

Novas tendências do direito penal

Alberto Silva Franco

Desembargador aposentado e presidente de honra do IBCCRIM

FRANCO, Alberto Silva. *Novas tendências do direito penal*. Boletim IBCCRIM. São Paulo, v.5, n.56 esp., p. 2, jul. 1997.

Determinar as tendências do atual Direito Penal significa estabelecer pontos de partida que servem de referência às novas direções propostas. Há, sob esse enfoque, duas idéias básicas. A primeira é a da violência que, embora seja um dado onipresente na sociedade moderna, é percebida e considerada, máxime pela influência dos meios de comunicação social, não como um fenômeno experimental, vivido, concreto, mas sim, como um fenômeno comunicacional que adquire enorme relevância na medida em que se traduz num imenso fator de lucro e, ainda, num explícito fator político, fatores esses que, sem dúvida, interagem. Enquanto fenômeno comunicacional, idôneo, a ser politicamente dramatizado, a violência interessa somente na medida em que tiver um significado restrito: criminalidade. A equação violência-criminalidade esvazia o conceito global de violência sobre o qual pesa um silêncio comprometido. A segunda idéia-chave é a de que as respostas estatais à violência são violentas também. As penas de morte, de caráter perpétuo, as privativas de liberdade, as de interdições de direitos, a internação em manicômio judiciário, etc. enfim, o imenso arsenal de sanções penais põe a nu a violência do mecanismo repressor. Mas o Direito Penal exerce um terrível fascínio na opinião pública e, apesar de existirem outros sistemas de regulação muito mais eficazes, só ele é capaz de despertar tanta sedução. Bem por isso, como afirma Muñoz Conde, o Direito Penal é entendido como o "Direito por excelência".

Logo, as facções em luta pelo poder perceberam a importância sensibilizadora do Direito Penal e passaram a convertê-lo em instrumento de ação política. Nas duas últimas

décadas e, em especial, na década de noventa, notou-se uma flagrante manipulação do Direito Penal que se tornou, não raro, o canal de expressão de determinadas posturas político-criminais. Eis aqui, então, a primeira e mais explícita tendência do atual Direito Penal, ou seja, a sua funcionalização. Esse processo de funcionalização assenta-se em duas vertentes: a função promocional e a função simbólica. Na sociedade atual, dá-se legitimação ao Direito Penal, não na medida em que tutela os bens fundamentais à convivência social, mas sim, enquanto instrumento de mudança e transformação social ou de imposição de novos valores. O Direito Penal deve, portanto, imiscuir-se de modo ativo nas relações tensionais que explodem na sociedade moderna e intervir nas áreas de conflito, antes mesmo da atuação de outros controles sociais formais. Além dessa função meramente promocional, atribui-se também ao Direito Penal, não poucas vezes, a função simbólica, isto é, a de produzir na opinião pública a impressão tranquilizadora de um legislador atento. O recurso à função simbólica tem tido, nos últimos tempos, uma enorme incidência, máxime como resposta às crises econômicas, políticas ou sociais que assoberbam as sociedades modernas e são geradoras de medo ou de insegurança coletiva. Há exemplos significativos, na legislação penal brasileira, dessa funcionalização de caráter promocional (novos tipos penais no Código de Defesa do Consumidor, nas leis contra a ordem tributária e econômica, na lei sobre engenharia genética, etc) e de caráter simbólico (Lei de Crimes Hediondos, Lei de Crime Organizado, Lei de Tortura, etc.).

A funcionalização do Direito Penal não constitui uma operação neutra, desprovida de conseqüências; ao contrário, significa uma violenta agressão em ponto nevrálgico do sistema penal, ou seja, na sua função formalizadora. Eis a segunda tendência do Direito Penal moderno: a desformalização. De todos os sistemas de controle social, de caráter formal, o Direito Penal, por lidar com os conflitos mais graves e por dispor de respostas sumamente gravosas, é o que requer um grau mais acentuado de formalização. Enquanto nos controles sociais menos formais, a norma, a sanção e o processo guardam um caráter flexível, no

mecanismo controlador penal, a transparência e a precisão são regras que não podem ser desconsideradas. Aqui, não há lugar para a surpresa, nem para o engodo. A desformalização constitui uma decorrência extremamente perigosa de um Direito Penal funcionalizado. São freqüentes os tipos com o emprego de conceitos vagos ou porosos e com cominações desproporcionadas de penas. Abusa-se do exercício do poder cautelar. Desrespeitam-se princípios constitucionais de alta relevância, como os do contraditório, da ampla defesa, da presunção de inocência, da motivação dos atos do processo, do direito de recorrer, etc. Extrai-se a feição jurisdicional da execução da pena e suprime-se o regime progressivo de cumprimento de pena. Enfim, desformaliza-se o processo a serviço de uma eficiência anti-garantista (nessa linha, foi editada a Lei nº 9.099/95).

Em face dessas duas transparentes tendências — funcionalização e desformalização — o Direito Penal atual caracteriza-se, na década de 90, por uma ampla política de criminalização em áreas até então excluídas de sua intervenção, deixando de ser o instrumento mais adequado de tutela dos bens jurídicos mais relevantes contra os ataques mais graves a eles endereçados, para tornar-se o instrumento de uma política de segurança. Ao invés de ser utilizado como "*ultima ratio*" passa a ser adotado como "*prima ratio*" ou até mesmo como "*sola ratio*".

Essas novas tendências desfiguram o Direito Penal cuja legitimação está vinculada ao estrito respeito aos princípios consagrados formalmente na Constituição Federal (princípio da legalidade, princípio da igualdade, princípio da culpabilidade e princípio da humanidade da pena) e ainda, aos princípios não inseridos no texto constitucional (princípio da exclusiva proteção dos bens jurídicos, princípio da intervenção mínima, princípio da proporcionalidade, etc.), mas que decorrem, implicitamente, do modelo jurídico adotado, ou seja, do Estado Democrático de Direito.

Alberto Silva Franco

Desembargador aposentado e presidente de honra do IBCCRIM.

Disponível em <http://www.ibccrim.org.br/site/boletim/exibir_artigos.php?id=2309>