

## 1. INTRODUÇÃO

A ética libertária passou a ganhar mais força como uma corrente filosófica que apoia a liberdade das pessoas, como decorrência de sua personalidade. Em um Estado Democrático de Direito, falar em Direito Penal Libertário soa a princípio paradoxo, já que o direito penal não é libertário, pelo contrário é limitador da liberdade do indivíduo, pois atua coercitivamente.

Instrumentos modernos tendem a amenizar este caráter coercitivo do Direito Penal, inaugurando ramos como o Direito Penal Econômico, Ambiental e Tributário, que mais controla, fiscaliza, negocia ou ameaça, do que efetivamente pune. Surge deste modo, um sistema penal moderno, orientado pelas consequências, em busca de efetividade na administração da justiça penal.

Ocorre que a crescente criminalização, além de descaracterizar o Direito penal como última ratio do Estado, sobrecarrega a jurisdição penal, essa que deveria ocupar-se apenas dos fatos mais graves, acaba por tratar das necessidades surgidas no âmbito da sociedade de riscos, em um processo de expansão do Direito Penal.

Posto isso, é necessária uma análise criteriosa do bem jurídico objeto da tutela penal, pois a proteção conferida pela norma se contrapõe à perda da liberdade de outrem, observando-se os preceitos do Direito penal mínimo, típico do Estado Democrático de Direito.

A criação de novos tipos penais sem a devida cautela acaba por definir a lesão a bens jurídicos que não merecem a tutela penal, e, conseqüentemente, a função tradicional da pena é alterada, transformando-a em mero instrumento de gestão dos comportamentos que devem ser socialmente rechaçados.

Neste artigo debate-se sobre o que é legitimamente criminável e o que é passível de tutela por outros ramos do Direito. Nesse sentido, apresenta-se os trabalhos de Hassemer e de Silva Sánchez, para uma melhor alternativa ao processo expansionista sofrido pelo Direito Penal.

Algumas condutas atualmente tratadas como matéria penal, que não tutelem bens jurídicos essenciais, devem ser retiradas do ordenamento jurídico penal tradicional e trasladadas a uma área distinta, para Hassemer uma nova área denominada Direito de Intervenção, e para Silva Sánchez uma subárea do Direito Penal chamada de Direito penal de segunda velocidade.

O presente artigo tem como objetivo questionar a atual conjuntura do Direito penal brasileiro. Conforme exposto acima, o Direito penal tem sido utilizado não como última

ratio, mas servindo a propósitos políticos a custo de sua eficiência e flexibilização de princípios. Ao expor as mazelas do atual sistema penal, sugere-se e reforça-se a possibilidade de um novo modelo, que não substitui, mas complementa o que temos atualmente. Tal modelo aumenta a eficácia do nosso sistema punitivo, que, finalmente, poderá começar a pacificar os conflitos da sociedade.

Desta forma, primeiramente analisa-se o fenômeno de expansão do Direito penal na sociedade de risco, o chamado Direito Penal Moderno. Em seguida, apresenta-se a função simbólica do direito penal e a sua atual crise. Após, serão apresentadas as principais teorias propostas para solucionar esse problema, a teoria do espanhol Silva Sánchez e do alemão Winfried Hassemer.

Neste contexto de Direito Penal libertário, surge a teoria pessoal do bem jurídico, como uma alternativa viável de contenção do poder punitivo e a atual perda da legitimidade do Direito penal, que em decorrência de seu processo expansionista, causado pelas legislações simbólicas presentes nas sociedades de risco, ocasiona o descrédito surgido de sua utilização abusiva.

## **2. SOCIEDADE DE RISCO E O DIREITO PENAL MODERNO**

Sociedade de risco é um termo usado para descrever a maneira pela qual a sociedade moderna se organiza em resposta ao risco. O termo foi criado pelo sociólogo alemão Ulrich Beck em seu livro *Risikogesellschaft* (1986) onde coloca as origens e as consequências da degradação ambiental no centro da sociedade moderna.<sup>1</sup>

A sociedade moderna sofre com a proliferação de diferentes fontes de risco fruto do progresso tecnológico nunca antes visto. “O conceito de sociedade de risco designa um estágio da modernidade em que começam a tomar corpo as ameaças produzidas até então no caminho da sociedade industrial.” (BECK, 1998, p. 17)

Direito penal “moderno” se distingue do direito penal “clássico” por três razões fundamentais. A primeira é que o direito penal “clássico” tem um centro ideal, formado pelas tradições do Estado de Direito relativas à determinabilidade e subsidiariedade do direito penal, sendo o delito da lesão a forma normal de atuação delituosa. A segunda

---

<sup>1</sup> BECK, Ulrich. *La Sociedad Del Riesgo:hacia una nueva modernidad*. Barcelona: Ediciones Paidós Ibérica S.A., 1998.

razão é que o direito penal moderno se distancia deste centro em velocidade constante. E a terceira é a problemática que a modernidade conduz o direito penal.<sup>2</sup>

O direito penal clássico, dotado de um núcleo essencial, dentro do qual estariam insertas as tradições democráticas da determinação da proibição, da subsidiariedade do Direito Penal e da lesividade como inerente ao comportamento, de modo que, de regra, as normas penais veiculavam proibições sobre condutas ocasionadores de um dano real e efetivo a um bem jurídico, havendo, no entanto, uma ruptura entre este direito penal clássico e o direito penal moderno, a ocasionar problemas específicos<sup>3</sup>.

“Nessa linha, é identificada uma tentativa de transmutar o direito penal, a fim de que ele atinja finalidades precipuamente preventivas e de —orientação pelas consequências, segundo a qual é veiculado como um meio para obtenção de sensibilização das pessoas, sem que, contudo, seja indagado acaso se afigura enquanto instrumento jurídico adequado para intervenção. (HASSEMER, 2003, 54-66)

Na concepção clássica, portanto, o direito penal é medida de violência, e ao mesmo tempo um instrumento da liberdade do cidadão, é por fim, um meio para a solução dos problemas da sociedade. Por sua vez, a concepção moderna rompe com as tradições e o direito penal se completa, com a proteção do bem jurídico, a prevenção e orientação pelas consequências, transformando-o em um instrumento de solução dos conflitos sociais.

O Direito penal da modernidade é composto por áreas especiais do direito, com instrumentos de *soft law*, em um meio de condução da sociedade. As áreas centrais de inovação do direito penal são: meio ambiente, economia, programação de dados, drogas, impostos, comércio exterior e, acima de tudo, a criminalidade organizada.

Nesta nova visão do Direito destacam-se o Direito processual penal e o Direito constitucional, acarretada pela ampliação da capacidade do Direito penal material, que conferiu destaque ao princípio da oportunidade e efetivou a ampla proteção. Pois nos dias atuais, o Direito penal enfrenta uma situação de ambivalência, cabendo-lhe a contenção aos atos de violência por meio de violência, a pena.

---

<sup>2</sup> HASSEMER, Winfried. Direito Penal Libertário. Quarto capítulo: a modernidade. Sinais e crises do Direito penal moderno. 2007, p. 189/207.

<sup>3</sup> HASSEMER, Winfried. Características e crises do moderno direito penal. In: Revista de Estudos Criminais, Ano 2, 2003, n. 8.

A finalidade do Estado Democrático de direito é a libertação da pessoa humana de qualquer forma de opressão. No contexto do Direito Penal, o indivíduo deve ter respeitadas as garantias e os direitos fundamentais, elencados na Constituição Federal. Nesse sentido, para que o Estado seja Democrático de Direito, deve declarar e assegurar os direitos fundamentais, e tais direitos devem vincular toda a produção e interpretação do ordenamento jurídico nacional.

Ocorre que a sociedade atual é permeada pelo risco e pelo medo, contexto que se insere a expansão do direito penal. O risco de que se fala se correlaciona com as atividades empreendidas atualmente em sociedade e à globalização, que faz com que as sociedades estejam imbricadas, interligadas, de sorte que a afetação direta de uma comunidade termina por afetar várias outras no globo terrestre.

Diante disso, surge a necessidade de proteger tais atividades, pois lesões a elas podem ter repercussão incomensurável. Passa-se, assim, a inadmitir a própria criação de risco a tais atividades, razão por que é forjado um direito penal para contenção de riscos, afastado da teoria do bem jurídico-penal, surgindo a ideia de estratégia para gestão de riscos, consoante descreve Silva Sánchez: “A sociedade de risco ou da insegurança conduz, pois, inexoravelmente, ao Estado vigilante ou Estado da prevenção. E os processos de privatização e liberalização da economia, em que nos encontramos imersos, acentuam essa tendência.” (SANCHEZ, 2011, p. 165)

Nesse contexto policial-preventivo, a barreira de intervenção do Estado nas esferas jurídicas dos cidadãos se adianta de modo substancial. Com efeito, as intervenções de inspeção podem ser puramente rotineiras, já que para iniciar uma inspeção não se exige a justificativa de existência de indícios concretos de perigo para a ordem administrativo-policial.

O procedimento de inspeção foi intensificado ainda mais com o procedimento sancionador de infrações administrativas formais pelo uso da *compliance*<sup>4</sup>, que aparece claramente norteador por um critério gerencial em relação aos riscos.

Isso se observa ainda no combate do crime organizado, com a criação do julgamento colegiado de 1º grau, através do qual restam mitigados princípios como da oralidade e da identidade física do juiz.

---

<sup>4</sup> Regulamenta, no âmbito da Administração Pública Municipal Direta e Indireta, a Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013, que dispõe sobre a responsabilização administrativa de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública e dá outras providências.

Com o objetivo de limitar o arbítrio do legislador e impedir a criação de tipos penais tirânicos com cominação de sanções cruéis, se apresenta um dos princípios constituintes do Direito penal, o princípio da intervenção mínima, previsto na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (1789) artigo 8º: “a lei só deve estabelecer penas estrita e evidentemente necessárias”.

Tem-se, portanto, que o Direito penal deve ser considerado a última opção do sistema legislativo, só devendo ser acionado quando não mais houver escolha senão a criação da lei penal. Pode-se dizer, portanto, que o princípio da intervenção mínima tem como principal destinatário o legislador, exigindo cautela na escolha das condutas a serem tipificadas como infração penal, deixando de criminalizar qualquer comportamento.

Nesse âmbito, de surgimento de riscos e novas demandas, o direito penal se manifesta, muitas vezes, como um direito penal de emergência ou como direito penal simbólico, o qual analisa-se a seguir.

### **3. FUNÇÃO SIMBÓLICA DO DIREITO PENAL**

A expansão do direito penal acaba por determinar, na sociedade contemporânea, a edição de leis penais sem um critério rigoroso que garanta sua efetiva aplicação. Desse desvio do Direito penal surge o denominado Direito Penal Simbólico, originado do clamor da opinião pública.

O Direito Penal Simbólico é uma tendência que visa atingir principalmente as massas populares, explorando o medo e a insegurança da população para criar leis. Essas leis não tem o escopo de proteger realmente bens jurídicos violados, e sim de fazer a vontade do povo mesmo que isso não tenha nenhum efeito na redução da criminalidade.

Esse simbolismo penal está presente quando da ocorrência de um crime muito violento ou amplamente noticiado pela mídia, que choca o país. Quando isso acontece, a população investe contra o Estado, exigindo uma atitude firme. E este vem com a edição de leis que proíbem ações que anteriormente eram permitidas ou que agravam as sanções daquilo que já era proibido.

Assim como a sociedade de risco, o simbolismo penal é fator ao processo expansionista do Direito Penal, que inflaciona o ordenamento jurídico, sem dar uma resposta efetiva ao problema da criminalidade, como bem asseverou Beccaria “proibir grande quantidade de ações diferentes não é prevenir delitos que delas possam nascer, mas criar novos” (BECCARIA, 2010, p. 136).

Nesse ponto, se apresenta a interrelação entre direito penal de emergência e direito penal simbólico, pois as emergências frequentemente fazem com que surjam manifestações legislativas simbólicas. Efetivamente, o direito penal se apresenta como remédio, pois o Estado, ao revés de se ocupar da adoção de políticas para efetiva resolução dos problemas, se vale de normas penais, passando uma imagem de força, trabalho e empenho.

Este Direito Penal Simbólico, ou mesmo uma legislação penal simbólica, não encontra simples definição na doutrina. A respeito desse simbolismo penal afirma Silveira:

“trata-se de uma oposição entre realidade e aparência, entre o manifesto e o latente, entre o verdadeiro e o distintamente querido. Cuida, portanto, dos efeitos reais das leis penais, sendo que o simbólico seria, assim, associado ao engano, tanto em um sentido transitivo como reflexivo. Essa posição é completada pela constatação, inequívoca, de que parte da sociedade entende que reside no Direito Penal, na pura repressão, a real solução para a criminalidade, quer seja a tradicional, quer seja a moderna. Muito presente é, portanto, o simbolismo penal nos chamados movimentos de “Lei e Ordem”.”. (SILVEIRA, 2003, p. 168)

De fato, Alamiro Velludo Salvador Neto identifica que:

“o direito penal incorpora as necessidades da sociedade de riscos, o que, no entanto, impõe criminalizações através de tipos mais abertos, normas penais em branco e tipos de perigo, para além de que a nova realidade vêm demonstrando: —dois aspectos fundamentais e progressivos: em primeiro lugar, a utilização do direito penal como a única esperança desenfreada de controle de um número cada vez maior e mais complexo de comportamento e; em segundo lugar, a frustração da eficiência então aparentemente possível neste mesmo controle”. (NETTO, 2006, P. 153)

Essa posição é contemplada pela constatação, inequívoca, de que parte da sociedade entende que reside no Direito Penal, na pura repressão, a real solução para a criminalidade, que seja a tradicional, quer seja a moderna.

O grande problema da promulgação descontrolada de leis em resposta ao clamor de uma população, é que frustra a finalidade do próprio Direito penal, vez que a criminalização de condutas, bem como o aumento de penas, não é fator que auxilia na redução da criminalidade, sequer inibe a prática de crimes.

Por outro lado, pensando em termos de realidade brasileira, uma produção legislativa simbólica é a que melhor representa o efeito obscuro e oportunista que se destaca como, por exemplo, no caso das elevadas penas impostas para adulteração de medicamentos e cosméticos<sup>5</sup>, ou ainda na hipótese de se punir com o mesmo rigor os crimes de furto qualificado<sup>6</sup> e de redução análoga à condição de escravo<sup>7</sup>; ou considerar como crime de bagatela, no âmbito do direito penal econômico, aqueles que se encontram na casa dos milhares, enquanto que nos crimes contra o patrimônio este conceito não alcança a casa da centena<sup>8</sup>.

#### **4. CRISE DO DIREITO PENAL MODERNO**

A discussão acerca da legitimidade do Direito penal merece especial destaque, isso porque tal área do Direito é a responsável pela mais severa punição presente em nosso ordenamento jurídico. A não observância reiterada do princípio da intervenção mínima e as legislações penais simbólicas, comentadas nos itens anteriores, são fatores determinantes para a crise vivida pelo Direito penal.

“o direito penal brasileiro tem passado de última ratio a prima ratio, efetuando a construção de verdadeiras ignomínias, motivadoras de grandes embates doutrinários e jurisprudenciais. É o que se vê em legislações

---

<sup>5</sup> Lei nº 9.677, de 2 de julho de 1998 – que alterou dispositivos do Capítulo III do Título VIII do Código Penal, incluindo na classificação dos delitos considerados hediondos crimes contra a saúde pública, e deu outras providências.

<sup>6</sup> Art. 155 - Subtrair, para si ou para outrem, coisa alheia móvel: Pena - reclusão, de um a quatro anos, e multa. § 1º - A pena aumenta-se de um terço, se o crime é praticado durante o repouso noturno. § 2º - Se o criminoso é primário, e é de pequeno valor a coisa furtada, o juiz pode substituir a pena de reclusão pela de detenção, diminuí-la de um a dois terços, ou aplicar somente a pena de multa. § 3º - Equipara-se à coisa móvel a energia elétrica ou qualquer outra que tenha valor econômico. Furto qualificado § 4º - A pena é de reclusão de dois a oito anos, e multa, se o crime é cometido: I - com destruição ou rompimento de obstáculo à subtração da coisa; II - com abuso de confiança, ou mediante fraude, escalada ou destreza; III - com emprego de chave falsa; IV - mediante concurso de duas ou mais pessoas.

<sup>7</sup> Art. 149. Reduzir alguém a condição análoga à de escravo, quer submetendo-o a trabalhos forçados ou a jornada exaustiva, quer sujeitando-o a condições degradantes de trabalho, quer restringindo, por qualquer meio, sua locomoção em razão de dívida contraída com o empregador ou preposto: Pena - reclusão, de dois a oito anos, e multa, além da pena correspondente à violência. § 1º Nas mesmas penas incorre quem: I – cerceia o uso de qualquer meio de transporte por parte do trabalhador, com o fim de retê-lo no local de trabalho; II – mantém vigilância ostensiva no local de trabalho ou se apodera de documentos ou objetos pessoais do trabalhador, com o fim de retê-lo no local de trabalho. § 2º A pena é aumentada de metade, se o crime é cometido: I – contra criança ou adolescente; II – por motivo de preconceito de raça, cor, etnia, religião ou origem.

<sup>8</sup> TRF4, QUOACR 5001339-09.2010.404.7113, Oitava Turma, Relator p/ Acórdão Luiz Fernando Wovk Pentead, D.E. 03/07/2012: neste julgado reconheceu-se o princípio da insignificância sobre uma sonegação de vinte mil reais; neste outro julgado (STJ - REsp 1218765/MG - 5ª T. - Rel. Min. Gilson Dipp - DJe 14.9.11) depreende-se que a 5ª turma do STJ fixou como máximo o valor de cem reais para a configuração do delito de bagatela, muito embora, tenha-se reconhecido que o critério seja meramente exemplificativo no julgado em questão.

recentes como a Lei dos Crimes Hediondos e suas reformulações (Lei nº 80072/1990), a Lei dos Crimes Ambientais (Lei nº. 9605/1998), entre outras. Afastado de uma preocupação acerca da legitimação da intervenção penal. O Estado cada vez mais se vale de uma legislação de cunho simbólico e estigmatizante.” (SUXBERGER, 2006 apud COELHO, 2012, p. 47)

Conforme assevera Coelho (2012, p. 48), a descrença no direito penal é consequência de sua utilização abusiva, com inserção de normas penais mesmo quando poderiam ser tratadas por outras áreas do direito, originando uma infinidade de legislações especiais, que acrescem o Código Penal de 1940.

Outro fator determinante para crise do Direito Penal diz respeito à função da pena, a retribuição, a prevenção geral e a prevenção especial. O caráter retributivo da pena diz respeito à imposição de um mal, como forma de reparação de outro mal. Não se fala em finalidade social, cabe à pena a difícil tarefa de realizar Justiça, de compensar a culpa do autor.

O discurso retributivo recebe várias críticas dos adeptos das teorias relativas ou preventivas da pena. Pare estes a função da pena não é retribuir o mal acometido, e sim prevenir a sua prática. A pena deve ser imposta com o condão de evitar que o autor volte a delinquir. Esse discurso preventivo se divide em prevenção geral e prevenção especial.

A prevenção especial diz respeito diretamente ao indivíduo apenado, de modo que ele não volte a delinquir. Por meio de trabalhos da equipe do estabelecimento penitenciário o autor atinge a ressocialização (prevenção especial positiva), e, além disso, enquanto cumprindo a pena, está neutralizado, passo que impossibilitado de cometer novos delitos (prevenção especial negativa).

Essa corrente também foi duramente criticada, uma vez que a almejada ressocialização do preso não tem sido atingida. Além disso, como bem ressaltou Coelho (2012, p. 50), respeitada a autonomia do preso, todos os direitos não atingidos pela sanção merecem ser protegidos de modo que os programas de ressocialização devem ser individuais e voluntários.

A prevenção geral, por sua vez, visa atingir a coletividade, de modo que a sanção penal atue como uma ameaça. Ao operar de forma negativa, pretende-se que a existência de uma punição grave desestimule a delinquência. A principal crítica a essa função é a sua inocuidade, uma vez que muito mais que a gravidade da pena aplicada, a certeza da aplicação da pena que possui esse caráter intimidador. Em sua vertente positiva, a



prevenção geral pretende restaurar a expectativa da sociedade na norma penal. Nos dois casos, a ideia é de que a punição conduz a uma situação de segurança, que auxilia o controle social.

Ocorre que a prevenção geral somente reforça o simbolismo da lei penal. Isso porque pretende transformar a lei penal em um ícone, que influencia a psicologia do cidadão, sem dar uma solução efetiva ao problema da criminalidade.

Nesse sentido, observa que a veiculação de normas penais em branco é marca de um direito penal moderno que se propõe aberto, a fim de lidar com os problemas hodiernos. Examinando especificamente tal questão, Pablo Rodrigo Aflen da Silva observa uma correlação entre sociedade de riscos, direito penal moderno, normas penais em branco e direito penal simbólico.

“Trata-se, tal modernização, assim, de fato, em uma flexibilização da taxatividade e do tipo penal como mandato de certeza, de sorte que a legislação se afigura simbólica: carente de certeza quanto ao que efetivamente se quer proibir e dotada de efeitos simbólicos”. (SILVA, 2004, P. 118)

Os poderes, a fim de se manter, costumam buscar agradar a opinião pública, ao revés de solucionar, efetivamente, os problemas. Assim, se observa que as emergências são muitas vezes alimentadas pelo medo, ocasionando a expansão do direito penal, que nem sempre é eficiente para tutelar as novas necessidades que se lhe impõem, razão pela qual se apresenta meramente simbólico, até que haja uma nova necessidade e uma nova emergência, quando o clamor, movido pelo medo, fará exsurgir mais uma manifestação de direito penal simbólico.

Trata-se de uma espiral político-criminal muito criticada na doutrina, mas que não é revista ou abandonada, razão pela qual Maurício Zanoide de Moraes comenta que:

“por sua própria inaptidão, o direito penal não se mostra capaz de punir eficazmente e tutelar as situações que se lhe apresentam, sobretudo quanto utilizado como *prima ratio*, ou seja, como primeira frente de coerção em relação a determinadas condutas, o que o torna simbólico.

Assim, o Estado perde o mais severo e invasivo meio de coerção de que pode ser valer, tanto sob o aspecto da eficácia, tocante à sua aplicabilidade concreta e seu potencial para resolver os problemas que se apresentam, quanto da legitimidade, é dizer, de sua fundamentação e compatibilidade com o Estado Democrático de Direito.

Surgem, assim, decisões jurisdicionais que serão, alternativamente, ineficazes, gerando a sensação de impunidade, ou desproporcionais, gerando a sensação de injustiça, concluindo o autor que: — o direito penal simbólico sempre conduz a este triste e indefectível binômio impunidade-injustiça”. (MORAES, 2001, p. 189/190)

É nesse campo que o direito penal passa por processo denominado de administrativização, em razão de o Estado cada vez mais dele se valer para proteger sua própria atividade ou tutelar sua própria incapacidade de atender os fins para os quais se propõe, seja através de sua expansão ou do recrudescimento do direito administrativo.

Por tais razões, e conforme acrescenta Roxin, o direito penal é a seara sobre a qual pendem questionamentos quanto à possibilidade de que exista ou continue perenemente a existir. Nesse sentido, afirma em passagem:

“É verdade que o direito penal certamente é uma instituição social muito importante. Ele assegura a paz infra-estatal e uma distribuição de bens minimamente justa. Com isso garante ao indivíduo os pressupostos para o livre desenvolvimento de sua personalidade, o que se compreende entre as tarefas essenciais do estado social de direito.

Mas enquanto outras conquistas culturais, como a literatura, as artes plásticas e a música, bem como numerosas ciências, desde a arqueologia, passando pela medicina, até a pesquisa pela paz (friedensforschung), são valiosas em si mesmas e mal necessitam de uma justificação, de modo que todos se engajariam alegremente pelo seu futuro, no caso do direito penal a situação é distinta. Também aquele que deseja e profetiza um longo futuro para o direito penal terá de conceder que a justiça criminal é um mal talvez necessário e que, por isso, deve ser promovida – mas que continua sendo um mal” (ROXIN, 2008, p. 1/2).

Tais garantias, inclusive, são o eixo condutor da preocupação com o espraiar do direito penal identificado por Zaffaroni e Nilo Batista (2003, p. 15), quando apresenta sua crítica concernente ao surgimento de sistemas penais paralelos. Isso porque observar que outras áreas vêm recrudescendo seu tratamento, é observar, no mais das vezes, que para se esquivar das garantias do direito penal, o legislador se vale de outros campos para apenar.

Mas o direito penal, como leciona Ferrajoli, é garantia aos acusados perante o arbítrio estatal e até social. Ferrajoli, assim, observa:

“que o fim do direito penal faria surgir outras manifestações punitivas, talvez até mais duras, sem que sejam mantidas as mesmas garantias atinentes à seara construídas ao longo dos anos, sobretudo após o período do iluminismo, de sorte que o direito penal é garantia tanto para o ofendido, quanto para o acusado. (FERRAJOLI, 2002, p. 267)

Este processo é descrito por Silva Sánchez, para quem, o direito penal passa a assumir, também, o papel de gestor de riscos, havendo um afastamento do fundamento de proteção a um bem jurídico penal, até chegar a sanções que derivam do só fato de haver uma violação da norma, a administrativa.

Nesse sentido, é que identifica Silva Sánchez que:

“o afastamento da teoria do bem jurídico-penal passa por quatro fases, através das quais se observa que o direito deixa de sancionar situações de lesões a bens jurídicos, para então ser exercitado mediante procedimentos de inspeção, que podem ser rotineiros e despossuídos de filtros de legitimidade. Na primeira delas a pretensão de obstar a ocorrência de comportamentos lesivos, cede espaço à construção de tipos concretamente perigosos ou até abstratamente perigosos. Na segunda delas, a lesão é inserida em um contexto típico, dentro dos quais poderiam ocorrer os comportamentos lesivos ou arriscados (abstrata e concretamente), contextos estes que, como se verá, se busca evitar mediante homenagem aos sistemas de compliance. Na terceira das fases, são estabelecidos indícios das situações arriscadas, indicadores que surgem como pressupostos de aplicação de sanções administrativas nas situações em que não há nem ao menos uma situação de perigo real, o que, aliás, ocorre quando sancionadas as instituições que não comunicam movimentações atípicas, a teor do art. 2º, da Lei 12.683/2012 (nova Lei de Lavagem). Na quarta fase, descrita por Silva Sánchez, sem nem ao menos haver qualquer suspeita de ocorrência dos indicadores existentes na primeira fase, são realizados procedimentos administrativos de inspeção.” (SANCHÉZ, p. 166-167.)

Surgem, assim, as normas de perigo abstrato, normas penais em branco, o que desnatura o direito penal quanto à exigência de lesividade e de taxatividade. As normas penais em branco, em geral complementadas pela Administração Pública, permitem

adaptações rápidas à fluidez dos conceitos das novas necessidades, bem como às necessidades emergentes da Administração.

Os crimes de perigo abstrato são marca da sociedade de riscos e da incapacidade de gestão pela Administração de certas atividades, de sorte que surgem proibições a condutas que não representam, a priori, lesões a bens jurídicos ou até riscos reais. Proíbem-se, assim, as atividades arriscadas e não a criação do risco concreto.

É certo que delas derivam as ideias, ulteriormente examinadas, de direito de intervenção e direito penal de segunda velocidade, segundo os quais, para as novas necessidades e para a tutela dos riscos deve ser engendrado uma seara diferenciada ou um direito penal diferenciado, em que não há possibilidade de imposição da pena de prisão, como também são diminuídas as garantias aos acusados.<sup>9</sup>

Nessa trilha, observa-se uma crise do direito penal, de base liberal, que passa a ser um instrumento de controle de macroproblemas sociais ou estatais, veiculando punições à criação de perigos e não lesões a bens jurídicos, tendo por finalidade prevenir situações problemáticas e não mais à proteção desses bens, ocasionando a ruptura entre o que Hassemer denomina de direito penal clássico e o direito penal moderno.

## **5. DIREITO PENAL DE SEGUNDA VELOCIDADE DE SILVA SÁNCHEZ**

O debate firmado a respeito da expansão do Direito penal levou diversos doutrinadores à propositura de eventuais alternativas ao crescimento desordenado deste ramo do Direito.

Jesús-Maria Silva Sánchez é o desenvolvedor da chamada “Teoria das Velocidades do Direito Penal”. Em sua obra “A expansão do Direito penal” o autor apresenta uma abordagem sociológica do tema, indicando ainda, uma visão política no que diz respeito aos motivos da expansão, com a criação de uma subárea do próprio Direito penal, o Direito penal de segunda velocidade.

Logo de início, o autor pontua que existe a possibilidade de expansão razoável do Direito penal, sem descaracterizá-lo como tal. Afirma, porém, que a atual expansão é desmedida.

---

<sup>9</sup> Sabe-se que, no particular, diversos autores defendem a adaptação do direito penal às novas necessidades, defendendo, assim, sua modernização. Demais disso, criticam as teorias ora mencionadas, entendendo que elas propugnam um direito penal apenas para classes desfavorecidas. As teorias referidas e as críticas concernentes serão analisadas ulteriormente.

“O que importa ressaltar neste ponto é apenas que, seguramente, há um espaço de expansão razoável do direito penal. Embora com a mesma convicção próxima a certeza deve-se afirmar que também existem importantes manifestações de expansão irracional.” (SÁNCHEZ, 2001, p. 26)

A proposta do autor pauta-se na necessidade de haver ritmos de responsabilização criminal diferentes para cada velocidade de direito penal. Essa escala de ritmos consistiria na possibilidade de flexibilização de garantias, com conseqüente abrandamento das penas.

Haveria, portanto, na hipótese, um núcleo rígido do Direito penal no qual as garantias constitucionais são preservadas e há uma maior formalidade procedimental. Para aqueles tipos constantes desse núcleo persistiria a ameaça da pena privativa de liberdade.

Fora desse núcleo rígido, a segunda velocidade trataria das infrações penais que, em virtude da sua natureza, não se enquadram nas penas privativas de liberdade, havendo substituição por penas restritivas de direito ou pecuniárias. São infrações que não atingem bens jurídicos mais importantes, os tipos penais contemporâneos. A grande maioria dessas condutas é de difícil comprovação, e, por essa razão, deveria ser retirado o rigor das regras de investigação, com maior flexibilidade do processo acusatório.

“Por um lado, certamente, admitir as penas não privativas de liberdade, como mal menor, dadas as circunstâncias, no que diz respeito às infrações em que se tenha flexibilizado os pressupostos de atribuição de responsabilidade. Mas acima de tudo, exigir que onde se impõe penas de prisão, especialmente penas de prisão de grande duração, se mantenha todo o rigor dos pressupostos clássicos de imputação de responsabilidade.” (SÁNCHEZ, 2001, p. 157)

Em suma, é proposta uma restrição do Direito penal a um núcleo de condutas as quais estão reservadas as penas privativas de liberdade. Em contrapartida, a um outro grupo, a flexibilização das garantias constitucionais e processuais são compensadas pela exclusão das penas privativas de liberdade.

Observe-se que Silva Sánchez não se preocupa propriamente com a expansão do Direito penal, e sim com a expansão do Direito penal cominador de pena privativa de liberdade. Pelo que propõe que as condutas pertencentes ao Direito penal de segunda velocidade devem ser tratadas como matéria penal, seguindo as regras do processo penal,

aplicadas por um juiz de direito. Isso porque, segundo ele, o processo penal possui um potencial estigmatizante que funciona melhor como estratégia de prevenção geral.

Para efetivar sua teoria, Sánchez propõe fragmentar a teoria do delito, modificando princípios do Direito penal, isso facilitaria o manejo das garantias e técnicas de aplicação dos tipos penais pelo aplicador, ao perseguir a criminalidade contemporânea. Hassemer, ao contrário, tem a intenção de proteger as estruturas da teoria geral do Direito penal, e, por essa razão, exclui de sua tutela as ações de difícil tratamento dentro do sistema penal tradicional.

## **6. DIREITO DE INTERVENÇÃO DE HASSEMER**

Os membros da “Escola de Frankfurt” são identificados pela preocupação demonstrada em relação ao Direito penal contemporâneo, afirmando que esse Direito penal, fruto da expansão, afrontaria diversos princípios do Estado Democrático de Direito, bem como pela busca de alternativas reducionistas para o controle da criminalidade.

Winfried Hassemer é um dos principais representantes desta escola e, com objetivo de combater a extensão da tutela penal aos novos perigos decorrentes da sociedade de risco, pretende o surgimento de outro ramo jurídico, o Direito de Intervenção. Assim afirmou em uma conferência do IBCCRIM, em 1993:

“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.”  
(HASSEMER, 1994, p.49)

A proposta do autor alemão consiste na redução das ramificações do Direito penal, com a conseqüente descriminalização de condutas, de modo que apenas aquelas que ofereçam lesão, perigo concreto, ou perigo de ofensa evidente, de excepcional gravidade, a bens jurídicos individuais sejam passíveis da tutela penal.

O Direito de Intervenção, ramo novo, tutelaria bens jurídicos supraindividuais em face dos novos riscos tecnológicos. Seria um modelo processual mais flexível no que tange as regras e garantias processuais, de modo a tornar a investigação mais eficiente.

Para compensar a limitação de direitos sofrida com a flexibilização de garantias, esse ramo novo do Direito não poderia impor ao condenado penas restritivas de liberdade. Como bem elucidou Ana Carolina Carlos de Oliveira:

“Esse direito estaria situado “entre o Direito penal e o administrativo, entre o Direito civil e o Direito público”, com regras e garantias processuais mais flexíveis, com vistas a tornar a investigação mais eficiente, desde que, em contrapartida, deixe-se de prever penas restritivas de liberdade, equilibrando-se garantias com consequências penais.” (OLIVEIRA, 2012, p. 46)

O direito de intervenção visa proteger bens jurídicos coletivos através de mecanismos de prevenção. Para tanto, o Direito penal se restringe a um núcleo duro, e o Direito de intervenção as condutas menos gravosas, motivo pelo qual Hassemer pontua que não haveria necessidade de impor penas privativas de liberdade.

A maior preocupação do doutrinador alemão é o discurso de direito penal mínimo, obrigatório em um Estado Democrático de Direito. O Direito de Intervenção permite a responsabilização coletiva, com cominação de sanções rigorosas economicamente, já que o principal objetivo de Hassemer é que o Direito penal tutele apenas os tipos tradicionais, de modo a assegurar os princípios constitucionais, desenvolvidos ao longo dos tempos pela teoria do delito.

## **7. CONCLUSÃO**

Os processos de evolução econômica, política, cultural e científica produzem novas formas de entender a vida e, a partir disso, comportar-se. Isso conduz à rediscussão sobre a capacidade do Direito Penal tradicional responder a conceitos sociais tão complexos.

Surge, assim, a proposta de conceder uma nova feição ao Direito Penal, aprimorando-o, para adequá-lo às necessidades sociais incipientes. Intensifica-se o uso de flexibilização do nexos causal, responsabilização da pessoa jurídica, o uso de leis penais em branco, delitos cumulativos, bens jurídicos supraindividuais, visando à maior eficácia possível na luta contra a delinquência e contra criminalidade.

Com isso, surge a função simbólica do Direito Penal, impulsionada por interesses políticos, que encontra amplo respaldo nos meios de comunicação e atende aos anseios populares imediatos. O efeito promocional é imediato.

É evidente que o Direito Penal clássico não consegue reagir correta e totalmente aos desafios impostos pela pós-modernidade, já que carece de informações suficientes sobre o efeito preventivo de suas disposições, exige a imputação do injusto a pessoas físicas individuais e requer uma prova precisa do nexos causal entre a ação e o dano. Entretanto, quais os limites da legitimidade de intervenção deste Direito Penal moderno?

A crise estrutural do sistema punitivo para lidar com as novas demandas da sociedade de risco se reflete na crise de legitimação do Direito Penal e a consequente violação de princípios e garantias penais de índole liberal.

A função precípua do Direito Penal seria a tutela de bens jurídicos fundamentais. Ocorre que o aumento da criminalidade, principalmente em face de sua transnacionalização e organização, pode lesar tanto os indivíduos, quanto os Estados e suas instituições.

A partir dessa constatação, surgem duas tendências criminológicas diametralmente opostas: a expansão do Direito Penal, com o surgimento de uma subárea chamada direito penal de segunda velocidade, e como segunda tendência, a criação de um novo ramo do Direito, o Direito da Intervenção.

Pretendem legitimar a intervenção penal em novos âmbitos da atividade social ou intentam reduzir sua ingerência ao tradicional e inafastável núcleo antropológico do Direito Penal clássico. Engana-se, contudo, quem pensa de antemão que essas propostas são absolutamente incompatíveis entre si. Antes disso, elas se complementam, numa relação de interdependência, em que ora uma política de intervenção máxima necessita da crítica de uma intervenção mínima para reduzir seus excessos; ora uma política minimalista necessita da intervenção repressora para manter um discurso coerente com a realidade social concreta.

Sendo assim, essas tendências, ainda insuficientemente amadurecidas, não estão aptas a oferecer respostas desejáveis, mas tem um aspecto positivo no cenário de crise sistêmica vivenciada pela disciplina: a exigência de reflexões e alterações de conceitos outrora tidos como inabaláveis.

Silva Sánchez propôs o Direito penal de segunda velocidade no intento de frear a expansão do Direito penal. Para ele, deveria haver um núcleo rígido onde as penas privativas de liberdade poderiam ser aplicadas, e uma subárea do Direito penal



com flexibilizações de garantias e regras processuais, onde a pena privativa de liberdade não poderia ser aplicada.

A teoria de Hassemer a respeito do Direito de Intervenção pretende restringir o Direito penal ao paradigma clássico, freando o processo expansionista. O direito de Intervenção não pertence ao Direito penal e afasta a pena de prisão, em contrapartida flexibiliza garantias e critérios de imputação.

Nesse artigo, propõe-se uma sistematização do Direito de Intervenção proposto por Hassemer, para uma aplicação prática no Brasil. Para tanto, se faz necessária a estruturação de um sistema preventivo, por meio de imposição de faltas, que se utilize da conciliação e mediação, e reconheça o esforço do autor para retornar ao status quo anterior ao delito. Tal sistema deve ser apto a prevenir e gerir os riscos, e contar com força sancionatória suficiente para influenciar na prevenção geral de infrações.

A sociedade de risco, e o simbolismo penal são determinantes ao processo expansionista do Direito penal brasileiro. Esse processo infla o ordenamento jurídico, causando uma conseqüente crise de legitimidade no sistema penal.

A teoria proposta por Hassemer se adéqua melhor que a de Silva Sánchez aos moldes de um Estado Democrático de Direito, uma vez que mantêm as características do Direito penal mínimo, e as garantias processuais do ordenamento penal.

Posto isso, concluiu-se que o Direito de Intervenção proposto por Hassemer, caso seja sistematizado, é meio hábil a uniformizar o conjunto sancionador fora do direito penal, inclusive absorvendo condutas penais que tutelam bens jurídicos de menor importância, crimes de perigo abstrato, e crimes com responsabilidade de pessoa jurídica.

Nesse sentido haveria um processo de redução do ordenamento jurídico-penal, com retorno ao modelo clássico, e respeito aos princípios do Direito penal como ultima ratio, da dignidade da pessoa humana, em consonância com um Estado Democrático de Direito.

## **REFERÊNCIA BIBLIOGRÁFICA**

BARATTA, Alessandro. Funções instrumentais e simbólicas do direito penal. Lineamentos de uma teoria do bem jurídico. In: Revista do IBCCrim, ano 2, 1994.

BECCARIA, Cesare. Dos delitos e das penas. 2. ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

BECK, Ulrich. La Sociedad Del Riesgo:hacia una nueva modernidad. Barcelona: Ediciones Paidós Ibérica S.A., 1998.

BECK, Ulrich; GIDDENS, Anthony; LASH, Scott. Modernização reflexiva: política, tradição e estética na ordem social moderna. São Paulo: UNESP, 1997.

BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de Direito Penal 1 – parte geral – 15ª Ed., São Paulo: Saraiva, 2010.

CARDOSO, Fernando Navarro. Infracción administrativ y delito: límites a la intervención del derecho penal. Madrid, Colex, 2001.

CARLOS DE OLIVEIRA, Ana Carolina. Direito de Intervenção e Direito administrativo sancionador: o pensamento de Hassemer e o Direito Penal Brasileiro. 2012. 256f. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito – USP, Departamento de Direito penal, Medicina Forense e Criminologia, São Paulo.

CARVALHO, Salo de. Observações sobre as disfunções do controle penal na sociedade contemporânea. In: Criminologia e Subjetividade. Rio de Janeiro: lúmen júris, 2005.

CHOUKR, Hassan Fauzi. Processo penal de emergência. Rio de Janeiro: Lúmen, 2002.

FERRAJOLI, Luigi. A pena em uma sociedade democrática. In: Discursos sediciosos crime, Direito e Sociedade. ano 7, n. 12, 2º semestre de 2002. Rio de Janeiro: Revan, 2002

\_\_\_\_\_. Direito e razão: teoria do garantismo penal. 3 ed. rev. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2002.

HASSEMER, Winfried. Direito Penal Libertário. Tradução de Regina Greve. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

\_\_\_\_\_. Características e crises do moderno direito penal. In: Revista de Estudos Criminais, Ano 2, 2003, n. 8, 54-66, PUC-RS.

LOBATO, José Danilo Tavares. O meio ambiente como bem jurídico e as dificuldades de sua tutela pelo Direito Penal. Revista Liberdades. São Paulo: IBCCRIM, nº 5, set.-dez. 2010.

MORAES, Maurício Zanóide. O problema da tipicidade nos crimes contra as relações de consumo. In: SALOMÃO, Heloísa Estelita (coordenadora). Direito penal empresarial. São Paulo: Dialética, 2001.

MUÑOZ CONDE, Francisco. De Nuevo Sobre el Derecho Penal del Enemigo. Buenos Aires: Hammurabi, 2005.

NETTO, Alamiro Velludo Salvador. Tipicidade penal e sociedade de risco. São Paulo, Quartier Latin, 2006.

NIETO GARCIA, Alejandro. Derecho Administrativo sancionador. Madrid: Tecnos, 2012.

NUCCI, Guilherme de Souza. Código Penal Comentado – 10ª Ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

NUNES, Rizzato. O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana. São Paulo: Saraiva, 2002.

OSÓRIO, Fábio Medina. Direito Administrativo sancionador e Direito Penal: Quais os Limites do ius puniendi estatal na repressão dos atos de improbidade administrativa. In: Revista Ibero Americana de Ciências Penais, vol. 1, nº 1, 2000.

PRADO, Luiz Regis. Curso de Direito Penal Brasileiro. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. v.2

ROXIN, Claus. Estudos de direito penal. 2 ed. Rio de Janeiro, Renovar, 2008

SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo - 36º Ed., São Paulo: Malheiros, 2013.

SÁNCHEZ, Jesus María Silva. A expansão do direito penal. 2 ed. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2011

\_\_\_\_\_. La Expansión del Derecho Penal - Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales. – 2ª ed., Madrid: Civitas, 2001.

SILVEIRA, Renato de Mello. Direito penal supra-individual: interesses difusos. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2003.

YAROCHEWSKY, Leonardo Isaac. Da reincidência criminal. Belo Horizonte: Mandamentos, 2005.

ZAFFARONI, Eugenio Raul. BATISTA, Nilo. SLOKAR, Alejandro. ALAGIA, Alejandro. Direito Penal Brasileiro: primeiro volume Teoria Geral do Direito Penal. Rio de Janeiro: Revan, 2003.