

A EXPANSÃO PENAL E O DIREITO DE INTERVENÇÃO

Alice Quintela Lopes Oliveira*

RESUMO

A sociedade pós-moderna rege-se por uma ordem sócio-econômica globalizada. A revolução tecnológica revela que o processo globalizacional apresenta-se de forma inevitável e impostergável, propiciando mudanças de ordem ideológica, científica, tecnológica e, sobretudo, econômica, além de promover uma complexidade social dantes inimaginável.

Esta nova realidade, designada por Ulrich Beck de “sociedade de risco”¹, apresenta características bastante peculiares, vez que os riscos sociais são imprevisíveis, indesejados e de tal envergadura lesiva que coloca em perigo a própria humanidade.

Conclamado a atuar diante destes novos riscos, o direito penal vem sofrendo um processo de expansão de suas bases e estruturas que acaba por gerar vigorosa tensão com a concepção programática do modelo penal forjado no Estado Liberal – chamando de direito penal clássico ou direito penal mínimo – que engloba proposta pautada pela vocação garantista e restritiva da intervenção penal, nos limites dos axiomas da subsidiariedade e da *ultima ratio*.

O presente artigo analisará as características deste movimento expansionista, confrontando-o com a concepção clássica do direito penal, bem como abordará a proposta apresentada pela Escola de Frankfurt, referente à criação de um direito de intervenção.

PALAVRAS CHAVES

SOCIEDADE DE RISCO; EXPANSÃO PENAL X DIREITO PENAL CLÁSSICO; DIREITO DE INTERVENÇÃO

* Advogada. Graduada em Direito pela Universidade Federal de Alagoas e mestranda em Direito Público pela mesma Universidade.

¹ BECK, Ulrich. **La sociedad del riesgo: hacia una nueva modernidad**. Trad. Jorge Navarro; Daniel Jiménez; Maria Rosa Borrás. Madri: Paidós, 1998.

RÉSUMÉ

La société post-moderne est dirigé par une ordre économique globalisé. La révolution technologique montre que le processus de la globalisation n'est pas évitable ou reportable et provoque un changement idéologique, scientifique et, surtout, économique.

Cette nouvelle réalité, appelée "la société du risque" par Ulrich Beck, présente des caractéristiques très particulières, déjà que les risques sociaux ne sont pas prévisibles et peuvent poser en danger toute la humanité.

À cause de ces risques, le droit pénal souffre un processus d'extension de ses fondements causant une tension avec le modèle pénal classique, d'intervention minimaliste.

Cette article analysera les caractéristiques de ce mouvement expansionniste et le comparera avec le droit pénal classique et ses bases et fondements. Bien sûr, cet article abordera la proposition présentée par l'École de Frankfurt, concernant la création d'un droit d'intervention.

MOTS CLÉS

SOCIÉTÉ DU RISQUE; LA EXPANSION PÉNALE X DROIT PÉNALE CLASSIQUE; DROIT D'INTERVENTION

INTRODUÇÃO

O final do século XX e o início do século XXI exibem, de maneira mais veemente, uma nova forma de poder hegemônico: a globalização. Considerada uma modalidade de poder sedutora por suas características, porém devastadora em suas consequências, a globalização, cognominada por Zaffaroni de poder planetário², destaca-se em três momentos marcantes da história da humanidade: a revolução mercantil ou colonialismo, nos séculos XV e XVI, a revolução industrial e o neocolonialismo, nos séculos XVIII, XIX e XX e, por fim, a revolução tecnológica ou globalização em sentido estrito, no século XX.

² **Manual de direito penal brasileiro: parte geral.** São Paulo: RT, 1997.

O fenômeno da globalização marca o período pós-industrial, designado por Ulrich Beck de “sociedade de risco”,³ regida por um conceito de modernização reflexiva que, longe de significar uma violenta ruptura do processo de desenvolvimento industrial, significa a evolução da modernidade simples, irreflexiva e auto-destrutiva, em direção à racionalidade que possibilite a compatibilização dos riscos às garantias individuais e coletivas.⁴

A sociedade industrial é caracterizada pela ignorância, pelo desconhecimento popular acerca da existência de riscos sócio-ambientais. Apesar de sérios, graves e de dimensões globais, originados pelo processo de desenvolvimento tecnológico impensado, irracional e imediatista, não constituíam objeto de preocupação pela coletividade.

Daí porque é fácil entender que apenas nesta fase de transição a constelação de problemas vem à tona e passa a ser percebida, despontando como novel objeto de preocupação pública, política e científica, ocasião em que a sociedade industrial, alarmada com os efeitos colaterais do processo produtivo, de caráter predatório e irracional, é compelida a rever seus princípios de segurança e cálculo da ponderação custo e benefício.

A teoria da sociedade de risco nasce, pois, com a percepção social dos riscos tecnológicos globais, refletindo a mudança da estrutura da sociedade e, ao mesmo tempo, o conhecimento da modernidade e de suas conseqüências.

A sociedade de risco identifica-se por uma comunidade na qual os riscos produzidos referem-se a danos de larga envergadura lesiva, não delimitáveis, globais, sistemáticos e, com freqüência, irreparáveis. Promovidos por decisões humanas, atinge a todos os cidadãos e podem ser capazes de exterminar a própria humanidade.⁵

Esses riscos possuem suas causas e origens em decisões e comportamentos humanos produzidos durante a manipulação dos avanços tecnológicos, ligados à exploração e manejo de novas tecnologias (energia nuclear, engenharia genética e de alimentos, produtos químicos etc). Por serem efeitos secundários, acidentais do

³ **La sociedad del riesgo: hacia una nueva modernidad.** Trad. Jorge Navarro; Daniel Jiménez; Maria Rosa Borrás. Madri: Paidós, 1998.

⁴ MACHADO, Marta Rodriguez de Assis. **Sociedade do risco e direito penal.** São Paulo: IBCCRIM, 2005, p. 29.

⁵ **La sociedad del riesgo: hacia una nueva modernidad.** Trad. Jorge Navarro; Daniel Jiménez; Maria Rosa Borrás. Madri: Paidós, 1998, p. 28.

processo de produção, os riscos da pós-modernidade são indesejados, imprevistos, sistemáticos e irreversíveis, permanecendo invisíveis por muito tempo.⁶

Atento às mudanças ocorridas, e ao incremento do medo na população, o direito penal transmudou-se, mitigando certas garantias clássicas a fim de dar uma resposta à sociedade. Instituiu-se, deste modo, o direito penal do risco, tema sobre o qual nos debruçaremos no tópico seguinte.

1. DO DIREITO PENAL DO RISCO

O direito penal do risco reflete a mudança do modo de compreender o direito penal e de agir dentro dele, produto estrutural e irreversível de uma época, cujo ponto de partida já é fato dado, encerrando tanto oportunidades como riscos.⁷

O direito penal transforma-se em direito penal do risco quando coloca a criação ou o aumento dos riscos no centro das reflexões dogmáticas promovendo a mitigação das regras de imputabilidade, bem como quando toma para si a função de tornar segura a sociedade.⁸ Concentra-se na chamada criminalidade organizada⁹, materializada nas infrações penais perpetradas pelos poderosos e caracterizada pela magnitude de seus efeitos, normalmente econômicos, mas igualmente políticos e sociais.¹⁰

Na tentativa de se moldar à novel sociedade de risco, a dogmática penal e a política criminal passam a admitir novos candidatos no círculo de bens jurídicos; a antecipar a fronteira entre o comportamento punível e não-punível; a reduzir as exigências de censurabilidade; a flexibilizar os critérios de imputação etc.

Rejeita-se, deste modo, o modelo de direito penal de resultado, que atua repressivamente, após a conformação do dano, sendo mais conveniente a este modelo criminal, a antecipação da proteção penal a esferas anteriores ao dano e ao próprio perigo concreto, em certos casos.

⁶ SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. **Direito penal econômico como direito penal do perigo**. São Paulo: RT, 2006, p. 39.

⁷ PRITTWITZ, Cornelius. O Direito Penal entre o Direito Penal do Risco e o Direito Penal do Inimigo. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. São Paulo: RT, n° 47, mar/abr. 2004, p. 32.

⁸ Idem, p. 38.

⁹ Identificada por Hassemer em oposição à criminalidade de massa (cujas condutas ofendem bens jurídicos individuais, v.g. delitos patrimoniais). Segurança Pública no Estado de Direito. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. São Paulo: RT, n° 05, jan./mar. 1994, p. 57.

¹⁰ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **A expansão do direito penal**. Trad. Luiz Otávio de Oliveira Rocha. São Paulo: RT, 2002, p. 80.

Neste diapasão, o direito penal assume múltiplas características e valores, que serão objeto de apreciação nos tópicos subseqüentes.

1.1. Da antecipação da tutela penal através da definição legal dos crimes de perigo abstrato e dos delitos de acumulação

Considerando que a missão primordial do direito penal é prevenir a prática de infrações penais com a finalidade exclusiva de proteção subsidiária e fragmentária de bens jurídicos relevantes, a intervenção penal, via de regra, é empregada como meio de punição de condutas que efetivamente venham a lesionar o bem jurídico tutelado pela norma penal incriminadora.

No entanto, por vezes, surgem determinadas circunstâncias de extrema gravidade a bem jurídico de primeira grandeza que demandam proteção especial mais abrangente, exigindo a antecipação da tutela do bem jurídico, de modo a evitar qualquer possibilidade de desdobramento progressivo capaz de converter um perigo em um dano efetivo e irreversível ao bem jurídico.

Nestes casos, o legislador utiliza-se da criação de tipos legais de crime de perigo que consiste numa técnica destinada a atribuir a qualidade de crime a determinadas condutas independentemente da efetiva produção de um resultado lesivo, bastando, para a consumação delitativa, a mera ocorrência de risco ao bem jurídico tutelado, concentrando a reprovação social no “desvalor da ação”. Representa a antecipação da proteção penal a momentos anteriores à efetiva lesão ao bem, dividindo-se em tipos de perigo concreto e tipos de perigo abstrato.

Os tipos penais de perigo concreto ostentam, na própria descrição típica, a menção à ocorrência do perigo, que deverá ser averiguado e demonstrado em cada caso posto à apreciação. Coadunam-se com a dogmática penal clássica uma vez que demonstram com clarividência o desvalor da conduta e o desvalor do resultado, materializado na concreta colocação em perigo do bem. Embora não se solidifique em alterações fáticas, reais, sensíveis ao bem jurídico, deve efetivamente produzir o resultado objetivo de pôr em perigo o bem tutelado.

Trata-se de uma análise sob uma perspectiva *ex post*, isto é, consideram-se as circunstâncias reais do fato, avaliadas após a sua ocorrência, impondo ao órgão

acusatório a obrigação de comprovar no processo penal a presença real do perigo a ameaçar o bem jurídico.

Problemas exsurgem, no entanto, quando se perquire acerca da legitimidade dos tipos de perigo abstrato.

Os tipos de perigo abstrato têm por objeto condutas que não se definem em virtude de determinada consequência, castigando a simples realização de uma conduta imaginadamente perigosa, prescindindo da configuração de um efetivo perigo ao bem jurídico.¹¹

A periculosidade da conduta típica é imaginada *ex ante*, por meio de um juízo hipotético do legislador, fundado na mera probabilidade de lesão. Não há que se perquirir, no caso concreto, acerca da ocorrência ou não do perigo, vale dizer, da efetiva probabilidade de lesão. Basta comprovar a execução da conduta reputada perigosa.

Ao contrário do que ocorre com o delito de perigo concreto, o perigo posto ao bem jurídico não se encontra estampado de forma explícita no tipo legal de perigo abstrato, o qual se limita a definir uma conduta cuja periculosidade é presumida de modo absoluto pelo legislador.

Na sociedade de risco, a proliferação dos tipos de perigo abstrato, geralmente combinados com normas penais em branco, inclui-se na estratégia de utilização de incriminações de mera conduta a fim de coibir os ataques aos bens jurídicos supra-individuais, reduzindo-se os espaços de risco permitido.

Os delitos de perigo abstrato, vezes muitas, desvelam-se como delitos por acumulação, expressão cunhada por Lothar Kuhlen.¹² Por necessidades de política criminal, o legislador incrimina uma conduta que, individualmente considerada, não provoca um risco ao bem jurídico, mas, se vier a ser praticada por um conjunto de pessoas, culminará lesionando efetivamente esse bem.¹³

Reforça-se, portanto, a pretensão de maximização da prevenção aos mega-riscos produzidos na sociedade pós-industrial, otimizando, inclusive, a sensação de segurança da população, que demanda, cada vez mais, por direito penal.

¹¹ MACHADO, Marta Rodriguez de Assis. **Sociedade do risco e direito penal**. São Paulo: IBCCRIM, 2005, p. 130.

¹² Apud SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **A expansão do direito penal**. Trad. Luiz Otávio de Oliveira Rocha. São Paulo: RT, 2002, p. 121.

¹³ Idem, Ibidem.

Dentro de uma perspectiva funcionalista, os institutos de direito penal devem ser aptos a cumprir, manter e reproduzir as premissas, finalidades e princípios do Estado Democrático de Direito, legitimando-se a intervenção punitiva do Estado apenas àqueles atos que ameacem a integridade das estruturas sobre as quais as relações sociais e as relações de produção se sedimentam.¹⁴

De fato, os delitos de perigo abstrato expressam uma violação manifesta ao princípio da ofensividade¹⁵, entendido este como uma novel forma de compreender ou conceber o delito como ofensa a um bem jurídico. A ofensa materializa-se na lesão ou ameaça concreta de lesão ao bem jurídico, afastando, de pronto, aquelas condutas que não se mostrem concretamente perigosas ao bem.

Tendo em vista que o sistema penal brasileiro adota os princípios de política criminal da lesividade, subsidiariedade, fragmentariedade, amparados implicitamente pela Constituição da República, os delitos de perigo abstrato devem ser interpretados à luz destas balizas.

É sabido que no crime de perigo abstrato o legislador incrimina uma determinada conduta cuja periculosidade é tão manifesta que dispensa prova no caso concreto. Ao ser realizada concretamente a conduta selecionada pelo legislador como tipo de perigo abstrato, o perigo ocorre simultaneamente à sua concretização, não havendo que se perquirir acerca da sua existência ou não.

Trata-se, de fato, de uma presunção. Dada a magnitude do bem tutelado e a irreversibilidade do dano, o legislador presume que o perigo ocorre com a mera realização fática da ação ou omissão descrita no modelo penal. Contudo, questiona-se a natureza da presunção se absoluta ou relativa?

Dentro de uma perspectiva garantista, hospedada em postulados político-criminais de um Estado Democrático de Direito, é imperioso concluir pelo reconhecimento da presunção relativa ou presunção *juris tantum*, possibilitando-se ao acusado a realização da contra-prova, isto é, faculta-se ao réu a demonstração, de que aquele fato, naquele caso concreto, não gerou qualquer perigo ao bem jurídico.

¹⁴ BOTTINI, Pierpaolo Cruz. Princípio da precaução, direito penal e sociedade de risco. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. São Paulo: RT, n° 61, jul./ago. 2006, p. 71.

¹⁵ Luiz Flávio Gomes prefere a expressão ofensividade à expressão lesividade, justificando que esta se encontraria compreendida naquela. **Princípio da ofensividade no direito penal**. São Paulo: RT, 2002, p. 11.

E não se argumente que se está a inverter o ônus da prova, uma vez que, por se cuidar de presunção, o órgão acusatório, ao fazer prova de que a ação descrita no tipo penal materializou-se no mundo físico, está a provar que o perigo está ínsito à realização desta conduta, interligado à ela, inseparável dela. Portanto, não se trata de inversão do ônus da prova, pois o Ministério Público se desincumbiu de seu mister ao provar a ocorrência da conduta.

Neste sentido se posiciona Miguel Reale Júnior, arrimando-se em Ângela Ilha da Silva:

(...) o perigo deve estar ínsito na conduta, segundo o revelado pela experiência, e não ser considerado presumido pelo legislador, mas adotando a sinonímia abstrato ou presumido, pois entendo que o perigo é presumido no sentido de que pode haver prova em contrário da inexistência do perigo, dando-se uma presunção *iuris tantum*, sujeita a prova em contrário, pois só dessa forma se adequa a figura do perigo abstrato à exigência da ofensividade, dentro de um direito penal garantista, quando se expande a criação de figuras de perigo abstrato na proteção de bens jurídicos universais, como o meio ambiente.¹⁶

1.2. Da administrativização do direito penal

Em matéria de meio ambiente e ordem econômica, onde o controle administrativo sobre as atividades dos particulares revela-se mais intensa, os crimes de perigo, dantes estudados, são utilizados de forma subsidiária, para suprir lacunas deixadas pelo tratamento ineficaz das normas administrativas ou, por vezes, como sanção à violação do controle administrativo primário.

A intervenção do direito penal na esfera privada do cidadão, mormente na sua liberdade, com estrado na infração de normas administrativas pode ser observada às escâncaras na legislação brasileira. A simples quebra de um regulamento administrativo adquire importância ímpar, desde que não se mostre suficiente a sanção administrativa, justificando-se uma intervenção penal.

Ao se confundirem as instâncias, o direito penal assume a função de reforço na gestão ordinária da Administração, formatando-se verdadeira acessoriedade administrativa junto ao âmbito penal.¹⁷

¹⁶ **Instituições de Direito Penal.** Parte Geral. Vol I. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 279-280.

¹⁷ SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. **Direito Penal Econômico como Direito Penal do Perigo.** São Paulo: RT, 2006, p. 143.

Deste modo, o direito penal passa a ser instrumento de políticas públicas, sob uma perspectiva puramente funcional, auxiliando o governante a realizar seu plano de administração, independentemente da presença de uma conduta apta a causar ofensividade a bem jurídico relevante.

Manifesta, destarte, a ilegitimidade do processo de administrativização do direito penal, já que a sua missão restringe-se exclusivamente à proteção de bens jurídicos relevantes diante de graves ofensas, o que, de pronto, fulmina de inconstitucionalidade a utilização exacerbada da repressão penal na seara administrativa.

Não se está a defender a ausência do direito penal nesta área. Apenas se cogita de uma remodelação desta aplicação, reservando a sanção penal àquelas condutas que ofendam bens jurídicos, ainda que estas ações se encontrem no âmbito de aplicação do Direito Administrativo.

Neste diapasão, pode-se aferir que novas características são agregadas ao direito penal a fim de atender aos anseios incessantes da sociedade por segurança. As vertentes político-criminais analisadas neste capítulo dirigem-se, portanto, à utilização do aparato penal para combater novos riscos e garantir o sentimento de segurança dos cidadãos.

Contudo, pelas características das novas situações que se pretende incriminar, o direito penal liberal, concebido na primeira modernidade, resulta inidôneo a executar tal tarefa, motivo pelo qual é bastante questionado.

Diante disso, emerge, hodiernamente, conforme se pode inferir, uma política de transformação institucional, que aponta para a expansão do campo de intervenção penal a partir de algumas linhas tendenciais mestras, quais sejam a proteção penal de bens jurídicos supra-individuais, a significativa antecipação da tutela penal aos crimes abstratos e delitos cumulativos e a atribuição de responsabilização criminal às entidades coletivas.

Instaura-se, *in casu*, um conflito acerca de qual tendência político-criminal seria mais adequada para o tratamento dos novos riscos, posto que de um lado, o arcabouço penal clássico não consegue resolver satisfatoriamente os novéis contratemplos apresentados pela sociedade do risco e, por outro, as adaptações do direito penal às

novas metas político-criminais implicam um confronto direto com os princípios garantistas tradicionais.¹⁸

2. DO DIREITO DE INTERVENÇÃO

Os membros da Escola penalista de Frankfurt, em particular Winfried Hassemer, propagam a idéia de que, em face dos novos riscos advindos da primeira e segunda modernidades, avultou o sentimento de medo da população e, conseqüentemente, a demanda por maior atuação do aparato criminal.¹⁹

Em vista disso, os legisladores, por razões ou propósitos mesquinhos e oportunistas, lançam mão de instrumentos jurídicos, por vezes, teratológicos, simulando tutelar a sociedade. Daí novos tipos penais são criados, recrudescendo o tratamento conferido aos acusados em geral, incrementando as penas, restringindo direitos e garantias individuais, além de outras medidas denunciadas por Hassemer, sem que, substancialmente, signifiquem quaisquer perspectivas reais de mudanças no quadro social.²⁰

Hodiernamente, a tendência internacional concentra-se na utilização de uma reação penal considerada simbólica, marcada por instrumentos inaptos a combater efetiva e eficazmente as novas formas de infrações. O que importa é manter um nível de tranqüilidade na opinião pública, estribado apenas na impressão de que o legislador se acha preocupado com o delito. Produz-se a ilusão de que os problemas foram solucionados.

Adverte Hassemer que o aproveitamento do direito penal como meio de transformação social e de asseguramento do futuro da sociedade ofende, manifestamente, os axiomas garantistas a que se encontra inexoravelmente vinculado, máxime o princípio da subsidiariedade, já que sua utilização se dá como *prima ratio*, sempre que rentável politicamente.²¹

¹⁸ MACHADO, Marta Rodriguez de Assis. **Sociedade do risco e direito penal**. São Paulo: IBCCRIM, 2005, p. 156.

¹⁹ Processo penal e direitos fundamentais. **Revista Del Rey jurídica**. Ano 8, n° 16, 1° semestre de 2006, p. 73.

²⁰ Segurança pública no Estado de Direito. P. 63. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. São Paulo: RT, n° 05, p. 63, jan. 1994.

²¹ HASSEMER, Winfried. Crisis y características del moderno derecho penal. **Actualidad Penal**. Madrid, n° 43/22 de 1993, p. 635-646.

O direito penal deixa de exercer sua missão de tutela exclusiva de bens jurídicos concretos, para executar vagas e imprecisas funções promocionais ou simbólicas. Retomando as lições de Franz Von Listz, segundo o qual o direito penal constitui barreira infranqueável da política criminal, Hassemer afirma que, hoje, no direito penal do risco, ocorre o inverso, o direito penal aparece como instrumento da política criminal.²²

Segundo o sobredito penalista, o direito penal deve restringir-se tão-somente a proibição de condutas individuais que provoquem lesão ou perigo concreto de lesão a um bem jurídico individualista, não lhe cabendo promover a segurança das futuras gerações ou a diminuição social dos riscos e do sentimento de medo incrustado na população. Sua missão, na realidade, é bem mais modesta.²³

Desta rígida linha de argumentação decorre a forte posição do autor contrária à extensão da tutela penal aos bens jurídicos supra-individuais e aos novos perigos decorrentes da sociedade de risco, para os quais cabe lançar mão de outro ramo jurídico, criado especialmente para tal desiderato, chamado “direito de intervenção”.

Neste ponto, cumpre transcrever excerto das lições do penalista alemão proferidas em uma conferência do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais aos 17/11/1993:

Acho que o Direito Penal tem que abrir mão dessas partes modernas que examinei. O Direito Penal deve voltar ao aspecto central, ao Direito Penal formal, a um campo no qual pode funcionar, que são os bens e direitos individuais, vida, liberdade, propriedade, integridade física, enfim, direitos que podem ser descritos com precisão, cuja lesão pode ser objeto de um processo penal normal. (...) Acredito que é necessário pensarmos em um novo campo do direito que não aplique as pesadas sanções do Direito Penal, sobretudo as sanções de privação de liberdade e que, ao mesmo tempo possa ter garantias menores. Eu vou chamá-lo de Direito de Intervenção.²⁴

Em consonância com as idéias da Escola de Frankfurt, o direito penal deve reduzir seus tentáculos, submetendo-se a um amplo processo de descriminalização de condutas. Compondo-se apenas por delitos de lesão, ou de perigo concreto, assim considerado na medida em que o perigo de ofensa, de especial gravidade, apresentar-se evidente em relação a bens jurídicos individuais, admitindo, excepcionalmente, a tutela

²² HASSEMER, Winfried. Perspectivas de uma política criminal. **Três temas de direito penal**. Porto Alegre: FESMP, 1993.

²³ Idem, *Ibidem*.

²⁴ HASSEMER, Winfried. Perspectivas de uma moderna política criminal. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. São Paulo: RT, n° 08, p. 49, out. 1994.

de bens supra-individuais quando estritamente ligados ao indivíduo, a exemplo dos crimes contra a incolumidade pública. Tudo com observância de rígidas regras de imputação de responsabilidade pessoal e dos princípios político-criminais garantistas, como lesividade, subsidiariedade, fragmentariedade etc.

Por outro lado, a proteção aos bens jurídicos supra-individuais em face dos novos riscos tecnológicos incumbiria ao “direito de intervenção” – novo ramo jurídico – e, desta maneira, restaria definitivamente afastada a intervenção penal clássica, estribada na pena privativa de liberdade e nas garantias fundamentais.²⁵

Ao lado da descriminalização de condutas, imprescindível à redução do direito penal a um núcleo mínimo de proteção, despontaria um sistema de direito novo, aplicável pela Administração Pública – tribunais administrativos – e livre das rigorosas exigências principiológicas e das formalidades para atribuição de responsabilidade. Mais apto, portanto, a lidar com as situações e as necessidades da sociedade de risco.²⁶

O direito de intervenção seria uma alternativa no controle da criminalidade moderna. Situado entre o direito penal e o direito administrativo, com um rebaixado nível de garantias individuais e novas formas procedimentais abreviadas, mas sem a cominação das pesadas sanções do direito penal, sobretudo as penas privativas de liberdade. Orientado por uma intervenção precoce, ou seja, pelo perigo e não pelo dano, posto que, frente à neocriminalidade, a espera da ocorrência do dano, pode ser tarde demais para a tutela do bem jurídico, em razão de sua magnitude.²⁷

No escólio de Hassemer, Herzog, Prittwitz e outros, um modelo de direito de intervenção assim configurado mostrar-se-ia, pragmaticamente, mais adequado para responder aos problemas específicos das sociedades pós-industriais. Desta forma, poder-se-ia liberar o direito penal das expectativas de prevenção dessa modalidade especial de infração, para cuja missão não se acha preparado e, segundo o autor, pode ser a causa primordial de sua ruína.²⁸

Não se trata, como bem se pode inferir, de abandono de bens jurídicos sociais ou supra-individuais por parte do ordenamento jurídico ou do direito penal, uma vez que

²⁵ MACHADO, Marta Rodriguez de Assis. **Sociedade do risco e direito penal**. São Paulo: IBCCRIM, 2005, p. 197.

²⁶ Idem, *Ibidem*.

²⁷ MACHADO, Marta Rodriguez de Assis. **Sociedade do risco e direito penal**. São Paulo: IBCCRIM, 2005, p. 197.

²⁸ MACHADO, Marta Rodriguez de Assis. **Sociedade do risco e direito penal**. São Paulo: IBCCRIM, 2005, p. 197.

estes bens permanecerão com o status de bem jurídico penalmente relevante. Apenas os tipos penais que os protegem serão “filtrados” e melhor selecionados.

Considerando, ademais, que os ilícitos de somenos importância – que não são dotados de dignidade penal – migrarão em direção a um outro ramo jurídico – que não lançará mão da pena de prisão – não haverá necessidade da manutenção de todas as garantias individuais, flexibilizando, inclusive, as regras de imputação de responsabilidade, resultando, inexoravelmente, num sancionamento de natureza não-penal, com perspectivas otimistas em relação à sua agilidade e eficácia.

Deve-se ter em mente que o direito penal é apenas um dos meios de controle social, nem sempre necessário (dignidade penal), nem sempre eficaz (idoneidade e carência de tutela), mas, sem dúvida, sempre o mais grave.²⁹

No Brasil, a teste frankfurniana encontra repercussão, principalmente no pensamento do Miguel Reale Júnior.

Na relação entre o controle administrativo e o direito penal, segundo Reale, deve haver uma relativa independência, através de um funcionamento alternativo. Onde, optar-se-ia pela seara administrativa no que concerne a assuntos afetos à área econômica de menor relevância – aquelas condutas que não disponham de dignidade penal, com a sua conseqüente descriminalização, ao passo que a atuação penal cingir-se-ia aos casos extremos em que a sanção administrativa não se afigurar suficiente.

Dispondo de uma finalidade repressora e, ao mesmo tempo, assecuratória de tutela dos novos bens jurídicos supra-individuais, o sistema misto de Reale propõe o julgamento por tribunais administrativos.³⁰

A descriminalização de determinadas condutas e sua conseqüente administrativização já vem sendo adotada, paulatinamente, por diversos países, dentre eles Alemanha e Itália.

No Brasil, bem como se dá na França, existe dupla tipificação de contenda à infração econômica, havendo leis administrativas e penais no mesmo sentido.

A legislação administrativa de repressão ao abuso do poder econômico e ao aumento arbitrário de lucros existe desde a década de 60, quando a Lei 4.317 criou o

²⁹ SICA, Leonardo. Caráter simbólico da intervenção penal na ordem econômica. **Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo**. São Paulo: RT, n° 02, jul./dez. de 1998, p. 16.

³⁰ REALE, Miguel. Legislação penal antitruste: Direito Penal Econômico e sua acepção constitucional. In www.realeadvogados.com.br, acesso aos 24 de janeiro de 2006 às 14:30, p. 42.

CADE – Conselho Administrativo de Defesa Econômica -, transformado em autarquia, ligado ao Ministério da Justiça, pela Lei 8.884/94, que lhe atribuiu as funções de instauração de processos administrativos, cominação de multas aos infratores, apuração e repressão administrativa às condutas atentatórias à ordem econômica etc.³¹

A grande vantagem no uso do mecanismo administrativo para a luta contra os ilícitos econômicos consiste na possibilidade de atuação preventiva, antecipando-se ao dano, através de tipos abertos, tipos de perigo abstrato e por acumulação, além da possibilidade de imputação de responsabilidade sem a necessidade de se comprovar a existência de dolo ou culpa, bastando a mera ocorrência fática da conduta descrita no tipo. No âmbito administrativo, destarte, a responsabilidade objetiva mostra-se de todo admissível, inclusive, com a inversão do ônus da prova para o acusado.

Nada obstante, o legislador insiste em utilizar o direito penal, hipertrofiando-o através de um processo de inflação legislativa, mesmo que às custas de serias distorções processuais e materiais. O efeito simbólico do lançamento da pena acaba por produzir efeito reverso do desejado. Causa inoperatividade e seletividade do sistema punitivo, desmoraliza os órgãos de persecução penal, gera sentimento de impunidade e acaba por prejudicar a atuação penal naquelas áreas em que ele se faz efetivamente necessário.

Demonstrada a tese da Escola de Frankfurt e demarcadas as raias do direito de intervenção, bem como sua ressonância na doutrina brasileira, calha, neste ponto, tecer uma crítica adaptativa ao pensamento frankfurtiano, fundado na premissa de que toda política criminal deve adaptar-se à sociedade à qual pretende ser implementada.

2.1. Direito Judicial Sancionador

A realidade da Administração Pública brasileira, às avessas do que provavelmente ocorre com a Alemanha – a ponto de justificar a aplicação do direito de intervenção pelo Poder Executivo – compõe-se de uma miríade de problemas, vale dizer, desorganizada, sucateada, fisiologista, permeável às influências políticas e econômicas, onde interesse público e privado se confundem. Tudo sob a regência de uma sistêmica corrupção que resulta na pilhagem do patrimônio público em dimensões astronômicas.

³¹ SICA, Leonardo. Caráter simbólico da intervenção penal na ordem econômica. **Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo**. São Paulo: RT, n° 02, jul./dez. de 1998, p. 21.

Neste diapasão, mostrar-se-ia temerário incumbir exclusivamente à Administração Pública brasileira o combate às infrações econômicas, o qual ficaria ao sabor dos dirigentes políticos, que “poderiam” atuar de forma tendenciosa.

Uma possível e plausível solução para este problema consiste na proposta de Palazzo, delineada por Luiz Flávio Gomes, referente à formação de um “sistema jurídico satelitário”, que em muitos pontos se assemelha com a proposta da Escola de Frankfurt.

O ponto inaugural de sua teoria consiste na constatação de que a intervenção penal, além de exigir o respeito ao princípio da legalidade estrita, reclama e impõe a presença da ofensividade social como forma de legitimação de atuação, fundado no desvalor da ação, do resultado e do grau de lesividade do bem jurídico tutelado, figurando imprescindível o reconhecimento da dignidade penal e da necessidade de sanção, reveladores de sua concepção fragmentária, proporcional e de intervenção mínima.³²

O direito penal só deve intervir se comprovada a lesividade concreta do bem jurídico, em situação de afronta à coletividade, impondo-se a produção de um dano ou de um perigo concreto de dano de forma significativa, capaz de afetar as condições comunitárias essenciais ao livre desenvolvimento e realização da personalidade humana.

Sob a égide da política criminal minimalista (de intervenção mínima), o direito penal deve ser utilizado quando presentes condutas violadoras de um bem jurídico alçado ao patamar de dignidade penal (constitucional), sempre que se revelar impossível sua eficaz proteção por outros meios de controle social, formal ou informal. Atua, desarte, a dogmática penal de forma subsidiária, como *ultima ratio*, apenas quando esgotados todos os instrumentos de menor lesividade que aqueles proporcionados pelo direito penal.

Expostos os requisitos para a ostentação do epíteto ilícito penal, impõe-se, segundo Palazzo, a realização de um processo de descriminalização de condutas que não contem com suficiente mérito para ostentar a categoria de ilícito penal, vale dizer,

³² REALE, Miguel. Legislação penal antitruste: Direito Penal Econômico e sua acepção constitucional. In www.realeadvogados.com.br, acesso aos 24 de janeiro de 2006 às 14:30, p. 14.

para aquelas condutas que não sejam merecedoras de tutela penal ou não apresentem necessidade de pena impõe-se a descriminalização.³³

Observando que a administrativização de ilícitos penais acarreta a mitigação de garantias individuais, propõe-se que, após o procedimento descriminalizatório, proceda-se à jurisdicionalização do setor mais relevante dos ilícitos penais descriminalizados, criando-se uma nova espécie de direito, denominado “direito judicial sancionador”.

Este novo ramo jurídico em muito se assemelha ao direito de intervenção proposto por Hassemer, porquanto se incumbiria da contenção dos riscos oriundos do processo de modernização da sociedade, atuando nos novos focos de insegurança de modo prioritariamente preventivo. Por ser sobremaneira mais flexível que o direito penal em relação às garantias materiais e processuais, o direito judicial sancionador disporia de sanções menos severas que as penais, renunciando à imposição da pena de prisão.

A grande vantagem detectada na utilização do direito judicial sancionador, que o diferencia do direito de intervenção, consiste no órgão competente para aplicar as sanções típicas desse âmbito jurídico. Enquanto o direito de intervenção é aplicado pelo Poder Executivo, através dos órgãos integrantes da Administração Pública, o direito judicial sancionador é aplicado pelo Poder Judiciário, através de um processo judicial tradicional, cuja decisão seria proferida por um magistrado especializado, imparcial e independente, comprometido com a verdade material, o que conduziria a uma maior segurança jurídica.

Neste ponto, convém colacionar as lições do próprio Luiz Flávio Gomes:

Impor-se-ia então *jurisdiconalizar* o setor mais relevante dos ilícitos penais descriminalizados, criando-se uma nova espécie de Direito: Direito sancionador. Em outras palavras, seria um juiz o responsável pela aplicação das sanções típicas desse âmbito jurídico (interdições, penas alternativas etc.; nunca pena de prisão).³⁴

Em suma, o sistema jurídico satelitário seria integrado, primeiramente, pelo direito penal tradicional, composto de todas as garantias típicas do processo penal, máxime as rígidas regras de imputação de responsabilidade e do nexos causal. Fundado,

³³ GOMES, Luiz Flávio; BIANCHI, Alice. **O direito penal na era da globalização**. São Paulo: RT, 2002, p. 66.

³⁴ GOMES, Luiz Flávio; BIANCHI, Alice. **O direito penal na era da globalização**. São Paulo: RT, 2002, p. 67.

prioritariamente, na pena privativa de liberdade e incumbido da tutela de bens jurídicos individuais – ou supra-individuais quando ligados diretamente ao indivíduo.

Em seguida, o direito judicial sancionador, por renunciar a aplicação da pena de prisão, flexibilizaria as garantias penais e processuais e, deste modo, combateria os novos riscos oriundos da primeira e segunda modernidades, tutelando bens jurídicos supra-individuais e voltando a persecução em direção aos grandes infratores. Por último, o direito administrativo permaneceria aplicado pela Administração Pública, restrito às infrações administrativas comuns.

Deste modo, poder-se-ia conferir razoável eficácia ao combate dos ilícitos econômicos e ambientais, na linha de pensamento esposada pelos frankfurnianos.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Quando se pretende combater a criminalidade, deve-se ter em mente que o crime não é um tumor, nem uma epidemia, senão um doloroso problema interpessoal e comunitário. Uma realidade próxima, cotidiana, quase doméstica. Trata-se de um problema da comunidade, que nasce na comunidade e que deve ser resolvido na comunidade, de forma racional e democrática.

Nada obstante, o tratamento ministrado ao delito vem se mostrado altamente populista e ineficaz. Contempla-se o delito com um enfrentamento formal, simbólico e direto entre dois rivais – o Estado e o infrator -, que lutam entre si solitariamente, como lutam o bem e o mal, a luz e as trevas³⁵. Neste duelo, o grande perdedor é o Estado Democrático de Direito que se vê obrigado a se curvar frente a interesses oportunistas e eleitoreiros de legisladores inabilitados a discutir juridicamente e com parcimônia a questão criminal.

Imperioso, ao final deste artigo, repisar a assertiva de Thomas Jeffery, segundo a qual mais direito penal, mais policiais, mais juízes e mais prisões significam mais infratores na cadeia, porém, não necessariamente, menos delitos.³⁶

³⁵ MOLINA, Antonio García-Pablos de. **Criminologia**. 2. ed. São Paulo: RT, 1997, p. 303.

³⁶ Idem, p. 316.

REFERÊNCIAS

BECK, Ulrich. **La sociedad del riesgo: hacia una nueva modernidad**. Trad. Jorge Navarro; Daniel Jiménez; Maria Rosa Borrás. Madri: Paidós, 1998.

BOTTINI, Pierpaolo Cruz. Princípio da precaução, direito penal e sociedade de risco. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. São Paulo: RT, n° 61, jul./ago. 2006.

GOMES, Luiz Flávio; BIANCHI, Alice. **O direito penal na era da globalização**. São Paulo: RT, 2002.

_____. **Princípio da ofensividade no direito penal**. São Paulo: RT, 2002.

HASSEMER, Winfried. Crisis y características del moderno derecho penal. **Actualidad Penal**. Madrid, n° 43/22 de 1993.

_____. Segurança Pública no Estado de Direito. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. São Paulo: RT, n° 05, jan./mar. 1994.

_____. Perspectivas de uma moderna política criminal. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. São Paulo: RT, n° 08, out. 1994.

_____. Perspectivas de uma política criminal. **Três temas de direito penal**. Porto Alegre: FESMP, 1993.

_____. Processo penal e direitos fundamentais. **Revista Del Rey jurídica**. Ano 8, n° 16, 1° semestre de 2006.

MACHADO, Marta Rodriguez de Assis. **Sociedade do risco e direito penal**. São Paulo: IBCCRIM, 2005.

MOLINA, Antonio García-Pablos de. **Criminologia**. 2. ed. São Paulo: RT, 1997.

PRITTWITZ, Cornelius. O Direito Penal entre o Direito Penal do Risco e o Direito Penal do Inimigo. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. São Paulo: RT, n° 47, mar/abr. 2004.

REALE, Miguel. Legislação penal antitruste: Direito Penal Econômico e sua acepção constitucional. In www.realeadvogados.com.br, acesso aos 24 de janeiro de 2006 às 14:30.

REALE JÚNIOR, Miguel. **Instituições de Direito Penal**. Parte Geral. Vol I. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **A expansão do direito penal**. Trad. Luiz Otávio de Oliveira Rocha. São Paulo: RT, 2002.

SICA, Leonardo. Caráter simbólico da intervenção penal na ordem econômica. **Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo**. São Paulo: RT, n° 02, jul./dez. de 1998.

SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. **Direito penal econômico como direito penal do perigo**. São Paulo: RT, 2006.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro: parte geral**. São Paulo: RT, 1997.