

O PAPEL DO MINISTÉRIO PÚBLICO NO FUTURO DO DIREITO PENAL BRASILEIRO.

*Paulo César Busato**

1. A recente evolução institucional do Ministério Público brasileiro. 1.1. O crescimento do perfil institucional ministerial depois da Constituição de 1988. 1.1.1. As novas atribuições. 1.1.2. Novas perspectivas das atribuições clássicas. 1.2. O alargamento de responsabilidades sociais do Ministério Público no âmbito penal. 2. A evolução perspectiva do Direito penal pós finalismo. 2.1. A superação do modelo finalista. 2.2. A crise do direito penal moderno. 2.3. Opções político criminais do Direito penal moderno. 3. O Ministério Público e o futuro Direito penal brasileiro. 3.1. A necessidade de uma opção político criminal institucional. 3.2. Os efeitos de uma opção político criminal ministerial para o Direito penal brasileiro. 3.3. Ode em defesa de um Direito penal garantista.

1. A RECENTE EVOLUÇÃO INSTITUCIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO BRASILEIRO.

1.1. O CRESCIMENTO DO PERFIL INSTITUCIONAL MINISTERIAL DEPOIS DA CONSTITUIÇÃO DE 1988.

Certamente não constitui nenhuma novidade comentar a recente evolução do Ministério Público em termos institucionais. Dizer que se trata de uma instituição que recebeu um espaço constitucional ímpar na história da sociedade brasileira tampouco constitui algo que já não tenha sido esgotado em sucessivos e intensos debates dentro e fora do próprio Órgão.

Ao invés de repisarmos estes aspectos que já fazem parte de um discurso esgotado, convém medirmos, isto sim, as consequências dessas mudanças. Basta com dizer que a Carta Magna brasileira determina ao Ministério Público, instituição independente dos poderes e essencial á prestação jurisdicional, deveres como a salvaguarda do regime democrático.

* O autor é Promotor de Justiça do Estado do Paraná, professor de Direito Penal na Fundação Escola do Ministério Público do Estado do Paraná, na Universidade Estadual de Ponta Grossa e na Faculdade de Direito dos Campos Gerais, além de doutorando em Problemas atuais do Direito penal pela Universidade Pablo de Olavide, em Sevilla, Espanha. Este artigo foi publicado originalmente na Revista de estudos criminais n. 5 do ITEC - Instituto Transdisciplinar de Estudos Criminais, Porto Alegre, 2002. É republicado neste site com a devida autorização do Autor.

Para o concreto desenvolvimento de atividades no âmbito institucional do Ministério Público que possam corresponder a essa atribuição, é mais que nunca imprescindível a elaboração de políticas institucionais voltadas claramente para dito propósito.

É sabido que a eleição de uma adequada política institucional é medida necessária para corresponder à responsabilidade social outorgada aos Promotores e Procuradores pela via constitucional.

Essa política vem sendo intensamente debatida e posta em prática, de modo a tornar o Ministério Público uma constante presença nas movimentações sociais em busca de um país mais equilibrado, mais humano, mais justo. A formação de Conselhos Municipais fomentada pelos agentes ministeriais em distintos pontos do país é um exemplo claro de que o Órgão serve de catalisador de uma sociedade melhor orientada politicamente no sentido da participação social. As atuações em áreas de interesse coletivo como o meio ambiente, o bem estar dos menores, das pessoas portadoras de deficiências, de fiscalização da gerência da *res pública* vêm mostrando a atual amplitude e importância que tomou a Instituição.

De outro lado, inclusive em virtude da dimensão do alargamento do perfil ministerial, me parece que não foram ainda exploradas adequadamente algumas das fronteiras dessa expansão. Há pontos de necessárias eleições de políticas institucionais que resultarão decisivas não só em termos institucionais como principalmente em termos sociais.

1.1.1. As novas atribuições.

Convém ressaltar, antes de mais nada, que o perfil institucional de que o Ministério Público brasileiro foi dotado pela Constituição Federal de 1988 é impar. Foram congregadas em uma mesma figura o *prosecutor* americano e o *ombudsman* nórdico e ademais, acrescidas outras funções que nenhuma das duas figuras possui.

Temos um órgão de acusação criminal que ao mesmo tempo é encarregado de fiscalizar a atuação dos demais poderes, com absoluta independência institucional. Ademais, este mesmo órgão pode disparar distintos mecanismos de investigação e inclusive propor ações civis públicas. Pode atuar em defesa de interesses coletivos e individuais homogêneos.

A atuação de fiscalização do emprego do dinheiro público é o ponto chave da persecução de um ideal de representatividade política séria e adequada. As investigações disparadas pelos agentes do Ministério Público tem valorizado a classe política, livrando-a de pessoas que denigrem a imagem de nossas instituições, e pela via de exclusão, elevando o valor daquelas que nelas são preservadas.

Além disso, o Ministério Público foi dotado de um claro espírito político democrático, na medida em que entendemos democracia como uma expressão de governo que

respeita os interesses dos grupos sociais oprimidos. Isso se identifica na medida em que se lhe incumbem a defesa dos interesses dos menores, das pessoas portadoras de deficiência, da saúde dos trabalhadores, dos consumidores, entre outros. Ora, bem se vê, que nesses casos, o interesse político constitucional foi de fazer com que o Ministério Público atuasse ombro a ombro em favor dos pólos considerados frágeis dentro das relações sociais.

Incumbe ainda ao Ministério Público pós-Constituição de 1988, a defesa de alguns pontos considerados essenciais à sobrevivência da própria nação brasileira, como os direitos e garantias constitucionais do cidadão e o meio ambiente.

A defesa do meio ambiente no Brasil é tarefa das mais árduas. De um lado, pelo estuendo manancial biológico de que somos dotados, que nos situa em patamar de importância planetária nesse aspecto, e de outro, pelas dificuldades operacionais de coadunar nossas aspirações de progresso como nação e da proteção desse manancial. Cumpre ressaltar que mesmo os países dotados de largos recursos econômicos têm imensas dificuldades na proteção do meio ambiente.

A atribuição de proteção dos direitos e garantias individuais constitucionais do cidadão se traduz, acima de tudo, em um símbolo da confiança que o Brasil deposita na instituição.

Ou seja, o Ministério Público pretendido pela nação brasileira é de tal magnitude que a própria segurança dos cidadãos, em seus direitos mais fundamentais, lhe é entregue nas mãos.

Todas estas orientações devem estar em harmonia e equilíbrio com a garantia do próprio regime democrático, que culmina por ser o ponto determinante e referente máximo da política institucional.

A dose de responsabilidade que acompanha esta decisão constitucional é de larga envergadura. Convém lembrar, a esse propósito, que as convulsões sociais e agruras econômicas que são suportadas no cotidiano do hemisfério sul fomentam constantes turbulências políticas que não raro irrompem em quedas bruscas de regimes e eclosão de revoluções patrocinadas por grupos de insatisfeitos. Estas atrocidades foram recentemente, e ainda são vividas inclusive, em alguns países fronteiriços ao nosso. Basta lembrar, a respeito, como exemplos, o opressor governo Fujimori no Peru e o atual cotidiano de guerrilhas na Colômbia, sem falar, é claro, nas turbulências dos governos argentino e venezuelano.

Ser o responsável pela preservação do regime democrático é uma evidente mostra do legislador constituinte de que o Ministério Público deve ser a instituição mais operante, mobilizada e atenta do país.

1.1.2. Novas perspectivas das atribuições clássicas.

Um Ministério Público até então historicamente dependente dos demais poderes, com não mais que a singela preocupação da liça forense, manejada então nos estreitos limites da mera aplicação *ipsis literis* da lei foi colhido de chofre por esse repentino alargamento de funções.

Está fora de qualquer dúvida que as atenções teriam que ser, como foram, divididas e espalhadas para os distintos novos campos de atuação institucional. Estas tarefas vem sendo desempenhadas de maneira cada vez melhor, com a galhardia institucional que guindou o Ministério Público a esta posição de destaque que hoje ocupa, ainda que claramente as dimensões dessa responsabilidade apontam haver muitíssimo por fazer. Não se vê, a curto ou médio prazo, a possibilidade de que se alcance um equilíbrio de recursos humanos e materiais suficientes a suprir as necessidades que demandam as estupendas atribuições ministeriais atuais. É bastante evidente que a atuação do Ministério Público em seus novos campos de intervenção ainda demanda muito crescimento e melhoria de qualidade. E também é certo que esta expansão toma muito da concentração de forças institucionais.

Porém, este crescimento não livra o Ministério Público de uma revisão de suas clássicas atribuições. Já não é aceitável que o aumento de áreas de atuação, que já dura treze anos, sirva de escusa para justificar a falta de uma revisão na política institucional no âmbito penal.

1.2. O ALARGAMENTO DE RESPONSABILIDADES SOCIAIS DO MINISTÉRIO PÚBLICO NO ÂMBITO PENAL.

Com esta nova perspectiva de perfil institucional, a atuação do Ministério Público no campo penal tende a uma clara mudança de rumos. É que se agrega à missão de vigília pelo controle da intervenção penal limitativa dos excessos nas interrelações sociais, mediante intransigente defesa do princípio da legalidade, cuja perspectiva é obviamente neutral, a necessidade de fazer uma clara opção em defesa de outros caracteres principiológicos próprios do Estado social e democrático de Direito, cuja perspectiva é marcadamente política.

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.

2. UMA PERSPECTIVA DA EVOLUÇÃO DO DIREITO PENAL PÓS FINALISMO.

Não há nenhuma dúvida a respeito de que a luta de escolas entre o finalismo e o causalismo contribuiu enormemente para o desenvolvimento da dogmática jurídico penal, legando às futuras gerações um instrumento sistemático de manejo do *jus puniendi* de grande serventia¹.

De outro lado, também é certo que a obediência cega a um sistema, por mais perfeito que pareça, nunca é capaz de fazer frente à realidade social com todos os matizes que apresenta.

O manejo cotidiano da dogmática jurídico penal vai gerando nos operadores do direito reações automáticas e raciocínios que tendem a ser tanto menos refletidos quanto mais aperfeiçoado é o sistema empregado.

Acontece que, na medida em que nos especializamos em um determinado estudo específico, tendemos a esquecer-nos do contexto em que se produzem as teorias.

Por isso, me parece oportuno lembrar que a discussão causalismo-finalismo, trabalhada no ensino acadêmico do Direito penal, vem sendo abordada, de modo geral, sem

¹ Nesse sentido reconhecem ROXIN, Claus, (1998), “Contribuição para a crítica da teoria final da acção”, em *Problemas básicos de Direito Penal*, trad. de Ana Paula dos Santos Luís Natscheradetz, 3ª Ed. Veja, Lisboa, p. 95, e o mesmo em (1997), *Derecho penal, Parte General, Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*, trad. da 2ª edição alemã por Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo e Javier de Vicente Remesal, Editorial Civitas S.A., Madri, p. 244; JAKOBS, Günther, (1997, 2ª Ed.), *Derecho Penal parte general. Fundamentos y teoría de la imputación*, trad. de Joaquin Cuello Contreras e José Luis Serrano González de Murillo, Marcial Pons, Madri, p. 162; e DIAS, Jorge de Figueiredo, (1999), “Sobre a construção dogmática da doutrina do fato punível”, em *Questões fundamentais do Direito penal revisitadas*, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, p. 198-199.

nenhuma consideração a respeito do contexto geográfico e histórico em que se produziu a mencionada discussão. E mais ainda, graças à intensa influência exercida até hoje por Nélson Hungria sobre boa parte da doutrina penal brasileira, permanecemos ancorados naquele ponto da evolução da ciência penal marcado pelo isolamento nefando do estudo dogmático das considerações criminológicas e principalmente de política criminal.

O discurso pesado e influente de Nélson Hungria no 1º Congresso Nacional do Ministério Público, no Teatro Municipal de São Paulo, Julho em 1942, cujos excertos são citados por Nilo Batista² em mais de uma obra como “um texto brasileiro que não apenas propôs o divórcio irremediável entre os saberes criminológicos e os jurídico-penais, mas também influenciou – no foro e na academia – diversas gerações nesse sentido”, *verbis*:

“Referindo-se à criminologia como “*hipótese de trabalho*”, Hungria frisava que sua conjugação à reflexão jurídica implicaria na criação de um “*produto híbrido, infecundo, maninho, estéril*”. Uma filosofia do direito penal produziria tão somente “*devaneios*”, e a própria história do direito penal – talvez o único lugar da verdade, em todas essas construções – estaria reduzida a mero “*subsídio ao estudo das normas penais vigentes*”, complementando que “*essa teia de Penélope que se intitula criminologia nenhuma afinidade ou relação necessária*”. Naturalmente, não podíamos “*dispensar o auxílio de outras ciências*”, que seriam, claro, a medicina legal e a psiquiatria forense, desde que tratassem de “*acomodar-se aos critérios jurídicos*” - coisa que, diga-se de passagem, era tudo o que elas sempre pretenderam, desde sua invenção. No fecho da conferência, a “*nostra doutrina de Monroe: o direito penal é para os juristas, exclusivamente para os juristas*” e uma advertência severa quanto a “*qualquer indébita intromissão em nosso Lebensraum, em nosso indeclinável espaço vital*”, advertência que, devidamente contextualizada – estávamos em 1942 – sugere mais acerca de las brumas ideológicas daquela conjuntura do que acerca de algum compromisso, que a obra fecunda do conferencista não permitiria reconhecer.”

Evidentemente, um discurso tão incisivo proferido por pessoa tão respeitada e influente, fez com que centrássemos o estudo jurídico em uma dogmática alijada de quaisquer considerações político criminais. Estudamos “como responsabilizar penalmente alguém”, e nos esquecemos de considerar “porque aplicamos pena a alguém”. O estudante de direito é condicionado a justificar a aplicação da pena pelo simples enquadramento da conduta ao tipo, sem qualquer consideração com respeito aos fins da pena, é dizer, com respaldo unicamente do sistema dogmático, sem considerações de política criminal.

Ocorre, que esse isolamento, por influência do discurso científico de antanho, não foi devidamente contextualizado.

² Em BATISTA, Nilo, (1999, 5ª Ed.) *Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro*, Revan, Rio de Janeiro, p. 28, nota 9, também do mesmo autor, o Prefácio de SANTOS, Juarez Cirino dos, (2000), *A moderna teoria do fato punível*, Livraria Freitas Bastos Editora, Rio de Janeiro, p. IX-X.

Recentemente, trabalhos investigativos realizados por Muñoz Conde³ revelaram que o isolamento dogmático em considerações abstratas e totalmente desvinculadas da política criminal promovido pelas discussões encetadas por Mezger (causalista) e Welzel (finalista) tinham como objetivo central desviar a discussão penal para um campo avalorativo, que permitisse cair no esquecimento o então recente passado nazista do primeiro. Muñoz Conde, em seu livro, principalmente na segunda edição, lançada já em 2001, apresenta diversos trabalhos jurídicos de Mezger perfeitamente conjugados com o estado nacionalsocialista.

A par da evidentemente positiva colaboração da discussão dogmática causalista-finalista para o crescimento do estudo de um sistema jurídico-penal, não se pode esquecer que o direito penal não pode simplesmente isolar-se de considerações políticas. Aliás, se pode dizer justamente o contrário, que o Direito penal é a parte mais ideologizada do direito⁴.

2.1. A SUPERAÇÃO DO MODELO FINALISTA.

A discussão entre o modelo causal e o finalista de ação tiveram como campo de discussão a dogmática jurídico penal. Por cerca de cinquenta anos os principais juristas do mundo tentaram demonstrar a prevelência desta ou daquela proposta de ação, mediante a demonstração de que sua escolha levava a melhores soluções pelos efeitos que tinha na configuração sistemática. Assim que sucessivamente as categorias do delito se foram aprimorando mediante constantes e sucessivas lapidações. O resultado final foi a existência hoje de um modelo dogmático bastante aperfeiçoado, com prevalência da tese finalista.

O finalismo, em termos estritamente “welzelianos” ainda mantém importância dogmática ademais de possuir respeitados defensores como Juarez Cirino dos Santos⁵, Hirsh, Zaffaroni⁶ e Cerezo Mir⁷.

Mas, de todo o modo, a maioria da doutrina penal espanhola e alemã, que hoje são reconhecidas como as mais desenvolvidas do mundo, vem apontando para uma superação

³ MUÑOZ CONDE, Francisco, (2ª ed. 2001), *Edmund Mezger y el Derecho penal de su tiempo. Los orígenes ideológicos de la polémica entre causalismo y finalismo*, Tirant lo Blanch, Valencia.

⁴ Conforme MUÑOZ CONDE, Francisco, (2000), *Edmund Mezger y el Derecho penal de su tiempo. Los orígenes ideológicos de la polémica entre causalismo y finalismo*, Tirant lo Blanch, Valencia, p. 48.

⁵ SANTOS, Juarez Cirino dos, Op. cit., p. 31.

⁶ ZAFFARONI, Eugenio Raúl, (1996, 6ª Ed.), *Manual de Derecho Penal – parte general*, Ediar, Buenos Aires, p. 338 y ss.

⁷ CERESO MIR, José, (1995), “O finalismo, hoje”, em *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n. 12, Outubro-Dezembro de 1995, p. 39-49, trad. de Luiz Régis Prado, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, pp. 42-43.

desse modelo, menos por questões internas do próprio sistema e mais por outras relacionadas com os resultados de sua aplicação.

É que a inegável perfeição interna do sistema dogmático não livrou-o da produção de resultados práticos que podem ser qualificados, historicamente, como nada menos do que «injustos». A face do amargor prático restou evidenciada, conforme narra Hassemer⁸, na situação do pós 2ª Guerra Mundial, na Alemanha, com a impossibilidade de buscar a punibilidade de “delatores cujos informes expuseram os denunciados à violência estatal e a punibilidade dos juízes que aplicaram “leis injustas” então vigentes”.

Ora, era evidente que os que atuaram de acordo com os sistema, nem sequer chegaram a praticar delitos por falta de ação típica.

Assim, a base positivista que vincula o sistema legal a postulados de verdade absoluta e irrenunciável, que no caso nazista foram as noções de raça e povo, não tem como criticar o resultado da aplicação do sistema. Menciona ainda Hassemer⁹ que “quem não estiver disposto, pelas mais variadas razões, a reconhecer uma diferença entre lei (positiva) e Direito (justo), não consegue discutir o fenômeno [...] não consegue sequer ver onde está o problema”.

Justamente considerações dessa ordem deram seguimento à evolução do Direito penal que encontrou um importante marco com a edição, em 1970, da famosa monografia de Claus Roxin *Kriminalpolitik und Strafrechtssystem*, na qual o brilhante jurista alemão propõe uma releitura da dogmática jurídico penal a partir de considerações político criminais. O trabalho de Roxin segue sendo um marco do que se denominou “funcionalismo”, e que se traduz na elaboração dogmática do Direito penal que leva em conta as conseqüências de sua própria aplicação. O controle social expresso pelo sistema penal carecia de uma justificativa, ou seja, tinha que identificar-se com uma função útil para a sociedade e não com uma mera forma de dominação.

Esta proposta funcionalista, no dizer de Figueiredo Dias¹⁰, é o que “alavancou” um novo Direito penal.

As propostas de Roxin põem em cheque a utilidade e justiça de um “sistema penal”, incitando-nos perguntar até que ponto é vantajosa a utilização de um sistema, na medida em que ele não produz resultados justos. A dogmática se decantou então pela recuperação de um sentido axiológico das premissas sistemáticas, o que originou um giro à perspectiva funcionalista. O reconhecimento de que um sistema, por perfeito que pudesse ser, gerava decisões injustas, fez com que se concluísse pela falsidade das premissas absolutas de

⁸ HASSEMER, Winfried, (1994), “História das idéias penais na Alemanha do Pós-Guerra”, em *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n. 06, Abril-Junho de 1994, p. 36-71, trad. de Carlos Eduardo Vasconcelos, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, p. 38.

⁹ *Ibid.*, p. 38.

¹⁰ DIAS, Jorge de Figueiredo, *Op. cit.*, p. 204.

cunho positivista que nutriam o sistema e se voltasse a propor o reconhecimento de categorias básicas de cunho valorativo, dando ensejo ao giro funcionalista.

Evidentemente, a interpenetração de considerações políticas criminais no sistema dogmático não significa anarquismo. Quer dizer, a proposta funcionalista não implica no abandono completo do sistema herdado do finalismo. Inclusive, porque é absolutamente necessária uma “gramática jurídica” que possa gerar decisões coerentes. A proposta do funcionalismo consiste em valorar as conseqüências da aplicabilidade desse sistema, procurando interpretar os indispensáveis conceitos sistemáticos de acordo com uma política criminal situada em critérios de justiça, que se encontram nos princípios básicos do Direito penal.

Assim, para Roxin, o tipo penal deve ser estruturado a partir do princípio de legalidade ou reserva legal. Quer dizer, é atípica a conduta que não obedeça estritamente às quatro vertentes desse princípio¹¹. A antijuridicidade é vista como o “âmbito de solução dos conflitos de interesse”¹², onde importa fixar a existência da antijuridicidade material, configurada a partir do dano ou do perigo a um bem jurídico fundamental para o desenvolvimento social do indivíduo. Finalmente, a culpabilidade se traslada para o campo estritamente normativo de considerar “como e até que ponto é preciso aplicar a pena a um comportamento em princípio punível”¹³.

Um estudo moderno de Direito penal não pode deixar de ocupar-se de considerações político criminais.

Finalmente, com o sustentáculo filosófico das obras de Habermas e Wittgenstein, se pode pensar hoje, como faz Vives Antón¹⁴, em propostas sistemáticas para o direito penal cujas categorias básicas estão situadas de modo equidistante do ponto de vista do sujeito e do objeto.

2.2. A CRISE DO DIREITO PENAL MODERNO.

A vida do homem em sociedade tem algumas peculiaridades. Existem limites de tolerabilidade. Ou seja, os homens, vivendo em sociedade, se inter-relacionam, o que faz com que as esferas de direitos e obrigações entrem em sucessivas interseções.

¹¹ Para uma análise detalhada das vertentes do princípio de legalidade recomenda-se TOLEDO, Francisco de Assis, (1994) *Princípios básicos de Direito Penal*, Editora RT, São Paulo.

¹² ROXIN, Claus, (2000), *Política criminal y sistema jurídico-penal*, trad. Luís Greco, Renovar, Rio de Janeiro, pp. 30 e ss.

¹³ *Ibid.*, p. 31.

¹⁴ Para mais detalhes a respeito desta proposta, ver VIVES ANTÓN, Tomás Salvador, (1996), *Fundamentos del Sistema Penal*, Tirant lo Blanch, Valencia.

Evidentemente que esta sociedade, para se manter viva, tem que lançar mão de alguns mecanismos para regradar estes pontos de interseção de modo a evitar que sua principal característica se converta em causa de sua destruição. Assim se criam as normas. O controle social é exercido por várias instâncias como família, religião, ambiente de trabalho, etc., e é exercido em diferentes graus de profundidade. Quanto mais grave o desvio de comportamento, mais grave a resposta.

Evidentemente, neste sentido, a organização mais complexa gerada pela sociedade, que é o Estado acaba encarregado de ser o responsável pelo controle social nos casos em que os desvios em relação ao comportamento indesejável atingem os níveis mais arriscados e insuportáveis para essa mesma sociedade. Com isso se formaliza a norma e as regras de controle através da realização do Direito. E dentre todas as situações submetidas ao regramento normativo estatal, são aquelas mais intoleráveis e agressivas de bens mais essenciais que vem a merecer a intervenção do Direito penal.

Acontece que o Direito penal, com o tempo, passou a viver sucessivas modificações de seu campo de incidência que foram impulsionando, como já mencionamos, sucessivas mudanças estruturais e de configuração.

Atualmente, as exigências sociais levaram o Direito penal moderno a um ponto de quase saturação.

A doutrina tem apontado para alguns focos que tem levado o Direito penal a perder suas características de instrumento de última intervenção, seu perfil de formalização e certeza e se convertendo em um instrumento meramente simbólico e com reduzida efetividade.

O primeiro ponto é a questão do bem jurídico. A sociedade encontra no Direito penal a expressão mais contundente do controle estatal e postula que sua intervenção se espraie cada vez mais por setores que já não correspondem mais aos bens jurídicos de cuja proteção classicamente ele se encarregava. Agora já não se trata mais de proteger a vida, a saúde, a liberdade ou o patrimônio individual, mas sim de proteger a saúde pública, o meio ambiente, o correto funcionamento do mercado, um sistema econômico. Isso porque, ao contrário do clássico perfil de critério negativo, limitador da intervenção estatal, o bem jurídico “se converteu em critério positivo para justificar decisões criminalizadoras”¹⁵.

Evidentemente, como anota Hassemer¹⁶, “esta política tem como fundamento a idéia de que o Direito penal é um instrumento normativamente aceitável e realmente efetivo de condução”, no sentido de levar a uma obediência à proibição normativa.

¹⁵ Assim em HASSEMER, Winfried, (1999), *Persona, Mundo y Responsabilidad*, trad. de Francisco Muñoz Conde e María del Mar Díaz Pita, Tirant lo Blanch, Valencia, p. 47.

¹⁶ HASSEMER, Winfried, (1996), *Crítica al Derecho penal de hoy*, Trad. de Patricia S. Ziffer, Ad-Hoc, Buenos Aires, p. 59.

Aqui não se trata de questionar até que ponto os novos bens jurídicos coletivos são ou não “essenciais ao desenvolvimento individual do cidadão” para justificarem uma intervenção do Direito penal, mas isto sim constatar como é levada a cabo dita proteção.

É cediço que as mudanças de conceitos operadas em campos tão vastos como podem ser considerados conceitos como “meio ambiente” ou “economia popular”, são velocíssimas. Estas mudanças levariam a um anacronismo precoce e indesejado dos tipos penais eventualmente centrados em uma disposição precisamente determinada. Essa realidade conduz o legislador a lançar mão da técnica das normas penal em branco com assustadora freqüência. A par disso, a dificuldade de reparação e a extensão dos danos identificados em bens jurídicos meta individuais tem levado os legisladores a recorrerem também amiúde ao recurso do adiantamento das barreiras político criminais através da tipificação penal de condutas de perigo, notadamente de perigo abstrato. A tudo isso Hassemer nomina “exacerbo da idéia de prevenção”¹⁷.

A par disso, a busca de uma justiça penal mais eficiente se tem traduzido também em uma desformalização do processo¹⁸ que conduz, de um lado, à redução das garantias processuais onde o princípio da legalidade cada vez mais cede espaço às idéias de oportunidade, de outro à busca de uma efetividade que é mais simbólica do que efetiva, uma vez que conduz a rapidamente a uma pena que, de regra é inepta a alcançar os objetivos a que se propõe.

Finalmente, convém observar que o discurso da “necessidade de providências” nas áreas de meio ambiente, criminalidade organizada, delitos informáticos e outras, corresponde a um Direito penal meramente simbólico, que tem levado à substituição de um modelo de *ultima ratio* a uma intervenção máxima, com sucessivas legislações nestes campos, procurando dar algum tipo de proteção a áreas tão amplas quanto inabarcáveis pelo instrumental manejado pelo Direito penal.

Porém, esse mesmo direito penal moderno, em cada um desses pontos chega a não cumprir seus objetivos e ademais, arrasta a ciência penal a um sumidouro.

Hassemer¹⁹ apresenta os problemas do Direito penal moderno como situações que são produtos do funcionalismo, da orientação da dogmática às suas conseqüências, que conduziram a própria proposta funcionalista a uma crise, chegando a afirmar que “[...] o Direito penal funcional despedaçou a *ratio* original da orientação para as conseqüências”.²⁰

Segundo nos parece, estes mesmos problemas evolutivos do Direito penal sempre estiveram presentes, claro que cada qual com suas vicissitudes próprias do momento

¹⁷ HASSEMER, Winfried, (1999), Op. cit., p. 49.

¹⁸ HASSEMER, Winfried, (1994), Op. cit., p. 63.

¹⁹ Ibid., p. 69.

²⁰ Ibid., p. 70.

histórico-social vivido, com a diferença que sob um referente positivista eles simplesmente eram desprezados. Os conflitos vividos pelo Direito penal moderno não são pois propriamente “produtos” do direcionamento funcionalista, senão que assim é sua percepção.

De outro lado a orientação às conseqüências, mais do que localizar os problemas que vive o direito penal, nos incita a propor soluções para eles, ao contrário de simplesmente esquecê-los ou volver-lhes as costas, soluções estas que devem ser buscadas no próprio modelo funcionalista.

2.3. OPÇÕES POLÍTICO CRIMINAIS DO DIREITO PENAL MODERNO.

A partir dessa situação de crise dos paradigmas penais, estamos claramente vivendo um momento histórico em que se faz necessário que cada operador do Direito penal anuncie sua opção político criminal. A crise de paradigmas determina, no dizer de Kuhn²¹ o aparecimento de um novo referente para solucionar o problema apresentado.

Dada a necessidade de superação do isolamento da dogmática e da política criminal, as modernas correntes doutrinárias do Direito penal apontam para a necessidade de fazer escolhas entre distintas direções, com vistas a responder duas perguntas principais.

Em primeiro lugar, incumbe decidir: o moderno Direito penal deve intervir nos novos campos de atuação que para ele reserva a sociedade moderna, ou deve ceder passo a outros mecanismos de controle?

Em segundo lugar, se propondo a intervir, constatada a evidente contradição entre o tradicional sistema dogmático e a modernidade dos objetos sobre os quais se debruça, que tipo de postura sistemática melhor responde a estes desafios?

Com relação à primeira pergunta, convém ressaltar que não são poucos os juristas de renome que, diante do evidente conflito entre a dogmática tradicional do Direito penal e as modernas exigências que lhe tem sido lançadas, entendem que estes novos campos não devem fazer parte das preocupações do Direito penal.

Entre os que assim entendem, a proposta é que campos como o meio ambiente, as relações de consumo e outros cuja maleabilidade conceptual e imprecisão de bens jurídicos torna difícil o encaixe de seus dispositivos nas garantias da parte geral do Direito penal

²¹ Para Kuhn, quando um problema científico apresenta características de ser insolúvel mediante as regras dominantes da ciência que se ocupa de seu estudo, se instaura uma crise que origina um cambio de paradigmas, o que finalmente conduz à «ciência extraordinária», ou seja, à reordenação dos padrões científicos para o estabelecimento de novos paradigmas. Para comentários em detalhes, ver KUHN, Thomas S., (1989), *¿Qué son las revoluciones científicas? y otros ensayos*, trad. de José Romo Feito, Ediciones Paidós, Barcelona, pp. 21 e ss., e o mesmo, (1987), *La estructura de las revoluciones científicas*, Ed. Fondo de Cultura Económica, Madri, pp. 26 e ss.

legislado, devem ser transferidos para uma outra esfera de intervenção estatal, gerando um formado de um *Direito de intervenção*²², ou mesmo um novo e diferente Direito penal, mais ágil e menos rígido quanto a garantias, fazendo com que fiquemos com um *Direito penal de duas velocidades*²³.

De outro lado, caso se entenda que o Direito penal deve aceitar a missão que a sociedade moderna dele vem solicitando, incumbe resolver as inegáveis incompatibilidades, por exemplo, entre a insegurança do uso freqüente e desmedido de normas penais em branco e os tipos de perigo e as garantias oriundas do princípio de legalidade. Incumbe revisar e definir claramente os fins da pena, e finalmente, incumbe fazer uma clara abordagem do conceito de bem jurídico que deve merecer a proteção penal.

Assim, uma vez que se opte pelo enfrentamento do desafio do moderno direito penal através de uma dogmática funcionalista, incumbe saber de que modelo de funcionalismo estamos falando.

Se apresentam aqui duas vertentes que podem ser identificadas como *funcionalismo sistêmico* ou *estratégico* e *funcionalismo teleológico*.

A idéia de *funcionalismo sistêmico* provém principalmente da obra de Günther Jakobs, que se baseando nas concepções sociológicas de Luhmann, transfere a teoria dos sistemas para o campo do Direito. Propõe, portanto, uma reorientação do sistema desde o ponto de vista do indivíduo para o ponto de vista do próprio sistema. Ou seja, a estabilização normativa passa a ser o objetivo principal da aplicação do sistema jurídico. Com isso, a fundamentação da pena, o que justifica a punição é a busca de afirmação de validade da norma, posto que sua violação é disfuncional ao sistema.

Se resolve a questão do bem jurídico convertendo a norma em centro de interesse. Ou seja, independentemente do bem jurídico violado pela conduta incriminada, esta sempre se traduzirá em lesão da própria norma, justificando a reação do sistema com vistas a afirmar a validez da norma e motivar a confiança da sociedade no sentido de sua confirmação.

O grau de legalidade ou ilegalidade das técnicas de incriminação, finalmente, também terá pecessor referente estabilização social pela via da estabilização normativa. Ou

²² Nesse sentido HASSEMER, Winfried, (1999), P. Cit., p. 67, menciona que “A solução está em eliminar uma parte da modernidade do atual direito penal, levando a cabo uma dupla tarefa: por um lado, reduzindo o verdadeiro direito penal ao que se denomina «direito penal básico», y, por outro, potencializando a criação de um «direito de intervenção» que permita tratar adequadamente os problemas que só de maneira forçada se podem tratar dentro do direito penal clássico.

²³ Nesse sentido SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María, (1999), *La expansión do Derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades post-industriales*. Cuadernos Civitas, Civitas Ediciones, Madri, propõe a adoção de um “Direito penal de duas velocidades”, mantendo, de um lado, a estrutura do Direito penal clássico e de outro, acrescentando um “novo Direito penal”, mais flexível, encarregado de lidar com as exigências atuais.

seja, toda técnica de incriminação que produza uma norma não conflitiva com o sentido de estabilização do sistema será válida. Somente cobrará ilegitimidade a norma criada mediante uma técnica de incriminação que gere resultados sistematicamente disfuncionais, independentemente da necessidade ou não de flexibilização principiológica. Até porque, os próprios princípios podem eventualmente conflitar com o sentido de confiança da sociedade na efetividade normativa, caso em que, deverá ceder o espaço à norma.

A outra opção, traduzida no chamado *funcionalismo teleológico* parte da concepção de uma necessidade revisional do sistema com base em seus resultados, propondo um método, a um só tempo dedutivo e indutivo. Roxin, o principal defensor desta postura, propõe desde seus primeiros trabalhos que se mantenha o sistema sob permanente correção de seus resultados. Assim, entende que deve haver aplicação de um sistema geral ao caso concreto, após o que, analisar os desvios produzidos pela aplicação do sistema ao referido caso, realimentando o sistema com as correções de rumo necessárias à produção do resultado justo desde um ponto de vista principiológico.

Segundo esta concepção, deve haver uma constante revisão categorial da sistemática do delito, sem que isso implique na migração para uma total casuística.

Assim, segundo Roxin, e os partidários desta vertente, os princípios orientadores da política criminal penetram e influenciam o próprio sistema dogmático, pelo que, as técnicas de incriminação que eventualmente conflitem com os princípios e garantias devem ser rechaçadas.

De outro lado, o bem jurídico individual, enquanto imprescindível ao desenvolvimento social do indivíduo segue sendo o ponto de referência de proteção do Direito penal, posto que se trata de uma consequência direta do princípio de intervenção mínima.

Finalmente, a pena deve orientar-se também principiológicamente, excluindo de sua fundamentação tudo o que não corresponda à função de garantia dos limites mínimos de progresso social dos cidadãos. Nesse sentido, Roxin anuncia que “se o Direito penal tem que servir à proteção subsidiária de bens jurídicos y com isso ao livre desenvolvimento do indivíduo, assim como à manutenção de uma ordem social baseada neste princípio, isso só ;e bastante para determinar que conduta o Estado pode punir”²⁴.

Estas são, em suma, as questões de que a política criminal em geral deve ocupar-se no tocante ao Direito penal moderno.

3. O MINISTÉRIO PÚBLICO E O FUTURO DIREITO PENAL BRASILEIRO.

²⁴ ROXIN Claus, (1997), Op. cit., p. 81.

1.1.A NECESSIDADE DE UMA OPÇÃO POLÍTICO CRIMINAL INSTITUCIONAL DENTRO DO MINISTÉRIO PÚBLICO.

É possível e necessária uma revisão da política institucional do Ministério Público no que se refere à sua atuação no processo penal. Mais que isso, é urgente para adequar-se à função primordial de guardião do regime democrático, à vista de que o Direito penal é justamente a arma mais contundente de que dispõe o Estado para manter um grau de controle necessário sobre as inter-relações sociais.

Não é aceitável que a complexidade do atual perfil de atribuições converta os agentes de execução do Ministério Público em simples “despachantes criminais”, ocupados de pleitear meramente o emprego do rigor sistemático de dogmática jurídico penal, ademais de meros fiscais da aplicação sistemática e anódina da pena.

É justamente o amplo perfil constitucional conferido à Instituição ministerial que lhe empresta o mesmo cariz que se pretende do Estado brasileiro como um todo. Se pode dizer, dado o volume e importância das atribuições conferidas ao Ministério Público atualmente, que ele é responsável por grande parte da configuração da postura da sociedade brasileira frente ao Direito, notadamente frente ao Direito penal.

Porém, esta relação é de mão dupla. 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 de Justiça 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 da 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.

Nesse ponto, convém ressaltar a clara insatisfação social para com o modelo penal que manejamos atualmente. A Justiça penal no Brasil tem funcionado majoritariamente mediante a pura e simples aplicação sistemática da lei ao caso concreto, seguindo um modelo herdado da tradição positivista mais arraigada. Com exceção das propostas de direito alternativo ou de uso alternativo do direito, muito pouco se tem feito no sentido da adoção de uma alteração real de perspectivas na seara penal.

Se faz oportuno lembrar que nosso modelo legislativo confere primazia à ação penal pública incondicionada. Ainda que a Lei 9.099/95 tenha conduzido aos Juizados Especiais Criminais uma boa parte das demandas, as chamadas “de menor potencial ofensivo”,

abrindo espaço, lá, para matizações da implacável aplicação sistemática da lei, grande parte da “demanda criminal” segue nas varas da Justiça comum. Ademais, mesmo nos Juizados Especiais, o Ministério Público goza de atuação preponderante e é muito reduzido o espaço de intervenção que exclui sua participação.

Diante de um quadro com estas dimensões, fica evidente que os Promotores e Procuradores de Justiça tem decisiva influência nos rumos político criminais brasileiros e não podem fugir, portanto, à definição muito clara de suas propostas institucionais nesse campo.

Não é aceitável justificar uma inércia mediante a afirmação de que a legislação é que determina o modelo político criminal e que esta é anacrônica. Isso por dois motivos. Primeiro que o anacronismo legislativo é genérico e não específico, é congênito e não passageiro. Digo isso porque as legislações de que dispomos não são inadequadas e/ou insuficientes somente no âmbito penal, senão em todas as esferas, inclusive naquelas outras áreas em que o Ministério Público atua desde há pouco. É também impossível que a legislação acompanhe o atual ritmo de desenvolvimento científico das demais áreas da ciência, onde este crescimento ocorre de modo exponencial. A regulação legislativa sempre se encontrará muitos passos atrás da evolução social e tecnológica. Basta ver, a esse respeito, as dificuldades em regular os negócios e os delitos cibernéticos. O segundo motivo resulta também evidente: é que por mais que se a legislação possa ser vinculante, a eleição a respeito da oportunidade de sua efetiva aplicação é prerrogativa exclusiva e inarredável dos agentes de execução ministeriais e mais, nenhum conceito jurídico penal pode ser considerado absolutamente isento de critérios de interpretação, já que a ciência penal é criação humana.

Uma postura de inação quanto ao estabelecimento de diretrizes político criminais não pode ser considerada confortável, na atualidade. Os criminólogos há muito tempo, e os penalistas mais recentemente, vêm apontando com estarrecedora frequência para o inegável fato de que o sistema penal tem contribuído historicamente para a manutenção do sistema de poder e para a preservação de desigualdades sociais²⁵. Ora, uma postura de conformismo quanto às revisões das políticas institucionais no campo penal converte o Ministério Público em uma entidade conivente com um sistema díspar que se opõe justamente à função de guarda do regime democrático.

Se ao Ministério Público incumbe tomar a frente da responsabilidade pela política criminal, e se esta atuação deve corresponder aos anseios sociais de um Estado democrático de Direito, convém estabelecer escolhas modernas e adequadas nesse âmbito,

²⁵ Ver, neste sentido, com mais detalhes, SANTOS, Cláudia, (2001), *O Crime do colarinho branco (da origem do conceito e sua relevância criminológica à questão da desigualdade na administração da justiça penal)*, Coimbra Editora, pp. 132 e ss. e ZAFFARONI, Eugenio Raúl, (1996, 6ª Ed.), *Op. cit.*, p. 34 e ss..

revisando por completo os posicionamentos a respeito da aplicação sistemática da lei no campo penal.

Como já referido, a existência de um sistema, em si, não é má. O problema está em que este sistema não corresponda aos anseios sociais de Justiça. Não é aceitável mais que a simples vigência de um Código Penal inspirado por um modelo finalista datado de um período de exasperação dogmática signifique a presença de grilhões político criminais que impeçam o Ministério Público de dar resposta aos deveres que tem perante a Justiça social penal.

1.2. OS EFEITOS DE UMA OPÇÃO POLÍTICO CRIMINAL MINISTERIAL PARA O DIREITO PENAL BRASILEIRO.

Como já mencionado alhures, o Ministério Público detém uma absoluta primazia no manejo do instrumental penal. O perfil de nossa legislação transpira a clara intenção de manter a vítima afastada do conflito mediante a intervenção estatal. O Estado manifesta, com isso, a intenção clara de reservar a si próprio, com quase exclusividade, a concreção do *jus puniendi*. A maioria dos processos criminais segue sendo de iniciativa do Ministério Público.

É sabido que a realidade social é a mola impulsora do desenvolvimento das ciências sociais entre elas o Direito. O Direito penal, em seu estudo dogmático responde, à toda evidência, principalmente aos fatos reais com que se depara a jurisprudência. O estudo sistemático do Direito penal ganha vida somente em sua aplicação ao caso concreto.

Logo, as questões dogmáticas e político criminais que vão sendo trazidas ao processo penal são os pontos de referência para o debate e aperfeiçoamento dogmático.

Assim que as eleições de diretrizes político criminais referentes à atuação do Ministério Público, tem necessariamente grande influência nos rumos que seguirá o Direito penal brasileiro, tanto no estudo da dogmática, da política criminal como no desenvolvimento de uma necessária linguagem própria que corresponda aos objetivos visados pelo Estado com a aplicação das conseqüências jurídicas do delito. Não tenho qualquer dúvida de que cada Promotor de Justiça, em sua atuação político criminal cotidiana, onde decide a respeito dos rumos interpretativos de cada impulso da Justiça Criminal, traz a lume os pontos que vão ser objeto de discussão técnico-jurídica.

Vivemos em um momento de superação de um modelo de sistema jurídico-penal encerrado em grades ontológicas, para a passagem a um Direito penal “vivo”, que tem em conta sua capacidade de dar uma adequada resposta social ao problema da criminalidade (sua funcionalidade).

Assim que é muito importante que o Ministério Público esteja consciente do papel determinante que exerce na evolução do desenvolvimento dogmático do Direito penal brasileiro, dado que suas opções político-criminais representam um papel de verdadeiro “filtro” das questões que doravante tendem a ser postas em discussão.

1.3. ODE EM DEFESA DE UM DIREITO PENAL GARANTISTA.

Ressalto antes de tudo, neste ponto da análise, que as próprias características da instituição ministerial revelam a mais absoluta independência dos seus membros quanto a escolhas e opiniões, o que gera uma saudável e constante divergência.

De qualquer modo, nossa pretensão ao passar às considerações seguintes não é – longe disso – de buscar uma uniformização de pensamento no campo de atuação criminal. O que se pretende é tão só por à lume alguns tópicos merecedores de atenção dos órgãos responsáveis pela política institucional do Ministério Público. Ao lado disso, se oferece um ponto de vista a respeito das questões postas, com tão só o propósito de oferecer um ponto de partida para as discussões.

Para isso voltamos aos dois pontos de enfrentamento.

Quanto ao primeiro, a questão do chamamento do Direito penal ao enfrentamento de novos *fronts* e, com isso, o reconhecimento de que se amplia o seu âmbito de aplicação, cumpre fazer algumas reservas.

Parece que o temor a respeito do chamado fenômeno de «expansão» do Direito penal²⁶, merece ser esmiuçado. A análise realizada pela doutrina européia, ao trasladar-se para a nossa realidade, procede apenas em parte. Silva Sánchez situa a origem do referido processo mais além de uma perversidade estatal em legislar com o simbólico, mais exatamente no modelo social que se formou nos últimos decênios,²⁷ originado da chamada *Risikogesellschaft* (sociedade de riscos) e da crise do modelo de bem estar social. Ocorre que, na verdade, na América Latina este duplo fundamento não pode ser apontado.

O que sucede é, desde o ponto de vista cultural, que a América Latina ainda se debate por livrar-se do estigma colonial, e isso é retratado claramente nos modelos de Estado adotados, sendo que não se pode falar absolutamente, em termos de Brasil, na falência de um Estado Social que historicamente não foi vivido.

²⁶ Segundo Silva Sánchez um tal fenômeno se traduz na “Criação de novos “bens jurídico-penais”, ampliação dos espaços de riscos jurídico-penalmente relevantes, flexibilização das regras de imputação e relativização dos princípios jurídico-criminais de garantia”. SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, Op. cit., p. 17-18.

²⁷ Ibid., p. 19-20.

Assim, a justificativa da expansão parece não ser a mesma. As críticas quanto à expansão do modelo penal provém mais uma vez de estarmos procedendo uma nociva «importação de conceitos».

Ademais, o Direito penal, como outra qualquer ciência sofre constantes modificações e se vivemos um fenômeno de neo-criminalização, também vivemos paralelamente um movimento de descriminalização. Parece, isto sim, que mais que um movimento de expansão, o Direito penal vive um fenômeno de «migração», posto que ao mesmo tempo que surgem novas áreas de interesse penal como o meio ambiente, a economia popular, se debate a possibilidade de diminuir a intervenção em outros campos como os crimes contra os costumes, o uso de entorpecentes, o aborto, etc..

Convém admitir, porque é absolutamente verdadeiro, que em termos brasileiros, os processos de novas incriminações tem sido fartamente mais extensos e rápidos que os de descriminalização. Porém, este fato, que sem dúvida merece ser atacado, é um fenômeno à parte, ligado com o que foi muito bem identificado por Zaffaroni²⁸ como «injusto jushumanista», e não tira a característica migratória dos campos de interesse do Direito penal.

Assim sendo, vista a migração dos interesses jurídico penais como característica permanente, própria da evolução social, não é possível amparar-se nela para justificar que o Direito penal não deva seguir atuando nos campos cujas agressões sejam consideradas as mais importantes desde um ponto de vista da proteção dos bens jurídicos essenciais ao desenvolvimento do cidadão na sociedade.

Importa acrescentar que a alternativa, quer seja a adoção de um sistema de dupla via (ambas penais) ou a criação de um novo ramo de direito público sancionador implica necessariamente na criação de um híbrido entre o atual direito administrativo e o direito penal.

Entretanto, nada garante que este híbrido responderá às aspirações vaticinadas já por um longínquo Radbruch²⁹ de “alguma coisa de melhor que o direito penal, e simultaneamente, de mais inteligente e mais humano do que ele”. Na verdade, o temor é que ocorra justamente o contrário, ou seja, que este “novo ramo do direito” que venha a intervir nos novos campos de proteção, combine não já a leveza das sanções administrativas e as

²⁸ Zaffaroni explica que “Toda a América Latina está sofrendo as conseqüências de uma agressão aos Direitos Humanos (que chamamos de injusto jushumanista), que afeta o nosso direito ao desenvolvimento, que se encontra consagrado no Art. 22 (e disposições concordantes) da Declaração Universal dos Direitos Humanos.” E continua, afirmando que “este injusto jushumanista de violação do nosso direito ao desenvolvimento não pode ser obstaculado, una vez que pertence à distribuição planetária do poder. Todavia, faz-se necessário que se resguarde de seus efeitos”. Ver ZAFFARONI, Eugênio Raúl e PIERANGELI, José Henrique, (1997), *Manual de Direito Penal Brasileiro*, São Paulo, Revista dos Tribunais, pp. 80 e ss.

²⁹ RADBRUCH, Gustav, (1979, 6ª Ed.), *Filosofia do Direito*, trad. por L. Cabral de Moncada, Armênio Amado Editor, Coimbra, p. 324.

garantias dos princípios penais, mas a contundência da pena e a falta de garantias da intervenção administrativa.

Assim, se não por outra, por razões de simples medo de ver acentuada a divisão entre poderosos e subjugados, convém rechaçar a adoção de um novo Direito de intervenção.

Ademais, o mundo mudou desde o ponto de vista da ciência. Da lógica cartesiana à biologia, todas as ciências foram afetadas pelas mudanças do mundo. Não se trata de uma escolha sobre “se ” o Direito penal deve ou não mudar de perfil e sim uma decisão sobre “para que” perfil o Direito penal mudará. Assim, mesmo que nós entendamos que ele não deve atuar no âmbito de proteção que lhe cobra a sociedade moderna, de qualquer modo seu conteúdo não seguirá sendo o de três séculos atrás, pelo que, o mais sábio é desde logo promover sua adaptação preservando ao máximo suas garantias e tratando seu âmbito de aplicação como resultado e não determinante de tal câmbio.

Pois bem, uma vez que se confirma a opção pela manutenção do chamado “Direito penal moderno”, é o momento de optar por um modelo de sistemática funcionalista que melhor responda aos desafios trazidos pelos novos problemas dogmáticos.

É decisão inserta na Constituição Federal que o órgão representativo do Estado nos misteres de comando da *persecutio criminis* será o Ministério Público. Este fato, posto ao lado do perfil que a *Lex maxima* dá ao referido órgão, permite, desde logo, duas conclusões.

A primeira, é que o legislador constituinte entendeu não haver contradição entre a intervenção estatal referente à persecução criminal e a preservação do Estado democrático ao elencar no mesmo dispositivo constitucional, entre todas as atribuições do Ministério Público, o exercício exclusivo da ação penal pública e a salvaguarda do mencionado regime.

A segunda é que se não pode haver contradições entre as funções entregues ao *Parquet*, o desempenho de todas e cada uma destas atribuições deve corresponder internamente a um perfil de defesa da democracia.

Assim, as decisões político criminais referentes à atuação do Ministério Público no tocante ao exercício da ação penal pública devem corresponder a uma orientação claramente adequada à defesa de um Estado social e democrático de Direito.

Nesse sentido, tendo em vista os rumos tomados pela moderna dogmática jurídico penal, convém fazer uma opção clara pelo modelo de orientação dogmática a seguir que dê melhor guarida a uns tais interesses.

Se este é o perfil que se espera da instituição ministerial, não se pode, de entrada, abrir mão dos princípios iluministas. Evidentemente, uma vez que estamos falando – ao menos teóricamente - de um Estado social e democrático de Direito, a intervenção punitiva

deve restringir-se aos ataques mais graves aos bens jurídicos mais importantes para o desenvolvimento do cidadão na sociedade (princípio de intervenção mínima)³⁰.

Um breve repasso entre as concepções já descritas como modelos de tendências modernas da interpretação dogmática aponta indubitavelmente para a existência de uma única opção que corresponde às aspirações democráticas pretendidas por nosso modelo de Estado: o funcionalismo *teleológico*.

Isto porque queda clara a opção radical que hace Jakobs por estabelecer as bases de sua teoria em fundamentos eminentemente normativos. Vives Antón se dá tem clara percepção do fato, quando reflete que “Jakobs se desfez de todo compromisso ontológico em um sentido muito mais radical”³¹ partindo para justificar o sistema de modo totalmente axiológico. Ou seja, trasladou o fundamento da estrutura sistemática para dentro dela mesma. A validade da própria norma justifica sua imposição. A consequência inevitável disso é que seu sistema se torna compatível com quaisquer orientações político criminais, posto que na medida em que a norma não carece de justificativa de fundo senão que justifica a si mesma, ela é válida independentemente de sua origem. Com isso, ainda que estejamos diante de regras impostas por um Estado totalitário, despótico, a norma não perde sua capacidade de auto justificar-se. Logo, um conjunto de regras normativas que sustente um sistema aflagante de um Estado social e democrático de Direito também se encontraria justificado.

Muñoz Conde³² aponta os riscos de assunção da proposta funcionalista sistêmica em razão de sua compatibilidade com “sistemas políticos ditatoriais, brutalmente negadores dos direitos humanos mais elementares”. Assim entende que “desde o ponto de vista de uma concepção político-criminal característica de um Estado de Direito”, uma proposta como esta deve ser rechaçada, posto que “converte a Dogmática jurídico-penal em um instrumento de legitimação de ditos sistemas, quando não em cúmplice servil de seus excessos”.

O mesmo aspecto é também percebido por Baratta³³ que alerta, referindo-se à proposta luhmaniana, que serve de base às considerações de Jakobs³⁴, que “se o direito garante um grau indispensável de orientação da ação e de estabilização das expectativas, sua função resulta independente do conteúdo específico das normas”.

³⁰ MUÑOZ CONDE, Francisco e GARCÍA ARÁN, Mercedes, (2000, 4ª Ed.), *Direito penal, parte general*, Tirant lo Blanch, Valencia, p. 88.

³¹ VIVES ANTÓN, Tomás Salvador, Op. cit., p. 443.

³² MUÑOZ CONDE, FRANCISCO, (2000), *Edmund Mezger[...]* Op. cit., p. 75.

³³ BARATTA, Alessandro, (1984), “Integración-prevención: una “nueva” fundamentación de la pena dentro de la teoría sistémica”, en *Cuadernos de política criminal, n. 24, 1984*, Edersa editoriales de Derecho reunidas, Madrid, p. 533-551, p. 534.

³⁴ MUÑOZ CONDE, Francisco, (2000), *Edmund Mezger[...]* Op. cit., p. 73.

O próprio Jakobs deixou transparecer os tons absolutistas de sua concepção jurídica baseada na obediência irrestrita à norma quando, em uma conferência que proferiu na Universidad Pablo de Olavide, em Sevilha, Espanha, em 2000, qualificou a reação do Direito penal moderno contra aquele que não se porta dentro de um padrão esperado de uma pessoa, ou seja, o autor de delito como “uma reação contra um inimigo”³⁵.

Observa Muñoz Conde³⁶ que “desde logo, em um Estado de Direito democrático e respeitoso com a dignidade do ser humano nem o «inimigo», nem ninguém pode ser nunca definido como «não pessoa»”.

Isto posto, parece claro que o funcionalismo sistêmico não pode servir de via corretiva da dogmática político criminal institucional de uma instituição responsável pela salvaguarda do regime democrático.

Assim, resta propor, como resultado de depuração, a necessidade de rever as posições da política institucional do Ministério Público, no campo criminal, com base em um funcionalismo teleológico. Nesse sentido, em clara opção pelo Estado de Direito, comenta Roxin³⁷ a respeito de suas propostas que “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”.

Isso significa, dentro dos tópicos principais já referenciados, que os agentes de execução desta política devem primar, em sua atuação, pela preservação dos princípios gerais de um Estado democrático de direito, notadamente o princípio de intervenção mínima e o princípio da legalidade.

No campo do moderno direito penal, isso se traduz em uma postura crítica das modernas técnicas de imputação, consistente primeiramente na rejeição da atribuição de responsabilidade penal por condutas cuja tipicidade esteja definida por figuras que dada sua volatilidade pelo exacerbado emprego da norma penal em branco percam o conteúdo de certeza afligindo o princípio de legalidade (*lex certa*); em segundo lugar, em idêntica rejeição de aplicabilidade das normas que representem um avanço de proteção exacerbado (tipos de perigo abstrato) cujo emprego signifique uma afronta ao princípio de mínima intervenção do Direito penal. A rejeição das normas, nestes dois casos, pode se dar pela via da inconstitucionalidade, na medida em que sua aplicação é afitiva dos princípios de proteção do regime democrático, cuja defesa incumbe ao Ministério Público.

³⁵ JAKOBS, Günther, (2000), “La ciencia del Derecho penal ante las exigencias del presente”, *Seminário proferido na Universidad Pablo de Olavide, Sevilla, España*, trad. de Teresa Manso Porto, Sevilla, 2000, p. 15.

³⁶ MUÑOZ CONDE, Francisco, (2000), *Edmund Mezger[...]* Op. cit., p. 75.

³⁷ ROXIN, Claus, (2000), Op. cit., p. 20.

Mais ainda, a adoção de uma política criminal consentânea com o *funcionalismo teleológico* significa ter em conta o bem jurídico como referência normativa, ou seja, significa rejeitar *in limine*, o emprego de toda a norma incriminadora que não corresponda à proteção de um bem jurídico que seja indispensável ao desenvolvimento social do indivíduo. Ou seja, a interpretação de proteção aos bens jurídicos meta individuais trazidos à baila pelo moderno Direito penal deve sofrer a filtragem do princípio da fragmentariedade, incumbindo reconhecer como válida somente a proteção a um bem jurídico coletivo, por trás do qual se possa identificar claramente o interesse de indivíduos determinados.

Finalmente, esta opção se traduz em utilizar a proteção do bem jurídico essencial ao desenvolvimento social do indivíduo, como função primordial do direito penal e logo, como fundamento da aplicação da pena. A aplicação da pena só pode ser justificada enquanto o fim buscado não é conflitivo com a defesa desses bens jurídicos, inclusive no que se refere à própria pessoa do apenado.

Enfim, o Ministério Público, com sua metamorfose institucional oriunda da carta penal de 1988 tem hoje missões mais importantes do que simplesmente vigiar a aplicação da lei. Isso, no campo penal, representa a necessidade de uma revisão de suas bases dogmáticas fundamentais. O direito penal moderno apresenta novos problemas a serem enfrentados. Da leitura político-institucional que o Ministério Público fizer desta nova situação, depende em grande parte o rumo do estudo da dogmática jurídico penal do futuro. Esta opção institucional não deve ser de transferência de foco para uma nova disciplina incriminadora e sim de abordagem dos temas no próprio campo do direito penal. E finalmente a adoção dessa postura representa a necessária opção pela revisão interpretativa da dogmática jurídico-penal segundo os cânones do funcionalismo teleológico.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS:

- BARATTA, Alessandro, (1984), “Integración-prevención: una “nueva” fundamentación de la pena dentro de la teoría sistémica”, en *Cuadernos de política criminal*, n. 24, 1984, Edersa editoriales de Derecho reunidas, Madri.
- BATISTA, Nilo, (1999, 5ª Ed.) *Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro*, Revan, Rio de Janeiro.

- CERESO MIR, José, (1995), “O finalismo, hoje”, em *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n. 12, Outubro-Dezembro de 1995, p. 39-49, trad. de Luiz Régis Prado, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo.
- DIAS, Jorge de Figueiredo, (1999), “Sobre a construção dogmática da doutrina do fato punível”, em *Questões fundamentais do Direito penal revisitadas*, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo.
- HASSEMER, Winfried, (1994), “História das idéias penais na Alemanha do Pós-Guerra”, em *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n. 06, Abril-Junio de 1994, p. 36-71, trad. de Carlos Eduardo Vasconcelos, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo.
- _____, (1996), *Crítica al Derecho penal de hoy*, trad. de Patricia S. Ziffer, Ad-Hoc, Buenos Aires, p. 59.
- _____, (1999), *Persona, Mundo y Responsabilidad*, trad. de Francisco Muñoz Conde e María del Mar Díaz Pita, Tirant lo Blanch, Valencia.
- JAKOBS, Günther, (1997, 2ª Ed.), *Derecho Penal parte general. Fundamentos y teoría de la imputación*, trad. de Joaquin Cuello Contreras e José Luis Serrano González de Murillo, Marcial Pons, Madri.
- _____, (2000), “La ciencia del Derecho penal ante las exigencias del presente”, *Seminário proferido na Universidad Pablo de Olavide, Sevilla, España*, trad. de Teresa Manso Porto, Sevilla, 2000.
- KUHN, Thomas S., (1989), *¿Qué son las revoluciones científicas? y otros ensayos*, trad. de José Romo Feito, Ediciones Paidós, Barcelona.
- _____, (1987), *La estructura de las revoluciones científicas*, trad. de Agustín Contin, Ed. Fondo de Cultura Económica, Madri.
- MUÑOZ CONDE, Francisco e GARCÍA ARÁN, Mercedes, (2000, 4ª Ed.), *Derecho penal, parte general*, Tirant lo Blanch, Valencia.
- MUÑOZ CONDE, Francisco, (2000, e 2001, 2ª ed.), *Edmund Mezger y el Derecho penal de su tiempo. Los orígenes ideológicos de la polémica entre causalismo y finalismo*, Tirant lo Blanch, Valencia.
- RADBRUCH, Gustav, (1979, 6ª Ed.), *Filosofia do Direito*, trad. por L. Cabral de Moncada, Armênio Amado Editor, Coimbra.
- ROXIN, Claus, (1997), *Derecho penal, Parte General, Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*, trad. da 2ª edição alemã por Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo e Javier de Vicente Remesal, Editorial Civitas S.A., Madri.

- _____, (1998), “Contribuição para a crítica da teoria final da acção”, em *Problemas básicos de Direito Penal*, trad. de Ana Paula dos Santos Luís Natscheradetz, 3ª Ed. Veja, Lisboa.
- _____, (2000), *Política criminal y sistema jurídico-penal*, trad. Luís Greco, Renovar, Rio de Janeiro.
- SANTOS, Cláudia, (2001), *O Crime do colarinho branco (da origem do conceito e sua relevância criminológica à questão da desigualdade na administração da justiça penal)*, Coimbra Editora.
- SANTOS, Juarez Cirino dos, (2000), *A moderna teoria do fato punível*, Livraria Freitas Bastos Editora, Rio de Janeiro.
- SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María, (1999), *La expansión do Derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades post-industriales*. Cuadernos Civitas, Civitas Ediciones, Madri.
- VIVES ANTÓN, Tomás Salvador, (1996), *Fundamentos del Sistema Penal*, Tirant lo Blanch, Valencia
- TOLEDO, Francisco de Assis, (1994) *Princípios básicos de Direito Penal*, Editora RT, São Paulo.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl, (1996, 6ª Ed.), *Manual de Derecho Penal – parte general*, Ediar, Buenos Aires.
- ZAFFARONI, Eugênio Raúl e PIERANGELI, José Henrique, (1997), *Manual de Direito Penal Brasileiro*, São Paulo, Revista dos Tribunais.