da ocorrência de um ilícito, visualizando-o como meio necessário e suficiente da resposta estatal ao fenômeno crime.

Nas palavras de Álvaro Pena Pires, trata-se da racionalidade penal moderna, estruturada a partir de uma relação de necessidade entre norma de conduta e norma de sanção, culminando no raciocínio consistente na inafastabilidade de uma atuação do sistema de justiça criminal que não seja a atuação persecutória-punitivista, mesmo quando da existência de instrumentos outros mais aptos à obtenção da redução da criminalidade e pacificação social.

Referida racionalidade acaba por selecionar ao cárcere um perfil amplamente majoritário de pessoas do sexo masculino, jovens e com baixa escolaridade, além do fato de mostrar-se inefetividade às suas finalidades precípuas.

O presente trabalho buscou demonstrar essa realidade do sistema de justiça criminal divorciada da efetividade e do propósito constitucional dos órgãos e instituições dele integrantes.

Ainda, e para além de seu propósito demonstrativo, propôs-se a reanálise desse sistema e, principalmente, do raciocínio que deve animar os agentes nele inseridos, sempre com vistas ao pleno cumprimento dos mandamentos constitucionais.

Nesse ponto, demonstrou-se a imprescindibilidade da revisitação dos conceitos do princípio da obrigatoriedade e da justa causa, como institutos carecedores de uma interpretação valorativa-constitucional no sentido de conferir ao Ministério Público, e, de resto, às demais instâncias do sistema de justiça criminal, a atribuição para análise, no caso concreto, da resposta estatal mais efetiva e apta para a obtenção da redução da criminalidade, da pacificação social, da redução das desigualdades e da concretização de direitos fundamentais, dado que a resposta

persecutório-punitiva nem sempre se mostrará como mais adequada à obtenção desses resultados.

Nesse contexto, e a par da ainda predominância em sede doutrinária e jurisprudencial do entendimento acerca da centralidade e indeclinabilidade da resposta punitiva ao fenômeno crime, importantes normativas foram editadas pelo Conselho Nacional do Ministério Público e Conselho Nacional de Justiça, com vistas à aludida e necessária refundação das bases de atuação do sistema de justiça criminal.

REFERÊNCIAS

ACHUTTI, Daniel; DIVAN, Gabriel Antinolfi; e SILVA, Mário Edson Paserino Fischer da. Justiça restaurativa e a perda superveniente de justa causa para a ação penal: uma releitura a partir dos contornos constitucionais dos fundamentos da punição e da emergência da perspectiva restaurativa no âmbito criminal. Curitiba, 2022.

ANDRADE, Lédio Rosa. Introdução ao Direito Alternativo Brasileiro, São Paulo: Livraria do Advogado, 1996.

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. A ilusão de segurança jurídica - Do controle da violência à violência do controle penal. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

BARATTA, Alessandro. Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal: Introdução à sociologia do direito penal. Trad. Juarez Cirino dos Santos, Rio de Janeiro: Revan, 1999.

BARATTA, Alessandro. Integración-prevención: una “nueva” fundamentación de la pena dentro de la teoría sistémica. In: Criminología y sistema penal. Buenos Aires: B de F, 2004.

BARRETO, Tobias. Estudos de direito, T. II. São Paulo: Record, 1991.

BAUMAN, Zygmunt. Globalização: as consequências humanas. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1999.

BAUMAN, Zygmunt. Medo Líquido. Trad. Carlos Alberto Medeiros, Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2008.

BECK, Ulrich. Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade. Trad. Sebastião Nascimento. São Paulo: ed. 34, 2010.

BOBBIO, Norberto, MATEUCCI, Nicola, PASQUINO, Gianfranco; trad. Carmen C, Varriale et ai.; coord. trad. João Ferreira; rev. geral João Ferreira e Luis Guerreiro Pinto Cacais. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1998.

BONAVIDES, Samia Saad Gallotti; SILVA, Mário Edson Passerino Fischer. Pensando uma atuação transformativa do Ministério Público na esfera criminal: uma reflexão à luz da Constituição de 1988. Perspectivas de atuação autocompositiva pelo Ministério Público, Curitiba, 2022, p. 12-33.

BONAVIDES, Samia Saad Gallotti; SILVA, Mário Edson Passerino Fischer. As práticas restaurativas como uma alternativa à persecução penal: da ressignificação do caso penal a uma necessária concretização do princípio da ultima ratio. Lisboa: RJLB, ano 6, n. 3, 2020, p. 1771-1803.

BORGES, Paulo César Corrêa (Org.). Leituras de um realismo jurídico-penal marginal. Homenagem a Alessandro Baratta. São Paulo: Cultura Acadêmica Editora, 2012.

BOTTINI, Pierpaolo Cruz. Crimes de perigo abstrato. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

BRANDÃO, Cláudio. Tipicidade e Interpretação no Direito Penal, Revista Sequência – PPGD UFSC, vol. 35, n. 68.

BUSATO, Paulo César. O papel do Ministério Público no futuro do Direito Penal brasileiro. Revista de Estudos Criminais. Porto Alegre: 2002, ano 2, n. 5.

BUSATO, Paulo César. Direito Penal: Parte geral. São Paulo: Atlas, 2013.

CAMBI, Eduardo. Neoconstitucionalismo e Neoprocessualismo: Direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário. São Paulo: Almedina Brasil, 2016.

CÂMARA, Guilherme Costa. Programa de política criminal: orientado para a vítima de crime. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

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

CARRARA, Francesco. Programa do Curso de Direito Criminal, vol. I, Trad. José Luiz V. de A. Franceschini e J.B. Prestes Barra, São Paulo; Saraiva, 1954.

CHOUKR, Fauzi Hassan. Código de Processo Penal: comentários consolidados e crítica jurisprudencial. São Paulo: Saraiva, 2014.

COHEN, Stanley. Visiones del control social. Barcelona: PPU, 1988.

CONCHA, Percy Calderón. Teoría de conflictos de Johan Galtung. Revista Paz y Conflictos, Granada, 2009, n. 2, p. 60-81.

COSTA, Lúcia Cortes da (org.). Estado e Democracia: pluralidade de questões. Ponta Grossa: Editora UEPG, 2008.

DIAS, Jorge de Figueiredo e ANDRADE, Manuel da Costa. Criminologia: o homem delinquente e a sociedade criminógena. Portugal: Coimbra Editora, 1997.

DIVAN, Gabriel Antinolfi. Justa Causa para a Ação Penal e Conexão Instrumental do Caso Concreto: Novas Possibilidades Teóricas e Uso Político-Criminal. Brasília: Revista Direito Penal, Processo Penal e Constituição, 2017, v. 3, n. 1, p. 38-57.

FERRAJOLI, Luigi. Direito e Razão: Teoria do garantismo penal. Trad. Ana Paula Zomer Sica, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

GOMES, Luiz Flávio. Tucanato e lulismo: menos desigualdade e mais crimes. In: HIRECHE, G. F. E.; SCARPA, A. O. (Org.). Temas de direito penal e processual penal: estudos em homenagem ao juiz Tourinho Neto. Salvador: JusPodivm, 2013.

GONZAGA, Christiano. Manual de Criminologia, São Paulo: Saraiva, 2021.

HASSEMER, Winfried. Crítica al Derecho Penal de Hoy, trad. Patricia S. Ziffer, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2002.

HASSEMER, Winfried. Direito Penal Libertário, trad. Regina Greve, Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2007.

HAUSER, Ester Eliana. Modelos Penais Minimalistas: contribuições e limites na reconstrução da legitimidade dos sistemas penais contemporâneos. Florianópolis, 2001. Dissertação, Universidade Federal de Santa Catarina.

MARQUES, José Frederico. Elementos de direito processual penal, vol. I, Rio de Janeiro: Forense, 1998.

MAZZILI NETO, Ranieri. Os caminhos do sistema penal. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

MOLINA, Antonio García-Pablos de; GOMES, Luiz Flávio. Criminologia. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

MORAES, Maurício Zanoide de. Processo criminal transformativo: modelo criminal e sistema processual não violentos; coord. da coleção Cláudio Brandão. - 1. ed. - Belo Horizonte, São Paulo: D'Plácido, 2022.

MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. Justa causa para a ação penal: doutrina e jurisprudência. São Paulo: RT, 2001.

OLIVEIRA, Ana Carolina Carlos de. Direito de intervenção e direito administrativo sancionador: o pensamento de Hassemer e o direito penal brasileiro. São Paulo, 2012. Dissertação, Universidade de São Paulo.

OLIVEIRA, Ana Carolina Carlos de. A Tutela (não) penal dos delitos por acumulação. Revista *Liberdades*, n. 14:2013, in: ibccrim.org.br/media/postos/arquivos/18/artigo2.pdf.

PACHECO, Denilson Feitoza. Direito Processual Penal: teoria, críticas e práxis. Niterói: Impetus, 2005.

PIRES, Álvaro. A racionalidade penal moderna, o público e os direitos humanos. *Novos Estudos CEBRAP*, n. 68, 2004, p. 39-60.

PRADO, Cláudio Amaral do. Despenalização pela reparação de danos: a terceira via. Leme: J.H. Mizuno, 2005.

ROXIN, Claus. *Política Criminal e Sistema Jurídico-Penal*; tradução: Luis Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2020.

ROXIN, Claus. *Estudos de Direito Penal*; tradução: Luis Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Criminologia*. São Paulo: Thomson Reuters, 2020.

SILVA JARDIM, Afrânio. *Direito processual penal*, Rio de Janeiro: Forense, 1999.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *A expansão do direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais*. Tradução: Luiz Otávio de Oliveira Rocha. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. Contribuições a uma Teoria da Justiça Penal: fundamentos, teoria do delito e política criminal. Tradução: Ana Carolina Carlos de Oliveira (coord). São Paulo: Tirant lo Blanch, 2023.

SILVEIRA, Treicy Giovanella da. Guardiã da sociedade: uma sociologia do Ministério Público. Florianópolis, 2022. Tese, Universidade Federal de Santa Catarina.

SPOSATO, Karyna Batista; e NETO, Vilobaldo Cardoso. Globalização e Política Criminal Desigual. In: <http://publicadireito.com.br/artigos/?cod=5e054129cb67a2ed>, acesso em 05/07/2023.

TÁVORA, Nestor; e ALENCAR, Rosmar Rodrigues. Curso de Direito Processual Penal. Salvador: ed. Jus Podivm, 2009.

THOMPSON, John B. Ideologia e cultura moderna: teoria social crítica na era dos meios de comunicação de massa. Tradução do Grupo de Estudos sobre Ideologia, comunicação e representações sociais da pós-graduação do Instituto de Psicologia da PUCRS. Petrópolis/RJ: Vozes, 2011.

TORNAGHI, Hélio. Curso de Direito Processual Penal, vol. I, São Paulo: Saraiva, 1980.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. Código de Processo Penal Comentado. São Paulo: Saraiva, 1999, vol. II.

WACQUANT, Loïc. As prisões da miséria. Trad. André Telles. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001.

WERMUTH, Maiquel Ângelo Dezordi. Medo e direito penal: reflexos da expansão punitivista na realidade brasileira, ed. Livraria do Advogado, Porto Alegre: 2011.

ZAGREBELSKI, Gustavo. A crucificação e a democracia. Trad. Mônica de Sanctis Viana. São Paulo: Saraiva: 2011.