

XXV ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI - BRASÍLIA/DF

DIREITO PENAL E CONSTITUIÇÃO

CAMILA CARDOSO DE MELLO PRANDO

MÁRCIO RICARDO STAFFEN

DIAULAS COSTA RIBEIRO

Todos os direitos reservados e protegidos.

Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet – PUC - RS

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim – UCAM

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva – UFRN

Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes – IDP

Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba – UFSC

Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Representante Discente – Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

Conselho Fiscal:

Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH

Prof. Dr. José Querino Tavares Neto – UFG/PUC PR

Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini Sanches – UNINOVE

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS (suplente)

Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas – UFG (suplente)

Secretarias:

Relações Institucionais – Ministro José Barroso Filho – IDP

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF

Educação Jurídica – Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues – IMED/ABEDI

Eventos – Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – FUMEC

Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes – UFMG

Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA

Comunicação – Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC

D598

Direito penal e constituição [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UnB/UCB/IDP/ UDF;

Coordenadores: Camila Cardoso De Mello Prando, Diaulas Costa Ribeiro, Márcio Ricardo Staffen – Florianópolis: CONPEDI, 2016.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-168-5

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: DIREITO E DESIGUALDADES: Diagnósticos e Perspectivas para um Brasil Justo.

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Encontros. 2. Direito Penal. 3. Constituição.
I. Encontro Nacional do CONPEDI (25. : 2016 : Brasília, DF).

CDU: 34



CONPEDI

Conselho Nacional de Pesquisa
e Pós-Graduação em Direito

Florianópolis – Santa Catarina – SC
www.conpedi.org.br

XXV ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI - BRASÍLIA/DF

DIREITO PENAL E CONSTITUIÇÃO

Apresentação

As articulações teóricas entre Direito Penal e Democracia permitem avançar nas discussões da Dogmática Penal, da Criminologia e do Direito Penal. Neste livro, perspectivas diversas de análise contribuem para pensar as experiências punitivas contemporâneas.

A sociedade da globalização, da revolução tecnológica, da desterritorialização do Estado, do fenecimento das estruturas tradicionais do constitucionalismo, do reposicionamento do Direito Penal, desvela um tempo de grandes mudanças e transformações, as quais atingem espaços jurídicos, políticos, econômicos e até culturais. Surgem, então, novos direitos, novos atores sociais e novas demandas, as quais reclamam novas formas de equacionamento e proteção de bens juridicamente considerados relevantes.

Intacto neste processo não restou o ordenamento jurídico. Afinal, o ordenamento jurídico não será relevante a menos que a lei (em sentido amplo) seja capaz de produzir efeitos na sociedade. Destaque-se não tão-somente a impotência jurídica como causa deste inadimplemento, some-se neste quadro os vultos impeditivos e/ou promocionais decorrentes de condições nacionais, regionais, internacionais, tecnológicas, sociais e, especialmente, econômicas.

Parte dos textos enfrentaram as dinâmicas atuais do sistema de justiça criminal e as violações de direitos no sistema democrático. Luciana Correa Souza faz uma revisão bibliográfica apontando para a realização das funções de seletividade e reprodução social do sistema penal legitimado pelas promessas de segurança jurídica da Dogmática Penal. Edyleno Italo Santos Andrade e Daniela Carvalho Almeida da Costa descrevem a tendência de administrativização do direito penal e sua consequente violação dos princípios limitadores constitucionais penais. Lenice Kelner discute o processo de expansão do encarceramento e as violações sistemáticas de direitos dos presos. Bruna Nogueira Almeida Ratke e Celia Camelo de Souza, desde uma pesquisa empírica, revelam a ineficácia do direito à educação no sistema prisional frente às regras internas de segurança e à precária estrutura material dos estabelecimentos. Ezilda Claudia de Melo, por fim, problematiza os efeitos da espetacularização midiática nas decisões do Tribunal do Juri.

O modo como o regime de gênero afeta o funcionamento do sistema de justiça criminal e, por consequência, obstaculiza a realização democrática, também foi abordado sob perspectivas

diversas. Mariana Faria Filardi e Maria Rosineide da Silva Costa exploraram as possibilidades alternativas à pena de prisão como forma de resposta mais adequadas aos crimes de violência doméstica contextualizados pela Lei 11.340/2006. Mayara Aparecida da Silva discutiu as previsões legais e doutrinárias e sua compatibilidade constitucional em relação ao não reconhecimento do marido como sujeito ativo do crime de estupro. E, por fim, Vitor Amaral Medrado e Nayara Rodrigues Medrado apontaram as incompatibilidades, desde uma macroanálise, entre as demandas punitivistas do movimento feminista e a realização de igualdade.

Fernando Martins Maria Sobrinho e Fábio André Guaragni assinalam a necessidade de que o Direito Penal Econômico dialogue e receba insumos interdisciplinares, especialmente, de critérios provenientes da atividade empresarial e do primado da função social da empresa, para além da visão restrita de máxima lucratividade.

Em linhas similares, o artigo “A construção do Direito Penal Ambiental e seu conflito no ordenamento jurídico brasileiro”, de autoria de Maurício Perin Dambros e Patrícia de Lima Félix, ao retomar o debate sobre bens jurídicos relevantes e o intuito protecionista do ambiente, defende um constante e perene diálogo do Direito Ambiental com o Direito Penal e com Direito Administrativo.

A proposta de Luiz Eduardo Dias Cardoso, em seu artigo, verte a importância da aproximação do Direito com a Economia, sob o viés da Análise Econômica do Direito. Para tanto, em termos específicos, clama pela relevância de aferição da efetividade aos crimes tributários à luz da Análise Econômica do Direito no Brasil. Assim, busca o autor verificar a hipótese de que a repressão aos crimes fiscais no Brasil é ineficiente, sobretudo em decorrência do mau aparelhamento do aparato repressivo estatal, conforme critérios fixados por Gary Becker.

Fábio Augusto Tamborlin insere questionamentos sobre a função do Direito Penal em cenários globalizados e orientados por uma sociedade de risco. Nestes termos, coloca o Direito Penal diante de uma das mais complexas situações de atuação, isto é, a passagem do Direito Penal para além das fronteiras nacionais.

No texto “Breves reflexões acerca do princípio do bis in idem e o Direito Ambiental”, a autora, Larissa Gabriela Cruz Botelho, retoma o estudo das convergências e divergências da teórica clássica do Direito Penal em relação aos preceitos de proteção ambiental. Para tanto, busca insumos na apreciação dada à problemática pela Corte Constitucional espanhola e seus reflexos na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

O artigo de Andreza do Socorro Pantoja de Oliveira Smith, destina uma crítica contundente à lei brasileira de combate ao tráfico de seres humanos, ao tempo que tal dispositivo aborda a prostituição no Brasil uma vez que este é o único propósito previsto pela legislação nacional, o que dificulta não só a real compreensão das diversas formas existentes de exploração, mas também as respostas adequadas por Estado.

No texto “O Patriot Act americano nas visões de Hannah Arendt e Giorgio Agamben: o direito penal do inimigo como remontagem do homo sacer”, os autores retomam a pauta da criminalização do terror e das novas fronteiras da persecução penal por “razões de Estado”, importando em progressiva mitigação de Direitos Humanos e garantias processuais pelos atos pós-11 de setembro de 2001.

A proteção penal do patrimônio cultural e da paisagem demonstra, na visão das autoras, que não se tutela apenas aqueles mas, sobretudo o liame subjetivo que os conecta com o ser humano, garantindo identidade e pertencimento ao meio, pretendendo responder qual o fundamento jurídico para a impossibilidade de se aplicar o princípio da insignificância e garantir solidariedade intergeracional na proteção do patrimônio cultural material e da paisagem na tutela penal brasileira.

Márcio de Almeida Farias, introduz uma posição crítica em relação à responsabilidade penal da pessoa jurídica em crimes ambientais e a necessidade de uma lei geral de adaptação, para tanto, conclui com a síntese da necessidade de ampla reestruturação dogmática do direito penal e processual penal para dar guarida às pessoas jurídicas.

Fabíola de Jesus Pereira e Andreia Alves de Almeida analisam a eficácia da colaboração premiada no combate à corrupção e o efeito dominó na operação Lava Jato, tema de grande atualidade e relevância na maior operação de combate à corrupção já realizada no Brasil.

Nelson Eduardo Ribeiro Machado argui a inconstitucionalidade do art. 28 da Lei nº 11.343/2006, que pune o porte de drogas para uso próprio, concluindo que a não criminalização do porte de drogas para consumo próprio quantificando um valor para a posse de pequena quantidade, bem como medidas alternativas à criminalização, de cunho administrativo, devem ser adotadas, tais como a possibilidade de tratamento do usuário, medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo, conforme prescrito no art. 28 da Lei nº 11.343/06, inciso III. Enfim, deve haver um esforço conjunto entre Poder público e sociedade em prol do enfrentamento do problema.

Alberto Jorge Correia de Barros Lima e Nathália Ribeiro Leite Silva apresentam uma análise dogmática dos mandamentos constitucionais criminalizadores e dos princípios constitucionais penais. Colocando em foco os princípios constitucionais penais e os mandamentos constitucionais criminalizadores, os autores concluíram que se deve ter em mente que, sendo os primeiros originários do Estado Liberal, e os segundos decorrentes do Estado Social, tal qual o Estado Democrático de Direito em que vivemos hoje deve constituir uma síntese e superação desses seus dois antecessores, também é preciso que, ao se estudar o Direito Penal Constitucional, leve-se em conta que tanto os princípios como os mandamentos desempenham papel de relevância no Direito Penal hodierno, e que entre eles deve haver a necessária correlação para que coexistam a fim de consagrar um Direito Penal mínimo e eficiente, que faça jus ao avanço das sociedades, enquanto democráticas.

Gerson Faustino Rosa e Gisele Mendes de Carvalho indagam se o casamento ainda é um bem jurídico penal ante o princípio da intervenção mínima do Direito Penal. A pergunta é respondida desafiando o crime de bigamia. Quanto ao casamento como bem jurídico específico, concluem os autores que, por óbvio, também deve-se, não somente dispensar, mas evitar a intervenção da ingerência penal, a qual decorre de um tempo em que não se admitia o divórcio, onde as pessoas uniam-se para a eternidade, onde criminalizava-se o adultério e outros fatos que hoje inexistem, especialmente em face da evolução cultural e legislativa, trazida pela nova Constituição, que revolucionou o Direito de Família.

Fernando Andrade Fernandes e Leonardo Simões Agapito trataram da hermenêutica midiática e das distorções dos critérios de atribuição de responsabilidade criminal. Frente às análises realizadas ao longo do texto, compreendem que a progressiva redução das garantias processuais e violação das liberdades individuais pela ultra exposição de fatos sigilosos do processo, à margem de conceitos normativos e critérios técnicos, sem a crítica necessária às instituições judiciárias e desprendido de qualquer autorreflexão, acabam por gerar uma distorção dos fatos, por consequência, do próprio direito penal e suas categorias, pensadas justamente como um contrapeso à intervenção punitiva sem controles.

Ana Clara Montenegro Fonseca e Vinícius Leão de Castro analisaram o impacto dogmático das chamadas circunstâncias concomitantes na formação do conceito finalista de culpabilidade normativa pura e seu confronto com a moderna perspectiva funcional-sistêmica. Após um detido enfrentamento do tema, os autores concluem que o funcionalismo normativo-sistêmico e, conseqüentemente, sua concepção de culpabilidade-, com seu método exageradamente normativista, não é bem-vindo vez que não limita a intervenção punitiva do Estado – pelo contrário, possibilita a sua maximização. Ademais, é esse modelo funcional incompatível com o ordenamento pátrio, que se funda na teoria finalista.

Diego José Dias Mendes tratou da não punibilidade do excesso na legítima defesa e as possíveis repercussões para a valoração da agressão lícitamente precipitada pela vítima. Após comparar sistemas jurídicos que já superaram a questão, o autor concluiu que se hoje a mera proposta de explicação do comportamento criminoso à luz de atitudes da vítima já causa escândalo na sociedade, isto ocorre porque se trata de forma de pensar (técnica de neutralização) que de fato – segundo demonstra a vitimologia crítica – mobiliza comportamentos criminosos; conceber que dê azo também à impunidade não soa de modo algum sequer suportável à luz das finalidades preventivas e da necessária formalização do direito penal.

Halyny Mendes Guimarães analisou o efeito irradiante do princípio da presunção de não culpabilidade na esfera administrativa das corporações militares estaduais, concluindo que as previsões contidas nos estatutos das Corporações Militares devem estar ajustados a esse princípio constitucional.

André Eduardo Detzel e Aline Martinez Hinterlang de Barros Detzel trataram da superação das vedações dogmáticas para a responsabilização penal da pessoa jurídica, apresentando reflexões sobre o modelo construtivista de autorresponsabilidade. Os autores chegaram à conclusão de que a principal crítica feita ao modelo construtivista de autorresponsabilidade penal dos entes coletivos é que ele apresentaria imperfeições teóricas que o assimilariam ao conceito clássico de imprudência. Mas resumiram, por fim, que é possível, apesar das críticas, concluir que o modelo construtivista de autorresponsabilidade contempla fundamentos necessários para investigar, denunciar, processar e condenar uma pessoa jurídica pela prática de um crime ambiental, isto é, é possível assegurar a vigência do artigo 225, § 3º, da Constituição Federal.

À guisa de conclusão, o Grupo de Trabalho de Direito Penal e Constituição cumpriu às inteiras o seu objetivo, reunindo os excelentes artigos que agora são disponibilizados nesta publicação.

Profa. Dra. Camila Cardoso de Mello Prando (UNB)

Prof. Dr. Diaulas Costa Ribeiro (UCB)

Prof. Dr. Márcio Ricardo Staffen (IMED)

Coordenadores

**REFLEXÕES ACERCA DA EXPANSÃO E CRISE DO DIREITO PENAL
BRASILEIRO DA CONTEMPORANEIDADE**
**REFLECTIONS ABOUT EXPANSION AND CRISIS OF THE LAW BRAZILIAN
CRIMINAL IN THE CONTEMPORANEITY**

Edyleno Italo Santos Sodré ¹
Daniela Carvalho Almeida Da Costa

Resumo

Este apresenta a situação do direito penal e sua tendência expansionista, em cotejo com os direitos fundamentais e o Sistema Garantista da Constituição. Pretende, ainda, enfrentar o tema intitulado como Crise do Direito Penal dentro da situação, do que tem sido divulgado, como aumento da criminalidade no Brasil, no que se refere a operações policiais investigativas de repressão a corrupção e outros ilícitos, em detrimento do patrimônio público. Aponta que uma das soluções adotadas para o direito penal é aproximá-lo do administrativo sancionador, conferindo-lhe características peculiares desse ramo do direito embora com sacrifício a princípios basilares da ciência

Palavras-chave: Estado, Ilícitude, Penal, Garantias fundamentais, Direito de punir, Sanções civis e administrativas

Abstract/Resumen/Résumé

This presents the situation of criminal law and its expansionist trend in comparison with the fundamental rights and Garantista System of the Constitution. It also intends to address issue titled Criminal Law of the crisis in the situation of what has been disclosed as increase in crime in Brazil, with regard to investigative police crackdowns on corruption and other illegal at the expense equity public. Points out that one of solutions adopted for the criminal law is to approach it from sanctioning administrative, giving it unique characteristics of this branch of law although with sacrifice the basic principles of science

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: State, Unlawfulness, Criminal, Fundamental guarantees, Right of punish, Civil and administrative sanctions

¹ Mestre em Constitucionalização do Direito com ênfase na área de Direito Penal – UFS. Especialista em Direito Público – UNISUL. Promotor de Justiça. CV: <http://lattes.cnpq.br/8953882150400232>

INTRODUÇÃO

Diante do muito que se tem propalado sobre a grave crise do direito penal clássico, o colapso do sistema penitenciário brasileiro, observando as movimentações sociais, ocorridas a partir de julho de 2013 - que clamavam por maior resposta do Estado Brasileiro em face de inúmeros casos de corrupção, divulgados pela imprensa -, há que se indagar se a tendência em criar ilícitos cujas cominações legais tenham por preferência a aplicação de sanções administrativas e cíveis, a exemplo da Lei 12.846/2013, não se constitui, em verdade, uma forma de se adotar o direito administrativo sancionador ou a administrativização do penal.

Como era imprescindível, foi feita a análise, desse atual posicionamento do legislativo brasileiro, diante do fenômeno denominado de expansão do direito penal, uma vez que presenciamos, por outro lado, um crescente de tipificações de condutas de perigo abstrato, de conteúdo aberto, dentre outras que caracterizam a expansão do direito punitivo estatal.

Toda essa tarefa foi realizada, com o escopo de, chegando a um juízo hipotético-dedutivo, proporcionar, ao investigador, elementos necessários ao processamento e à validação de dados pertinentes ao tema.

Para lograr êxito na apresentação do estudo sobre tal situação, utilizamo-nos, através da pesquisa e catalogação, além da análise, do material contido nas referências, do raciocínio lógico-dedutivo.

Constatamos que dentre um dos atuais problemas mais inquietantes do ordenamento jurídico-penal brasileiro está o imensurável número de condutas a que, por escolha dos representantes do Congresso Nacional - dentro do que eles consideram como política criminal -, tem sido atribuída a característica do mais grave dos ilícitos dos ramos do direito, mas, principalmente, como tem sido largamente divulgado pela imprensa escrita e televisiva, o crescente aumento da violência e da criminalidade, sendo que esses fatores, diante da premissa de violação ao direito, também geram consequências sérias para a atividade estatal repressiva dos agentes envolvidos na prática, ou investigados para que se alcance a autoria.

A voracidade para tipificação penal de certas condutas (tanto com acréscimos a

artigos do Código Penal, como na adoção de leis esparsas), ainda que sem um resultado lesivo ao bem jurídico sob proteção do Direito (como um todo), além da intitulada “Crise do Direito Penal” e as consequências dessas vertentes para o Estado Democrático de Direito, lembrando, com mais propriedade, da realidade do nosso País - com sua Constituição Garantista (nos moldes da teoria de FERRAJOLI) - tem sido a tônica mais que presente nas discussões dos profissionais que atuam na área, além dos acadêmicos das Ciências Criminais.

Sobretudo, diante da necessária observância a princípios constitucionais como a razoabilidade, proporcionalidade entre a conduta e a lesão ao bem jurídico, culpabilidade e muitos outros essenciais para a legitimação do direito penal, num Estado de Direito como é o nosso.

Não podemos olvidar que atualmente vivemos avanços tecnológicos impressionantes e, com isso, tenta o Estado (em sentido amplo) regular as relações resultantes das inovações na área de informática e a denominada “globalização”, muitas vezes valendo-se da caracterização de certas condutas como crimes intitulados cibernéticos, transnacionais, globais.

Os pesquisadores do Direito Penal, ainda tem de se deparar com a aspiração estatal de deter a corrupção, prática que tem causado prejuízos consideráveis para a sociedade e a sua própria sobrevivência. A rede mundial de computadores e a enorme facilidade de acesso à informação, transmissão de dados com qualquer parte do planeta, amplia, sobremaneira, o *modus operandi* da prática da corrupção.

Certamente, cada um de nós, operadores do Direito, tem ao menos uma recordação de notícia ou manchete sobre esses novos conceitos de criminalidade e de Tratados Internacionais entre dois Países para que ocorra a “repatriação” de dinheiro e outros bens desviados de forma ilícita.

Ocorre que, toda norma infraconstitucional (e a lei ordinária penal é uma delas) tem de encontrar sustentação na norma maior de um ordenamento jurídico-penal, a Constituição Federal – assim como essa, para sua legitimação, há de ter respaldo no Sistema Normativo Internacional - , sendo que essa diretriz, além da forma como deve se dar a interpretação das normas jurídicas, constitui-se a pauta de nosso trabalho.

1 DO DIREITO PENAL (BRASILEIRO) E SUA CONSTITUCIONALIZAÇÃO

Antes de qualquer palavra sobre o nosso tema específico, cumpre, de logo, estabelecer como premissa inafastável que é a Constituição que deve servir como compreensão ontológica-existencial de todo o sistema jurídico positivo. Disso resulta, por conseqüência lógica, que ela tem, ainda, grande poder transformador (força normativa).

Na fala de STRECK (2013) é por causa da lei maior que o direito (infraconstitucional) se constitui; ela o vincula e além disso, (ela) estabelece as condições do agir estatal.

Não sendo despropositado dizer que (ela) deve repercutir (muito mais ainda) nas relações entre o estado e cidadãos – exercício do direito de punir estatal - diante da prática de conduta tida como ilícito penal.

Assim, por óbvio que, no caso do direito brasileiro, o ordenamento jurídico (conjunto dogmático formal) penal - assim como o de qualquer outro ramo do direito positivo - é que deve se adequar ao previsto na Constituição Federal e não o reverso.

Do que podemos verificar que a Constituição Federal tem grande impacto sobre a validade e a interpretação das normas do direito penal, bem como sobre a produção legislativa da matéria.

Forçoso concluir que o sistema garantista adotado pela Constituição Federal e as garantias fundamentais, uma vez que alicerçados nela (Lei Maior) e respaldados pelo Sistema Internacional dos Direitos Humanos, jamais deveriam (ou poderiam) sofrer qualquer abalo por parte do direito penal.

2 DOS PARADIGMAS DO DIREITO PENAL CLÁSSICO

Voltando-nos para o estudo do direito penal em si mesmo, ressaltamos que, desde o início da convivência coletiva do homem com a previsão do Direito para regulamentação das relações entre os cidadãos que integram essa sociedade, o direito penal tem sido utilizado na

sua versão clássica, tendo, para grande parte da doutrina, dois objetivos essenciais.

Aponta-se, primeiro, o de prever quais comportamentos, em face da política criminal escolhida pelos representantes do povo no parlamento, são considerados indesejáveis e, portanto, ilícitos, havendo a sua previsão em um documento escrito (código penal), a fim de que as pessoas deixem de praticar tais condutas sob o risco de não o fazendo, sofrerem as consequências descritas na figura típica.

Assim, quanto ao critério adotado para que tenhamos o ilícito penal, cumpre trazer o pensamento de PEREIRA (2009):

A política criminal poderia ser definida como “um conjunto dos procedimentos pelos quais o corpo social organiza as respostas ao fenômeno criminal, aparecendo, portanto, como teoria e prática das diferentes formas de controle social”, sendo que seu objeto estaria fundado na solução científica “das questões relacionadas ao fundamento jurídico e aos fins do poder de punir que ao Estado pertence, bem como a da origem da natureza do crime”.

Desta maneira, pode-se compreender a política criminal a partir de um contraponto existente entre a atuação estatal – materializada através de procedimentos que objetivam a prevenção e repressão ao fenômeno criminal –, o sujeito ativo do ilícito e a análise da (des)necessidade de imposição de reprimenda sancionatória.

Além de constituir um conjunto de procedimentos que busca organizar o “corpo social”, a política criminal tem, em princípio, por objeto permanente criar meios que tenham por finalidade a manutenção da segurança (ou pode-se dizer da sensação de segurança) esperada por toda a sociedade.

A partir das proposições ou mandamentos fundamentais da política criminal, os quais “são encontrados no campo de projecção dos problemas jurídicos sobre o contexto mais amplo da política social, é que será possível esperar o controle da criminalidade”.

A partir dessa acepção, constata-se que a política criminal se faz presente através de meios de controle do fenômeno criminal, utilizando-se para atingir este objetivo não somente o Direito Penal como meio coercitivo de imposição de sanções punitivas, mas, sobretudo, outras formas de manifestação apresentadas pelo próprio Estado ou mesmo pela sociedade que representam formas reduzidas de coerção.

Tal função seria destinada a generalidade dos integrantes da sociedade com o escopo de desestimulá-los a praticar o que foi estabelecido como “crime” (no sentido mais amplo), sendo nítido o seu caráter de prevenção genérica.

Mas, também, existe aquele aspecto da norma penal que surge quando, não obstante a previsão anterior (contida, geralmente, num documento escrito) há a infração à norma que o tipo penal desejava proteger (na verdade, o que ocorre é a adequação da conduta praticada

dentro do que é tido como ilícito), nascendo, dessa forma, para o Estado o direito de aplicar a sanção também descrita no “crime”.

Assim, nos ensina FERRAJOLI (2014):

O primeiro destes elementos é o convencionalismo penal, tal como resulta do princípio da legalidade estrita, na determinação abstrata do que é punível. Este princípio exige duas condições: o caráter formal ou legal do critério de definição do desvio e o caráter empírico ou fático das hipóteses de desvio legalmente definidas. O desvio punível, segundo a primeira condição, não é o que, por características intrínsecas ou ontológicas, é reconhecido em cada ocasião como imoral, como naturalmente anormal, como socialmente lesivo ou coisa semelhante. É aquele formalmente indicado pela lei como pressuposto necessário para aplicação de uma pena, segundo a clássica fórmula *nulla poena et nullum crimen sine lege*.

Elementar que, sob este último aspecto – *jus puniendi* –, tenhamos o direito penal, orientando-se pelo critério individual, ou seja, a repressão da conduta violadora do crime (que foi gerada de forma individualizada, não pela sociedade como um todo).

Entretanto, a evolução das sociedades, principalmente, do período pós-segunda guerra mundial, com avanços tecnológicos imensuráveis (internet e tantos outros), a facilidade de acesso a informações, e, principalmente, a estrutura do “mundo globalizado”, fez com que o direito, que quase nunca acompanha esse processo com o mesmo ritmo, pudesse se deparar com situações antes nunca previstas e, pior, sem qualquer previsão normativa.

Nesse sentido, há quem defenda que o Direito Penal Clássico entrou em colapso, sendo necessária, uma verdadeira reformulação de seus conceitos para acompanhar as mudanças.

ALBANI e CARNEIRO (2014), expressamente fazem menção a uma verdadeira crise de paradigmas pela qual passa o direito penal:

Acostumado a aplicar o processo de subsunção do fato à norma, guiado pela hermenêutica normativa, e aliado ao fato de que não há, em âmbito Penal, tipo legal previsto na Constituição, o profissional do Direito parece ainda não ter se dado conta de que ele é o responsável pela construção do sentido da norma, em um processo de interpretação que não pode olvidar os ideais eleitos pelo Constituinte de 1988 e condizentes com um Estado Democrático (e moderno) de Direito. Em outras palavras: o operador deve entender que o conteúdo do injusto não está contido no tipo penal, pois este não é dotado de vida nem sentido próprios, devendo ser afastado o entendimento de que a norma resta adormecida em um mundo idealizado do qual deve ser resgatada

por intermédio de um processo de subsunção.

O injusto é construído, em um processo de significação, pelo próprio intérprete, que assim age norteado por sua bagagem histórico-sociocultural e por seus pré-juízos/pré-compreensões, e deve observar não apenas o quanto previsto no Código Penal ou na legislação especial, mas, principalmente, em cada caso concreto, os valores eleitos de acordo com a política criminal e princípios elencados na Constituição, não obstante o respeito ao princípio da legalidade.

3 DOS DESAFIOS DA CONTEMPORANEIDADE PARA O DIREITO PENAL

Não podemos olvidar que com o gigantesco avanço tecnológico, o direito penal criado para lidar, essencialmente, com o individual, teve de se deparar com novo cenário em que as relações passaram a ser globalizadas e, por consequência, houve um incremento nos crimes transnacionais, envolvendo um número infinito de vítimas, não raramente atingidas numa velocidade estrondosa.

Mas o que se entende por globalizado? Qual é o sentido da palavra? Falando sobre o que seja a “globalização” FERNANDES (2001), assim preceitua:

[...] podemos falar da globalização como sendo um estreitamento e aprofundamento espacio-temporal de toda uma estrutura económica, social, política e cultural, suportado por uma densa, complexa e interligada rede de comunicações que, possibilitando-o, acelera ainda mais todo um processo de diluição (outra vez a figura do Leviatão nos assalta...) do uno no múltiplo, do ser-aí-diferente no ser-em-todo-lado-igual, de caldeirão onde se fundem diversidades culturais, económicas, políticas e sociais em consequência do qual cada vez menos se encontra um eu ‘genuíno’ [...]

E, ainda, há de se perguntar como fica a situação do direito penal clássico, concebido para lidar com a conduta individualizada, tendo como referência o direito nacional de um país? Sendo, também, oportuna: as características do clássico são compatíveis com este novo contexto?

Da ideia de "aldeia global", advém outro fator marcante para o direito penal da atualidade, qual seja, o de Sociedade do Risco (expressão de ULRICH BECK).

Sim, da rapidez de comunicação, grande incremento intelectual e tecnológico, bem como da complexidade das interações nacionais e mesmo humanas, surgem grandes,

freqüentes e rápidas alterações no contexto do cotidiano social.

Em razão da efemeridade dos contornos em que se baseiam as relações humanas contemporâneas, os indivíduos vivem uma permanente sensação de instabilidade, a qual se mostra predominante desde a década de oitenta nas Sociedades pós-industriais.

Como fator agravante, para a mera possibilidade de risco advindo das relações humanas, tem se pautado a tendência à adoção de respostas penais ao invés da utilização dos outros ramos do direito.

O sentimento geral de insegurança é fruto, em grande parte, da decepção suportada pelo homem moderno – que acreditava que em razão dos vários avanços tecnológicos poderia extirpar os riscos -, mas se esqueceu que, em face das grandes inovações, poder-se-iam ter novas situações de perigo.

Não podemos esquecer da colaboração da *mass media* - expressão que demonstra o poderio dos veículos de comunicação e a manipulação dos grandes aglomerados de pessoas sob sua influência -, ficando os atingidos pelo alcance do meio de comunicação (como, notadamente, a televisão, mas também, o rádio) “submissos”, diante dos direcionamentos dos detentores de poderosos instrumentos, principalmente através das escolhas do que deve ser publicado e a forma como é feita a divulgação. Ou seja, a situação de terror já vivida pelos integrantes da sociedade contemporânea, é potencializada pela atuação desses veículos de comunicação.

Neste sentido – o da *mass media* (e reflexo da mesma para o aumento do sentimento de insegurança) – ALBRECHT (2000):

La criminalidad y la persecución penal no sólo tienen valor para el uso político, sino que son también el objeto de auténticos melodramas cotidianos que se comercializan con texto e ilustraciones en los medios de comunicación. Se comercia con la criminalidad y su persecución como mercancía de la industria cultural. Consecuentemente, la imagen pública de esa mercancía es trazada de forma espectacular y omnipresente, superando incluso la frontera de lo empíricamente contrastable.”

Em uma Sociedade do Risco que já é susceptível à criação e manutenção de situações aparentes de perigo, o comportamento dos comunicadores termina por intensificar a sensação de medo, apresentando-as de maneira muito mais gravosa do que realmente é. A população, por sua vez, receptora das referidas informações, absorve as notícias negativas de maneira acrítica e se comporta como se efetivamente estivesse todo o tempo na iminência de concretização da ameaça.

Assim, factível que pudesse ocorrer um verdadeiro colapso para os estudiosos do direito penal, como nos aponta CAVALCANTI (2014):

As causas da profunda crise no Direito Penal, estão na raiz da alteração que ocorre atualmente no Sistema Criminal. O Direito Penal Clássico, sempre ocupado com a tutela dos bens jurídicos individuais, cede espaço para um novo Direito Penal, destinado a proteger os chamados Bens Jurídicos “supra-individuais” (ordem econômica, meio-ambiente, relações de consumo, etc.). Porém, esse Direito Punitivo contemporâneo passa a ser, equivocadamente, identificado como a solução única ao aumento da macro criminalidade.

E o direito penal clássico, assim como todo ordenamento jurídico positivo, além de não acompanhar as rápidas mudanças sociais, ainda, por mera presunção, como entendem alguns, almejaria ser utilizado para regular as novas relações sociais e, dentro da sua esfera de atuação, também, objetiva ser o instrumento de controle para pacificação social.

Falando acerca do direito penal moderno, e como ele pode ser usado como instrumento de controle social, HASSEMER (2008, páginas 216 e 217) registra:

Difusão simbólica de uma vida conforme ao Direito por intermédio do emprego instrumental do Direito penal: este é, com certeza, o traço marcante do de um Direito Penal moderno desde o término – se é que alguma vez houve um início – de uma fundamentação da pena radicalmente absoluta – desde Lobe, passando por Nagler até Maurach e Weltzel – consistiu, na verdade, na fixação de fins preventivos da pena, no sentido aqui empregado. Afinal, não se trata aqui apenas de uma concretização instrumental do Direito penal e da justiça penal, mas sim, por meio delas, do atingimento de fins preventivos especiais e gerais: transmitir ao condenado o sentimento de sua própria responsabilidade, proteger os valores ético-sociais mais caros à população e fortalecer as convicções ético-sociais. Trata-se, em síntese, da afirmação do Direito e da promoção do respeito geral à lei.

Já quando chegamos ao direito penal contemporâneo, nos valem, ainda, da

preceituação de CAVALCANTI (2014):

O Direito Penal de nossos dias depara-se com uma imensa dificuldade: a evolução tecnológica exponencial levou à sensibilização intensa de determinados setores da sociedade aos riscos causados por essas tecnologias. [...]

Agora, no entanto, estamos vivendo uma recuperação do ponto de vista axiológico como fórmula de recorte de um Direito Penal alijado de considerações desta natureza. Deparamo-nos, em Direito Penal, com a circunstância de que a proteção de bens jurídicos coletivos é cada vez mais exigida em um processo de expansão permanente que tende a romper com os princípios e garantias fundamentais.

Aponta-se, assim, uma tendência expansionista do direito penal (como temos nas denominadas Escolas de Coimbra, Portugal – necessidade da utilização dos instrumentos do Direito Penal para os riscos à Sociedade Contemporânea – e, principalmente, na Funcionalista Espanhola, que tem Silva-Sanchez como exponecial – defende-se diferentes “velocidades” do direito repressivo com supressão dos direitos fundamentais, para que se tenha maior eficácia do controle da criminalidade por parte do Estado)-, ainda que se tenha de suprimir conquistas fundamentais que demoraram tanto para chegar ao status atual.

Assim, preconiza SILVA SANCHEZ (2014):

Deparamo-nos, em Direito Penal, com a circunstância de que a proteção de bens jurídicos coletivos é cada vez mais exigida em um processo de expansão permanente que tende a romper com os princípios e garantias fundamentais.

4 DA EXPANSÃO DO DIREITO PENAL

De logo, apontamos que, com a expressão (título), estamos nos referindo a essa “tendência” do legislador em se utilizar da tipificação criminal para tentar resolver os problemas sociais, notadamente os do sentimento de insegurança e de aumento da criminalidade, fazendo com que o direito penal afaste-se das suas características de subsidiariedade, fragmentariedade, *ultima ratio*, ofensividade e proporcionalidade.

E, logo de saída, registramos que o Direito Penal, em razão da forma como deve ser utilizado e, sobretudo, pela preponderância do Sistema Constitucional Garantista, é um instrumento flagrantemente inadequado para apoiar objetivos políticos, controlar situações

problemáticas ou prover a ampla prevenção de situações perigosas.

De forma percuciente, SILVA SANCHEZ (2014), ao mencionar o critério escolhido para tal vertente da legislação contemporânea, tem a mesma opinião:

Criminalidade e medo do crime não são como a coisa e sua imagem no espelho. Sentimentos de ameaça e insegurança são menos reflexos de ameaças reais, mas também consequências de situações de “des-solidarização” e intraquilidade sociais. Não é a ameaça real da criminalidade e da violência que constitui o fator decisivo para a política de segurança pública e sim a percepção de tal ameaça pela coletividade. Tais sentimentos de ameaça dominam a população, são canalizados para reivindicações de imediata exacerbação dos meios coercitivos e tornam a flexibilização e corrosão dos direitos fundamentais pelo estado não só toleráveis como objeto de exigência da população. Porém, não existe a mais remota relação causal entre ameaça e sentimento de ameaça, pelo contrário: há mais medo do crime entre grupos sociais onde a probabilidade de ser sua vítima é mais remota. A recíproca também é verdadeira.

Portanto, a política de segurança pública deve não apenas considerar as causas da criminalidade e da violência como também os múltiplos fatores da sua percepção social. ... O sentimento de ameaça não se concentra em agressões criminosas; ele é difuso, estende-se em múltiplas direções. Assim, a marcante diferença entre ameaça da criminalidade e sentimento de ameaça não exigiria, afinal, qualquer diferenciação na política de segurança pública e conduziria, numa perspectiva de longo prazo da Política criminal e de Segurança pública, ao mesmo objetivo estratégico para o problema do medo e da insegurança: iniciar e favorecer processos de solidarização e estabilização das normas (grifo nosso).

E do atual quadro de (in)segurança pública, assistimos perplexos, que o que mais tem ocorrido é a conversão do sentimento de medo em pretensão social pelo recrudescimento das sanções típicas do direito penal, como se o estado com o direito penal devesse dar a resposta a cada veiculação, em grande escala, de crimes violentos que são perpetrados.

Aparecem, cada vez mais, demandas por ampliação da proteção penal para por fim a angústia social mesmo que (para isso) seja preciso diminuir as garantias clássicas (tanto os direitos humanos, e sua positivação numa lei maior, como direitos fundamentais).

Registramos que, também o legislador penal, tem adotado como critério a criminalização dos atos preparatórios para a prática de crimes (e, até às vezes, os fatos anteriores), os intitulados como 'delitos de perigo'.

Nestes, como a impossibilidade fática de assegurar a todos (com medidas preventivas) a Segurança Pública, pode traduzir em muitas ocasiões a situação de intranquilidade ou instabilidade social ou a de que, em face da ineficiência do aparelhamento jurídico processual e penal, não se tem como se chegar à causalidade que determina a sujeição de alguém aos fatos de um crime – o Estado “antecipa” os resultados, criminalizando as condutas prévias ao delito.

No Código Penal Brasileiro, pode-se citar como exemplos de delitos de perigo os previstos nos arts. 288 e 291, respectivamente: associação criminosa¹ e petrechos para falsificação de moeda². E, na atualidade, vemos tal técnica legislativa se espalhar em leis esparsas. Essa é a tônica que impera na legislação dos crimes ambientais, tudo em virtude da necessidade da proteção desta novas espécies de bens jurídicos (supra-individuais).

É que, sendo os conceitos mais imprecisos (ou determináveis por interpretação) e tornando-se mais difícil a tarefa de se visualizar uma infração concreta, o parlamentar opta por essa criminalização do antecedente, também para isentar os penalistas da responsabilidade na atividade de se alcançar a real lesão, não frustrando o sentimento social da confiança e credibilidade nas instituições públicas.

De concreto, podemos constatar que consubstanciam-se num dos mais usados meios de juízo de antecipação penal, bem ao molde dos reclamos da Sociedade do Risco.

Um dos argumentos para a justificação decorre do princípio da prevenção — a medida é escorreita quando existe a suspeita de risco — os crimes, com o princípio relacionado, têm como previsão atos humanos suposta e genericamente perigosos³. Não

¹ Art. 288. Associarem-se 3 (três) ou mais pessoas, para o fim específico de cometer crimes:

Pena - reclusão, de 1 (um) a 3 (três) anos.

Parágrafo único. A pena aumenta-se até a metade se a associação é armada ou se houver a participação de criança ou adolescente.

² Art. 291 - Fabricar, adquirir, fornecer, a título oneroso ou gratuito, possuir ou guardar maquinismo, aparelho, instrumento ou qualquer objeto especialmente destinado à falsificação de moeda: Pena - reclusão, de dois a seis anos, e multa.

³ SOUZA (2007, p. 108): não importa se o perigo representado pelo risco de que algo vá acontecer venha a se concretizar ou não. Basta a possibilidade de sua ocorrência para que se gere uma realidade social nova, para

requerem, uma antijuridicidade material, mas meramente formal. O resultado não é importante, uma vez que não importa que ocorra, efetivamente, o dano temido e, caso tenha, haverá tão só o exaurimento.

Cabendo, ainda, registrar que, em razão de se dar maior importância ao sujeito passivo do delito, para que ocorra o ilícito penal sequer importa a verificação do perigo, bastando para ele que se possa ser atingido pelo sentimento da vítima (ameaça). Isso pode, inclusive, proporcionar, mais ainda, o que a doutrina denomina de legislação simbólica.

5 DA ADMINISTRATIVIZAÇÃO E IMPOSSIBILIDADE DA VOLTA DO DIREITO PENAL CLÁSSICO

Devemos, de logo, esclarecer que será levado em consideração o pensamento de de Jesús María Silva Sánchez, em sua obra “A expansão do Direito Penal”, sendo o alcance do termo escolhido pelo mesmo, o que foi utilizado neste artigo.

Assim, extraímos do trecho da sua obra sobre “administrativização” do direito penal, o sentido que o ilustre autor aponta o termo:

Pois bem, é possível afirmar que é uma característica do Direito Penal das sociedades pós-industriais a assunção, em ampla medida, de tal forma de racionalizar, a da lesividade global derivada de acumulações ou repetições, tradicionalmente própria do administrativo. É isso que se quer indicar quando se alude ao processo de “administrativização”, em que a nosso juízo, se acha imerso o Direito Penal. E tal poderia nos levar ainda mais longe: assim, não somente a afirmar que o Direito Penal assume o modo de racionalizar próprio do Direito Administrativo sancionador, senão que inclusive a partir daí, se converte em um Direito de gestão ordinária de grandes problemas sociais.

A progressiva transformação do Direito Penal nas modernas sociedades de comportamentos massificados, em um elemento a mais do direito de gestão se mostra bastante evidente no ponto de vista que se acaba de explanar. Parece claro que, também para o Direito Penal, o fator decisivo começa a ser o problema das grandes cifras e não a dimensão de lesividade do comportamento individual (grifo nosso).

Ante as situações que já apontamos e que demonstram uma progressiva tendência expansionista do Direito penal na contemporaneidade, há quem sustente que deveria haver a

que um novo valor tido pelo grupo como algo digno de proteção seja violado, ou seja, para que a sensação de segurança se transforme em insegurança.

volta ao modelo clássico (aquele adotado no Estado Liberal).

Há, ainda, quem entenda que esse regresso deve ocorrer apenas voltando-se para a proteção de bens essencialmente personalíssimos e do patrimônio e tudo com a estrita obediência aos princípios mandamentais (direitos fundamentais).

O fundamento para esta defesa é que o direito penal pode, sim, recuperar a sua configuração ordinária e garantir aos cidadãos os direitos essenciais ao ser humano, diante da pretensão punitiva do Estado.

Assim, sem chegar a propor uma radical redução do direito penal – mantendo-o para proteção da vida, da saúde, da liberdade e do patrimônio – alguns doutrinadores parecem sugerir que a maior parte da expansão (com certa flexibilidade dos direitos e garantias fundamentais dos cidadãos) teria de ser direcionada ao Direito administrativo sancionador, de forma que, situado-se desta maneira, uma linha divisória, o limite entre um e o outro.

Para SANCHEZ (2013), a pretensão de integral retorno ao modelo clássico se faz, totalmente, com elementos anacrônicos (não estamos mais na idade moderna, o modelo clássico não mais se coaduna com os avanços tecnológicos e as mudanças ocorridas nas Sociedades contemporâneas), além de ucrônicos (de forma utópica, como se quisesse dizer que se a história fosse de outra forma, seria outro o resultado).

Aponta, o autor, alguns óbices, pois na atualidade o direito penal vigente, na maioria dos países, propicia cominações de penas de prisão (de gravidade média) para hipóteses de fatos que ele coloca como “administrativizados” (para os quais entende que deveria haver a aplicação de outras sanções não privativas de liberdade).

Afirma que o problema não é tanto o avanço, em geral, do direito penal contemporâneo, mas o senão específico da expansão daquele da pena privativa de liberdade. Para ele, na sequência do raciocínio, é esse último que deve ser contido.

Do apresentado, sugere como ponto de partida a relação direta entre as garantias fundamentais de um determinado sistema de imputação (garantismo, política criminal) com a gravidade das sanções que resultam de sua aplicação, para chegar ao que sugere como resultado - que se tenha as sanções de rigidez decrescentes (principalmente as penas não privativas de liberdade) - podendo haver a flexibilização de princípios político-criminais para as menores (sanções) da escala.

Em outros países também é apontada essa diretriz como tendência, assim vemos, além do direito administrativo sancionador (espanhol)⁴, o direito das infrações da ordem (alemão).

Quanto ao direito administrativo sancionador, fácil perceber que é menos pretensioso (do que o direito penal – na sua falsa pretensão de, com a sua força, poder regular todas as questões atuais problemas -) e no que se refere às garantias materiais e processuais poderia haver maior flexibilidade, mas, também, por óbvio dispõe de sanções menos intensas que as cominações típicas tradicionais do direito penal. Por outro lado, é visível que o direito penal é mais neutro, principalmente no que diz respeito à política e que há mais imparcialidade da jurisdição sem mencionar que no administrativo torna-se mais difícil a utilização das técnicas de neutralização (presunção do estado de inocência, *in dubio pro reu*, ônus da prova para o órgão acusador e outras).

CONCLUSÃO

Creemos, logo, que devemos partir da primeira premissa de que o direito (como um todo) não tem conseguido ter a mesma velocidade das mudanças e inovações de outras ciências sociais.

⁴ BUERGO (2001, pp. 174-175): “La demanda de más intervención para lograr un mayor control de determinados hechos no debe dirigirse primordialmente al Derecho penal; la consecución de mayor seguridad en todos los terrenos no tiene por qué lograrse a través del Derecho penal que, de esta manera, puede acabar convirtiéndose en un sector hipertrofiado, intervencionista y no necesariamente más operativo. El error es entender y pretender que sólo el Derecho penal puede ofrecer y garantizar seguridad y que siempre es legítimo acudir a la sanción penal para ello”

E que o seu ramo mais repressivo (o penal), não tendo condições de acompanhar o aumento da criminalidade moderna com todos os avanços tecnológicos, deve se valer de instrumentos outros que não os típicos para alcançar o resultado que, neste momento de grande produção de leis (penais), tem se mostrado como o desejado pela sociedade, havendo, também, acolhimento dessa manifestação popular pelo parlamento.

Registrando que, essa vertente, não deve ser entendida de forma contrária, para que não haja abuso por parte dos intérpretes das normas, tais como os já verificados há certo tempo, onde, sob argumento de abuso da atividade legislativa, sempre se dava preferência à impunidade e ao reconhecimento de impotência do Estado diante de condutas tão graves que causam enormes prejuízos aos cofres públicos.

É sempre de bom alvitre salientar que, na célebre divisão de poderes do Estado, herança maior do iluminismo (embora para justificar a ascensão da burguesia e a limitação dos poderes das outras classes sociais), ao Legislativo (representantes do povo para a elaboração das normas de alcance geral – leis) deve ser conferida uma maior proeminência do que aos outros poderes, em razão da atividade de “criar” a norma geral, que se destina a todos cidadãos.

Sem mencionar que como previsto na Constituição: todo poder emana do povo.

Também, cumpre ter sempre como regra que, para a atuação do Estado quanto às condutas individuais, não tem como haver o desprezo de conquistas fundamentais dos cidadãos, principalmente quando essas encontram-se em um patamar normativo superior (insertas em um texto constitucional ou reconhecido, também pela Carta Fundamental de um país, com esse nível).

De sorte que, para o Direito Penal, em linhas gerais, poderíamos apontar que no caso da criminalidade “organizada, sofisticada”, como chegou a idêntica conclusão PEREIRA (2009), a premissa seria, através de estudos direcionados, chegar ao que se constitui o tema, definindo o seu alcance e outros aspectos próprios, evitando-se com isso que a ignorância do legislador penal quanto as noções básicas de criminologia, sobre os requisitos mínimos para que se crie uma figura típica (inclusive, quanto ao bem jurídico), possa servir como causa da gravidade das consequências do delito e da necessária retributividade.

Após, valendo-nos, também, das idéias de HASSEMER (2008), uma vez que foi identificado o problema, podermos encontrar a solução mais adequada, a fim de que se possa ter a distinção do que a Ciência tem para o crime individual, característico do Direito Penal Clássico (onde o preceito primário da norma é dirigido à generalidade das pessoas sem distinção) – reconhecendo-se, nesse caso, as garantias conquistadas há séculos -.

Mas também o que ela (a Ciência do Direito Penal) aponta como solução para a denominada criminalidade atual, para que se tenha a atuação do Estado com eficiência.

Reconhecemos que a Ciência ainda se depara com alguns óbices - conceito e delimitação dessa criminalidade - havendo, ainda, infelizmente, uma precariedade de requisitos para a segura identificação dos casos que a envolve.

E que, obrigatoriamente, temos de concluir que deve haver, com maior intensidade, um incremento das atividades de pesquisa e de conhecimento para tal missão, uma vez que as situações apontadas, como envolvendo esta criminalidade do cotidiano atual, mostra-se por demais ameaçadoras, reclamando soluções do Estado no mais curto espaço de tempo possível.

Disso, podemos concluir que é recomendável muita cautela na adoção dos meios mais enérgicos na repressão e investigação da citada criminalidade, pois não se sabendo com toda precisão qual é o resultado almejado, não se deve utilizar de instrumentos de alta potencialidade (causando abusos), nem, ao contrário, de meios insuficientes para alcançar o objetivo (que pode fazer com o que direito penal tenha apenas caráter figurativo ou simbólico).

E, finalmente, até porque o direito (e o penal nele contido), encontra-se no seio de ciência mais ampla (alcance do campo social), utiliza-se da lógica do dever-ser (e não segue a lógica das ciências naturais), torna-se salutar a contínua análise, com métodos empíricos, para, assim, chegar a conclusão, sobre os instrumentos necessários se e quando, ou mesmo não, atingem o resultado esperado.

Assim, surge a necessidade de se poder, como alternativa, optar por sanções outras que não as típicas do direito penal, como as administrativas (e também o estabelecimento de

um sistema menos rígido como os sugeridos por vários autores tais como o interventivo, o administrativo sancionador, o do ordenamento) ou mesmo cíveis.

Forçoso concluir que, apesar do recente contexto social e político, em que a Lei 12.846/2013 foi gestada e veio à luz, a vertente adotada por ela, afastando-se das sanções típicas do clássico direito penal, premido pelos direitos fundamentais do sistema garantista, e aproximando-se do que se tem denominado de administrativo sancionador (ou administrativização do direito penal), ao infligir sanções civis e administrativas, às pessoas jurídicas, mostra-se como a solução mais adequada aos tipos dos ilícitos (corrupção empresarial) que ela se propõe a combater.

A escolha do Legislativo, para as sanções da Lei 12.846/2013, também, deveria ser adotada para os denominados delitos “sofisticados” ou “globalizados”, transnacionais e tantos, desde que se tenha o incremento das atividades de pesquisa e de conhecimento (a fim de que haja maior certeza e precisão) quanto aos mesmos, atendendo-se a princípios constitucionais como o da segurança jurídica e eliminando-se o arbítrio do intérprete no caso concreto.

REFERÊNCIAS

- ALBANI, Thiago Anton e CARNEIRO, Wálber Araujo. Crise epistemológica do direito penal na pós-modernidade. Disponível em: <www.revistas.unifacs.br/index.php/sepa/article/download/301/249>. Acesso em 14.02.2014, às 11 horas.
- ALBRECHT, Peter-Alexis. El Derecho penal en la intervención de la política populista. In: La insostenible situación del derecho penal. Granada: Comares, 2000, p. 480
- BARROSO, Luís Roberto. Curso de direito constitucional contemporâneo: Os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.
- _____. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito (o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). In: SARMENTO, Daniel e SOUZA NETO, Cláudio Pereira de (Coordenadores). A Constitucionalização do Direito: Fundamentos Teóricos e Aplicações Específicas. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2007. P. 203 a 249.
- BRASIL. Constituição de 1988. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 09/05/2014.
- BRASIL. Código Penal. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 12/12/2014.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Informativo de número 740 (arquivo). Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo740.htm>. Acesso em: 06.01.2016
- BECK, Ulrich. O que é globalização? Equívocos do globalismo. Respostas à globalização. São Paulo: Paz e Terra, 1999, p. 101.
- BUERGO, Blanca Mendoza. El Derecho Penal en la sociedad del riesgo. Madri: Civitas, 2001, pp. 174-175.
- CAVALCANTI, Cristóvão. Direito penal em crise. Âmbito jurídico (.com.br). Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?link=revista_artigos_7_leitura&artigo_id=9644&revista_caderno=3>. Acesso em 14/02/2014, às 10 horas.
- FERNANDES, Paulo Silva. Globalização, “Sociedade de Risco” e o futuro do Direito Penal: Coimbra: Almedina, 2001, pp. 41-42.
- FERRAJOLI, Luigi. Direito e razão: teoria do garantismo penal. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.
- HASSEMER, Winfried. Direito Penal – fundamentos, estrutura, política. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2008.
- MAGALHÃES, Valéria Caldi de. Constitucionalização do direito e controle de constitucionalidade das leis penais: algumas considerações, mimeografado, 2005, p. 15.

MENEZES, Dyelle. Matéria: “Após manifestações, Dilma anuncia pacote anticorrupção”, 18 de março de 2015. Disponível em: <<http://www.contasabertas.com.br/website/arquivos/10865>>. Acesso em: 02.12.2015, às 10 horas.

NOLASCO, Flávia de Macêdo. As transformações do Direito Penal como um produto da atual sociedade do risco. Jus navigandi(.com.br). Publicado em 05/2010. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/14884/as-transformacoes-do-direito-penal-como-um-produto-da-atual-sociedade-do-risco>> . Acesso em: 14/02/2015, às 10 horas.

PEREIRA, Dirce do Nascimento. Administrativização do Direito Penal – Reflexos da Expansão do Direito Penal nos Delitos de “Lavagem” de Capitais In: CÂMARA, Luiz Antonio (Coord.). Crimes contra a ordem econômica e tutela de direitos fundamentais. Curitiba: Juruá, 2009. Disponível em: <<https://www.google.com.br/urlsa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=4&cad=rja&uact=8&ved=0CDQOFjAD&url=http%3A%2F2Fwww.milanesesebastiao.com.br%2FPublic2Fpdf%2FArtigo%2FDirce2Fartigo1.pdf&ei=0I2YVMmhA6XCsATRqIGYCw&usq=AFQjCNHHtOG8cDjxdOQSa mdrVNQaahLg;www.milanesesebastiao.com.br/Public/pdf/Artigos/Dirce/artigo1.pdf>>. Acesso em: 22.12.2014, às 18h.

SOUZA, Luciano Anderson de. Expansão do Direito Penal e Globalização. São Paulo: Quartier Latin, 2007, p. 108.

STRECK, Lenio Luiz. Hermenêutica Jurídica e(m) Crise: Uma exploração hermenêutica da construção do Direito. 6ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado. Editora, 2005.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Em busca das penas perdidas. 5. ed. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2001. 2. reimpressão, 2012.