Ana Carolina Carlos de Oliveira

**DIREITO DE INTERVENÇÃO E DIREITO ADMINISTRATIVO
SANCIONADOR: O PENSAMENTO DE HASSEMER E O DIREITO
PENAL BRASILEIRO**

DISSERTAÇÃO DE MESTRADO

Orientador: Professor. Dr. Pierpaolo Cruz Bottini

FACULDADE DE DIREITO - USP

São Paulo - 2012

**DIREITO DE INTERVENÇÃO E DIREITO ADMINISTRATIVO
SANCIONADOR: O PENSAMENTO DE HASSEMER E O DIREITO PENAL
BRASILEIRO**

Dissertação sob orientação do Professor Dr. Pierpaolo Cruz Bottini, do Departamento de Direito Penal, Medicina Forense e Criminologia, da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, como requisito parcial à obtenção do título de Mestre em Direito. Esta dissertação teve o apoio da Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado de São Paulo – FAPESP.

FACULDADE DE DIREITO - USP

São Paulo - 2012

FOLHA DE APROVAÇÃO

Ana Carolina Carlos de Oliveira

**DIREITO DE INTERVENÇÃO E DIREITO ADMINISTRATIVO
SANCIONADOR: O PENSAMENTO DE HASSEMER E O DIREITO PENAL
BRASILEIRO**

Dissertação apresentada à Faculdade
de Direito para obtenção do título de
Mestre

Área de concentração: Direito penal

Aprovada em: _____

Banca Examinadora

Prof. (a) Dr. (a) _____

Instituição: _____

Prof. (a) Dr. (a) _____

Instituição: _____

Prof. (a) Dr. (a) _____

Instituição: _____

Para o Victor, por acreditar.

*À minha avó, Luzia Vessani,
mulher de incontáveis qualidades,
exemplo incansável de carinho e
perseverança.*

AGRADECIMENTOS

Agradeço profundamente à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, que me abriu as portas para um novo mundo, infindável, de conhecimento e crescimento pessoal. Universidade pública, em todos os sentidos. Agradeço a todos que fazem das Arcadas um lar.

À Universidade Pompeu Fabra e à Universidade de Barcelona, pela oportunidade e acolhimento.

Agradeço a todos que, de diferentes maneiras, fizeram parte desta trajetória, que me conduziram pelas mãos, me acompanharam desde cedo, ao longo da graduação, e durante a pós. Merecerão sempre meu afeto.

A todos, meus mais sinceros agradecimentos.

AGRADECIMENTOS	5
RESUMO	8
ABSTRACT	9
INTRODUÇÃO	10
OBJETO DE ESTUDO	10
JUSTIFICATIVA	11
METODOLOGIA.....	12
ESTRUTURA E CONTEÚDO	13
CAPÍTULO 1 - DIREITO DE INTERVENÇÃO	15
1.1 ESCOLA DE FRANKFURT E AS CRÍTICAS À EXPANSÃO DO DIREITO PENAL	15
1.2 DEBATE PRÉVIO: CLÁSSICO X MODERNO NO DIREITO PENAL.....	17
1.2.1 A expansão – ou não – como opção metodológica	17
1.2.2 Direito penal clássico e minimalismo penal.....	20
1.2.3 Críticas à ideia de Direito penal “clássico”	25
1.2.4 Direito penal moderno	27
1.2.5 Pontos em comum.....	30
1.3 FINALIDADE DO DIREITO PENAL PARA HASSEMER.....	32
1.3.1 Valores sociais e prevenção geral.....	33
1.3.2 Valores e garantia de expectativas	35
1.3.3 Tutela de bens jurídicos individuais.....	36
1.4 DIREITO DE INTERVENÇÃO	41
1.4.1 Contexto	41
1.4.2 Direito de intervenção	46
1.4.3 Normas de prevenção técnica	51
1.5 O QUE RESTARIA PARA O DIREITO PENAL?	55
1.6 NO MESMO SENTIDO: O DIREITO PENAL DE SEGUNDA VELOCIDADE.....	60
1.6.1 Características do Direito penal de duas velocidades	61
1.6.2 Problemas da proposta de Silva Sánchez	62
1.6.3 A área limítrofe dos sistemas repressivos	65
1.7 CRÍTICAS AO DIREITO DE INTERVENÇÃO.....	68
1.7.1 Direito penal de classes	68
1.7.2 Discurso de resistência à modernização.....	70
1.7.3 Direito penal como controle e reprovação social	71
1.7.4 Manutenção de um conjunto repressor amplo	73
1.7.5 Prevenção geral e Direito de intervenção.....	74
1.7.6 Indefinição de fronteiras	74
1.8 OUTRAS CRÍTICAS AO PENSAMENTO DE HASSEMER.....	76
1.8.1 Princípio de oportunidade no processo penal	76
1.8.2 Os bens jurídicos individuais.....	77
1.9 CONCLUSÕES PRELIMINARES	81
CAPÍTULO 2 - DIREITO PENAL E DIREITO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR.....	87
2.1 DIREITO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR.....	89
2.1.1 Algumas bases históricas do Direito administrativo sancionador.....	89
2.1.2 Características da sanção administrativa	92
2.1.3 Ausência de critérios definidores rígidos.....	94
2.2 DIREITO PENAL E DIREITO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR.....	99
2.2.1 Relevância do debate	101
2.2.2 Teorias diferenciadoras entre os injustos.....	102
2.2.3 Teoria unitária.....	106
2.2.4 Superada a tese de distinção entre o injusto administrativo e penal?.....	109
2.3 O PROCESSO DE DESPENALIZAÇÃO	118
2.3.1 Alemanha e Itália	119
2.3.2 Espanha	122
2.3.3 Contra-tendências atuais	124

2.4 GARANTIAS NO PROCEDIMENTO SANCIONATÓRIO	126
2.4.1 <i>Transposição de garantias e unidade do ius puniendi</i>	126
2.4.2 <i>Quais garantias?</i>	134
2.5 CONCLUSÕES PRELIMINARES	138
CAPÍTULO 3 – A EXPANSÃO PENAL PODE LEVAR AO DIREITO DE INTERVENÇÃO?	143
3.1 ESPAÇOS ATUAIS DE EXPANSÃO DO DIREITO PENAL: NÚMERO DE LEIS E TEORIA DO DELITO	143
3.2 A EXPANSÃO LEGISLATIVA NO BRASIL	145
3.2.1 <i>Áreas de pressão sobre o Direito penal</i>	156
3.2.2 <i>Alternativas à expansão</i>	159
3.2 A EXPANSÃO COMO DISPERSÃO DOS LIMITES DOGMÁTICOS	161
3.2.1 <i>Normativização</i>	164
3.2.2 <i>Prevenção de riscos</i>	168
3.2.3 <i>Posições de garantia</i>	170
3.2.4 <i>Ampliação de sujeitos puníveis</i>	172
3.3 FLEXIBILIZAÇÃO DOS PRINCÍPIOS DE INTERPRETAÇÃO DO DIREITO PENAL	178
3.3.1 <i>Princípio de proporcionalidade</i>	179
3.3.2 <i>Racionalidade administrativa</i>	180
3.3.3 <i>Processo penal</i>	182
3.4 CONCLUSÕES PRELIMINARES: O DIREITO DE INTERVENÇÃO É UM CAMINHO POSSÍVEL?	183
CAPÍTULO 4 - DIREITO DE INTERVENÇÃO E AS SANÇÕES ADMINISTRATIVAS	186
4.1 SEVERIDADE DAS SANÇÕES ADMINISTRATIVAS: EXEMPLOS PRÁTICOS	186
4.1.1 <i>Metodologia</i>	186
4.2 LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA (Nº 8.429/1992)	189
4.2.1 <i>Disposição constitucional e sua natureza jurídica</i>	190
4.2.2 <i>A Lei de improbidade</i>	191
4.2.3 <i>As disposições da Lei de Improbidade e sua confrontação com o Código Penal</i>	193
4.2.4 <i>A legislação nacional e espaço intermediário de Hassemer</i>	200
4.2.5 <i>Demais legislações especiais</i>	201
4.3 COMBATE À LAVAGEM DE DINHEIRO	202
4.3.1 <i>Lei nº 9.613/98</i>	203
4.3.2 <i>Sanções administrativas</i>	205
4.3.3 <i>Cotejo com a sanção penal</i>	207
4.3.4 <i>Desproporcionalidade entre as previsões em abstrato</i>	208
4.3.5 <i>Prevenção técnica</i>	210
4.4 CASO SIEMENS	214
4.5 CONCLUSÕES PRELIMINARES	222
CAPÍTULO 5 - DIREITO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR COMO DIREITO DE INTERVENÇÃO	225
5.1 EXPANSÃO DO DIREITO PENAL E DO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR	225
5.2 O DIREITO DE INTERVENÇÃO COMO ALTERNATIVA	228
5.6 DIREITO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR COMO DIREITO DE INTERVENÇÃO	231
5.4 CONTRAPOSIÇÃO DE CRÍTICAS: DO DIREITO DE INTERVENÇÃO AO DIREITO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR ..	234
5.4 EXCURSO - JUSTIFICATIVA À ESCOLHA PELO DIREITO DE INTERVENÇÃO: A PENA DE PRISÃO	237
CONCLUSÃO	241
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	243

RESUMO

CARLOS DE OLIVEIRA, Ana Carolina. **Direito de intervenção e Direito administrativo sancionador: o pensamento de Hassemer e o Direito penal brasileiro.** São Paulo, 2012. Dissertação. Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011

Esta pesquisa tem como hipótese o fato de que a atuação do Direito administrativo sancionador contemporâneo no Brasil aproxima este ramo da realização do Direito de intervenção. Esta aproximação é interessante por permitir visualizar o Direito de intervenção, enquanto alternativa para conter o processo de expansão do Direito penal, como caminho possível a ser seguido no país. Para isso, a proposta de Hassemer é problematizada em muitas de suas facetas. Assim, considerou-se a zona intermediária entre os Direitos penal e administrativo sancionador para delimitar esta possível experiência prática do Direito de intervenção. Esta zona intermediária caracteriza-se pelo movimento de expansão do Direito penal – marcado pela flexibilização de regras de imputação, e ampliação do número de leis penais e de sujeitos puníveis, incorporando lógicas preventivas características do Direito administrativo sancionador – e pelo processo de agravamento das sanções administrativas, que provoca a intersecção de áreas, com a consequência da dupla previsão sancionadora para a mesma conduta. Duas leis e um caso práticos são trazidos para exemplificar este movimento.

Palavras chave: Direito de intervenção, expansão do Direito penal, Direito administrativo sancionador, despenalização, Direito penal de segunda velocidade.

ABSTRACT

CARLOS DE OLIVEIRA, Ana Carolina. Law of interventions and sanctioning administrative Law: the thought of Winfried Hassemer and the Brazilian criminal Law.

This research has as its hypothesis the fact that the manifestations of sanctioning administrative law in Brazil are begetting the real implementation of the law of interventions. The relevance of this question is our aim to frame the law of interventions as a concrete alternative against the process of expansion of criminal law going on nowadays. To do that, the proposal of Hassemer is taken in its various dimensions. I considered an intermediary zone between criminal law and sanctioning administrative law as the space of this hypothetical implementation of the law of interventions. This intermediary zone is characterized by the expansionist movement of criminal law – marked by the flexibilization of accountability rules, growing number of new laws and offenders liable for punishment, incorporating a preventive logic that belongs to the sanctioning administrative law – and by the harshening of the process of administrative sanctions. This intersection between areas causes the double repression and sanctioning of the same action. Two laws and one case study are brought to fore to be used as examples of this movement, and the real implementation of the law of interventions.

Key words: Law of interventions, expansion of criminal law, Administrative sanctioning law, decriminalization, second speed criminal law.

INTRODUÇÃO

“Discutamos, pues, de problemas y no de palabras”. (SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación al derecho penal*, 2010, p. 60.)

Objeto de estudo

As teses sobre a expansão do Direito penal serão nosso principal foco de estudos, com especial ênfase nas alternativas propostas por Hassemer e Silva Sánchez, para trasladar determinado grupo de condutas, atualmente penais, e que tutelam bens jurídicos não essenciais, a uma subárea do direito. Para Silva Sánchez, esta subárea está ainda incluída no Direito penal, mas se desenvolve em uma “segunda velocidade”, enquanto para Hassemer, se trataria já da criação de uma outra área completamente distinta das existentes, que denomina *Direito de intervenção*, cujo esclarecimento constitui o principal alvo desta pesquisa.

A reformatação avançada Hassemer põe em questão as fronteiras entre Direito penal, e as sanções e métodos de investigação próprios do Direito administrativo sancionador, de maneira que um dos objetivos centrais deste trabalho será investigar o grau de aproximação e entrelaçamento entre as duas áreas, tendo como referência a formulação abstrata do “Direito de intervenção”.

Assim, a hipótese desenvolvida ao longo destas páginas é de que, no contexto de expansão do Direito penal, os limites inferiores do Direito penal e superiores do Direito administrativo sancionador – em termos da gravidade das respectivas sanções – se aproximam demasiado, chegando por vezes a confundir-se, de modo que pode-se argumentar que algumas regulações impostas por este último ramo aproximem-se de uma realização empírica da proposta de Hassemer. Em outras palavras, de que o Direito de Intervenção já estaria sendo, de alguma maneira, implementado por via das sanções administrativas.

Assim, as sanções impostas pelo Direito administrativo serão analisadas nesta pesquisa como uma extensão do Direito penal, em sua vertente menos nuclear, quando abrange fenômenos recentemente incorporados à norma penal, como a proteção de bens jurídicos coletivos, a responsabilidade de pessoas jurídicas, ou a previsão de penas de multa ou privativas de liberdade de curta duração.

Justificativa

Em um contexto de expansão do Direito penal, a coexistência de normas penais e administrativo-sancionadoras torna fluida a delimitação das fronteiras entre as áreas penal e administrativa, e demanda uma análise mais detida sobre a existência de pontos de contato relevantes entre o Direito penal fruto de um movimento expansionista, e um Direito administrativo sancionador com procedimentos cada vez mais complexos, valendo-se de algumas formulações de parte geral provenientes da dogmática criminal.¹

A aproximação entre as áreas penal e administrativa expõe o problema das possibilidades de expansão do Direito penal, a fim de indicar que a opção pelas sanções administrativas ou penais para regular uma conduta depende de uma escolha preliminar, acerca do que se espera do Direito penal: um conjunto de normas restrito aos bens jurídicos individuais, ou um direito passível de abarcar novas condutas, e de se transformar internamente a fim de permitir a inclusão destas nos seus institutos de Parte Geral.

A discussão a que nos referimos, em nosso ponto de vista, deve ser colocada como ponto de partida para a interpretação de sanções administrativas e, nesse sentido, este trabalho busca, além de apresentar argumentos de natureza dogmática, refletir sobre as teses de expansão do Direito penal com o objetivo de interpretar a difícil delimitação entre os Direitos penal e administrativo sancionador contemporâneos.

¹ “el proceso de expansión provoca la yuxtaposición de las funciones preventivas del Derecho penal y del Derecho sancionador en general, pasando a ser muy difícil establecer diferenciaciones teóricas entre el Derecho penal y otras ramas del ordenamiento jurídico, especialmente el Derecho administrativo sancionador y el Derecho policial de prevención de peligros, encontrándonos desde hace algún tiempo en un proceso progresivo de difuminación de fronteras”. FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo. Sobre la “administrativización” del derecho penal en la “sociedad der riesgo”. In: *Derecho y justicia penal en el siglo XXI*. Barcelona: Colex, 2006, p. 138.

Metodologia

O presente trabalho delimita-se pelo debate apresentado pelos autores que situam a existência de um núcleo duro do Direito penal, e propõe alternativas que permitam a ampliação das condutas puníveis, desde que ausente a possibilidade de imposição de penas restritivas de liberdade.

A alternativa elaborada por Hassemer para refrear a expansão do Direito penal informará o recorte metodológico desta pesquisa, de maneira que seu pensamento e construções dogmáticas referentes à função do Direito penal serão levadas em conta somente na medida em que esclareçam sua formulação do Direito de Intervenção. Os estudos de Silva Sánchez serão o principal referencial de apoio, na medida em que aprofunda a discussão inaugurada por Hassemer sobre estratégias de delimitação do Direito penal.

Assim, não visamos aqui a análise das obras dos mencionados autores (concordando ou discordando dos mesmos), mas, sim, pensar sobre o *problema* tratado por eles. Tendo em vista este objetivo, a referência às suas teorias tem o condão de discutir as questões que permeiam as possibilidades de expansão do Direito penal, a fim de contribuir com uma reflexão sobre o contexto brasileiro.

Cabe ressaltar, ainda, que não nos propomos a analisar exaustivamente toda a legislação administrativa sancionadora – o que seria inabarcável para os fins deste trabalho – mas sim escolher, dentre um amplo rol de sanções graves estabelecidas pelo legislador, algumas leis que representem, ilustrativamente, a hipótese desta pesquisa. Nesse sentido, visamos uma abordagem qualitativa, e não quantitativa dos institutos legais analisados.

Isto porque trabalhamos com a hipótese de que o Direito administrativo sancionador aproxima-se do Direito de intervenção. Sendo assim, a investigação empírica exaustiva está desde logo limitada pelo próprio objeto de análise.

As normas selecionadas para esta análise foram: Lei de improbidade administrativa (nº 8.429/1992); e a Lei de combate à lavagem de dinheiro, nº 9.613/98 (com as recentes alterações da Lei nº 12.683/12), com breves referências a leis neste sentido, como a Lei nº 12.529/11, a Lei do “super CADE”.

A escolha destas leis justifica-se pela severidade das sanções impostas pela autoridade administrativa e pela coordenação entre sanções penais e administrativas para a consecução de seus fins.

Também a título de exemplo, discutiremos a cumulação de sanções administrativas e penais impostas à Siemens², no caso de corrupção julgado concomitantemente na Alemanha e Estados Unidos. O estudo do caso será realizado com base nos dados disponibilizados pela imprensa.

Estrutura e conteúdo

O primeiro capítulo apresenta as teorias elaboradas por Hassemer (e, subsidiariamente, por Silva Sánchez) para fazer frente ao fenômeno contemporâneo de expansão do Direito penal. Buscamos abarcar as origens e o contexto desta discussão, que remonta ao conjunto de autores da Escola de Frankfurt penal, junto ao debate sobre as possibilidades de modernização do Direito penal ou volta ao Direito penal clássico. As considerações deste capítulo reúnem também as características do Direito de intervenção, bem como as inúmeras críticas formuladas contra esta proposta.

Analizamos, em seguida, os possíveis pontos de contato entre o Direito penal e administrativo sancionador, a fim de identificar onde, através da aplicação contemporânea de sanções administrativas, este último ramo se aproxima da formulação de um Direito penal intermediário, “de intervenção”, conforme proposto por Hassemer.

No capítulo terceiro, buscamos evidenciar como o cenário de expansão descrito pelos autores impacta a criação de leis penais e a teoria do delito, a fim de demonstrar a profundidade de tais transformações e a relevância de uma análise mais detida deste tema. Também iniciamos os paralelos de algumas modificações do Direito penal com regras tradicionalmente administrativas para imposição de sanção.

Por fim, apontaremos como a expansão das fronteiras do Direito penal – com as consequências que traz este fenômeno – somada à intensa regulação e imposição de

² Disponível em <http://www.steptoe.com/assets/htmldocuments/DOJSentencingMemorandum.PDF>. Acesso em 11.07.2012.

sanções pela autoridade administrativa, permitem identificar uma zona cinzenta na qual uma conduta pode ser regulada por qualquer dos dois ordenamentos sancionadores.

CAPÍTULO1 -DIREITO DE INTERVENÇÃO

1.1 Escola de Frankfurt e as críticas à expansão do Direito penal

Para compreendermos a alternativa proposta por Hassemer (o “Direito de intervenção”) para preservar o Direito penal do processo de expansão que vem sofrendo nas últimas décadas, é necessário inseri-la na concepção do autor – em concordância com outros teóricos da chamada “Escola de Frankfurt” – acerca do que deve ser o Direito penal, qual devem ser suas funções e limites.

Os autores do Instituto de Ciências Criminais da Universidade de Frankfurt ganharam notoriedade por partilhar uma perspectiva crítica em relação ao Direito penal vigente, baseada em princípios de Direito penal mínimo. Ainda que se afirme que cada um deles (Naucke, Lüderssen, Albrecht, Prittwitz) tenha perspectivas diferentes sobre a teoria da pena, o abolicionismo penal etc. e que, de maneira geral, sejam refratários ao rótulo de “Escola”, o teor comum das críticas ao Direito penal que desenvolvem permite esta identificação, em expressão atribuída a Schünemann, que fez tradição no âmbito acadêmico³.

Para os autores da “Escola de Frankfurt”, cuja posição se apresenta de maneira condensada na obra coletiva “La insostenible situación del Derecho Penal”⁴, o Direito penal contemporâneo afrontaria de múltiplas maneiras os princípios do Estado de Democrático de Direito. Também as estruturas clássicas do Direito penal seriam comprometidas, por conta da sua utilização como um mecanismo de direcionamento social somado à limitação dos bens jurídicos passíveis de tutela.

A sociedade moderna, com a proliferação de diferentes fontes de riscos, seria responsável pela desnaturalização do Direito penal, fruto da tentativa de adequá-lo a

³ DIAS, Jorge Figueiredo. O papel do Direito penal na proteção de gerações futuras. In: Vv. Aa. *Direito penal econômico europeu: textos doutrinários*. Coimbra: Coimbra Editora, 1998, p. 605.

⁴ Em edição de 1995, traduzida pelo corpo docente da Universidade Pompeu Fabra – Barcelona em 1999.

condição civilizatória atual e de viabilizar o controle de atividades perigosas, mitigando as fronteiras entre a natureza repressiva e reativa do Direito penal⁵.

Conforme ressalta Bottini, a Escola de Frankfurt define-se como um conjunto de teses a defender a limitação do Direito penal exclusivamente para as condutas violadoras dos bens jurídicos mais essenciais ao convívio social, e que compartilham da interpretação de que as tendências expansivas do Direito penal contemporâneo representam um Direito de “contra-ilustração”⁶.

A “Escola de Frankfurt” identifica-se, portanto, pelos seus elementos críticos ao Direito penal atual, e pela tentativa de encontrar novas alternativas para o controle da criminalidade, com tendências abolicionistas mais ou menos radicais. São especialmente refratários à tutela penal da ordem econômica, como ressalta Souza, identificando o Direito penal econômico como um aspecto do expansionismo penal das últimas décadas.⁷

Os autores desta escola, em diferentes especialidades (criminologia, teoria do Direito penal, Processo penal), buscaram desenvolver uma teoria sociológica do Direito penal, adotando uma metodologia empírica e, no que se refere à teoria da pena, uma perspectiva mais voltada para as consequências.⁸

Albrecht, por exemplo, identifica como principais causas que influenciaram a reforma da legislação penal, sobretudo elementos da realidade social vista de forma ampla. O Direito penal contemporâneo seria o produto de um contexto de retração da responsabilidade política por meio da redução de situações sociais problemáticas a problemas individuais, contexto caracterizado ainda pela quebra de laços de solidariedade comunitários, a profunda desigualdade de renda e riqueza em todo o mundo, as situações

⁵ FEIJOO SANCHEZ, Bernardo. Sobre la administrativización del derecho penal en la sociedad de riesgos. In: VILLAREJO, J. Díaz-Maroto (Org.). *Derecho y justicia penal en el siglo XXI*. Madrid: Colex, 2006, p. 148.

⁶ BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Crimes de perigo abstrato e princípio de precaução na sociedade do risco*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 99.

⁷ SOUZA, Luciano Anderson de. *Direito penal econômico: fundamentos, limites e alternativas*. São Paulo: Quartier Latin, 2012, p. 129.

⁸ FEIJOO SANCHEZ, Bernardo. *Retribución y prevención general*. Montevideo: B de F, 2008, p. 362.

políticas conflituosas que levam à criminalidade violenta e ao terrorismo, e o desenvolvimento técnico e científico que acarreta riscos incalculáveis⁹.

As propostas críticas frente às tendências atuais do Direito penal possuem natureza diversa, com variações na síntese de cada representante da “Escola”, mas tem como elemento teórico comum a resistência às alterações legislativas e dogmáticas de cunho expansivo que conformam os sistemas penais contemporâneos. Alguns autores destacam-se por uma perspectiva abolicionista, em especial Lüderssen e Albrecht, que postulam propostas de controle social que apontam para além dos conceitos de crime e pena. Outros, como Hassemer, Naucke, Prittwitz, não chegam a sustentar o abolicionismo, mas defendem em conjunto teses reducionistas ou minimalistas do Direito penal¹⁰.

Hassemer é um dos principais representantes da “Escola de Frankfurt”, e um dos responsáveis por estimular o importante debate sobre a necessidade de contenção do crescimento do Direito penal oferecendo, para isso, a alternativa do Direito de intervenção, como veremos em seguida.

1.2 Debate prévio: clássico x moderno no Direito penal

1.2.1 A expansão – ou não – como opção metodológica

A antinomia entre o Direito penal clássico e moderno contextualiza a posição de Hassemer no que se refere à impossibilidade de expansão do Direito penal, e de alteração de suas estruturas fundamentais. Nesse aspecto, a esta exposição tem o objetivo apresentar os motivos pelos quais Hassemer elabora sua proposta de Direito de intervenção, como possível mecanismo de recondução do Direito penal aos seus limites mínimos e, segundo o autor, tradicionais.

Além de contextualizar o Direito de intervenção, o debate científico em torno das possibilidades de “modernização” do Direito penal implica também uma opção

⁹ ALBRECHT, Peter-Alexis. El derecho penal en la intervención de la política populista. In: Vv. Aa. *La insostenible situación del derecho penal*. Instituto de ciencias penales de Frankfurt, Universidad Pompeu Fabra. Granada: Comares, 2000, p. 477.

¹⁰ FEIJOO SANCHEZ, Bernardo. Sobre la administrativización del derecho penal...cit., p. 140.

principiológica¹¹ – e político criminal – em relação ao modelo de Direito penal mais adequado para a sociedade contemporânea, e em relação à possibilidade de expansão para novas áreas de tutela. Por este motivo, não podemos prescindir aqui de examinar, ainda que sumariamente, o debate doutrinário em torno de tais modelos.

A escolha entre uma abordagem de Direito penal clássico *versus* moderno (expansão do Direito penal) é, antes de tudo, uma opção metodológica por parte do intérprete. Isso significa que a partir da adoção de pressupostos ou de um (Direito penal moderno) ou de outro (Direito penal clássico) é que será possível manter uma coerência às críticas para a adoção ou abandono de cada um.

Ainda: no debate entre as possibilidades de modernização do Direito penal (a permitir sua expansão mais acentuada), não se trata somente de avaliar a possibilidade ou não do aumento do número de leis, a regular uma determinada atividade social (Direito penal ambiental, de empresa, de defesa do consumidor etc.), mas de avaliar as alternativas que o Direito penal, e especialmente outras áreas do Direito, podem oferecer para o controle da criminalidade contemporânea.

As manifestações de expansão do Direito penal dão origem à críticas e posicionamentos doutrinários que podem ser, em linhas gerais, divididos em três grandes grupos, conforme a síntese que nos oferece Silva Sánchez¹²: minimalistas, expansionistas normativos e expansionistas descritivos.

“Minimalistas” seriam, por exemplo, os autores da chamada “Escola de Frankfurt”, aos quais se agregariam os autores críticos (de modo geral) a qualquer possibilidade de expansão, especialmente aqueles da tradição italiana de Direito penal mínimo¹³ que, a partir de fundamentos diversos – manutenção de garantias, intervenção mínima, subsidiariedade, etc. – advogam a maior restrição possível do Direito penal.

¹¹ GRACIA MARTIN, Luis. *La polémica en torno a la legitimidad del Derecho penal moderno*. Ciudad de Mexico: Ubijus, 2011, p. 63

¹² *Aproximación al derecho penal*. Buenos Aires: B de F, 2010, p. 54.

¹³ Como aponta Massimo DONINI, há bastante identidade entre os postulados de Direito penal mínimo dos autores italianos, e do Direito penal nuclear da Escola de Frankfurt. *El derecho penal frente a los desafíos de la modernidad*. Peru: Ara Editores, 2010, p. 25-6.

Em um segundo grupo estariam reunidos os autores que Sánchez¹⁴ denomina “expansionistas”, subdivididos em expansionistas normativos (ou prescritivos), e descritivos (ou prospectivos).

Na linha “prescritiva” da expansão penal encontram-se os autores das teses mais polêmicas sobre a necessidade de intervenção criminal em áreas que antes não alcançava, especialmente no que se refere à criminalidade econômica. Tais críticas são elaboradas por autores como Schünemann, que defende a necessidade de proteção das gerações futuras por meio do Direito penal, Tiedemann¹⁵, ao ressaltar a relevância da atividade econômica para um país – o que evidenciaria a insuficiência da tutela da lei civil e administrativa – e, especialmente, Gracia Martín¹⁶, autor de uma das mais contundentes críticas ao sistema de intervenção sugerido por Hassemer, ao exigir tratamento igualitário de todos os cidadãos pelo Direito penal¹⁷.

Por fim, há um grupo de autores, no qual Sánchez se inclui – os expansionistas “descritivos” – que verifica, descritivamente, um prognóstico de desenvolvimento natural de expansão do Direito penal como realidade incontestável, à qual a doutrina não poderá necessariamente fazer frente¹⁸. Este prognóstico de expansão estaria relacionado ao fenômeno da globalização, e às funções sociais assumidas pelo Direito penal de nossa época, que anteriormente viam-se reguladas por outros ramos jurídicos.

Os autores que assim interpretam os rumos futuros do Direito penal buscam, conseqüentemente, oferecer parâmetros de delimitação para uma “expansão razoável” desta área, mantendo determinadas garantias constitucionais de criminalização (com especial referência ao bem jurídico), mas afastando o rigor de determinadas regras de imputação ou, até mesmo, como é o caso de Sánchez, propondo um Direito penal diferente para determinados crimes contra bens jurídicos supra-individuais.

¹⁴ *Aproximación...cit.*, p. 54.

¹⁵ Cf. Presente y futuro del Derecho Penal económico. In: Vv. Aa. *Hacia un derecho penal económico europeo. Jornadas en honor del profesor Klaus Tiedemann*. Madrid: BOE, 1995, pp. 29-42.

¹⁶ SCHÜNEMANN, Bernd. *Consideraciones críticas sobre la situación espiritual de la ciencia jurídico-penal alemana*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1996, p. 25 e ss.

¹⁷ GRACIA MARTÍN, Luis. *La polémica en torno a la legitimidad del Derecho penal moderno*. Ciudad de México: Ubijus, 2011, p. 63, *passim*.

¹⁸ Afirma Sánchez que “En todo caso, el expansionismo es una realidad incontestable, en continua progresión, muy favorecida por la situación crítica de las sociedades contemporáneas, por la inestabilidad económica y política, la globalización y, muy en particular en el seno de la Unión Europea, por la europeización del Derecho penal”. *Aproximación al Derecho penal...cit.*, p. 54.

Nos três agrupamentos identificados por Sánchez, em linhas muito gerais, proliferam abordagens diversas a respeito da possibilidade de uso amplo do Direito penal para combater novas condutas que se lhe apresentam e, no cerne deste debate, está a escolha fundamental pela finalidade do Direito penal, tomada ou não como ponto de referência para as incorporações legislativas.

Desse modo, a depender da concepção de fim, ou de modelo do Direito penal que se adote, podemos melhor analisar quais são os injustos que devem manter-se dentro de sua tutela, ou quais são os espaços permitidos de expansão de maneira a perseguir as finalidades previamente assentadas, conforme sustenta Mendoza Buergo¹⁹.

Dada a centralidade da noção de finalidade do direito penal, o conflito entre as noções de Direito penal “clássico” e “moderno” evidenciará o que os autores em tela esperam como desenvolvimento possível desta área, bem como as fronteiras para além das quais uma conduta não pode mais ser regulada pelos conceitos de crime e pena.

Esta discussão permite traçar os limites do Direito penal tradicional, ao mesmo tempo em que nos possibilita identificar porque alguns autores, em especial Hassemer, postulam a criação de outro ramo do Direito penal.

1.2.2 Direito penal clássico e minimalismo penal

Para Hassemer, estaríamos em um ponto de ruptura entre o Direito penal liberal, que o autor denomina de *clássico*, com a consequente formação de um Direito penal *moderno*, permeado por problemas de legitimidade, eficácia e expansão exagerada. Nas palavras do autor, o Direito penal “moderno” pode ser resumido em um só conceito: prevenção. Ainda, a principal deficiência de que padece é um “déficit de execução”²⁰.

¹⁹ Afirma a autora: la asunción de determinada concepción de derecho penal y la coherencia con la misma, supone estar dispuestos a reconocer que el fin propuesto de maximizar la tutela, minimizando las lesiones o peligros para los bienes jurídicos, sólo puede ser realizado dentro de determinados márgenes, a veces estrechos, advirtiendo pues sobre lo ‘limitado de los mecanismos de solución de conflictos propios del Derecho penal’. *Los límites dogmáticos y político-criminales de los delitos de peligro abstracto*. Comares: Granada, 2001, p. 347.

²⁰ HASSEMER, Winfried; NAUCKE, Wolfgang; LÜDERSEN, Klaus. *Principales problemas de la prevención general*. Buenos Aires: B de F, 2006, p. 56.

Para cobrir as lacunas deixadas no Direito penal por tal déficit de execução, tendo em conta a dificuldade de se estabelecer regras precisas de imputação pessoal e investigação processual, o Direito penal moderno lança mão, segundo Hassemer, das duas principais ferramentas de prevenção geral: crimes de perigo abstrato e o Direito penal simbólico²¹.

Este modo de previsão da normativa estaria transformando o Direito penal contemporâneo em uma espécie de *soft law*, equivalente à qualquer outra forma de intervenção jurídica, sem diferenciar a idoneidade de outras áreas para a solução de conflitos²².

A primeira contraposição entre Direito penal “clássico” e “moderno” é feita por Naucke, ao distinguir entre um Direito penal clássico (*rechtsstaatlich*) e outro voltado à prevenção, tratando-os como modelos irreconciliáveis. Ainda que não tenha elaborado a distinção nos termos da oposição clássico x moderno, a ideia central de Naucke é a impossibilidade de harmonizar um Direito penal voltado para a prevenção geral, com os postulados de intervenção mínima. Na interpretação do autor, a prevenção geral está diretamente ligada à promoção de fins sociais através do Direito penal, uma instrumentalização da pena em favor de determinados valores sociais, ou fins pedagógicos de prevenção²³.

O Direito penal clássico teria surgido – como contraposição ao Direito natural²⁴ – com o objetivo de limitar sua aplicação aos fins das penas, garantir a sua humanização, e vincular o legislador a bens jurídico-penais. Estaria voltado somente para a proteção das liberdades asseguradas no contrato social, de modo que apenas lesões a estas fossem consideradas delitos²⁵.

²¹ HASSEMER, Winfried. *Direito penal: fundamentos, estrutura, política*. Porto Alegre: Safe, 2008, p. 228.

²² Crisis y características del moderno derecho penal. In: *Revista Actualidad Penal*, n. 43, v.2, 1993, p. 646.

²³ O autor preocupa-se com a reciprocidade inafastável entre delito e pena, rechaçando outras possibilidades de solução do conflito social ocasionado pelo delito, e questiona-se sobre a possibilidade de inserir parâmetros de prevenção geral dentro de um sistema de intervenção mínima. Cf. *Die Wechselwirkung zwischen Strafziel und Verbrechensbegriff*. Stuttgart: Wierbaden, 1985, p. 20 e ss

²⁴ Hassemer menciona que surge da “morte do Direito natural”. Cf. Crisis y características..., cit., p. 637.

²⁵ Vale ressaltar que Schünemann critica veementemente esta afirmação de Hassemer, de que o Direito penal clássico surge da morte do Direito natural, afirmando que Hassemer se utiliza de uma manipulação arbitrária das épocas da história, e que o Direito natural não é outra coisa que a primeira fase da Ilustração que deu uma nova definição ao Direito penal do Estado, desenvolvida até suas últimas consequências por BECCARIA. Cf. *Consideraciones críticas sobre la situación espiritual...* cit., p. 16.

Desse modo, o bem jurídico deveria ter como referencial somente tais liberdades, e funcionar como um critério negativo de criminalização. Os princípios de legalidade e anterioridade da lei penal também são marcas deste Direito penal “clássico”, que representa principalmente um instrumento de limitação da intervenção do Estado.

Para Hassemer, a proximidade do Direito penal “clássico” com as teorias filosóficas da Ilustração permitia aos cientistas do Direito pensar a filosofia jurídica a partir de uma filosofia mais geral, universalisante²⁶. A filosofia jurídica teria, nessa conexão, contribuído também para a fundação do conceito de Direito do Iluminismo, a partir das inspirações em Kant e Hegel²⁷.

Segundo Hassemer, as teorias filosóficas modernas, desde os preceitos fundados no pensamento da Ilustração, caracterizam-se por eleger os direitos humanos como base para o Direito penal e a fundamentação da pena²⁸.

Assim, a concepção do Direito penal “clássico”, como fruto das ideias revolucionárias do Iluminismo, coloca o indivíduo no cerne de sua elaboração, o que justifica a prevalência de princípios como subsidiariedade, proporcionalidade, direito à defesa, etc., como meios de garantia da liberdade²⁹.

Pela teoria do contrato social típica deste momento histórico, então, modifica-se estruturalmente o papel do legislador, pois este deveria fundamentar suas decisões não mais em um poder supranatural, mas na própria justiça de sua decisão. O princípio da legalidade, por sua vez, converte-se no símbolo do Estado de direito, enquanto assegurador da liberdade.

²⁶ La filosofía, al hacer filosofía sobre el derecho o los derechos del individuo en sociedad recibe – menos en teoría – una conexión con la praxis, lo que no se puede decir, por ejemplo, de la teoría crítica de la Escuela de Frankfurt, a la que todavía le falta esa conexión con la realidad de las instituciones sociales. (Winfried HASSEMER. *Persona, mundo y responsabilidad*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1999, p. 18). Esta integração teria sido positiva, na perspectiva do autor, por reduzir o grau de abstração da filosofia, conectando-a com a realidade social. O passar do tempo, contudo, observou uma especialização da filosofia do direito, que acabou distanciando-se dos objetos por excelência da filosofia jurídica (o ser e o dever ser), sendo aos poucos substituída pela sociologia e metodologia do direito, mais concentradas na relação entre norma e decisão e nas questões de legitimidade de intervenção do Estado e do direito.

²⁷ Winfried HASSEMER. *Persona, mundo y responsabilidad*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1999, p. 18. Nesse sentido, menciona também Donini que os preceitos legais neste contexto cultural, remodelado por filósofos e juristas com base em delitos mais naturais, tendem a ser absolutos, imperativos categóricos. (*El derecho penal ante los desafíos de la modernidad...*, cit., p. 31).

²⁸ *Persona, mundo y responsabilidad*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1999, p. 83.

²⁹ ALBRECHT, Peter-Alexis. El derecho penal en la intervención de la política populista...cit., p. 473 e ss.

É importante evitar um erro terminológico comum: o Direito da Ilustração – chamado de moderno pela referência histórica à Idade Moderna – é encarado, hoje, como Direito penal “clássico”, e a configuração contemporânea desta área, os novos tipos e a expansão penal, integraria uma modalidade mais ampla de Direito penal, intitulada de “moderna”.³⁰ O Direito “clássico”, conforme Hassemer, estaria ameaçado por um Direito penal “moderno”, na medida em que este levaria ao ápice as características clássicas³¹ e, ao fazê-lo, romperia com as bases tradicionais do pensamento jurídico-penal.

Na perspectiva de Hassemer, o modelo “moderno” de Direito penal teria como principais características a proteção de bens jurídicos coletivos, a prevenção e orientação às consequências, prescindindo de conceitos metafísicos, a fim de privilegiar uma metodologia empírica. Tende, por isso, a uma concepção teórica mais preventiva que retributiva, ao mesmo tempo em que busca vincular as decisões do legislador à princípios de proteção de bens jurídicos. Porém, estes bens não mais atuam como um limite à intervenção, mas seriam tomados como critério positivo de criminalização, favorecendo a escolha do legislador pela ameaça de pena³².

Verificar-se-ia, também, a predominância dos paradigmas monistas de interpretação da teoria do bem jurídico, concebendo-o desde o ponto de vista do indivíduo e assim legitimando os bens jurídicos universais³³.

Todavia, na perspectiva de Hassemer não há possibilidade de incluir os tipos modernos na estrutura do Direito penal tradicional. Segundo o autor, as transformações pelas quais passa esta área atualmente estariam levando-a ao esgotamento de suas possibilidades de atualizar-se. A perspectiva iluminista que embasa o Direito penal clássico estaria hoje esgotada e inclusive ameaçando inverter-se,³⁴ em um processo que denomina

³⁰ Para ressaltar o uso de Hassemer para os termos “clássico” e “moderno”, estes estarão sempre entre aspas.

³¹ Crisis y características del moderno derecho penal...cit., p. 639.

³² HASSEMER, Winfried; MUÑOZ CONDE, Francisco. *La responsabilidad por el producto en Derecho Penal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1995, p. 16. Hassemer menciona como principal característica de um Direito penal preventivo a política de combate à criminalidade organizada, com a previsão de penas extremamente altas, redução de garantias processuais, ou a incriminação de condutas de pouca lesividade, como os delitos sexuais não violentos, que caberiam no tratamento dado aos crimes contra a honra. As críticas à este fenômeno são muito mais generalizadas (não se restringindo a esta análise de Hassemer), e por isso a trataremos com mais detalhes no capítulo seguinte.

³³ A teoria monista funcionaliza os interesses pessoais desde o ponto de vista dos interesses gerais, deduzindo os bens sociais e estatais a partir do indivíduo. Cf. HASSEMER, Winfried; MUÑOZ CONDE, Francisco. *Introducción a la criminología y al Derecho penal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1989, p. 109.

³⁴ Crisis y características del moderno derecho penal...cit., p. 637.

dialética da modernidade, em referência explícita à dinâmica da *dialética do esclarecimento*, elaborada por Adorno e Horkheimer³⁵.

Hassemer busca tal analogia para exemplificar os riscos inerentes aos esforços do Direito penal tradicional para incorporar uma realidade a qual este não pode fazer frente. Isso significa, no tocante ao Direito penal, que os princípios fundadores do Direito penal liberal acabam representando barreiras para a sua modernização ou, no limite, justificam uma atuação socialmente disfuncional, como identifica no caso dos bens jurídicos: como já mencionado, o princípio de exclusiva proteção de bens jurídicos deixa de ser um limite à criminalização e passa a dar impulso à criação de novos tipos delitivos³⁶.

A dialética do Direito penal “moderno”, dessa forma, seria resultado da conversão desta área em “prima ratio”, encarado como a principal ou até única solução para certos problemas sociais, convertendo o Direito penal em meio de direcionamento social³⁷.

Apesar de toda a sequência de críticas presentes na obra de Hassemer às manifestações do Direito penal atual, o cerne da censura do autor ao modelo “moderno” é a incorporação de bens jurídicos universais, supra-individuais, a ampliação do número de condutas tipificadas e consequente vagueza dos termos, a busca de efeitos simbólicos, a fragilidade que acarretam ao mandado de determinação da norma, o uso frequente de estruturas de perigo abstrato, e o afastamento de garantias constitucionais em busca de eficiência.³⁸

Parte dos autores da “Escola de Frankfurt”, como Lüderssen, optam por descrever este Direito característico da ilustração como Direito penal “liberal”, evocando o contexto

³⁵ A referência ao conceito dos filósofos da Escola de Frankfurt remete à ideia, desenvolvida por Adorno e Horkheimer, de que a modernidade, ao levar a razão ao seu desenvolvimento cabal, torna-se seu contrário, a irracionalidade, o que estaria evidente no fenômeno do nazismo. Hassemer utiliza o mesmo raciocínio para descrever a relação dialética entre direito penal “clássico” e “moderno”: “El Derecho penal rompe con esa tradición [clásica] al consumarla. Las tendencias que identificaron el Derecho penal clásico identifican también la forma moderna, sólo que sus características se han disuelto respecto de su contexto, se ha renovado su entorno y han desaparecido sus viejos adversarios”. SARRABAYROUSE, Eugenio C. Frankfurt y sus dos escuelas: un estudio comparativo de la escuela penal y la filosófica. In: BAIGÚN, David et al. *Estudios sobre la Justicia Penal: homenaje al Prof. Julio B. J. Maier*. Buenos Aires: Del Puerto, 2005, p. 925-956. Citação à página 930. Neste artigo, Sarabayrouse aborda outras possíveis características comuns entre a “Escola penal de Frankfurt” e equivalente na filosofia.

³⁶ HASSEMER, Winfried. *Crisis y características del moderno derecho penal...cit.*, p. 635

³⁷ Hassemer ironiza que desde a construção de uma fábrica na África até o *dopping* de atletas alemães são motivos suficientes para invocação do Direito penal. *Ibid.*, p. 645.

³⁸ Cf. HASSEMER, Winfried; MUÑOZ CONDE, Francisco. *La responsabilidad por el producto en Derecho penal...cit.*

político em que se basearam os penalistas do século XIX. Segundo Donini, todavia, a Escola oferece uma versão liberal idealizada do Direito penal tradicional, confundindo, muitas vezes, este Direito penal com o seu núcleo de proteção, com o chamado “*Kernstrafrecht*”³⁹.

Na interpretação liberal do Direito penal consagrada pela mencionada escola, o estaria este proibido de exercer qualquer tipo de promoção social, ou de propulsão de qualquer setor social ou econômico, pois sendo o Direito repressor uma garantia de liberdade dos cidadãos frente ao Estado, não poderia ser usado para alcançar qualquer outra função além desta finalidade de garantia⁴⁰.

Neste contexto filosófico, prevaleceria a lógica kantiana, do homem considerado em si mesmo, e a definição dos tipos penais estaria mais próxima de imperativos categóricos de conduta. Segundo esta expressão filosófica do Direito penal, este não estaria legitimado a reprimir condutas violadoras de deveres e direitos fundamentais⁴¹, e tendia a plasmar condutas *a priori* ilícitas, com base em delitos naturalísticos.

1.2.3 Críticas à ideia de Direito penal “clássico”

A existência purista deste modelo de Direito penal clássico, tal como acabamos de descrever, é contestada pela grande maioria da doutrina crítica à “Escola de Frankfurt”, com argumentos bastante consistentes que se referem, especialmente, à inexistência de um Direito penal ilustrado tal como apresentado por Hassemer.

Assim, segundo Schünemann e Silva Sánchez, este modelo puro, clássico, de Direito penal, nunca existiu como o descrevem os autores de Frankfurt, pois sempre houve bens jurídicos coletivos⁴². Para Donini, chega a ser difícil delimitar o que enxergam como

³⁹ *El derecho penal frente a los desafíos de la modernidad...cit.*, p. 24.

⁴⁰ De acordo com Donini, uma característica deste Direito penal clássico seria a restrição aos tipos penais de perigo, característica dos autores liberais do século XIX, justamente por seguirem uma lógica diferente da função de garantia. Mas indica que tão logo os conceitos penais começaram a definir-se com maior precisão, as ações perigosas passaram a integrar tipos de desobediência e de perigo concreto. *Ibid.*, p. 31

⁴¹ *Ibid.*, p. 32.

⁴² SCHÜNEMANN, Bernd. *Consideraciones críticas sobre la situación espiritual... cit.*, p. 30. SILVA SÁNCHEZ, J.- M. *La expansión del derecho penal...cit.*, p. 124.

o Direito penal clássico, dada a dificuldade de situá-lo historicamente⁴³. O mesmo é observado por Feijoo Sanchez, quando afirma que o Direito penal clássico defendido pela “Escola de Frankfurt”:

se trata de un Derecho penal disfuncional porque su modelo está desvinculado del contexto histórico-social. En realidad autores como Hassemer o Naucke no están defendiendo un modelo que haya existido históricamente, sino la desviación que entiende que protagoniza la nueva política criminal frente a lo que consideran los postulados de Derecho penal liberal e ilustrado que inició el nuevo programa del Derecho penal moderno y que entienden que se está traicionando [...] Se pretende con un idealismo ingenuo acomodar la sociedad existente a un modelo de sociedad ideal⁴⁴.

Vale ressaltar, contudo, e em que pesem as críticas dos autores citados, que Hassemer não descreveu o modelo clássico de Direito penal como efetivamente existente. Para o pensador alemão, o Direito penal clássico é uma ideia, uma *aspiración ideal*, não um tempo real ou conjunto de objetos historicamente delimitados⁴⁵.

Não obstante a ressalva de Hassemer, há autores que entendem que as teses do Direito penal mínimo, especialmente na Itália, seriam materialmente o direito penal clássico defendido por autor⁴⁶, como o mínimo necessário para a estabilização das condições essenciais para a manutenção da sociedade.

Gracia Martin, um dos principais defensores, em solo espanhol, das possibilidades de ampliação do Direito penal (seguindo a corrente capitaneada por Schünemann e Tiedemann na Alemanha) tem um juízo mais severo das reflexões da “Escola de Frankfurt” sobre o Direito penal liberal: entende que estão quase que integralmente equivocadas.

O autor espanhol ressalta que o problema da crítica de Hassemer ao sistema penal contemporâneo não reside (somente) na qualificação dada por este ao Direito penal da Ilustração como clássico – que o autor espanhol avalia como inteiramente questionável–

⁴³ DONINI, op. cit., p. 26.

⁴⁴ FEIJOO SANCHEZ, Bernardo. Sobre la administrativización del derecho penal en la sociedad de riesgos. In: *Derecho y justicia penal en el siglo XXI*. Madrid: Colex, 2006, p. 151.

⁴⁵ Crisis y características del moderno Derecho penal... cit., p. 639. Tanto quanto o Direito penal “clássico”, o contrato social, (como elemento fundador do Direito penal clássico), é tratado pelo autor como uma concepção abstrata, uma condição do Direito, ou seja, não o interpreta como um momento social concreto, temporalmente determinado. O Direito penal cumpriria teoricamente a função de estabilizar as condições do contrato social.

⁴⁶ Ibid., p. 636.

mas na *validade*, nos dias de hoje, desse modelo repressor clássico defendido pela “Escola de Frankfurt”⁴⁷.

1.2.4 Direito penal moderno

Em contraposição a este modelo ideal de Direito penal clássico estaria o Direito penal *moderno*, caracterizado por estender a intervenção penal a âmbitos sociais que tradicionalmente não eram alcançados pelo Direito penal. A dimensão quantitativa, nesse sentido, seria a mais evidente deste Direito moderno, em expansão.

Este, contudo, não se apresenta completamente homogêneo em seu conteúdo, sendo uma representação ideal do conjunto de transformações pelas quais passa a legislação extravagante e os critérios de interpretação da norma em grande parte dos países de tradição penal germânica⁴⁸.

Em largos traços, seriam expressões do Direito penal moderno a criminalidade empresarial, o Direito penal da globalização, marcado pelos novos riscos, os “eurodelitos”, e o Direito penal do inimigo. Situado na transição entre um modelo de Estado liberal e um Estado social intervencionista, posterior à segunda Guerra Mundial, tal é o cenário social onde floresceria o Direito penal moderno, muito mais conectado à disciplina das atividades econômico-financeiras, usando o Direito penal com fins de organização, prevenção e tutela antecipada⁴⁹.

Dissolução do conceito de bem jurídico, intervenção em novos âmbitos econômicos, normativização dos tipos penais, delitos de perigo abstrato, de mera desobediência da norma, seriam as características deste Direito penal moderno.

Advogar a modernização do Direito penal, conforme ressalta Martin, não significa, contudo, defender um Direito penal ilimitado, livre de garantias. Modernizar o Direito penal, para o autor, não implica contrapô-lo ao modelo ideal de proteção de direitos

⁴⁷ GRACIA MARTÍN, Luis. *Prolegómenos para la lucha por la modernización y expansión del derecho penal y para la crítica del discurso de resistencia*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2003, p. 51.

⁴⁸ Ibid., p. 60.

⁴⁹ DONINI, Massimo. *El derecho penal frente a los desafíos de la modernidad...cit.*, p. 33.

formulados pelos teóricos ilustrados, mas sim evidenciar uma escolha política, pelo tipo de Direito penal que se busca em uma sociedade desigual como a atual⁵⁰.

Nesse sentido, a expansão do Direito penal é plenamente abarcada pelos princípios constitucionais tradicionais, e não haveria incongruência em se inserir os novos delitos (econômicos, ambientais, etc.) nos Códigos Penais nacionais e conferir-lhes o mesmo tratamento⁵¹. A existência de um Direito penal “moderno” não pressupõe, nesse sentido, o afastamento de todas as garantias tradicionais do sistema penal⁵².

A modernização do Direito penal, segundo o autor, consiste precisamente na possibilidade de constituir uma disciplina capaz de abranger a criminalidade em sua totalidade, *inclusive* a criminalidade das classes mais poderosas. Tratar-se-ia, como pressupõe, de incorporar toda a gama de condutas, hoje consideradas lícitas (ou espalhadas pelo Direito administrativo ou comercial), no discurso penal, conquistando a integração de toda a criminalidade material própria das camadas mais ricas da sociedade.

Segundo Martin, o discurso tradicional do Direito penal mínimo, nuclear, teria sido conformado por esta camada social, ao longo dos séculos, partindo de concepções políticas que impedem uma reflexão igualitária dos cidadãos atingidos pela norma penal. O discurso da Ilustração, segundo o autor, é fruto da dominação política da classe burguesa na elaboração da teoria e conteúdo do Direito penal, e mantê-lo atrelado a estes princípios do “século das luzes” significaria perpetuar um sistema de preservação mais poderosos do alcance da pena:

Modernización del derecho penal es la lucha por integrar en el discurso penal a la criminalidad material de las clases sociales poderosas que estas mismas han podido excluir hasta ahora de aquél gracias a su posición de poder de disposición absoluto sobre el principio de legalidad penal desde su invención por el ideario político ilustrado de la burguesía capitalista⁵³.

⁵⁰ Cf. GRACIA MARTÍN, Luis. *Prolegómenos para la lucha por la modernización...*cit..

⁵¹ “El estado actual de las legislaciones penales (...) importantes y mui cualificados sectores de la doctrina (...) desarrollen argumentaciones concluyentemente favorables a la legitimidad de la asunción por el Derecho penal de nuevos contenidos, o de su extensión a nuevos ámbitos que, según el discurso crítico del Derecho penal moderno de Hassemer y de sus seguidores, no pondrían ser asimilados por el modelo penal de la ilustración, son pruebas claras de que lo que aquí está en juego y en discusión es precisamente la validez de ese modelo de Derecho penal o de un determinado modo de comprenderlo, y, por consiguiente, una razón más que suficiente para negar a dicho modelo el atributo de ‘clásico’ en el sentido definido y pretendido por Hassemer”. Ibid., p. 50.

⁵² Ibid., p. 156.

⁵³ Ibid., p. 167.

Na mesma linha de Gracia Martin, ainda que de forma menos incisiva, Schünemann argumenta que o Direito penal “clássico” originou-se contra a criminalidade dos aventureiros e dos pobres, não tendo sido alterado em nada até o presente momento⁵⁴ e, a partir da análise da relevância que adquirem os bens jurídicos coletivos num cenário mundial de avançado desenvolvimento tecnológico⁵⁵, postula a modernização do Direito penal para acolher as demandas da sociedade contemporânea. Segundo o autor, determinados bens são hoje indispensáveis para o funcionamento social, e esta importância deve ser reconhecida pela lei penal. Conforme o autor:

cuando la Escuela de Frankfurt postula la reconducción, por principio, del Derecho penal a los delitos de resultado, está abogando por una negativa a la modernización del Derecho penal, negativa que necesariamente ha de fracasar en la finalidad de proteger bienes jurídicos, al ignorar las condiciones de actuación de la sociedad moderna⁵⁶

Nesse sentido, a proteção do meio ambiente, das transações econômicas, não poderiam ser tratados somente pelas normas de Direito administrativo, tendo em vista o alto potencial lesivo de algumas condutas contra estes bens e, principalmente, a extensão dos danos que podem causar à coletividade.

Por estes motivos, Schünemann estabelece como uma das missões do Direito penal a proteção das gerações futuras, por meio da utilização dos recursos drásticos deste, quando outras áreas jurídicas se mostrarem insuficientes para a proteção do meio ambiente, ou da confiabilidade dos cidadãos no sistema econômico e de justiça⁵⁷.

Seu posicionamento pela expansão do Direito penal se dá, assim, com o foco na tutela de bens jurídicos coletivos que não encontrarão proteção fora da norma penal. E, subsidiariamente, concorda com Gracia Martin ao interpretar que a grande massa atingida pelo Direito penal dos dias atuais é aquela que comete crimes contra o patrimônio, quando os delitos contra bens coletivos são, em sua maioria, cometidos por empresas ou representantes das classes mais altas⁵⁸.

⁵⁴ Del derecho penal de la clase baja al Derecho penal de la clase alta: ¿un cambio de paradigma como exigencia moral? In: *Temas actuales y permanentes del Derecho penal después del milenio*. Madrid: Tecnos, 2002, p. 53.

⁵⁵ *Consideraciones críticas sobre la situación espiritual...* cit., p. 21.

⁵⁶ Ibid., p. 33.

⁵⁷ Conforme o autor: “Llevándose la cuestión a las últimas consecuencias, se impone la valoración de que esta teoría tiene en mayor consideración a la más absurda apetencia del individuo egoísta que a las condiciones de vida de las generaciones futuras”. Ibid., p. 22.

⁵⁸ Del derecho penal de la clase baja...cit., p. 58.

Na Itália, Moccia, por exemplo, assume a mesma crítica de Schünemann, e defende que há que se expandir o Direito penal para a tutela de delitos econômicos e tributários, apesar das dificuldades técnicas de persecução e delimitação destas condutas. Posiciona-se dessa forma por entender, referindo-se à crítica de Baumann, de que o Código penal não pode mais ser dirigido a “indigentes y estúpidos a los cuales, para seguir adelante, no se les ocurre nada mejor que meter las manos en los bolsillos del prójimo”.⁵⁹

Em que pese tal posição, todavia, o autor não se alija das convicções de intervenção mínima, ressaltando que a tutela de condutas econômicas e tributárias deve estar restrita àquelas que efetivamente apresentem um resultado, deixando para a tutela administrativa o que chama de “delitos obstáculo”, ou seja, a incriminação de atos preparatórios ou meras transgressões formais.

1.2.5 Pontos em comum

Cabe ressaltar, contudo, que muitas das críticas que Hassemer tece contra as características do Direito penal contemporâneo, por ele chamado de moderno, são também compartilhadas por seus críticos⁶⁰.

Hassemer identifica, por exemplo, a tendência de uso do Direito penal como instrumento incentivador de mudanças sociais, promotor do progresso. Donini, bastante crítico às teses de Hassemer sobre as mazelas da expansão penal, concorda, todavia, com a crítica do autor alemão ao uso instrumental do Direito penal contemporâneo, observando que a pena vem substituindo a ética e a pedagogia, com a função de estabilização de expectativas de segurança⁶¹.

Mesmo Schünemann, apesar das agudas críticas delineadas acima, concorda com Hassemer e a “Escola de Frankfurt” ao contestar a manipulação arbitrária, pelo legislador, dos tipos de perigo concreto e abstrato quando, ao tutelar bens jurídicos individuais,

⁵⁹ MOCCIA, Sergio. *El derecho penal entre ser y valor: función de la pena y sistemática metodológica*. Buenos Aires: B de F, 2003, p. 289.

⁶⁰ DONINI, Massimo. *El derecho penal frente a los desafíos de la modernidad...cit.*, p. 64 e ss.

⁶¹ Ibid., p. 65.

concretos, o faz por meio da simples tipificação do perigo abstrato, quando é plenamente possível a regulação por meio de tipos de resultado⁶².

Como já ressaltado acima, Gracia Martin está de acordo com as preocupações de Hassemer sobre a flexibilização de garantias e adverte, em diversas oportunidades, que a implementação de um Direito penal moderno deve se dar preservando-se todas as regras processuais e garantias constitucionais inerentes ao Estado Democrático de Direito⁶³.

Ademais, o que pouco se menciona é que o próprio Hassemer possui uma proposta para a modernização do Direito penal, o *Direito de intervenção*, já que ele mesmo reconhece a impossibilidade de manter o Direito penal em sua pureza de princípios. Hassemer discorda, todavia, com a realidade na qual está dada esta modernização, e encaminha-se no sentido de um Direito penal sem a imposição da pena privativa de liberdade, através do Direito de intervenção.

Esta proposta estaria afinada à modernização da sociedade e seria admissível, desde que o conjunto de normas penais, que preveem penas restritivas de liberdade, esteja restrito exclusivamente às lesões graves e a bens jurídicos individuais.⁶⁴

Por outro lado, para os autores que criticam as propostas da “Escola de Frankfurt”, o cerne do Direito penal moderno é a inclusão de condutas características do desenvolvimento tecnológico contemporâneo dentro da racionalidade do Direito penal existente, com as mesmas consequências punitivas para todas as ações delitivas.

Entendemos, por fim, que a necessidade de atribuir uma etiqueta ao conjunto de modificações do Direito penal que os autores da “Escola de Frankfurt” consideram nefastas (moderno, liberal, clássico, etc.), ao nosso ver, pode obscurecer o debate central trazido por estes autores.

Este debate refere-se à escolha política entre um Direito penal aberto a todo o tipo de criminalidade contemporânea, estendido à tutela de todos os bens jurídicos que o

⁶² Segundo o autor, a definição dos tipos de perigo abstrato “tiene que remplazarse, por un lado, por un detallada análisis de la estructura de los bienes jurídicos colectivos, de sus condiciones de perjuicio y de su merecimiento de protección penal, así como, por otro, por una teoría de las necesidades político criminales y de la legitimidad constitucional de la extensión de la protección del bien jurídico concreto material a través del delito de peligro abstrato. Derecho penal de la clase baja... cit., p. 59

⁶³ *La polémica en torno a la legitimidad del Derecho penal moderno*. Mexico D.F.: Ubijus, 2011, p. 87

⁶⁴ *La responsabilidad por el producto...* cit., p. 123.

legislador entender relevante (seja pela igualdade social ao punir classes mais altas, pela proteção de gerações futuras, etc.), e, por outro lado, a limitação da previsão de penas privativas de liberdade, através de modelos alternativos de controle da criminalidade.

1.3 Finalidade do Direito penal para Hassemer

O modelo alternativo elaborado por Hassemer – ao qual chamou “Direito de intervenção” – ,apesar de ter despertado o interesse dos estudiosos do Direito penal, foi traçado somente em linhas muito gerais, e nunca monograficamente⁶⁵.

Assim, a fórmula do Direito de intervenção, objeto deste capítulo, não foi delineada em detalhes pelo autor. Trata-se de uma ideia que se vai construindo ao longo de sua obra, mais especificamente na produção dos anos 1990, daí a importância de contextualizá-la no pensamento do autor como um todo, já que sua pretensão com o Direito de intervenção foi primordialmente liberar o Direito penal das pressões pela sua modernização.

Entender porque o autor pretende excluir determinadas condutas do Direito penal implica compreender as finalidades e contornos que confere à sanção e ao direito repressor como um todo. A reflexão sobre a proposta do Direito de intervenção, dessa forma, pode ser melhor vislumbrada a partir do conjunto da obra do autor, que nos permitirá extrair com maior fundamento sua posição acerca da expansão do Direito penal, e assim complementar as ideias que ficam apenas sugeridas quando da descrição do Direito de intervenção.

O Direito penal, para Hassemer, deve estar pautado pelas premissas da intervenção mínima, prevenção geral, e pela proteção de bens jurídicos individuais⁶⁶ e a finalidade do Direito penal, para o autor, pode ser sintetizada em três grandes temas, que passaremos a

⁶⁵ Informa Nina Persak: “he does not explain in detail what is meant by ‘law of interventions’, except that it should lie somewhere between the criminal law (*strictu sensu*) and the law of violations (administrative penal offenses, *Ordnungswidrigkeiten*), between civil and public law and that it should ensure lesser procedural guarantees but also less severe sanctions than in criminal law.” *Criminalizing harmful conduct: the harm principle, its limits and continental counterparts*. New York: Springer Science, 2007, p. 56. O mesmo diagnóstico é apresentado por Manuel Gomez Tomillo, que ao analisar as propostas da escola de Frankfurt penal afirma que “los perfiles de esta propuesta, sin embargo, distan todavía mucho de estar claros”. Consideraciones en torno al campo límite entre el derecho administrativo sancionador y el derecho penal. In: *Revista Actualidad Penal*, nº 4, 2000, p. 69-89. Citação à p. 75.

⁶⁶ Cf. *Introdução aos fundamentos do Direito penal*. Porto Alegre: SAFE, 2005.

considerar: a proteção de bens jurídicos⁶⁷, a prevenção geral e reforço normativo de valores por meio de sanção⁶⁸, e (mais recentemente em sua teoria) a proteção de expectativas sociais⁶⁹.

1.3.1 Valores sociais e prevenção geral

Filosoficamente, Hassemer parte da concepção de Direito penal como instrumento de controle social formalizado, adotando a noção de controle social oriunda das teorias criminológicas norte-americanas e da Escola de Chicago⁷⁰.

Entende o autor (em obra compartilhada com Muñoz Conde) que os valores sociais são protagonistas na fundamentação do Direito penal, e devem ser entendidos como um reflexo histórico, naturalmente variável conforme a época na qual sejam analisados. Nesse sentido, a vigência de valores ético-sociais é condição para a possibilidade de proteção de bens jurídicos.

A proteção de tais valores sociais justifica a intervenção do Direito penal e, por outro lado, é fundamental que este atue sobre uma sociedade onde a maioria dos cidadãos tenha a convicção de que determinado comportamento proibido é efetivamente desvalorado. O autor vale-se da metáfora de que “em uma sociedade de diabos” não seria possível proteger qualquer bem jurídico, por mais extrema que fosse a coação jurídica⁷¹.

Sendo assim, quanto mais fortemente reflita os valores éticos de uma sociedade, mais legitimidade terá para intervir mediante a ameaça de pena⁷². A pena, neste sentido,

⁶⁷Cf. HASSEMER, Winfried. Bienes jurídicos en el Derecho penal. In: BAIGÚN, David et al. *Estudios sobre la Justicia Penal: homenaje al Prof. Julio B. J. Maier*. Buenos Aires: Del Puerto, 2005, pp. 63-74.; Cf. *La responsabilidad por el producto en derecho penal*. Valencia: Tirant lo Blanc, 1995, *passim*.

⁶⁸ Cf. HASSEMER, Winfried; MUÑOZ CONDE, Francisco. *Introducción a la criminología y al Derecho penal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1989, *passim*.

⁶⁹ Cf. HASSEMER, Winfried. Contra el abolicionismo penal, acerca de por qué no se debería suprimir el Derecho penal. In: *Revista de Derecho penal*, n. 2, 2007, pp. 709-29.

⁷⁰ Conforme define FEIJOO SANCHEZ, controle social é o conjunto de instrumentos utilizados para que as sociedades superem seus conflitos ou superem as tensões e contradições entre os grupos e sistemas que compõe esta sociedade. *Retribución y prevención general...cit.*, p. 366.

⁷¹ HASSEMER e MUÑOZ CONDE. *Introducción a la criminología y al Derecho penal...cit.*, p. 101.

⁷²Ibid., p. 100 e ss.

tem para Hassemer uma função social de confirmar e assegurar os outros sistemas de controle social (família, escola, trabalho, etc)⁷³.

A função do Direito penal em Hassemer encontra amparo, sobretudo, na finalidade de prevenção geral. Esta finalidade permite racionalizar a política criminal, a partir de avaliações de legitimidade e necessidade da intervenção penal, de acordo com o referencial valorativo social que encontre⁷⁴.

A ideia de prevenção geral positiva permeia toda a construção doutrinária de Hassemer, não como um método de intimidação dos possíveis delinquentes, mas como informação dirigida a todos os cidadãos, pela internalização da mensagem penal⁷⁵. Indica a finalidade exclusivamente preventiva do Direito penal, desde que esta finalidade esteja limitada por garantias como o Direito penal dos fatos (não adiantando demasiadamente as barreiras de intervenção), o princípio de culpabilidade, e o *in dubio pro reo* e garantias formais⁷⁶.

Para a Escola de Frankfurt, em geral, o Direito penal somente pode abrigar as funções de garantia de liberdade dos cidadãos, como consolidação das premissas filosóficas liberais que informam a legitimidade do Estado para imposição de pena. Em contraposição à Hassemer, e justamente por recusar qualquer funcionalização das normas incriminadoras, Naucke⁷⁷, por exemplo, restringe a finalidade da pena ao seu aspecto retributivo⁷⁸.

⁷³ Conforme HASSEMER: „Soziale Kontrolle ist ein Mechanismus, der allem vergesellschafteten Leben eigen ist. Soziale Kontrolle ist ubiquitär, sie existiert in allen menschlichen Gemeinschaften, sie verfolgt – grosso modo- überall dieselben Ziele, ihre Strukturen stimmen im Wesentlichen überein. Nur ihre Instrumente sind den Konstellationen angepasst, in denen sie handelt und wirken will, und den konkreten Umständen, auf die sie dabei trifft“. *Warum Strafe sein muss: ein Plädoyer*. Bremen: Ullstein, 2009, p. 33.

⁷⁴ FEIJOO SANCHEZ, Bernardo. *Retribución y prevención general...*cit., p. 373.

⁷⁵ Nas palavras de Hassemer e Muñoz Conde: “El Derecho penal sólo puede erigirse en ejemplo a seguir para la regulación de conflictos cotidianos y constituirse en motivo para que los ciudadanos internalicen el mensaje penal y se rijan por el mismo a través de una prevención general positivamente entendida”. *La responsabilidad por el producto...*cit., p. 191.

⁷⁶ Ibid., p. 197.

⁷⁷ Afirma o autor: „Es gibt einen engen Bereich von Verbrechen und vergeltender Strafe, dessen Bestand unangetastet gelassen werden muss, gleichgültig wie die Gesellschaft gerade verfasst ist. [...] Die Spürbarkeit der Sanktion ist nur in dem schmalen Zusammenhang von Verbrechen und vergeltender Strafe zulässig“. *Die Wechselwirkung zwischen Strafziel...* cit., p. 195.

⁷⁸ Donini critica esta posição, por entender que reduzir a função da pena à retribuição leva ao sentido oposto ao buscado por Naucke, ou seja, a perda de função de garantia do Direito penal. *El derecho penal ante los desafíos de la modernidad...*cit., p. 27

1.3.2 Valores e garantia de expectativas

A posição de Hassemer de que o Direito penal deve encontrar seu referencial de prevenção geral e eficácia nos valores sociais, no sistema de reprovações morais e sanções sociais anteriores à noção de pena – o que o autor chama de “estruturas profundas” – levam-no a considerar como função relevante do Direito penal também a tutela de expectativas, argumentando que sem a segurança de uma expectativa não poderíamos subsistir socialmente, pois teríamos que, a cada dia, voltar a conceber nosso mundo, refundando o que se considera correto⁷⁹.

A finalidade de controle de expectativas que Hassemer atribui ao Direito penal visa identificar quais são os valores sociais entronizados pelos cidadãos de modo que a existência de sanções penais corresponda a estes valores, e somente a estes. O Direito penal, neste sentido, é somente mais um dos métodos de controle social, e o que o diferencia dos demais é o seu caráter altamente formalizado.

Para Hassemer e Muñoz Conde, as diversas teorias sobre os fins do Direito penal são, em realidade, parecidas: a teoria da proteção dos bens jurídicos, a perspectiva welzeniana de proteção dos valores ético-sociais, e a tese de sanção como reafirmação da norma, conforme Jakobs. Acreditam na proximidade destas teorias, a nosso ver, por mesclar elementos de cada uma delas, a partir de referenciais também da criminologia crítica, para construir sua própria interpretação acerca da finalidade do Direito penal.

Concordam com Welzel, sobre a necessidade de proteção de valores ético-sociais como finalidade do Direito penal, por entenderem que este tem condições de proteger mais amplamente os bens jurídicos baseados em valores éticos mais elementares⁸⁰.

A partir desta conclusão, a estabilização de valores éticos como fim do Direito penal não está absolutamente distante das atuais teorias que buscam fundamentar o Direito penal: “confiança nas normas”, “estabilização de expectativas”, ou “expectativas normativas”. A diferença destas teorias, que implicitamente referem-se à Jakobs, e a

⁷⁹ HASSEMER e MUÑOZ CONDE. *Introducción...*cit., p. 115

⁸⁰ Segundo Hassemer e Muñoz Conde, tal posição de Welzel se explicaria especialmente pelo receio deste autor de que o princípio de exclusiva proteção de bens jurídicos resultasse em uma sobrevalorização do resultado. Esta preocupação de Welzel é adotada pelos autores, que indicam a necessidade de que os fins perseguidos pelo Direito penal passem, necessariamente, pela confirmação e referência a valores sociais.

estabilização de expectativas em Hassemer, residiria no fato de que este último autor mantém a centralidade do bem jurídico como fundamentação do Direito penal⁸¹.

Desta forma Hassemer afirma que a segurança urgente e necessária que pode existir em uma determinada situação situa-se, em um sentido positivo, sobre uma organização cotidiana das expectativas, ou seja, sobre sua estabilização, e em um sentido negativo, sobre a punição no âmbito da infração de expectativas⁸². A sanção, neste contexto, define-se como uma expectativa contrafática.

Assentada a proteção de expectativas como finalidade do Direito penal para Hassemer, a sanção adquire outro significado, além da resposta a uma lesão: o aspecto comunicativo, de prevenção geral, que deve limitar-se pelo aspecto normativo, da imposição de pena. Ou seja, apesar do caráter comunicativo da sanção – dentro de um sistema de manutenção de valores e expectativas – esta deve estar limitada e estreitamente vinculada ao conteúdo da norma protetora de bens jurídicos⁸³.

1.3.3 Tutela de bens jurídicos individuais

Na criação do Direito penal, Hassemer e Muñoz Conde apontam que a existência de determinados bens jurídicos é o primeiro passo para o qual deve atentar o legislador, pois é a proteção destes que fundamenta a legitimidade do Direito penal. Após esta análise preliminar de separação de interesses legítimos, então, seguiria o labor legislativo a referência à estabilização de valores ético-sociais, limitada pelos princípios constitucionais de legalidade e proteção de bens jurídicos.

Valores ético-sociais e bens jurídicos, dessa forma, são elementos de recíproca complementação e limitação que, juntos, estabelecem os principais pilares do Direito penal

⁸¹ HASSEMER e MUÑOZ CONDE. *Introducción...*cit., p. 103.

⁸² Contra el abolicionismo: acerca de por qué no se debería suprimir el derecho penal. In: *Revista de Derecho Penal*, 2007, n.2, p. 712. Tradução livre do seguinte excerto: “La seguridad urgente y necesaria puede existir en una determinada situación se ubica, en un sentido positivo, por encima de un arreglo cotidiano de la expectativa, es decir, sobre su estabilización, y en un sentido negativo, sobre la punición en el ámbito dela defraudación de expectativas”

⁸³ Prevención general y aplicación de la pena. In: HASSEMER, Winfried; NAUCKE, Wolfgang; LÜDERSEN, Klaus. *Principales problemas de la prevención general*. Buenos Aires: B de F, 2006, p. 63.

defendido por Hassemer⁸⁴. Tais valores conformam também um conjunto de princípios capazes de atenuar a efetividade de determinado controle social jurídico penal, tais como a princípio de proporcionalidade, legalidade, culpabilidade, direito de defesa, *in dubio pro reo*, produção de provas, direito de não declarar contra si mesmo, e direitos relativos à execução penal⁸⁵.

Este último aspecto da interpretação do autor – a função de proteção de bens jurídicos – é o que o reaproxima do cerne de sua teoria, de que o Direito penal deve vincular-se à proteção de interesses individuais, e ao princípio de proporcionalidade. Desse modo, apesar de atribuir ao Direito penal a finalidade de proteção de expectativas, e de valorizar a dimensão comunicativa da sanção como referencial de prevenção geral positiva (no sentido de reforço do controle social), a proteção de bens jurídicos individuais segue sendo a primeira finalidade do Direito penal na concepção do autor.

Segundo o autor, os bens jurídicos não são produtos de processos naturais, mas do acordo social baseado na experiência⁸⁶, e podem ser definidos como um interesse humano necessitado de proteção jurídico-penal.

O que une, segundo o professor alemão, a proteção de expectativas e de bens jurídicos individuais é uma “relação empírico-psicológica”, “experiência e valor”⁸⁷, havendo uma relação fundamental entre norma, lesão e sanção como restabelecimento da norma, e não somente uma conexão abstrata entre retribuição e prevenção. Assim, o Direito penal material não teria somente a função de limitar a punibilidade, mas também de assegurar as normas fundamentais de uma sociedade.

A proteção de bens jurídicos vincula a missão do Direito penal aos comportamentos merecedores de pena. Sendo assim, a teoria que fundamenta os fins do Direito penal à proteção de bens jurídicos é a que melhor pode oferecer um substrato empírico norteador da atividade legislativa. Teria também a vantagem de oferecer mais conteúdo e consistência ao Direito penal do que as teorias que o fundamentam como confirmação do

⁸⁴ Optamos por tecer as considerações críticas a este sistema em capítulo distinto, para que não se sobrepujassem as ideias do autor, de seus críticos, e nossa própria visão sobre o que aqui se expõe.

⁸⁵ Hassemer ressalta que a previsão normativa que orienta a imposição da pena deve ser pautada pelos princípios constitucionais conformes ao Estado de Direito (especialmente culpabilidade e proporcionalidade), de modo que a infração da norma e sua resposta mediante sanção limitem-se mutuamente.

⁸⁶ Afirma o autor, juntamente com MUÑOZ CONDE, que os bens jurídicos não existem, mas são produzidos. *Introducción a la criminología y al derecho penal...* cit., p. 111.

⁸⁷ *Contra el abolicionismo...* cit., p. 714.

reconhecimento normativo, ou proteção do mínimo ético (ainda que Hassemer, como vimos, entenda que estas também são finalidades do Direito penal).

Na visão do autor, a teoria do bem jurídico oferece contornos mais práticos ao legislador no momento de definir a norma de proteção, contribui com a tarefa do juiz através de critérios plausíveis na tomada de decisões, bem como critérios externos de comprovação da justiça da decisão⁸⁸.

Nesse sentido, o bem jurídico deve atuar, segundo Hassemer, como orientador de toda a *ratio legis*, fornecendo elementos para a configuração de uma política criminal justa. Colocar a teoria do bem jurídico nestes termos, contudo, não responderia à questão de se o Direito penal está realmente em condições de proteger tais bens, ou se estes efetivamente significam um limite legítimo de intervenção do Estado⁸⁹.

A função do bem jurídico, neste sentido, continua sendo de limitar a intervenção penal, na interpretação de Hassemer. Porém, como sugere o autor, o bem jurídico serve como um princípio geral de direito, tal qual os princípios de subsidiariedade, culpabilidade, etc.

O fato de que não seja possível executar-se uma derivação absoluta do Direito penal a partir do princípio de proteção de bens jurídicos, para Hassemer, não é uma constatação da superficialidade deste princípio, uma vez que os conceitos fundamentais de Direito são sempre somente um ponto de partida para a reflexão jurídica.

Nesse sentido, a teoria do bem jurídico teria como finalidade conferir uma linha argumentativa, ou medir a proporcionalidade da intervenção penal⁹⁰. O que não se poderia exigir do conceito de bem jurídico, todavia, é um grau de concretude similar ao da norma penal, nem tampouco a resposta pré-definida acerca do merecimento da pena decorrente da lesão.

Conforme informa Hassemer, o caráter vago de que se acusa o bem jurídico penal seria um problema enfrentado já por Birnbaum e Feuerbach, desde as origens de sua formulação. A fórmula para preenchê-lo de conteúdo, assim, seria reconduzi-lo à noção de

⁸⁸ *Introducción a la criminología y al derecho penal...* cit., p. 105.

⁸⁹ *Ibid.*, p. 113.

⁹⁰ *Bienes jurídicos en el Derecho penal...* cit., p. 65.

que são sempre interesses humanos, que requerem proteção penal, frente à tensão existente entre indivíduo, sociedade e Estado.⁹¹

Sendo assim, na visão do autor, nenhuma das já mencionadas funções do Direito penal (reforço dos valores ético-sociais, confirmação das expectativas normativas e proteção de bens jurídicos individuais) fornece um referencial suficiente para balizar a atuação do legislador. Esta deve valer-se também de outros critérios, como a lesividade social, a subsidiariedade, etc., ou seja, todos os limites impostos ao Direito penal dentro de um Estado democrático de Direito⁹². Conforme sintetizam Hassemer e Muñoz Conde sobre qual seria a finalidade do Direito penal neste contexto constitucional:

En definitiva, el Derecho penal en la misión protectora de bienes jurídicos interviene junto con otras muchas instituciones sociales y estatales. Lo que, sin embargo, caracteriza el Derecho penal es el modo en el que lleva a cabo específicamente esa tarea protectora cuando se ocupa de las infracciones normativas más graves⁹³.

É importante ressaltar, por fim, que o fato de Hassemer centrar a finalidade do Direito penal na proteção de bens jurídicos individuais, não significa que o autor seja contrário à tutela de bens supra-individuais. Ele não desqualifica todo o tipo de proteção deste grupo de bens jurídicos, mas defende que estes sejam delimitados da melhor maneira possível, funcionalizados a partir de uma perspectiva individual⁹⁴. Afirma em diversas oportunidades que os bens jurídicos universais merecem proteção penal, o que só seria permissível, contudo, se estes forem funcionalizados a partir do indivíduo⁹⁵.

Inclusive afirma, nesse sentido, que desde o princípio, a teoria do bem jurídico admitiu tanto bens jurídicos individuais (como vida, saúde, liberdade), quanto universais (administração de justiça, segurança do Estado), fundando sua importância no movimento político criminal dos anos 1960 e 1970 na Alemanha, como eficiente método de limitação do âmbito penal.

Assegura, todavia, que os bens jurídicos universais devem ser funcionalizados desde o ponto de vista dos bens individuais, já que quanto mais vinculada esteja a cominação penal com um bem jurídico, tanto mais intensa poderá ser esta última,

⁹¹ HASSEMER, Winfried. Lineamientos de una teoría personal del bien jurídico. In: *Doctrina penal: teoría y practica en las ciencias penales*, vol. 12, n. 45/48, 1989.

⁹² *Introducción a la criminología y al derecho penal...* cit., p. 114.

⁹³ *Ibid.*, p. 116.

⁹⁴ *La responsabilidad por el producto en derecho penal...* cit., p. 43.

⁹⁵ *Bienes jurídicos en el Derecho penal...* cit., p. 67.

permitindo inclusive castigar a posta em perigo do bem, como ocorre com o delito de incêndio⁹⁶.

Tendo em vista esta posição de Hassemer (a legitimidade de proteção de bens supra-individuais), observamos que o conjunto de sua teoria é, de modo geral, interpretado como um polo de oposição que não necessariamente se verifica, quanto analisamos a posição do autor a respeito de tipos penais específicos. Ou seja, Hassemer algumas vezes é tomado como defensor de um modelo ideal de Direito penal nuclear, exclusivamente protetor de bens individuais, sem que o próprio autor tenha delineado sua teoria dentro de moldes tão estritos, a excluir todas as formas de tutela de bens coletivos do Direito penal.

Ao tratar dos delitos contra a saúde dos consumidores, analisando a responsabilidade do fabricante pelo produto, por exemplo, menciona expressamente que não defende que tais delitos (contra a saúde dos consumidores) sejam excluídos do Direito penal, convertendo-os em uma questão meramente civil, mas sim que, ao interpretá-los, sejam aplicáveis os tradicionais princípios dogmáticos de causalidade, limitando-se a flexibilização de regras de imputação, já que os pressupostos de imposição de pena não são disponíveis⁹⁷.

O autor também insiste no argumento de que a colocação em perigo de bens jurídicos (tipos de perigo) sempre fizeram parte do núcleo central do Direito penal, e deverão seguir integrando-o no futuro, novamente, desde que tal perigo seja individualmente atribuível.

Bastante conectada com a função do bem jurídico, na teoria do autor, está o modo com concebe a própria função do Direito penal, voltado a um referencial também individualizado, tendo como centro o imputado. Assim, teria a função, antes de tudo, de regular a imputação de um fato punível a uma pessoa e, com isso, a individualização de um problema social, e não a função de garantia de segurança ou de diminuição social do dano⁹⁸.

⁹⁶ Derecho penal y filosofía del derecho en la Republica Federal de Alemania. In: *Doctrina penal: teoría y práctica en la ciencias penales*, vol. 14, n. 53, 1991, p. 93.

⁹⁷ *Introducción a la criminología y al derecho penal...* cit., p. 126. Este, inclusive, é um dos pontos onde sua teoria sofrerá a crítica de Schünemann, como veremos no item 1.6, sobre ser um sistema desigual, e favorecedor das classes mais ricas que cometam crimes contra bens coletivos.

⁹⁸ *Lineamientos de una teoría personal del bien jurídico...* cit., p. 281.

Após o exposto, é possível verificar que a proposta do Direito de intervenção encontra maior sentido e fundamentação no conjunto do pensamento do autor. Pois se o Direito penal é somente mais um mecanismo de controle social, não haveria nenhuma diferença ontológica entre o sistema repressor e as demais áreas do Direito, do mesmo modo que não haveria divergência fundamental de sentido entre delito ou outros comportamentos socialmente reprovados.

O Direito de intervenção, neste contexto, seria apenas uma etapa intermediária de controle social, porém menos formalizado que o Direito penal, instrumentalizado conforme as consequências que dele se queira extrair⁹⁹. A sugestão deste novo modelo, então, vem ratificada por esta concepção sobre a norma e a sanção penal.

Desse modo, os delitos de menor correspondência com os valores sociais, ou sanções que não correspondam aos critérios de utilidade e justiça acima descritos (como requisitos para o merecimento de pena) deixariam de ter legitimidade para integrar um Direito penal mínimo, e poderiam ser transferidos a um sistema de intervenção menos grave.

1.4 Direito de intervenção

1.4.1 Contexto

Novos campos de interação social demandam constantemente novas intervenções do Direito penal.¹⁰⁰ Tal demanda incriminadora, entretanto, não reflete necessariamente uma nova realidade, ou um novo espaço de risco (como no caso da intensificação de fenômenos sempre presentes, tal como o crime organizado), já que pode refletir simplesmente uma demanda política e social de controle de determinadas atividades, como

⁹⁹ Conforme explica FEIJOO SANCHEZ: “la teoría del control social asumida por Hassemer los sistemas de control son intercambiables en sus instrumentos y sanciones a la hora de reaccionar frente a la conducta desviada”. *Retribución y prevención general...cit.*, p. 421.

¹⁰⁰ ROBLES PLANAS, Ricardo. menciona a pluralidade de interações verticais e horizontais entre os membros da sociedade, ou seja, maior número de contatos anônimos, e cadeias mais extensas de hierarquia. Cf. *Crisis del derecho penal contemporáneo*. Barcelona: Atelier, 2010.

identificado pela grande maioria dos autores que se ocupam da análise do Direito penal contemporâneo¹⁰¹.

Hassemer julga que a utilização atual do Direito penal enquanto instrumento de direção social – buscando, sobretudo, eficácia no controle da criminalidade e apoiando a realização de políticas internas – acaba por minar as finalidades tradicionais do Direito penal de proteção subsidiária de bens e garantia e proteção para o acusado¹⁰².

Estas interações são identificadas por Hassemer como reflexo de um contexto econômico e social de rápidas mudanças (organização mundial de redes criminosas e riscos criados pelo desenvolvimento tecnológico), que resultam em uma série de transformações no Direito penal. Aponta, ainda, as consequências, *para o próprio Direito penal*, da tentativa do legislador de inserir este novo contexto no conjunto de normas penais: a expansão do número de normas (mais precisamente aquelas ligadas à proteção de bens jurídicos coletivos), construção assistemática das mesmas, e flexibilização de garantias processuais e penais.

Este acréscimo penal ocorre não somente pela tutela de novas condutas, mas também pelo tratamento mais pormenorizado de condutas perigosas (majoritariamente através de leis especiais), pelo agravamento de penas ou desdobramento de ações já antes previstas no Código Penal, ou pela antecipação da tutela penal voltada às condutas de maior risco ao bem jurídico.¹⁰³

Mudanças no Direito penal material estariam voltadas, atualmente, para o interesse em combater com celeridade e eficiência demandas de criminalização (delito ecológico, delinquência informática, criminalidade econômica, comércio de mercadorias perigosas etc.). Isto se daria especialmente através da definição de bens jurídicos supra-individuais

¹⁰¹ Cf. SILVA SÁNCHEZ, Jesús Maria. . *La expansión del derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*. Buenos Aires: B de F, 2008.

¹⁰² Esta visão é compartilhada por MOCCIA que, com referência também à outros autores da doutrina italiana, menciona: “Es sabido que el poder punitivo estatal, si se lo ejecuta con parsimonia pero también con firmeza, aumenta la fuerza de convicción del juicio penal de desvalor ético-social; en cambio, un uso exagerado del instrumento penal tiene el efecto opuesto. [...] por las cuales las relaciones con la justicia penal deben reducir a lo esencial, siendo conocidos los efectos desocializantes también da llamada pena justa”. *El derecho penal entre ser y valor: función de la pena y sistemática metodológica*. Buenos Aires: B de F, 2003, p. 300.

¹⁰³ “Não interessa ao gestor de riscos atuar após a ocorrência de lesão, mas antecipar-se a ela, diante da magnitude dos danos possíveis. Nestas circunstâncias, *a norma penal surge como um elemento de antecipação de tutela*, sob uma perspectiva que acentua o papel preventivo do direito.” BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Crimes de perigo abstrato e princípio da precaução na sociedade de risco*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 118 (grifos nossos).

como centro da norma e também pelo crescente emprego de técnicas de perigo abstrato na criação dos tipos penais, pelo sensível aumento das penas, e diminuição das estruturas intermediárias de imputação, como tentativa e participação.

Hassemer identifica também que as principais transformações ocorridas no cerne do Direito penal (que o caracterizam como o mencionado Direito penal “moderno”) não estão focadas na Parte geral, ou tampouco nas regras de Direito penitenciário, mas especialmente na legislação especial, e Parte especial dos Códigos, sempre acompanhadas das correspondentes modificações no processo penal¹⁰⁴.

Como já mencionado, as ferramentas mais relevantes desta nova forma de construção do Direito penal seriam o crescente recurso à técnica dos delitos de perigo abstrato, pois facilitam a prova ao juiz, ao mesmo tempo em que a dificulta para a defesa, ao renunciar a noções estritas de causalidade na lesão do bem jurídico.

No âmbito do processo penal, muitas regras também seriam alteradas com o fim de atingir mais rapidamente as consequências penais, com amplo recurso às tecnologias de interceptação de comunicações, aumento das intervenções formais (investigações preliminares, sequestro de dados) e a relevância que adquirem os indícios na formação do convencimento do juiz, bem como as novas estratégias de negociação e acordos no processo penal, a partir de princípios de eficiência e economia¹⁰⁵.

Além disso, verifica-se que desde finais dos anos 1980 na Alemanha (em um processo que se visualiza com maior clareza no Brasil a partir dos anos 1990) haveria uma mudança nos discursos público e científico jurídico-penais, com a tendência de ajustar a equação do Direito penal entre liberdade e segurança em favor desta última, em detrimento das liberdades individuais.

O discurso político criminal contemporâneo é outro. Deixa de ver o Direito penal como limite à intervenção arbitrária do Estado, e passa a considerar este um aliado de uma sociedade temerosa dos riscos e ameaças tecnológicas e humanas. O medo do delito é um novo paradigma de debate sobre a política pública criminal¹⁰⁶. Nesse sentido, Hassemer

¹⁰⁴ Crisis y características del moderno derecho penal...cit., p. 646.

¹⁰⁵ Muitos dos fenômenos relatados por Hassemer como característica do Direito penal contemporâneo serão abordados com mais detalhes no segundo capítulo deste trabalho.

¹⁰⁶ Este panorama geral sobre as características do Direito penal atual é recorrente em toda a obra de Hassemer, e pode ser apreendido especialmente nas obras: *Direito penal: fundamentos, estrutura, política*.

menção que o Estado não é mais o *Leviathan*, mas um parceiro no combate à criminalidade e aos riscos da sociedade moderna; e os direitos humanos fundamentais, objeto de proteção constitucional, já não são direitos de proteção contra o Estado, mas um obstáculo à eficiência do Direito penal¹⁰⁷.

Tais mudanças estariam relacionadas a todos os âmbitos da intervenção penal: o Direito penal material, o processo penal, e o discurso político-criminal em geral, fazendo com que o Direito penal adotasse como objetivo primordial o alcance da segurança social.

Neste contexto, o Direito penal contemporâneo – conforme o interpreta Hassemer, acompanhado por outros autores da “Escola de Frankfurt”¹⁰⁸ – está marcado pela transição entre um Direito de princípios valorativos, vinculado a princípios constitucionais, para um Direito que vai, aos poucos, convertendo-se em instrumento político, especialmente nos âmbitos econômico, financeiro, de meio-ambiente, saúde pública e segurança do Estado.

Modificaram-se todas as fases de atuação do Direito penal, primando por noções de eficiência, economia e segurança, deixando-se em segundo plano garantias constitucionais (inviolabilidade de comunicações, presunção de inocência) e princípios tradicionais do Direito penal (*ultima ratio*, lesividade, fragmentariedade), bem como os demais limites de sua atuação, e seus objetivos de proteção de direitos humanos¹⁰⁹. Este processo seria, em parte, reflexo da desorientação político criminal proveniente do medo frente ao risco: a

(Porto Alegre: SAFE, 2008); *Crítica al derecho penal de hoy: norma, interpretación, procedimiento*. HASSEMER, Winfried; MUÑOZ CONDE, Francisco. *La responsabilidad por el producto en el derecho penal*. (Valencia: Tirant lo Blanc, 1995) e, mais recentemente, em *Warum Strafe sein muss?* (Ullstein, 2009). A vasta produção científica do autor, contudo, distribui-se em inúmeros artigos, publicados no Brasil e em revistas estrangeiras, que de forma recorrente mencionam e criticam as mudanças pelas quais está passando o Direito penal de nosso tempo.

¹⁰⁷ HASSEMER, Winfried. Processo penal e direitos fundamentais. In: *Jornadas de direito processual penal e direitos fundamentais*. Lisboa: Almedina, 2004, p. 22. Esta interpretação também é compartilhada por Silva Sánchez, que menciona o fato de que a concepção da segurança como direito fundamental passou de proteção contra a intervenção do Estado para substrato de direitos à segurança e proteção penal por parte do Estado. Cf. *Expansión del Derecho penal y blanqueo de capitales*. In: SOUTO, Miguel Abel; STEWART, Nelson Sánchez (Orgs.). *II Congreso sobre la prevención y represión del blanqueo de dinero*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2011, p. 132.

¹⁰⁸ Cf. Vv. Aa. *La insostenible situación del derecho penal*. Instituto de ciencias penales de Frankfurt, Universidad Pompeu Fabra. Granada: Comares, 2000.

¹⁰⁹ Líneas de desarrollo del derecho penal alemán, desde la época de pos-guerra hasta la actualidad. In: VALDÉS, Carlos García et al. (Orgs.). *Estudios penales en homenaje a Enrique Gimbernat*. Madrid: Edisofer, 2008, v. 1, p. 377.

perda da confiança nos instrumentos estatais de controle que alimentam a demanda pelas penas e controle de riscos¹¹⁰.

As principais características do Direito penal contemporâneo, para Hassemer, que desnaturalizam sua característica de *ultima ratio*, são a criação de novas proibições e ameaças penais, seja através do aumento de penas, ou (principalmente) através da inclusão de condutas características da criminalidade “moderna”: os delitos econômicos, contra o meio ambiente, drogas, a criminalidade no comércio exterior (contrabando de armas)¹¹¹ e a aparição de um Direito penal auxiliar, de contravenções. Nesse sentido, afirma o autor que o Direito penal fragmentário é uma “fórmula do passado”.

Tal panorama do Direito penal, conforme o observa Hassemer, tem estreita relação com um Direito penal orientado às consequências. Isto, pois a produção normativa do Direito penal sai de controle quando o legislador deixa de admitir que este não é o método mais adequado para a prevenção de certas condutas, ou que não se pode fazê-lo a qualquer preço¹¹².

Outra das principais características do Direito penal contemporâneo, resultado das transformações que comentamos seria, segundo Hassemer, o advento de uma legislação meramente simbólica, vazia de conteúdo, e decorrente de decisões políticas populistas, de curto e médio alcance, incapazes de formular uma política criminal de longo prazo.

O Direito penal simbólico é marcado por leis que servem apenas como declaração de princípios, sem pretensão de aplicabilidade, com caráter de apelo moral, leis de emergência, e leis de compromisso, genericamente formuladas que, contudo, pretendem demonstrar que determinado bem é caro ao legislador¹¹³. Encontra expressão nos

¹¹⁰ Em interpretação compartilhada por outros autores da “Escola de Frankfurt”, Hassemer aponta para a “erosão das normas sociais”, resultado de que as expectativas normativas em relação ao comportamento cotidiano de todos os cidadãos estão se reduzindo. HASSEMER, Winfried. El derecho penal en los tiempos de las modernas formas de criminalidad. In: ALBRECHT, Hans-Jörg et al (Orgs.). *Criminalidad, evolución del Derecho Penal y crítica al Derecho penal en la actualidad*. Buenos Aires: Del Puerto, 2009, p. 21.

¹¹¹ Perspectivas de uma moderna política criminal. In: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, vol.2, n.8, 1994, p. 44.

¹¹² Líneas de desarrollo del derecho penal alemán, desde la época de pos-guerra hasta la actualidad. In: *Estudios penales en homenaje a Enrique Gimbernat II*. Madrid: Edisofer, 2008, p. 378.

¹¹³ HASSEMER, Winfried. *Direito penal: fundamentos...*cit., p. 216. Define o autor o que compreende como Direito penal simbólico: “Portanto, ‘simbólico’, em sua compreensão crítica, consiste no atributo que uma norma penal apresenta, segundo o qual as funções latentes da norma suplantam suas funções manifestas, de maneira a gerar a expectativa de que o emprego e o efeito da norma concretizarão uma situação diversa da anunciada pela própria norma”. Ibid., p. 221.

mecanismos de prevenção geral, por meio da imposição de penas graves. Nas palavras de Hassemer, é o “Direito penal como blefe”¹¹⁴.

Deste modo, além da ameaça penal presente na determinação da norma (com altas previsões de penas), o sistema penal busca sustentar que possui posição dominante frente às ameaças (como delitos de trânsito, tráfico de drogas), que está presente e compreende a necessidade de intervenção¹¹⁵.

1.4.2 Direito de intervenção

É com o intuito de frear esta tendência – de expansão do Direito penal e flexibilização de regras processuais, de imputação e de parte geral – que Hassemer desenvolve o que denomina “Direito de intervenção”¹¹⁶, com regras e garantias processuais mais flexíveis para tornar a investigação mais eficiente, desde que, em contrapartida, isente-se o acusado da imposição de penas restritivas de liberdade, com o fim de compensar esta limitação de direitos¹¹⁷.

Este direito estaria situado “entre o Direito penal e o administrativo, entre o Direito civil e o Direito público¹¹⁸”, 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.

Assim, a não imposição de penas privativas de liberdade seria a principal característica do Direito de intervenção. Tendo em vista este fato, este novo ramo poderia voltar-se para a atuação preventiva (como uma modalidade de direito preventivo), ou a criação de obrigações de minimizar danos, quando não seja possível revertê-los, através de normas que exijam, por exemplo, a criação de fundos mútuos de responsabilidade em áreas de risco industrial.

¹¹⁴ Ibid., p. 230.

¹¹⁵ HASSEMER, NAUCKE, LÜDERSEN, op. cit., p. 78.

¹¹⁶ A definição do que Hassemer pretende por “Direito de intervenção” encontra-se sobretudo no artigo “*Kennzeichen und Krisen des modernen Strafrechts*”, republicado diversas vezes em coletâneas do autor, e traduzido para diversos idiomas. No Brasil: Características e crises do moderno Direito penal. In: *Revista síntese de Direito penal e processual penal*, ano III, nº18, fev-mar 2003, pp. 144-157.

¹¹⁷ HASSEMER, Winfried. *Direito penal: fundamentos...*cit.,p. 209 e ss.

¹¹⁸ HASSEMER, Winfried. Características e crises...cit., p. 156.

O Direito de intervenção, conforme interpreta Feijoo Sanchez, prescindiria de um sistema de codificação, característico do Direito penal. Seria mais propriamente um sistema difuso de reação a problemas sociais conjunturais¹¹⁹.

Além destes fatores, a principal motivação de Hassemer para criação de uma nova modalidade de direito sancionador é a possibilidade de, no futuro, liberar o Direito penal de expectativas de prevenção inalcançáveis pelo modelo repressor tradicional, e concentrá-lo em bens irrenunciáveis a longo prazo. Conforme resumem Hassemer e Muñoz Conde:

No se trata de compensar el injusto, sino de prevenir el daño; no se trata de punir, sino de controlar; no se trata de retribuir, sino de asegurar; no se trata del pasado, sino del futuro¹²⁰.

Outra característica incompatível com a pena privativa de liberdade, mas incluída no Direito de intervenção, seria a dispensa de mecanismos de imputação pessoal de responsabilidade, admitindo-se responsabilidades coletivas. Seria possível também a previsão de sanções rigorosas economicamente para entes coletivos, e viabilizaria uma visão global do delito, ou seja, com a atuação não voltada para a solução de casos isolados, mas para a compreensão do fenômeno delitivo em suas diversas facetas, e permitindo também a integração internacional¹²¹.

Diante das dificuldades de imputação pessoal nos delitos característicos da criminalidade contemporânea (econômicos, meio-ambiente, etc.), onde as atividades desenvolvem-se com a colaboração de vários agentes, em decisões coletivas, tornando difícil isolar as condutas individuais, ressalta-se a tendência de transformação do Direito penal em uma espécie de direito preventivo, o que não se coaduna com os princípios de lesividade e *ultima ratio*.

Contudo, manter o Direito penal e processual penal dentro dos moldes tradicionais significaria punir, a título de exemplo, somente um pequeno número de casos relativos a tal criminalidade moderna, sem poder lidar efetivamente como conjunto desta criminalidade¹²².

¹¹⁹ FEIJOO SANCHEZ, Bernardo. *Retribución y prevención general...*cit., p. 423.

¹²⁰ *La responsabilidad por el producto en Derecho penal...* cit., p. 43.

¹²¹ HASSEMER, Winfried A preservação do meio ambiente através do Direito penal. In: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, vol.6, n. 22, 1998, p. 34.

¹²² Perspectivas de una nueva política criminal. In: *Revista penal*, n. 1, 2001, p. 487.

Neste contexto, menciona Helena Lobo da Costa que o Direito de intervenção teria como função permitir a eficiência no tratamento da pessoa jurídica, a orientação pelo perigo (e não pelo dano), a possibilidade de agir rápida e preventivamente¹²³, sem alterar as bases do Direito penal tradicional, pois, para Hassemer, o controle da criminalidade das pessoas jurídicas exige métodos mais eficientes do que o Direito penal atual, que permitam diferentes estratégias de imputação coletiva¹²⁴.

O Direito de Intervenção, conforme Hassemer, não é um Direito penal mais brando, ou um mero Direito administrativo. Representaria uma nova resposta *qualitativa* à criminalidade moderna que se apresenta hoje ao Direito penal, e não somente um aumento quantitativo no âmbito das sanções. Deveria este novo ramo estender-se sobre o Direito tributário e outros instrumentos de influência sobre os mercados e sobre as decisões econômicas, impondo normas de controle, multas, e obrigações de ressarcimento de danos.

Sendo assim, integrariam o Direito de intervenção regras provenientes de diferentes normas sancionadoras, integrando o Direito penal, ilícitos civis, as contravenções penais, o Direito de polícia e o Direito tributário¹²⁵.

O Direito de intervenção contaria ainda, no limite, com o estabelecimento de meios penais (com exceção da prisão) para garantir o cumprimento dos deveres de agentes especiais – sempre sob a limitação oferecida pelas normas processuais e constitucionais – e através da regulação precisa dos procedimentos de tal intervenção. Isto com o fim de que as liberdades individuais não sofram as mesmas ameaças que sofrem hoje, diante da prevenção normativa penalmente estabelecida.¹²⁶

Traçado apenas em linhas gerais, a proposta do Direito de intervenção, conforme menciona Hassemer, não trata de anunciar nenhuma verdade ou solução definitiva, mas somente anunciar o *começo de um discurso*, já que, para ele, “as novas perspectivas começam com uma nova atitude diante de uma situação real”¹²⁷.

¹²³ LOBO DA COSTA, Helena Regina. *A dignidade humana: teorias de prevenção geral positiva*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 81.

¹²⁴ HASSEMER, Winfried. Perspectivas de uma moderna política criminal. In: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, vol. 2, n. 8, 1994, p. 49.

¹²⁵ HASSEMER, Winfried Perspectivas de uma moderna...cit., p. 33.

¹²⁶ Perspectivas de una nueva política criminal...cit., pp. 500-1.

¹²⁷ *Ibid.*, p. 487. (Tradução livre).

O Direito de intervenção tem o objetivo principal de restringir a atuação do Direito penal aos tipos tradicionais, ao *núcleo duro*, e assim permitir que se mantenham princípios constitucionais penais fundamentais, desenvolvidos ao longo dos tempos pela teoria do delito. Desta maneira, seria possível esvaziar o Direito penal dos tipos abertos e das demandas por flexibilização do processo, trazendo as novas condutas, características do desenvolvimento econômico contemporâneo, para este “novo ramo”¹²⁸. Sob o ponto de vista do autor, esta alternativa teria ainda, como consequência, livrar o Direito penal de um uso instrumental e aleatório, eminentemente simbólico¹²⁹.

O autor preocupa-se em excluir da tutela do Direito penal as condutas típicas que não se coadunem com os paradigmas “clássicos” (dentre os quais podemos indicar a reação a um dano ou grave ameaça de dano, a identidade do autor e individualidade do bem jurídico¹³⁰). Extirparia do conjunto de normas penais, assim, as condutas de perigo abstrato e a responsabilidade penal de pessoas jurídicas¹³¹.

Aliás, a finalidade buscada por Hassemer quando propõe o Direito de intervenção é precisamente sugerir novas formas de abordagem para os problemas que se colocam ao Direito penal tradicional, tendo em mente que as críticas recorrentes formuladas pela doutrina penal já não são capazes de impressionar ou influenciar as decisões de política criminal.

O objetivo do Direito de intervenção é “buscar soluções fora do Direito penal¹³²”, que possam liberar o Direito esta última área das demandas inatingíveis (em seu ponto de vista) que se lhes apresentam. Especialmente, para abordar com mais propriedade algumas características hoje incompatíveis com o sistema repressor com o qual contamos – como a acesoriedade administrativa das leis penais, a alta e seletiva cifra negra da criminalidade

¹²⁸ Os mesmos problemas identificados por Hassemer na Alemanha, que justificam sua opção pelo desenvolvimento de uma nova área sancionadora, são observados por Francisco Muñoz Conde, na Espanha, de modo que este autor, em obra coletiva com Hassemer, advoga a reflexão também em seu país sobre a possibilidade de se criar um Direito de intervenção. Afirmar Muñoz Conde: “Estas recetas que Hassemer propone para el Derecho alemán pudiera también ser de aplicación al Derecho español”. *Responsabilidad por el producto...* cit., p. 55.

¹²⁹ *Direito penal: fundamentos...* cit., pp. 209 e ss.

¹³⁰ Lineamentos de una teoría personal del bien jurídico. In: *Teoría y práctica en las ciencias penales*, nº 45/48, v. 12, 1989, pp. 275-285.

¹³¹ Cf. HASSEMER e MUÑOZ CONDE. *Responsabilidad por el producto en derecho penal...* cit.

¹³² Perspectivas de una nueva política criminal... cit., p. 481.

contra bens jurídicos coletivos¹³³, o déficit de execução, e as dificuldades de imputação pessoal de responsabilidade – tendo em vista a crescente criminalidade de empresa¹³⁴.

Para o autor, não é natural que sempre os mesmos atuem (legislativo) e critiquem (doutrina), que uns “ponham as estacas” e outros reclamem, ainda que estejamos diante de tempos difíceis para uma política criminal orientada à proteção dos direitos humanos¹³⁵. Para que esta situação não continue, propõe o autor que a crítica da doutrina seja mais proativa, oferecendo possibilidades diferentes de contenção de danos e da criminalidade, ainda que sob a forma de esboços teóricos.

De certo modo, o autor vê o Direito de intervenção como um desdobramento natural das diferenciações operadas no interior do próprio Direito penal, com os mencionados limites constitucionais. Tal ramo de intervenção teria em conta as leis do mercado, as possibilidades de um controle estatal mais sutil, sem problemas de imputação, pressupostos de culpabilidade, sem um processo meticuloso e, especialmente, sem a imposição de penas privativas de liberdade¹³⁶.

A delimitação das fronteiras do Direito penal, no contexto da discussão das modernas formas de criminalidade, seria tarefa difícil aos teóricos e práticos desta área, uma vez que não é possível prever quais serão os desdobramentos da sociedade contemporânea (tendo em mente especialmente a demanda punitiva).

Todavia, apesar destas dificuldades, entende o autor que há uma cultura jurídica em formação que permite o estabelecimento de limites claros para o Direito penal¹³⁷. Assim, apesar da dificuldade atual em se fundamentar os limites indisponíveis para as intervenções jurídico-penais, tais limites devem ser cultivados e estabelecidos, já que sem eles flexibiliza-se todo o conjunto de barreiras à intervenção penal¹³⁸.

¹³³ Conforme denunciam Hassemer e Muñoz Conde, “las cifras oscuras no sólo son altas, sino también selectivas”. *Responsabilidad por el producto...*cit., p. 32.

¹³⁴ Perspectivas de uma moderna política criminal...cit., p. 32.

¹³⁵ Perspectivas de una nueva política criminal...cit., p. 480.

¹³⁶ HASSEMER, Winfried. História das ideias penais na Alemanha do pós-guerra. In: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, ano 2, n. 6, abr-jun 1994, p. 71.

¹³⁷ Exemplifica esta cultura jurídica em formação com o consenso, nos países de tradição jurídica ocidental, acerca da proibição da tortura, o combate à corrupção e a presunção de inocência. Cf. *El derecho penal en los tiempos de las modernas formas de criminalidad...*cit., p. 27.

¹³⁸ *Ibid.*, p. 28.

1.4.3 Normas de prevenção técnica

Propõe o autor que, em respeito aos princípios de *ultima ratio* e subsidiariedade, outros métodos preventivos, anteriores ao Direito penal, devem ser fortalecidos, antes que suas consequências sejam demasiadamente graves (e exijam necessariamente a interferência penal), ou a que a intervenção chegue tarde demais.

Uma das principais estratégias de atuação do Direito de Intervenção, segundo Hassemer, deveria ser a previsão de normas de prevenção técnica, orgânica, e não mais regras de prevenção normativa de riscos, que povoam o Direito penal contemporâneo. Dentre tais métodos preventivos estariam estratégias preventivas de controle ou domínio de riscos, tanto quantitativa quanto qualitativamente, e razoável limitação dos danos, através de investigações empíricas que permitam o reconhecimento de zonas e grupos sensíveis ao risco, transparência de decisões políticas, bem como instruções constantemente atualizadas sobre seu controle¹³⁹.

A contratação de apólices de seguro e indenizações também seriam mecanismos vislumbrados para diminuir a necessidade de intervenção do Direito penal, tanto na prevenção quanto nas consequências dos delitos de perigo. A prevenção técnica, segundo Hassemer, seria o instrumento mais efetivo de descriminalização¹⁴⁰.

Em complemento aos mecanismos de prevenção técnica, ou orgânica, integrantes do Direito de intervenção, deveriam ser desenvolvidos também programas de informação efetiva dos cidadãos sobre as circunstâncias da economia e da atividade do Estado, melhora de divisão de poderes entre os partidos políticos e a administração pública, maior ênfase na independência da justiça do poder político, tudo isso expresso publicamente com fundamentos e exemplos¹⁴¹.

¹³⁹Cf. HASSEMER e MUÑOZ CONDE. *Responsabilidad por el producto en derecho penal...*cit., p. 198. DONINI também se manifesta com preocupação sobre a falta de estudos empíricos que demonstrem a capacidade de outros sistemas ou técnicas legislativas alternativas às penais, criticando especialmente casos em que a criminalização transforma-se em plataforma política. *El derecho penal frente a los desafíos de la modernidad...*cit., p. 372.

¹⁴⁰ Menciona o autor: “Yo propongo reemplazar, en la teoría y en la práctica, el concepto de prevención normativa por un concepto de prevención técnica u orgánica” Cf. *Perspectivas de una nueva política criminal...*cit., p. 495.

¹⁴¹ *Perspectivas de una nueva política criminal...*cit., p. 499.

Não somente a prevenção técnica, mas também medidas de políticas públicas deveriam integrar os métodos de desobstrução do Direito penal, como a utilização dos mecanismos dos respectivos mercados envolvidos nos delitos. Neste contexto estariam as polêmicas discussões sobre a descriminalização das drogas, atingindo diretamente os mercados e lucros envolvidos nesta atividade, a sobretaxação de empresas poluidoras, de modo a forçar o encarecimento dos produtos destas ao consumidor.

Estaria incluída ainda a obrigatoriedade de constituição de fundos coletivos de preservação ambiental para empresas que exerçam atividades nucleares, químicas, e em geral perigosas às pessoas e ao meio ambiente¹⁴².

Segundo Hassemer, tais estratégias preventivas podem ser mais bem reguladas nos moldes do Direito de intervenção, reservando ao Direito penal somente os casos mais graves de lesão, individualmente atribuíveis.

Nesse sentido, a mudança de uma prevenção normativa para uma prevenção técnica e organizativa, com a planificação do Direito de intervenção em lugar do Direito penal, permitiria não somente uma resposta mais adequada dos problemas criminais, mas também conferiria maior permeabilidade, e maior ênfase, aos direitos fundamentais dos cidadãos¹⁴³.

É importante ressaltar que, ao propor o Direito de intervenção, antes de pretender que este seja tomado como referencial acabado de um novo ramo jurídico, o que visa Hassemer é chamar a atenção para a necessidade de uma discussão interdisciplinar de toda a ciência do Direito, sobre as possibilidades e mecanismos jurídicos disponíveis para responder à modernização da sociedade, a partir de reflexões sobre a integração entre áreas, e sobre limites e possibilidades de intervenção social e preventiva de cada ramo do Direito, nos moldes do que se propõe dentro da ciência do Direito penal¹⁴⁴.

Sob a ideia de Direito de intervenção estaria compreendida a conjugação de métodos e instrumentos jurídicos – ainda em gestação – que pudessem responder mais eficazmente à demanda atual e futura de solução de conflitos e prevenção de danos.

¹⁴² Perspectivas de una moderna política criminal...cit., p. 50.

¹⁴³ Perspectivas de una nueva política criminal...cit., p. 494.

¹⁴⁴ Winfried Hassemer. Perspectivas del derecho penal futuro...cit., p. 40.

Hassemer também propugna a renovação da política criminal, como alternativa aos conflitos vividos pelo Direito penal, buscando-se soluções alternativas, como a substituição de uma política criminal equivocada em relação às drogas, construção ou ampliação de infraestrutura de trabalho com crianças e adolescentes, e desenvolvimento de um perfil profissional da polícia, que abarque desde o agente infiltrado até as polícias municipais¹⁴⁵.

Estes instrumentos, segundo Hassemer, carecem ainda de detalhamento e, inclusive, de elaboração teórica, mas, em linhas gerais, deveriam possuir as seguintes características: capacidade de prevenção (aptidão para solucionar o problema antes que se produzam lesões), disponibilidade sobre os meios de atuação, controle e direção de atividades perigosas, e cooperação entre áreas até agora incomunicadas, como o Direito administrativo, infrações administrativas, responsabilidade civil por danos, Direito tributário, Direito do trabalho, etc., cujas garantias seriam aplicáveis às possibilidades de atuação deste Direito de intervenção¹⁴⁶.

O Direito de intervenção é caracterizado, neste sentido, por um complexo sistema de regras de prevenção técnica, aos moldes do que acima indicamos, com competência para abordar seus próprios interesses preventivos e sua própria posição intimidatória. Este novo direito se ocuparia de uma contenção prematura de perigos, e prejuízos, em lugar da tardia resposta penal a lesões de bens jurídicos, através de um extenso domínio sobre situações de risco.

O nome indicado por Hassemer (ainda que não de modo definitivo) deste novo ramo sancionador – Direito de Intervenção – estaria inclusive justificado pela característica de atuação que se deveria esperar dele: intervenção nos cursos de risco, de modo a evitar os resultados danosos; intervenção em uma fase prévia do que hoje é definido como delito; intervenção em instituições e organizações complexas no seio das quais exista alto coeficiente de delitos (órgãos do Estado, pessoas jurídicas, etc.). Em síntese, uma intervenção preventiva, precoce, mirando a atuação sobre direitos e bens jurídicos coletivos¹⁴⁷.

No Direito de intervenção, é mais relevante a assunção de obrigações, de responsabilidade pela tomada de decisões, e o início de ações coletivas, em vez do fomento

¹⁴⁵ Perspectivas de una nueva política criminal...cit., p. 493.

¹⁴⁶ HASSEMER, Winfried. Perspectivas del derecho penal futuro...cit., p. 40.

¹⁴⁷ Perspectivas de uma moderna política criminal...cit., p. 50.

e perseguição da justiça individual, estimulando-se ações adequadas e uma visão coercitiva dos processos relativos à posta em perigo de bens jurídicos, em lugar da força nas ações por danos¹⁴⁸.

Formular o Direito de intervenção permitiria substituir o Direito penal em todas aquelas áreas nas quais este não seria eficiente sem renunciar às suas instituições vitais. Porém, seria necessário tempo para que pudesse ser formulado, tendo em vista que as iniciativas neste sentido ainda encontram-se desorganizadas.

Enquanto não haja sistematização das normas que podem ser retiradas do Direito penal, sugere Hassemer que os principais delitos que poderiam integrar o Direito de intervenção seriam aqueles característicos das modernas manifestações do Direito penal, como a corrupção, o tráfico de drogas, a fabricação de produtos perigosos, o crime organizado, e a prevenção da criminalidade juvenil¹⁴⁹.

Hassemer chega a propor, por exemplo, que praticamente a totalidade dos delitos contra o meio ambiente sejam retirados do Direito penal, constituindo injustos administrativos.¹⁵⁰

Muñoz Conde, ao observar as normas penais de perigo abstrato voltadas à tutela da saúde pública, tendo em vista especialmente o caso do “*aceite de colza*”, discute a possibilidade de que tais delitos de perigo seriam muito mais eficientemente cuidados pelo Direito de intervenção, que pode suportar o predomínio da finalidade preventiva, preservando o Direito penal da desnaturação causada pelo excesso de previsões de perigo e de normas em branco¹⁵¹.

Por fim, vale ressaltar que, o que foi exposto até aqui tem o objetivo somente de identificar as escassas passagens da obra de Hassemer que nos permitem definir, ainda que em linhas gerais, qual é o conceito até agora elaborado sobre o Direito de intervenção.

Devemos ressaltar, contudo, que tal exposição não deve desviar a atenção ao objetivo principal de Hassemer: a restrição do Direito penal ao mínimo necessário. O autor não visa o desenvolvimento de um novo ramo jurídico pelos méritos que este pudesse ter

¹⁴⁸ Perspectivas de una nueva política criminal...cit., p. 500.

¹⁴⁹ Winfried Hassemer. Perspectivas del derecho penal futuro...cit., p. 40.

¹⁵⁰ Cf. HASSEMER e MUÑOZ CONDE. *Responsabilidad por el producto en derecho penal...*cit., p. 22.

¹⁵¹ Idem, p. 61.

na sociedade contemporânea, mas sim um método possível de retirar do Direito penal pressões de criminalização e tipos que não se coadunem com um sistema criminal mínimo, observador de garantias constitucionais e processuais.

Em outras palavras, o primeiro objetivo de Hassemer é preservar o Direito penal da decomposição de suas estruturas fundamentais, não instituir uma nova área jurídica. Busca este último objetivo sempre na medida em que possa contribuir para a diminuição das áreas e comportamentos afetados pelo Direito penal.

Nesse sentido, o autor insiste na relevância dos princípios inarredáveis do Direito penal: a proporcionalidade das intervenções do Estado, proteção de bens jurídicos individuais, o princípio da culpabilidade (que entende ameaçado em um sistema penal com objetivos preventivos), a imputação individual do injusto, e um processo penal justo, de maneira que o acusado seja sujeito, e não objeto do processo¹⁵².

1.5 O que restaria para o Direito penal?

Como mencionado nos parágrafos anteriores, o objetivo de Hassemer quando propõe o Direito de intervenção é retirar do Direito penal tudo o que não requeira necessariamente a imposição de penas restritivas de liberdade, preservando suas características de *ultima ratio* e proteção de bens jurídicos individuais.

Assim, onde quer que exista um recurso fora do âmbito jurídico-penal que seja igualmente eficaz, menos gravoso ao sujeito sobre o qual se aplica, então deverá o legislador afastar as mãos do Direito penal¹⁵³.

Restariam ao Direito penal, nesse sentido, os delitos tradicionais, que o autor denomina *núcleo duro* da criminalidade tradicional¹⁵⁴. Vincula este Direito penal mínimo

¹⁵² HASSEMER, Winfried. Perspectivas del derecho penal futuro...cit., p. 38.

¹⁵³ Contra el abolicionismo... cit., p. 728.

¹⁵⁴ “Para Hassemer, o sistema jurídico-penal deve afirmar e assegurar as normas que em cada sociedade são consideradas indispensáveis, que são a base dos demais processos de controle social, por só assim conseguira alcançar este delicado equilíbrio”. COSTA, Helena Regina Lobo da. *A dignidade humana: teorias de prevenção geral positiva*...cit., p. 83.

aos delitos que compõe o núcleo do Direito penal uma vez que, na perspectiva do autor, a força vinculatória do deste ramo provém de sua clássica incidência pessoal, e não somente patrimonial, assim como a associação do delito à já detalhada reprovação ético-social¹⁵⁵.

Hassemer identifica tal como núcleo com o Direito penal tradicional, historicamente desenvolvido em torno de bens jurídicos individuais como a vida, liberdade, patrimônio e integridade física. Delitos que, socialmente, estão entronizados no sentimento social como desvalorados, de modo que o Direito penal tem precipuamente a função de cancelar e controlar, através de procedimentos formais, esta reprovação pré-existente na sociedade.

Tal Direito penal “básico”, nuclear, contudo, não estaria limitado somente aos mencionados bens jurídicos individuais (vida, saúde, honra, patrimônio, etc.), mas abarcaria também os bens jurídicos universais que, em última instância, realizem interesses dos cidadãos, e sem os quais não seja possível a convivência em sociedade, tais como a autenticidade da moeda, a segurança de centrais nucleares ou o correto funcionamento do sistema administrativo¹⁵⁶

No campo dos crimes ditos *tradicionais*, o pensamento de Hassemer não abandona a vertente garantista do Direito penal, argumentando pela intervenção mínima, aplicação das garantias fundamentais do processo e emprego de critérios de prevenção especial para a imposição da pena.

Estariam excluídas do Direito penal nuclear, por exemplo, a tarefas de especialistas, regras técnicas, que visem garantir a correção dos procedimentos de subvenções públicas ou normas de prevenção de danos à saúde pública.

A compreensão social do delito joga importante papel na formação do núcleo duro do Direito penal. Entende Hassemer que a finalidade preventivo-geral, associada às sanções penais, fundamenta-se muito além da previsão da pena.

Família, escola, trabalho, relações sociais, impõe uma série de normas de comportamento, cuja infração corresponde a uma sanção¹⁵⁷. A sanção penal seria, por sua

¹⁵⁵ HASSEMER; NAUCKE; LÜDERSEN, op. cit., p. 52.

¹⁵⁶ HASSEMER, Winfried. Perspectivas del derecho penal futuro...cit., p. 40

¹⁵⁷ Lineamientos de una teoría personal del bien jurídico...cit., p. 279.

vez, composta pelos mesmos elementos (norma, sanção e processo), porém mais intensamente formalizada. Assim, quando uma sanção penal é aplicada, deve haver uma identificação social com o comportamento reprovado¹⁵⁸.

A composição e justificação do núcleo duro do Direito penal derivam da teoria adotada por Hassemer para definir os fins da pena, já debatido nos itens anteriores. Desse modo, a teoria de prevenção geral desenvolvida por Hassemer – segundo a qual o Direito penal é somente mais um dos instrumentos de controle social, ainda que o mais formalizado¹⁵⁹ – determina a identidade entre reprovação penal e social, no sentido de que somente é possível alcançar os fins da norma penal (proteção de bens jurídicos) se a conduta descrita por esta estiver entronizada socialmente.

Neste sentido, estariam incorporadas socialmente aquelas condutas com relação às quais não há necessidade de se informar ao cidadão que estão inseridas no Código penal, pois já encontrariam um senso comum de ilícito e injusto, somente ratificado pelo processo e pela pena. Neste sentido, o autor é bastante enfático ao delimitar que os delitos tradicionais são os que devem seguir integrando o Direito penal:

É certo que o direito penal tradicional continuará sempre tendo que se ocupar com o roubo, a corrupção, o estupro. Aqui, não vejo ensejo para se falar em “modernização”. Neste campo nuclear do direito penal é preciso continuar procedendo com seriedade, exatidão e prudência, caso contrário os direitos fundamentais dos protagonistas do conflito não serão devidamente salvaguardados¹⁶⁰

As punições de delitos econômicos, de crimes de perigo, poderíamos aduzir, não trazem consigo a mesma reprovabilidade, e por isso poderiam perder seu sentido comunicativo, ou a legitimidade de intervenção. Hassemer ressalta que não é a criminalidade organizada que desperta o sentimento de insegurança nos cidadãos, a requerer aplicação da pena, mas sim a criminalidade tradicional de massas (roubos à casas,

¹⁵⁸ Helena Regina Lobo da Costa. *A dignidade humana: teorias de prevenção geral positiva...*cit., p. 82-3.

¹⁵⁹FEIJOO SANCHEZ, Bernardo. *Retribución y prevención general...*cit., p. 360

¹⁶⁰ HASSEMER, Winfried. História das ideias penais na Alemanha do pós-guerra. In: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, ano 2, n. 6, abr-jun 1994, p. 71

veículos, assaltos, violência entre jovens etc.), e por isso são estas que devem merecer a intervenção penal¹⁶¹.

Desde autores mais liberais, que defendem a intervenção mínima do Direito penal, até autores mais expansionistas: o foco de sua atenção está voltado para a pertinência ou não de delitos modernos e bens jurídicos coletivos no conjunto de normas penais, porém nenhum deles (exceção feita aos abolicionistas) questiona a identidade do Direito penal com os delitos tradicionais, contra o patrimônio, vida, liberdade sexual, diversas intensidades de lesões à integridade física, delitos contra administração pública, e tráfico de drogas.

A definição do núcleo duro do direito penal estaria baseada, para Hassemer, a partir das condutas socialmente consideradas merecedoras de pena, e a partir de uma concepção material do delito. Para o autor, a avaliação do merecimento de pena adotada pelo legislador deve estar pautada pelos critérios de justiça e utilidade da pena, não a partir de um raciocínio meramente formal, mas de princípios materiais, como o tipo e grau de lesão ao bem jurídico, a infração mais ou menos grave de determinados deveres de conduta¹⁶².

Nos casos de delitos ambientais, por exemplo, que Hassemer considera que não deveriam integrar *a priori* o Direito penal. A consideração da tutela penal, nestas hipóteses, deveria passar por critérios de justiça e utilidade para determinar o merecimento de pena do autor que atentasse contra o meio ambiente, ou seja, primeiro haveria que se verificar se as medidas de que dispõe o Direito penal são úteis.

O conceito de utilidade poderia ser medido pela escolha de metas corretas de proteção, partindo-se de instrumentos idôneos do ponto de vista fático. No exemplo dos delitos ambientais, haveria primeiro que se definir quais as metas de proteção ambientais

¹⁶¹ HASSEMER, Winfried. Límites del estado de derecho para el combate a la criminalidad organizada. In: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, ano 6, nº23, 1998, p. 27.

¹⁶² HASSEMER e MUÑOZ CONDE. *Introducción a la criminología y al Derecho penal...cit.*, p.72 e ss. É importante mencionar, contudo, que o critério de merecimento de pena adotado por Hassemer varia conforme a doutrina. SILVA SANCHEZ, por exemplo, considera o merecimento de pena como critério transversal de interpretação da teoria do delito pelo juiz, ou seja, uma avaliação que deve perpassar desde a formulação do tipo penal até as causas de antijuridicidade, situado, especialmente, nos critérios de culpabilidade (Cf. *Aproximación al Derecho penal...cit.*) SALVADOR NETTO, por outro lado, discorda da posição de Silva sobre os critérios do merecimento de pena, considerando-o integrante da culpabilidade, como instrumento de política criminal. (*Finalidades da pena, conceito material de delito e sistema penal integral*. 2008. Tese (Doutorado em Direito Penal). Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2008, p. 151). As avaliações de Hassemer sobre o tema estão distantes da teoria do delito, mais voltadas para critérios de necessidade e eficiência.

caberiam dentro do Direito penal, e verificar se a imposição de pena é capaz de impedir a progressão das lesões ambientais, recuperar os danos já causados, e evitar a prática de novas lesões¹⁶³.

Para não incorrer, todavia, em um direito puramente utilitário, tais critérios de utilidade deveriam ser balizados pelo critério de justiça. Assim, os princípios constitucionais estabelecidos em um Estado democrático devem conduzir os contornos penais, para que o critério de utilidade não leve à conclusões inaceitáveis do ponto de vista dos direitos individuais do acusado, como um Direito penal do autor, ou imposição de penas desproporcionais¹⁶⁴. Além da vinculação constitucional, a principal referência de uma pena justa será a efetiva lesão ou perigo a um bem jurídico carecedor de proteção, um interesse humano ou social de alta relevância.

A mesma ideia é compartilhada, em termos gerais, por Costa Andrade, que defende a manutenção do mínimo penal com base na exclusiva tipificação de condutas contra bens dotados de dignidade penal, e a define como a “expressão de um juízo qualificado de intolerabilidade social, assente na valoração ético-social de uma conduta, na perspectiva de sua criminalização e punibilidade”¹⁶⁵.

Vale ressaltar, por fim, que Hassemer não está isolado quando identifica o núcleo duro do Direito penal como o principal fator de legitimidade deste, e como os delitos por excelência merecedores de pena. Ainda que não estejam reunidas aqui todas as contribuições doutrinárias sobre a necessidade do Direito penal em identificar-se com um núcleo duro, verificamos que esta interpretação é compartilhada por grande parte da doutrina penal e, mesmo que o mais criticado, é também o aspecto da teoria de Hassemer que encontra maior consenso¹⁶⁶. O que se critica, como veremos, é a proposta do autor em dedicar as penas privativas de liberdade exclusivamente a este grupo de delitos.

¹⁶³ HASSEMER, Winfried A preservação do meio ambiente através do Direito penal. In: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, vol.6, n. 22, 1998, p. 33.

¹⁶⁴ HASSEMER e MUÑOZ CONDE. *Introducción a la criminología y al Derecho penal...*cit., p.69 e ss.

¹⁶⁵ O autor se vale das palavras de Otto para complementar sua ideia: “digno de pena é apenas um comportamento merecedor de desaprovação ético-social, porque é adequado a pôr gravemente em perigo ou prejudicar as relações sociais no interior da comunidade juridicamente organizada.” COSTA ANDRADE, Manuel. A dignidade penal e a carência de tutela penal. In: *Revista Portuguesa de ciência criminal*, n. 2, abr-jun. 1992, p. 185.

¹⁶⁶ Nesse sentido também: SILVA SÁNCHEZ: “Así se trata de salvaguardar el modelo clásico de imputación y de principios para el núcleo duro de los delitos que tienen asignada una pena de prisión”. SILVA SÁNCHEZ, Jesus María. *La expansión del derecho penal...*cit., p. 179.

1.6 No mesmo sentido: o Direito penal de segunda velocidade

Hassemer não está isolado no diagnóstico que traça sobre a expansão do Direito penal, e na urgência em restringir o recurso à pena privativa de liberdade. Também se situa nesta corrente de pensamento Jesús-Maria Silva Sánchez, ainda que sob pressupostos teóricos e posicionamentos políticos diferentes. Ambos os autores destacam-se como precursores da reflexão acerca das possíveis formas de reação da dogmática jurídica frente às novas demandas que se apresentam ao legislador penal.

Silva Sánchez nos fornece uma das principais análises referentes ao processo de expansão pelo qual passa o Direito penal nos últimos tempos, e aborda as causas e consequências que, a seu modo de ver, são determinantes para os influxos de ampliação do Direito penal. A abordagem do autor acerca do Direito penal, bem como os pressupostos sociológicos que adota (em muitos aspectos coincidente com a “sociedade de riscos” de Ulrich Beck¹⁶⁷) são bastante representativos do debate atual da doutrina sobre o tema, e indicam o caráter global do processo de expansão.

A obra de Silva Sánchez, *A expansão do Direito penal*, pode ser considerada paradigmática para o estudo da ciência penal contemporânea¹⁶⁸. Ela apresenta um recorte específico deste fenômeno, através de uma abordagem mais propriamente sociológica, ao mesmo tempo em que nos oferece uma visão política acerca dos motivos da expansão e a sua perspectiva de saída para os problemas criados por ela¹⁶⁹.

Sua análise sistematiza os argumentos da sociedade de riscos, as dificuldades trazidas pela globalização para o enfretamento da criminalidade organizada, e a situação de crise do Direito penal diante das novas demandas que se lhe apresentam, em um retrato da

¹⁶⁷ *Risikogesellschaft*. Frankfurt a.M.: Suhrkamp, 1986.

¹⁶⁸ FELIP I SABORIT, David. La ‘expansión’ diez años después. In: ROBLES PLANAS, Ricardo; SÁNCHEZ-OSTIZ GUTIÉRREZ, Pablo (coord.). *La crisis del Derecho penal contemporáneo*. Barcelona: Atelier, 2010, p. 64-5.

¹⁶⁹ Conforme David Felip i Saborit: “ Por lo que se refiere a las causas de la expansión apuntadas en su momento por Silva, la mayoría se han confirmado, intensificado y ampliado”. Ibid., p. 69.

sociedade contemporânea que é considerado pertinente ainda hoje, após mais de dez anos da publicação da obra¹⁷⁰.

Silva Sánchez identifica os setores, especialmente sociais, onde novas necessidades demandam respostas do Direito penal: o aparecimento efetivo de novos riscos decorrentes do progresso técnico ou marcadamente procedentes da atividade humana, pelas decisões que os criam e, especialmente, os distribuem, enfatizando a complexidade das esferas de organização que dificultam a certeza sobre a relação entre causa e efeito.

1.6.1 Características do Direito penal de duas velocidades

Logo de início, Sánchez anuncia sua posição acerca do espaço possível de crescimento do Direito penal, sem descaracterizá-lo como tal, e afirma que:

Lo que interesa poner de relieve en este momento es tan sólo que *seguramente existe un espacio de expansión razonable del Derecho penal*. Aunque con la misma convicción próxima a la seguridad deba afirmarse que también se dan importantes manifestaciones de la *expansión irrazonable*.¹⁷¹

A proposta do autor pauta-se pelo que denomina “Direito penal de duas velocidades¹⁷²”. Segundo o autor espanhol, na *primeira velocidade* manter-se-iam as garantias constitucionais relativas ao núcleo duro do Direito penal, e persistiria a ameaça de imposição de penas restritivas de liberdade, assegurando-se as áreas tradicionais de intervenção desta área do direito.

A *segunda velocidade* estaria voltada para os tipos penais contemporâneos, que tutelam condutas de difícil comprovação, de modo que se retiraria o rigor das regras investigatórias, permitindo mais flexibilidade no processo acusatório, e ampliando as funções preventivas inseridas em tipos penais. Em contrapartida às menores garantias, exclui-se a possibilidade de cominação de penas restritivas de liberdade para estes tipos¹⁷³.

¹⁷⁰ Cf. MACHADO, Marta Rodriguez de Assis. *Sociedade do risco e Direito penal: uma avaliação de novas tendências político-criminais*. São Paulo, IBCCRIM, 2005.

¹⁷¹ *La expansión del derecho penal...*cit., p. 12.

¹⁷² Ibid., p. 178.

¹⁷³ Silva Sánchez chega hoje a cogitar até a existência de uma *terceira velocidade*, característica do Direito penal do inimigo, resultante da conjugação dos aspectos punitivos da primeira velocidade (as penas

A principal vantagem, segundo o autor, da introdução desta *segunda velocidade* é viabilizar a atuação do Direito penal na repressão da criminalidade contemporânea, globalizada, com a manutenção do poder judiciário na aplicação das novas normas (uma vez que não seria substituído pela administração pública)¹⁷⁴. Permitiria ao Direito penal também responder a esta nova criminalidade, estabelecendo os espaços razoáveis de expansão, de modo a evitar que a produção legislativa da sociedade globalizada – crescentemente voltada para a eficiência – traduza-se em um Direito penal ainda mais agressivo¹⁷⁵.

1.6.2 Problemas da proposta de Silva Sánchez

Segundo Donini, no entanto, a segunda velocidade do Direito penal não é uma característica restrita ao Direito penal contemporâneo. Conforme o autor italiano, as duas velocidades constituem uma característica recorrente do Direito penal de toda a segunda metade do século XX, especialmente marcado – na Itália e na França – pela existência de uma infinidade de faltas previstas dentro e fora do Código penal destes países¹⁷⁶. A interpretação de vanguarda oferecida por Silva Sánchez, na visão do autor, é a proposta de alteração dos pressupostos de aplicação de pena (regras de parte geral dos Códigos penais) em relação aos delitos e sanções de segunda velocidade.

As propostas de Hassemer e Silva Sánchez, neste sentido, encontram muitos paralelos, ao postularem a possibilidade/necessidade de restringir o Direito penal a um núcleo de condutas, reservando para este núcleo a imposição de penas restritivas de

privativas de liberdade) com a flexibilização das garantias processuais características do Direito penal de segunda velocidade.

¹⁷⁴ Problema enfatizado em seu artigo: SILVA SÁNCHEZ, Jesús Maria. Hacia el derecho penal del ‘estado de la prevención’. La protección penal de las agencias administrativas de control en la evolución de la política criminal. In: SILVA SÁNCHEZ, Jesús Maria. (Org.) *Libertad económica o fraudes punibles?: riesgos penalmente relevantes e irrelevantes en la actividad económico-empresarial*. Barcelona: Marcial Pons, 2003, p. 307-332.

¹⁷⁵ A resposta social exigida é manifestamente punitivista, de modo que o caráter de expansão seletiva do Direito penal nestes delitos traduza-se em uma maior severidade da punição, e alerta para o perigo de que um Direito penal da globalização resulte em um aparato repressivo mais severo do que qualquer outro sistema penal anterior. Cf. *La expansión* ...cit., p. 88.

¹⁷⁶ O autor aponta que cerca de 90% das leis penais especiais estão constituídas por faltas, sendo que existem aproximadamente 500 delitos no Código penal italiano, e cerca de 5 mil fora dele. *El Derecho penal frente a los desafíos de la modernidad*...cit., p. 371.

liberdade. Assim, defendem conjuntamente a flexibilização de garantias constitucionais e processuais compensada pela exclusão das penas restritivas de liberdade¹⁷⁷.

Como aponta Sarcedo, o que se apresenta como problemático a Silva Sánchez não é propriamente a expansão do Direito penal, mas sim a expansão do Direito penal “cominador de pena privativa de liberdade”¹⁷⁸.

Ao contrário de Hassemer, contudo, que visualiza o Direito de intervenção como ramo independente do sistema penal, Sánchez defende a manutenção das condutas do Direito penal de segunda velocidade dentro do mesmo, ou seja, seguindo regras processuais penais, aplicadas por um juiz togado, e inclusive dentro da mesma estrutura física (sala de audiências, aparato policial, presença do Ministério público), pois acredita que o potencial estigmatizante do processo penal, bem como a força comunicativa do sistema penal, funcionem melhor como estratégia de prevenção geral¹⁷⁹. A definição de condutas dentro do Direito penal teria o condão de diminuir a tendência à administrativização desta área, em um processo que Sánchez considera um dos grandes problemas político-criminais modernos¹⁸⁰.

Para possibilitar, contudo, que algumas condutas permaneçam no Direito penal, porém com regras alteradas de investigação e imputação de responsabilidade, Sánchez propõe fragmentar a teoria do delito, modificando princípios reitores do Direito penal para que as garantias e técnicas de aplicação do tipo penal sejam mais facilmente manejadas pelo aplicador no momento de perseguir a criminalidade contemporânea. Esta segunda “velocidade” do Direito penal seria, então, “la renuncia a la teoría del delito como teoría general y uniforme del ilícito penal”.¹⁸¹

¹⁷⁷ Sánchez ressalta os paralelos da sua teoria com a de Hassemer, afirmando que ambas possuem muitos pontos de contato, sendo a principal diferença entre ambas a manutenção, dentro do Direito penal, de condutas às quais não seja imputada pena restritiva de liberdade, especialmente em virtude da força comunicativa do Direito penal e da maior isenção política do judiciário, quando comparado com a autoridade administrativa. *La expansión...*, p. 171.

¹⁷⁸ SARCEDO, Leandro. *Crítica constitucional às tendências político-criminais aplicáveis aos crimes econômicos na sociedade contemporânea*. 2010. Dissertação (Mestrado em Direito Penal) Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2010, p. 136.

¹⁷⁹ Sanchez afirma haver uma “osmose” entre os grupos de infrações penais nucleares e não nucleares, que manteriam a capacidade comunicativa do Direito penal, ainda que não haja possibilidade de pena. *La expansión...*, p. 178.

¹⁸⁰ FEIJOO SANCHEZ, Bernardo. Sobre la administrativización del derecho penal en la sociedad de riesgos...cit., p. 139.

¹⁸¹ *La expansión ...cit.*, p. 95.

Esta flexibilização pode ser dar, por exemplo, com a ampliação dos deveres de garantia, estendendo a possibilidade de responsabilização por omissão em condutas não previstas pelo direito (como a sempre mencionada responsabilidade por organização, formulada por Jakobs), a diminuição das hipóteses de reconhecimento de erro de tipo e erro de proibição, uma vez que se exige do indivíduo um grau superior de cuidado e informação, de modo a não infringir o *principio de confianza*¹⁸², (este último entendido como requisito de imputação objetiva formulado também por Jakobs), a ampliação das hipóteses de reconhecimento de autoria¹⁸³, autoria mediata, coautoria, e participação,¹⁸⁴ bem como as crescentes previsões de responsabilidade penal da pessoa jurídica.

Hassemer, por outro lado, visa justamente evitar a fragmentação das estruturas da teoria geral do Direito penal, motivo pelo qual exclui de sua tutela as ações de difícil tratamento dentro do sistema penal tradicional, “clássico”.

Vale mencionar, também, que se as duas teorias possuem muitos pontos de contato – especialmente no tocante ao protesto contra o modo contemporâneo de se produzir e pensar o Direito criminal – comportam também divergências na interpretação das soluções possíveis para a expansão penal. Conforme podemos observar nas considerações sobre Hassemer¹⁸⁵ (a partir de referências aos princípios de garantismo penal), este possui uma perspectiva de resistência absoluta a este tipo de produção legislativa, ao passo que Silva Sánchez apresenta a propensão atual de aumento do número de normas incriminadoras como uma etapa irreversível da reformulação do Direito penal contemporâneo.

Tendo em vista que o Direito de intervenção não se viu plenamente desenvolvido por Hassemer, sua proposta se mantém somente enquanto sugestão teórica. Silva Sánchez, todavia, partindo dos mesmos referenciais críticos que Hassemer, teve oportunidade de delinear melhor a sugestão de um Direito penal de duas velocidades. Esta delimitação mais

¹⁸² Cf. MARAVÉR GOMEZ, Mario. *El principio de confianza en derecho penal*. Madrid: Tirant lo Blanch, 2009.

¹⁸³ Mesmo autores mais tradicionalmente garantistas, como Santiago Mir Puig, tem revisado suas teorias para ampliar os casos de ação punível como autoria, para abranger especialmente os “agentes de trás” nos casos de delitos econômicos e societários, a partir da teoria da adscrição, ou da “pertinência do fato” *Derecho Penal, parte general*. Barcelona: Reppertor, 2011.

¹⁸⁴ A esse respeito, vale observar a análise de ROBLES PLANAS acerca das hipóteses de participação no delito, ao afirmar que a participação possuiu um desvalor próprio, diminuindo a acessoriedade da conduta do partícipe em relação ao autor. ROBLES PLANAS, Ricardo. *La participación en el delito: fundamentos y límites*. Barcelona: Marcial Pons, 2003.

¹⁸⁵ Cf. *El derecho penal en los tiempos de las modernas formas de criminalidad...cit.*, p. 15-28.

clara da proposta fez com que as contribuições de Sánchez fossem mais bem acolhidas, inclusive pela doutrina administrativa, que identifica a proximidade das propostas do autor com a imposição de sanções penais que não impliquem penas restritivas de liberdade¹⁸⁶.

Contudo, permanece a crítica à falta de definição sobre o que deve permanecer no núcleo duro do Direito penal, o que pode ser transpassado à segunda velocidade, quais garantias podem ser flexibilizadas.

1.6.3 A área limítrofe dos sistemas repressivos

Muitas críticas são tecidas ao modelo sugerido por Silva Sánchez. Especialmente em relação ao seu excessivo *pragmatismo jurídico*¹⁸⁷, por não explicitar porque pretende ser mais restritivo na aplicação de sanções aos bens jurídicos mais necessários, plasmados no núcleo duro, e expansivo no que é menos necessitado (bens coletivos e delitos sem vítimas).

Esta crítica, entretanto, representa um ponto importante na teoria de Silva Sánchez, e que também será objeto de alguma reflexão neste trabalho. Refere-se à dificuldade em se distinguir entre os comportamentos que devem necessariamente integrar as diferentes áreas sancionadoras do Estado: Direito penal, Direito das contravenções penais, e Direito administrativo sancionador.

Segundo Silva Sánchez, há certos grupos de delitos que integram indubitavelmente o núcleo duro do Direito penal (delitos contra a vida, a integridade física, a dignidade sexual), e outros que certamente devem estar fora da tutela penal, especialmente aqueles que representem mera reconfirmação da norma administrativa (como alguns delitos fiscais, ambientais, e infrações cometidas por pessoas jurídicas).

¹⁸⁶ GOMEZ TOMILLO e Manuel; RUBIALES, Iñigo Sanz. *Derecho administrativo sancionador: parte general*. Cizur Menor: Aranzadi, 2010, p. 66

¹⁸⁷ GOMEZ TOMILLO e RUBIALES. *Derecho administrativo sancionador...* cit., p. 60. Ainda, não interpretamos assim a teoria de Silva Sanchez, pois os pressupostos que traça para determinar se uma infração pertence ao núcleo duro do Direito penal estão principalmente voltados para a interpretação valorativa que o autor dá a este grupo de delitos, e pela reprovação ética que identifica nos mesmos. Em outras palavras, não nos parece que Silva Sanchez tenha uma aproximação pragmática, senão valorativa, de modo que as críticas que se podem tecer aos seus pressupostos seriam mais bem fundadas, talvez, no excesso de peso dado pelo autor às concepções éticas e valorativas do Direito penal e da pena.

Haveria, contudo, uma ampla *zona cinzenta* entre as áreas sancionadoras, em relação às quais o legislador estaria livre para eleger onde situá-las: no Direito penal, ou no administrativo sancionador, por exemplo¹⁸⁸. Neste aspecto, as mesmas dificuldades seriam encontradas pelo legislador penal para decidir sobre a inserção de determinada conduta no conjunto de regras de primeira ou segunda velocidades do Direito penal.

Julio B. Maier destaca a dificuldade de delimitação exata entre as duas fronteiras, e a existência da chamada “zona cinzenta” apontada por Silva Sánchez:

Resulta más que difícil, imposible, trazar una frontera absolutamente exacta al ámbito de cosas, situaciones o personas que menta un concepto determinado, de manera tal que no se confunda con su vecino o, mejor aún, con su opuesto contradictorio, porque *los mojones que marcan la frontera no existen y solo es posible indicar una franja fronteriza*¹⁸⁹.

Sobre este problema, especificamente, podemos sublinhar que Silva Sánchez aponta as primeiras luzes para sua resolução. Para o autor, os critérios de delimitação dos bens jurídicos e garantias penais que pressupõem a imposição de uma sanção possuem natureza *valorativa*. Assim, determinar qual delito integra ou não o Direito penal – e qual o tratamento que deve receber dentro deste ordenamento – é uma escolha valorativa penal, que deve ser capaz de orientar o labor legislativo.

Os elementos de política criminal e de criminologia, para o autor, são contribuições necessárias e bem vindas para o Direito penal, mas a decisão pela transformação de determinada conduta em delito será sempre valorativa. Nesse sentido, podemos identificar que para o autor a diferença entre as duas áreas tem um fundo teleológico, voltado sempre para as finalidades da pena¹⁹⁰.

Também segundo Hassemer, o Direito penal material tem sua própria zona cinzenta, que varia consideravelmente conforme o tipo de norma penal¹⁹¹. Comparando o tipo de homicídio e furto, avalia as gradações de regras e sanções relacionadas a cada um deles, bem como a possibilidade de descriminalização de determinados furtos (como o furto famélico), o que não se cogitaria nos delitos contra a vida.

¹⁸⁸ *Aproximación al Derecho penal...* cit., p.50 e ss.

¹⁸⁹ MAIER, Julio. El Derecho contravencional como Derecho administrativo sancionador. In: PÁSTOR, Daniel; GUZMÁN, Nicolás (Orgs.). *Problemas actuales de la Parte general del Derecho penal*. Buenos Aires: Ad Hoc, 2010, p. 39.

¹⁹⁰ SILVA SÁNCHEZ, Jesús Maria. *Aproximación al derecho penal...*cit., p. 10.

¹⁹¹ La persecución penal: legalidad y oportunidad. In: *Revista de derecho penal*, n. 2, 2001, p. 68

Outro argumento frequentemente suscitado pela doutrina contra a proposta de uma segunda velocidade do Direito penal, e inclusive adotada e reconhecida por Silva Sanchez, é que muitas vezes a sanção administrativa pode ter traços tão graves quanto a sanção penal.¹⁹²

Neste aspecto também insistimos na “zona cinzenta” mencionada por Sánchez, pois ninguém duvida da gravidade de uma longa pena restritiva de liberdade em regime fechado. Nesse caso, a sanção penal é evidentemente mais grave que qualquer sanção administrativa. No mesmo sentido, carece de qualquer relevância penal a imposição de uma multa de trânsito, por exemplo, onde a sanção administrativa está claramente delineada, e é de lesividade muito restrita¹⁹³.

Todavia, uma sanção administrativa de afastamento definitivo de cargo ou função pública, ou uma multa que comprometa a continuidade da empresa pode ser tão grave quanto a imposição de uma pena restritiva de direitos, ou até de uma pena restritiva de liberdade em regime aberto, como observaremos com maiores detalhes no capítulo quarto.

Nesta zona de difícil delimitação, caberia a decisão democrática (política) de qual sanção adotar. Silva Sánchez oferece sua proposta reconhecendo que, ao final, nestas áreas limítrofes, a decisão entre uma ou outra sanção é intercambiável, e baseia-se em critérios de conveniência e política criminal.

Por fim, cabe mencionar a proposta de Stratenwerth que, no mesmo sentido de Hassemer e Silva Sánchez, porém com um viés expansionista, propõe a formulação de um novo Direito penal, ao que se convencionou chamar de terceira via¹⁹⁴.

Esta terceira via evidencia a discordância do autor com a posição de Hassemer sobre a redução do Direito penal a um núcleo duro, pois a volta do Direito penal para o seu campo mínimo de atuação poderia significar uma medida desproporcional entre as novas ameaças e os meios de repressão. Segundo Bottini, Stratenwerth defende a proteção penal antecipada das situações de perigo, por meio da atuação mais efetiva do Poder Executivo e

¹⁹² TOMILLO e RUBIALES (Op. cit., p. 64) indicam, por exemplo, que algumas sanções administrativas podem ser inclusive mais graves que as penais: separação definitiva de funcionários públicos de seus cargos, suspensão para o exercício de uma profissão, e inclusive a sanção de arresto do Direito disciplinar militar.

¹⁹³ DONINI, op. cit.

¹⁹⁴ TOMILLO; Gomez. Consideraciones en torno al campo límite entre el derecho administrativo sancionador y el derecho penal. In: *Revista Actualidad Penal*, nº 4, 2000, p. 69-89. Citação à p. 79.

da utilização do Direito penal “como resposta à ausência de políticas públicas de intervenção e prevenção”¹⁹⁵

1.7 Críticas ao Direito de intervenção

O sistema alternativo delineado por Hassemer foi merecedor de diversas críticas por parte da doutrina, com base nos mais diversos conteúdos e argumentos. Há, praticamente, maior quantidade de material bibliográfico disponível sobre as críticas que se elaborou ao sistema do autor, do que propriamente páginas redigidas por Hassemer sobre o sistema do Direito de intervenção.

O levantamento de tais críticas que buscamos fazer aqui, apesar de pouco sintético, justifica-se diante da hipótese deste trabalho, de que o Direito administrativo sancionador pode encontrar muitos paralelos com o Direito de intervenção. Dessa forma, é importante que acompanhem as ressalvas que foram traçadas a este modelo com atenção para a pertinência das mesmas ao sistema sancionador administrativo.

1.7.1 Direito penal de classes

A crítica mais contundente contra a proposta de Hassemer, seguramente, refere-se ao caráter classista de sua proposta. Assim, a separação entre delitos de “segunda velocidade”, característicos da criminalidade moderna, seriam delegados ao tratamento do *Direito de intervenção*, reservando-se as penas de privativas de liberdade para os delitos nucleares.

A prisão, nesse sentido, estaria restrita às classes de autores já conhecidos pelo sistema penal (dependentes químicos, “marginais”, reincidentes), que passarão pelo processo de execução da pena, não somente selecionados pelo Direito penal do fato, mas pelo processo de seleção “real y natural de la vida”¹⁹⁶.

¹⁹⁵ BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Crimes de perigo abstrato ...cit.*, p. 104.

¹⁹⁶ DONINI, op. cit., p. 385.

O Direito de intervenção, nesse sentido, representaria uma volta ao Direito penal de classes, só persistente para os clientes tradicionais do sistema penal, onde quem furta deve suportar pena de prisão, e quem pratica um delito econômico deve submeter-se a normas de intervenção (ou administrativas). Ou seja, “que direciona o Direito penal ao delinquente tradicional, oriundo das camadas marginalizadas da população, enquanto o afasta das condutas perpetradas pelas classes dominantes e mais abastadas”¹⁹⁷.

Esta crítica é inafastável do sistema desenhado por Hassemer, e se encontra sintetizada na seguinte reflexão de Donini:

Para esta clase de autores no escribimos demasiadas monografías o análisis, no nos interrogamos sobre las bases empíricas de la prevención general o sobre las alternativas al Derecho penal. Basta aplicar los delitos naturales de siempre, o quizás alguna que otra regla nueva *ad hoc* (como por ejemplo sucede con la inmigración)¹⁹⁸.

Nesse mesmo sentido, afirma Feijoo Sanchez que um Direito penal liberal, nos moldes do defendido pela “Escola de Frankfurt”, será sempre um Direito apenas das classes mais integradas¹⁹⁹

Também adverte Raul Cervini que a separação entre Direito penal econômico e Direito penal tradicional, no estilo proposto por Hassemer e Silva Sánchez, pode ser inconveniente e perigoso, pois terá como consequência a crescente separação do objeto de tutela e uma maior seletividade do sistema penal. Esta segunda consequência, prossegue Cervini, se traduz no fato de que a pena privativa de liberdade continuará sendo aplicada aos mais vulneráveis, aos delitos de menor ofensividade e acentuará a natureza não somente seletiva, mas também aleatória do sistema penal²⁰⁰.

¹⁹⁷ BOTTINI, op. cit., p. 101.

¹⁹⁸ DONINI, op. cit., p. 386.

¹⁹⁹ Nas palavras do autor: “La consecuencia social de la propuesta de esta escuela es mantener un Derecho penal en la línea de von Liszt, que se ocuparía principalmente de la delincuencia de los marginados (drogodependientes, extranjeros, extracomunitarios, etc.) y dejaría fuera del Derecho penal los delitos característicos de las clases más integradas. El Derecho penal se ocuparía así casi en exclusiva de la periferia del orden social.” FEIJOO SANCHEZ, Bernardo. *Retribución...* cit., p. 447. (Grifos nossos).

²⁰⁰ CERVINI y ADRIASOLA apud TERRADILLOS BASOCO, Juan María. Sistema penal y empresa. In: TERRADILLOS BASOCO, Juan María; ACALE SÁNCHEZ, María. (Orgs.). *Nuevas tendencias en Derecho penal económico*. Cádiz: Universidad de Cádiz, 2008, p. 35.

Tal crítica foi primeiramente formulada por Lüderssen²⁰¹ que, partindo de seu referencial abolicionista moderado, e do conjunto de reflexões da “Escola de Frankfurt”, aponta para a necessidade de que estratégias alternativas à pena de prisão sejam pensadas para todos os delitos, e não somente para aqueles característicos do Direito penal moderno.

1.7.2 Discurso de resistência à modernização

Feijoo Sanchez, por outro lado, critica a resistência de Hassemer às propostas de modernização do Direito penal, devido aos novos fenômenos sociais inerentes ao tempo histórico presente, que vedariam a redução aos bens jurídicos individuais. Para o autor espanhol, a deficiência da teoria de Hassemer reside no fato de que, na busca de soluções para os problemas do atual Direito penal, produz-se um modelo disfuncional, “pensado para contextos históricos completamente distintos”²⁰².

Gracia Martin, por sua vez, critica Hassemer pelo caráter de seu discurso, acusando-o de trazer uma proposta regressiva de Direito penal, devido a seu ultraliberalismo e excessivo individualismo²⁰³.

Faz parte das objeções do autor também a interpretação de que o Direito de intervenção representa uma ofensa ao princípio de igualdade material, ao tratar de maneira diferente modalidades diversas de ataque ao patrimônio (a depender de ser este público – crimes contra a ordem econômica – ou privado – crimes contra o patrimônio). Figueiredo Dias também ressalta a desigualdade do sistema de Hassemer como afronta ao princípio constitucional de igualdade de todos perante a lei²⁰⁴.

Schünemann, neste mesmo sentido, acusa de reacionária a tese de Hassemer sobre a exclusiva proteção de bens jurídicos individuais, por bloquear as necessárias contribuições da doutrina penal à formulação consequente dos delitos de perigo abstrato,

²⁰¹ Zurück zum guten alten, liberalen, anständigen Kernstrafrecht? In: *Abschaffen des Strafsens?* Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1995, p.381.

²⁰² FEIJOO SANCHEZ. *Retribución y prevención general...*cit., p. 441.

²⁰³ *Prolegómenos para la lucha por la modernización y expansión del derecho penal y para la crítica del discurso de resistencia*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2003, p. 36.

²⁰⁴ FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. Sobre a autonomia dogmática do Direito penal econômico: uma reflexão à luz do novo Direito penal econômico português. In: *Revista de estudios penales y criminológicos*, nº 9, 1984-1985, pp. 37-70.

pois para o autor a ampliação desta espécie de tipos penais é um “beco sem saída” que pede a contribuição de toda a ciência do Direito penal²⁰⁵

Prossegue o mencionado autor, ponderando que a teoria pessoal do bem jurídico de Hassemer desconsidera dois aspectos essenciais: não se pode vincular a proteção de bens individuais à existência de um contrato social, como faz Hassemer, (sob pena de dever-se renová-lo a cada nascimento ou a cada geração), pois tal contrato deve ser filosoficamente compreendido como tendo toda a humanidade como signatária, incluindo também as gerações futuras. Daí a pauta de Schünemann, de que o Direito penal é um instrumento importante de proteção das gerações futuras.

Em segundo lugar, a teoria pessoal do bem jurídico não levaria em conta a potencialidade lesiva de determinadas condutas, no estado de desenvolvimento tecnológico em que se encontra a sociedade contemporânea²⁰⁶.

No mesmo sentido da crítica de Schünemann – sobre a necessidade de atualização do Direito penal em vista do desenvolvimento tecnológico de nossa sociedade – Jakobs postula que os problemas sociais tem sempre acolhida no Direito penal, enquanto sistema social parcial. Por isso, entende cabível exigir do Direito penal a incorporação de novos problemas sociais, até que o sistema jurídico “alcance a complexidade adequada com referência ao sistema social”²⁰⁷.

Feijoo Sanchez compartilha a crítica de Jakobs, afirmando que o Direito penal não pode se definir independentemente da forma, problemática e características da sociedade na qual está inserido, de modo que não poderia manter-se impermeável aos avanços tecnológicos e às demais transformações que vão se configurando na sociedade²⁰⁸.

1.7.3 Direito penal como controle e reprovação social

²⁰⁵ *Consideraciones críticas sobre la situación espiritual...* cit., p.33 e 35.

²⁰⁶ Nesse sentido, afirma o autor que: “la constante sobreexplotación de los recursos naturales, el hecho de ubicar los delitos patrimoniales en el sector central del Derecho penal, mientras que al mismo tiempo se quiere remitir la mayor parte de los delitos medioambientales al campo de las infracciones administrativas, como lo propone la escuela de Frankfurt, tiene que parecer atávico” Ibid., p. 23.

²⁰⁷ JAKOBS, Günther. *Sociedad, norma y persona en una teoría de un derecho penal funcional*. Madrid: Civitas, 2006, p. 21.

²⁰⁸ FEIJOO SANCHEZ, Bernardo. *Sobre la administrativización del derecho penal...*cit., p. 152.

Além das críticas que remetem ao estigma social embutido na proposta do Direito de intervenção, identificamos também como problemática a própria fundamentação do Direito penal convencionada por Hassemer, o que se vê refletido na sua concepção do novo ramo sancionador citado.

Para o autor, a sanção é inerente ao convívio cotidiano, através das formas mais variadas de controle social, na escola, nas relações familiares, e logicamente também nos tribunais²⁰⁹. Esta reprovação social é o que Hassemer atribui como base do Direito penal nuclear, sem considerar que a reprovação social, muitas vezes, pode ser ilegítima dentro de um sistema penal democrático.

Hassemer critica o fato de que hoje um grande número de tipos penais sejam redigidos para dar conta de demandas sociais ideologicamente influenciadas, como o interesse na proteção penal da vida saudável ou o medo às drogas, valoradas hoje com a mesma força que tinha a moral sexual dominante há algumas décadas²¹⁰.

A partir da crítica do autor às demandas contemporâneas pela pena, chama-nos atenção o fato de que Hassemer fundamente a função da pena e do Direito penal no caráter intuitivo da noção social de necessidade de reprovação. Isto pois, se o próprio autor critica o tipo de consenso social que se tinha sobre a criminalização da homossexualidade, bem como o que existe hoje em alguns casos (a preocupação com a saúde, drogas etc.), parece pouco razoável fundamentar a relação do Direito penal com a sociedade a partir da noção social de pena, de retribuição natural, especialmente em uma sociedade tão marcada por preconceitos e demandas incriminatórias.

Afirma o autor que o Direito penal se legitima na medida em que formaliza o controle social²¹¹, desde que possa manejar dentro do possível a proteção dos Direitos Humanos.

Sem pretender fazer do Direito penal um instrumento de transformação para o futuro, ou de introjeção de novos valores por meio da norma, entendemos que atrelá-lo absolutamente ao controle social tradicional é mantê-lo a serviço das ideologias menos

²⁰⁹ Cf. HASSEMER, NAUCKE, LÜDERSEN.. *Principales problemas ...cit., passim*.

²¹⁰ Teoría personal del bien jurídico...cit., p. 284.

²¹¹ Derecho penal y filosofía del derecho en la Republica Federal de Alemania. In: *Doctrina penal: teoría y práctica en la ciencias penales*, vol. 14, n. 53, 1991, p. 94.

progressistas, dispensando-se do debate acerca da validade dos próprios consensos sociais na fundamentação do Direito penal, bem como das escolhas valorativas que devem ser criticamente avaliadas no processo legislativo.

O próprio autor reconhece a pertinência da crítica acima, e afirma que uma política criminal racional não consiste em estigmatizar como tal a irracionalidade social e então ignorá-la, senão em transformá-la em racionalidade²¹².

Assim, conforme argumentamos, é necessário que o Direito penal se mantenha historicamente atual, enquanto produto de sua época, desde que se mantenha, ao mesmo tempo, crítico em relação à demandas criminalizantes, apelos sociais de fundo moral, e ideologias conservadoras (por exemplo, em relação aos imigrantes). O método para fazê-lo de forma consistente, no entanto, permanece em aberto nas teorias que analisamos.

1.7.4 Manutenção de um conjunto repressor amplo

Outra crítica que verificamos, estas direcionadas igualmente às teorias de Hassemer e Silva Sánchez, é que a despeito da possível redução do recurso à pena restritiva de liberdade que podem acarretar, sua concretização não implicaria necessariamente um Estado menos repressor. Pois ambos os autores não oferecem saída para a ampliação de outros ramos sancionadores, ou para a formulação de infundáveis normas repressivas, ainda que estas não culminem sanções que afetem a liberdade.

Quando nos debruçamos sobre a obra do autor evidencia-se o fato de que a fundamentação do Direito penal nos valores sociais e na proteção de expectativas também não necessariamente se coaduna com uma visão minimalista do Direito penal, que é o ponto de partida para a criação do Direito de intervenção. A pequena criminalidade cotidiana (furtos, infrações de trânsito) pode, por exemplo, ser mais rechaçada pelos cidadãos do que a grande criminalidade transnacional, obscurecida pela pouca identificação das vítimas (como o tráfico de drogas, a corrupção, fraudes econômicas etc.).

Helena Lobo da Costa aponta a crítica à identificação que Hassemer propõe entre sanções e regras sociais, por entender que nem sempre o que a sociedade entende como culpável traduz-se no Direito penal, e que a aproximação entre as esferas formais de

²¹² HASSEMER, Winfried. *Perspectivas del derecho penal futuro...cit.*, p. 40

controle social e Direito penal, como realiza Hassemer, coloca em risco a formalização característica deste²¹³.

1.7.5 Prevenção geral e Direito de intervenção

Um outro grupo de autores²¹⁴ posiciona sua crítica ao Direito de Intervenção de Hassemer sob o ponto de vista da prevenção geral, positiva e negativa, sustentando que tal proposta não terá o condão de responder às demandas sociais pela tutela de novas áreas de risco, e que não manterá o mesmo potencial dissuasório característico da norma penal.

Silva Sanchez, nesse sentido, insiste na manutenção de condutas de menor potencial ofensivo dentro do rol de condutas puníveis, devido ao que identifica como *força comunicativa* do Direito penal, ou seja, o potencial de prevenção geral que a norma penal exerce, independentemente da pena que culmine, devido tão somente ao estigma e a consciência de reprovação que transmite aos cidadãos o fato de determinada infração ser considerada crime.²¹⁵

Hassemer, por sua vez, foca-se na necessidade de que os delitos sejam evidentes para a população em geral, para que possa cumprir sua função preventiva²¹⁶.

1.7.6 Indefinição de fronteiras

Outra crítica frequentemente mencionada pela doutrina²¹⁷, já apontada no item anterior, é a dificuldade em definir quais os critérios reitores para determinar quais são os bens jurídicos que merecem tutela do Direito penal, quais concretas garantias poderiam ser restringidas, quais regras de imputação penal poderiam ser modificadas, e quais princípios constitucionais estariam vigentes neste grupo de condutas não sancionadas com penas privativas de liberdade.

²¹³ LOBO DA COSTA, Helena R. *A dignidade humana: teorias da prevenção geral positiva*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 119.

²¹⁴ TOMILLO e RUBIALES, op. cit., p. 55.

²¹⁵ Cf. *La expansión del derecho penal...* cit.

²¹⁶ Crisis y características del moderno Derecho penal...cit., p. 640.

²¹⁷ TOMILLO e RUBIALES, op. cit., p. 83.

Nesse sentido, ressalta Bottini que a dificuldade de concretização da proposta de Hassemer reside justamente nos problemas em se identificar e particularizar os tipos de precaução dos demais delitos de perigo abstrato da legislação penal, de modo que se possa separá-los eficientemente do Direito penal tradicional, seja cominando penas mais brandas, ou remetendo-os ao Direito de intervenção²¹⁸.

Esta dificuldade é encontrada inclusive por Hassemer, que acredita ser necessário, contudo, que o Direito de intervenção se efetive concretamente, antes que seja possível demarcar de forma nítida suas fronteiras e as do Direito penal.²¹⁹

Gomez Tomillo critica a indefinição da proposta do direito de intervenção, indicando alguns fatores cuja adaptação seria altamente complexa: quais figuras deverão integrar o direito de intervenção, que sanções serão a elas vinculadas, quais garantias poderiam sofrer limitações, bem como o grau e o fundamento desta limitação, ou seja, qual o alcance possível deste novo ramo²²⁰.

Segundo Bottini e Helena Lobo da Costa²²¹, o afastamento de garantias, em contraposição ao afastamento de penas privativas de liberdade é um problema evidente da tese de Hassemer. A falta de delimitação do Direito de intervenção poderia levar à arbitrariedades “em nome da contenção eficaz de riscos”²²² e, nesse sentido, a exclusão da pena privativa de liberdade que propõe o autor alemão não pode prescindir de um conjunto de direitos e garantias, como o princípio da legalidade e do devido processo legal.

Nesse mesmo sentido, sem negar o interesse do sistema de Hassemer, afirma Feijoo Sanchez que o Direito de intervenção “o bien aporta poco o bien peca de imprecisa, ya que incluso los diversos autores que han intentado aprovechar esta idea de Hassemer no se acaban de poner de acuerdo”²²³.

²¹⁸ BOTTINI. *Crimes de perigo...* cit., p. 289.

²¹⁹ HASSEMER, W. *Perspectivas del derecho penal futuro...* cit., p. 40.

²²⁰ *Consideraciones en torno al campo límite...* cit., p. 81.

²²¹ *Proteção penal ambiental...* cit., p. 206.

²²² BOTTINI. *Crimes de perigo...* cit., p. 92.

²²³ FEIJOO SANCHEZ, Bernardo. *Retribución y prevención general...* cit., p. 423.

Para Stratenwerth o Direito de intervenção seria uma espécie de Direito penal administrativo qualificado, que rotula de outra maneira os mesmos delitos expulsos do Direito penal²²⁴.

De nossa parte, contudo, observamos que não temos poucas são as teorias penais de relevo atualmente, fora da escola de Frankfurt e os autores de ideias correlatas, que postulam uma atualização das teorias de Direito penal mínimo e intervenção mínima.

1.8 Outras críticas ao pensamento de Hassemer

1.8.1 Princípio de oportunidade no processo penal

A dicotomia do autor também se manifesta na sua posição sobre princípios processuais penais. Ao comentar o princípio de oportunidade no processo penal, vê como problemática sua prática (razões de oportunidade), na medida em que implicaria menor significado do julgamento penal frente aos olhos dos cidadãos, diminuiria o controle de punibilidade, e redundaria especialmente na desistência do processo em uma parcela considerável da criminalidade de massas (tráfico, furtos etc.)²²⁵. Para evitar tais consequências, sugere que o princípio de oportunidade esteja sempre limitado pelo princípio de legalidade.

Compreendemos que a falta de limites do princípio de oportunidade nas mãos dos agentes do Estado possa abrir as portas para uma seleção arbitrária dos casos eventualmente submetidos a juízo, fonte de ameaças e insegurança jurídica. O que ressaltamos, contudo, é o caráter problemático do argumento utilizado pelo autor para fazer frente à prática da oportunidade, qual seja, o risco de que se deixe de punir a criminalidade de massas.

A recusa de Hassemer em admitir o princípio de oportunidade, tendo em vista o risco de afastar o julgamento de um grande número de delitos de massa nos parece

²²⁴ TOMILLO, M. G. Consideraciones en torno al campo límite...cit., p. 79.

²²⁵ La persecución penal: legalidad y oportunidad...cit., p.67.

ressaltar a crítica já apresentada, de que em realidade a formulação do autor representa um Direito penal de classe.

1.8.2 Os bens jurídicos individuais

Sob outro ponto de vista, uma parcela da doutrina²²⁶ critica a teoria de Hassemer no que diz respeito a restringir o Direito penal clássico aos bens jurídicos individuais, ou de bens coletivos que possam ser reconduzidos à lesão a um interesse individual. Os críticos desta teoria apontam para a necessidade de tutela penal de determinados bens jurídicos supra-individuais.

Schünemann, por exemplo, observa que algumas mudanças sociais de nosso tempo são permanentes, e produziram mudanças irreversíveis para o Direito penal, conduzindo à necessidade de tutela de bens jurídicos coletivos²²⁷. Estas mudanças sociais exigiriam uma atualização da proteção fornecida pelo Direito penal, de maneira que a recusa da tutela deste ramo sobre tais bens coletivos incidiria diretamente sobre a legitimidade e eficácia do Direito penal.

Para este autor, tanto os delitos contra as pessoas quanto delitos contra a ordem econômica merecem a intervenção penal, por motivos de necessidade de proteção dos bens jurídicos supra-individuais, de prevenção geral, e especialmente pela falta de legitimidade que recairia sobre o Direito penal na hipótese de uma percepção de desproteção²²⁸.

Ademais, como já mencionado, Schünemann é um dos principais autores a defender que uma das funções do Direito penal é a proteção de gerações futuras²²⁹, no que

²²⁶ Cf. MENDOZA BUERGO, Blanca. *El derecho penal en la sociedad del riesgo*. Madrid: Civitas, 2001.

²²⁷ É importante mencionar aqui, contudo, que as ideias de Schünemann sobre a proteção de bens jurídicos espiritualizados também não encontra acolhida uniforme por parte da doutrina, pois, da mesma forma como Hassemer não traça os contornos possíveis do Direito de intervenção, Schünemann também tem dificuldade em definir tal classe de bens jurídicos “espiritualizados”, como identificar o grau de esividade ou os traços da conduta punível. JORGE SILVEIRA, Renato de Mello. *Direito penal econômico como direito penal de perigo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 152.

²²⁸ Cf. *Consideraciones críticas sobre la situación espiritual...cit., passim*.

²²⁹ SCHÜNEMANN, Bernd. No que se refere especificamente aos delitos ambientais, Schünemann defende sua pertinência ao Direito penal por uma questão de proteção das gerações futuras, pelo direito que todos os participantes do pacto social (entendido como pacto permanente, que não se renova a cada geração) de desfrutar em igualdade dos recursos à disposição na natureza. *Consideraciones críticas sobre la situación espiritual de la ciencia jurídico-penal alemana*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1996, p. 20. Também em: El principio de protección de bienes jurídicos como punto de fuga de los límites constitucionales de los tipos penales y de su interpretación. In: HEFENDEHL, Roland. *La teoría del bien*

é seguido por uma parcela importante da doutrina²³⁰. Segundo esta linha de pensamento, a legitimidade do Direito penal, ao contrário do que sugere Hassemer, residiria justamente na proteção de bens jurídicos coletivos, o que à luz da retração do alcance da ação do Estado a partir da década de 1990, constituiria uma das poucas funções que em nenhuma hipótese poderiam ser desempenhadas pelo setor social em questão ou pelo Direito privado²³¹.

Segundo esta corrente crítica, a lesividade da conduta, seu potencial de séria agressão ao bem jurídico, e não somente o bem jurídico abstratamente considerado, deveriam ser os critérios delimitadores da intervenção penal. Esta abstração em relação aos bens jurídicos supra-individuais, como aponta Feijoo Sanchez, acaba conduzindo ao decisionismo²³².

Esta, todavia, não é uma crítica que se restringe a Hassemer, ou à “Escola de Frankfurt”, mas representa a querela doutrinária mais ampla sobre a capacidade do conceito de bem jurídico de restringir o recurso ao Direito penal, bem como representar o conteúdo do tipo, dado seu alto grau de abstração. Sendo assim, é necessário mencionar aqui que, independentemente da contenda sobre a legitimidade do Direito penal assentar-se ou não nos bens jurídicos, o que pretende Hassemer é excluir do Direito penal os bens coletivos que representem a proteção de instituições, unidades de valor, sistemas de organização.

Segundo Feijoo Sanchez, a solução de muitos dos problemas colocados por Hassemer sobre a implementação de normas baseadas em bens jurídicos supra-individuais não está na restrição do Direito penal à teoria pessoal do bem jurídico, mas sim no desenvolvimento de uma teoria pessoal da imputação, a partir de critérios mais rígidos de atribuição de responsabilidade e comprovação de nexos causais²³³. Este aspecto, contudo, é ausente na construção de Hassemer.

jurídico: fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático? Madrid: Marcial Pons, 2007, pp. 197-226.

²³⁰ Indicam TOMILLO y RUBIALES: “estimamos sustancialmente correctas las ideas de Schünemann”. Op. cit., p. 56.

²³¹ FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo. Sobre la “administrativización” del derecho penal...cit., p. 152.

²³² Afirma o autor: “Cualquier bien jurídico (incluso bienes jurídicos como la paz pública o el orden público) se puede vincular mediante el correspondiente nivel de abstracción a intereses personales”. *Retribución y prevención general...*cit., p. 433.

²³³ Ibid., p. 437.

Corcoy Bidasolo, ao analisar a legitimidade de proteção penal do meio ambiente, dada sua relevância, entende que sua tutela não poderia ser delegada para a exclusiva competência da Administração pública, pois a intensa degradação dos ecossistemas poderia trazer consequências tão ou mais graves para a coletividade que um delito contra um bem individual.²³⁴ Sendo assim, a tutela penal do meio ambiente, para a autora, não significa o reforço criminal de uma norma administrativa, consistente na desobediência de determinadas regras técnicas, mas sim a função de prevenção geral que compete ao Direito penal em reprimir condutas que possam aparecer, *ex ante*, como lesivas ao meio ambiente e às vítimas potencialmente atingidas pelo resultado do dano ambiental.

Além da relevância de determinados bens jurídicos para justificar que o Direito penal não deve ser reduzido ao seu núcleo duro, Corcoy Bidasolo oferece um argumento prático que não pode ser desconsiderado pelo penalista: a participação, e às vezes até o interesse, da Administração Pública na realização de delitos ambientais e urbanísticos.

Menciona Corcoy que, em não poucos casos, a administração contribui com o delito por meio de autorizações irregulares, corrupção de funcionários, alteração das normas regionais para atender a interesses políticos ou econômicos, fazendo com que sua atuação seja ineficiente para o fim que deveria buscar (a proteção do meio ambiente). Soma a este contexto também o fato de que a administração, nas hipóteses em que contribui para causar os danos ao meio ambiente, será também o órgão responsável por julgar os particulares, o que seguramente compromete a imparcialidade da decisão e, especialmente, vulnera a proteção que merece tal bem jurídico.

Nesse aspecto, a exclusão de condutas atentatórias a bens coletivos do Direito penal, realocando-os no Direito de intervenção, poderia significar a desproteção destes²³⁵.

Para Schünemann, estão corretas as ressalvas dos autores da “Escola de Frankfurt” sobre o fato de que muitos dos delitos ambientais hoje acontecem por meio de autorizações administrativas, acabando por criminalizar somente uma pequena parcela da real ocorrência destes delitos, convertendo o Direito penal em um instrumento seletivo e

²³⁴ A autora relembra acidentes com resíduos tóxicos industriais na Espanha que causaram intoxicações graves e mortes em comunidades inteiras. CORCOY BIDASOLO, Mirentxu; *Protección penal del medio ambiente: legitimidad y alcance. Competencia penal y administrativa en materia de medio ambiente*. In: CORCOY BIDASOLO, Mirentxu (Org.). *Derecho penal de la empresa*. Navarra: Universidad de Navarra, 2002., p. 613-49.

²³⁵ Contra esta posição, LOBO DA COSTA, Helena R. *Proteção penal do meio ambiente...cit.*

acessório ao administrativo. O que critica o autor alemão, contudo, é a conclusão que os autores radicados na Universidade de Frankfurt retiram desta análise: não se trataria de excluir do Direito penal por sua ineficiência, mas sim formular um Direito Penal ambiental mais eficiente e igualitário, não submetido aos interesses políticos e, sobretudo, empresariais²³⁶.

A intervenção mínima do Direito penal, assim, deveria estar baseada na importância dos bens jurídicos sujeitos a sua proteção e, especialmente, restrita às condutas mais graves.

É ressaltada, nesse sentido, a necessidade de avaliação efetiva do princípio de subsidiariedade²³⁷, ou seja, o parâmetro de intervenção penal não deveria estar baseado no bem jurídico isoladamente, mas na capacidade de proteção a partir de outras áreas do Direito.

Conforme prescreve Roxin, se não houver certeza sobre se outros meios mais leves (como as sanções civis, por exemplo) prometem ou não um êxito suficiente, cabe ao legislador realizar esta estimativa. Por este motivo, segundo o autor, o princípio da subsidiariedade é mais uma diretriz político criminal do que um mandato vinculante. Trata-se de uma questão de política social fixar até que ponto o legislador deve transformar fatos puníveis em contravenções ou considerar adequada a descriminalização, por exemplo, do furto²³⁸.

No sentido desta crítica, Hassemer aponta como mecanismo para evitar os desvios e falhas acima descritos a obrigação de reordenar a fiscalização do meio ambiente e, especialmente tornar a Administração absolutamente transparente em matéria ambiental. Isto seria possivelmente viabilizado, segundo o autor, possibilitando-se o acesso das populações afetadas pela deterioração ambiental às discussões de problemas e elaboração

²³⁶ *Consideraciones críticas sobre la situación espiritual...* cit., p. 26.

²³⁷ “Si realmente es efectivo, el Derecho penal no debería permanecer ajeno a sectores sensibles en los que otras formas de prevención no penal, que en apariencias son preferentes desde la perspectiva de una teórica subsidiariedad, se muestran perennemente ineficaces en la práctica para hacer frente al incumplimiento recalcitrante. FELIP I SABORIT, David. *La ‘expansión’ diez años después*. In: ROBLES PLANAS, Ricardo e SÁNCHEZ-OSTIZ GUTIÉRREZ, Pablo (Orgs.). *La crisis del derecho penal contemporáneo*. Barcelona: Atelier, 2010, p.84.

²³⁸ ROXIN, Claus. *Derecho penal, parte general, tomo I*. Madrid: Thomson Civitas, 2007, p. 67.

de programas de prevenção e recuperação. Com este objetivo, a participação popular ganharia papel central no controle externo da Administração²³⁹.

Nesse contexto, Laura Pozuelo Pérez defende a descriminalização de significativo grupo de delitos que representam, como fim, um reforço da tutela administrativa, sempre que a Administração pública seja capaz de fazer frente a tais ilícitos de maneira eficiente, como indica ser o caso das infrações de trânsito. Todavia, centra sua crítica às propostas de Hassemer no perigo que pode representar para determinados bens jurídicos a retirada da tutela penal, especialmente nos mencionados casos em que a tutela administrativa é ineficiente, já que esta, repetimos, é por vezes ao mesmo tempo juiz e parte no processo²⁴⁰.

A crítica de Hassemer à criminalização de lesões ambientais, no entanto, está voltada para os tipos penais criados com finalidade pedagógica, com o fim de conscientizar a sociedade da valoração negativa deste tipo de conduta²⁴¹. Ainda assim, o que Hassemer não contesta, de maneira geral, é o princípio de subsidiariedade penal para a proteção de bens jurídicos coletivos, sem qualquer referencial individual, quando estes não forem adequadamente protegidos por nenhum outro mecanismo jurídico.

1.9 Conclusões preliminares

Segundo Hassemer, o Direito penal é um fenômeno social e cultural, condicionado historicamente. Uma nova realidade econômica e social demanda respostas atualizadas do Direito penal, pois, para que este tenha legitimidade, é necessário que esteja assentado sobre uma identidade cultural e valorativa e, portanto, enquanto produto histórico, deve manter uma referência temporal e espacial com o contexto que regula²⁴².

²³⁹ HASSEMER, Winfried. A preservação do ambiente através do Direito penal...cit., p. 35. Há de se mencionar, contudo, que a proposta de Hassemer se mostra pouco viável em um país de dimensões como o Brasil, e também em casos de danos ambientais pouco identificáveis, como a poluição do ar em grandes cidades.

²⁴⁰ POZUELO PÉREZ, Laura. De nuevo sobre la denominada "expansión" del derecho penal: una relectura de los plantamientos críticos. In: Vv. Aa. *El funcionalismo en derecho penal: libro homenaje al profesor Günther Jakobs*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003, p. 107 e ss.

²⁴¹ Crisis y características del moderno derecho penal...cit., p. 644.

²⁴² Esta perspectiva de Silva Sánchez é especialmente considerada quando o autor aborda as dificuldades de se elaborar um sistema penal supra-nacional “una ciencia penal de rasgos teleológico-valorativos, si bien puede ser supranacional, independiente de los ordenamientos jurídicos nacionales, no puede independizarse de las culturas, de los sistemas de representaciones valorativas: tiene, por tanto, obvios condicionantes espacio-temporales”. *La expansión...*cit., p. 99. Ver também DONINI, Massimo. *El derecho penal frente a los desafíos de la modernidad...*cit., p.370 e ss.

Esta dependência de elementos históricos e culturais, contudo, não significa que o Direito penal deva necessariamente espelhar todos estes elementos em sua configuração, mas sim que deve incorporar as mudanças sociais com seus próprios instrumentos: não deve ficar alijado do desenvolvimento social contemporâneo, mas sim enfrentar esta nova realidade desde um ponto de vista crítico²⁴³.

Independentemente de nos posicionarmos a favor ou contra a ideia do Direito de intervenção, ou do Direito penal de duas velocidades, ressaltamos a importância de suas contribuições para a atualização do discurso do Direito penal mínimo na atualidade²⁴⁴.

Isto pois, a despeito de todas as deficiências apontadas em relação aos sistemas propostos por Hassemer ou Silva Sánchez, os autores expuseram-se à crítica e, longe de incorporarem posições de negação de toda e qualquer atualização do Direito penal, buscaram refletir sobre as possibilidades de transformação dos mecanismos punitivos disponíveis ao Estado²⁴⁵, por meio de propostas concretas (e indubitavelmente problemáticas).

Somente por este motivo, a nosso ver, as teorias descritas já reúnem grande mérito, pois, ao contrário das propostas abolicionistas puras, de negação do Direito penal, que oferecem pouca possibilidade de aplicação prática na sociedade contemporânea, os autores buscaram um método de influir na reflexão legislativa, oferecendo alternativas²⁴⁶ – ainda que teóricas – à intensificação do recurso à pena privativa de liberdade.

Conforme questionam Hassemer e Muñoz Conde, “¿hasta que punto y desde qué bases se pueden aceptar estas modificaciones y qué pueden significar a largo plazo para el Derecho penal y la política-criminal?”²⁴⁷.

A nosso ver, a ciência do Direito penal tem muito a contribuir, pois se ocupa de um dos setores mais sensíveis política e socialmente. Oferecer propostas concretas, fomentar o debate, e mobilizar a opinião pública, assim, podem representar mecanismos mais efetivos

²⁴³ HASSEMER e MUÑOZ CONDE. *Introducción a la criminología y al derecho penal...*cit., p. 169.

²⁴⁴ SOUZA, Luciano Anderson de. *Direito penal econômico: fundamentos, limites e alternativas*. São Paulo: Quartier Latin, 2012, p. 135.

²⁴⁵ “La continua búsqueda de alternativas a la pena y al Derecho penal como medios de resolver problemas y conflictos sociales, se ha convertido en uno de los sellos de identidad de este movimiento frankfurtiano” FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo, op. cit, p. 421.

²⁴⁶ Cf. SÁ, Alvino Augusto de. *Criminologia clínica e execução penal: proposta de um modelo de terceira geração*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

²⁴⁷ *Responsabilidad por el producto...*cit., p. 123.

de transformação da realidade e uma crítica consistente à ampliação desmesurada dos aparatos repressivos.

Por outro lado, o discurso exclusivamente resistente a todas as propostas de gestão alternativa de conflitos fora do Direito penal, bem como o posicionamento da “Escola de Frankfurt”, ao recusar sem exceção a produção normativa referente a bens coletivos, trazem reflexos práticos na aplicação cotidiana do Direito penal, no sentido de não aportar outras soluções possíveis ao juiz.

Na opinião de Schünemann, este discurso de resistência abre espaço para a criação livre e assistemática da legislação e da jurisprudência, ao não oferecer nenhuma alternativa possível diante de uma demanda política e prática. Assim, restringe as possibilidades de reprodução mais contida do Direito penal, por meio de uma composição mais homogênea de crítica, e uma produção teórica fornecendo parâmetros de interpretação dos tipos existentes para uma jurisprudência mais restritiva²⁴⁸.

A “doutrina preventiva”²⁴⁹, neste aspecto, tem tanto ou mais a contribuir à evolução do Direito penal quanto o necessário discurso de resistência à criminalização, pois este, quando manifestação exclusiva, deixa de fazer-se ouvir durante os processos²⁵⁰.

Por outro lado, a nosso ver, a aportação de Hassemer tem muito a contribuir dentro de uma lógica desencarcerizadora, de Direito penal mínimo. Assim, mais importante que buscar a identificação dos objetivos de intervenção mínima com determinado modelo (real ou ideal) de Direito penal – *intervenção, segunda velocidade* – é buscar conferir conteúdo ao que se concebe como intervenção mínima, justificar porque o Direito penal só estaria legitimado a proteger bens pessoais, e apresentar propostas de alteração substanciais do Direito penal que não estejam restritas à negação do conteúdo das reformas atuais:

²⁴⁸ *Consideraciones críticas sobre la situación espiritual de la ciencia jurídico-penal alemana*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1996, p. 17.

²⁴⁹ Na feliz expressão de Alaor Leite, em referência ao papel fundamental da doutrina penal na realização de propostas de alteração legislativa, na oportunidade da reforma do Código penal brasileiro. Cf. Erro, causas de justificação e causas de exculpação no novo projeto de Código penal. In: *Revista Liberdades, edição especial sobre a reforma do Código penal*. IBCCrim, p. 61.

²⁵⁰ Neste sentido, discorre Díez Ripollés: “la reflexión jurídico-penal se ha visto atrapada en una estrategia equivocada: no hay que asumir el arbitrio irracional del legislador e intentar atemperarlo mediante principios limitadores en el momento de la aplicación del derecho, sin o que hay que someter al legislador desde el inicio de su actividad a criterios racionales de legislación, previendo los medios jurídico-políticos para ello”. *La racionalidad de las leyes penales*. Madrid: Trotta, 2003.

No se trata de formular meras declaraciones de principios, sino de que éstos encuentren plasmación real en la regulación de las distintas áreas a las que el Derecho penal llega.²⁵¹

Nesse sentido, a análise dos tipos da parte especial do Código Penal, ou a justificação da tutela administrativa de determinadas condutas de menor lesividade, por exemplo, poderiam trazer mais concretude para o debate proposto pela “Escola de Frankfurt”²⁵². Isto pois, muitos dos autores que defendem a expansão do Direito penal em determinadas áreas não se posicionam como contrários ao Direito penal mínimo.

Laura Pozuelo Perez, por exemplo, defende que a criminalização de delitos ambientais insere-se perfeitamente nas pautas do Direito penal mínimo²⁵³. O mesmo se verifica na tese de Blanca Mendoza Buergo, ao abordar a legitimidade dos delitos de perigo abstrato.

Tendo em mente as críticas comumente traçadas a este tipo de delito (princípio de lesividade, intervenção mínima, subsidiariedade, proporcionalidade, etc), sustenta a autora que os problemas com os delitos de perigo abstrato surgem pela interpretação que se dá aos mesmos, sem exigir a comprovação de que haja uma *possibilidade objetiva* da conduta de supor um perigo ou lesão ao bem jurídico.²⁵⁴

Segundo a autora, a finalidade de intervenção mínima do Direito penal é mantida quando novos delitos de perigo abstrato são criados, ou quando se mantém os já existentes, sempre que se cumpra uma série de requisitos a respeito das finalidades de garantia do Direito penal, de prevenção aos ataques mais graves, com o menor custo individual e social possível²⁵⁵.

A referência à teoria de Mendoza Buergo, aqui, não tem o sentido de discutir seu objeto, os delitos de perigo abstrato, mas precisamente indicar que, além da discussão acerca de um Direito penal liberal, clássico, que a autora assume como pressuposto, é

²⁵¹ MENDOZA BUERGO, Blanca. *Los límites dogmáticos y político-criminales de los delitos de peligro abstracto*. Comares: Granada, 2001, p. 355,

²⁵² “Hay que abandonar la crítica global y volver a un análisis dogmático y una crítica político-criminal con mayor detalle y concreción”. FEIJOO SÁNCHEZ, op. cit., p. 449.

²⁵³ Cf. De nuevo sobre la denominada “expansión” del Derecho penal...cit., p. 107-133.

²⁵⁴ A autora oferece uma proposta concreta de tipificação dos delitos de perigo abstrato, indicando que estes devem passar por um filtro de dupla *ultima ratio*: a conduta incriminada deve ser capaz de produzir lesões ou perigos graves, e o bem jurídico protegido deve ser de maior importância. (*Límites dogmáticos y político-criminales*...cit., p. 343).

²⁵⁵ Ibid., p. 357.

possível aportar mais elementos para a concretização do Direito penal mínimo através da interpretação crítica dos mecanismos mais utilizados para expandir o Direito penal.

Sem concordar com os pressupostos filosóficos da obra de Feijoo Sanchez, bastante próximos ao funcionalismo de Jakobs, há que se ponderar sua crítica no sentido de que uma recusa absoluta a qualquer forma de transformação do Direito penal resulta improdutiva²⁵⁶.

Identificamos, neste sentido, a relevância das contribuições dos autores, entendendo que todas as propostas práticas de diminuição das hipóteses de penas privativas de liberdade são válidas e devem ser consideradas, e que o discurso pelo Direito penal mínimo seja revitalizado a partir de propostas concretas de exclusão de determinados bens jurídicos da tutela penal²⁵⁷.

Incorporar o Direito de intervenção ao conjunto de normas sancionadoras, excluindo os delitos de criminalidade moderna e aqueles de referencial moral ou econômico (como o tráfico de drogas, aborto, delitos fiscais) do Direito penal, talvez pudesse contribuir para a implementação de soluções alternativas também para os delitos que componham o núcleo duro do Direito penal. Talvez signifique retirar do Direito penal o fetiche social de que este é o mecanismo ideal para a proteção contra todas as ameaças.

Há, sem dúvida, que se reconhecer a pertinência das observações de Gracia Martin, quando aponta não haverem motivos técnicos que justifiquem a exclusão das condutas características do Direito penal moderno (em síntese, os delitos de empresa) do corpo de sanções penais. Tem razão o autor quando denuncia que esta é uma opção política, em favor das classes tradicionalmente envolvidas neste tipo de delinquência, e que o dano causado por muitos dos delitos econômicos supera o prejuízo causado pelos delitos patrimoniais²⁵⁸.

²⁵⁶ Conforme Feijoo: “lo que precisa el análisis político-criminal en la actualidad no es una descalificación global del proceso de funcionalización social del Derecho penal, sino desarrollar criterios que permitan delimitar en qué casos la intervención del Derecho penal protegiendo nuevas funciones, políticas o modelos organizativos del Estado resulta legítima”. FEIJOO SANCHEZ, Bernardo. *Sobre la administrativización del derecho penal...*cit., p. 153.

²⁵⁷ “Lo que tiene que hacer la Ciencia del Derecho pena les desarrollar una teoría interna que impida que estos fenómenos del entorno desvirtúen los fines y funciones legítimos de la pena y del Derecho penal”. FEIJOO SANCHEZ, Bernardo. *Retribución y prevención general...*cit., p. 443.

²⁵⁸ *Estudios de derecho penal*. Lima: Idemsa, 2004, *passim*.

A nosso ver, contudo, o discurso criminalizante, em uma sociedade como a contemporânea (amedrontada pelo risco, influenciada pelos meios de comunicação, politicamente conservadora) traz o risco de banalizar o recurso ao Direito penal, o risco de que a produção normativa expansionista saia de controle, de que outras condutas de pouca lesividade (mas de reprovação social, como é o caso da imigração) passem a integrar indiscriminadamente o sistema penal, com a previsão de penas restritivas de liberdade.

Por fim, a conclusão de Terradillos Basoco sintetiza, com melhores palavras, a reflexão crítica que buscamos traçar neste capítulo:

Si la situación es esta, el reto no puede ser una nueva dogmática legitimadora de la expansión. Aunque ésta sea retórica, es siempre bacteria que termina infectando todo su entorno. El reto está en valorar en su exacta importancia los bienes jurídicos afectados por la delincuencia de empresa y las técnicas de afectación negativa a los mismos, para, lejos de la inhibición cómplice o del punitivismo exacerbado – ambos inconstitucionales – diseñar las estrategias político-criminales con el caudal dogmático heredado dirigido a hacer frente a las nuevas realidades. Odres viejos, en definitiva, para poder extraer vinos adaptados a los tiempos.²⁵⁹

²⁵⁹ TERRADILLOS BASOCO, Juan María. Sistema penal y empresa. In: TERRADILLOS BASOCO, Juan María; ACALE SÁNCHEZ, María. (Orgs.). *Nuevas tendencias en Derecho penal económico*. Cádiz: Universidad de Cádiz, 2008, p. 34

CAPÍTULO 2 - DIREITO PENAL E DIREITO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR

Neste capítulo desdobraremos a análise das propostas de Hassemer de descriminalização ampla e transferência de tipos penais para outras áreas do Direito através do exame da seguinte questão: é possível vislumbrar no Direito administrativo sancionador esta esfera paralela de manifestação do poder punitivo do Estado, apta a regular determinadas condutas descriminalizadas?

Uma breve delimitação das características da sanção administrativa, bem como a discussão sobre a identidade ou não entre ilícitos administrativos e penais será efetuada com o objetivo de investigar a possibilidade de um novo processo de descriminalização, a exemplo do ocorrido em solo europeu em meados dos anos 70, com a transferência de normas penais para o Direito administrativo sancionador. A questão subjacente a estes esforços será se, e em que medida, com esta transferência, configurar-se-ia o Direito de intervenção sugerido por Hassemer.

Partindo, portanto, da hipótese central deste trabalho, de que certas manifestações do Direito Administrativo Sancionador nos dias atuais seriam, em alguns aspectos, a materialização (não planejada) do Direito de Intervenção, a análise que empreenderemos nas seguintes linhas limitar-se-á aos possíveis pontos de contato entre a proposta de Hassemer (o Direito de Intervenção) e os métodos sancionadores da administração pública.

O estudo que aqui realizamos acerca do Direito Administrativo sancionador, consequentemente, não tem a finalidade de abranger todas as peculiaridades deste sistema, dada sua complexidade e amplitude. Pretende apenas delimitar o contexto para o desenvolvimento da mencionada hipótese, pondo em tela o debate doutrinário administrativo e penal sobre a possível identidade de sanções, bem como sobre certas peculiaridades da sanção administrativa.

A consequência deste foco restrito será a abordagem limitada - ou inteiramente ausente - de dimensões centrais da teoria do Direito Administrativo sancionador (como o processo legislativo, o poder de polícia, as sanções militares e os princípios de Direito

administrativo), uma vez que nossa investigação estará voltada exclusivamente para as formulações teóricas que permitam a comparação deste ramo administrativo com o Direito de Intervenção. A ausência de uma análise pormenorizada sobre as severas sanções administrativas no Direito brasileiro será parcialmente retificada no capítulo quarto deste trabalho.

Nosso reprodução do debate doutrinário em torno do caráter das diferenças entre infrações administrativas e delitos, isto é, se seriam de natureza qualitativa ou quantitativa, não será acompanhada pela adesão irrestrita aos pressupostos das teorias diferenciadoras ou unitárias, já que entendemos – adiantando uma das conclusões desta reflexão – que ambas apresentam seus méritos e insuficiências.

As muitas divergências que põem em campos opostos as mencionadas teorias evidenciam, preliminarmente, as dificuldades envolvidas na separação entre delitos e infrações administrativas. Como esta matéria que não encontra consenso na doutrina, vemos que demanda novos aportes críticos, o que buscamos fazer aqui, com recurso à obra de Hassemer.

A breve referência que faremos neste capítulo sobre o processo de despenalização na Itália e na Alemanha buscará identificar, em linhas gerais, um exemplo de transferência de condutas do Direito penal para o administrativo. Com isso, acenaremos para o que acreditamos ser um dado central em tal processo: e para a possível reprodução deste no Brasil, bem como a necessária transferência de garantias penais para o Direito administrativo,.

Por fim, o delineamento do caráter das sanções administrativas é relevante não somente por introduzir o debate sobre a existência ou não de identidade substancial com as penas, e para contextualizar o problema da aplicação de garantias constitucionais à generalidade das sanções administrativas, mas para definir em que medida devem incidir as garantias oriundas do processo penal no poder punitivo da administração (sanção administrativa, poder de polícia, multa contratual).

2.1 Direito administrativo sancionador

2.1.1 Algumas bases históricas do Direito administrativo sancionador

O desenvolvimento do Direito administrativo sancionador estaria demarcado pelo contexto político que vivenciaram os Estados nacionais europeus na segunda metade do século XIX, com a divisão de poderes e a separação entre os conceitos de ilícito penal e administrativo, já que até este período havia uma identificação entre o injusto policial e penal²⁶⁰.

A separação entre o Direito de polícia e o Direito penal, impulsionada pelas reformas francesas, teve como objetivo delimitar o poder sancionador dos Estados, levando para o Direito penal as infrações que cominassem graves sanções. Assim pode estabelecer-se o controle judicial das restrições de liberdade dos cidadãos, bem como a delimitação de um sistema de garantias uniformemente aplicado²⁶¹.

O que se verifica nestes países (Itália, França, Alemanha, Portugal) é a “penalização” dos ilícitos administrativos, ou seja, sua transferência para o Direito penal, com a consequente redução do âmbito de regulação do Direito administrativo²⁶². Nesse cenário, o Direito administrativo sancionador manteve uma função apenas residual, com a finalidade de reduzir o arbítrio e poder pretorianos.

Não há, contudo, uma evolução histórica inteiramente uniforme entre os países europeus, no que concerne ao desenvolvimento do Direito administrativo sancionador.

²⁶⁰ GARCÍA ALBERO, Ramón. La relación entre ilícito penal e ilícito administrativo: texto y contexto de las teorías sobre la distinción de ilícitos. In: PRATS, Fermín Morales e OLIVARES, Gonzalo Quintero (Orgs.). *El nuevo Derecho penal español, estudios penales en memoria del Profesor José Manuel Valle Muñiz*, Aranzadi, 2001, pp. 295-401.

²⁶¹ NIETO, Alejandro. *Derecho administrativo sancionador*. Madrid: Tecnos, 2012, p. 45. Tendo em vista que a evolução do Direito administrativo sancionador exige uma digressão histórica própria, em virtude dos diferentes caminhos que seguiu em cada um dos Estados europeus, e que, para os propósitos deste trabalho, não se faz necessária uma análise exaustiva desta evolução, limitamo-nos a remeter às obras específicas: Alejandro NIETO, *Derecho administrativo sancionador*, nas edições anteriores à 2012, e ao texto de GARCÍA ALBERO, op. cit.

²⁶² Conforme menciona Blanca Lozano: “En los países del primer modelo, que carecían de potestad sancionadora administrativa, se produce una s. as negativas de un debilitamiento de la prevención general por el excesivo uso de la sanción penal.” LOZANO CUTANDA, Blanca. Panorámica general de la potestad sancionadora de la administración en Europa: “despenalización” y garantía. In: *Revista de Administración pública*, n. 121, 1990, p. 394.

Áustria e Suíça, por exemplo, não seguem a tendência supracitada, e mantêm a potestade sancionadora. Como consequência, nestes dois últimos países houve um desenvolvimento mais acentuado do sistema de garantias respeitado para a imposição de sanções administrativas²⁶³.

Após a II Guerra Mundial, este contexto se vê bastante alterado, com a transição dos Estados europeus para um sistema político menos liberal e mais voltado para o bem-estar social, o que conduz à ampliação nos setores antes restritos à iniciativa particular e, conseqüentemente, uma nova ampliação do sistema de sanções regulamentadas conforme normas administrativas²⁶⁴.

O maior ou menor recurso ao Direito administrativo, neste cenário, decorre de uma opção ideológica de Estado, mais ou menos intervencionista e protetor de bens jurídicos coletivos, que se instrumentaliza pela via das sanções administrativas²⁶⁵. E o que se verifica, neste contexto, é que o aumento da importância das sanções administrativas não foi somente decorrente da nova concepção político-social, mais intervencionista do Estado. Informa Mattes que, ao menos na Alemanha, o direito sancionador foi um instrumento eficiente de combater as pequenas infrações econômicas que, em conjunto, eram prejudiciais ao sistema econômico do Estado, especialmente no contexto marcado pela crise econômica da década de 30 na Europa²⁶⁶.

Além da ampliação das funções do Estado na tutela de bens jurídicos coletivos, a transferência de competências do Direito penal para o Direito administrativo inseriu-se também nos esforços de alguns países (especialmente França, Itália e Alemanha) em restringir a amplitude que havia alcançado o Direito penal, especialmente no período bélico, descriminalizando uma grande parcela das condutas de menor potencial ofensivo, através da criação de regras de Direito administrativo sancionador, regimes de faltas ou contravenções, e normas de “contra-ordenação”. Desse modo, no pós-guerra há uma reversão da tendência de criminalização de condutas administrativas, que marcou as legislações penais após a revolução francesa.

²⁶³ LOZANO CUTANDA, op. cit., p. 395.

²⁶⁴ Conforme informa Heinz Mattes, a teoria das infrações administrativas toma força tão pronto como o Estado se viu obrigado a intervir dirigindo e configurando a vida econômica, especialmente a partir de 1934, para alcançar fins político-econômicos. *Problemas del Derecho penal administrativo, historia y derecho comparado*. Madrid: Editoriales de Derecho Reunidas, 1979, p. 219.

²⁶⁵ NIETO, op. cit., p. 148.

²⁶⁶ MATTES, op. cit., p. 222.

Nesse contexto, a teoria do Direito administrativo sancionador surge na Alemanha, inicialmente, como uma reação à hipertrofia do Direito penal acessório, sobretudo no campo econômico, e em compasso com as tendências descriminalizadoras²⁶⁷. Este processo, como veremos, fez parte do amplo movimento de descriminalização operado na década de setenta, sob os influxos da teoria penal garantista que toma corpo nos países em comento, em especial em território alemão e italiano.

A Espanha, particularmente, vive uma trajetória *sui generis* de evolução do Direito administrativo sancionador, sendo que a passagem para o Estado social implicou o reforço das sanções administrativas conjuntamente à ampliação das normas penais. Este é um dos motivos pelos quais a doutrina espanhola dedica especial atenção às características e limites da sanção administrativa, e nutre certa desconfiança pela concessão de maiores poderes à Administração. A atual Constituição Federal deste país legitima a imposição das sanções a cargo da Administração pública recomendando, todavia, a aplicação de garantias do devido processo legal²⁶⁸.

Este breve histórico permite-nos observar um movimento pendular entre a criminalização de condutas pelo Direito penal e pelo Direito administrativo sancionador, dependendo das opções políticas de determinada época, da conformação do Estado, mais ou menos intervencionista e também, de motivos menos “nobres” para o Direito penal, como sua instrumentalização, em tempos de crise, para garantir o cumprimento de normas protetoras da ordem econômica²⁶⁹.

Historicamente o que assistimos é à passagem de condutas do Direito penal para o Direito administrativo, ou o inverso – do administrativo para o penal. Vale observar, contudo, que hoje há um cenário de sobreposição no qual podemos verificar que a transferência da conduta descrita como tipo penal para o Direito administrativo sancionador não significa sua descriminalização, senão o reforço da norma penal (muitas vezes sob a alegação da relevância do bem jurídico protegido). Também muitas vezes a incorporação de proibições administrativas ao catálogo de sanções penais não reflete a eliminação desta conduta do conjunto do Direito administrativo sancionador.

²⁶⁷ GARCÍA ALBERO, op. cit., p. 299.

²⁶⁸ Conforme menciona García Albero: “A partir de 1939 hasta nuestros días, su evolución comportará la expansión del poder sancionador a todos los ámbitos de actuación administrativa”. Ibid., p. 322. No mesmo sentido, Alejandro Nieto: “entre nosotros se ha llegado, casi por salto, a un Derecho administrativo sancionador de caracteres originales y en nada tributario del Derecho extranjero”. NIETO, op. cit., p. 144.

²⁶⁹ NIETO, op. cit., p. 128.

Nesse cenário, destaca Cerezo Mir que vivenciamos um processo de “hipertrofia” do Direito administrativo sancionador²⁷⁰, que vem acompanhando a tão comentada expansão do Direito penal. Daí a necessidade de adotarmos parâmetros de comparação entre as normas penais e administrativas que obedeçam à transcendência prática desse debate. Esta se faz sentir especialmente na possibilidade de descriminalização de condutas também tuteladas pelo Direito administrativo sancionador e na transferência de garantias penais para esta área.

Sendo assim, as alternativas sugeridas por Hassemer e por Silva Sánchez merecem ser levadas em consideração pelo legislador, enquanto possíveis métodos de reversão deste processo expansivo dos mecanismos punitivos do Estado. A aplicação empírica das propostas dos mencionados autores pode se dar a partir da manipulação dos elementos característicos da sanção administrativa e do Direito penal e, especialmente, partindo-se das fronteiras entre as duas áreas para delimitar a possível configuração do Direito de intervenção.

2.1.2 Características da sanção administrativa

Coube tradicionalmente à tutela do Direito administrativo sancionador a proteção dos interesses administrativos, a regulação de condutas de perigo abstrato, e o controle, em geral, da criminalidade de bagatela. Este setor se caracteriza pela gestão setorial de áreas sob a responsabilidade da Administração pública, pela regulamentação das atividades cotidianas e coordenação das esferas de atuação do poder público. A sanção, nesse contexto, tem a finalidade de reforçar as exigências e ações ordinárias da administração²⁷¹.

Conforme indica Helena Lobo da Costa, a fim de verificar se o Direito administrativo pode receber condutas oriundas do Direito penal, no contexto dos limites da atividade sancionadora, “é preciso também refletir sobre a estrutura do ilícito administrativo”²⁷².

²⁷⁰ *Curso de Derecho penal. Parte general. Tomo I: introducción*. Madrid: Tecnos, 2004, p. 50 e ss.

²⁷¹ Cf. GOMES TOMILLO, Manuel. Consideraciones en torno al campo límite entre el derecho administrativo sancionador y el derecho penal. In: *Revista Actualidad Penal*, nº 4, 2000, p. 69-89.

²⁷² *Proteção penal ambiental ...* p. 192.

Garcia de Enterría, um dos primeiros autores a desenvolver doutrinariamente estudos sobre o Direito administrativo sancionador na Espanha, caracteriza a sanção administrativa como um mal infligido pela administração a um administrado, em consequência de uma conduta ilícita. Este mal representaria o fim aflitivo da sanção, e consistiria sempre na privação de um bem ou um direito (perda de uma expectativa ou direito, imposição de uma multa, suspensão de uma autorização etc.)²⁷³.

Em uma aproximação mais sintética do conceito, Nieto caracteriza a sanção administrativa como qualquer manifestação decorrente do poder de intervenção da Administração pública para a consecução dos seus fins²⁷⁴.

Outra tentativa de definição da sanção administrativa é oferecida por Medina Osório, para quem esta sanção é aquela imposta ao administrado (inserido ou não em especiais relações de sujeição) por órgão público ou autoridade administrativa “materialmente considerada”. Por “materialmente considerada” entende o autor a autoridade que age mediante regras formais ou materiais de Direito administrativo podendo, inclusive, ser imposta pelo poder judiciário.

Além da presença destas regras materiais de Direito administrativo, outro elemento definidor da sanção administrativa é seu caráter de castigo, mal, infligido como consequência de uma conduta ilegal, tipificada, que tem como característica seu *efeito aflitivo*, de alcance voltado para o futuro. Sua finalidade pode ser repressora ou disciplinar²⁷⁵.

Vale ressaltar aqui, novamente, que a busca por um critério de sanção administrativa, nesta pesquisa, tem o intuito de avaliar a possibilidade de transferência de condutas penais para um hipotético Direito de intervenção. Por isso, nos centraremos em algumas características destas sanções, a fim de verificar se há algum elemento distintivo entre sanção administrativa e pena.

²⁷³ El problema jurídico de las sanciones administrativas. In: *Revista española de derecho administrativo*, nº 10, 1976, pp. 399-430.

²⁷⁴ NIETO, op. cit., p. 142.

²⁷⁵ OSÓRIO, Fábio Medina. *Direito administrativo sancionador*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 100. Nas palavras do autor: “Sanção administrativa consiste em um mal ou castigo, com alcance geral e potencialmente *pro futuro*, imposto pela Administração Pública, considerada materialmente, pelo Poder Judiciário ou por corporações de direito público, a um administrado (r), agente público, indivíduo ou pessoa jurídica, expostos ou não a relações especiais de sujeição com o Estado, como consequência de uma conduta ilegal, tipificada em norma proibitiva, com uma finalidade repressora, ou disciplinar, no âmbito da aplicação formal ou material do direito administrativo”. Ibid., p. 227.

2.1.3 Ausência de critérios definidores rígidos

Tendo em vista o objetivo apontado, e diante das mencionadas tentativas de definição da sanção administrativa pela doutrina, é possível considerar, provisoriamente, que as características elementares do Direito administrativo sancionador são: a imposição da reprimenda por uma autoridade administrativa, a natureza administrativa do procedimento sancionador, a finalidade repressora, e o efeito aflitivo da sanção²⁷⁶.

Este critério, contudo, pode ser manejado de maneira bastante flexível pelo legislador, pois a própria doutrina dispensa a identidade subjetiva da autoridade administrativa, como acusadora ou promotora da sanção. O requisito mais importante, segundo Osório, é que a sanção administrativa seja imposta de acordo com uma “concepção processual” do Direito Administrativo²⁷⁷, que esteja dentro do campo de incidência, formal e material, deste ramo do Direito.

De acordo com esta interpretação, o que caracteriza a sanção administrativa não é a autoridade que a impõe, mas o método pelo qual o faz: é sanção administrativa aquela imposta de acordo com as regras do Direito administrativo²⁷⁸. Em casos de alta complexidade técnica, há inclusive um estímulo normativo da própria legislação administrativa para esta delegação de funções da autoridade administrativa²⁷⁹.

No que concerne à hipótese deste trabalho, percebemos que a flexibilidade na determinação da autoridade competente para a imposição das sanções administrativas

²⁷⁶ Cabe ressaltar, também, que a doutrina do Direito administrativo sancionador nem sempre se ocupa em definir ou delimitar a sanção administrativa, justamente pela dificuldade em diferenciá-la da sanção penal. TOMILLO, Manuel Gómez e RUBIALES, Íñigo Sanz (*Derecho administrativo sancionador. Parte general*. Cizur Menor: Aranzadi, 2010), por exemplo, dedicam um tomo de quase duas mil páginas sobre a teoria geral do Direito administrativo sancionador sem que apresentem uma só definição do que é sanção administrativa, concentrando seus esforços na delimitação do poder punitivo do Estado, e nas regras processuais e princípios que devem regular a imposição de tal sanção. Observamos, nesse sentido, que as definições provenientes da teoria do Direito administrativo têm caráter mais geral, incluindo as sanções oriundas do poder de polícia, sanções militares, reprimendas pelo descumprimento de contratos públicos, o que não necessariamente contribui para a resolução de nossa hipótese de trabalho.

²⁷⁷ OSÓRIO, op. cit., p. 87.

²⁷⁸ Segundo esta interpretação, não somente os órgãos administrativos são competentes para impor sanções administrativas, mas também entidades civis, que desempenhem serviço público, promovendo a autorregulação do setor especial em que atuam, quando revestidas de interesse público. É o caso da Ordem dos Advogados do Brasil, por exemplo.

²⁷⁹ TOMILLO e RUBIALES, op. cit., p. 769. A justificativa que encontram os autores para esta delegação de funções é aliviar o excesso de trabalho que se concentra nas mãos da administração, descongestionando o número de processos e autuações a cargo da Administração pública. Os únicos casos de declaração de nulidade das sanções administrativas na Espanha, informam os autores, decorre da ilegalidade de delegação em razão de matéria ou território.

permite que se centralize o sistema de sanções em um único órgão julgador, permitindo a unificação do sistema de sanções pertencentes ao Direito administrativo sancionador, conferindo-lhe a racionalidade preventiva proposta pelo Direito de intervenção.

Além da presença da autoridade administrativa, outro elemento que a doutrina propõe como característico da sanção administrativa seria o chamado “elemento aflagrante”, resultante da privação de direitos preexistentes ou da imposição de novos deveres. A diferença entre o elemento aflagrante das sanções administrativas e das penas, segundo Osório, reside nos aspectos de prevenção especial positiva da sanção penal (recuperação, reinserção social), ausente nas sanções administrativas.

Inserida nesta discussão está também o tema do potencial preventivo geral que pode alcançar a proibição administrativa. Silva Sánchez entende que há uma diferença substancial entre a prevenção realizada pela norma penal quando comparada com a ameaça de sanção administrativa²⁸⁰. Tomillo e Rubiales, por outro lado, entendem que a imposição de determinadas sanções administrativas (como a suspensão da Carteira de Habilitação, por exemplo) podem gerar o mesmo efeito preventivo geral e, inclusive, preventivo especial para o cidadão que sofre a sanção.

Considerando-se o caráter aflagrante da sanção administrativa, não integrariam o Direito administrativo sancionador as medidas de polícia (uma vez que não apresentam caráter punitivo, já que a fiscalização antecede o poder sancionador); as medidas rescisórias; medidas de ressarcimento ao erário; as medidas coativas e preventivas com a finalidade de evitar a ocorrência de perigos; e, ainda, as medidas de responsabilidade da gestão²⁸¹.

²⁸⁰ Nesse sentido, Silva é enfático sobre a dimensão comunicativa da sanção penal. Cf. *Aproximación al derecho penal*. Buenos Aires: B de F, 2010, p. 8 e *passim*.

²⁸¹ Osório justifica, por exemplo, que o poder de polícia é caracterizado pela punição do administrado pelo exercício de um direito para o qual não estava habilitado, enquanto a sanção administrativa seria a privação de um direito pré-existente ou imposição de obrigações originais aos imputados, com conteúdo intimidatório e repressivo. Nesse sentido, o fechamento de um estabelecimento pela falta de autorização para funcionar não representaria uma sanção administrativa, mas simples a manifestação do poder de polícia do Estado. Contudo, a sanção imposta por uma agência reguladora pode muitas vezes ser resultado de uma ação para a qual o administrado não estava autorizado (como a revogação de concessões e imposição de multa caso não se cumpram as condições previamente estabelecidas). Observamos, ainda que, superficialmente, a distinção entre sanção e poder de polícia com base na existência de obrigações novas e privação de direitos pré-existent é de difícil interpretação prática. Por fim, o próprio autor acaba por reconhecer a dificuldade de distinção entre muitas sanções administrativas e medidas de polícia, tendo em vista que o Direito administrativo sancionador, no Brasil, nasce do poder de polícia da Administração Pública e ainda guarda muitas conexões com este: “Não se deve desprezar a íntima conexão do poder de polícia com as sanções

Observamos, contudo, que se partimos da característica aflitiva da sanção administrativa como um de seus elementos identificadores, torna-se difícil distinguir o que diferencia uma multa de trânsito, de um lado, de uma elevada multa imposta por uma agência reguladora, de outro, já que o mencionado efeito aflitivo dependerá de aspectos subjetivos do destinatário da sanção. Esta diferença é importante, como veremos, para determinar qual o conjunto de garantias devem informar o processo sancionador e, eventualmente, compor o Direito de intervenção.

Nieto oferece uma pista da diferença entre as sanções administrativas a partir da possibilidade ou não de *individualização* de determinadas sanções. Uma multa de trânsito, nesse sentido, apesar de seu potencial efeito aflitivo, não integraria o Direito administrativo sancionador por se tratar de uma penalidade imposta automaticamente pelo funcionário público, de forma massificada, independentemente das características específicas do autor e da infração.

Por outro lado, outras multas reguladas por órgãos administrativos, que contam com um processo formalizado e consideração de circunstâncias individualizadas do autor e da infração (seja pessoa física ou jurídica), integrariam o conjunto de normas pertencentes ao Direito administrativo sancionador²⁸².

Conforme esta distinção, que nos parece bastante acertada, haveria um corte entre as sanções administrativas de menor formalidade, que integrariam o poder de polícia da Administração, e as sanções individualizadas, cujo procedimento e gravidade justificam a sujeição às regras do Direito administrativo sancionador.

Ainda no que se refere às características da sanção administrativa, esta contaria também com uma finalidade pedagógica, que se pode considerar equivalente à finalidade de prevenção geral do Direito penal. As sanções, porém não são integradas por qualquer

administrativas, mas tampouco se pode conectá-los de forma a dissipar o conceito e a autonomia da atividade sancionadora”. OSÓRIO, op. cit., p. 104.

²⁸² Como sustenta NIETO, existem dois grupos integralmente separados: “por un lado, el de los regímenes propios de infracciones singulares e individualizados o, por otro, el de las infracciones massificadas (como las de tráfico o fiscales) que se refieren a docenas de miles de faltas homogéneas, cuando no similares o idénticas”. Op. cit., p. 155.

objetivo de recuperação do indivíduo, em oposição com o que ocorre no Direito criminal²⁸³.

Este aspecto também é ressaltado por Naucke, conforme informa Helena Lobo da Costa, que identifica a sanção penal com a finalidade da pena, sendo que somente as condutas muito graves mereceriam o aspecto retributivo da sanção penal, enquanto nas sanções administrativas seria marcante somente o aspecto de prevenção geral (e nenhuma prevenção especial)²⁸⁴.

Um outro elemento caracterizador do Direito administrativo sancionador, e por consequência, também da sanção, segundo Alejandro Nieto, seria a diferença de métodos adotados para a proteção de bens. Para o autor, a norma administrativa teria como finalidade proibir condutas perigosas de um modo diferente da norma penal: o tipo sancionador busca a prevenção de perigos ao bem jurídico proibindo o uso de *meios* idôneos para a criação do perigo. Por outro lado, a sanção penal objetivaria prevenir *resultados* por meio da proibição de condutas perigosas²⁸⁵.

Sendo assim, para Nieto a característica da sanção administrativa é a prevenção de condutas e de meios que podem, potencialmente, ser perigosos para o bem jurídico protegido, em antecipação à proteção oferecida pelo Direito penal, de prevenção de resultados ou condutas de perigo concreto. Em outras palavras, o autor define a sanção administrativa a partir do princípio da precaução, e a sanção penal a partir do princípio da prevenção²⁸⁶.

Quanto a esta diferenciação, não são necessárias maiores considerações sobre as características do Direito penal contemporâneo para concluirmos que tal critério de separação não é mais determinante, diante da proliferação de tipos de perigo e normas em branco no sistema penal, conforme comentaremos no capítulo seguinte.

²⁸³ OSÓRIO, Fábio Medina. *Direito administrativo sancionador*. São Paulo: RT, 2011, p. 90 e ss. Vale mencionar aqui que esta opinião, contudo, não representa a maioria da doutrina. Dellis afirma que a sanção administrativa visa, como a sanção penal, um objetivo de prevenção especial e geral no seio da função pública. *Droit pénal et Droit administratif: l'influence des principes du droit pénal sur le droit administratif répressif*. Montchrestien: LGDJ, 1998, p. 46.

²⁸⁴ LOBO DA COSTA, Helena R. *Proteção penal ambiental: viabilidade, efetividade, tutela por outros ramos do Direito*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 194.

²⁸⁵ *Derecho administrativo sancionador...* cit, p. 148. O autor oferece um exemplo ilustrativo da diferença que pretende traçar: O Direito penal pune provocar um incêndio em um imóvel, enquanto o Direito administrativo sancionador pune a construção do imóvel com material inflamável.

²⁸⁶ Cf. BOTTINI, Pierpaolo C. *Crimes de perigo abstrato e princípio de precaução na sociedade do risco*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

Como fica evidenciado pelas considerações acima, as tentativas de definição das características essenciais da sanção administrativa são um campo fértil para o debate científico, que ainda está distante de alcançar razoável consenso sobre este tema. O prosseguimento deste debate, contudo, representa por si só um campo de discussão abrangente, que foge aos objetivos desta pesquisa.

Sendo assim, o que podemos concluir provisoriamente a partir desta breve explanação é que o pouco consenso alcançado sobre a característica da sanção administrativa refere-se ao fato de ser esta uma reprimenda imposta ao cidadão, regida por normas materiais e procedimentais de Direito administrativo²⁸⁷. Outro elemento, subsidiário, desta caracterização seria a ausência de natureza penal da sanção, primeiro pela opção legislativa e segundo pela ausência de previsão de pena restritiva de liberdade²⁸⁸.

Mesmo os elementos indicados acima como característica da sanção administrativa são contestados por parcela da doutrina. O administrativista francês George Dellis, p. ex., menciona que a presença do órgão administrativo sancionador e a ausência de finalidade de prevenção especial não são critérios suficientes para designar a sanção administrativa²⁸⁹. Isto porque, segundo o autor, há um fundamento comum entre a sanção penal e administrativa, que é a finalidade de assegurar o interesse geral da sociedade (mesmos nas hipóteses de sanção exclusiva dos sujeitos especialmente subordinados à Administração) e manter a disciplina no contexto do grupo social ao qual se aplica a pena²⁹⁰.

Já no que se refere aos outros elementos da sanção administrativa elencados – princípio da precaução, elemento aflitivo, finalidade repressora – há ainda maior dificuldade em isolá-los como características pertencentes exclusivamente ao Direito administrativo sancionador.

Isto ocorre, pois as transformações promovidas no Direito penal contemporâneo inserem as mencionadas características *também como finalidade da norma penal* (gestão setorial de riscos, reforço da norma administrativa), de modo que muitos dos elementos

²⁸⁷ Cf. NIETO, op. cit., *passim*.

²⁸⁸ OSÓRIO, op. cit., p. 99.

²⁸⁹ Conforme Dellis: “[...] il est impossible de définir la notion de la peine au moyen de son but; la finalité ne ressort pas directement du contenu de l’acte juridique”. Em outra passagem, o autor é ainda mais enfático: “Désormais, la distinction reposant sur le diptyque prévention administrative-répression pénale n’est qu’une description simpliste et trompeuse du phénomène juridique. Le juge pénal ne détient plus le monopole de la répression”. *Droit pénal et Droit administratif*...cit., p. 35 e p. 38.

²⁹⁰ *Ibid.*, p. 38.

identificadores da sanção administrativa são hoje identificados também como características da sanção penal. Como teremos oportunidade de observar no capítulo seguinte, a expansão do Direito penal tem a cada dia tomado para si a responsabilidade de prevenção de riscos, diversificando os tipos de sanções (que nos casos de responsabilidade penal da pessoa jurídica são somente pecuniárias, tal qual ocorre na sanção administrativa) e criando, em alguns casos, espaços de intersecção onde atuam ao mesmo tempo a norma penal e administrativa.

Observamos, dessa forma, que nenhum dos critérios identificadores do Direito administrativo sancionador é dotado de absoluta rigidez metodológica, que nos impeça de questionar a pertinência de determinado critério ao Direito penal ou ao Direito administrativo tradicional.

Ou seja, há uma indefinição dentro do próprio Direito administrativo, acerca de quais são os elementos que diferenciam as consequências jurídicas (sanções) que compõe o Direito administrativo sancionador das sanções penais, e mesmo de outras medidas administrativas, como o poder de polícia, medidas de ressarcimento ao erário, sanções contratuais, medidas de responsabilidade fiscal, etc.

Tendo em vista este cenário, para que possamos comparar as sanções administrativas com a eventual sanção imposta pelo Direito de intervenção, passamos ao debate sobre a identidade de natureza entre as sanções penais e administrativas, ou da existência de diferenças ontológicas entre ambas.

2.2 Direito penal e Direito administrativo sancionador

A discussão entre as fronteiras das sanções administrativas e penais é vista por Hassemer e Muñoz Conde como de extrema atualidade, por duas principais razões: A primeira é o fato observado pelos autores na Alemanha e Espanha – e que também pode ser identificado no Brasil – da introdução legislativa, no Direito penal, de uma quantidade crescente de matérias tradicionalmente consideradas de Direito administrativo, por meio da

técnica de delitos de perigo abstrato em lugar dos delitos de lesão (como ocorre com alguns delitos ecológicos, econômicos, ou informáticos)²⁹¹.

Apontam os autores, ainda, para o fato de que muitas das proibições incorporadas ao Direito penal nos últimos anos na Alemanha – como ocorre, por exemplo, no campo de controle das drogas, e proteção da economia e do meio ambiente – terem sido tomadas da jurisprudência administrativa²⁹², o que contribuiu para o incremento dos tipos penais e aumento das penas.

Conforme informa Renato Silveira, é no Projeto Alternativo Alemão que surge a ideia de que é possível criminalizar uma conduta pela infração do regulamento administrativo, criando uma acessoriedade entre as duas áreas, penal e administrativa²⁹³.

A partir desta tendência, inaugurada pelos reformadores alemães, torna-se imprescindível ao estudioso do Direito penal a análise dos pontos de contato entre sanção administrativa e penal, uma vez que o Direito administrativo passa a exercer o protagonismo na complementação da lei penal e, especialmente, na conformação de um conjunto de regras sancionadoras que nem sempre se limitam à função complementar à norma penal, atuando muitas vezes como um sistema punitivo autônomo, que passa ao largo da discussão sobre as possibilidades de duplo sancionamento ou transposição de garantias.

A dificuldade de delimitação seria também consequência, em segundo lugar, de alguns processos de descriminalização, que retiram do Direito penal determinadas matérias tradicionalmente constitutivas de contravenções nos mencionados países, identificadas agora como infrações administrativas. Ambas estas razões, segundo os autores, dificultaram a definição das fronteiras entre as áreas penal e administrativa²⁹⁴.

Ademais, alegam, a nosso ver com razão, que alguns institutos penais, como as normas de perigo abstrato e os tipos em branco, compõe igualmente o Direito penal contemporâneo e o administrativo sancionador, a despeito de toda a crítica doutrinária a estes modelos de tipificação.

²⁹¹ HASSEMER, Winfried. MUÑOZ CONDE, Francisco. *Introducción a la criminología y al derecho penal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1989, p. 175, *passim*.

²⁹² HASSEMER, Winfried. Perspectivas de una nueva política criminal. In: *Revista penal*, n. 1, 2002, p. 478.

²⁹³ *Direito penal econômico como Direito penal de perigo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 143.

²⁹⁴ HASSEMER e MUÑOZ CONDE, op. cit., p. 132.

2.2.1 Relevância do debate

A querela em torno das supostas diferenças qualitativas ou quantitativas entre o Direito penal e o Administrativo sancionador vai além de seu interesse teórico, pois é relevante sob muitos aspectos de política criminal, interpretação de garantias constitucionais, aplicação de garantias processuais. É relevante no que diz respeito a regras que impeçam o *bis in idem*, quando da aplicação conjunta das sanções e, especialmente, no que concerne à possibilidade de transferência de condutas do Direito penal para o administrativo.

Desse modo, o entendimento conforme uma ou outra corrente se reflete na prática da atividade sancionadora do Estado, e também na orientação que possui o legislador sobre qual método sancionador seria mais adequado para cada conduta, pois, conforme aponta Gomez Tomillo “la falta de claridad en cuanto a tales criterios lleva precisamente al actual fenómeno de administrativización del Derecho penal”.²⁹⁵

A contenda sobre as supostas diferenças qualitativas ou quantitativas entre o Direito penal e Administrativo sancionador adquirem consequências práticas no momento em que se trata de subordinar as regras sancionadoras aos princípios de Direito penal ou às regras gerais de Direito administrativo. Assim, para além das mencionadas diferenças, há posições doutrinárias também muito divergentes sobre a natureza do Direito administrativo sancionador, pois uma parcela dos autores que se dedicam a este ramo o analisa como mais uma manifestação do Direito penal²⁹⁶, enquanto parte majoritária da doutrina administrativista interpreta a vertente sancionadora como mais uma das diferentes áreas de atuação das autoridades públicas, regidas pelas normas eminentemente administrativas²⁹⁷.

No que diz respeito à questão da transposição de garantias, alguns autores apontam inclusive para a utilidade limitada em discorrer sobre teses que postulam uma distinção absoluta entre as áreas em comento, pelo fato de que um número muito reduzido de autores

²⁹⁵ GOMEZ TOMILLO, op. cit., p. 80.

²⁹⁶ O autor aponta muitos pontos de conexão com o Direito penal na obra em co-autoria com Sanz Rubiales, *Derecho administrativo sancionador: parte general...*cit., p.66 e *passim*, e parece flexibilizar a posição que defendia em artigo próprio sobre a matéria (Cf. GOMEZ TOMILLO, M. Consideraciones en torno al campo límite ... cit., p. 80), quando dava maior ênfase à natureza eminentemente administrativa do Direito administrativo sancionador.

²⁹⁷ NIETO GARCIA, Alejandro. *Derecho administrativo sancionador...*cit., p. 567

ter sustentado, de forma pura, as teses descritas²⁹⁸. Assim, nenhum autor teria defendido uma identidade ou separação absoluta entre as duas sanções, algo que se constituiu, sobretudo, para fins didático-expositivos, para organizar o debate, ao invés propriamente a pretensão de validade prática.

Por estes motivos, a considerar esta questão através de uma perspectiva purista é cada vez mais depreciada pela doutrina penal e administrativa, que vê neste debate uma disputa abstrata, que pouco agregaria para a problemática aqui apresentada.²⁹⁹

Importa-nos, desse modo, buscar alguns dos pontos de vista de doutrinadores contemporâneos sobre a questão da identidade ou não das sanções penais e administrativas, pois o que se verifica atualmente é que novas contribuições tem surgido por parte de administrativistas e penalistas, que indicam uma aparente conciliação entre as teorias em questão³⁰⁰, um possível “passo a frente”, no sentido de fornecer referências mais homogêneas para a inspiração da atividade legislativa.

As próprias teorias de represamento da expansão do Direito penal apresentadas por Hassemer e Silva Sánchez podem ser consideradas representantes deste debate na atualidade, na medida em que propõem, ao fim e ao cabo, esboços de descriminalização do Direito penal secundário, ou de aproximação deste ramo com a lógica do Direito administrativo sancionador (inserindo critérios de eficiência e flexibilização de garantias, por exemplo).

2.2.2 Teorias diferenciadoras entre os injustos

²⁹⁸ Indica Manuel Rando Casermeiro que nem mesmo Goldschmidt, tido como o inaugurador da diferenciação ontológica da sanção administrativa, era absolutamente partidário de uma diferença qualitativa, senão que adota em seu raciocínio posturas qualitativo-quantitativas – em expressão por ele mesmo cunhada. Cf. *La distinción entre el Derecho penal y el Derecho administrativo...* cit., p. 58.

²⁹⁹ Rando Casermeiro critica o tratamento *machacón* (maçante, repetitivo) dado pela doutrina. Cf. *Ibid.*, p. 45. Alejandro Nieto é particularmente enfático ao desqualificar a importância desta discussão: “Esta cuestión ha perdido la actualidad [...] y hoy parece más propia de doctorandos eruditos y profesores rancios que de investigadores imaginativos y de abogados y jueces que tienen que habérselas con la realidad casuística.”. *Derecho administrativo sancionador...* cit., p. 126.

³⁰⁰ Observa Blanca Lozano Cutanda que parece haver o reconhecimento unânime na doutrina, ao menos em território europeu, de que todas as tentativas dogmáticas de distinguir qualitativamente o ilícito penal e o administrativo fracassaram. Cf. *La tensión entre eficacia y garantías en la represión administrativa...* cit., especialmente p. 47.

Tradicionalmente, as doutrinas penal e administrativa buscaram delimitar a distinção entre o injusto penal e administrativo a partir de diferenças quantitativas ou qualitativas, a partir da diversidade de fundamentos e finalidades de ambas as sanções. Contudo, e como já apontado, a delimitação entre o Direito penal e o administrativo é uma tarefa árdua, dada a fluidez com que decide o legislador pela tutela de bens jurídicos através de um ou outro ramo³⁰¹.

Segundo informa Maier, historicamente as teses diferenciadoras teriam sua origem nas construções de Feuerbach, que recorria ao argumento de que os delitos seriam infrações à direitos naturais da vítima, enquanto as contravenções representavam infrações ao poder de polícia do Estado. Carrara e Carmignani também teriam estabelecido esta diferença. Houve, de modo geral, uma tentativa de estabelecer parâmetros ontológicos de diferenciação entre os delitos e as contravenções, a partir de critérios de danos ou ameaça de dano aos direitos dos cidadãos, contrapostos à regras de administração da sociedade pelo Estado³⁰².

É James Goldschmidt, no entanto, quem desenvolve a teoria diferenciadora entre os ilícitos penal e administrativo. Para o autor, a diferença entre ambos reside na existência de um desvalor ético, presente nos ilícitos penais, e na imposição de uma pena restritiva de liberdade. Em contrapartida, as sanções administrativas estariam baseadas em infrações de mera ordenação, eticamente neutras, voltadas para a proteção das estruturas do Estado. Para Goldschmidt, os delitos seriam *mala in se*, e as sanções administrativas seriam uma espécie de *mala in quia prohibita*.³⁰³

Não somente o conteúdo ético diferenciaria os injustos penal e administrativo na teoria de Goldschmidt, mas também a característica da norma sancionadora. Para o autor, o preceito administrativo é uma combinação entre disposições administrativas e preceitos jurídicos, estando estes últimos presentes somente para diferenciar a sanção administrativa

³⁰¹ Esta é uma dificuldade que remonta às origens do Direito administrativo sancionador, no século XIX pois, como afirma Helena Lobo da Costa “Em 1871, após uma discussão doutrinário que não conseguir distinguir com segurança o crime do ilícito de polícia (Polizeiunrecht), preferiu o legislador do Código Penal do Imperio considerar todas as condutas como delito, sem proceder a uma diferenciação entre ilícito penal e ilícito de polícia. A diferenciação legislativa não estancou as tentativas doutrinárias de distinguir entre os ilícitos”. *Proteção penal ambiental...cit.*, p. 192

³⁰² MAIER, Julio. El Derecho contravencional como Derecho administrativo sancionador. In: PÁSTOR, Daniel; GUZMÁN, Nicolás (org.). *Problemas actuales de la Parte general del Derecho penal*. Buenos Aires: Ad Hoc, 2010, p. 36.

³⁰³ Cf. *Derecho, derecho penal y proceso I. Problemas fundamentales del derecho*. Barcelona: Marcial Pons, 2010.

do poder de polícia. Assim, as sanções administrativas comporiam um ilícito jurídico-administrativo e não se confundiriam com as sanções penais por representarem o Direito administrativo, e não “Direito justicial”, pressuposto da aplicação da consequência penal³⁰⁴.

A noção de “Direito justicial” de Goldschmidt está intimamente conectada com a concepção de antijuridicidade, que seria a relação de contrariedade aos fins do Direito, entendendo este como o conjunto de normas relativas à proteção das esferas humanas da vontade. A sanção administrativa, por outro lado, não possuiria antijuridicidade, mas “anti-administratividade”, ou seja, a contrariedade aos fins da administração pública, entendidos como a tutela do bem estar e das normas do Estado³⁰⁵.

A elaboração inicial realizada por Goldschmidt foi dotada de conteúdos jurídico-filosóficos mais profundos por Erick Wolf e, posteriormente, Eberhard Schmidt, que buscaram, na esteira dos estudos do autor supracitado, estabelecer a diferenciação qualitativa entre os ilícitos penal e administrativo³⁰⁶.

Em um momento inicial de transição entre os critérios diferenciadores do Direito penal e administrativo, a doutrina administrativa buscou apontar diferenças substanciais dentro do conjunto de sanções administrativas previstas, como sanções de “auto-proteção” e de “ordem geral”³⁰⁷. Através das primeiras, a administração pública tutelaria sua organização e ordem internas, tais como os regramentos sobre infrações cometidas por funcionários públicos, concessionários de serviços públicos, sanções tributárias, etc., enquanto que com as “sanções de ordem geral” a administração atuaria de modo repressivo, disciplinando a atuação dos administrados de maneira geral, como nos setores urbanístico, de imprensa, ordem pública, etc.³⁰⁸

³⁰⁴ Afirma o autor: “El derecho administrativo sigue siendo, así pues, Derecho administrativo material, pero nunca será, igual que el Derecho penal justicial, Derecho justicial material”.GOLDSCHMIDT, op. cit., p. 403.

³⁰⁵ GARCÍA ALBERO. La relación entre ilícito penal e ilícito administrativo...cit., especialmente p. 328.

³⁰⁶ Dispensamos aqui as considerações históricas mais completas. A complexidade das teorias dos autores mencionados nos impede de abordá-las com propriedade dentro dos limites de tempo e espaço deste mestrado. Esta limitação, contudo, não compromete a reflexão a que nos propomos neste trabalho, tendo em vista que as atuais discussões sobre a identidade ou não das sanções administrativas e penais já nos fornecem material crítico o suficiente para avaliar a pertinência desta identidade, bem como a possibilidade de comparação com os elementos do Direito de intervenção.

³⁰⁷ Cf. GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. El problema jurídico de las sanciones administrativas. In: *Revista española de derecho administrativo*, nº 10, 1976, pp. 399-430

³⁰⁸ Georges Dellis também diferencia entre sanção administrativa *strictu sensu*, quando aplicadas pela Administração, tratando-se de medidas repressivas não necessariamente disciplinares, referentes aos mais

Esta diferenciação buscava justificar que algumas sanções eram criadas e impostas exclusivamente pela Administração pública e pertenceriam, portanto, somente à competência do Direito administrativo, enquanto as sanções de ordem geral encontrariam mais paralelos com as sanções penais e poderiam, por isso, ser livremente reguladas de acordo com normas administrativas ou penais.

Esta tese, contudo, foi abandonada por seu próprio criador, e hoje se compreende que há uma unidade entre as sanções aplicadas pela Administração Pública³⁰⁹.

Afastando-se da tradição teórica acima esboçada, Heinz Mattes foi um dos primeiros autores a buscar hipóteses de identificação entre o Direito penal e o chamado “Direito penal administrativo”, a partir do poder de polícia do Estado, desenvolvendo a teoria do Direito administrativo sancionador a partir das estruturas do Direito penal. Para o autor, o fundamento característico das teses diferenciadoras de Goldschmidt e Eberhard Schmidt, a existência de uma reprovação ética, moral, característica do Direito penal, não subsiste diante da configuração das infrações de ordem econômica de sua época.

Mattes via dificuldades em encontrar a reprovação ética de alguns ilícitos penais de bagatela, ao mesmo tempo em que considerava a reiteração de infrações administrativas de conteúdo econômico eticamente reprováveis, na medida em que seus efeitos seriam sofridos por toda a coletividade³¹⁰. Para o autor, se fazia necessário uma concepção social, e não meramente individual, do homem como destinatário da proteção do Direito³¹¹.

A breve indicação histórica traçada permite-nos situar o debate que permeia o problema da separação entre as esferas penal e administrativa. Optamos, todavia, por não estender estas considerações, tendo em vista que não se trata de um debate encerrado ou tampouco de considerações escolásticas de interesse meramente teórico.

variados campos de atuação dos serviços públicos (setor econômico, ambiental, da saúde, etc). DELLIS, op. cit., p. 31.

³⁰⁹ Cf. LOZANO CUTANDA, Blanca. La tensión entre eficacia y garantías en la represión administrativa: aplicación de los principios constitucionales del orden penal en el Derecho administrativo sancionador con especial referencia al principio de legalidad. In: *Cuadernos de derecho judicial*, nº 11, 1997, p. 41-78. (Ejemplar dedicado a: *Las fronteras del Código penal y el derecho administrador sancionador*. PICO LORENZO, Celsa (Org.))

³¹⁰ MATTES, Heinz. *Problemas del Derecho penal administrativo...* cit., p. 214 e ss. Segundo o autor: “Estas categorías de la lesión de un deber, de la infidelidad, respectivamente traición, de la reprochabilidad moral y de las pretensiones de vigencia de una voluntad mala en el mundo exterior, no son aplicables a todas las acciones que deberían ser sancionadas con penas”.

³¹¹ GARCÍA ALBERO, op. cit., p. 332.

Resta consignar, por fim, que há autores contemporâneos que buscam ainda certa diferenciação principiológica entre Direito administrativo sancionador e penal, como é o caso de Gomez Tomillo, que define a separação entre as esferas penal e administrativa sancionadora a partir do princípio da lesividade ao bem jurídico, fundamentando-se especialmente na construção de Ferrajoli acerca deste princípio³¹².

Para o autor, trata-se de áreas muito distintas, pois enquanto o Direito penal se ocupa da proteção de bens jurídicos, o Direito administrativo sancionador estaria voltado para o reforço, mediante sanções, de um modelo específico de gestão setorial e da gestão ordinária da Administração.

Sua posição, contudo, parece ter se flexibilizado em suas obras mais recentes, quando postula a correção, em algumas hipóteses, da tese quantitativa³¹³ e, no que se refere à referência de regras de parte geral, afirma, com Rubiales, existir uma identidade *substancial* entre infrações penais e administrativas, que exigiriam uma formulação de parte geral baseada na dogmática penal, mais avançada e consolidada que as teorias de parte geral do campo administrativo sancionador, dada a *potencialidade incisiva* que possuem as infrações administrativas.³¹⁴

A existência de um elemento ético diferenciador das sanções, ainda, é sustentada atualmente por Cerezo Mir³¹⁵, que entendem haver determinadas condutas axiológico-socialmente relevantes, que devem constituir o conjunto de crimes, e condutas axiológico-socialmente neutras, passíveis de serem tratadas como infrações administrativas³¹⁶.

2.2.3 Teoria unitária

³¹² Cf. Consideraciones en torno al campo límite ... cit., p. 69-72.

³¹³ TOMILLO e RUBIALES. *Derecho administrativo sancionador, parte general...*cit., p. 90.

³¹⁴ Ibid., p. 36.

³¹⁵ Límites entre el Derecho penal y Derecho administrativo. In: *Anuário de Derecho Penal y Ciencias Penales*, tomo 28, nº 3, 1975, pp. 159-75.

³¹⁶ LOBO DA COSTA, Helena Regina. O sancionamento de condutas entre a judicialização e a administração. In: *Estudos de direito público*, nº1, 2009, pp. 562-7. Ver p. 566.

A partir das reflexões de Mattes, dessa forma, iniciam-se uma série de questionamentos teóricos sobre a existência ou não de naturezas distintas entre os ilícitos penal e administrativo.

Na esteira do identificado inicialmente pelo autor alemão, uma grande parcela da doutrina define o Direito administrativo sancionador como uma forma de expressão do Direito penal, tanto que alguns autores, especialmente da tradição do *common law*,³¹⁷ chegam a mencionar esta área como Direito penal administrativo, dada a sua característica de descrever e perseguir infrações consideradas merecedoras de sanção pelas autoridades públicas.

Há ainda, desde uma perspectiva geral, um certo consenso acerca da natureza do direito administrativo sancionador como um herdeiro do Direito penal, na medida em que muitas das construções desta última área desenvolvem-se a partir da teoria científica do Direito repressor³¹⁸.

Em sequência à obra de Mattes, toma força a ideia de que não existiriam diferenças substanciais entre ilícitos penais e administrativos, sendo a diferença entre ambos meramente quantitativa, ou seja, relativa à gravidade da pena que uma e outra jurisdição – administrativa ou penal – poderiam impor.

Assim, o elemento identificador de cada uma das sanções independeria de qualquer conceito de reprovação ética, ou do status do bem jurídico protegido por ambas as áreas. Por se tratar de figuras normativas, infrações administrativa e penal estariam à livre disposição do legislador. A gravidade da sanção penal, então, é interpretada como critério diferenciador principal para a sanção administrativa³¹⁹.

³¹⁷ RANDO CASERMEIRO menciona que nestes países a sanção administrativa é regulada como mais uma parcela do Direito penal, como se fosse uma designação especial deste ramo, a saber, Direito penal econômico, ambiental, etc., não se diferenciando sua aplicação pelos tribunais. Cf. *La distinción entre el Derecho penal y el Derecho administrativo sancionador*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2010, p. 70.

³¹⁸ TOMILLO e RUBIALES iniciam sua obra de dois volumes compreendendo, respectivamente, a parte geral e especial do Direito administrativo sancionador, designando-o “Direito penal administrativo” e apontam para a necessidade do tratamento destas modalidades de sanção a partir da perspectiva do Direito penal. Cf. *Derecho administrativo sancionador...* cit., p. 29.

³¹⁹ A tese contrária à existência de diferenças qualitativas é especialmente reforçada quando algumas condutas passam da competência administrativa para a penal com base em critérios puramente quantitativos, como determinadas infrações fiscais que, a depender do valor, são sancionadas pela administração ou pela justiça penal.

Os autores que advogam esta teoria identificam que, no contexto do Estado social, mais intervencionista, muitos bens referentes à administração pública passam a integrar as Constituições Federais e os bens jurídicos penais nelas inscritos, de tal modo que muitos destes bens jurídicos relativos à Administração adquiriram maior protagonismo e relevância, merecendo a proteção do Estado. A opção entre pena ou sanção administrativa, no entanto, ocorreria de acordo com o desígnio do legislador³²⁰.

Segundo esta perspectiva doutrinária, haveria também identidade entre os dois grupos de sanções no que respeita às consequências jurídicas do delito, na medida em que a Administração pode chegar a impor penas idênticas às aplicadas pela jurisdição penal, como a proibição de dirigir, de portar armas, multas, e inclusive as sanções pecuniárias impostas em caso de responsabilidade penal das pessoas jurídicas.

Em consonância com tal perspectiva estão Silvina Bacigalupo e Miguel Bajo, que posicionam-se pela distinção puramente formal entre os ilícitos administrativo e penal, rechaçando as ideias de que a diferença entre ambos obedeça à parâmetros qualitativos³²¹.

Esta é a tese defendida por importante parcela da doutrina no Brasil, a partir de considerações sobre um conceito único de ilicitude jurídica, que permita ao legislador definir qual a sanção aplicada à conduta que se pretende evitar. É o caso, por exemplo, de Miguel Reale Jr.³²², Helena R. Lobo da Costa³²³, e Eduardo Reale Ferrari³²⁴. A tradição nacional desta interpretação parece retomar as considerações de Nelson Hungria, que afirmava:

A ilicitude jurídica é uma só, do mesmo modo que um só, na essência, é o dever jurídico. Dizia Bentham que as leis são divididas apenas por comodidade de distribuição: todas podiam ser, por sua identidade substancial, dispostas sobre um mesmo plano, sobre um só

³²⁰ Cf. GOMEZ TOMILLO, Manuel. Consideraciones en torno al campo límite entre el derecho administrativo sancionador y el derecho penal...cit., p. 69-89 e LUZ, Yuri Corrêa da. O Combate à corrupção entre o Direito penal e o direito administrativo sancionador. In *Revista brasileira de Ciências Criminais*, vol. 19, nº 89, pp. 429-470.

³²¹ BACIGALUPO, Silvina e BAJO, Miguel. Las medidas administrativas y penales para la prevención del blanqueo de capitales. In: BACIGALUPO, Silvina e BAJO, Miguel (Orgs.) *Política Criminal y blanqueo de capitales*. Barcelona: Marcial Pons, 2009, p. 130.

³²² Cf. Despenalização do direito penal econômico: uma terceira via entre o crime e a infração administrativa? In: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo, v. 7, n. 28, 1999, p. 116-129.

³²³ Cf. *Proteção penal ambiental*...cit.

³²⁴ Legislação penal antitruste: Direito penal econômico e sua acepção constitucional. In: FARIA COSTA, José de; MARQUES DA SILVA, Marco Antônio (Orgs.). *Direito penal especial, processo penal e direitos fundamentais, visão luso-brasileira*. São Paulo: Quartier Latin, 2006, p. 581-625, em especial páginas 608 e ss.

mapa-mundi. No que tem de fundamental, coincidem o delito civil e o delito penal. Um e outro são uma rebeldia contra a ordem jurídica. Consistem ambos num fato exterior ao homem, antijurídico, imputável a título de dolo e culpa. [...] Diferença puramente de *grau* ou de *quantidade*³²⁵.

Helena Lobo da Costa é enfática ao afirmar que não há diferenças ontológicas entre as sanções administrativas e penais, ao entender que “o crime não existe como realidade, ele é produto de uma definição – que não se dá, todavia, de modo arbitrário. Da mesma forma, o ilícito administrativo é criado normativamente”³²⁶.

Esta, inclusive, parece ser a posição majoritária também na doutrina estrangeira³²⁷, especialmente diante da proliferação de normas administrativas e penais para a tutela dos mesmos bens jurídicos, o que reforçaria o argumento de que a diferença entre ambas é apenas normativa, baseada na livre escolha legislativa³²⁸.

2.2.4 Superada a tese de distinção entre o injusto administrativo e penal?

Sem pretender diminuir a relevância do debate relatado acima, e seguindo uma parcela crescentemente relevante da doutrina³²⁹, é possível propor a inexistência de uma relação de necessária oposição entre os critérios qualitativos e quantitativos, com base na ideia que, a partir de um determinado grau de elevação, quantidade transforma-se em qualidade, ou seja, o exacerbado incremento da quantidade implica um salto qualitativo.

Roxin, nesse sentido, afirma que muitas vezes o ilícito penal não corresponde a uma reprovação ética consensual - como o porte de arma, por exemplo - enquanto uma

³²⁵ *Comentários ao Código Penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1958, vol. 1, tomo II, p. 30. Prossegue Hungria, afirmando que: “Sob o ponto de vista histórico, em face do *jus positum*, o que decide entre a aplicação da simples sanção civil e a da reforçada sanção penal, no reajustamento da ordem jurídica, é a menor ou maior *intensidade* da violação desta, apreciada pelo legislador, sob a influencia do mutável ambiente social”.

³²⁶ *Proteção penal ambiental*...cit., p. 202.

³²⁷ O estado da questão na Alemanha é sintetizado por STRATENWERTH, ao analisar as sanções das contra-ordenações. Cf. *Derecho penal, parte general*. Cizur Menor: Thompson/Civitas, 2005., p. 47.

³²⁸ Conforme menciona Alejandro Nieto: “Durante más de cien años los juristas españoles han vivido obsesionados por la *inexata questio* de si mediaba o no mediaba una ‘identidad ontológica’ entre los delitos y las infracciones administrativas... la identidad sustancial de ambos ilícitos, penal y administrativo, es hoy, en definitiva, absolutamente dominante, aunque no falten testimonios de postura contraria”. Op. cit, p. 126.

³²⁹ Cf. LASCURAÍN SÁNCHEZ, Juan Antonio. Por un derecho penal sólo penal: derecho penal, derecho de medidas de seguridad y derecho administrativo sancionador. In: Vv. Aa. *Homenaje al Profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo*. Madrid: Thomson, Civitas, 2005, p. 587-626.

infração administrativa pode estar socialmente muito desvalorada, como dirigir acima do limite de velocidade³³⁰.

Porém, o que enfatiza o autor é que, independentemente de haver ou não uma diferença substancial entre os injustos administrativos e penal, o foco deve ser voltado para a quantidade de sanção, pois não se questiona que uma longa pena de prisão seja mais grave que uma alta multa administrativa. Aqui residiria a diferença qualitativa que aponta Roxin: não a partir do pressuposto do injusto (reprovação ética), mas a partir da quantidade de pena, cuja gravidade é capaz de estabelecer concretamente a diferenciação qualitativa que postulava a doutrina de Goldschmidt.

Lascuraín Sanchez, do mesmo modo que Roxin, entende que a principal diferença entre o Direito penal e o Direito administrativo sancionador é a quantidade de pena imposta por cada um destes ramos, mas acrescenta que as características de cada sanção representam uma diferenciação substantiva (qualitativa) entre ambas³³¹, enfatizando que:

...cuando afirmo que las diferencias cuantitativas desembocan en diferencias cualitativas pretendo señalar que el que un sector se ocupe de sanciones más leves, y significativamente que tenga vedadas las privativas de libertad, y otro las penas más graves, prisión incluida, va a comportar todas una serie de diferencias en la configuración de las normas, en su interpretación y en su aplicación, y que la razón de ello estará en la conexión que existe entre el análisis de vigencia de los principios y la cuantía de las sanciones.³³²

Neste ponto em particular, faz-se válida outra vez a argumentação acerca da já mencionada zona cinzenta entre o Direito penal e administrativo sancionador. Não cabe dúvida de que uma pena restritiva de liberdade de larga duração é mais severa que uma pena de multa, mas nos interstícios das sanções penais e administrativas restritivas de direito, ou que afetam ao patrimônio, pode haver a mesma ou até maior intensidade da sanção administrativa, o que justificaria a intercambialidade entre ambas.

³³⁰ “Tampoco se puede decir que los hechos delictivos necesariamente son éticamente reprobables, e que en cambio las contravenciones son éticamente neutras; pues quien p. ej. circula por la mitad izquierda de la calzada o se excede conscientemente de la velocidad máxima permitida, se comporta de un modo que no es en absoluto éticamente irreproachable. Al contrario, el juicio de desvalor ético en las contravenciones sólo es menor que el de los hechos punibles en la medida en que disminuye su peligrosidad social”. ROXIN, Claus. *Derecho penal, parte general. Tomo I*. Madrid: Civitas, 2007, p. 72.

³³¹ “El Derecho administrativo sancionador sería así un Derecho penal en pequeño en cuanto a la magnitud de lo que se ocupa y en cuanto a la bastante menos aparatosa manera que tiene de ocuparse de las conductas de las que se ocupa”. Por un derecho penal sólo penal...cit., p. 611.

³³² Ibid., p. 619.

Além disso, para os fins deste trabalho, posições apriorísticas sobre a separação do Direito administrativo penal e sancionador tem pouco a acrescentar para a aproximação deste último ramo como uma manifestação do direito de intervenção. Nesse sentido, concordamos com a posição dos autores supramencionados, de que a gravidade quantitativa de muitas sanções administrativas muitas vezes as transforma em punições de caráter quase penal, integrante já das fronteiras mais distantes do Direito penal nuclear.

Este é, em parte, o entendimento esboçado pela teoria dos próprios autores que norteiam esta pesquisa, Hassemer e Silva Sánchez. Ainda que Hassemer não tenha dedicado uma reflexão mais detida sobre este assunto, podemos inferir que a existência de um núcleo do Direito penal, caracterizado pela identificação social (moral) com o injusto, permite interpretar que as condutas protetoras de bens jurídicos coletivos e as demais integrantes do Direito penal acessório não reuniriam características suficientes para integrarem o corpo das normas repressoras, devendo ser descriminalizadas nos marcos do Direito de intervenção.

Em outras palavras, a diferença qualitativa residiria entre as condutas do núcleo duro do Direito penal, e as diferenças quantitativas em todo o restante de condutas que poderiam ser transferidas para o Direito de intervenção.

O Direito penal de segunda velocidade proposto por Silva Sánchez parece também apontar para esta direção, no sentido de que há diferenças substanciais entre o grupo de crimes para os quais se manteria a pena de prisão e os demais delitos que seriam incorporados à mencionada segunda velocidade.

Diante da relevância do posicionamento destes dois autores para os problemas que buscamos abordar nesta pesquisa, entendemos pertinente discorrer aqui sobre o debate que tais teorias (Direito de intervenção e Direito penal de segunda velocidade) vêm suscitando no contexto da relação entre o Direito penal e o Direito administrativo sancionador. Pois Gomez Tomillo afirma que estaríamos vivendo um ressurgimento da tese da diferença qualitativa, especialmente a partir das posições de García Caveró³³³ e Silva Sánchez³³⁴.

Acreditamos que esta interpretação merece ser discutida por considerarmos que os problemas levantados por Silva e as soluções que propõe apontam, em grande parte, para

³³³ Cf. *Derecho penal económico. Tomo I: parte general*. Lima: Grijley, 2007.

³³⁴ Cf. *Aproximación al derecho penal...*cit., p. 133, 182, *passim*.

um possível delineamento da área onde atuaria o Direito de intervenção. Antes de tudo, vale ressaltar que Silva Sánchez discorda das teses absolutas, sejam elas de diferença qualitativa ou quantitativa, em suas palavras:

...la perspectiva que se centra sólo en el injusto y su conformación para distinguir el ámbito de lo penal ou lo administrativo es, a mi juicio, errónea. Por eso era errónea la teoría clásica de base ética. Pero también resulta incompleta la moderna teoría de la diferenciación (meramente) cuantitativa³³⁵

O autor interpreta como insuficiente a tese da diferença quantitativa por observar que submeter uma causa à jurisdição penal, com uma acusação por meio de procedimento judicial, e todas as consequências acessórias que implicam o processo penal (estigma moral, reprovação social etc., processo como pena) representam importante diferença *qualitativa* para quem sofre o processo, o que distinguiria o Direito penal de qualquer outro ramo do Direito. A presença do juiz natural também seria uma diferença substancial³³⁶.

O importante, para Silva, é que quando uma sanção é prevista como ilícito penal ela tem maior potencial de prevenção geral do que quando prevista uma sanção administrativa para a mesma conduta, em virtude de toda a carga moral que se acumula no processo penal, como ressaltado pelo autor: o acusado comparecerá ao mesmo foro onde são julgadas todas as espécies de delitos, em um sistema judicial que não foi especialmente desenvolvido para perseguir, por exemplo, crimes de colarinho branco, com um público determinado³³⁷.

³³⁵ *La expansión del Derecho penal...*cit., p. 136.

³³⁶ “Frente a la adopción del Derecho administrativo, las mayores garantías que resultan de la jurisdiccionalidad abogan por la permanencia en el Derecho penal”. *Aproximación...*cit., p. 58.

³³⁷ O que pode ocasionar uma interpretação diversa da teoria de Silva é o fato de que este tem uma visão bastante empírica da realidade do Direito penal, o que o leva a construir suas posições a despeito de identificar possíveis diferenças abstratas incidentes na teoria do Direito penal e administrativo sancionador. Isso quer dizer que, para o autor, em tese haveria uma diferença de finalidades entre o Direito administrativo sancionador e o penal. O Direito penal teria a seu cargo a proteção de bens concretos, em casos concretos, baseado no princípio da lesividade e imputação individual. O Direito administrativo sancionador, por outro lado, seria um conjunto de normas de reforço da gestão ordinária da administração, um direito de prevenção de danos cumulativos, baseado em critérios de oportunidade e eficiência. Como resalta o autor, contudo, a expansão do Direito penal nas últimas décadas descaracterizou as funções destes dois setores, tendo sido o Direito penal invadido também por pressões de prevenção coletiva de riscos, incorporando-se neste ramo a racionalidade administrativa, pelo fenômeno que Silva denomina “administrativização do Direito penal”. Diante desta realidade, não haveria mais sentido em buscar diferenças qualitativas entre áreas que não remontassem a qualquer possibilidade de efetivação empírica nos dias de hoje ou tampouco pudessem orientar o legislador na formulação de novas sanções penais ou administrativas. Cf. *La expansión...*cit., p. 137-142.

Para aproveitar o potencial preventivo geral e especial que carregam a sanção e o processo penal é que Silva, apesar de concordar em grande parte com Hassemer, defende a formação de um Direito penal de segunda velocidade, e não a descriminalização dos tipos fora do núcleo penal.

Nesse sentido, entende o autor que se é necessário flexibilizar garantias para adaptar o Direito penal às novas demandas, que este processo seja realizado dentro do Direito penal, incorporando-se o arsenal dogmático e científico acumulado por esta área. E este é o principal ponto de divergência de Silva com Hassemer, pois entende desnecessário que se dediquem esforços a desenhar um novo modelo apenas com base em purismo teórico³³⁸.

García Caveró, também apontado por Tomillo como um dos autores a retomar a distinção qualitativa dos injustos administrativo e penal, na verdade, reflete em seu pensamento a influência de Jakobs ao indicar que ambos injustos protegem expectativas sociais, com a diferença que o Direito penal protege expectativas individuais da não ocorrência de comportamentos criminalizados, enquanto o Direito administrativo sancionador representa a confirmação de expectativas quanto ao funcionamento global de um sistema³³⁹.

O que nenhum dos autores afirma, contudo, é que haja uma diferença de natureza entre os ilícitos penal e administrativo. Para Silva Sánchez, existe uma zona indefinida entre o Direito penal e o administrativo dentro da qual o legislador estaria livre para optar pelo recurso a uma ou outra área. Ou seja, não há uma diferença, *a priori*, entre o que deve ser tutelado pelo Direito penal ou administrativo. Não haveria uma separação estrita entre os dois tipos de injusto, com base no bem jurídico protegido, ou com base na reprovação moral. Não haveria, em suma, uma diferença ontológica entre ambos os injustos, que determine a maneira como devem ser sancionador.

O que Silva enfatiza é que existe um momento de escolha racional valorativa *por parte do legislador* a respeito de quais condutas entende merecedoras do estigma e da

³³⁸ Nesse sentido afirma Silva, referindo-se diretamente a Hassemer: “Me he mostrado escéptico acerca de que la mejor forma de se hacer frente al Derecho penal expansivo sea la adopción de planteamientos puristas, insostenibles en el actual estado de desarrollo económico y social. Pero, a la vez, he rechazado que, como algunos pretenden, que se haga *tabula rasa* de buena parte del patrimonio institucional de Derecho penal tradicional en aras de no se sabe qué progreso” (Cf. *Aproximación...*cit., p. 10).

³³⁹ *Derecho penal económico...* cit, p. 124.

reprovação ética que trazem o Direito e o processo penal. Não haveriam critérios fixos, ontológicos, a ser seguidos pelo legislador neste momento. No entanto, uma vez inserida no conjunto de normas penais, aí então a conduta proibida adquire diferenças qualitativas em relação a uma conduta tutelada pelo Direito administrativo sancionador. Sendo assim, em nossa opinião, apontar Silva Sánchez como um representante contemporâneo do resgate das diferenças ontológicas entre as sanções, é interpretá-lo pelas consequências, enquanto entendemos que não é isto que propõe o autor³⁴⁰.

No modo como o interpretamos, e com cuja posição estamos de acordo, há seguramente um espaço onde o injusto penal coincide com a ideia social de delito, ou seja, um espaço de antijuridicidade que coincide com a consciência coletiva de crime (homicídio, lesões, fraudes etc.), onde a tutela do Direito penal é substancialmente diversa da tutela administrativa. Este conceito social de injusto, como apontado por Hassemer, constitui o que se chamou de núcleo duro³⁴¹.

Neste sentido, Tomillo e Rubiales traçam uma pertinente crítica à argumentação de Silva, que entendemos bastante relevante: o frequente descompasso do legislador com o que socialmente se entende como delito e o que efetivamente integra o Direito penal. Os autores apontam para o fato de que as escolhas do legislador nem sempre correspondem com o que valorativamente deve integrar o Direito penal, pois muitas vezes classificam como delitos condutas que socialmente não são tidas como merecedoras de pena, sendo válido também o contrário³⁴².

Há, contudo, uma determinada zona nebulosa entre os ilícitos penais mais levemente apenados, que correspondem a normas de perigo, penalização de condutas econômicas etc, frente às sanções mais graves da administração pública, que não carregam consigo nenhuma determinante de qual deve ser seu tratamento.

³⁴⁰ Esta também é a interpretação de Silvina Bacigalupo e Miguel Bajo Fernández: “entendemos que entre nosotros Feijoo, Silva, y García Caverio pretenden una distinción sustancial entre el injusto penal y el administrativo. Sin embargo, un examen exhaustivo denota que se limitan a describir características distintas entre ambos injustos o preferencias en el tratamiento de las infracciones – fundamentalmente en los delitos de peligro abstracto y lesivos de funciones estatales – pero no a establecer una diferenciación sustancial”. BACIGALUPO e BAJO in BACIGALUPO e BAJO (Orgs.), op. cit., p. 131.

³⁴¹ cremos oportuno aqui a referencia às críticas ao Direito de intervenção apontadas no capítulo primeiro deste trabalho, no que se refere às críticas a tal identificação social com o delito, conforme descrito por Hassemer. Assim, vale retomar nosso posicionamento no que se refere à tendência conservadora de identificação social com o crime e a pena, já que, em nosso ponto de vista, assentar esta identificação como elemento caracterizador do núcleo penal impede a discussão crítica sobre a descriminalização de injustos contra o patrimônio, por exemplo.

³⁴² *Derecho administrativo sancionador...cit.*, p. 76.

Nesse sentido, conforme indica Silva Sánchez, certas condutas, como fraudes contra a concorrência, alguns delitos econômicos ou contra o meio ambiente, ora são tratadas pelo Direito penal ora pelo Direito administrativo, indistintamente, a depender da época e do país onde são reprimidas, o que aponta não haver, neste aspecto, nenhum problema em manejar a reprimenda destas condutas entre o Direito penal e o administrativo sancionador.³⁴³

Em conclusão, cremos que tomar esta posição de Silva como sinal de que o autor postula uma diferença apriorística, ontológica, entre ilícito penal e administrativo, representa uma inferência tomada a partir de conclusões às quais o próprio autor não chega. Pode ser considerada, nesse sentido, como uma *possível* interpretação, extraída do Direito penal de segunda velocidade, mas não como uma proposta própria do autor, a partir da qual teremos que nos basear.

Vale ressaltar, aqui, que a discussão que acima apresentamos em nenhum modo pretende esgotar o intrincado estudo das diferenças ontológicas entre os dois injustos, ou mesmo apontar em definitivo como deve ser interpretada a proposta de Silva Sánchez. O que nos interessa aqui, com a mencionada discussão, é ressaltar que o ilícito penal pode situar-se em linha de continuidade com o ilícito administrativo, de modo que o Direito penal de segunda velocidade pode ser interpretado como uma continuidade do Direito administrativo sancionador³⁴⁴.

E esta linha de continuidade, a nosso ver, é o ponto de partida para as considerações da doutrina que se ocupa hoje em compreender os processos de integração entre Direito

³⁴³ Ao final, apesar da crítica contra os autores que indicam haver resgatado as teses diferenciadores qualitativas, Tomillo e Rubialles acabam por chegar às mesmas conclusões de Silva, que são por nós aqui compartilhadas, e afirmam: “Determinados delitos en atención a la escasa centralidade del bien jurídico que tutelan, a la técnica de tipificación o a ambas circunstancias simultaneamente, se estima que deberían ser expulsados del Derecho penal para formar parte del Derecho administrativo sancionador. En ocasiones el legislador escucha a las demandas doctrinales, de forma que determinados delitos, o faltas, abandonan el campo del Derecho penal para convertirse en meras infracciones administrativas”. (*Derecho administrativo sancionador...cit.*, p. 90). Em outra passagem, fica também evidenciada a proximidade entre os autores: “Asumido que entre el Derecho penal y el Derecho administrativo sancionador existen diferencias en lo que a su objeto respeta y aceptando incluso el objeto que estos autores defienden, sin embargo, entendemos que ello no se tiene que traducir necesariamente, sin más, en una diferencia de índole cualitativa, al menos en la medida en que se entienda que también la potestad sancionadora administrativa tiene, en última instancia, como fin la protección de bienes jurídicos”. *Ibid.*, p. 76.

³⁴⁴ Esta é a interpretação inicialmente conferida por Welzel e posteriormente adotada por Cerezo Mir. Conforme a tradução de Silva, esta seria a perspectiva de Welzel: “A partir del ámbito nuclear de lo criminal discurre una línea continua del injusto material que ciertamente va disminuyendo, pero que nunca llega a desaparecer por completo, e incluso las infracciones administrativas (*Ordnungswidrigkeiten*) están vinculadas con ella”. WELZEL, Hans apud SILVA SÁNCHEZ, La expansión...cit., p. 135

penal e Direito administrativo sancionador, ainda que este não seja considerado suficiente para solucionar definitivamente tal problemática.³⁴⁵

O ponto de vista delineado aqui, dessa forma, situa-se na posição intermediária das perspectivas antagônicas descritas acima. Esta posição tem acolhida considerável na doutrina contemporânea. Tende a decantar-se por uma diferença quantitativo-qualitativa, mas de essência predominantemente normativa³⁴⁶.

Dentro de um sistema punitivo único, deste modo, haveria zonas limítrofes (como a regulação de mercados, relações de consumo, segurança no trabalho etc.) onde caberia optar pela sanção penal ou administrativa (no sentido do que também afirmamos a respeito das indicações de Silva Sánchez)³⁴⁷.

Todavia, como já apontado nas páginas anteriores, cremos que há um extremo de gravidade que transforma a natureza das sanções, seja ela penal ou administrativa. Nesse sentido, entendemos que a pena privativa de liberdade será sempre mais incisiva sobre os direitos do acusado (mais grave), do que uma sanção administrativa, e não caberia aqui dizer que entre ambas existe apenas uma diferença de quantidades, tendo em vista todas as consequências subjetivas que a perda da liberdade acarreta aos cidadãos, sobretudo, sob as condições carcerárias no Brasil³⁴⁸. Do mesmo modo, a aplicação de uma multa de trânsito, ou pelo descumprimento do dever de votar, por exemplo, são sanções de baixa relevância, que não poderiam, a nosso ver, ser equiparadas com a pena.

Por outro lado, fora destes extremos, tem razão os autores que sustentam a diferença meramente quantitativa entre as áreas penal e administrativa, tendo em vista que,

³⁴⁵ “está claro que si no hay referencia ontológica o de naturaleza tiene que buscarse otro referente, que es, como no podría ser de otra manera, un valorativo. Pero dar ese paso no nos sitúa ni siquiera en las proximidades del núcleo del problema de las relaciones entre derecho penal y derecho administrativo sancionador”. RANDO CASERMEIRO, op. cit., p. 50.

³⁴⁶ LOBO DA COSTA, Helena Regina. O sancionamento de condutas entre a judicialização e a administração. In: *Estudos de direito público*, nº1, 2009, pp. 562-7. Da mesma autora, Cf. *Proteção penal ambiental...* p. 202 e ss.

³⁴⁷ Conforme informa Helena Lobo da Costa, esta é a posição definida pelo Tribunal constitucional alemão, que defende uma teoria mista quantitativo-qualitativa, “segundo a qual a pena deveria corresponder um desvalor ético-social, enquanto esse desvalor seria reduzido na sanção contraordenacional. Haveria um núcleo de repressão puramente ética, correspondente ao direito penal, e outro de repressão técnica, espaço do direito contraordenacional. Entre esses núcleos, a diferença seria quantitativa. Ademais, caberia ao legislador diferenciar entre crime e ilícito contraordenacional”. *Proteção penal ambiental...* cit., p. 195.

³⁴⁸ Não nos convence, de nenhum modo, o argumento de Jakobs, segundo o qual a privação do patrimônio de uma pessoa significa profunda ingerência em sua esfera de liberdade. Pode sim significar a privação de direitos, ou diminuição da qualidade de vida, mas não se pode compará-la com a perda efetiva da liberdade de circulação. Cf. JAKOBS, Günther. *Estudios de Derecho penal*. Madrid: Civitas, 1997, p. 439-59.

como veremos em capítulo próprio, existe muitas vezes uma equivalência de gravidade de sanções administrativas e penais, havendo casos, inclusive de superação da consequência administrativa em relação à penal³⁴⁹.

Crítica em relação a este posicionamento, Helena Lobo da Costa afirma que “a ideia de núcleos qualitativamente diferentes que em zonas limítrofes tornam-se quantitativamente diferentes” é falha, por não oferecer um critério diferenciador³⁵⁰. Tem razão a autora, ao mencionar a falta de critérios apriorísticos para determinar a pertinência de uma conduta a uma ou outra área do Direito. O que ressaltamos, contudo, é que uma vez feita esta escolha, não se pode relevar as consequências que a pena de prisão podem trazer para o sentenciado, o que traz à tona a diferença qualitativa.

Quando não há esta previsão, no entanto, de fato procede a afirmação de que o tratamento de condutas proibidas por uma ou outra área é livre, e deverá ser modulado com critérios de proporcionalidade, comparando-se a sanção penal com a administrativa³⁵¹.

O ponto de vista defendido aqui, nesse sentido, é um tanto menos pretensioso, focado nas consequências da escolha legislativa, e não propriamente nos critérios que devem determinar esta escolha, mesmo porque não estamos de acordo com muitas das posições defendidas pelos autores das teses qualitativas, que normalmente inserem delitos patrimoniais no conjunto de normas de reprovação ética, independente de considerações de lesividade e fragmentariedade.

Neste sentido, compartilhamos integralmente a posição de Rando Casermeiro, quando afirma:

...hay que distinguir el llamado derecho penal nuclear del resto de ilícitos, de forma que se configure como cualitativamente

³⁴⁹ Assim, nas regulamentação de relações de consumo, por exemplo, a falta de autorização administrativa pode significar um indício de merecimento de sanção penal, porém, para que se caracterize como delito, a conduta deveria apresentar-se como efetivamente nociva - ainda que indiretamente - para a saúde pública, de forma que a nocividade concreta da conduta torna-se o parâmetro para a intervenção penal. HASSEMER e MUÑOZ CONDE enfatizam que a relação de nocividade não deve ser fruto de um exercício mental do julgador, mas um fato real e comprovável. HASSEMER e MUÑOZ CONDE. *Responsabilidad por el producto en derecho penal...*cit., p. 65 e 77.

³⁵⁰ *Proteção penal ambiental...* p. 195

³⁵¹ Um forte argumento nesse sentido é oferecido por Helena Lobo da Costa, que afirma que, no contexto destas teses quantitativo-qualitativas, não haveria explicação convincente para o fato de que a sanção administrativa muitas vezes é mais grave do que as previstas na esfera penal. Estamos de acordo com esta posição, que será objeto de debate próprio. Nosso posicionamento, a este respeito, é de que se trata de uma incongruência dos sistemas penal e administrativo, que merece ser corrigido em prol da descriminalização. *Proteção penal...*cit., p. 195.

diferenciado de ellos; pero entre los ilícitos penales no pertenecientes a ese núcleo del derecho penal y los ilícitos administrativos sí que cabe apreciar ya una distinción cuantitativa.³⁵²

Por fim, vale ressaltar a crítica tecida por Rando Casermeiro, estudioso das questões limítrofes entre o Direito penal e o administrativo sancionador, com relação às consequências da dificuldade em se estabelecer, teoricamente, as diferenças de natureza entre as duas áreas. Para o autor, este debate acadêmico por vezes desconsidera a relevância de formulações de política criminal, bem como a importância do debate político sobre este tema.

Aduz o autor que, diante desta dificuldade de diferenciação, parte da doutrina rebaixa os níveis de exigência nesta tarefa, contentando-se em buscar nos argumentos de *lege lata* os fundamentos para a distinção entre ambas, em um trabalho que rende poucos frutos para a intervenção legislativa prática de separação entre as duas categorias de ilícito (penal e administrativo)³⁵³. A retomada deste problema a partir de escolhas de política criminal teria, assim, maiores condições de orientar o legislador na decisão sobre quais as sanções aplicáveis.

2.3 O processo de despenalização

A relevância das opções de política criminal, conforme mencionado acima, na realocação de condutas dentro do Direito penal e administrativo sancionador se manifesta claramente no plano dos processos de descriminalização ocorridos em alguns países da Europa.

Os anos 1970 são marcados por um processo de transferência de muitas condutas antes tuteladas pelo Direito penal para o Direito administrativo, tendência esta responsável pelo reforço das teses quantitativas, uma vez que pôs em evidência a margem de manobra de que dispõe o legislador para o tratamento de condutas nas zonas limítrofes entre as áreas penal e administrativa.

³⁵² ROLANDO CASERMEIRO, op. cit., p. 57.

³⁵³ Ibid., p. 41-2.

A despenalização serviu de base também para o debate sobre a existência de um *ius puniendi* único do Estado, ao deixar subentendido que, se houvesse uma separação apriorística entre os injustos penais e administrativos, a passagem indiscriminada de delitos de bagatela para o Direito administrativo sancionador não poderia ter sido realizada, e a única alternativa em um processo despenalizador seria a abolição completa da conduta proibida³⁵⁴.

Mas sua importância não se restringe a este ponto. O processo de descriminalização destes países manifestou a força que pode encontrar a doutrina do Direito penal mínimo – quando em condições sociais propícias – para informar a atividade legislativa, bem como o aperfeiçoamento das técnicas e normas administrativas para a regulamentação do conjunto de condutas que passaram para esta esfera.

Este processo ocorre, com diferentes nuances, em grande parte dos países de tradição germânica do Direito penal, pelas mais diversas razões: as maiores reservas ao uso do Direito penal em virtude de sua instrumentalização pelos estados fascistas durante a II Guerra mundial³⁵⁵, o fortalecimento da dogmática minimalista do Direito penal e da criminologia, e até mesmo o contexto sócio-econômico que emoldura estas transformações.

Motivos de ordem prática também influenciaram este movimento de saída do Direito penal, com o qual inclusive poderíamos fazer um paralelo com nosso contexto atual: a sobrecarga dos tribunais diante do constante acréscimo do número de tipos penais e, conseqüentemente, do número de processos. Um importante mecanismo de desobstrução dos juízos, dessa forma, era a conversão de infrações menos graves em ilícitos administrativos, a fim de agilizar a resposta estatal para este tipo de condutas³⁵⁶.

2.3.1 Alemanha e Itália

³⁵⁴ TOMILLO e RUBIALES. *Derecho administrativo sancionador, parte general...*cit., p. 94

³⁵⁵ Foi especialmente significativa a influência exercida pelos teóricos do Direito penal mínimo, e pelos esforços da doutrina em restringir o uso das penas privativas de liberdade. Importante exemplo deste processo é o Projeto Alternativo alemão, que busca a integração de mecanismos de política criminal para a crítica do recurso exagerado às penas privativas de liberdade. ROXIN, Claus. *Problemas fundamentais de Direito penal*. Lisboa: Universidade Direito e Ciência, 1993, p. 88.

³⁵⁶ Fazemos referência ao contexto atual, visto que este também foi um dos objetivos motivadores da Lei dos Juizados especiais criminais (nº 9.099/95).

Um dos métodos adotados pelos países europeus para promover a diminuição do Direito penal foi o recurso às normas de “contra-ordenação”, especialmente na Alemanha, Itália e Portugal. Neste período, assim, se consolida a potestade punitiva da administração pública e, conseqüentemente, adquire mais relevância o Direito administrativo sancionador.

Na Alemanha e Itália, a despenalização seguiu critérios provenientes de filosofia política e de teoria do Estado³⁵⁷, tendo aquele primeiro país optado pela regulação de condutas de menor ofensividade a partir do mencionado direito de contra-ordenações. Tal opção decorreu do pressuposto constitucional, imperante na Alemanha, de monopólio *judicial* do *ius puniendi*³⁵⁸.

Na Itália, o processo foi bastante semelhante ao alemão, sendo que a imposição de sanções passaria do juízo penal para o civil (chamado de *giudizio di opposizione*)³⁵⁹.

Conforme indica Jeschek, após 1945, surge na Alemanha uma quarta categoria de ilícito: as infrações administrativas, seguidas, em um continuum de gravidade, pelos juízos de faltas, delitos menos graves e delitos graves. Estas infrações corresponderiam ao antigo Direito penal administrativo, porém atualizadas conforme os princípios do Estado de Direito e dedicadas, em sua origem, especialmente à regulação de infrações tributárias e econômicas. Sua finalidade foi remeter à administração os delitos de bagatela e, ao mesmo tempo, diminuir a sobrecarga de trabalho dos tribunais penais.³⁶⁰

Em 1968 é publicada a primeira lei geral de contra-ordenações na Alemanha (*Ordnungswidrigkeiten-Gesetz* ou OWiG)³⁶¹, que reúne as sanções administrativas, e consolida seu tratamento com base em uma parte geral comum, aplicável à todas as

³⁵⁷ A principal fundamentação jurídico-filosófica é desenvolvida por Erik Wolf, que fornece o subsídio filosófico para a teoria do direito penal administrativo elaborada por Goldschmidt, e posteriormente aperfeiçoada por Eberhard Schmidt.

³⁵⁸ RANDO CASERMEIRO, op. cit., p. 60.

³⁵⁹ LOZANO CUTANDA, Blanca. *Panorámica general de la potestad sancionadora da la administración...* cit., p. 405.

³⁶⁰ Cf. JESCHECK, Hans-Heinrich. *Tratado de Derecho penal, parte general*. Granada: Comares, 1993, p. 50. Informa o autor que a OWiG (Direito das contra-ordenações) converteu quase todos os delitos de bagatela (furtos de pequena monta, etc) em processados mediante representação, em troca de imposição de tarefas e regras de conduta mediante uma resolução do Ministério Público ou do tribunal, mediante conformidade do acusado.

³⁶¹ *Gesetz über Ordnungswidrigkeiten*, de 24 de maio de 1968. Esta lei é o resultado da consolidação de esforços anteriores que vinham sendo realizados no país, no sentido de descriminalização das condutas menos graves. Foi precedida pela Lei de despenalização do Direito penal econômico, de 20 de junho de 1949, pela Lei quadro sobre as sanções administrativas, de 1952.

infrações, em grande parte coincidente com princípios de parte geral do Direito penal. Em 1974 é concluído este processo de reforma, quando da edição do novo Código Penal alemão, que aboliu definitivamente as contravenções penais, relegando-as todas para o tratamento pelo Direito de contra-ordenações. No corpo de regras de parte geral orientadoras da imposição de sanções administrativas da Lei geral de contra-ordenações há clara inspiração em regras penais, tais como o princípio de legalidade, culpabilidade, imputabilidade, tentativa e concurso de pessoas.

Esta despenalização realizada em solo alemão atingiu diversos setores do ordenamento, como o setor econômico, fiscal, alimentício, de trânsito, e leis de urbanismo. Neste contexto de descriminalização, entre os anos 1960 e 1970, informa Hassemer ter o país chegado a uma solução de compromisso na qual, com as garantias necessárias, se eliminaram do Código Penal todas as infrações de menor gravidade, sancionadas por um procedimento administrativo que prevê o controle judicial somente em caso de recurso³⁶².

Ao analisar o corpo normativo que compunha as leis especiais na Alemanha do período mencionado até década de 1990, Hassemer identifica que grande parte das condutas nelas descritas tratavam de questões penais secundárias³⁶³, tendo como finalidade principal a regulação de setores da vida onde bastavam as disposições administrativas, sendo desnecessário, além de ilegítimo, o recurso ao Direito penal.

Atualmente, em traços gerais, o Direito sancionador na Alemanha está dividido entre delitos e contravenções - ou contra-ordenações (*Ordnungswidrigkeiten*). As contravenções distinguem-se dos delitos tanto pelas espécies de pena impostas pela Administração (multas) quanto pelo procedimento de imposição destas, caracterizado por um procedimento administrativo, e não judicial, e são em grande parte coincidentes com as infrações administrativas.

Contudo, em que pese a prevalência da autoridade administrativa, o Direito de contra-ordenações alemão está muito mais próximo do Direito penal do que do administrativo, pois as técnicas de codificação são parecidas com aquelas empregadas na

³⁶² HASSEMER e MUÑOZ CONDE. *Introducción a la criminología* ...cit., p. 128 e ss.

³⁶³ Dentre as leis que menciona o autor estão o regime de controle de câmbios (Lei orgânica de 26 de agosto de 1983), Lei sobre contrabando (Lei orgânica de 13 de julho de 1982), algumas sanções do Código Penal Militar, e do regime eleitoral (Lei orgânica de 19 de junho de 1985). Cf. HASSEMER e MUÑOZ CONDE. *Introducción a la criminología*...cit., p. 125-6.

definição dos delitos, e, como já mencionado, há uma parte geral com semelhanças em relação ao Código Penal.

A proximidade com o Direito penal é aparente nos delitos de contra ordenação, pois a infração administrativa prevista na OWiG, conforme Jeschek, é uma ação típica, antijurídica, e reprovável, porém castigada com multa administrativa³⁶⁴. Ainda segundo o autor, a estrutura da infração no Direito das infrações administrativas responde à estrutura do conceito de delito segundo o Direito penal, em particular no que respeita aos fundamentos da sanção, à proibição de analogia e exigência de dolo do autor principal no marco da participação.

A parcela sancionadora da Administração efetivamente regida por regras gerais administrativas fica a cargo do Direito disciplinário, voltado para as infrações cometidas no seio de organizações e instituições: penitenciárias, organizações profissionais etc.

É interessante observar que o processo de despenalização pelo qual passa a Europa no período mencionado responde a determinantes políticas muito distintas em cada país. Alemanha e Itália operam reformas no sistema penal a partir da inspiração doutrinária fortemente pautada por princípios de subsidiariedade e lesividade, e pela materialização de um Direito penal mínimo, como se pode verificar pelo caráter progressista que assumem os autores do Projeto Alternativo alemão (que ainda inspira a doutrina de nossos dias)³⁶⁵.

2.3.2 Espanha

Na Espanha, contudo, o processo de despenalização teve um matiz bastante diverso ao da Alemanha, uma vez que não fez parte de um movimento liberalizador e progressista, mas de uma escalada repressiva sob um ambiente ditatorial. O que se buscava durante a época de repressão política era que determinados delitos fossem tratados como infrações

³⁶⁴ JESCHECK, op. cit., p. 51.

³⁶⁵ Pode-se ter uma medida da influência e originalidade de tal iniciativa a partir da repercussão das teses de imputação objetiva a intervenção mínima anunciadas por ROXIN em *Política criminal e sistema de Direito penal*. (Rio de Janeiro: Renovar, 2002).

administrativas³⁶⁶ com o objetivo de justificar a ausência de garantias processuais e a desnecessidade do controle judicial na aplicação de sanções e condução do processo³⁶⁷.

Neste país, o poder sancionatório da Administração historicamente supera quantitativa e qualitativamente o controle judicial, alcançando seu ápice de amplitude durante o período franquista³⁶⁸. Este contexto explica a insistência da doutrina espanhola em invocar os princípios e a teoria da parte geral do Direito penal para integrarem o Direito administrativo sancionador, e evidencia que a transposição de condutas do Direito penal para o administrativo deve ser revestida de cautelas, a fim de prevenir uma “descriminalização” meramente formal, motivada pela flexibilidade das regras de investigação e imposição de sanção.

Por este motivo, significativa parcela da doutrina espanhola postula a incorporação de princípios de parte geral do Direito penal ao administrativo sancionador, pois entendem que a incorporação deficiente dos métodos e princípios do Direito penal pela administração só pode ser atribuída ao interesse da Administração pública no cerceamento dos direitos dos cidadãos, especialmente no que se refere aos casos de especial sujeição ou de responsabilidade solidária no âmbito do Direito administrativo sancionador.³⁶⁹

Segundo Alejandro Nieto, os influxos despenalizadores com base nas teorias de Direito penal mínimo, e críticos à arbitrariedade da administração sancionadora, somente teriam sido incorporados pela legislação espanhola em 1989, isto é, nos marcos do processo de redemocratização na Espanha. É após a edição da Lei Orgânica 3/1989, que alterava o Código Penal Espanhol, que a menção à princípios de Direito penal mínimo

³⁶⁶ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. El problema jurídico de las sanciones administrativas. In: *Revista española de derecho administrativo*, nº 10, 1976, pp. 399-430. Afirma o autor que a principal razão para o surgimento de tantas sanções administrativas em território espanhol obedecia a uma razão política: “...la conveniencia para las autoridades administrativas de disponer, especialmente en períodos revueltos o autoritarios, de un poder sancionatorio propio en el plano político (esto es el origen de la generalización y extensión de las llamadas sanciones ‘de orden público’)”. Ibid., p.405. Em outra oportunidade, insiste o autor neste argumento: “La elevación de tales poderes a las autoridades centrales es obra de la Dictadura, que hizo de las ‘sanciones gubernativas’ inflingidas por el Gobierno uno de sus instrumentos predilectos de regimentación del país”. Ibid., p. 407.

³⁶⁷ SESMA LANDRIN, Nicolás. Franquismo: Estado de derecho? Notas sobre la renovación del lenguaje político de la dictadura durante los años 60. *Pasado y memoria: Revista de Historia Contemporánea*, nº 5, 2006, p. 45-58 especialmente a p. 57.

³⁶⁸ HASSEMER e MUÑOZ CONDE. *Introducción a la criminología...cit.*, p. 128 e ss.

³⁶⁹ GOMEZ TOMILLO e SANZ RUBIALES. *Derecho administrativo sancionador: parte general...cit.*, p. 37. Os autores também mencionam que o processo de regularização das técnicas de fertilização assistida na Itália contem sanções de caráter penal (imposição de sanções de ate 600 mil euros e cassação do diploma) através de uma norma de direito administrativo, pela necessidade de diminuir os controles e garantias do Direito penal. Ibid., p. 66, n. 85. No mesmo sentido, RANDO CASERMEIRO, op. cit., p. 28.

(contidas na “Exposición de motivos”) passa a refletir os princípios políticos despenalizadores acolhidos anos antes por diferentes países europeus³⁷⁰, transferindo condutas menos graves (faltas e contravenções) do Direito penal para o regulamento administrativo.

O principal motivo, nesse sentido, da desconfiança da doutrina espanhola para com o Direito administrativo sancionador é a falta do controle jurisdicional da imposição de sanções, o que não ocorre em território alemão, onde foi prevista, desde o início – com a edição da Lei de contra-ordenações (OWiG) –, a imposição das sanções por um juiz, e não pela autoridade administrativa. Esta é uma característica chave, a nosso ver, para compreendermos as divergências entre as proposições de Hassemer e Silva Sánchez.

O autor espanhol, em vista do histórico de arbitrariedades da autoridade administrativa no regime ditatorial de Franco, aposta na criação de um Direito penal de duas velocidades, cuja principal diferença do Direito de intervenção é a imposição de sanções no contexto do processo penal, por um juiz imparcial, bem como o aproveitamento do arsenal teórico de parte geral de que dispõe o Direito penal³⁷¹.

Hassemer, por sua vez, parece sentir maior confiança na descriminalização e na transferência para um ramo intermediário, que poderia ser o Direito de intervenção, na medida em que processo semelhante já ocorreu anteriormente na Alemanha, com a manutenção da presença do juiz na determinação das sanções.

2.3.3 *Contra-tendências atuais*

³⁷⁰ Conforme o autor : “el legislador español se ha incorporado así al proceso despenalizador iniciado en Europa años antes, siguiendo particularmente las huellas italianas, donde se contaba ya con leyes despenalizadoras desde 1967 (y 1975), que culminaron en la gran reforma de la Ley de 24 de noviembre de 1981, (...) que se concretan en la reserva tendencial de dos áreas para las sanciones administrativas: los ilícitos menores y los que consisten en la elusión del control administrativo al que están sujetas determinadas actividades de peligrosidad intrínseca, o bien consistentes en la violación de normas secundarias de carácter técnico”. NIETO, op. cit., p. 129.

³⁷¹ Helena Lobo da Costa aponta, todavia, que o fato de que a sanção seja imposta dentro do processo penal não altera substancialmente a grave perda de direitos que propõe Silva Sánchez, ao preconizar a flexibilização de garantias para as condutas integrantes da segunda velocidade do Direito penal. Conforme a autora, “As garantias do Direito penal não tem fundamento apenas no fato de que por seu intermedio pode-se aplicar a pena privativa de liberdade. Tais garantias se dirigem a todo o sistema penal, que de forma global representa um ataque aos direitos fundamentais. O inquérito policial, as mediadas cautelares, o próprio processo penal e a aplicação de qualquer pena, seja ela privativa de liberdade ou não, já constituem um gravame aos direitos fundamentais”. *Proteção penal ambiental...*cit., p. 214.

O que estamos assistindo, já há algumas décadas, é a reversão deste processo, uma nova ampliação do Direito penal, sem que haja o esvaziamento do Direito administrativo sancionador, como ocorreu na experiência histórica anterior de judicialização das sanções administrativas. Conforme Blanca Lozano, estamos assistindo a um processo de “repenalização” de certas condutas, em especial nos setores de economia e meio ambiente, a respeito das quais há uma demanda social por criminalização³⁷².

Tem razão a autora nesta observação, pois o processo de expansão pelo qual passa o Direito penal atinge hoje patamares quase ilimitados, beirando o colapso do pressuposto de *ultima ratio*, no que é, em grande parte, acompanhado também pela expansão do Direito administrativo sancionador.

Este processo de ampliação das normas administrativas é ressaltado por Tomillo e Rubiales, que afirmam não ser este fenômeno exclusivo do Direito continental europeu, pois é também verificável nas normas de direito administrativo sancionador dos Estados Unidos e Inglaterra³⁷³ acarretando, em alguns casos, a superposição de esferas punitivas – entre a sanção penal e administrativa – como apontaremos a frente³⁷⁴.

A despeito da atual tendência expansiva do Direito penal, as breves considerações feitas até aqui apontam para um exemplo histórico de descriminalização de infrações penais menos graves, em consonância com demandas sociais e de penalistas e criminólogos pela menor intervenção penal. Nesse contexto, perdem força as considerações sobre o utopismo³⁷⁵ da proposta de Hassemer, se a concretização desta for enxergada no plano de uma recuperação deste impulso descriminalizador.

Assim, quando Silva Sánchez aponta para a dificuldade da defesa de um sistema minimalista no contexto atual de expansão de riscos e economia globalizada³⁷⁶, recorreremos aos argumentos do próprio autor para afirmar que a atividade legislativa deve ser também

³⁷² *Panorámica general de la potestad sancionadora...*cit., p. 400.

³⁷³ Os autores referem-se à obra de Kenneth Mann, *Punitive civil sanctions*, que analisa a expansão das sanções civis em território americano, que são reguladas de modo muito semelhante ao Direito administrativo sancionador. Cf. *Derecho administrativo sancionador...*cit., p. 44.

³⁷⁴ Considerações mais detalhadas sobre o que se afirma aqui serão objeto de estudo nos capítulos seguintes deste trabalho.

³⁷⁵ Cf. SCHÜNEMANN, Bernd. *Consideraciones críticas sobre la situación espiritual de la ciencia jurídico-penal alemana*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1998 e SILVA SÁNCHEZ, *La expansión...*cit., p. 166.

³⁷⁶ Cf. *La expansión...*cit., p. 132

informada pela construção dogmática do Direito penal e que esta deve manter sua autonomia na eleição dos valores que devem integrar este ramo³⁷⁷.

2.4 Garantias no procedimento sancionatório

2.4.1 Transposição de garantias e unidade do ius puniendi

Conforme havíamos sinalizado nos comentários sobre as teses unitárias e diferenciadoras entre o Direito penal e administrativo sancionador, a transposição de garantias da primeira para a segunda área comentadas é a principal preocupação deste debate, e a relevante consequência prática deste.

A diferença essencial entre os modelos alternativos elaborados por Hassemer e Silva Sánchez centra-se também na consideração de uma garantia essencial ao processo sancionador: a presença do juiz, togado, imparcial.

Como procuramos esboçar acima, Silva Sánchez propõe a segunda velocidade do Direito penal com o objetivo de manter a imposição de pena por um juiz penal. A competência jurisdicional, nesse sentido, representa um modo de preservação de garantias mínimas.

Por esta mesma razão, uma parcela da doutrina defende a superação do debate entre as supostas diferenças quantitativas ou qualitativas em prol de se privilegiar o desenvolvimento do aspecto central da questão, que é a origem comum do poder punitivo do Estado e, conseqüentemente, a obrigatoriedade de se destinarem as mesmas garantias para todos os procedimentos que levem à sanção, seja ela administrativa ou penal.

Para Tomillo e Rubiales, centralizar o debate neste ponto não implica necessariamente adotar a tese quantitativa (pois há momentos em que não existe correlação entre infrações administrativas e delitos), e tampouco significa acolher a tese das

³⁷⁷ Cf. *Aproximación...cit.*, p. 37 e ss.

diferenças qualitativas. O importante, neste aspecto, é reconhecer que delito e infração administrativa são, ambos, manifestações do poder punitivo estatal, em virtude do contrato social existente para a proteção de bens jurídicos³⁷⁸.

Assim, antes de procedermos a analisar os motivos pelos quais é possível identificar uma unidade do *ius puniendi* do Estado, vale destacar que, conforme o compreendemos, não há contraposição necessária entre este modo de interpretar as sanções impostas pelo Estado e as teses mistas (quantitativo-qualitativa) de diferença entre o Direito penal e o administrativo sancionador.

Ou seja, entender que há uma unidade do direito de punir do Estado, não nos impede de interpretar que há uma gradação entre sanções, tipos de ilícito, e importância de bens jurídicos, e que na fronteira entre o penal e o administrativo há uma zona de discricionariedade do legislador.

Relevante, assim, é incorporar o objetivo da tese de unidade do *ius puniendi* à aplicação prática do Direito administrativo sancionador, e identificar que, qualquer que seja a sanção imposta pelo Estado, ela deverá estar amparada de garantias próprias do Direito penal. Nesse sentido, afirmam Tomillo e Rubiales que o Direito penal é uma “construção intelectual e científica notável, que deve seguir sendo a ‘casa comum’ de toda a manifestação punitiva do Estado”³⁷⁹.

Isto posto, comparar e aproximar Direito penal e administrativo sancionador pode ter ser positivo para os operadores desta área em dimensões que vão além da inspiração de garantias. É possível, por exemplo, enriquecer a interpretação da sanção administrativa através da remissão a problemas já bastante depurados na teoria do Direito penal, tal como as definições de autoria, participação, antijuridicidade, culpabilidade, causas de aumento e de diminuição, cômputo da prescrição etc., especialmente diante da escassez de teoria geral para a aplicação das consequências jurídicas previstas pela administração.

Esta foi também a conclusão a que chegou o Tribunal Europeu de Direitos Humanos (TEDH) que, no âmbito de sua competência de processar e julgar infrações que atentem aos direitos estabelecidos na Convenção Europeia de Direitos Humanos, foi

³⁷⁸ TOMILLO e RUBIALES, op. cit., p. 90.

³⁷⁹ Ibid., p. 66. Os autores, no entanto, entendem que não deve haver transposição de regras processuais penais, a fim de se preservar as vantagens do procedimento administrativo.

chamado a pronunciar-se em diversas ocasiões sobre os direitos destinados aos réus em procedimentos administrativos sancionadores. Como a mencionada Convenção prevê – nos artigos 6º (direito a um processo equitativo) e 7º (princípio de legalidade) – quais são os direitos e garantias referentes ao procedimento penal, muitos Estados-membro defendiam-se das acusações de inobservância de tais garantias perante o Tribunal sob a alegação de que as sanções impostas eram decorrentes de procedimentos administrativos, e portanto não sujeitos às mesmas regras.

A fim de poder julgar as demandas de violações aos direitos processuais a ele direcionadas, o TEDH firma um conceito unitário em matéria punitiva dos Estados, a fim de concretizar o conteúdo do que compreendia como “matéria penal” e poder, assim, decidir sobre as demandas que recebia. O Tribunal estabelece um conceito de Direito penal em *sentido amplo*, com a finalidade de identificar, nos casos de difícil delimitação, a gradação dos direitos e garantias que se exige para impor uma sanção.³⁸⁰

O paradigma de reconhecimento empírico desta proximidade entre as duas áreas é a Sentença do TEDH, de 21 de fevereiro de 1984, no caso *Oztürk*³⁸¹, que assenta a interpretação, repetida abundantemente pela doutrina administrativista, que o direito administrativo sancionador deve ser entendido como um *auténtico subsistema penal*³⁸², ou *parapenal*. A sentença interpreta os artigos 6º e 7º da Convenção Europeia de Direitos Humanos, e reitera a potestade de cada Estado-parte em eleger o tratamento, administrativo ou penal, a ser dado para as condutas que se pretende punir.

Tendo em vista que, no âmbito da União Europeia, prolifera a diversidade de tratamento jurídico penal/administrativo entre os diversos ordenamentos, no que diz respeito a condutas menos lesivas³⁸³ a sentença do TEDH firmou o entendimento de que determinados direitos de defesa, característicos da defesa processual penal, não poderiam ser flexibilizados pela administração durante o procedimento sancionador. A Corte elencou

³⁸⁰ Sintetiza Rando Casermeiro, que “La metodología del Tribunal se ha descrito como una aplicación de la teoría de los subconjuntos borrosos, en la que a partir de la caracterización de los elementos y características del conjunto *materia penal* y su comparación con otros conjuntos, se procede a verificar en qué medida una institución puede ser integrada en el conjunto *materia penal*”. (*La distinción...cit.*, p. 78).

³⁸¹ Em jurisprudência reforçada pelas sentenças de 22 de maio de 1990 (caso Weber).

³⁸² TOMILLO e RUBIALES, op. cit., p. 34;

³⁸³ A desobediência à ordem judicial e a resistência à prisão, por exemplo, são considerados delitos na Espanha, e contravenção na Alemanha (contra-ordenação). SARRABAYROUSE, Eugenio C. El sistema alemán de contravenciones. In: PÁSTOR, Daniel e GUZMÁN, Nicolás (Orgs.). *Problemas actuales de la Parte general del Derecho penal*. Buenos Aires: Ad Hoc, 2010, pp. 53-81.

três critérios que os Estados devem seguir para identificar uma norma de caráter penal: a) a qualificação dada pelo ordenamento jurídico; b) a natureza material da infração; e c) a natureza e gravidade da sanção.

A gravidade da sanção surge, desse modo, como um dos principais parâmetros de orientação sobre as garantias processuais aplicáveis ao procedimento sancionador, independente da área do Direito na qual esteja inserida a norma típica. Os critérios utilizados pela Corte nos dão indícios, também, de que a escolha entre o Direito penal e o administrativo sancionador baseia-se primordialmente na opção do legislador de cada um dos Estados-membro.

Tal decisão representou um marco na definição das garantias do procedimento sancionador no conjunto de países da União Europeia. A orientação da jurisprudência da Corte foi incorporada, por exemplo, na Lei Geral Tributária espanhola (Lei nº 58/2003), que reformou o catálogo de infrações tributárias, unificando condutas e sanções, e estabeleceu normas gerais de interpretação que devem ser aplicadas aos procedimentos sancionadores, descrevendo-as como “Princípios da potestade sancionadora em matéria tributária”.

Tais princípios estão descritos nos artigos 178 a 180³⁸⁴, que acolhem expressamente os princípios penais de legalidade, tipicidade, e proporcionalidade. A lei estabelece, inclusive, princípios de parte geral do Direito penal para regular a sanção tributária. A doutrina espanhola também parece inclinar-se pela tese de unidade do poder punitivo,

³⁸⁴ Artículo 178. Principios de la potestad sancionadora.

La potestad sancionadora en materia tributaria se ejercerá de acuerdo con los principios reguladores de la misma en materia administrativa con las especialidades establecidas en esta Ley.

En particular serán aplicables los principios de legalidad, tipicidad, responsabilidad, proporcionalidad y no concurrencia. El principio de irretroactividad se aplicará con carácter general, teniendo en consideración lo dispuesto en el apartado 2 del artículo 10 de esta Ley.

Artículo 180. Principio de no concurrencia de sanciones tributarias.

1. Si la Administración tributaria estimase que la infracción pudiera ser constitutiva de delito contra la Hacienda Pública, pasará el tanto de culpa a la jurisdicción competente, o remitirá el expediente al Ministerio Fiscal y se abstendrá de seguir el procedimiento administrativo, que quedará suspendido mientras la autoridad judicial no dicte sentencia firme, tenga lugar el sobreseimiento o el archivo de las actuaciones o se produzca la devolución del expediente por el Ministerio Fiscal. *La sentencia condenatoria de la autoridad judicial impedirá la imposición de sanción administrativa.*

De no haberse apreciado la existencia de delito, la Administración tributaria iniciará o continuará sus actuaciones de acuerdo con los hechos que los tribunales hubieran considerado probados, y se reanudará el cómputo del plazo de prescripción en el punto en el que estaba cuando se suspendió. Las actuaciones administrativas realizadas durante el período de suspensión se tendrán por inexistentes.

possivelmente pelo histórico de arbitrariedades administrativas ao qual já fizemos referência³⁸⁵.

Assim, sob o entendimento de que há um só poder punitivo do estado, reside a ideia de que tanto os delitos quanto as infrações administrativas mantem uma estrutura semelhante, como condutas típicas, antijurídicas e culpáveis, e orientadas à proteção de bens jurídicos³⁸⁶. A consequência deste posicionamento, na esteira dos julgamentos do Tribunal Europeu de Direitos Humanos, é o asseguramento de garantias processuais e constitucionais, sempre de forma a preservar os Direitos do acusado³⁸⁷.

A diferença substancial de bens jurídicos tutelados pelo Direito penal e pelo administrativo sancionador, contudo, não poderia ser uma barreira para o reconhecimento da identidade entre as duas áreas, na medida em que, como mencionado nas páginas anteriores, há um “contínuo” de condutas e bens protegidos, que inclusive se sobrepõe em determinadas legislações. Assim, se bem é verdade que determinados bens jurídicos presentes nas normas administrativas resumem-se à gestão pública, há também uma importante gama de direitos fundamentais protegidos em tais normas (saúde, vida, etc).

A aplicação das garantias processuais aos procedimentos sancionadores não fica inviabilizada nem mesmo no contexto das teorias diferenciadoras qualitativas pois, como ressalta Helena Lobo da Costa:

A constatação de diferenças qualitativas no que tange ao ilícito e à técnica de proteção não tem como consequência a não aplicação de princípios e garantias “penais” na esfera administrativa. Isso porque

³⁸⁵ Conforme sustenta Santiago Mir Puig: “entendemos por Derecho penal tanto las normas que imponen penas a los delitos como aquellas que prohíben la comisión de estos. De otro modo, ¿a que rama del Derecho habría que asignar tales normas? ¿No sería poco operativa la categoría de un “Derecho público general” que no es Derecho político ni Derecho administrativo ni penal? Por otra parte, parece más ajustado a la naturaleza de estas normas vincularlas claramente con los preceptos penales de los que depende – según su interpretación – la creación y configuración de normas de aquella clase e importancia que poseen”. *Derecho penal: parte general*. Barcelona: Reppertor, 2011, p. 64.

³⁸⁶ No que respeita particularmente à Administração pública, os bens jurídicos por ela tutelados podem representar mesmo a atividade regular e ordinária da administração, mas sua atuação estará sempre orientada à tutela de algum bem jurídico, à semelhança do Direito penal.

³⁸⁷ Em sentido contrário ao posicionamento apontado no item anterior, postular a unidade do *ius puniendi* significa defender que não há diferenças substanciais entre os ilícitos penal e administrativo, e incorporar ao âmbito administrativo princípios e regras oriundos do Direito penal. Conforme Tomillo e Rubiales, o reconhecimento da identidade das sanções implica em duas importantes vantagens para o acusado: “Por una parte, abre la puerta a la aplicación de los elaborados principios del Derecho penal a un sector caracterizado por una regulación positiva muy deficiente. Por otra parte, se cierra el paso a intelecciones escasamente garantistas, en la medida en que, siendo sustancialmente fenómenos jurídicos iguales, deben predicarse garantías sustancialmente iguales [...], lo que no significa intercambiables”. TOMILLO RUBIALES, op. cit., p. 98.

muitas dessas garantias não são exclusivas do direito penal, mas decorrem da simples imposição de sanções pelo Estado ao particular³⁸⁸.

Aliás, segundo Alejandro Nieto, hoje já não se discute “se” os princípios penais devem ser aplicados ao procedimento administrativo sancionador, mas sim *quais* princípios e em que amplitude, uma vez que se reconhece a contribuição garantista dos princípios penais³⁸⁹.

Nesse sentido, Tomillo e Rubiales entendem que a tendência atual do Direito administrativo sancionador é de ampliação das suas garantias, aproximando-se cada vez mais do Direito penal, mas sem chegar à plena equiparação de garantias, o que anularia as vantagens do processo administrativo.

Esta equiparação deve-se, fundamentalmente, à gravidade das sanções impostas pela administração e, segundo os autores, por um motivo também poucas vezes ponderado, que é a imposição de sanções por funcionários públicos que, como há de se presumir, possuem formação inferior à dos magistrados, motivo pelo qual as regras de sua atuação devem ser o mais cautelosa possível. Por estes motivos, concluem: “Propugnamos, pues, no solo la ‘administrativización del Derecho penal’ [...] sino, fundamentalmente, la ‘penalización’ del Derecho administrativo sancionador.”³⁹⁰

Tal aproximação entre o Direito administrativo sancionador e penal, contudo, não significa dizer que sejam indistintos. Nesse sentido, nos apoiamos em Lascuráin Sanchez, que menciona que prever exatamente os mesmos direitos e garantias para ambas as áreas “não só não se ajusta com a realidade jurídica” no que se refere ao modo de prever e aplicar as sanções, como também anularia as vantagens do procedimento sancionador mais acelerado de que dispõe a Administração Pública³⁹¹. Em outras palavras, a transposição de garantias deve ser modulada para não inviabilizar a celeridade do procedimento administrativo sancionador.

Conforme Blanca Lozano, o exercício da potestade sancionadora pela Administração deverá pautar-se por um procedimento mais ágil e rápido que o judicial,

³⁸⁸ *Proteção ambiental...* cit., p. 205.

³⁸⁹ *Op. cit.*, p. 132.

³⁹⁰ *Ibid.*, p. 69

³⁹¹ Cf. *Por un derecho penal sólo penal...* cit., p. 624.

ainda que tal providência resulte na redução de garantias do acusado, se o objetivo da norma for alcançar com eficácia a repressão dos ilícitos menos graves³⁹².

Gomez Tomillo é ainda mais enfático do que a supracitada autora, afirmando não haver sentido o traslado de todas as garantias processuais para o Direito administrativo sancionador, uma vez que se perderiam as vantagens de atribuir potestade sancionadora à administração³⁹³. A imposição de garantias a este procedimento, a seu ver, deve estar limitada às mínimas exigíveis.

Mesmo diante da necessidade de celeridade e eficácia do processo administrativo sancionador, conforme indica Helena Lobo da Costa, existem limites formais e materiais que devem ser respeitados pela Administração independentemente destes critérios, e “não é verdade afirmar que quaisquer condutas possam ser proibidas pela administração, desde que cumpridos os requisitos formais”³⁹⁴.

Nieto entende que a tese de um único *ius puniendi* tinha como objetivo apenas amenizar a gravidade da atuação do Direito administrativo sancionador e provê-lo das bases teóricas originárias do Direito penal, ainda que apenas no que concerne à conceitos de Parte Geral. Para o autor, as garantias que informam o procedimento sancionador são oriundas da Constituição, e não da teoria do Direito penal, como se cada ramo do Direito (penal e administrativo) buscasse, autonomamente, a conformação de suas garantias a partir da Constituição. A aplicação dos princípios penais deve possuir caráter supletivo em relação às regras administrativas³⁹⁵.

Por outro lado, ainda que os princípios garantidores característicos do procedimento sancionatório não possam ser idênticos aos princípios da repressão penal, e que se deva aceitar uma flexibilização dos mesmos, isto não significa dizer que se pode afastá-los

³⁹² LOZANO CUTANDA, La tensión entre eficacia y garantías en la represión administrativa...cit., p. 55.

³⁹³ Consideraciones en torno al campo límite...cit., p. 82.

³⁹⁴ *Proteção penal*...cit., p. 204.

³⁹⁵ Cf. *Derecho administrativo sancionador*...cit., p. 131. Assim, isso não significaria que as garantias pudessem ser transportadas de um ramo para o outro, mas apenas que as garantias constitucionais são aplicáveis, em geral, a todo o direito público, que a partir daí se diferenciariam de acordo com as respectivas áreas de atuação. *Ibid.*, p. 152 e *passim*. No mesmo sentido, afirma Lascuraín Sanchez que as garantias do Direito administrativo sancionador não se originam do Direito penal, mas sim dos valores plasmados na Constituição Cf. *Por un derecho penal sólo penal*...cit., especialmente p. 615

demasiadamente, especialmente quando se trata de impor sanções graves, privativas de direito ou pecuniárias muito elevadas³⁹⁶.

Um mesmo modo de proceder, nesse sentido, pode ser intrínseco a uma área, e de difícil aceitação em outra como, por exemplo, a responsabilidade das pessoas jurídicas, característica do Direito administrativo sancionador, e o princípio de contraditório, central para o Direito penal, porém limitado no procedimento administrativo, entre outros exemplos³⁹⁷.

Por estes motivos, Silva Sánchez entende que as garantias devem ser previstas com referência ao caso concreto sendo que, segundo sua visão, há garantias mais ou menos relevantes para cada tipo e cada processo³⁹⁸. Por isso, entende que algumas sanções administrativas podem ser mais graves que as penais e exigiriam mais garantias. Analogamente, quanto previstas penas mais brandas, pode-se prescindir das mesmas garantias³⁹⁹.

Não concordamos com Silva no que diz respeito à flexibilização de garantias no contexto do Direito penal, tendo em vista o perigo de contaminação que este método pode gerar para o restante dos tipos penais que, no contexto de um direito de duas velocidades, prevejam a imposição de penas privativas de liberdade. Contudo, diante da dificuldade em se estabelecer claros critérios diferenciadores entre as sanções impostas pela administração, entendemos que é possível haver uma modulação de garantias, nos moldes do que o próprio autor citado propõe, dentro dos grupos de sanções administrativas.

³⁹⁶ LOZANO CUTANDA, La tensión entre eficacia y garantías en la represión administrativa...cit., p. 57. Assim, conclui Fábio Osório que os princípios constitucionais, ainda que idênticos, tem aplicações distintas no Direito penal e no Direito Administrativo sancionador. OSÓRIO, op. cit., p. 126

³⁹⁷ Cf. Por un derecho penal sólo penal...cit., p. 621.

³⁹⁸ Afirma Silva Sánchez que “ni en todo el sistema jurídico deba haber las mismas garantías, ni en todo el sistema del derecho sancionatorio tiene porque haber las mismas garantías, ni siquiera en todo el sistema sancionatorio penal tienen que exigirse las mismas garantías, pues las consecuencias jurídicas son sustancialmente diversas”. *La expansión...*cit., p.168. Neste aspecto, recebe importantes críticas de Helena Lobo da Costa. *Proteção penal ambiental...*cit., p. 214.

³⁹⁹ Tomillo, ao comentar o direito de intervenção e o direito administrativo sancionador, tece uma série de importantes considerações acerca da limitação das garantias processuais para um certo grupo de delitos, e afirma que: “no está clara esa relación entre consecuencias jurídicas y relajación de las garantías o, expresado de otra manera, qué nivel en la disminución de la gravosidad de las consecuencias jurídicas puede llevar consigo una reducción en las garantías (y dar lugar, v.g., a una interpretación expansiva de la norma que describe el comportamiento prohibido o preceptuado)”. TOMILLO, Manuel Gomez. *Consideraciones en torno al campo límite...*cit., p. 82.

Assim, por exemplo, as garantias previstas para a imposição de multas de trânsito serão necessariamente mais restritas do que as asseguradas em um processo sancionador de qualquer agência reguladora.

2.4.2 Quais garantias?

Princípios comuns a ambos os ramos do direito em pauta, segundo Mayoralas seriam os princípios de legalidade, tipicidade, presunção de inocência, ofensividade, *ne bis in idem* e prescrição. Para o autor, apesar de destacar que existem “matizes” entre Direito penal e Direito administrativo sancionador, ambos submetem-se a critérios técnico-jurídicos comuns e unitários⁴⁰⁰.

Para fins de comparação com o procedimento sancionador, podemos elencar as garantias mais elementares do Direito penal, a partir dos princípios elencados na Constituição Federal, que são: a) *legalidade* (e suas decorrências: proibição de analogia, irretroatividade da lei mais grave, proibição do direito consuetudinário, mandado de tipificação; b) “*ne bis in idem*”, como corolário específico do princípio de legalidade, c) *culpabilidade* (somente pode ser punido aquele que age com dolo ou culpa); d) *humanidade* das penas; e) *proporcionalidade* da sanção; f) *presunção de inocência*, g) *igualdade* perante a lei

Para Helena Lobo da Costa, garantias como a legalidade, proporcionalidade, ampla defesa, contraditório, motivação, possibilidade de recurso, dentre outras, são direitos inafastáveis do procedimento sancionador⁴⁰¹.

A fim de apresentar as possibilidades de passagem de condutas penais para o Direito administrativo sancionador, o cotejo dos princípios penais mais fundamentais com aqueles vigentes no processo administrativo sancionador mostra-se de primeira importância, tendo-se em vista especialmente o fato de se tratarem de princípios

⁴⁰⁰ FERNÁNDEZ-MAYORALAS, Pedro Sorya . Derecho administrativo sancionador y derecho penal. In *Revista Actualidad penal*, nº 28/48, vol. 2, 1987, pp. 1985-1992. Ver p. 1992. O posicionamento do autor reflete a jurisprudência do Tribunal constitucional espanhol, que reconhece a existência de inúmeras garantias penais ao procedimento sancionador, mas afirma que não se pode trasladar tais garantias em bloco do Direito penal. (Cf. BACIGALUPO e BAJO in BACIGALUPO e BAJO (Orgs.), op. cit., p. 143)

⁴⁰¹ *Proteção penal...* cit., p. 206.

constitucionais, que não poderão ser afastados diante de qualquer atividade sancionadora do Estado.

Por este motivo, não abordaremos aqui os princípios processuais penais⁴⁰², que poderão admitir maiores ou menores modulações de acordo com a gravidade da sanção imposta.

O princípio de legalidade, no Direito administrativo sancionador, se traduz na necessidade de tipicidade, com descrição clara e completa da conduta proibida, a determinação dos patamares mínimo e máximo da sanção administrativa, e proibição de costume e analogia *in malan partem* além da irretroatividade da lei administrativa mais grave⁴⁰³

Alejandro Nieto, fiel à sua concepção de que as garantias do procedimento sancionador decorrem da Constituição e do Direito administrativo – e não do Direito penal – afirma que, apesar de a jurisprudência do Tribunal Constitucional espanhol haver-se decantado pela interpretação semelhante do princípio (de legalidade) em ambas as áreas, há uma diferença substancial de aplicação do princípio⁴⁰⁴.

Para o autor, o princípio da legalidade na esfera administrativa, com inspiração constitucional, significaria, mais restritamente, a impossibilidade de que normas de hierarquia inferior contrariassem normas superiores (pois este é o significado do princípio no Direito administrativo), a irretroatividade das normas sancionadoras desfavoráveis, o mandado de tipificação e a proibição do *bis in idem*. O autor queixa-se de que, por meio da interpretação acima esboçada (de que as regras penais decorrentes do princípio da legalidade deveriam estender-se ao Direito administrativo sancionador) a doutrina não estaria buscando o Direito, mas criando-o a seu gosto⁴⁰⁵.

⁴⁰² Segundo Fábio Medina Osorio, são inúmeros os princípios processuais de defesa que devem estar presentes no procedimento sancionatório, tais como a interdição à arbitrariedade, princípio do contraditório, direito de informação, proibição do *bis in idem*, proibição da retroatividade de leis penais mais graves, motivação da decisão e razoabilidade das decisões, direito à não declarar contra si mesmo (embora afirme que na teoria do Direito administrativo sancionador se admitem algumas consequências diante da recusa do administrado em fornecer informações exigidas pela lei). Op. cit., p. 416.

⁴⁰³ LOZANO CUTANDA, La tensión entre eficacia y garantías en la represión administrativa...cit., p. 52.

⁴⁰⁴ Menciona o autor: “- el principio de legalidad en el Derecho Administrativo – nos encontramos con una figura todavía más lejana, puesto que en este campo el principio supone pura y simplemente que las normas inferiores (reglamentos) no pueden ir contra lo dispuesto en otras de rango superior”. NIETO, op. cit., p. 170.

⁴⁰⁵ Ibid., p. 170.

Para Medina Osório, o princípio da legalidade também deve ser mais restrito em matéria penal do que administrativa, pois seu sentido seria mais “genérico”. Afirma, todavia, que as consequências básicas do princípio devem ter vigência no Direito administrativo sancionador, de modo que não basta que a lei preveja as condutas proibidas e correspondentes sanções, sendo necessário que a descrição típica administrativa seja clara o suficiente para permitir aos interessados que conheçam com precisão suficiente quais são as condutas proibidas e quais são as penas cominadas⁴⁰⁶.

Esta exigência apontada por Medina Osório indica um problema levantado pela doutrina, no que diz respeito à extensão do princípio da legalidade ao conjunto de normas administrativas, e ao complemento das mesmas, por regramentos de hierarquia inferior, a exemplo do que ocorre com a complementariedade administrativa de normas penais⁴⁰⁷. A doutrina administrativa chega às conclusões bastante parecidas com a penalista, ao afirmar que, mesmo que a sanção administrativa esteja condicionada ao complemento de regras inferiores (que poderiam ser inclusive regulamentos municipais, segundo García de Enterría), o tipo sancionador deve conter os elementos essenciais, o núcleo da conduta proibida, suficiente para apontar a antijuridicidade da ação⁴⁰⁸.

As consequências para a infração do princípio, durante o procedimento sancionador devem implicar, necessariamente, a nulidade da sanção imposta. Ainda neste quesito, informa Lozano Cutanda que mesmo nas relações especiais de sujeição dos funcionários públicos não pode haver relaxamento das regras decorrentes do princípio da legalidade⁴⁰⁹.

O princípio de proporcionalidade também deve encontrar absoluta vigência no Direito administrativo sancionador, uma vez que será este o critério, muitas vezes, a determinar a vulneração dos princípios processuais. Assim, quanto mais grave a pena imposta ao administrado, maiores as garantias conferidas, conforme um juízo de proporcionalidade do dano e da sanção. Esta modulação, contudo, deve dar-se com cautela, atendendo privilegiadamente aos mandamentos dos princípios penais acima expostos.

O princípio de culpabilidade no Direito administrativo sancionador também exige atenção especial da doutrina, especialmente diante das inúmeras previsões de

⁴⁰⁶ LOZANO CUTANDA, op. cit., p. 62.

⁴⁰⁷ Cf. TOMILLO. Consideraciones en torno al campo límite...cit., p. 69-89.

⁴⁰⁸ GARCIA ALBERO, op. cit., p. 378.

⁴⁰⁹ LOZANO CUTANDA, op. cit., p.70.

reponsabilidade da pessoa jurídica. No que tange ao cidadão administrado, a imputação de uma norma administrativa deve partir sempre de uma ação praticada com culpa ou dolo, afastando-se assim a racionalidade civilista de responsabilidade objetiva.

Mais complexo, contudo, deve ser o debate sobre o princípio de culpabilidade para as pessoas jurídicas no Direito administrativo sancionador. As contribuições doutrinárias são as mais diversas. Tiedemann⁴¹⁰ defende a responsabilidade com base no defeito de organização, Schünemann⁴¹¹ apoia-se na tese de proteção dos bens jurídicos futuros, García Caveró⁴¹² afirma a responsabilidade para restabelecer a vigência da norma.

As causas de exclusão da culpabilidade com base no erro de proibição também recebem tratamento diferenciado quando se avalia a responsabilidade administrativa da pessoa jurídica, e sua sistemática, já de difícil consenso no âmbito penal, encontra ainda maiores dificuldades e limitações na esfera administrativa⁴¹³.

Contudo, conforme menciona Silvina Bacigalupo e Miguel Bajo, até hoje não há forma de se saber qual seria esta distinta forma de aplicação do princípio de culpabilidade nas sanções administrativas, em especial no tocante às pessoas jurídicas. Por essa razão estariam ganhando terreno as discussões acerca da responsabilidade por infração de dever, ou por falhas do dever de vigilância, ou responsabilidade por deveres de *compliance*⁴¹⁴.

Por fim, e diante da inesgotável fonte de questões que representa a transferência de garantias penais para o Direito administrativo sancionador, nos limitaremos a alguns breves comentários sobre a vigência da presunção de inocência no procedimento administrativo, ainda no contexto das discussões sobre o princípio de culpabilidade.

Tradicionalmente, a presunção de inocência nos campos penal e administrativo apresenta diferenças substanciais, sendo mais restrita neste último ramo, tendo em vista as

⁴¹⁰ TIEDEMANN, Klaus. Nuevas tendencias en la responsabilidad penal de personas jurídicas. In: ÁVALOS RODRÍGEZ, C. Carlos; QUISPE VILLANUEVA, Alejandro Emilio (Orgs.). *Dogmática penal del tercer milenio: libro homenaje a los profesores Eugenio Raúl Zaffaroni y Klaus Tiedemann*. Lima: Ara, 2008, pp. 397-417.

⁴¹¹ Cf. SCHÜNEMANN, Bernd. *Temas actuales y permanentes del derecho penal después del milenio*. Madrid: Tecnos, 2002, pp. 129-152.

⁴¹² Cf. Op. cit.

⁴¹³ Boa contextualização desta discussão é oferecida por Schünemann, no artigo: Las reglas de la técnica em Derecho Penal. In: SCHÜNEMANN, Bernd. *Temas actuales y permanentes del derecho penal después del milenio*. Madrid: Tecnos, 2002, pp. 153-184.

⁴¹⁴ *Política criminal y blanqueo de capitales...cit.*, p. 148.

alegações de presunção de veracidade dos atos administrativos, que provocam, não poucas vezes, a inversão do ônus da prova.

Segundo Medina Osório a presunção de veracidade dos atos administrativos prevalece sobre a presunção de inocência. Assim, por exemplo, documentos elaborados por funcionários públicos servem como meios de prova e caberia ao acusado, nesse caso, produzir uma contraprova⁴¹⁵.

Afastando-se as ressalvas dos autores mencionados, há que se assegurar a vigência dos princípios mais fundamentais do Direito penal (decorrentes da Constituição) na imposição de qualquer restrição de direitos do cidadão decorrente de uma intervenção do Estado em sua esfera de liberdade.

Maiores contribuições, todavia, sobre o dimensionamento mais concreto dos princípios aplicáveis, ficam limitadas diante das possibilidades e objetivos deste trabalho⁴¹⁶.

2.5 Conclusões preliminares

Diante da complexidade e extensão do debate apresentado nas linhas acima, foge aos limites desta pesquisa – ainda que se trate de um tema da maior relevância o debate atual sobre a expansão punitiva – buscar uma definição autônoma para a correção de uma ou outra teoria diferenciadora dos ilícitos penais e administrativos, ou adotar um posicionamento definitivo sobre alguma delas.

O debate apresentado neste capítulo tem um objetivo mais restrito: apontar a indefinição de critérios diferenciadores, seja de fronteiras entre áreas punitivas, seja de conjuntos de garantias que merecem aplicação em uma e outra área, e até de critérios que

⁴¹⁵ OSÓRIO, op. cit., p. 406. O autor usa também o exemplo do uso de uma embarcação para cometer crime ambiental: o proprietário é quem deve explicar porque o barco estava no local, sendo usado para aquela finalidade. Ibid., p. 409.

⁴¹⁶ Cabe ressaltar, somente, que estudos neste sentido vem sendo desenvolvidos na Espanha pelo administrativa Oriol Mir Puigpelat, na obra *Globalización, Estado y Derecho: las transformaciones recientes del Derecho administrativo* (Madrid: Civitas, 2004), onde contextualiza também a influência dos sistemas sancionadores da Comunidade Europeia na incorporação de garantias aos sistemas sancionadores nacionais.

diferenciem, dentro do Direito administrativo, as sanções que se inserem ou não na lógica do Direito administrativo sancionador.

Assim, nos marcos do problema que buscamos debater neste trabalho – Direito administrativo sancionador é/pode ser Direito de intervenção? – o que buscamos ressaltar foi que a dificuldade de delineamento mais claro dos conceitos e princípios aplicáveis ao Direito penal e administrativo sancionador permite-nos manejar os conceitos apresentados por Hassemer, que apontam para a descriminalização de condutas penais menos graves. A fluidez entre fronteiras, bens tutelados, garantias e conceitos (de pena e sanção), indicam que a proposta de Hassemer não é “ilusória”⁴¹⁷, e que pode ser trazida para as legislações nacionais.

O espaço de indefinição ou, conforme prefere outra tendência doutrinária, a liberdade de escolha do legislador, poderiam abrir as portas para o debate político de um novo processo de descriminalização, transferindo as sanções mais leves do Direito penal ao Direito administrativo sancionador.

Observaríamos ainda que – independentemente da definição de quais bens jurídicos efetivamente não merecem a tutela penal⁴¹⁸ – a doutrina penal dedica poucos esforços para tentar delimitar qual deve ser o tratamento dedicado pelo Direito administrativo sancionador a muitas das condutas, antes penais, cujo controle se remete a este último ramo. Ou seja, defende-se o Direito penal mínimo, sem que haja a reflexão sobre o sistema punitivo como um todo, sem que se discorra com maior profundidade acerca do tratamento que a administração pública pode conferir, em termos de procedimento e sanção, a estas condutas que devem ser excluídas do Direito penal, pelo princípio de subsidiariedade⁴¹⁹.

O que propomos, assim, coaduna-se com a preocupação da doutrina do Direito administrativo sancionador, a respeito da necessidade de estruturação e reflexão crítica sobre os princípios de intervenção do direito punitivo em geral⁴²⁰. Tal reflexão tem como

⁴¹⁷ Ao contrário do juízo de Silva Sánchez, que reputa “improvável (quiza impossível) um movimento de despenalização”, Cf. *La expansión...* cit., p. 175.

⁴¹⁸ Remetemos aqui à discussão dos capítulos anteriores, sobre a possibilidade/necessidade de incorporar a tutela de bens jurídicos supra individuais ao Direito penal, representado especialmente pela querela dos autores da “Escola de Frankfurt” e os opositores a esta posição, cujos princípios são emblematicamente reunidos por Schünemann, e a importância que este autor confere à proteção das gerações futuras. Cf. *Consideraciones sobre la...* cit., p. 32 e ss.

⁴¹⁹ Exceção feita, sem dúvida, ao trabalho de Helena R. Lobo da Costa.

⁴²⁰ RANDO CASERMEIRO, op. cit., p. 31.

objeto indicar que uma organização do sistema punitivo, desde o administrativo até o penal, teria o condão de estabelecer, na prática, uma gradação de garantias e sanções administrativas, e uma possível descriminalização, pela consolidação deste Direito intermediário, de intervenção, propugnado por Hassemer

Assim, no que se refere às conclusões que podemos tirar deste breve item, e que já foram esboçadas nas linhas anteriores, entendemos que as teorias mistas (qualitativo-quantitativas) abrem um espaço de discussão mais profícuo sobre as fronteiras entre o Direito penal e administrativo, a partir das considerações sobre a gravidade da pena.⁴²¹

É nessa zona intermediária onde acreditamos haver maior espectro político de discussão sobre a descriminalização, a exemplo dos comentados processos despenalizadores ocorridos na Europa dos anos 1970, na esteira do que é apontado pelas teorias de Hassemer e Silva Sánchez.

A decisão sobre as condutas que podem deixar o Direito penal merecem o debate político-legislativo, inclusive no que diz respeito à efetividade das sanções. Nesse sentido, afirmam Hassemer e Muñoz Conde que muitas vezes a intervenção administrativa sancionadora é mais rápida e eficaz que muitas sanções penais que, juntas, funcionam mais como respostas de um Direito penal simbólico do que como efetivos meios de solução de problemas⁴²².

Helena Lobo da Costa, ao criticar com propriedade as justificativas subjetivas que dá Silva Sanchez para a expansão do Direito penal, menciona que a demanda social não se dirige propriamente ao Direito penal, mas à efetividade da sanção, que poderia, em muitos casos, ser alcançada pelo Direito administrativo sancionador⁴²³.

Importa ressaltar, especialmente, que o reconhecimento desta área intermédia onde cabe a intervenção do Direito administrativo sancionador não significa defender um livre

⁴²¹ Nesse sentido, as palavras de García Albero ilustram bem nossa posição: “del mismo modo, hace falta algo más que el voluntarismo interpretativo para considerar que entre una infracción minúscula del Código de Circulación (conducir sin el respectivo documento acreditativo, pese a tenerlo) y cualquier delito del Código penal existe tan solo una diferencia de orden cuantitativo y no cualitativo”. Op. cit., p. 300.

⁴²² *Responsabilidad por el producto en derecho penal...* cit., p. 79.

⁴²³ Nas palavras da autora: “O modelo por ele [Silva Sánchez] proposto peca por não reconhecer que a demanda social não é por criminalização ou punição, senão por efetividade, o que pode ser atingido sobretudo por meios não punitivos”. *Proteção penal do meio ambiente...* cit., p. 213.

trânsito do Direito administrativo para o penal, mas sim propiciar o movimento contrário, evidenciando o fato de que a possível redução das fronteiras do Direito penal já conta com um instrumento bastante próximo de proteção de bens jurídicos (que são as sanções administrativas).

Ademais, como buscaremos demonstrar nos capítulos que seguem, há casos nos quais as sanções graves impostas pela administração indicariam inclusive que este processo (de inserção legislativa de tipos intermediários na tutela do Direito administrativo sancionador) já está em marcha, porém não acompanhado da descriminalização das respectivas condutas proibidas administrativamente.

Além de não representar a descriminalização, preocupa especialmente verificar que o sistema de garantias aplicáveis ao processo administrativo sancionador ainda é pouco desenvolvido, quando comparado ao longo histórico de demandas por garantias no direito penal, e que o traslado de garantias penais para o Direito administrativo sancionador encontra resistência por parte dos teóricos administrativistas.

Tomillo e Rubiales identificam, ainda, que a “terceira velocidade” do Direito penal, identificada por Silva Sánchez como característica do Direito penal do inimigo – no qual há flexibilização de garantias somada à imposição de graves penas privativas de liberdade – é uma tendência que também pode ser verificada no contexto do Direito administrativo sancionador, seguindo a mesma lógica acima delineada: imposição de graves sanções administrativas sem respeitar os já reduzidos elementos de garantia do processo sancionador.⁴²⁴

Nesse sentido, reafirmamos a necessidade da efetiva vigência das garantias penais na aplicação da sanção administrativa, e a ponderação das garantias processuais, pois, como afirmou um jurista francês, “si debemos hacer del Derecho administrativo sancionador un pseudo-derecho penal ¿para qué sirve despenalizar? Pero si por el contrario reducimos demasiado las garantías de los administrados ¿dónde queda el Estado de Derecho?”⁴²⁵

Por fim, cabe retomar a crítica de Helena Lobo da Costa, no sentido de que a insuficiência teórica, ou prática, do Direito administrativo sancionador, não pode ser

⁴²⁴ *Derecho administrativo sancionador...cit.*, p. 54.

⁴²⁵ MODERNE, Franck apud LOZANO CUTANDA, op. cit., p. 52.

tomada como escusa para se retardar ou impedir o processo de descriminalização, conforme determinam os princípios de fragmentariedade e intervenção mínima do Direito penal.

Nesse sentido, entendemos, em compasso com a citada autora, que a falta de eficácia de um sistema menos grave do que o Direito penal só pode ser medida após todas as tentativas de desenvolvimento pleno destas áreas. Assim, a deficiência da atuação do Direito administrativo sancionador, ou a falta de estrutura e garantias presentes no sistema de normas, não podem significar a inserção de condutas administrativamente proibidas no Direito penal. Deve significar, sim, a dedicação de maiores esforços para o aperfeiçoamento do sistema administrativo sancionador.

CAPÍTULO 3 – A EXPANSÃO PENAL PODE LEVAR AO DIREITO DE INTERVENÇÃO?

3.1 Espaços atuais de expansão do Direito penal: número de leis e teoria do delito

Conforme informam Miguel Bajo e Silvina Bacigalupo, os delitos contra a ordem pública e contra a ordem econômica representam hoje as principais áreas de conflito entre o Direito Penal e o Direito administrativo sancionador, por se tratarem de setores onde há abundante intervencionismo estatal, regulados por normas administrativas que reclamam a proteção de sanções administrativas⁴²⁶. As normas administrativas nestes setores também se expandem em compasso com a expansão das normas penais.

A investigação que aqui propomos visa delinear, em largos traços, o processo de expansão pelo qual passa o Direito penal brasileiro, a partir da consideração do aumento do número de leis ocorrido nas duas últimas décadas. Esta reflexão tem por objetivo visualizar quais são as áreas sensíveis da produção normativa sancionadora, buscando apontar exemplos de condutas que, eventualmente, poderiam ser excluídas do Direito penal, e integradas ao Direito administrativo sancionador ou ao Direito de intervenção, conforme o modelo de Hassemer.

Visa, ainda, indicar um processo de flexibilização de regras de imputação e de incorporação da lógica preventiva, que o aproximaria do Direito administrativo sancionador.

No que se refere ao aumento de leis, selecionamos algumas a título de exemplo, mantendo o foco na legislação brasileira das duas últimas décadas, sem perder de vista que esta é uma tendência que encontra paralelos em muitos outros ordenamentos estrangeiros. Contudo, tendo em vista a complexidade da produção normativa, mostra-se pouco viável uma enumeração exaustiva das normas que representem este movimento expansionista do Direito penal.

⁴²⁶ BACIGALUPO, Silvina e BAJO, Miguel. Las medidas administrativas y penales para la prevención del blanqueo de capitales. In: BACIGALUPO, Silvina e BAJO, Miguel (Orgs.). *Política Criminal y blanqueo de capitales*. Barcelona: Marcial Pons, 2009, p. 125.

Traçamos, ainda assim, exemplos capazes de indicar, simbolicamente, a crescente toada de ampliação do Direito penal, buscando referências especialmente nas áreas dos crimes econômicos, ambientais, administrativo e internacional, já que reúnem muitas das novas leis que indicam a expansão do Direito penal.

A análise a que nos propomos aqui, vale mencionar, não implica uma tomada de posição a favor do modelo de intervenção delineado por Hassemer, já que estamos de acordo com muitas das críticas formuladas contra tal modelo. O que visamos, aqui, é observar mais de perto algumas condutas que comprovam que a expansão do Direito penal denunciada pelo autor é uma realidade também no Brasil e, especialmente, dialogar com alternativas ao uso do Direito penal no país, seja pela descriminalização, seja pelo recurso a outros ramos jurídicos.

Em seguida, buscamos abordar um movimento de expansão do Direito penal que não é somente resultado da atividade legislativa, mas também da doutrina, conformado pelas soluções teóricas desenvolvidas a fim de permitir ao Direito penal incorporar novos tipos, novos modelos de imputação de forma a superar os desafios apresentados por tipos penais fora dos padrões tradicionais (como a responsabilidade das pessoas jurídicas, a imputação de infrações contra bens jurídicos coletivos etc.).

Um segundo momento de nossa reflexão - que também não se pretende exaustiva - consistirá em demonstrar que é possível interpretar as transformações da dogmática da parte geral também como uma faceta da expansão penal. Expansão que pode ser vista, por exemplo, com a ampliação das hipóteses de garantia nos tipos omissivos impróprios⁴²⁷, a reconfiguração dos conceitos de ação e autoria, a fim de permitir a responsabilização em cadeia em estruturas muito hierarquizadas (pense-se, por exemplo, nas atribuições de responsabilidade por “atuar em lugar de outro”⁴²⁸, responsabilidade por organização, e algumas formulações acerca do fundamento da punição do partícipe).

Nesse sentido, observamos um processo de flexibilização de regras de imputação e de incorporação da lógica preventiva, que aproximaria o Direito penal do Direito administrativo sancionador.

⁴²⁷ Cf. SILVA SANCHEZ, Jesús-Maria. *El delito de omisión: concepto y sistema*. Buenos Aires: B de F, 2006.

⁴²⁸ Cf. GRACIA MARTIN, Luis. *El actuar en lugar de otro en Derecho penal*. Zaragoza: Prensa Universitária, 1986.

Este estudo pretende, indicar, assim, que uma parte da expansão do Direito penal, nos países de tradição germânica ocidental, é também impulsionada pela própria doutrina, que teoriza sobre a flexibilização de critérios de imputação, de interpretação etc. Assim, verificamos que analisar o processo de expansão pelo qual passa o Direito penal contemporâneo (restrito ao contexto brasileiro, com breves referências ao Europeu) implica também observá-lo como um processo dinâmico entre legislador, jurisprudência e teóricos penais.

Mantendo o estudo das manifestações de ampliação do Direito penal, nas páginas que seguiremos buscaremos indicar que esta expansão a que fazemos referência pode ser verificada em três diferentes frentes: um aumento do número de tipos penais (que se pode verificar na legislação nacional e estrangeira), a adaptação de critérios da Parte Geral para permitir a aplicação destas novas normas, e a reformulação conceitual de princípios constitucionais penais tradicionalmente restritivos do Direito penal.

Por fim, traçaremos também algumas considerações sobre a nova interpretação de alguns princípios constitucionais tradicionalmente limitadores do Direito penal ou da medida de pena que, na esteira das alterações de todo o conjunto do Direito penal, também sofrem uma diminuição de sua capacidade de restringir o recurso à punição, como o princípio de proporcionalidade, e outros postulados do garantismo penal.

3.2 A expansão legislativa no Brasil

A expansão do Direito penal no Brasil evidencia-se especialmente pelo acréscimo do número de leis, especialmente na legislação especial⁴²⁹, e também pelo agravamento das penas previstas para delitos já existentes⁴³⁰. Esta tendência é identificada também no atual Projeto de Código Penal (236/2012).

⁴²⁹ “Si la legislación básica brasileña siempre estuvo, de modo indirecto, en algunos casos, influenciada por las alteraciones que se han producido en el orden económico y político, en todas las fases de vigencia de esta legislación se fueran presentando reformas, no sólo en los Códigos, sino principalmente, a través de leyes especiales”. TAVARES, Juarez. La reforma penal en Brasil. In: DÍEZ RIPOLLES, José Luís. *La política legislativa penal iberoamericana en el cambio de siglo*. Montevideo, Buenos Aires: B de F, 2008, p. 48.

⁴³⁰ “Esta expansão do Direito penal possui como elemento intrínseco o recrudescimento das penas, notadamente a privativa de liberdade. Esse fenômeno ocorre em dupla medida. De um lado, os novos tipos

Um olhar mais geral sobre a política criminal brasileira permite-nos apontar, no bojo destas transformações, uma atuação mais agressiva do Direito penal sobre a criminalidade tradicional, cotidiana, com o aumento da população carcerária⁴³¹ e do tempo de duração das penas restritivas de liberdade. É notável também a severidade das penas previstas para novos delitos, com a imposição de sanções muitas vezes desproporcionais em relação à conduta e ao dano provocado⁴³², como enfatiza Salvador Netto:

Esta expansão do Direito penal possui como elemento intrínseco o recrudescimento das penas, notadamente a privativa de liberdade. Esse fenômeno ocorre em dupla medida. De um lado, os novos tipos penais, frutos de opções políticas de criminalização, comumente cominam sanções proporcionalmente mais graves se cotejadas com os delitos tradicionais. (...) Por outro lado, delitos já consagrados, por meio de reformas legislativas pontuais, verificam o aumento da gravidade de suas punições⁴³³.

Esta transformação, certamente, não representa uma tendência uniforme da legislação nacional, que evolui dialeticamente por meio de movimentos desiguais de expansão e de retração, e admite também tendências descriminalizadoras ou de abrandamento das consequências do processo penal e da imposição de pena, como se verifica, dentre outros exemplos, na proposta das Leis nº 9.099/95 (estabelece a suspensão condicional do processo nos crimes de menor potencial ofensivo), nº 10.259/2001 (que amplia o conceito de menor potencial ofensivo), nº 10.826/03 (estatuto do desarmamento),

penais, frutos de opções políticas de criminalização, comumente cominam sanções proporcionalmente mais graves se cotejadas com os delitos tradicionais. (...) Por outro lado, delitos já consagrados, por meio de reformas legislativas pontuais, verificam o aumento da gravidade de suas punições”. SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. *Finalidades da pena, conceito material de delito e sistema penal integral*. Tese (Doutorado em Direito). Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2008, p. 5. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2136/tde-17022009-160214/>>. Acesso em: 2012-10-17. Ver também relatório de pesquisa da Fundação Getúlio Vargas, que revelou que a grande maioria dos projetos de lei elaborados pelo legislativo brasileiro acerca do Direito penal tem como objetivo a agravamento de penas de delitos já existentes ou a criação de novos tipos. FGV. *Análise das justificativas para a produção de normas penais. Série Pensando o Direito*, São Paulo, nº 32, 2010.

⁴³¹ A esse respeito, Cf. o relatório elaborado pelo Conselho Nacional de Justiça, no ano de 2010, acerca da situação carcerária no país, que contabilizou o total de 494.598 presos (entre provisórios e condenados) no Brasil. LOSEKANN, Luciano André. *Justiça em números*. Brasília: CNJ, 2010. Disponível em www2.mp.pr.gov.br/cpcrime/boletim79/cep_b79_n_22.ppt. Acesso em 19.set.2012.

⁴³² Veja-se, por exemplo, a Lei nº 7.643/87, que prevê pena de 2 a 5 anos para “qualquer forma de molestamento intencional, de toda espécie de cetáceo”.

⁴³³ SALVADOR NETTO, op. cit., p. 5.

ou nº 11.343/06 (cujo artigo 28 prevê somente penas não restritivas de liberdade aos usuários de droga)⁴³⁴.

Para Hassemer, contudo, apesar da existência de algumas reformas descriminalizadoras pontuais, por exemplo, no âmbito dos delitos sexuais (levadas a cabo na Alemanha e também no Brasil em 2009), tal iniciativa é residual nas legislações contemporâneas. Para o autor, os setores que definem o novo Direito penal são o meio ambiente, as drogas, a criminalidade econômica, delitos de internet, terrorismo e criminalidade organizada⁴³⁵. Estes são setores importantes que impulsionam a legislação penal sem que, necessariamente, tenham sido esgotadas as possibilidades de intervenção administrativa por meio de regulamentação preventiva.

Sendo assim, a despeito das mencionadas contra-tendências (inspiradas por ímpetos de redução das áreas abarcadas pela criminalização), a face expansionista do Direito penal aparenta ser predominante, o que é verificável na legislação brasileira da última década.

Podemos indicar, como exemplos desta transformação na legislação brasileira, o sistema normativo forjado a partir de 1990 para a proteção de bens jurídicos coletivos⁴³⁶, ou ainda, para a implementação de leis criminais decorrentes de acordos internacionais ou mandados de criminalização provenientes de Tratados dos quais o Brasil é signatário.

Sobretudo, um dos âmbitos de maior pressão pela expansão do Direito penal está concentrado nas atividades econômicas e empresariais, com a demanda pela criminalização de decisões de empresas, responsabilidade penal de pessoa jurídica, de determinadas transações de mercado, propriedade intelectual, e atividades tributárias. Este, também, é o setor mais afetado pela frágil fronteira entre Direito penal e administrativo, e onde mais espaço há para a criminalização de condutas.

⁴³⁴ Tal dinâmica legislativa é ressaltada por Bottini, para quem esta tendência expansionista do Direito penal não é homogênea, e encontra “rompantes no sentido contrário, de contração” Mantém, no entanto, a ressalva de que “a tendência é a ampliação de tipos penais, ainda que relativizada por espasmos de supressão de regras criminalizadoras”. BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Crimes de perigo abstrato e princípio da precaução na sociedade de risco*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 92.

⁴³⁵ HASSEMER, Winfried. Perspectivas del derecho penal futuro. In: *Revista Penal*, ano 1, nº 1, 1998, pp. 37-41.

⁴³⁶ Afirma Luís Regis Prado que “o legislador, na cunhagem dos tipos contidos na Lei 8.137/90 tutela o Erário não somente no sentido patrimonialista, mas sim como *bem jurídico supra individual*, de cunho institucional”. *Direito penal econômico*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 408.

O complexo de normas de Direito penal econômico, dessa forma, coleciona importantes exemplos de expansão do direito nacional, desde a incorporação de condutas de controle administrativo ao rol de delitos até a criação de novos tipos⁴³⁷. Dentre eles, a lei nº 8.137/90, principal lei de proteção da ordem econômica e tributária, ao regular as condutas ilícitas de natureza tributária (declaração e supressão de tributos, nos artigos 1º, 2º, e 3º), e atentados à livre concorrência de mercado (nos artigos 4º a 6º)⁴³⁸.

Muitas das condutas reguladas na proteção da concorrência, no corpo da mencionada lei, poderiam ser excluídas da tutela penal mediante a intervenção econômica ou administrativa mais severa. Esta é, em alguma medida, a operação realizada pela Lei n. 12.529/2011, que redefine o sistema de defesa da concorrência (Lei do “super CADE”). A lei, contudo, antes de descriminalizar, estrutura um sistema paralelo de penas e sanções administrativas.

A opção adotada no Projeto do Código Penal foi intermediária, na medida em que descriminalizou as condutas de manipulação de preços (limitando-as à jurisdição civil), e manteve (provisoriamente no art. 373⁴³⁹), a tipificação de condutas como o controle regional ou de fornecedores.

A solução adotada pelo Projeto do Código, ainda que não cumpra em absoluto com um programa de diminuição da intervenção penal em setores que podem ser bem regulados por normas administrativas ou civis, representa um sinal de que pode ser possível, na legislação brasileira, a incorporação de soluções alternativas, pautadas pelo princípio da subsidiariedade.

O novo tratamento sugerido para os delitos concorrenciais, nesse sentido, acerca-se da proposta da “Escola de Frankfurt”, no sentido de reduzir as condutas econômicas onde seja prevista a intervenção penal. A Lei do “super CADE”, também, aproxima-se do

⁴³⁷“El nuevo Derecho penal se realiza sobre todo en la Parte especial, y a través de una legislación penal especial, de la que proceden también los ejemplos más discutibles” HASSEMER, Winfried. MUÑOZ CONDE, Francisco. *La responsabilidad por el producto en Derecho Penal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1995, p. 17.

⁴³⁸As penas previstas na Lei nº 4.729/65 – que primeiramente tratou do delito de sonegação fiscal no Brasil – foram ampliadas, e novos tipos criados, sendo alguns inseridos no Código Penal. Cf. PRADO, op. cit., p. 406.

⁴³⁹O projeto do novo código penal, na exposição de motivos, menciona que mantém as condutas previstas na Lei n. 8.137/90, porém reduz o número de condutas e tipos penais na transposição para o corpo do Código. Prevê o art. 373: “Formar acordo, convênio, ajuste ou aliança entre ofertantes visando:

I – à fixação artificial de preços ou quantidades vendidas ou produzidas; II – ao controle regionalizado do mercado por empresa ou grupo de empresas; ou III – ao controle, em detrimento da concorrência, de rede de distribuição ou de fornecedores: Pena – prisão, de dois a cinco anos”.

Direito de intervenção, ao estruturar um sistema preventivo técnico, amparado por sanções administrativas importantes, de capacidade dissuasória.

Somente não se coadunam em absoluto com a teoria de Hassemer, na medida em que segue tutelando bens jurídicos coletivos (a livre concorrência) e não operam a descriminalização completa das condutas que tutelam (no caso da lei especial).

Os delitos contra o sistema financeiro nacional, previstos na Lei nº 7.492/ 84 e 9.613/98 também podem ser elencados como exemplos do acréscimo de tipos penais, ou de reforma de legislação anterior, fornecendo maior rigor e detalhamento de condutas. Referida lei descreveu as fraudes contra o sistema financeiro nacional, e teve seu campo de aplicação bastante ampliado a partir da Emenda Constitucional 40, de 2003, que aumentou as possibilidades de participação de entidades financeiras, inclusive estrangeiras, no país⁴⁴⁰.

Assim, na mesma esteira dos delitos contra a ordem econômica, a lei dos crimes contra o sistema financeiro é representante importante da tendência expansiva⁴⁴¹ no Direito penal brasileiro, tendo em vista a incorporação de diversas condutas específicas do meio empresarial. Muitos dos tipos penais descritos na Lei n. 7492/84 foram reproduzidos e ampliados no Projeto de Código penal (como a gestão fraudulenta, divulgação de informação falsa). O tipo de gestão fraudulenta, por exemplo, foi decomposto em quatro diferentes condutas no projeto de Código, com a respectiva gradação de pena⁴⁴².

O Projeto, inclusive, dedica grande parte do conjunto de tipos penais para a definição de condutas contra a ordem econômica, reproduzindo a criminalização de atos que, na esteira da proposta de Hassemer, poderiam restar excluídos da tutela penal, como é o caso da previsão do artigos 358 (captação ilegal de recursos), 360 (omissão de informação obrigatória), 368 (administração infiel). Tais condutas encontrariam respaldo

⁴⁴⁰ Cf. PRADO, op. cit., p. 212.

⁴⁴¹ Conforme GRACIA MARTÍN, é na área do Direito penal econômico onde se verifica o maior acréscimo de tipos penais, tendo em vista ser este ramo um dos principais setores característicos do Direito penal moderno. *Estudios de derecho penal*. Lima: Idemsa, 2004, p. 725.

⁴⁴² Conforme a nota explicativa da Comissão de reforma do Código Penal, são quatro as condutas de gestão fraudulenta descritas: “A primeira, começa com o ato fraudulento, sem necessidade de qualquer resultado ulterior; a segunda, traz a habitualidade; a seguir, vem o prejuízo a terceiros e, por fim, a intervenção ou quebra da instituição financeira. Cada uma destas condutas traz um limite de pena considerado adequado para sua gravidade relativa”. Disponível em: <http://s.conjur.com.br/dl/anteprojeto-codigo-penal.pdf>. Acesso em 12.08.2012.

em sanções administrativas e, eventualmente, na previsão de sanções graves intermediárias entre o Direito penal e o administrativo.

Por outro lado, a revogação da Lei nº 8.176/91⁴⁴³ (crimes contra a ordem econômica e contra sistema de estoque de combustíveis) pelo projeto do Código Penal, confirma o que foi acima exposto, sobre a tendência, neste projeto, em remeter ao Direito tributário e administrativo uma parcela muito específica das transações econômicas do país. As condutas nela descritas⁴⁴⁴, seguindo-se o modelo proposto por Hassemer, podem efetivamente integrar um sistema de prevenção técnica (ou orgânica) ou inserirem-se em um regime sancionador paralelo, como o administrativo, uma vez que se referem a um setor altamente regulado.

A não inserção de algumas condutas da legislação extravagante no Projeto do Código penal não significa, em absoluto, que o Brasil represente uma exceção no contexto mundial de expansão do Direito penal, uma vez que a retirada de determinados delitos do conjunto de condutas proibidas foi compensada pela inclusão de outras, tais como o *bullying* (definido como intimidação vexatória no art. 147), o *stalking* (perseguição obsessiva), bem como condutas anteriormente previstas no Estatuto do Torcedor (Lei n. 0.671/03), como tumulto, alteração de resultado de partida desportiva, e cambismo. Estas duas últimas, inclusive, de duvidosa legitimidade no conjunto de normas selecionadas para permanecerem sob a regulação penal.

Uma das recentes alterações legislativas de sentido criminalizador é a Lei nº 12.683/2012, de combate à lavagem de dinheiro, que alterou a Lei nº 9.613/98⁴⁴⁵. A nova norma alterou sensivelmente o rol de condutas antecedentes do delito de lavagem de

⁴⁴³ PRADO, op. cit., p. 77-79.

⁴⁴⁴ Art. 1º Constitui crime contra a ordem econômica: I - adquirir, distribuir e revender derivados de petróleo, gás natural e suas frações recuperáveis, álcool etílico, hidratado carburante e demais combustíveis líquidos carburantes, em desacordo com as normas estabelecidas na forma da lei; II - usar gás liquefeito de petróleo em motores de qualquer espécie, saunas, caldeiras e aquecimento de piscinas, ou para fins automotivos, em desacordo com as normas estabelecidas na forma da lei. Pena: detenção de um a cinco anos. Art. 2º Constitui crime contra o patrimônio, na modalidade de usurpação, produzir bens ou explorar matéria-prima pertencentes à União, sem autorização legal ou em desacordo com as obrigações impostas pelo título autorizativo. Pena: detenção, de um a cinco anos e multa. § 1º Incorre na mesma pena aquele que, sem autorização legal, adquirir, transportar, industrializar, tiver consigo, consumir ou comercializar produtos ou matéria-prima, obtidos na forma prevista no caput deste artigo.

⁴⁴⁵ É válido notar que nesta lei podemos também identificar a dupla tendência das transformações contemporâneas do Direito penal, pois ao mesmo tempo em que cria novos delitos permite a diminuição da pena (ou absolutamente nenhuma pena) para os casos em que houver delação premiada. (art. 1º, § 5º)

dinheiro, estabelecendo os mesmos marcos inferiores e superiores de pena para o traficante que lava o dinheiro e para organizadores de rifas que dissimulam a origem do dinheiro⁴⁴⁶.

Os marcos da Lei de lavagem de dinheiro, hoje, figuram-se no conjunto das leis mais abrangentes do mundo ocidental no combate a este tipo de delito⁴⁴⁷, pois além da exagerada abrangência da nova lei, ampliou o rol de profissionais considerados sensíveis à atividade de lavagem, prevendo deveres de informação, quando se tratar de operações suspeitas elencadas pelo COAF (Conselho de Controle de Atividades Financeiras).

Como observaremos em capítulo específico, este último aspecto da lei nos é particularmente interessante, tendo em vista que o legislador preferiu estabelecer sanções administrativas aos profissionais listados, tornando a Lei de lavagem de dinheiro um exemplo interessante de integração de áreas sancionadoras para o combate desta atividade delitiva. Nesse sentido, particularmente, a opção pelas sanções de advertência, multa, inabilitação temporária ou suspensão da autorização para o exercício do cargo (art. 12), nos parecem alentadoras dentro do contexto altamente repressivo da lei, e são um indício de que condutas de lesividade reduzida podem ser mantidas em um sistema sancionador paralelo ao Direito penal, garantindo-se a ampla defesa e o contraditório (art. 13).

A repressão à lavagem de dinheiro insere-se no conjunto de esforços internacionais no combate à criminalidade organizada. Silva Sánchez aponta o combate a este tipo de atividade delitiva como característica da expansão penal, figurando como um setor privilegiado para a implementação das demandas de uma sociedade coagida pelos riscos e insegurança⁴⁴⁸. O crime organizado é também uma constante fonte impulsionadora de reformas processuais no Brasil, mobilizando o legislador a editar reformas também nos setores de delinquência de fundo econômico (como apontado na mencionada Lei de lavagem de dinheiro).

A lei de combate ao crime organizado, nº 9.034/95, introduz no Brasil novos meios investigatórios e de prova quando houver indícios de que as ações sejam praticadas de forma organizada, de que os delitos sejam cometidos de forma sistematizada, transnacional, e seguindo os parâmetros estabelecidos pela Convenção das Nações Unidas

⁴⁴⁶ BOTTINI, Pierpaolo Cruz; ESTELLITA, Heloisa. *Alterações na legislação de combate à lavagem de dinheiro: primeiras impressões*. Boletim IBCCRIM. São Paulo: IBCCRIM, ano 20, 2012, n. 237, p. 02.

⁴⁴⁷ Segue os moldes da legislação espanhola, que é uma das mais abrangentes. Cf. BLANCO CORDERO, Isidoro. *El delito de blanqueo de capitales*. Navarra: Aranzadi, 2012.

⁴⁴⁸ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. *La expansión del derecho penal*. Buenos Aires: B de F, 2008., p. 115

Contra o Crime Organizado Transnacional, conhecido como Tratado de Palermo, do qual o Brasil se tornaria signatário⁴⁴⁹ no ano 2000⁴⁵⁰.

A previsão de normas para o combate de organizações criminosas é também inserida no Projeto de Código Penal, onde a expressão é dividida em dois tipos: por *associação criminosa*, transmitindo a ideia de que se exige estabilidade e permanência, e *organização criminosa*, com o sentido de representar as estruturas organizadas, permanentes, onde haja hierarquia e divisão de poderes. O delito é inserido no conjunto de crimes contra a paz pública⁴⁵¹. No texto de introdução aos artigos mencionados, o legislador menciona a necessidade de adequação do Brasil aos ditames do Tratado das Nações Unidas para o combate à criminalidade organizada (Tratado de Palermo).

Faz parte ainda dos esforços de combate à criminalidade organizada no país a tipificação da corrupção praticada por funcionários públicos estrangeiros, ainda no bojo dos compromissos internacionais assumidos pelo Brasil no Tratado de Palermo. Anteriormente prevista no projeto de lei nº 6.826/2010, e agora inserida no art. 276 do Projeto de Código Penal, a norma tem como objetivo criminalizar a corrupção praticada por pessoas físicas ou jurídicas contra a administração pública nacional ou estrangeira.⁴⁵²

A tipificação referida decorre dos mandados de criminalização presentes em outros tratados internacionais assinados pelo Brasil como, por exemplo, a Convenção sobre o

⁴⁴⁹ O tratado foi ratificado pelo Brasil pelo Decreto nº 5.015/04.

⁴⁵⁰ Cabe ressaltar, no sentido desta crítica, que países como Alemanha e Portugal, seguindo as mesmas orientações internacionais de combate à corrupção e à lavagem de dinheiro, não incluíram tais condutas no rol de ilícitos penal, e preferiram remetê-las ao regulamento do direito de contra ordenação, espécie de direito administrativo sancionador manejado por estes países, e nem por isso sua opção foi considerada menos relevante ou eficiente pelos órgãos internacionais responsáveis por fiscalizar a implementação dos tratados.

⁴⁵¹ A descrição típica dos artigos é: **Associação criminosa** Art. 255. Associarem-se três ou mais pessoas, de forma estável e permanente, para o fim específico de cometer crimes: Pena - prisão, de um a três anos, sem prejuízo das penas relativas aos crimes cometidos pela associação criminosa. Parágrafo único. A pena aumenta-se até a metade se a associação é armada. **Organização Criminosa** Art. 256. Organizarem-se três ou mais pessoas, de forma estável e permanente, para o fim específico de cometer crimes cuja pena máxima seja igual ou superior a quatro anos, mediante estrutura organizada e divisão de tarefas, com hierarquia definida e visando a auferir vantagem ilícita de qualquer natureza: Pena – prisão, de três a dez anos, sem prejuízo das penas relativas aos crimes cometidos pela organização criminosa. §1º A pena aumenta-se até a metade se a organização criminosa é armada, se um ou mais de seus membros integra a administração pública, ou se os crimes visados pela organização tiverem caráter transnacional.

⁴⁵² Cf. LUZ, Yuri Corrêa da. O combate à corrupção entre o Direito penal e direito administrativo sancionador. In *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, nº 89, vol 19, pp. 429-470.

Combate à Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros⁴⁵³, que se traduziu na Lei nº 10.467/02⁴⁵⁴.

Nesse quesito, todavia, verificamos que o Direito penal sofre constantes reformas, é o principal recurso de que lança mão o legislador para dissuadir a prática da corrupção, sem a estruturação de um sistema regras administrativas ou normas internas ao serviço público capazes de dificultar esta atividade. Como teremos oportunidade de observar, em apartado próprio, a Lei de improbidade administrativa é pouco integrada ao sistema penal, e sua abordagem também é exclusivamente sancionatória, sendo que em alguns casos chega a representar dupla punição pelos mesmos fatos.

Um aditivo ao Tratado de Palermo também seria ratificado e implementado pelo Brasil, relativo à prevenção, repressão e punição do tráfico de pessoas, que resultou na depuração de artigos do Código Penal, ampliando o rol de condutas incriminadas, de acordo com as recomendações das Nações Unidas. O tráfico de pessoas (para fins de exploração sexual ou do trabalho) já pode ser considerado relevante no Brasil⁴⁵⁵, e é possível crer que o contexto econômico atual poderá gerar maior pressão sobre as fronteiras brasileiras, que venham a repercutir no Direito penal⁴⁵⁶, como ocorre nos países economicamente mais desenvolvidos.

Novos tipos penais foram desenhados para o combate ao tráfico de pessoas, de acordo com a finalidade que se dê a esta atividade: exploração sexual (arts. 231 e 231-A⁴⁵⁷) ou trabalho escravo⁴⁵⁸. Estas condutas foram reunidas em um só artigo (469) no Projeto de Reforma do Código Penal.

⁴⁵³ Ratificado no Brasil pelo Decreto nº 3.678/00.

⁴⁵⁴ Cf. COSTA JR., Paulo José e PAGLIARO, Antônio. *Dos crimes contra a Administração Pública*. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 27.

⁴⁵⁵ Conforme comprovam os dados apresentados na obra coletiva *Tráfico de pessoas*, com a reunião de diversos dados sobre o crescente fenômeno de tráfico para fins de exploração do trabalho na cidade de São Paulo. Cf. MARZAGÃO JR, Laerte (Org.). *Tráfico de pessoas* São Paulo: Quartier Latin, 2010.

⁴⁵⁶ Sem desconsiderar o tratamento penal já dado ao tráfico (internacional e interno) de pessoas para fins de exploração sexual ou de trabalho, nos referimos aqui à penalização da infração de condutas administrativas, como a falta de registro no país, ou a permanência ilegal, como parece ser a tendência dos países europeus. Cf. CANCIO MELIÁ, Manuel e GÓMEZ, Mario. El Derecho penal español ante la inmigración: un estudio político-criminal. In: BACIGALUPO, Silvina e CANCIO MELIÁ, Manuel. (Orgs.). *Derecho Penal y política transnacional*; Barcelona: Atelier, 2005, pp. 343-416.

⁴⁵⁷ De acordo com as alterações promovidas no Código Penal pela Lei nº 12.015, que juntamente com a Lei nº 11.106 reformou o antigo capítulo “Dos crimes contra os costumes”.

⁴⁵⁸ QUEIJO, Maria Elizabete; RASSI, João Daniel. Tráfico internacional de pessoas e o tribunal penal internacional. In: MARZAGÃO, Laerte (Org.) *Tráfico de pessoas...cit.*, p. 243.

No mesmo contexto dos delitos de tráfico de pessoas encontra-se o debate sobre a criminalização dos movimentos migratórios. Silva Sánchez aduz que a mobilidade de pessoas promovida pela globalização, principalmente pela intensidade dos fluxos migratórios, é um fator criminógeno, pois o choque cultural, atomização e integração são eminentemente conflitivos⁴⁵⁹. A imigração também é indicada por Hassemer como o principal fator da “erosão normativa”⁴⁶⁰ (ou desorientação normativa) da sociedade atual ao observar que através dela introduzem-se novos padrões culturais e sociais, ou seja, a redução das expectativas normativas, que invoca o Estado a tentar proteger normas que ameaçam enfraquecer-se.

O controle da imigração clandestina através do Direito penal é uma constante e, ainda que este seja um fenômeno eminentemente europeu, a crise econômica nos países capitalistas desenvolvidos tende a redirecionar os fluxos migratórios, não sendo de todo irreal apontarmos para a possibilidade de que, em breve, este seja um tema de atenção também do legislador nacional.

É interessante notar, no entanto, que o que se busca proteger com tais normas não são os direitos fundamentais dos imigrantes⁴⁶¹, mas o controle do Estado sobre a imigração. Assim, não se trata de uma legislação abrangente, de proteção às pessoas traficadas – como vítimas do crime organizado – a partir da elaboração de políticas sociais e de legislação protetiva no âmbito civil, administrativo ou do trabalho.

O que se verifica, ao contrário, é uma opção legislativa precipuamente punitivista, de recurso quase exclusivo ao Direito penal, que repassa para este setor todas as incumbências de prevenção deste fenômeno⁴⁶². Esta é uma área importante de atuação do

⁴⁵⁹ *La expansión...cit.*, p.116

⁴⁶⁰ El derecho penal en los tiempos de las modernas formas de criminalidad. In: ALBRECHT, Hans-Jörg et al. *Criminalidad, evolución del derecho penal y crítica al derecho penal en la actualidad*. Buenos Aires: Del Puerto, 2009, p. 21.

⁴⁶¹ Esta é a doutrina maioritária na Espanha, país que somente alterou a imigração clandestina como delito contra os direitos dos trabalhadores em 2010, na reforma empregada pela lei nº 5/2010. Ainda assim, o consenso é de se trata de um delito contra a ordem publica ou contra a segurança nacional. Cf. HORTAL IBARRA, Juan Carlos. A vueltas sobre el bien jurídico-penal protegido en los mal llamados Delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros. In: MIR PUIG, Santiago; CORCOY BIDASOLO, Mirentxu. (Orgs.). *Política criminal y reforma penal*. Madrid: Edisofer, 2007, pp. 463-504). Também ESTIARTE, Carolina, afirma que a legislação espanhola dedica apenas “un lacónico artículo a la protección y asistencia a las víctimas de este delito”. *El delito de trata de seres humanos, una incriminación dictada desde el Derecho Internacional*. Navarra: Thomson Reuters, 2011, p. 167).

⁴⁶² Como informa Carolina ESTIARTE, “en el seno de la Unión Europea, el enfoque ha sido puramente criminocéntrico, circunscribiendo las medidas a adoptar prácticamente a la mera incriminación de las conducta delictivas”. *Op. cit.*, p. 166.

Direito administrativo sancionador, e que bem poderia integrar os mecanismos de prevenção técnica compostos por Hassemer para a exclusão do Direito penal do controle desta atividade.

O recorrido que fazemos por estas leis e pelos Tratados assinados pelo Brasil nos últimos anos, e que se traduziram em novos artigos dentro do Projeto de reforma do Código Penal, tem como objetivo indicar o processo acelerado de expansão penal pelo qual passa a legislação nacional, especialmente impulsionada por compromissos externos assumidos pelo país nas duas últimas décadas. Estas leis (ou artigos, se aprovado o Projeto de Reforma) podem representar um exemplo da incorporação, no país, da lógica criminalizante transnacional, o que também reflete o caráter internacional da expansão do Direito penal, impulsionado pela tentativa de combate à criminalidade entre fronteiras.

Contudo, é muito interessante observar que os tratados internacionais, na grande maioria dos temas, exigem a atuação efetiva dos países no combate à conduta objeto do tratado, e sua repressão por parte dos Estados signatários. O que os tratados *não* exigem, entretanto, é que esta repressão seja por via exclusivamente penal, especialmente no tocante aos delitos econômicos⁴⁶³. A opção pelo Direito penal continua sendo feita pelos legisladores nacionais, como se fora uma demonstração pública de que se está levando a sério o tema em questão, sem que antes se tenham exaurido os regulamentos não penais, especialmente o administrativo.

A expansão do Direito penal, nesse sentido, parece pretender-se justificada por um elemento que em realidade não pode fazê-lo, ou seja, ao atribuir-se à pressão internacional pelo amparo de certas condutas a causa da expansão, deixa-se de considerar alternativas razoáveis de tutela fora do recurso à pena restritiva de liberdade.

O legislador brasileiro, contudo, não atua isolado ao incorporar novas condutas ao Direito penal pela simples transposição de diretivas ou tratados internacionais. Ele segue uma tendência internacional, que se verifica tanto em países latino-americanos, quanto entre os integrantes da União Europeia, onde muitos ordenamentos se veem ampliados sem

⁴⁶³ Conforme ressalta Iñigo Ortiz, por exemplo, a única justificativa do legislador espanhol para agravar as penas de todos os delitos contra a administração pública em uma reforma praticada ao longo dos anos 2003 e 2010 foi a adequação à normativa europeia de combate à corrupção. Cf. ORTIZ DE URBINA, Iñigo. *Delitos contra la administración pública. La reforma del cohecho por la lo 5/2010: contexto y contenido*. Barcelona: Universidad Pompeu Fabra, mimeo.

que haja uma justificativa criminológica nacional, tão somente em virtude do ajuste às exigências internacionais (a chamada europeização do Direito penal)⁴⁶⁴.

3.2.1 Áreas de pressão sobre o Direito penal

São inabarcáveis, dentro das propostas desta investigação, todas as diferentes áreas de pressão e demanda pelo Direito penal, por isso o que propomos aqui é somente uma indicação, em traços largos, dos principais contextos sociais para onde se dirige o aumento de tipos penais, bem como aqueles contextos que encontram uma regulação administrativa que segue esta mesma tendência, com especial ênfase no ordenamento brasileiro.

Além do debate acerca da criminalização impulsionada pelos compromissos internacionais, outro dos âmbitos que pressionam o legislador por um tratamento mais rigoroso por via da pena é a violência doméstica⁴⁶⁵, sem que sejam fortalecidos ou implementados novos recursos preventivos em outras áreas jurídicas, como a legislação civil. A identificação de uma especial vulnerabilidade da mulher no contexto de agressões perpetradas em âmbito doméstico, junto à repetição de padrões de comportamento machista por parte dos companheiros afetivos, tem exigido constantemente maior atenção do legislador, no sentido de conferir especial proteção a este grupo de vítimas.

No Brasil, a edição da lei 11.340/2006 (Lei Maria da Penha) representa um importante sinal da tendência acolhida pela legislação brasileira⁴⁶⁶, de conferir um tratamento apartado para este tipo de criminalidade, com a criação de tipos especiais para que agressões cometidas no contexto familiar tenham um tratamento mais severo do que o

⁴⁶⁴ Cf., por exemplo, SILVA SÁNCHEZ, Jesús Maria. Los principios inspiradores de las propuestas de un derecho penal europeo, una aproximación crítica. In: *Revista penal*, nº 13, 2004, p. 139, onde comenta que os delitos de *insider trading* e lavagem de dinheiro são os principais exemplos de um Direito penal europeizado, de cooperação internacional entre os membros. Sanchez fala de uma lei penal em branco “inversa”, segundo a qual o agente supra nacional determina a conduta punível, e o fundamento e núcleo de sua proibição, remetendo ao legislador nacional os detalhes da redação dos tipos.

⁴⁶⁵ “Se parte de la idea de que las víctimas vulnerables sufren un *plus* de lesividad que necesariamente ha de tener su contrapeso en un *plus de atención y/o protección* por parte de las autoridades publicas y de ahí que la lucha contra la violencia de genero se haya erigido en uno de los ámbitos de actuación preferente tanto en el ámbito nacional como interno. (SANZ HERMIDA, Agata. Víctimas de violencia de género: el reconocimiento y protección de sus derechos. In: FERNANDEZ, María Lameiras; CANLE, Inés Iglesias (Orgs.). *Violencia de género: la violencia sexual a debate*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2011, p. 241.

⁴⁶⁶ Em contra a adoção de tais medidas, há autores que sustentam sua inconstitucionalidade, por tratar de um Direito penal de autor, violando o princípio de igualdade. Cf. MOREIRA, Romulo de Andrade. A Lei Maria da Penha e suas inconstitucionalidades. In: *Revista Magister de Direito penal e Processual Penal*, n. 19, v. 4, 2007, pp. 67-91.

conferido pelos delitos de lesões corporais, ameaças, maus-tratos etc. No Projeto de Reforma do Código Penal esta tendência é amenizada, tendo-se incluído a prevalência de relações afetivas ou convivência doméstica como qualificadoras dos delitos de homicídio (art. 121, §1º, I) e lesão corporal (art. 129, §6º, II).

No mesmo sentido, a proteção às relações de consumo e ao meio ambiente pode ser indicada como um exemplo significativo do avanço “em saltos” do Direito penal, em condutas que, por vezes, visam reforçar a eficácia da norma administrativa, antes mesmo de reforçar as próprias estruturas de implementação das outras áreas do direito, como o civil ou administrativo.⁴⁶⁷ Refletem um campo fértil de inovações legislativas e criação de tipos penais, não restrita à realidade brasileira, e relacionada nas leis 8.078/90 e 9.605/98. Estas leis trazem também consigo os casos mais evidentes de tipos penais de precaução e de proteção de bens jurídicos supra-individuais e identificam com clareza os mais tradicionais campos de expansão do Direito penal⁴⁶⁸.

Hassemer e Muñoz Conde, ao observarem os delitos contra a saúde pública na legislação espanhola, ressaltam as dificuldades em se diferenciar os simples limites administrativos das condutas contra a saúde dos consumidores e a possibilidade de que se esteja infringindo o princípio de intervenção mínima do Direito penal, elevando simples infrações administrativas à categoria de delito⁴⁶⁹.

A esfera dos crimes contra o consumidor foi objeto de especial atenção do legislador do Projeto de Reforma do Código penal, tendo sistematizado o conjunto de delitos previstos na Lei de crimes contra a economia popular (Lei nº 1.521/51), Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/90), Lei de regulamentação de imóveis urbanos (nº 8.245/91) e Estatuto do Torcedor (Lei nº 10.671/03).

O Projeto de Reforma por sua vez, destaca-se pelo seu caráter altamente criminalizante no que se refere aos delitos contra o consumidor, sendo a principal área

⁴⁶⁷ HASSEMER, Winfried; MUÑOZ CONDE, Francisco. *Responsabilidad por el producto en derecho penal...*cit., p. 65. Veja-se também o exemplo do Projeto de Reforma, que prevê no artigo 428 a conduta de “executar serviço de alto grau de periculosidade contrariando determinação de autoridade competente”.

⁴⁶⁸ Conforme menciona Pierpaolo Cruz BOTTINI: “O perigo abstrato representa o sintoma mais nítido da expansão do direito penal, na ânsia por fazer frente aos temores que acompanham o desenvolvimento científico e econômico da atualidade”. *Crimes de perigo abstrato e princípio de precaução na sociedade do risco*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 126.

⁴⁶⁹ HASSEMER, Winfried; MUÑOZ CONDE, Francisco. *Responsabilidad por el producto en derecho penal...*cit., p. 58.

onde não se operaram reduções normativas ou exclusão de tipos penais⁴⁷⁰. O projeto mantém um rol extenso de delitos de perigo abstrato na legislação nacional, como é o caso dos artigos 427 (omitir sinalização da periculosidade do produto), 428 (executar serviços de alta periculosidade contrariando determinação de autoridade competente), dentre outros, reproduzindo a tendência da legislação anterior, de erigir à categoria de delito “uma grande quantidade de comportamentos que, a rigor, não deveriam passar de meras infrações administrativas”⁴⁷¹.

Esta tendência também é seguida na tutela dos delitos contra o meio ambiente, setor de constante demanda de novos tipos, centrada na discussão sobre os riscos das atividades industriais e tecnológicas, representante do principal setor de expansão do Direito penal e de tutela de bens jurídicos supra individuais⁴⁷². Os delitos contra o meio-ambiente foram reproduzidos praticamente em sua integralidade no Projeto do Código Penal⁴⁷³.

Proteção penal do consumidor, e do meio ambiente, figuram como os setores mais sensíveis à possibilidade de implementação do Direito de Intervenção, uma vez que representam condutas, em sua maioria, cometidas por pessoas jurídicas, no contexto do Direito penal de empresa⁴⁷⁴, de difícil comprovação pelos mecanismos tradicionais do processo penal (relação de causalidade e aplicação temporal e territorial da norma). Sendo assim, conforme a proposta de Hassemer, grande parte dos delitos transportados para o Projeto de Reforma poderiam haver sido excluídos do conjunto de normas penais,

⁴⁷⁰ Esta crítica é ressaltada por Luis GRECO, que afirma que, no tocante aos delitos contra o consumidor, o legislador do Projeto de Reforma do CP deixou-se levar por demandas populares, oriundas de uma classe média mais preocupada com o cambismo, as relações de consumo e o mau trato aos animais do que com o tempo que um cidadão permanece preso, ou com a descriminalização do porte de drogas para uso próprio. Nestes termos, o autor critica o “populismo demagógico do Projeto”. Cf. Princípios fundamentais e tipo no novo projeto de código penal (projeto de lei 236/2012 do senado federal). In: *Revista Liberdades - Especial: Reforma do Código penal*. São Paulo: Ibccrim, 2012, p. 41 - Disponível em http://www.ibccrim.org.br/novo/revista_liberdades_indice/13-Revista-Liberdades-Especial---Reforma-do-Codigo-Penal---Setembro-de-2012. Consulta em 15.10.2012.

⁴⁷¹ PRADO, Luís Regis. *Direito penal econômico...* cit., p. 98.

⁴⁷² Dada a complexidade do tratamento do tema em questão – a tutela penal do meio ambiente – restringimo-nos aqui à simples menção ao tratamento normativo do Projeto de Código Penal, tendo em vista de que os esforços para contextualizar com propriedade a discussão neste âmbito demandaria esforços que fogem aos objetivos deste trabalho.

⁴⁷³ Conforme o texto de introdução ao capítulo dos delitos contra o meio ambiente: “Tal o amadurecimento legislativo a esse respeito que a Comissão entendeu de mantê-lo na sua quase integralidade, seja pela qualidade, profundidade e mesmo pela técnica legislativa adotada, apenas adequando algumas sanções e pequenas modificações nas condutas definidas ao que os novos tempos passaram a exigir, com destaque para os crimes contra os animais, merecedores, aqui, no texto proposto, de uma nova e rigorosa criminalização”.

⁴⁷⁴ Como crítica SILVA SÁNCHEZ, “se trata de una legislación de la víctima para proteger sus intereses financieros”. Los principios inspiradores... cit., p. 144.

restringindo-se o recurso à pena no caso comprovado de danos, ou de criação de perigo concreto aos bens jurídicos protegidos⁴⁷⁵.

Nesta área, independentemente da contenda capitaneada por Hassemer sobre a ilegitimidade dos delitos contra as relações de consumo por protegerem bens jurídicos coletivos, o ponto principal de análise aqui se centra no princípio de subsidiariedade, diante da possibilidade de que muitas das condutas tuteladas neste capítulo do Projeto de Reforma sejam adequadamente protegidas pelo Direito administrativo sancionador, especialmente aquelas que sirvam exclusivamente de reforço à norma administrativa, utilizando-se do recurso simbólico à pena restritiva de liberdade.

3.2.2 Alternativas à expansão

A criminalidade organizada, conforme aponta Hassemer, é um dos principais âmbitos no qual o Direito penal, isoladamente, não será capaz de fazer frente à complexidade das atividades que compõe este tipo de organização. O crime organizado não é somente uma associação bem estruturada, internacional. É, também, o resultado de um sistema institucional complexo, que se vê paralisado pela criminalidade, e envolve diversos órgãos estatais, como a Magistratura, Poder legislativo, Ministério Público bem como a corrupção política⁴⁷⁶.

Nesse sentido, entendemos que o tratamento exclusivamente penal que se dá aos delitos comentados acima (crime organizado, corrupção, tráfico de pessoas, lavagem de dinheiro) é ineficiente. Tem muito a contribuir uma estratégia de análise pormenorizada das possibilidades de prevenção técnica, nos moldes do que propõe Hassemer, no contexto das estratégias personalizadas de combate ao delito, e também das possibilidades de repressão administrativa de determinadas condutas.

⁴⁷⁵ CORCOY BIDASOLO, Mirentxu; Protección penal del medio ambiente: legitimidad y alcance. Competencia penal y administrativa en materia de medio ambiente. In: CORCOY BIDASOLO, Mirentxu (Org.). *Derecho penal de la empresa*. Navarra: Universidad de Navarra, 2002, p. 613.

⁴⁷⁶ Perspectivas de uma moderna política criminal. In: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, vol. 2, n. 8, 1994, p. 8.

No tocante ao delito de corrupção, poderiam ser adotadas medidas e sanções administrativas preventivas, como se optou na lei de Lavagem de dinheiro, do mesmo modo que no combate ao tráfico de pessoas poderia-se restringir o recurso à sanção penal por meio da intensificação de medidas administrativas, como o controle de fronteiras, de emissão de documentos, e a colaboração entre serviços de inteligência.

Hassemer sugere medidas fora do Direito penal para diminuir a corrupção, tais como o estímulo à discussão sobre o problema dentro das instituições públicas, aperfeiçoamento dos sistemas de denúncia, treinamento e traslado de funcionários, separação entre planejamento, execução e supervisão de projetos, agentes idôneos e independentes de investigação e, especialmente, um sistema judiciário independente politicamente⁴⁷⁷.

Faz-se necessária por parte do legislador brasileiro, também, uma posição crítica quanto à incorporação de normas internacionais, atentando-se à realidade da criminalidade no país e, especialmente, para a possibilidade de controle de determinadas atividades por outras áreas do Direito. Crítica merece ser tecida, nesse sentido, à criminalização de determinadas atividades, somente para adequar nossa legislação ao conteúdo de Tratados internacionais⁴⁷⁸, sem que sequer se faça referência, na justificativa do tipo legal, à demanda efetiva de tipificação no país.

Entendemos que o mesmo é aplicável, por exemplo, à tipificação dos delitos de terrorismo nos moldes dos mandados de criminalização internacionais, quando a realidade do país aponta para a maior adequação da tutela de condutas criminosas decorrentes de políticas autoritárias, e não do confronto étnico ou religioso que motivou a sanção dos tratados internacionais. Muito mais adequada à realidade brasileira é a criminalização do emprego de tortura por agentes do Estado, ou das milícias policiais, estas sim condutas que não se verão avalizadas por normativas europeias (via Organização das Nações Unidas), dada a peculiaridade especialmente deste último delito no contexto brasileiro e latino-

⁴⁷⁷ HASSEMER, Winfried. Posibilidades jurídicas, policiales y administrativas de una lucha más eficaz contra la corrupción. In: *Revista Pena y Estado*, vol. 1, n.1, 1995, p. 152.

⁴⁷⁸ Consta do texto do Projeto de Reforma do Código Penal: “A tipificação do crime de organização criminosa era uma exigência imposta a qualquer reforma do sistema penal, ante o compromisso internacional assumido pelo Estado brasileiro após aprovação pelo Congresso Nacional, por intermédio do Decreto-legislativo n.º 231, de 29 de maio de 2003, do texto da Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional, promulgado pelo Presidente da República com a edição do Decreto n.º 5015, de 12 de março de 2004” (Projeto de Reforma do Código Penal, p. 357).

americano. Trata-se de uma expansão formal, pouco refletida em análises criminológicas sobre a realidade nacional.

Nesse sentido, o direito comparado, especialmente no âmbito europeu, não tem mais a função de conhecer sistemas de outros países por interesse dogmático, para basear críticas ou reformas legislativas, e adquire um caráter criminalizante, como base para a construção de um Direito penal uniformizado e harmônico no combate à criminalidade entre fronteiras⁴⁷⁹.

Sem a pretensão de aportar algo novo ou exaustivo sobre as modalidades de expansão do Direito penal, a análise acima demonstra-nos indícios sólidos de que o processo de expansão deste setor não é fruto de um debate acadêmico (impulsionado por Silva Sánchez ou Hassemer), mas encontra seus fundamentos em alterações da realidade do Direito penal contemporâneo. Esta amostra, assim, também pode indicar que a incriminação de novas condutas pelo Brasil pode ser identificada também como uma tendência internacional de ampliação das áreas de intervenção do Direito penal, o que nos permite debater mais livremente com as críticas e construções da doutrina estrangeira sobre este tema.

Assim, a despeito da necessidade de comprovação empírica da efetiva expansão do Direito penal, um ponto central que pode ser observado a partir deste fenômeno é a clara opção, seja ela legislativa, ou de política criminal, pela criminalização para fazer frente aos fenômenos sociais contemporâneos.

3.2 A expansão como dispersão dos limites dogmáticos

Mais além do aumento do número de leis ou do incremento das penas, é possível observarmos que a expansão do Direito penal se reproduz – ou se reflete – também a partir de um novo modo de aplicar, criar e interpretar o Direito penal. Pois a expansão do número de condutas tuteladas pelo Direito penal exige um esforço doutrinário significativo, a fim de poder conciliar a aplicação prática do processo e da pena de novos delitos com os elementos de teoria geral do Direito penal.

⁴⁷⁹ DONINI, Máximo. *El Derecho penal frente a los desafíos de la modernidad*. Lima: Ara, 2010, p. 377.

A concepção sistemática destes elementos é desafiada pela proliferação de leis cuja aplicação demanda interpretações muitas vezes inéditas para a teoria do delito⁴⁸⁰. Assim, cremos ser possível observar uma transformação na teoria do delito que subjaz o acréscimo legislativo⁴⁸¹.

Hassemer também aponta para o fato de que a modernização do Direito penal é um fenômeno universal (de política-criminal, dogmática e prática), e não somente legislativo⁴⁸². Desse modo, observamos que é possível identificar o acréscimo das leis acima mencionadas, acompanhado de uma modificação das regras de imputação da parte geral do Direito penal, consistente na ampliação do espaço de abrangência do tipo penal, e especialmente, do número de *sujeitos puníveis*.

O papel do bem jurídico como limitador da intervenção do Estado sobre os cidadãos também é posto em cheque, não somente pelas tendências recentes na legislação penal, como também dentro de algumas modernas concepções de Direito penal (como é o caso de Jakobs, que duvida da capacidade do conceito de bem jurídico para contribuir significativamente para o desenvolvimento do Direito penal⁴⁸³).

Um dos principais eixos do debate acadêmico contemporâneo desta área pode ser resumido na questão acerca da legitimidade e necessidade do Direito penal para perseguir determinadas condutas, tendo como fundamentos as diversas perspectivas acerca da

⁴⁸⁰ Um exemplo muito elucidativo do que comentamos é a previsão de responsabilidade penal das pessoas jurídicas, seja ela direta ou subsidiária, que exige inovações teóricas a respeito do conceito de autor e de ação no Direito penal, e suscita o debate sobre a personalidade das penas, da função preventiva do Direito penal, etc. Cf. SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Responsabilidade penal da pessoa jurídica*. São Paulo: Método, 2003.

⁴⁸¹ Nesse sentido, de acordo com Carlos María Romeo Casabona, a aparição de novas formas de risco, de novas tecnologias, e a elaboração de novos parâmetros de normas de cuidado demandam uma resposta ampla de todo o sistema do Direito penal: “Las anteriores reflexiones no sólo empujan a repensar las categorías tradicionales (en particular, teorías de la causalidad, el error, dolo, imprudencia, imputación objetiva del resultado e en materia de autoría y participación) así como la comprensión de buena parte de las figuras comprendidas en la parte especial del Código Penal [...]. De esta forma se procura una simplificación de los nuevos tipos penales, prescindiendo de elementos como la causalidad y con ello, la lesividad efectiva de la conducta, para ofrecer así nuevas figuras delictivas sobre la potencialidad lesiva del comportamiento para nuevos bienes jurídicos cada vez más abstractos”. ROMEO CASABONA, Carlos María, et al. Informe sobre los intentos de adaptación del derecho Penal al desarrollo social y tecnológico: líneas de investigación y conclusiones. In: ARMAZA ARMAZA, EMÍLIO J. (Org.) *La adaptación del Derecho penal al desarrollo social y tecnológico*. Granada: Comares, 2010, p. 489.

⁴⁸² *Responsabilidad por el producto...* cit., p. 121.

⁴⁸³ Cf. HASSEMER, Winfried. Lineamientos de una teoría personal del bien jurídico. In: *Doctrina penal: teoría y práctica en las ciencias penales*, vol. 12, n. 45/48, 1989, p. 275-85.

capacidade deste de lidar com as demandas por punição (tanto de novas condutas efetivamente delitivas, quanto pela antecipação “administrativa” de alguns tipos penais)⁴⁸⁴.

O cenário que descrevemos acima é indicado por Silva Sánchez como uma *superposición de três crises*: uma crise imanente ao Direito penal moderno (da própria manifestação do Direito penal como tal), crise de legitimidade do Direito penal e de sua dogmática, e a crise que a legislação expansiva com um sistema penal em retrocesso.⁴⁸⁵

A mencionada crise do Direito penal moderno se reflete na heterogeneidade de teorias voltadas a abordar as finalidades do Direito penal, e na perda de representatividade de todas elas no campo científico. Teses abolicionistas, ressocializadoras, e garantistas, que plasman diferentes posições de política criminal acerca dos fins da pena e do Direito penal, estariam perdendo sua homogeneidade e influência, e diminuindo seu potencial restritivo sobre a elaboração do Direito penal.

Segundo o autor, estaríamos diante de um processo de transição – no campo científico e na prática legislativa – entre dois modelos de Direito penal (do clássico ao moderno⁴⁸⁶), sem que ainda tenhamos vislumbrado qual seriam os contornos possíveis e consequências deste novo modelo⁴⁸⁷.

Para Schünemann, a abundância de produção teórica dos últimos anos (pela democratização do acesso universitário, pelas facilidades de publicação, ramificação especializada dos estudos, etc.) resulta em uma formulação muito heterogênea do Direito penal. Fornece ao legislador uma gama ampla de teorias pouco coerentes, permitindo-lhe

⁴⁸⁴ Cf. GRACIA MARTIN, Luis. *La polémica en torno de la legitimidad del derecho penal moderno*. México D.F.: Ubijus, 2011.

⁴⁸⁵ *Aproximación al derecho penal contemporáneo*. Buenos Aires: B de F, p. 11.

⁴⁸⁶ Cf. *supra*, cap. 1.

⁴⁸⁷ A dificuldade que este momento de transição traz para a teoria do delito é ressaltada por Donini: “Son fuertes, pues, las tensiones que se crean, con respecto a los ejemplos clásicos o tradicionales, en la construcción de las categorías cuya más apreciada virtud conceptual se convirtió en la flexibilidad: a comenzar por la misma conducta, ya dispersa entre centro de competencia, roles, obligaciones, funciones originales y transferidas, y transformada en su núcleo de valor a través de metamorfosis hermenéuticas continuas de la acción en omisión, de la omisión en acción y de la imprudencia en omisión; para proseguir con las dimensiones probabilísticas de una causalidad que, como es sabido, tiende a simplificarse en imputación por “incremento del riesgo”; en contraposición a estos aspectos materiales, en la vertiente subjetiva, se hallan las versiones objetivistas del dolo como riesgo, basado en “nuevos” parámetros de representación, o bien del dolo como suitas y culpa iuris en los delitos de conducta neutra y en los contextos más normativizados y necesitados de implementaciones de preceptos extrapenales, hasta las manifestaciones casi impudicamente impersonales de una imprudencia totalmente despsicologizada y normativizada, auténtico elemento objetivo, cuando no responsabilidad objetiva enmascarada”. *El derecho penal frente a los desafíos de la modernidad*. Lima: Ara, 2010, p. 41-42.

recorrer, sem uniformidade, à que lhe pareça mais conveniente diante do caso a regular. Ressalta, também, que o mesmo raciocínio de conveniência é feito pela jurisprudência, pois esta é formulada com o objetivo prático, tendo em vista a utilidade de determinada interpretação teórica para a resolução do caso⁴⁸⁸.

No âmbito das divergências doutrinárias está o permanente processo de atualização da dogmática penal e, naturalmente, os diferentes posicionamentos teóricos vão-se plasmando na reinterpretação dos elementos da parte geral do Direito penal. Isso não quer dizer que o processo de inovação teórica do Direito penal contemporâneo seja totalmente instrumentalizado em decorrência da produção normativa (muitas vezes assistemática), mas que o processo de expansão é incorporado por uma parcela da doutrina como uma condição inerente ao seu perfil de “sistema aberto”⁴⁸⁹.

São introduzidos novos elementos dogmáticos de interpretação do delito e se conferem novas finalidades à norma (prevenção, organização, etc.⁴⁹⁰). Os reflexos deste processo se fazem sentir não somente dentro dos marcos normativos, ou seja, das novas leis editadas, mas também a partir de modificações (ou atualizações, para alguns autores⁴⁹¹), na própria forma de pensar o Direito penal, seus limites e finalidades práticas, se comparamos à teoria do Direito penal que se formulava a partir dos anos 1960 e 1970.

3.2.1 Normativização

No sentido do que vimos apontando acima, podemos identificar como traço importante da dogmática penal contemporânea a *normativização*⁴⁹² dos conceitos, a desmaterialização dos conceitos tradicionais de delito, de imputação, e de relações de

⁴⁸⁸ *Consideraciones críticas sobre la situación espiritual de la ciencia jurídico-penal alemana*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1998, p. 49.

⁴⁸⁹ DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. *La racionalidad de las leyes penales*. Madrid: Trotta, 2003.

⁴⁹⁰ Cf. BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Crimes de perigo abstrato e principio da precaução na sociedade de risco*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007;

⁴⁹¹ Cf. POZUELO PÉREZ, Laura. Notas sobre la denominada ‘expansión del derecho penal’: un análisis al hilo de los delitos contra la ordenación del territorio. In: *Revista de derecho y proceso penal*, n. 15, 2006, p. 167-196.

⁴⁹² Sintetiza o autor: “la idea de normativización no puede limitarse a la Parte General, por el contrario, en la parte Especial – por mencionar sólo una de las ideas esbozadas –, los delitos contra las personas sólo pueden comprenderse como vulneraciones de derechos, es decir, como la vulneración del derecho a la vida o del derecho de propiedad [...]. Siempre es el derecho el que otorga a los datos del mundo aprehensible por los sentidos un significado jurídico – lo que parece ser un círculo -. Es el concepto de autonomía del Derecho”. JAKOBS, Günther. *Sobre la normativización de la dogmática jurídico-penal*. Madrid: Thomsom, Civitas, 2003, p. 42.

causalidade, que pode ser indicada como característica de uma vertente do pensamento funcionalista.

Esta virada provocada pelo funcionalismo na teoria do Direito penal, a princípio, propicia uma interpretação que se poderia dizer mais “segura” do Direito penal, menos subjetiva (ao ultrapassar alguns limites da imputação subjetiva no funcionalismo), e potencialmente limitadora da atribuição do delito ao acusado, e também restritiva à imposição de pena.

A objetividade de imputação buscada pelo funcionalismo exige uma construção mais normativizada dos tipos penais, buscando padrões *standard* de comportamento, conhecimento, cuidado, deveres, responsabilidades, risco etc. Sendo assim, haveria um reposicionamento do elemento subjetivo dos delitos⁴⁹³, menos focado no conhecimento efetivo do autor (e ainda menos nas intenções ou vontades subjetivas), e mais voltado para as capacidades, deveres de conhecimento, e cognoscibilidade⁴⁹⁴. Por este método, se dissipam as dificuldades probatórias do elemento volitivo, e diminui o recurso à prova indiciária como indicador da vontade do agente.

É possível indicar, com base nestes pressupostos, que a finalidade precípua desta redefinição normativa dos conceitos penais é dotar o Direito penal de maior previsibilidade e, assim, permitir uma interpretação restritiva por parte do julgador. Nesse sentido, traria benefícios em termos de previsão geral positiva, uma vez que não incrimina intenções e vontades, mas define os deveres de agir e omitir, e poderia indicar com mais segurança aos cidadãos quais seriam as fronteiras do agir ilícito.

Alguns autores, entretanto, denunciam o excesso de funcionalização⁴⁹⁵ do Direito penal, especialmente manejado pelos autores da tradição funcionalista que se convencionou chamar de “radical”, transformando-o em um instrumento ultra especializado⁴⁹⁶, que se poderia dizer de difícil captação pelos destinatários das normas.

⁴⁹³ CORCOY BIDASOLO, Mirentxu. *El delito imprudente, criterios de imputación del resultado*. Buenos Aires: B de F, 2005.

⁴⁹⁴ RAGUÉS Y VALLÉS, Ramón. *La ignorancia deliberada en Derecho penal*. Barcelona: Atelier, 2008.

⁴⁹⁵ MOCCIA, Sergio. De la tutela de bienes a la tutela de funciones: entre ilusiones postmodernas y reflejos iliberales. In: SILVA SÁNCHEZ, Jesus María (Org.) *Política criminal y nuevo derecho penal (Libro homenaje a Claus Roxin)*. Barcelona: Bosch, 1997, p. 112 y ss.

⁴⁹⁶ Cf. MUÑOZ CONDE, Francisco. El derecho penal y la protección de los derechos fundamentales a finales del siglo XX. In: *Derechos y libertades: Revista del Instituto Bartolomé de Casas*, ano 1, nº 2, 1993-1994, págs. 309-316.

Além desta dificuldade, a normativização exagerada do Direito penal⁴⁹⁷ estaria produzindo também o efeito inverso ao esperado pela doutrina funcionalista, qual seja, a ampliação das hipóteses de punição e imposição de pena, e a transformação do Direito penal, em alguns casos, em mero reforço da normativa administrativa.

O processo de funcionalização do Direito penal é destacado também por Hassemer, que observa como consequência deste fenômeno o excessivo recurso aos delitos de perigo abstrato, o fato de que objetivos de prevenção do risco tem superado os objetivos de resposta à lesão, especialmente sob a justificativa recorrente da necessidade política de solução de problemas. A frequência de uma legislação penal simbólica e o aumento de sanções de cunho pecuniário (confisco de bens, imposição de multas, etc.) também são vistos como característicos de um direito penal funcionalizado.

Contudo, o que mais preocupa o autor, neste contexto, é a recorrência de argumentações utilitárias de política criminal como resposta à opinião pública. E é justamente neste recurso ao respaldo político dado pelas demandas dos cidadãos que Hassemer e Muñoz Conde observam a tendência de crescente funcionalização do Direito penal nas próximas décadas⁴⁹⁸.

Podemos inferir que esta normativização também é uma característica do Direito penal em expansão⁴⁹⁹. Não somente pelas possibilidades que esta funcionalização abre ao Direito penal para tratar de lesões a bens jurídicos supra-individuais, mas também, e especialmente, por referir-se à entrada do Direito penal na regulação de áreas altamente especializadas⁵⁰⁰.

⁴⁹⁷ Nesse sentido, afirma SILVA SÁNCHEZ que “las teorías del delito que se construyen como teorías de la imputación son susceptibles de producir una normativización extrema”, ao que o autor propõe uma harmonização entre os critérios de teoria do delito como vulneração de uma norma de conduta, de fundo normativista, com as referencias sociais proveniente das teorías que interpretam o delito como norma de imputação. *Normas y acciones en Derecho penal*. Buenos Aires: Hammurabi, 2003, p.37.

⁴⁹⁸ Introducción a la criminología y al derecho penal. Valencia: Tirant lo Blanch, 1989, p. 173.

⁴⁹⁹ J. M. SILVA SÁNCHEZ e Raquel MONTANER indicam o Direito penal do meio ambiente como um dos principais campos de construção de tipos extremamente normativizados, e apontam para a dificuldade de determinação das condutas e concretização do bem jurídico tutelado nestes tipos: “[...] la escasa capacidad del bien jurídico protegido (medio ambiente) para guiar de modo significativo la interpretación de los tipos. Esta cuestión resulta especialmente trascendente si advertimos que el tipo básico tiene una *redacción claramente ‘normativista’, de modo que resulta imposible llegar a conclusión alguna sobre su alcance de la mano de sus elementos descriptivos*”. (*Los delitos contra el medio ambiente*. Barcelona: Atelier, 2012, p. 24, grifos nossos)

⁵⁰⁰ Poderíamos indicar aqui a proteção penal da propriedade intelectual, com a referência aos conceitos civil e mercantil de marcas e patentes, às leis de manipulação genética, de controle de delitos informáticos, incriminação de condutas empresariais de concorrência, regras de atuação meio-ambiental, etc.

A inclusão de elementos normativos nos tipos penais, e sua interpretação (seja por normas penais em branco, ou pelos contextos de aplicação), permitem a regulamentação penal de setores técnicos, rigorosamente regulados, e a constante referência às regras extrapenais para complementar o conteúdo da norma incriminadora. Por outro lado, há autores que sustentem que tais referências a conceitos provenientes de outras áreas jurídicas⁵⁰¹ acabam enfraquecendo as metas de prevenção geral, dada a difícil captação da norma pelo cidadão comum, a despeito das tentativas da doutrina para dotar de maior previsibilidade tipos com uma grande abrangência de condutas puníveis.

Conforme a premissa desta reflexão, interpretamos esta tendência dogmática do Direito penal contemporâneo não somente como uma alteração passiva, ou seja, como uma resposta técnica (idealmente neutra) às pressões externas de atualização e interpretação de preceitos tradicionais. Esta funcionalização pode ser interpretada também como uma resposta propositiva da própria ciência do Direito penal em favor de sua expansão, o que poderia significar uma demanda ampliativa desde dentro da doutrina do Direito penal, a partir do posicionamento científico de necessidade de maior intervenção por meio da pena, em virtude de novos contextos sociais criminógenos.

Este posicionamento por parte da doutrina, e que se reflete no debate legislativo⁵⁰², pressupõe uma opção acerca do que é o Direito penal, do quanto este pode ou deve ser ampliado para atender a tais demandas, quais objetivos deve perseguir e quais as barreiras até onde pode chegar sua proteção. Reflete, inclusive, os espaços que este pode furtar à tutela administrativa, incorporando ao conjunto de regras penais.

O debate doutrinal a que nos referimos encontra-se plasmado na constante oposição entre os autores partidários da expansão do Direito penal, e aqueles que postulam sua restrição ao mínimo de proteção aos bens jurídicos individuais (núcleo duro do Direito penal). As transformações da dogmática penal que apresentamos são um reflexo do Direito penal contemporâneo, e estão inseridas dentro do debate mais amplo acerca dos pressupostos da própria possibilidade de expansão deste ramo.

⁵⁰¹ Cf. BALDÓ LAVILA, Francisco. Observaciones metodológicas sobre la construcción de la teoría del delito. In: SILVA SANCHEZ, Jesús-Maria (Org.) *Política criminal y nuevo Derecho penal...*cit., p. 357 e ss.

⁵⁰² Reflete-se, como vimos, nas opções legislativas presentes no Projeto de Reforma do Código Penal, constantes em ampliar a criminalização dos delitos contra o consumidor, e incorporar no regime penal brasileiro todos os mandados de criminalização provenientes dos Tratados internacionais dos quais o Brasil é signatário.

3.2.2.Prevenção de riscos

Dentre os exemplos que podemos citar a respeito, podemos indicar o uso instrumental da pena para o controle de atividades de risco, em um contexto no qual as finalidades de conformação de fontes de perigo tem sido um recurso constante do Direito penal contemporâneo⁵⁰³. Sendo assim, a noção de risco transforma-se em um elemento central para a determinação do tipo, através das etapas de imputação objetiva e, como em algumas manifestações deste Direito penal em expansão, o que se vê é a tutela de condutas perigosas em si, independentemente da existência de um resultado ou perigo concreto⁵⁰⁴.

A tutela antecipada de determinados riscos pressiona a criação de normas que incriminem uma conduta não por ser intolerável em si mesma, mas pela alta probabilidade de que produzam consequências graves se, por acaso, somada a um conjunto de fatores perigosos não controláveis *ex ante*. O que se vê em alguns casos é a manipulação de conceitos abertos de risco para incluir na proteção da norma maiores possibilidades de cuidado ao bem jurídico.⁵⁰⁵

Nesse contexto, os objetivos que se atribuem às normas baseadas no risco chegam a mesclar finalidades de prevenção e precaução⁵⁰⁶, incluindo no Direito penal elementos de

⁵⁰³ “Não interessa ao gestor de riscos atuar após a ocorrência de lesão, mas antecipar-se a ela, diante da magnitude dos danos possíveis. Nestas circunstâncias, *a norma penal surge como um elemento de antecipação de tutela*, sob uma perspectiva que acentua o papel preventivo do direito.” BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Crimes de perigo abstrato...*cit., p. 118. Grifos nossos.

⁵⁰⁴ A este respeito, CORCOY BIDASOLO critica os efeitos que este excesso de normatização do Direito penal tem sobre o processo penal. Em sua percepção, a imputação objetiva esta convertendo-se em uma concepção geral normativa que dispensa a prova dos fatos, de imputação geral independentemente do que tenha dado causa ao resultado. (Imputación objetiva y principio de lesividad. In: *Revista Argentina de Derecho Penal y Procesal Penal*. 2011, p. 6 e ss.)CORCOY BIDASOLO, Mirentxu. Imputación objetiva y principio de lesividad. In: *Revista Argentina de Derecho Penal y Procesal Penal* - Universidad Austral, 2011. Disponível em: http://www.ijeditores.com.ar/abm_news_publicacion.php?idpublicacion=18&idediccion=83. Acesso em 15.10.2012.

⁵⁰⁵ “en sentido estricto, el significado de ‘principio de precaución’ no debe confundirse con el de términos como ‘precaución’ o ‘prevención’. En primer lugar, por que si bien un particular puede adoptar medidas de cautela frente a, por ejemplo, posibles danos al medio ambiente, ejercitar el principio de precaución es algo atribuido en exclusiva a los poderes públicos. En segundo lugar, por la funcionalidad propia del principio de precaución. En efecto, sobre la base de este principio se habilita a las autoridades publicas – normalmente la Administración – para la toma de decisiones relativas al control del riesgo en situaciones de incertidumbre científica.[...] por tanto, es evidente que los efectos del principio de precaución son de carácter restrictivo y gravoso, excepcionando la aplicación del régimen jurídico vigente.” SILVA SÁNCHEZ, Jesus Maria; MONTANER, Raquel. *Los delitos contra el medio ambiente...*cit., p. 24, grifos nossos.

⁵⁰⁶ Cf. CORCOY BIDASOLO, Mirentxu. *Delitos de peligro y protección de bienes jurídico-penales supraindividuales: nuevas formas de delincuencia y reinterpretación de tipos penales clásicos*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1999 e BOTTINI, op. cit.

probabilidade estatística desvinculada da existência de resultado de perigo ou de lesão ao bem jurídico. Vale ressaltar, neste aspecto, que a despeito da divergência doutrinária a respeito da legitimidade de proteção de riscos estatísticos, ou de delitos por acumulação, esta pode ser indicada como um impulso à expansão do Direito penal⁵⁰⁷ para fronteiras muito próximas às normas administrativas.

Regras penais, com conteúdo e racionalidade administrativas, passam a definir as possibilidades de imposição de penas privativas de liberdade. Estas construções refletem, com pouca margem de dúvida, o posicionamento de uma legislação e doutrina que, explícita ou veladamente, adotaram a expansão do Direito penal como realidade irreversível.

Com o objetivo de tutela do risco, ganha mais importância também a delimitação das condutas imprudentes. Tradicionalmente fundamentada nas noções de negligência ou imperícia, a objetivização da imprudência passa a incorporar elementos normativos de deveres especiais de cuidado, controle de fontes de perigo e concorrência de riscos. Em muitos casos, esta interpretação normativa do delito imprudente aproxima os casos de culpa consciente e dolo eventual, e permite considerar culpa grave o que tradicionalmente se descrevia como culpa leve⁵⁰⁸. A normatização dos tipos de imprudência, nesse sentido, permite uma interpretação ampliadora do Direito penal, e pode ser verificada especialmente nas áreas de proteção de bens jurídicos coletivos, como o meio ambiente, tráfico viário.

Dentro das modernas formulações da imprudência, as regras administrativas funcionam como parâmetros objetivos de normas de cuidado, que informarão a responsabilidade por imprudência e, em alguns casos (como a tutela do meio ambiente e das relações de consumo), a norma penal representará a aplicação de uma pena, a título de culpa, pelo descumprimento de uma regra técnica de cuidado⁵⁰⁹.

⁵⁰⁷ Sem que se tenha que recorrer as causas suscitadas pela doutrina, de sociedade de riscos, etc., o que se põe em evidência aqui é esse processo de transformação no contexto de um Direito penal em expansão.

⁵⁰⁸ Cf. CORCOY BIDASOLO, Mirentxu. Concepto dogmático y jurisprudencial de dolo. Su creciente aproximación a la imprudencia en nuestra jurisprudencia. In: *Revista de doctrina y jurisprudencia penal*. Bogotá: Universidad de los Andes, a. 2., n. 4, p. 1-26, 2011.

⁵⁰⁹ Cf. CORCOY BIDASOLO, Mirentxu. *El delito imprudente: criterios de imputación del resultado*. Buenos Aires: B de F, 2005.

Mais uma vez, verifica-se como a moderna dogmática de imputação no Direito penal caminha para a dissolução das fronteiras entre este ramo e o Direito administrativo, e para as possibilidades de ampliação do recurso à pena privativa de liberdade como reforço da normativa acessória. As regras de imputação formuladas por tal dogmática poderiam, sugestivamente, ser redirecionadas para a conformação de um Direito sancionador alternativo ao penal.

Para Donini, a flexibilização das categorias de imputação não é um mal sempre, e poderia ser positivamente aproveitada pelo Direito penal quando interpretada no âmbito da punibilidade, ou seja, flexibilizando hipóteses de imposição de pena através da conciliação, reparação do dano, negociação em fase de aplicação da pena, etc. A flexibilização é negativa, para o autor, quando se substitui a causalidade pelo aumento do risco, quando se transforma um delito de resultado em delito de perigo, ou quando se prescinde da verificação do nexo causal⁵¹⁰.

3.2.3 Posições de garantia

Outro aspecto que pode inserido neste movimento de expansão do Direito penal, no que se refere à teoria do delito é a discussão atual em torno da omissão. As circunstâncias ou relações criadoras do dever de garantia também já não se limitam aos critérios materiais inicialmente propostos por Arminn Kauffmann, de modo que os papéis de garante também vêm ampliando suas barreiras.

Segundo o mencionado autor, os deveres de garantia de um sujeito não estariam delimitados de acordo com a teoria contratualista⁵¹¹, mas sim de acordo com as funções desempenhadas por um determinado sujeito na situação concreta de lesão ao bem

⁵¹⁰ *El derecho penal frente a los desafíos...* cit., p. 372.

⁵¹¹ De acordo com a teorias tradicionais da omissão, o papel de garante é fundado na existência de uma lei, contrato, ou atuar precedente. Nesta perspectiva, a existência de uma relação jurídica é suficiente para colocar determinado sujeito na posição de garante de outro, independentemente das circunstancias materiais de realização dos fatos. Assim, a relação de pais e filhos, babás, enfermeiros e empregadores, educadores e alunos, seria suficiente para justificar a reponsabilidade por omissão na ocorrência de um evento lesivo, mesmo que não houvesse relação de convivência (no caso de familiares), ou situação de proximidade real com o bem jurídico protegido. MIR PUIG, Santiago. *Derecho penal, parte general*. Barcelona: Repertor, 2011.

jurídico⁵¹². Assim, fundamenta a posição de garante na relação funcional, materialmente existente entre o sujeito e o bem jurídico, de maneira que não bastaria qualquer dever jurídico específico para criar o dever de atuar⁵¹³.

Sem pretender entrar na intrincada discussão doutrinária acerca dos limites dos delitos omissivos, podemos indicar que a tradição limitadora dos deveres de garantia, conforme proposto por autores mais próximos à escola finalista, depara-se atualmente com um importante setor doutrinário que pretende reformular os deveres de garantia sobre outras bases, mais normativistas, e em muitas hipóteses ampliadora dos deveres de garantia⁵¹⁴.

Sendo assim, a tendência de objetivização das esferas do Direito penal, conforme indicamos brevemente acima, também produz seus efeitos na teoria da omissão. A responsabilidade por ingerência, como atualização da teoria do atuar precedente, cria novos deveres de garantia, especialmente a partir teoria de Jakobs⁵¹⁵. Conforme este autor, algumas posições de garantia são estabelecidas *a priori*, por razões institucionais, ou seja, pela função que determinado indivíduo ocupa na sociedade (como, por exemplo, um médico em relação aos pacientes de um hospital).⁵¹⁶

A responsabilidade por ingerência, conforme postulada por Jakobs amplia os deveres de garantia de cada indivíduo, o número de pessoas responsáveis por evitar o mesmo resultado, e permite imputar um delito por omissão quando não se possa identificar a responsabilidade direta por comissão ativa. Os exemplos tradicionais – o motorista que causa um acidente de trânsito, alguém que atira na água um outro que não sabe nadar – não mais abarcam as inúmeras possibilidades de responsabilidade por ingerência, que se

⁵¹² Cf. KAUFMANN, Armin. *Dogmática de los delitos e omisión*. Madrid: Marcial Pons, 2006.

⁵¹³ ROXIN, Claus. *Autoría y dominio del hecho em Derecho penal*. Madrid: Marcial Pons, 2000, p. 497 e ss. Cf. PASCHOAL, Janaina Conceição. *Ingerência indevida – os crimes comissivos por omissão e o controle pela punição do não fazer*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2011.

⁵¹⁴ Cf. LAMAS LEITE, Andre. *As “posições de garantia” na omissão impura*. Coimbra: Coimbra Editora, 2007.

⁵¹⁵ Cf. JAKOBS, Günther. *Injerencia y dominio del hecho: dos estudios sobre la parte general del Derecho penal*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2001.

⁵¹⁶ Santiago Mir Puig refuta esta proposta partindo do mesmo exemplo, e afirma que um medico somente se torna garante em relação à um paciente quando assume responsabilidade por este, ou seja, quando afasta a possibilidade de que outros médicos intervenham para sua salvação. MIR PUIG, op. cit., p. 330.

concentram especialmente no âmbito econômico e empresarial, quando exista delegação de funções, infrações de deveres de cuidado⁵¹⁷.

3.2.4 Ampliação de sujeitos puníveis

No contexto de expansão do Direito penal, a responsabilidade de pessoas jurídicas, ou a responsabilidade no contexto de organizações empresariais, levam a doutrina também a repensar os fundamentos da responsabilização por autoria, co-autoria e participação⁵¹⁸, a fim de permitir a responsabilização de sujeitos que, segundo as teorias tradicionais de imputação, não seriam alcançadas pela norma penal. É no âmbito da responsabilidade empresarial onde, como já mencionado anteriormente, podemos verificar os maiores saltos quantitativos na produção de normas penais e, ainda, a criação de novas hipóteses de imputação pelo delito⁵¹⁹.

As transformações da dogmática que passamos a tratar, assim, podem ter sua origem ou principal aplicação no contexto dos delitos econômicos, mas vale ressaltar que, uma vez elaboradas, incorporam-se ao leque de ferramentas disponíveis para o intérprete do Direito penal, e também para o legislador. Assim, uma vez presentes estas novas técnicas de imputação, é plenamente factível que sejam ampliadas para todas as classes de delitos, ampliando o número de sujeitos responsáveis pelo delito, alcançados por meio de novas técnicas de imputação.

No campo da autoria e participação, muitas são as teorias desenvolvidas pela doutrina para determinar as possibilidades de atribuição de responsabilidade a quem não realiza o tipo penal, ou seja, aquele que não executa diretamente nenhum verbo típico, mas que está direta ou indiretamente envolvido na sua realização.

As categorias de autoria e participação vem sendo revisadas, a partir de pressupostos normativistas, e especialmente para atender às dificuldades de imputação de delitos cometidos em estruturas organizadas. Segundo Robles Planas, não prepondera mais

⁵¹⁷ MONTANER, Raquel. *Gestión empresarial y atribución de responsabilidad penal: a proposito de la gestión medioambiental*. Barcelona: Atelier, 2008.

⁵¹⁸ Cf. GRACIA MARTÍN, Luis. *El actuar en lugar de otro en Derecho penal*. Zaragoza: Prensa Universitaria, 1986.

⁵¹⁹ Afirmam Hassemer e Muñoz Conde que no Direito penal contemporâneo há uma clara desformalização dos pressupostos de imputação. *Responsabilidad por el producto...* cit., p. 123.

o domínio de fato, e sim a perspectiva de dever, juntamente às esferas jurídicas de competência, como delimitadora dos deveres normativos⁵²⁰. E segundo o autor, seria esta combinação entre dever e esfera de competências o critério de delimitação de autoria e participação que atualmente vem aportando resultados mais significativos para a evolução do tratamento destas matérias.

Neste contexto, a problemática das condutas neutras⁵²¹ adquire relevância como intento de delimitar o âmbito de pessoas supostamente intervenientes no delito⁵²². As chamadas condutas neutras são pensadas no marco da teoria da imputação objetiva, a fim de delimitar quando há ou não participação punível por um fato delitivo. No contexto da teoria finalista, a responsabilidade do partícipe resumia-se ao nexo de causalidade juntamente com o conhecimento, atribuindo de certa forma uma interpretação psicologizada, ontológica, acerca da intenção do partícipe em contribuir com o delito alheio.

A teoria da responsabilidade institucional de Jakobs – em virtude do rol social ocupado pelo cidadão - em que pese a grande quantidade de críticas que recebe da doutrina, é um exemplo importante da tendência que mencionamos acima, e que cremos também significativa no contexto de expansão do Direito penal: uma teoria nascida para restringir as possibilidades de imputação, como bem se delineia com a teoria das ações neutras, acaba por configurar-se como um mecanismo de *ampliação* da norma penal, na medida em que pode consistir numa interpretação mais ampla de quais são os deveres institucionais, os rols de responsabilidade, etc.

⁵²⁰ Sustenta Robles Planas que: “La relación de sentido o conexión mínima necesaria entre dos conductas para poder afirmar *la existencia de intervención es una relación de carácter normativo*. Para su establecimiento es necesario proceder a una valoración del contexto en el que tenga lugar la eventual conducta de intervención. En muchos supuestos, el propio ordenamiento jurídico establece normas cuya finalidad es la de evitar que determinadas conductas pasen a formar parte de proyectos delictivos ajenos. La *infracción de tales deberes*, junto a otros requisitos, nos permitirá construir un primer grupo de casos en los que poder afirmar la existencia de intervención en el delito.”. ROBLES PLANAS, Ricardo. *La participación en el delito: fundamento y límites*. Barcelona: Marcial Pons, 2003, p. 291, grifos nossos.

⁵²¹ Por todos, Cf. RASSI, João Daniel. *Imputação das ações neutras e o dever de solidariedade no Direito penal brasileiro*. 2012. Tese (Doutorado em Direito Penal). Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012 e GRECO, Luis. *Cumplicidade através de ações neutras. A imputação objetiva na participação*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

⁵²² O problema das ações neutras é proposto pela primeira vez por Jakobs, quando busca delimitar os rols de responsabilidade, de deveres e direitos de sujeitos que ocupem determinada posição juridicamente definida em sociedade. A ideia de Jakobs caminha no sentido de fazer coincidir o âmbito de responsabilidade do sujeito a partir do rol assumido dentro da estrutura social. Conforme tais princípios, não poderia ser punível qualquer participação causal consciente no curso do delito, se a ação que pratica o sujeito formava parte de seu rol, de modo que não seriam bastantes somente causalidade e conhecimento para atribuir a responsabilidade penal. Cf. ROBLES PLANAS, Ricardo. *La participación en el delito: fundamento y límites...cit.*, p. 24 e ss.

A mesma crítica poderia ser tecida em relação à contribuição de Ricardo Robles sobre a teoria da participação, pois ainda que a teoria do autor seja, desde o início, voltada para a restrição da responsabilidade por condutas neutras, pela inadequação das teses finalistas, conclui que existe uma reprovabilidade, um injusto, próprio do partícipe, que não depende da punição do autor (contrariamente à teoria tradicional de acessoriedade limitada da participação).

Na esteira do que mencionamos, assim, a contribuição de Robles ao debate, em que pese a orientação predominantemente restritiva por parte do autor, permite sua instrumentalização para abarcar muito mais casos de responsabilidade do partícipe, especialmente quando se tratam de delitos especiais, característicos no contexto da delinquência econômica, ao não exigir que o partícipe reúna as características especiais de autoria para ser responsável pelo delito.⁵²³

Roxin também aporta uma importante contribuição para a teoria da autoria e participação, ao analisar a atribuição de responsabilidades no contexto de criminalidade organizada. O autor atualiza a doutrina da autoria mediata nas hipóteses do que define como “aparatos organizados de poder”⁵²⁴, segundo a qual quem detém o domínio da organização pode ser responsabilizado pelo delito, ainda que este tenha sido praticado por sujeito autorresponsável⁵²⁵. Tal tese não suscitaria maiores problemas se se mantivesse restrita à casos isolados, de efetiva existência de uma rede criminoso de relevo. Contudo, vem sendo hoje estendida para a aplicação no contexto da delinquência empresarial, como mecanismo de responsabilização dos corpos diretivos da empresa, em virtude do cargo que ocupam.

Esta nova forma de responsabilidade por autoria mediata foi ampliada, por uma parcela da doutrina, para todas as organizações, *a priori* lícitas ou ilícitas, sempre que estas sejam meio para o cometimento de um delito. Dessa forma, o delito (econômico,

⁵²³ BOLEA BARDON, Carolina. Tendências sobre autoría y participación en el ámbito de la criminalidad empresarial. In: LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel (Org.). *Derecho penal del estado social y democrático del derecho*. Madrid: La Ley, 2010, p. 755-76. Cf. especialmente p. 770 e ss.

⁵²⁴ Idealizada pelo autor para os casos de julgamentos dos delitos de genocídio praticados durante a época nazista, ou dos homicídios levados a cabo pelos oficiais que patrulhavam o muro de Berlim, a teoria acabou sendo estendida para outros grupos de casos, menos graves, e viu ampliada sua aplicação pelos tribunais. ROXIN, Claus. *Autoría y dominio del hecho em Derecho penal*. Madrid: Marcial Pons, 2000, p. 269 e ss.

⁵²⁵ A autoria por aparatos organizados de poder requer três elementos: que aquele que pratica o delito seja autorresponsável, (ou seja, não se trata da tradicional instrumentalização de um inimputável, característica da autoria mediata), que este sujeito seja fungível, ou seja, que a execução do delito seria levada a cabo por ele ou qualquer outro em seu lugar, e que a ordem seja proveniente de alguém que possua o

ambiental, societário) praticado por funcionários de uma empresa em benefício desta, poderia ser atribuído a todos os responsáveis pela cadeia hierárquica na qual foi praticado o delito⁵²⁶.

Também a concepção de autoria de Mir Puig, a pertinência do fato (*pertenencia del hecho*), tem a consequência prática de permitir a ampliação dos casos em que se pode reconhecer a autoria mediata, mesmo nos casos de delitos de conduta determinada, ou quando o autor imediato não reúna as características especiais do tipo⁵²⁷. Alguns autores, seguindo esta hipótese, aplicam os pressupostos de autoria mediata no contexto de Direito penal de empresa, ampliando sensivelmente as possibilidades de punição de administradores pelos atos praticados pelos seus subordinados, sem matizar as características especiais dos funcionários, sempre que haja pertinência dos fatos aos administradores e órgãos colegiados de decisão⁵²⁸.

Hassemer e Muñoz Conde tecem incisivas críticas a este modelo de imputação de responsabilidade, como incompatível com a teoria do domínio do fato, pois não tem mais o sujeito agente como ponto de partida da imputação penal, mas sim o responsável da direção dos fatos dentro da empresa, como uma forma de trasladar critérios derivados do Direito societário para o penal⁵²⁹.

Como referido nas páginas anteriores, podemos identificar no tratamento penal da criminalidade econômica a maior concentração de reestruturações da teoria do delito, num contexto de crescente intervenção do Direito penal na atividade empresarial. Assim, como podemos brevemente apontar, as novas fórmulas de interpretação de autoria e participação, e de definição do elemento subjetivo do delito (dever e cognoscibilidade como dolo) são majoritariamente voltadas para a interpretação de delitos praticados por empresas, ou dentro da própria empresa.

⁵²⁶ Cabe registrar aqui a crítica, por exemplo, de ZAFFARONI, dentre outros, que desde uma perspectiva de política criminal aponta para os riscos de ampliação deste raciocínio em abstrato, uma vez que nem sempre o homem “detrás” é o autor. Cf. *Derecho Penal, Parte General*, Ediar: Buenos Aires, 2000, p. 745 e ss. No mesmo sentido, CORCOY BIDASOLO indica a necessidade de se provar relações de causalidade entre os supostos autores e a execução material do delito, para que a responsabilidade penal não seja objetiva. A autora sustenta, todavia, que muitos delitos de perigo abstrato são em realidade infrações imprudentes não seguidas de resultado. Cf. *Imputación objetiva y principio de lesividad...cit.*, p. 17.

⁵²⁷ MIR PUIG, Santiago. *Derecho penal, parte general*. Barcelona: Reppertor, 2011, p. 395.

⁵²⁸ Cf. FERNÁNDEZ BAUTISTA, Silvia. *El Administrador de hecho y de derecho: aproximación a los delitos con restricciones en sede de autoría*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2007.

⁵²⁹ *La responsabilidad por el producto...* cit., p. 179.

Esta ampliação de critérios de imputação, como mencionamos, traz consigo o risco de sua generalização como parâmetro interpretativo, autonomizando-se de seu propósito original de criação (como ocorre atualmente com a teoria de responsabilidade por organização de Roxin) e consolidando determinadas interpretações ampliativas do tipo penal.

É interessante ressaltar, todavia, que algumas teses delineadas especificamente para restringir as possibilidades punição, no contexto da criminalidade econômica, são tidas como de aplicação exclusiva neste contexto, o que nos parece em alguma medida contraditório. Por exemplo, recentes propostas para o tratamento do erro de proibição e de tipo⁵³⁰, no contexto empresarial, podem servir como amostra para o que afirmamos.

A doutrina mais especializada na interpretação de delitos econômicos vem sustentando que determinados erros de proibição sejam tratados como erro de tipo, dadas as complexas referências normativas complementares de normas penais em branco, ou a divergência de interpretação de elementos normativos quando referentes à outras áreas do Direito onde tampouco são definidos consensualmente⁵³¹.

Assim, reduzem-se as hipóteses de erro de proibição, que sempre implicarão a reprovabilidade, ainda que diminuída, do delito, em favor de uma interpretação mais abrangente das hipóteses de erro de tipo que, quando invencível, determinará a não imposição de pena pela atipicidade da conduta, em um tratamento muito mais benéfico para o autor. Esta questão é especialmente relevante nos delitos contra a Fazenda Pública, se consideramos que o erro sobre as obrigações tributárias, se invencível, afasta a tipicidade do delito fiscal⁵³².

Como já ressaltamos acima, insistimos no argumento de que muitas destas teorias são criadas especialmente com um fim de restringir a aplicação da norma, especialmente as

⁵³⁰ MARTÍNEZ-BUJAN PEREZ, Carlos. *Derecho penal económico y de la empresa, Parte General*. Valencia: Tirant lo Blach, 2011, p. 373. Menciona o autor: “En efecto, en materia de error se plantea una de las cuestiones de mayor relieve, que permite poner de manifiesto la especificidad de las normas del Derecho penal socioeconómico y que, consecuentemente, atestigua la necesidad de reformular las tesis y conclusiones que tradicionalmente se han venido sustentando en relación con los delitos pertenecientes al denominado Derecho penal nuclear”.

⁵³¹ Poderíamos mencionar, aqui, por exemplo, os conceitos de modelo de utilidade, etc, dos delitos contra a propriedade intelectual.

⁵³² Esta posição é relativizada por Roxin quando trata dos “elementos de valoração global do fato”, distinguindo, dentro do erro sobre elementos normativos do tipo o erro sobre a norma e o erro sobre o fato que decorre da norma. Cf. ROXIN, Claus. *Derecho penal, parte general*. Madrid: Civitas, 2007, §12.

teorias do erro, e de limites da imprudência, mas não se pode deixar de observar que uma vez formulada, a teoria ganha vida própria e pode ser utilizada justamente para fins opostos aos que foi projetada.

Contudo, o que não nos parece razoável, é que uma formula de interpretação restritiva do tipo penal, quando de fato contribui para este fim, deva manter-se restrita a um só âmbito legislativo, os delitos econômicos, e não estendida como regra geral de interpretação⁵³³, como propõe parcela da doutrina⁵³⁴.

Neste sentido, a própria doutrina do Direito penal traça os critérios para um Direito penal de classe, específico para a seara econômica, nos moldes das tão criticadas proposições de Hassemer. O faz, contudo, através do recurso à interpretação de regras da parte geral, sem evidenciar esta tomada de posição característica dos escritos de Hassemer e Muñoz Conde.

Um dos poucos autores que se contrapõem a esta conclusão é Gracia Martín⁵³⁵, que postula uma teoria única de Parte Geral do Direito penal, com todas as consequências que seu modelo, já mencionado, traz para o acréscimo das possibilidades de expansão desta área.

É importante mencionar aqui que este breve recorrido visa situar a relevância e contemporaneidade da discussão sobre alternativas à expansão penal, e busca indicar que este fenômeno é mais que o aumento no número de leis. Nesse sentido, tem também como objetivo apontar que a incorporação de determinado modelo de crítica, ou de conformidade com a expansão do Direito penal, tem um reflexo prático, importante na conformação do Direito penal como um todo (desde a teoria do delito até a concepção de leis especiais criminalizando condutas administrativas)⁵³⁶.

⁵³³ Afirma, nesse sentido, Martínez Buján: “Cabe destacar, ante todo, la vía que parece más lógica, o sea, la de ofrecer reglas diferentes para el error sobre la prohibición según se trata del Derecho penal nuclear o de un Derecho penal accesorio como es el socioeconómico” MARTÍNEZ-BUJAN PEREZ, Carlos. *Derecho penal económico...*cit., p. 377.

⁵³⁴ TIEDEMAN, Klaus. *Manual de Derecho penal económico, parte general y especial*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2010. MUÑOZ CONDE, Francisco. *Derecho penal, parte general*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2010

⁵³⁵ Cf. *Estudios de Derecho penal*. Lima: Idemsa, 2004.

⁵³⁶ Isso significa, por exemplo, que a crítica aos crimes de perigo abstrato (para citar apenas um dentre os inúmeros problemas da legislação penal atual) não pode prescindir de uma reflexão sobre os espaços possíveis de intervenção penal, e sobre o debate que está por detrás desta possibilidade de expansão. Do mesmo modo, a adoção de um discurso de resistência à expansão (característico da “Escola de Frankfurt”) ou a aceitação deste fenômeno como dado para os estudiosos do Direito penal (restando adequá-lo aos

Por fim, não nos parece totalmente desarrazoado imaginar que as modernas teorias de imputação aqui descritas, bem como as soluções dogmáticas relacionadas à reponsabilidade no Direito penal de empresa, poderiam integrar a racionalidade própria de um Direito penal alternativo, de intervenção, ou mesmo administrativo sancionador, de modo que somente as condutas de comprovado resultado e lesividade restassem previstas nos Códigos penais.

A dificuldade da doutrina em encontrar consensos sobre a responsabilidade nas referidas estruturas organizadas, ou sobre os critérios de garantia, podem representar um indício de que o Direito penal não é a fonte adequada de solução destes problemas.

3.3 Flexibilização dos princípios de interpretação do Direito penal

Podemos identificar que as demandas de permeabilidade do Direito penal aos elementos de política criminal, centradas na relevância das ciências sociais e da criminologia para a formulação de leis, característica dos novos juristas alemães que participaram da redação do “Projeto Alternativo”, são hoje vistas com alguma reserva por uma parcela da doutrina contemporânea. Pois o impulso limitador das ciências sociais e da teoria do bem jurídico pode ver-se instrumentalizado pelas demandas por criminalização, uma vez que suas razões servem de fundamentação para a criação de novos tipos, sob a bandeira da necessidade social ou da desproteção do bem jurídico⁵³⁷.

O bem jurídico (especialmente a categoria de bens jurídicos coletivos) é o principal objeto de preocupação da doutrina, tendo-se em vista a amplitude que confere aos novos tipos penais e à crescente exiguidade de seu poder limitador da criminalização. Conforme interpreta Hassemer, a proteção de bens jurídicos passa de um critério negativo para um critério positivo de criminalização. Deixa de servir como crítica à legitimidade de determinado tipo penal para transformar-se em um desafio para o legislador de como

princípios constitucionais) encontra reflexos na própria criação do Direito penal contemporâneo, daí a pertinência de um recorrido sobre alguns aspectos problemáticos da teoria do Direito penal nas páginas que seguem.

⁵³⁷Cf. HEFENDEHL, Roland. Las jornadas desde la perspectiva de un partidário del bien jurídico. In: HEFENDEHL, Roland (Org.). *La teoría del bien jurídico: fundamento de legitimación penal o juego de abalorios dogmático?* Madrid: Marcial Pons, 2007.

abarcam alguns modos de conduta sob uma pena e modifica, de modo sub-reptício, o princípio da proteção dos bens jurídicos em sua função⁵³⁸.

Para uma parcela da doutrina, isso não significa que se tenha que abandonar a enorme importância que as ciências sociais e a criminologia têm para a formulação do Direito penal, mas sim que suas aportações devem ser matizadas pelos próprios penalistas, a partir de uma racionalidade que seja própria do Direito penal⁵³⁹. Com isso, o que pretende essa reflexão doutrinária é conduzir as modificações no Direito penal, que são trazidas a este pelas mãos dos criminólogos e, a partir do diagnóstico empírico de determinado setor social, produzir valorações sobre estes dados e direcionar as normas ao *dever ser*.

Este processo, naturalmente, é condicionado pela visão que determinado grupo doutrinário tenha a respeito dos fins do Direito penal. Em outras palavras, este *dever ser* pode ser tanto mais punitivo ou não, mas definitivamente estará inserido dentro de um programa maior, de uma concepção sistemática de Direito penal⁵⁴⁰.

3.3.1 Princípio de proporcionalidade

Verificamos ainda, como um processo de modificação dos critérios de aplicação dos princípios constitucionais, o modo como o princípio da proporcionalidade vem sendo ampliado, não mais para restringir o alcance das penas, mas para ampliar o alcance das condutas puníveis⁵⁴¹. A proporcionalidade é definida nos seguintes termos por Lênio Streck:

Trata-se de entender, assim, que a proporcionalidade possui uma dupla face: de proteção positiva e de proteção das omissões estatais. Ou seja, a inconstitucionalidade pode ser decorrente de excesso do Estado, caso em que determinado ato é desarrazoado, resultando desproporcional o resultado do sopesamento entre fins e meios; de outro, a inconstitucionalidade pode advir de proteção insuficiente de um direito

⁵³⁸ Características e crise do moderno Direito penal. In: *Revista Síntese de Direito penal e Processual Penal*, ano III, n. 18, fev-mar 2003, p. 144-157 (especialmente p. 148).

⁵³⁹ SILVA SÁNCHEZ, J. M. *Aproximación al derecho penal...* cit., p. 154 e ss.

⁵⁴⁰ Esta incorporação da criminologia do Direito penal é tratada por Hassemer como um giro do Direito penal orientado aos princípios para o Direito penal orientado às consequências. (Líneas de desarrollo del Derecho penal alemán desde la época de posguerra hasta la actualidad. In: *Estudios penales en homenaje a Henrique Gimbernat*, tomo I. Madrid: Edisofer, 2008).

⁵⁴¹ SAAD DINIZ, Eduardo. *Reglas de proporcionalidad y oportunidad en la interpretación penal*. Mimeo, 2012.

fundamental social, como ocorre quando o Estado abre mão do uso de determinadas sanções penais ou administrativas para proteger determinados bens jurídicos⁵⁴².

Pelo critério de proibição da proteção deficiente, o princípio da proporcionalidade passa a fundamentar a necessidade, por exemplo, de penas mais altas para determinados delitos, tendo em vista a relevância do bem jurídico protegido. Este critério, inclusive, vem sendo adotado pelas decisões do Supremo Tribunal Federal, para deixar de interpretar restritivamente determinadas normas penais⁵⁴³.

3.3.2 Racionalidade administrativa

O processo de expansão do Direito penal, nesse sentido, e como já tivemos oportunidade de mencionar, não se restringe à criação de novas leis, e estende-se também à criação doutrinária e jurisprudencial. Segundo Jaime Alonso, além das mencionadas áreas de expansão penal, especialmente as destacadas por Silva Sánchez, há uma nova racionalidade de julgamento pelos magistrados (como percebido no mencionado posicionamento do STF sobre o princípio de proporcionalidade) e pelos órgãos técnicos da Administração Pública⁵⁴⁴.

Segundo Alonso, em decorrência do processo de administrativização do Direito penal, os órgãos administrativos encarregados do setor regulado que se transpassa do Direito penal pelas normas em branco adquirem uma importância significativa no resultado do processo, por duas principais razões. A primeira delas é o fato de que muitas vezes são os próprios órgãos administrativos que, em decorrência de fiscalizações e procedimentos sancionatórios, promovem a instauração de investigações criminais. A segunda razão reside na crescente incorporação ao Direito penal de normas acessórias ao Direito

⁵⁴² A dupla face do princípio da proporcionalidade: da proibição de excesso (Übermassverbot) à proibição de proteção deficiente (Untermassverbot) ou de como não há blindagem contra normas penais inconstitucionais. In: *Revista da Ajuris*, ano 32, n. 97, 2005, p. 180 apud RE 418.376-5/MS.

⁵⁴³ Conforme o voto do Ministro Gilmar Mendes nos autos do Recurso Extraordinário nº418.376-5/MS, Tribunal Pleno, j. 09.02.2006. “A proibição de proteção insuficiente adquire importância na aplicação dos direitos fundamentais de proteção, ou seja, na perspectiva do dever de proteção, que se consubstancia naqueles casos em que o Estado não pode abrir mão da proteção do Direito penal para garantir a proteção de um direito fundamental”.

⁵⁴⁴ ALONSO, Jaime. Errores y sesgos cognitivos en la expansión del Derecho penal. In: DÍAZ-MAROTO y VILAREJO Julio (Org.). *Derecho penal y justicia penal en el siglo XXI: liber amicorum en homenaje al Profesor Antonio Gonzáles-Cuéllar García*. Madrid: Colex, 2006, p. 33.

administrativo, que exigem para a comprovação do delito a existência de laudos técnicos, perícias, e assessoramento de órgãos técnicos ou peritos no curso do processo.

Nesse sentido, os funcionários da administração pública adquirem um protagonismo no procedimento criminal, influenciando a tomada de decisão dos magistrados, que não se sentiriam suficientemente preparados para julgar casos envolvendo complexas normas técnicas extra-penais, e acabam por acolher os posicionamentos dos auxiliares técnicos.

Tal cenário influenciaria também na racionalidade processual, dado que a própria complexidade da normativa extra-penal retira os elementos valorativos do processo, convertendo a instrução e convencimento do juiz em etapas de comprovação de questões fáticas, constatáveis por meio de prova técnica⁵⁴⁵.

No mesmo sentido, Silva Sánchez, ao tratar da força das normativas comunitárias europeias sobre a expansão do Direito penal dos países membros, critica a sua tríplice vertente administrativa: primeiro porque são órgãos tecnocráticos, e não democráticos, que exercem pressão sobre a criação de tipos penais, segundo, porque as normas, especialmente referentes ao direito penal econômico, são motivadas por déficits arrecadatários percebidos no seio da integração econômica, e por terceiro, porque tomam como fato a existência de um direito administrativo sancionador europeu. Tais medidas caracterizam uma espécie de Direito penal administrativo (Direito penal de autoproteção administrativa, no termo cunhado por Silva Sánchez)⁵⁴⁶.

Dentro deste contexto, intensificam-se as discussões acerca da legitimidade e necessidade do Direito penal, da capacidade do Direito administrativo em conter situações de perigo, e da possibilidade de que princípios constitucionais de subsidiariedade, fragmentariedade e intervenção mínima sejam questionados a partir de noções de eficiência e utilidade.

⁵⁴⁵ Segundo o autor, haveria um desvio cognitivo de fundamentação do processo, tendo em vista que as providências anteriores ao processo penal são tomadas por funcionários públicos supostamente neutros. Some-se a isso o fato de que há também o desvio cognitivo de grupo, que pode fazer com que o juiz valora de forma preferente os argumentos oferecidos pelos funcionários, pois o Juiz não deixa de ser um funcionário mais. ALONSO, Jaim. Errores y sesgos cognitivos en la expansión del Derecho penal...cit., p. 42.

⁵⁴⁶ „...la estructura es el paradigma de una infracción administrativa a la que por puras razones disuasorias se impone una pena”. Los principios inspiradores... cit., p. 143 .

Alguns autores chamam a atenção para a fragmentação do garantismo penal e o reaparecimento do “defensismo”, como características da teoria do Direito penal da expansão⁵⁴⁷. Espera-se do Direito penal, sob a bandeira do defensismo, sua consolidação como instrumento social de excelência na resolução de conflitos. Esta também é uma característica destacada por Hassemer na configuração da política criminal contemporânea, marcada por uma cultura de defesa pessoal, com a construção de ferramentas próprias e com uma teoria diferenciadora da defesa, com consequências para o Direito e Processo penal⁵⁴⁸.

Por último, não poderíamos deixar de mencionar as alterações do processo penal como substantivas para a aplicação das novas normas incorporadas ao Direito penal, pois, como menciona Hassemer, o processo penal é um indicador sensível, não somente da cultura legal, senão também da cultura política de um país⁵⁴⁹, já que atua na fronteira tênue entre o combate ao delito e a proteção dos direitos humanos.

3.3.3 Processo penal

O processo penal é também um palco de importantes transformações no Direito penal contemporâneo e, na observação de Hassemer, passa por um processo de desformalização das fronteiras entre as regras de direito processual penal tradicional, de direito de polícia, e os serviços secretos de investigação⁵⁵⁰. O autor observa que no âmbito das normas penais de combate à criminalidade organizada, por exemplo, já se verifica a flexibilização de muitas garantias penais, como a presunção de inocência, o princípio da proporcionalidade, a reserva de domicílio, e o segredo das comunicações⁵⁵¹.

O autor identifica também, como alterações mais substanciais pelas quais passa o processo penal contemporâneo na Alemanha o aumento de investigações autoritárias, das possibilidades de prisão preventiva, ampliação das atividades consideradas suspeitas,

⁵⁴⁷ SILVA SÁNCHEZ, J. M. *Aproximación al derecho penal...*cit., p. 53. LAMAS LEITE, André. “Nova penologia”, *punitive turn* e Direito Criminal: *quo vadimus?* Pelos caminhos da incerteza (pós-) moderna. In: ANDRADE, Manuel da Costa et al. (Orgs.). *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Peter Hünnerfeld*. Coimbra: Universidade de Coimbra, 2012.

⁵⁴⁸ Perspectivas de una nueva política criminal. In: *Revista de Derecho penal*, n. 1, 2002, p. 480.

⁵⁴⁹ Los derechos humanos en el proceso penal. In: *Revista de Derecho penal*, n.1, p. 195-205, 2001, p. 199.

⁵⁵⁰ Perspectivas del derecho penal futuro. In: *Revista Penal*, ano 1, nº 1, 1998, pp. 38.

⁵⁵¹ HASSEMER, Winfried. Límites del estado de derecho para el combate contra la criminalidad organizada. In: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, ano 6, nº23, 1998, p. 25.

interceptação de correspondências, e criação de mais hipóteses para invasão de domicílio para busca e apreensão de objetos.⁵⁵²

As modificações mais sensíveis, conforme Hassemer, são visíveis nos atuais processos de instrução, com interceptações telefônicas e de dados informáticos, investigações encobertas, agentes infiltrados, classificação de setores inteiros sob suspeita de atividades ilícitas etc.⁵⁵³

Em linhas gerais, é possível identificar que as transformações operadas no processo penal na Europa, conforme denunciado por Hassemer, são verificáveis também no Brasil: aumento aos recursos de interceptação de dados e conversações telefônicas, intervenção na saúde e integridade física dos investigados etc.⁵⁵⁴

A análise de todas as transformações pelas quais passa este ramo jurídico requereria, contudo, uma abordagem em separado, pelas próprias peculiaridades que revestem o Direito processual, comparado ao penal, o que não será possível nos marcos desta dissertação.

3.4 Conclusões preliminares: o Direito de intervenção é um caminho possível?

Estudar a expansão do Direito penal abre as portas para o debate acerca da necessidade deste ramo para abrigar as novas demandas sociais (sejam elas decorrentes dos “novos riscos”, ou dos “velhos delitos” contra o patrimônio ou contra a vida), e para as opções que a doutrina pode oferecer para a abordagem desta expansão.

Sendo assim, podemos visualizar a expansão do Direito penal a partir de diferentes perspectivas de análise. Desde um estudo imanente, é possível partir da análise das transformações sofridas pelo próprio Direito penal, no seio da dogmática da parte geral, e da interpretação de *lege lata*, para abarcar novas realidades e buscar, para sua melhor

⁵⁵² Id., Processo penal e direitos fundamentais. In: *Jornadas de direito processual penal e direitos fundamentais*. Lisboa: Almedina, 2004, p. 22.

⁵⁵³ Perspectivas de una nueva política criminal...cit., p. 479.

⁵⁵⁴ *Responsabilidad por el producto*... cit., p. 85.

compreensão, a interpretação crítica ou favorável da doutrina sobre as adaptações do Direito penal para manejar as novas pressões sobre a teoria do delito.

Por outro lado, desde uma perspectiva externa a esta discussão ideológica do Direito penal, é possível a abordagem deste mesmo problema a partir das escolhas de política criminal que são postas nas mãos do legislador: acerca da suficiência do direito administrativo (ou tributário, comercial etc.) para regular algumas condutas, sobre a adequação do Direito penal para tratar eficientemente estas condutas, questões de eficiência, prevenção geral, a tentativa de contornar defeitos de instituições que por vezes são levantados como justificativa para afastar a subsidiariedade do Direito penal.

Muñoz Conde e Hassemer, ao refletirem sobre as críticas a um Direito penal clássico, limitado, já observam que as modificações teóricas, ainda que não abertamente acolhendo um Direito penal “moderno”, serão recepcionadas por grande parcela dos cientistas jurídicos:

aunque no existe una discusión importante clara y abiertamente declarada, se pueden ya describir por anticipado cuales serán los frentes de la misma: por un lado, el de los que saludarán estas decisiones como una prueba de la modernización del derecho penal, adaptando material y formalmente sus instrumentos tradicionales al cambio social, por otro, el de los que criticarán la venta de elementos innegociables del Derecho penal característicos del Estado de Derecho, por las consecuencias injustas y la inseguridad jurídica que ello puede producir.⁵⁵⁵

Este capítulo permite observarmos que alguns caminhos assumidos, seja pelo legislador brasileiro, seja pela doutrina contemporânea do Direito penal, traduzem um sentido acentuado de expansão das condutas e dos sujeitos puníveis. Os métodos pelos quais o faz, contudo, não estão necessariamente restritos à esfera penal, sendo verificados muitos casos (como o caso da lei de lavagem de dinheiro, que abordaremos em detalhe a seguir, e das estruturas de erro nos delitos de empresa) de colaboração muito próxima entre as áreas penal e administrativa.

As manifestações contemporâneas da doutrina e legislação penal traduzem a configuração, aos poucos, do Direito penal “moderno”, que descrevemos no capítulo primeiro deste trabalho. No tocante às reformas legislativas operados no contexto

⁵⁵⁵ *Responsabilidad por el producto...* cit., p. 140.

brasileiro, contudo, esta construção contemporânea não está restrita ao uso de recursos penais, e vale-se também de mecanismos administrativos sancionadores.

As expansividade da doutrina e das leis que examinamos acima, ainda que através da seleção de alguns exemplos aleatórios, nos permite verificar que estamos diante da modificação radical das estruturas fundamentais do Direito penal (regras de parte geral e interpretação constitucional) que merecem uma reflexão sistemática dentro do contexto das escolhas valorativas sobre que transformações podem ou não integrar o Direito penal, pois “como se podrían elegir los instrumentos jurídicos penales idóneos [...], como projectar su futuro, se no se conoce la misión que debe cumplir?”⁵⁵⁶

O que preocupa nas considerações das páginas acima é que novas interpretações dogmáticas e novas leis são projetadas sem que seja evidente o pressuposto do qual partem: a opção por um Direito penal “moderno”, mais amplo e flexível que, ainda assim, não deixa de selecionar os mesmos clientes tradicionais do sistema penal, e segue endurecendo sanções e flexibilizando regras de imputação que serão aplicáveis, invariavelmente, ao criticado núcleo duro do Direito penal.

Além disso, as estruturas dogmáticas desenvolvidas no contexto deste Direito penal contemporâneo, como também buscamos identificar, poderiam integrar o conjunto de princípios e normas no possível estabelecimento do Direito de intervenção.

⁵⁵⁶ HASSEMER e MUÑOZ CONDE. *Introducción a la criminología y al Derecho penal...*cit., p. 99.

CAPÍTULO 4 - DIREITO DE INTERVENÇÃO E AS SANÇÕES ADMINISTRATIVAS

4.1 Severidade das sanções administrativas: exemplos práticos

Neste capítulo, o estudo de algumas leis que mesclam tratamento penal e administrativo às mesmas condutas visa apontar a existência de uma *tendência* de aproximação entre o Direito Penal e o administrativo sancionador no Brasil, e pretenderá demonstrar a seguintes hipótese: que, ao impor sanções graves, a administração estaria efetivamente constituindo uma modalidade de Direito penal sem pena restritiva de liberdade e sem o viés estigmatizador do processo penal. Ao fazê-lo aproximar-se-ia da proposta de Hassemer para o tratamento de delitos fora do núcleo do Direito penal.

Vale ressaltar que não pretendemos, com o levantamento desta hipótese, apontar uma característica do Direito administrativo sancionador como um todo, ou buscar provar de maneira cabal a hipótese acima delineada.

A proposta de trabalho que apresentamos, nesse sentido, não está centrada na análise exaustiva das leis selecionadas. O recurso a elas tem a finalidade de exemplificar e, dentro de limites estritos, testar empiricamente a reflexão teórica desenvolvida ao longo desta dissertação sobre a possível realização do Direito de intervenção proposto por Winfried Hassemer.

4.1.1 Metodologia

a) Recorte metodológico: leis selecionadas

A complexificação dos fenômenos sociais abordados pelo Direito penal em expansão exige do legislador a recombinação de técnicas jurídicas, de maneira pouco tradicional, para a resolução dos conflitos. Neste cenário, o Direito como um todo serve como um conjunto de ferramentas das quais se vale o legislador, que acaba mesclando

sanções e regras de Direito penal e administrativo para dar conta dos novos fenômenos característicos do Direito penal contemporâneo.

As seguintes leis conjugam as duas disciplinas, e por isso foram selecionadas para a consecução desta etapa da pesquisa: *a)* Lei nº 8.429/1992, a Lei de Improbidade Administrativa; e *b)* Lei de combate à lavagem de dinheiro, nº 9.613/98 (com as últimas alterações da Lei nº 12.683/12).

Foram escolhidas, assim, pela coordenação entre sanções penais e administrativas para a consecução de seus fins (como é o caso da Lei de lavagem de dinheiro), pela existência da duplicidade de previsão – penal e administrativa – da mesma conduta, e também pela severidade das sanções impostas pela autoridade administrativa.

Comentaremos também, com base nas fontes disponíveis, o caso da empresa Siemens⁵⁵⁷, que recebeu uma condenações penais nos Estados Unidos, e foi punida administrativa e criminalmente na Alemanha, tendo sido duplamente sancionada pelos mesmos fatos. O objetivo deste estudo de caso é verificar o grau de paralelo entre as sanções impostas, bem como indicar que dentro de determinado tramo, as sanções administrativas e penais são muito próximas em gravidade.

b) Fontes

A seleção das normas em comento basearam-se, em especial, nas frequentes menções da doutrina administrativa sobre o combate à condutas de improbidade administrativa (dentre outras, como as leis de defesa da concorrência), retratadas como emblemáticas do processo sancionador da administração pública não somente no contexto brasileiro⁵⁵⁸, mas também na doutrina espanhola, a que tivemos acesso⁵⁵⁹.

A seleção de uma lei de conteúdo misto, penal e administrativo, a lei de lavagem de dinheiro, se deu pela abordagem mais direta que faz em relação aos propósitos de nossa pesquisa, uma vez que já traz em seu bojo o duplo tratamento sancionador das mesmas condutas, a depender do grau de lesividade destas, da colaboração nas etapas do delito etc.

⁵⁵⁷ Um sumário das acusações e condenações das autoridades norte-americanas está disponível em <http://www.steptoe.com/assets/htmldocuments/DOJSentencingMemorandum.PDF>. Acesso em 11.07.2012.

⁵⁵⁸ OSÓRIO, Fabio Medina. *Direito administrativo sancionador*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

⁵⁵⁹ TOMILLO, Manuel Gomez; RUBIALES, Íñigo Sanz. *Derecho administrativo sancionador. Parte general*. Cizur Menor: Aranzadi, 2010.

As fontes para o estudo do caso Siemens são especialmente os documentos disponíveis via internet, a ampla cobertura da imprensa de língua alemã e, especialmente, a sentença condenatória do Tribunal Supremo norte-americano.

c) Metodologia

Tendo em vista as características desta pesquisa, optamos pelo método de pesquisa qualitativa, e não quantitativa. De acordo com este método, o pesquisador observa os fatos sob a ótica de alguém interno ao processo analisado, buscando compreender profundamente o contexto da situação, e enfatizando o processo dos acontecimentos.⁵⁶⁰ A partir deste método, buscamos compreender as sanções administrativas a partir do contexto de expansão do Direito penal, enfatizando a aproximação entre as áreas penal e administrativa, a partir da ótica de um penalista, ou seja, interna ao processo de transformação pelo qual passa sua área de atuação.

Esta análise qualitativa será realizada por meio do método comparativo, aproximando as sanções impostas pelas duas áreas mencionadas, sem pretender esgotar o conjunto de normas sancionadoras administrativas, nem generalizar nossas conclusões para o Direito administrativo sancionador como um todo⁵⁶¹. A comparação se dará pelo estudo instantâneo, com a análise da situação e do processo no momento da pesquisa, tratando de descrever determinadas circunstâncias da sanção administrativa no contexto do Direito penal contemporâneo.

d) Recorte temático

Restringimos nossa abordagem às leis de conteúdo econômico, como recorte temático do estudo em tela. Tal delimitação justifica-se especialmente por ser o Direito penal econômico a área onde os autores tratados na primeira parte do trabalho (Hassemer e Silva Sánchez) mais se concentram.

⁵⁶⁰ TEIXEIRA, Elisabeth. *As três metodologias*. Petrópolis: Vozes, 2005, p. 137 e ss.

⁵⁶¹ Nesse sentido, indica Flick que “em um estudo comparativo, não se observa o caso como um todo, nem em toda sua complexidade; em vez disso, observa-se a multiplicidade de casos relacionados a determinados excertos”. FLICK, Uwe. *Introdução à pesquisa qualitativa*. Porto Alegre: Artmed, 2009, p. 135.

É no âmbito do Direito penal econômico onde verificamos as principais manifestações da expansão dos limites dogmáticos da teoria do delito. Este setor fundamenta boa parte das tessituras doutrinárias sobre a necessidade de sua exclusão (seja para o Direito de intervenção, seja para um Direito penal de segunda velocidade, ou mesmo para outros setores do ordenamento jurídico). Alguns autores chegam inclusive a refletir sobre a possibilidade de este ramo ser uma espécie de *tertium genus*, intermediário entre o penal, o administrativo e o econômico⁵⁶².

Mais além deste motivo, que é o principal fundamento de nosso recorte metodológico, optamos também por não abordar temas muito específicos de regulação do Direito administrativo, como as leis de proteção ao consumidor ou ao meio ambiente, visto que tais normas inserem-se em uma discussão própria, e exigiriam uma contextualização que foge aos objetivos e ao alcance de nossa pesquisa.

Para os propósitos de nosso tema, não caberia um levantamento de jurisprudência administrativa, já que o que buscamos não é a interpretação corrente das leis mencionadas, sua lógica de funcionamento, nem seus déficits de eficiência, mas sim identificar que sua própria existência pode ser uma forma de manifestação velada do Direito de intervenção.

Tendo em vista que o trabalho a que nos propomos é substancialmente teórico, e que seu marco de referência é a produção científica de Direito penal, foge do escopo deste trabalho conferir qual o estado da questão dentro do Direito administrativo, bem como demonstrar se os variados setores de regulação com os parâmetros do Direito administrativo sancionador tem as mesmas características.

4.2 Lei de improbidade administrativa (nº 8.429/1992)

⁵⁶² Cf. DIAS, Jorge de Figueiredo. Sobre a autonomia dogmática do Direito penal econômico: uma reflexão à luz do novo Direito penal econômico português. In: *Revista de estudios penales y criminológicos*, nº 9, 1984-1985, p. 37-70.

4.2.1. Disposição constitucional e sua natureza jurídica

Consideramos a Lei de improbidade administrativa (Lei n. 8.429/1992) uma importante manifestação do Direito administrativo sancionador no Brasil⁵⁶³.

Os paralelos encontrados entre as infrações previstas na citada lei e o Código Penal (no capítulo dos crimes contra a administração pública) bem como as escalas de sanções previstas pelos institutos penal e administrativo, permitem-nos identificar a aproximação, na prática, do Direito administrativo sancionador com o Direito de intervenção.

A improbidade é uma imoralidade administrativa qualificada, é a infração a um dever de probidade na gestão dos órgãos e da coisa pública. Segundo Medina Osório, o dever de probidade administrativa é o que resulta atrelado às sanções veiculadas pelo Direito administrativo⁵⁶⁴.

Os deveres de probidade dos servidores públicos no exercício da função são elencados em sede Constitucional, no art. 37, §4º. O artigo define que os atos de improbidade terão como consequência a suspensão dos direitos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário.

A norma constitucional também prevê que as sanções administrativas serão aplicadas “sem prejuízo da ação penal cabível”, o que leva grande parte da doutrina e da jurisprudência a afirmarem o caráter independente da sanção administrativa em relação às sanções penais.

No entanto, a severidade das previsões da Lei de improbidade administrativa é tamanha que enseja, inclusive, a contestação dogmática acerca de sua natureza – penal ou administrativa.

Fábio Medina Osório, por exemplo, na defesa do caráter administrativo da Lei, recorre à interpretação jurisprudencial para determinar que a Lei de Improbidade

⁵⁶³ OSÓRIO, op. cit., *passim*.

⁵⁶⁴ Ibid., p. 234.

Administrativa não se compõe de normas de Direito penal, mas sim de normas de Direito administrativo sancionador⁵⁶⁵.

Todavia, esta inferência não é tão evidente, pois como informa Capez, a lei previu que suas sanções fossem aplicadas com independência das eventuais consequências civis ou penais, mas esquivou-se de determinar a natureza jurídica de seus tipos sancionadores⁵⁶⁶.

Digno de nota, a este respeito, é que o estabelecimento da natureza jurídica destes tipos terá relevância especialmente na determinação do procedimento judicial a ser aplicado e, sobretudo, na relação que a norma manterá com os princípios do Direito penal.

4.2.2. A Lei de improbidade

A regra prevista constitucionalmente, de que as sanções serão impostas independentemente da ação penal, é reproduzida na Lei de improbidade, que prevê a independência das sanções nas esferas penal, civil e administrativa.

Há jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça no sentido de que somente a sentença penal absolutória baseada na negativa de autoria ou inexistência material do fato permite o afastamento do processo administrativo⁵⁶⁷. Todavia, este posicionamento não é unânime, havendo julgados dos Tribunais Regionais Federais que dispõem sobre a identidade entre os ilícitos penal e administrativo, afirmando inclusive que qualquer conclusão negativa de punibilidade no âmbito criminal deve refletir no encerramento do respectivo processo administrativo⁵⁶⁸.

A indefinição da natureza das sanções impostas aos funcionários ímprobos, conforme aponta Capez, é herdada da antecessora Lei n. 3.502/58, conhecida como Lei Bilac Pinto. As sanções estabelecidas pela Lei de improbidade não teriam natureza civil,

⁵⁶⁵ Direito Administrativo sancionador e Direito penal: quais os limites do ius puniendi estatal na repressão aos atos de improbidade administrativa. In: *Revista Ibero Americana de Ciências Penais*, vol. 1, nº 1, 2000, pp. 67-89, citação à p. 72.

⁵⁶⁶ CAPEZ, Fernando. *Limites constitucionais à lei de improbidade*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 195.

⁵⁶⁷ FIGUEIREDO, Marcelo. *Probidade administrativa: comentários à lei 8.429/92*. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 128.

⁵⁶⁸ TRF2, Ap. Civ. 283.714/2003. FIGUEIREDO, op. cit., p. 129

pois seu objetivo específico não seria reparar um dano, nem administrativa, já que sua característica seria de sanção disciplinar interna, e muito menos penal, uma vez que não estaria condicionada à prática de qualquer crime⁵⁶⁹.

A Lei 8.429/92 cataloga três grandes grupos de condutas: as infrações aos princípios e regras da administração que impliquem em enriquecimento ilícito (art. 9º) são as mais gravemente apenadas. Prevê ainda as condutas que acarretem lesão ao erário público (art. 10) e, por fim, as condutas que lesionem os princípios fundamentais que regem a gestão do patrimônio público (art. 11).

As penas previstas para as hipóteses de improbidade administrativa que impliquem o enriquecimento ilícito são maiores do que as previstas para atos de improbidade que causarem prejuízo ao erário. As penas mais brandas previstas pela lei (como a suspensão de direitos políticos pelo período de três a cinco anos) são aquelas referentes à improbidade pela atuação contra os princípios da Administração Pública.

No regramento da Lei de improbidade, combinam-se cláusulas gerais, princípios jurídicos, conceitos indeterminados e casuística, conformando-a como uma lei de características especiais, cujo processo sancionador obedece a regras mistas de processo civil, ação civil pública e, mais recentemente, segundo a decisão do Supremo Tribunal Federal, também por regras do Código de Processo Penal, quando houver a demanda pela aproximação entre os Direitos penal e administrativo⁵⁷⁰.

Admite-se, inclusive, a subsidiariedade das regras de Direito penal substancial na aplicação das normas sancionadoras administrativas, aproveitando-se os princípios

⁵⁶⁹ Conforme Bilac Pinto, autor da lei anterior à atual Lei de improbidade administrativa: “A sanção estabelecida na segunda parte do § 31 do art. 141 da Constituição Federal é, a nosso ver, modalidade nova que não se ajusta perfeitamente a nenhuma das três espécies acima citadas. Não é sanção penal, porque sua aplicação não está condicionada à prática de qualquer crime ou contravenção. Essa ausência de vínculo entre este tipo de sanção e a norma penal cria a impossibilidade lógica de sua conceituação como sanção penal. De sanção civil também não se trata, porque esta visa, geralmente, à reparação do dano, e a sanção que ora estudamos não tem essa finalidade específica. Restaria agora examinar se a sanção é de natureza administrativa. A nota mais característica da sanção administrativa é ser uma repressão disciplinar interna, visto que sua aplicação é sempre feita dentro da organização administrativa, pelo superior hierárquico do servidor faltoso. A sanção que estamos estudando é, ao contrário, externa, pois sua aplicação somente pode ser feita pelo Judiciário. Acresce, ainda que ela pode ser aplicada também aos chefes do Poder Executivo da União, Estados, Distrito Federal e Municípios; aos Ministros e Secretários de Estado; aos Membros do Congresso, das Assembleias Legislativas e das Câmaras Municipais (...). Estas distinções, que são fundamentais, nos levam a sustentar que a sanção a que se refere a parte final do § 31 do art. 141 da Constituição não é uma sanção administrativa” (BILAC PINTO. *Enriquecimento ilícito no exercício de cargos públicos* apud CAPEZ, op. cit., p. 196-7).

⁵⁷⁰ BRITO SANTOS, Carlos Frederico. *Improbidade administrativa*. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 152.

exaustivamente trabalhados no Direito penal (culpabilidade, imputação s\ubjetiva de responsabilidade, causas excludentes de ilicitude e tipicidade) na interpretação das regras administrativas⁵⁷¹.

A aproximação entre as duas áreas, contudo, é vista com resistência pela doutrina administrativa⁵⁷², que insiste na independência das sanções (penal e administrativa) e, conseqüentemente, no afastamento das garantias processuais penais do procedimento sancionador⁵⁷³.

4.2.3. As disposições da Lei de Improbidade e sua confrontação com o Código Penal

A Lei de improbidade administrativa descreve, em seu art. 9º⁵⁷⁴, as condutas de enriquecimento ilícito do funcionário público que consistem, basicamente, no acréscimo de

⁵⁷¹ “Trata-se de perceber a superioridade teórica da dogmática penal, que pode e deve servir de inspiração garantista na seara do direito administrativo punitivo”. OSÓRIO, Fábio Medina. *Teoria da improbidade administrativa: má gestão pública, corrupção, ineficiência*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 241.

⁵⁷² Fábio Osório e Marcelo Figueiredo insistem na interpretação da Lei de Improbidade Administrativa como uma norma exclusivamente administrativa, que deve ser regulada pelos princípios e regras do Direito administrativo, rechaçando-se quaisquer paralelos entre as infrações previstas na lei e os crimes de responsabilidade. OSÓRIO, F. M. *Teoria da improbidade administrativa...cit.*, p. 238. FIGUEIREDO, Marcelo. *Probidade administrativa: comentário à Lei 8.429/92*. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 27.

⁵⁷³ Conforme menciona Fábio Medina Osório: “é certo que a atuação da LIA afasta as clássicas garantias penais e processuais-penais, mas tal realidade não traduz, nem poderia traduzir, afastamento de outras garantias e princípios constitucionais”. *Direito Administrativo sancionador e Direito penal...cit.*, p. 80.

⁵⁷⁴ Art. 9º Constitui ato de improbidade administrativa importando enriquecimento ilícito auferir qualquer tipo de vantagem patrimonial indevida em razão do exercício de cargo, mandato, função, emprego ou atividade nas entidades mencionadas no art. 1º desta lei, e notadamente:

I - receber, para si ou para outrem, dinheiro, bem móvel ou imóvel, ou qualquer outra vantagem econômica, direta ou indireta, a título de comissão, percentagem, gratificação ou presente de quem tenha interesse, direto ou indireto, que possa ser atingido ou amparado por ação ou omissão decorrente das atribuições do agente público;

II - perceber vantagem econômica, direta ou indireta, para facilitar a aquisição, permuta ou locação de bem móvel ou imóvel, ou a contratação de serviços pelas entidades referidas no art. 1º por preço superior ao valor de mercado;

III - perceber vantagem econômica, direta ou indireta, para facilitar a alienação, permuta ou locação de bem público ou o fornecimento de serviço por ente estatal por preço inferior ao valor de mercado;

IV - utilizar, em obra ou serviço particular, veículos, máquinas, equipamentos ou material de qualquer natureza, de propriedade ou à disposição de qualquer das entidades mencionadas no art. 1º desta lei, bem como o trabalho de servidores públicos, empregados ou terceiros contratados por essas entidades;

V - receber vantagem econômica de qualquer natureza, direta ou indireta, para tolerar a exploração ou a prática de jogos de azar, de lenocínio, de narcotráfico, de contrabando, de usura ou de qualquer outra atividade ilícita, ou aceitar promessa de tal vantagem;

VI - receber vantagem econômica de qualquer natureza, direta ou indireta, para fazer declaração falsa sobre medição ou avaliação em obras públicas ou qualquer outro serviço, ou sobre quantidade, peso, medida, qualidade ou característica de mercadorias ou bens fornecidos a qualquer das entidades mencionadas no art. 1º desta lei;

patrimônio injustificado do funcionário em razão de sua função, tais como a cobrança do recebimento de valores como contraprestação por desvios de conduta, a alienação de bens públicos abaixo do preço de mercado, contratação de serviços acima do valor de mercado, recebimento de suborno para a tolerância na fiscalização de atividades ilícitas, utilização de patrimônio público em proveito próprio, dentre outros.

As penas cominadas para as condutas descritas nos doze incisos do art. 9º são as mais graves previstas na Lei de improbidade (descritas no art. 12), e incluem a perda de bens, o ressarcimento integral do dano, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de 8 a 10 anos, o pagamento de multa civil até três vezes o valor do acréscimo patrimonial e proibição de contratar com o Poder Público ou de receber incentivos fiscais ou creditícios por dez anos.

O Projeto de Reforma do Código Penal – inspirado por mandados de criminalização advindos de Tratados dos quais o Brasil é signatário⁵⁷⁵ – optou por incluir no rol dos crimes contra a Administração pública o enriquecimento ilícito⁵⁷⁶, com todos os problemas de inversão do ônus da prova e afastamento da presunção de inocência, que podem ser aceitos em sede administrativa, mas que não encontram guarida no Direito penal. A pena prevista para o enriquecimento ilícito no Projeto é, de toda forma, menos grave do que a prevista na Lei de Improbidade, pois estabelece a pena de prisão de um a cinco anos, e a perda dos bens.

VII - adquirir, para si ou para outrem, no exercício de mandato, cargo, emprego ou função pública, bens de qualquer natureza cujo valor seja desproporcional à evolução do patrimônio ou à renda do agente público;

VIII - aceitar emprego, comissão ou exercer atividade de consultoria ou assessoramento para pessoa física ou jurídica que tenha interesse suscetível de ser atingido ou amparado por ação ou omissão decorrente das atribuições do agente público, durante a atividade;

IX - perceber vantagem econômica para intermediar a liberação ou aplicação de verba pública de qualquer natureza;

X - receber vantagem econômica de qualquer natureza, direta ou indiretamente, para omitir ato de ofício, providência ou declaração a que esteja obrigado;

XI - incorporar, por qualquer forma, ao seu patrimônio bens, rendas, verbas ou valores integrantes do acervo patrimonial das entidades mencionadas no art. 1º desta lei;

XII - usar, em proveito próprio, bens, rendas, verbas ou valores integrantes do acervo patrimonial das entidades mencionadas no art. 1º desta lei.

⁵⁷⁵ É o que se verifica textualmente da exposição de motivos do Capítulo dos crimes contra a Administração Pública (p. 367).

⁵⁷⁶ “**Enriquecimento ilícito** Art. 277. - Adquirir, vender, emprestar, alugar, receber, ceder, utilizar ou usufruir de maneira não eventual de bens ou valores móveis ou imóveis, cujo valor seja incompatível com os rendimentos auferidos pelo servidor público em razão de seu cargo ou por outro meio lícito. Pena – prisão, de um a cinco anos, além da perda dos bens, se o fato não constituir elemento de outro crime mais grave”.

A Lei prevê ainda, no art. 10º, a relação de condutas lesivas ao erário público, que ensejem qualquer lesão, dolosa ou culposa, que ensejem perda patrimonial, desvio ou dilapidação do patrimônio público, sem que necessariamente impliquem no enriquecimento do agente que deu causa à mencionada perda patrimonial⁵⁷⁷.

As penas cominadas para esta conduta são o ressarcimento integral do dano, perda de bens, perda da função pública, suspensão de direitos políticos de 5 a 8 anos, pagamento de multa de até duas vezes o valor do dano e proibição de contratar com o Poder Público pelo prazo de cinco anos.

Por fim, o último rol de condutas de improbidade administrativa está previsto no art. 11 da lei, que descreve ações ou omissões que atentem contra os princípios da administração pública, ou que viole os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade

⁵⁷⁷ Art. 10. Constitui ato de improbidade administrativa que causa lesão ao erário qualquer ação ou omissão, dolosa ou culposa, que enseje perda patrimonial, desvio, apropriação, malbaratamento ou dilapidação dos bens ou haveres das entidades referidas no art. 1º desta lei, e notadamente:

I - facilitar ou concorrer por qualquer forma para a incorporação ao patrimônio particular, de pessoa física ou jurídica, de bens, rendas, verbas ou valores integrantes do acervo patrimonial das entidades mencionadas no art. 1º desta lei;

II - permitir ou concorrer para que pessoa física ou jurídica privada utilize bens, rendas, verbas ou valores integrantes do acervo patrimonial das entidades mencionadas no art. 1º desta lei, sem a observância das formalidades legais ou regulamentares aplicáveis à espécie;

III - doar à pessoa física ou jurídica bem como ao ente despersonalizado, ainda que de fins educativos ou assistências, bens, rendas, verbas ou valores do patrimônio de qualquer das entidades mencionadas no art. 1º desta lei, sem observância das formalidades legais e regulamentares aplicáveis à espécie;

IV - permitir ou facilitar a alienação, permuta ou locação de bem integrante do patrimônio de qualquer das entidades referidas no art. 1º desta lei, ou ainda a prestação de serviço por parte delas, por preço inferior ao de mercado;

V - permitir ou facilitar a aquisição, permuta ou locação de bem ou serviço por preço superior ao de mercado;

VI - realizar operação financeira sem observância das normas legais e regulamentares ou aceitar garantia insuficiente ou inidônea;

VII - conceder benefício administrativo ou fiscal sem a observância das formalidades legais ou regulamentares aplicáveis à espécie;

VIII - frustrar a licitude de processo licitatório ou dispensá-lo indevidamente;

IX - ordenar ou permitir a realização de despesas não autorizadas em lei ou regulamento;

X - agir negligentemente na arrecadação de tributo ou renda, bem como no que diz respeito à conservação do patrimônio público;

XI - liberar verba pública sem a estrita observância das normas pertinentes ou influir de qualquer forma para a sua aplicação irregular;

XII - permitir, facilitar ou concorrer para que terceiro se enriqueça ilicitamente;

XIII - permitir que se utilize, em obra ou serviço particular, veículos, máquinas, equipamentos ou material de qualquer natureza, de propriedade ou à disposição de qualquer das entidades mencionadas no art. 1º desta lei, bem como o trabalho de servidor público, empregados ou terceiros contratados por essas entidades.

XIV – celebrar contrato ou outro instrumento que tenha por objeto a prestação de serviços públicos por meio da gestão associada sem observar as formalidades previstas na lei; (Incluído pela Lei nº 11.107, de 2005)

XV – celebrar contrato de rateio de consórcio público sem suficiente e prévia dotação orçamentária, ou sem observar as formalidades previstas na lei. (Incluído pela Lei nº 11.107, de 2005).

e lealdade às instituições⁵⁷⁸. A previsão dos tipos sancionadores, contudo, é bastante criticada pela sua ambiguidade, que permite a existência de espaços de arbitrariedade para a aplicação e imposição de sanções⁵⁷⁹, já que não há um espaço bem delimitado de interpretação do que pode significar violação do dever de lealdade à instituição, por exemplo.

As penas previstas, além daquelas fixadas também para as condutas de enriquecimento ilícito e defraudação do erário (a perda da função pública, o ressarcimento integral do dano e a perda de bens e valores) incluem a suspensão dos direitos políticos por 3 a 5 anos, a imposição de multa variável até cem vezes o valor da remuneração percebida, e a proibição de contratar com o Poder Público por 3 anos.

Dentre as penas previstas, não há unanimidade na doutrina em decidir se tais penas devem ser aplicadas em conjunto ou isoladamente. A tendência, contudo, é a mesma que impera no sistema penal, acerca da proporcionalidade da sanção aos atos praticados, bem como à gravidade dos resultados⁵⁸⁰.

A perda dos bens é uma das consequências da condenação criminal, prevista no art. 91 do Código Penal. Nos casos de atos de improbidade praticados contra entidades que recebam incentivo fiscal, a perda dos bens estará limitada à repercussão do ilícito sobre a participação pública na empresa.

⁵⁷⁸ Art. 11. Constitui ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da administração pública qualquer ação ou omissão que viole os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade, e lealdade às instituições, e notadamente:

I - praticar ato visando fim proibido em lei ou regulamento ou diverso daquele previsto, na regra de competência;

II - retardar ou deixar de praticar, indevidamente, ato de ofício;

III - revelar fato ou circunstância de que tem ciência em razão das atribuições e que deva permanecer em segredo;

IV - negar publicidade aos atos oficiais;

V - frustrar a licitude de concurso público;

VI - deixar de prestar contas quando esteja obrigado a fazê-lo;

VII - revelar ou permitir que chegue ao conhecimento de terceiro, antes da respectiva divulgação oficial, teor de medida política ou econômica capaz de afetar o preço de mercadoria, bem ou serviço.

⁵⁷⁹ PAZZAGLINI FILHO, Marino. *Lei de improbidade administrativa comentada*. São Paulo: Atlas, 2007, p. 20.

⁵⁸⁰ FIGUEIREDO, Marcelo. *Probidade administrativa: comentários à lei 8.429/92*. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 136. No mesmo sentido, PAZZAGLINI, op. cit., p. 160: “é evidente que aplicar, em bloco, todas as sanções estabelecidas na LIA para os atos de improbidade administrativa lesivos ao Erário, nivelando a gravidade das situações descritas, mesmo no caso das sanções graduadas, constitui violação dos princípios constitucionais de proporcionalidade e da razoabilidade”.

No que se refere à perda da função pública e suspensão dos direitos políticos – de 8 a 10 anos nos casos de enriquecimento ilícito, 5 a 8 nas hipóteses de lesão ao erário, e 3 a 5 nos casos de atos atentatórios aos princípios administrativos – há dúvidas sobre a possibilidade de se impor tal penalidade fora do processo judicial, dada a gravidade das sanções⁵⁸¹.

Capez destaca que as sanções extrapenais relacionadas aos atos de improbidade administrativa possuem uma “carga intimidatória muitas vezes maior” que o próprio ilícito penal, e ressalta que estas sanções, ainda que despidas de natureza formalmente penal, “acabam por impor as mesmas restrições, os mesmos gravames de natureza penal, aos direitos individuais dos cidadãos”⁵⁸². Ou seja, tais infrações previstas na Lei de improbidade “formalmente não são penais, mas na essência impõe os mesmos ônus, o mesmo constrangimento, a mesma carga repressiva atentatória aos direitos dos cidadãos”⁵⁸³.

Este é o principal fato que entendemos necessário ressaltar quanto às características da lei em comento. A severidade das sanções impostas pelo Direito administrativo sancionador nas hipóteses de improbidade são mais graves do que as impostas, em geral, pelo Direito administrativo (multas, suspensão de autorização etc.), e aproximam-se demasiado das sanções penais, como detalharemos em seguida⁵⁸⁴.

Desde logo, no entanto, cabe deixar enfatizado que a gravidade das sanções previstas como consequência dos atos de improbidade pode ser localizada em um espectro intermediário entre o Direito penal e o administrativo, o que seria uma característica do Direito de Intervenção, que detalhamos no primeiro capítulo.

A hipótese mencionada se vê reforçada pelo fato de que existe um importante paralelo entre as condutas de improbidade administrativa e os delitos contra a administração pública. Isto ocorre, pois um mesmo fato pode configurar ilícito penal e ato de improbidade, como ocorre com os delitos de peculato, previsto no art. 312 do Código

⁵⁸¹ José Afonso da Silva e Marcelo Figueiredo entendem que é exigível o processo judicial. Porém, quando o funcionário está sendo processado por improbidade, pode ser afastado do cargo FIGUEIREDO, Marcelo. *Probidade administrativa: comentários à lei 8.429/92*. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 154.

⁵⁸² *Limites constitucionais à lei de improbidade...cit.*, p. 175 e 177.

⁵⁸³ *Ibid.*, p. 180.

⁵⁸⁴ Conforme ressalta García de Enterría: “Resulta insólito favorecer la autoridad administrativa com poderes sancionatórios más extensos que a los jueces”. GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. El problema jurídico de las sanciones administrativas. In: *Revista española de derecho administrativo*, nº 10, 1976, p. 422.

Penal, concussão (art. 316), corrupção passiva (art. 317) e nos artigos 9 e 10 da Lei de improbidade.

Ocorre, entretanto, que a depender da pena imposta em uma sentença condenatória por crime contra a administração pública, esta pode ser mais branda que a sanção administrativa, já que o Código Penal prevê penas entre a mínima de 2 e a máxima de 12 anos para os delitos acima descritos (corrupção, peculato, concussão, etc.).

Ainda que a pena máxima cominada seja extremamente grave, a fixação da pena nos seus patamares mínimos possibilita uma série de benefícios, como a suspensão condicional da pena (art. 77), suspensão por penas restritivas de direitos (art. 44 CP) ou cumprimento inicial em regime aberto⁵⁸⁵, além do fato de que será imposta através de um processo penal dotado de amplas garantias.

As sanções administrativas referentes aos delitos que causem enriquecimento ilícito, por sua vez, podem implicar a perda da função pública, a suspensão dos direitos políticos pelo período mínimo de 8 anos, a multa de até três vezes o valor desviado, com a previsão de sequestro cautelar de bens desde o início da ação.

A disparidade entre as sanções penal e administrativa, todavia, é mais acentuada nos delitos mais levemente apenados pelo Código Penal, que, em geral, correspondem a condutas de infração aos princípios da administração pública descritos no art. 11 da Lei de improbidade administrativa.

O Projeto de Reforma do Código penal não altera substancialmente a situação acima descrita, uma vez que mantém basicamente a mesma essência dos delitos contra a administração pública previstos no diploma penal vigente, com alterações restritas ao aumento de dois para três anos para a pena mínima do delito de corrupção, e ao acréscimo já mencionado do delito de enriquecimento ilícito.

O delito de prevaricação, previsto no art. 319 do Código Penal, tem pena de detenção de 3 meses a 1 ano, com a possibilidade de transação penal pela Lei n. 9.099/95, enquanto as sanções administrativas previstas no art. 12, III da Lei de improbidade incluem a perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de 3 a 5 anos, pagamento de

⁵⁸⁵ Mesmo considerando o art. 33 par. 4, do CP.

multa de até 100 vezes o valor da remuneração do funcionário, e a proibição de receber benefícios ou incentivos fiscais e, conforme o art. 17 da mesma lei, não permitem a transação penal ou a conciliação, tendo em vista tratarem de interesse público.

O mesmo ocorre com os delitos de emprego irregular de verbas públicas (art. 315 do Código penal) e advocacia administrativa (art. 321) com penas de um a três meses, bem como com o delito de violação de sigilo funcional (art. 325), com pena de três meses a dois anos, que merecerão os benefícios previstos para os delitos de menor potencial ofensivo, ao passo que o mesmo ato, quando julgado pela Administração pública, pode levar às graves penas já comentadas.

A falta de ponderação entre as sanções é ressaltada por Capez, que afirma não ser possível afastar a “gritante desproporcionalidade” entre as penas previstas no Código Penal e na Lei de Improbidade Administrativa, “afastando-se o argumento de que ao Direito penal incumbiria a imposição das mais drásticas sanções”⁵⁸⁶.

Diante de tais desproporções, a doutrina administrativa, bem como a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça vem matizando as posições de que se trata de uma sanção exclusivamente administrativa, requerendo a aplicação de garantias de cunho penal no processo de investigação e imposição das mencionadas sanções⁵⁸⁷.

Esta desproporcionalidade das sanções, embora nos pareça uma deficiência inaceitável do sistema sancionador no âmbito das condutas abarcadas pela Lei de Improbidade, encontra defensores na doutrina.

Osório, por exemplo, menciona que o Direito penal é, “em tese”, mais grave do que o Direito administrativo, porém que esta não é uma lógica inerente ao sistema de sanções administrativas e penais. No tocante às sanções por improbidade administrativa entende como “inegavelmente positiva” a possibilidade de que uma multa imposta pela Administração seja de “muitíssimo maior valor” que a multa penal, apesar de reconhecer que as sanções por improbidade são realmente severas e que “afetam um conjunto considerável de direitos fundamentais”⁵⁸⁸.

⁵⁸⁶ CAPEZ, op. cit., p. 203.

⁵⁸⁷ Nesse sentido, FIGUEIREDO, op. cit., p. 329 e CAPEZ, op. cit., p. 203.

⁵⁸⁸ Prossegue o autor, em passagem que evidencia sua opinião sobre a proporcionalidade entre as sanções administrativas e penais: “Como se vê, *reduzido, para não dizer praticamente nulo, é o campo de atuação da proporcionalidade nessa esfera de intervenção estatal*, em termos de comparação dos tipos sancionadores

No que se refere à proibição de contratar com o poder público, por exemplo, menciona Figueiredo que, no âmbito econômico, financeiro, e da liberdade de iniciativa garantida constitucionalmente, tal punição é extremamente grave⁵⁸⁹.

A proibição de contratar com o serviço público não vem exaustivamente regulada e, no limite, pode ser encarada como uma norma que prevê uma sanção perpétua, motivo pelo qual a doutrina defende uma interpretação constitucional, devendo seu limite ser estabelecido pelo magistrado na imposição da sanção em ação civil⁵⁹⁰. A legislação administrativa até agora, no entanto, é omissa no tocante ao prazo de imposição da mencionada proibição de contratar e, enquanto tal deficiência não é sanada, aplicam-se os prazos previstos na lei 8.666/93, bem como a exigência de que seja determinada pelo judiciário.

Na sanção de cancelamento ou proibição de benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, a lei atinge, de uma só vez, a pessoa física e a pessoa jurídica eventualmente envolvidas nos atos de improbidade, quando houver, por parte desta última, o abuso de direito, excesso de poder ou infração legal⁵⁹¹.

A gravidade das sanções previstas na lei de improbidade administrativa também é comprovada pela sanção de perda da função pública que pode acarretar, inclusive, a perda da aposentadoria do servidor público que já esteja aposentado à época da condenação⁵⁹².

4.2.4. A legislação nacional e espaço intermediário de Hassemer

As breves considerações produzidas acima sobre as infrações praticadas por funcionários públicos previstas no Código Penal e na Lei de improbidade administrativa tem o condão de identificar uma das hipóteses aventadas neste trabalho, a saber, de que há

penal e administrativo, dada a independência das esferas". OSÓRIO, F. M. *Direito administrativo sancionador...*cit., p. 199 (grifos nossos).

⁵⁸⁹ FIGUEIREDO, op. cit., p. 163

⁵⁹⁰ PAZZAGLINI FILHO, op. cit., p. 152.

⁵⁹¹ Conforme Figueiredo: "A lei em foco é radical, ao atingir com uma só penada a pessoa física e a pessoa jurídica, sem qualquer consideração a respeito de eventual conexão entre ambas as figuras – pessoa física e jurídica". Op. cit., p. 165.

⁵⁹² PAZZAGLINI FILHO, , op. cit., p.150.

certos espaços normativos nos quais a sanção administrativa é tão grave que se aproxima das sanções criminais impostas aos delitos não violentos. Esta aproximação poderia representar o preenchimento do espaço sancionatório intermediário visualizado por Hassemer por meio do Direito de intervenção.

Sendo assim, como buscamos demonstrar neste capítulo, há uma crescente aproximação entre o Direito administrativo sancionador e o Direito penal e, especialmente, no caso das condutas de improbidade administrativa, pode-se falar até da existência de uma interposição entre as duas esferas. Assim, a prática do Direito administrativo sancionador contemporâneo indica estar já tão próxima do Direito penal, que torna difícil a separação entre os dois modelos de sanção, ocasionando inclusive a dupla regulação e punição das mesmas condutas.

Nesse sentido, a Lei de improbidade poderia apontar, concretamente, que o espaço intermediário de sanções sugerido por Hassemer por meio do Direito de intervenção já encontra realização material na legislação nacional, ainda que sem o detalhamento e as críticas pertinentes a este sistema proposto pelo autor alemão.

4.2.5. Demais legislações especiais

Outras leis especiais poderiam ser aventadas, cuja aplicação penal diante dos benefícios do *sursis*, progressão de regimes e substituição de penas restritivas de direitos, assim como os casos citados acima, demonstram que há hipóteses nas quais as sanções administrativas são tão ou mais graves do que as penais, configurando hipoteticamente o Direito de intervenção propugnado por Hassemer.

Neste sentido, a Lei n. 12.529, de 30 de novembro de 2011, conhecida como a “Lei do super CADE”, previu nos artigos 36 e 37, as infrações e, respectivamente, as sanções aplicadas às infrações a livre concorrência.

Estas infrações são sujeitas a multas calculadas com base no faturamento bruto das empresas envolvidas ou, caso não seja possível tal critério, o valor de cinquenta mil a dois bilhões de reais (art. 37).

O caso da Whirlpool (Unidade Embraco), empresa fabricante de refrigeração, que, é paradigmático, uma vez que a acusada de prática de cartel acabou celebrando um acordo com o Conselho Administrativo de Defesa Econômica, denominado de Termo de Compromisso de Cessão de Conduta (TCC), cuja multa foi no valor de R\$ 100 milhões⁵⁹³.

Por outro lado, os crimes contra a ordem econômica estão previstos no art. 4 da Lei n. 8.137/90, cuja sanção é de dois a cinco anos de reclusão e multa além de, caso aplicável, do possível aumento de pena do art. 12.

Considerando a remotíssima possibilidade da aplicação de pena de prisão e, ademais, o teto da multa penal, nítida é a desproporcionalidade das sanções, em que a mais grave é aquela prevista pelo direito administrativo sancionador.

Por fim, merece destaque a Lei n. 8.666, de 21 de junho de 1993, que trata das licitações e contratos administrativos, cuja tutela também enveredou-se para o direito penal ao tratar dos crimes e das penas no art. 89 ao 98, ainda que as sanções administrativas aplicadas sejam remetidas às disposições contratuais com o Poder Público.

A menção a estas leis, paralelamente a nossa breve análise da Lei de improbidade administrativa pretende apenas apontar para o amplo campo de pesquisa delineado pela “zona cinzenta” entre Direito penal e administrativo sancionador e representado conceitualmente pelo Direito de intervenção de Hassemer. Os limites desta dissertação não permitem maior aprofundamento no tratamento destas leis especiais, mas devem ser encaradas como um convite e um ponto de partida para esforços acadêmicos nesse sentido.

4.3 Combate à lavagem de dinheiro

O processo de criminalização da lavagem de dinheiro constitui, sem dúvida, uma manifestação paradigmática da expansão do Direito penal⁵⁹⁴. O controle da lavagem expande as fronteiras da norma penal em âmbito internacional, incorporando normativas internacionais de cooperação para o combate ao crime organizado.

⁵⁹³ Disponível em: <http://www.cade.gov.br/news/n021/destaques.htm>. Acesso em 14.09.2012.

⁵⁹⁴ SILVA SÁNCHEZ, Jesús Maria. Expansión del Derecho penal y blanqueo de capitales. In: SOUTO, Miguel Abel e STEWART, Nelson Sánchez (Orgs.). *II Congreso sobre la prevención y represión del blanqueo de dinero*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2011, p. 133.

Neste sentido, na esteira de grande parcela da legislação internacional⁵⁹⁵, a lei brasileira não se restringe mais aos delitos praticados no espectro de grandes organizações criminosas, como formulado inicialmente, estendendo-se também ao controle de todos os rendimentos, obtidos em decorrência de todas as classes de delitos (inclusive contravenções penais).

Para tornar efetivos os propósitos da lei, e especialmente aqueles provindos das recomendações internacionais de prevenção à inserção de ativos ilícitos na economia, o Direito administrativo sancionador torna-se protagonista na definição de deveres de colaboração e fiscalização dos particulares ou empresas que possam viabilizar (ou ser instrumentalizados) na prática da lavagem.

4.3.1 Lei nº 9.613/98

No Brasil, a Lei de lavagem de dinheiro, editada em 1998, foi recentemente modificada pela Lei 12.683/12. Trouxe a reforma alterações substanciais na antiga sistemática, tais como a extinção do rol de delitos antecedentes, e a ampliação do número de sujeitos subordinados à regulamentação administrativa das atividades econômico-financeiras, o estabelecimento dos deveres de informação e manutenção de bancos de dados sobre atividades suspeitas etc.⁵⁹⁶

Neste contexto legislativo, pode-se afirmar que a lei brasileira de lavagem de dinheiro apresenta uma natureza tripla, com normas de Direito administrativo sancionador (com a indicação de pessoas obrigadas a informar sobre atividades suspeitas e da sistematização de informações pelas agências de controle – Coaf), normas de Direito penal (que definem propriamente o delito e as etapas da lavagem), e também regras processuais

⁵⁹⁵ Cf. ABEL SOUTO, Miguel. *El blanqueo de dinero en la normativa internacional*. Santiago de Compostela: Universidade de Santiago de Compostela, 2002, p. 145 e ss.

⁵⁹⁶ Prescindimos, aqui, do rico debate em torno das características criminais da lavagem de dinheiro, a pertinência das interpretações que defendem a restrição deste delito a um número limitado de crimes que efetivamente apresentem lesividade social, a ampliação da possibilidade de lavagem de capitais oriundos de simples contravenções penais etc. Sobre o tema, afirmam Bottini e Badaró: “A nova lei brasileira de lavagem de dinheiro prevê que *todas as infrações penais* podem ser antecedentes do crime em comento. Não só o legislador abdicou do sistema de *rol taxativo*, como também deixou de lado o modelo da *moldura penal* ao dispor que *qualquer crime e contravenção* podem produzir produtos que possam abastecer a *lavagem de capitais*”. BOTTINI, Pierpaolo C e BADARÓ, Gustavo H. *Lavagem de dinheiro: aspectos penais e processuais penais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 82.

penais (que regulam as medidas cautelares e meios de prova aplicáveis à persecução da lavagem de dinheiro)⁵⁹⁷.

A tríplice natureza da lei favorece a interpretação a que nos propomos neste capítulo, qual seja, a do cotejamento entre a gravidade das sanções penais e administrativas previstas para o mesmo fato considerado criminoso, ou fatos de natureza similar.

Além disso, o detalhamento das regras administrativas previstas na lei permitem verificar que a tendência expansiva das normas sancionadoras não é exclusiva do Direito penal, uma vez que perpassa também a produção de regras e sanções administrativas. Em outras palavras, a expansão do Direito penal na esfera do combate à lavagem de dinheiro é acompanhada pela expansão do Direito administrativo sancionador⁵⁹⁸.

A reforma promovida pela Lei n. 12.683/12 ampliou o rol de pessoas físicas ou jurídicas descritas na lista de profissionais “sensíveis” ao delito de lavagem de dinheiro (bancos, casas de câmbio, gestores de fundos, corretoras de valores e de imóveis, notários, comerciantes de bens de alto valor, como joias e obras de arte, dentre outros elencados no art. 9º⁵⁹⁹). Estes profissionais têm a obrigação de identificar os clientes das transações que

⁵⁹⁷ Ibid., p. 36.

⁵⁹⁸ Conforme Bottini e Badaró: “Uma das mais importantes inovações do legislador em relação ao antigo texto legal foi a ampliação desse rol de entidades, *na linha de expansão também seguida por outros países*”. Ibid., p. 37. (grifos nossos).

⁵⁹⁹ Art. 9º Sujeitam-se às obrigações referidas nos arts. 10 e 11 as pessoas físicas e jurídicas que tenham, em caráter permanente ou eventual, como atividade principal ou acessória, cumulativamente ou não: (Redação dada pela Lei nº 12.683, de 2012) I - a captação, intermediação e aplicação de recursos financeiros de terceiros, em moeda nacional ou estrangeira II - a compra e venda de moeda estrangeira ou ouro como ativo financeiro ou instrumento cambial; III - a custódia, emissão, distribuição, liquidação, negociação, intermediação ou administração de títulos ou valores mobiliários. Parágrafo único. Sujeitam-se às mesmas obrigações: I - as bolsas de valores, as bolsas de mercadorias ou futuros e os sistemas de negociação do mercado de balcão organizado; (Redação dada pela Lei nº 12.683, de 2012) II - as seguradoras, as corretoras de seguros e as entidades de previdência complementar ou de capitalização; III - as administradoras de cartões de credenciamento ou cartões de crédito, bem como as administradoras de consórcios para aquisição de bens ou serviços; IV - as administradoras ou empresas que se utilizem de cartão ou qualquer outro meio eletrônico, magnético ou equivalente, que permita a transferência de fundos; V - as empresas de arrendamento mercantil (leasing) e as de fomento comercial (factoring); VI - as sociedades que efetuem distribuição de dinheiro ou quaisquer bens móveis, imóveis, mercadorias, serviços, ou, ainda, concedam descontos na sua aquisição, mediante sorteio ou método assemelhado; VII - as filiais ou representações de entes estrangeiros que exerçam no Brasil qualquer das atividades listadas neste artigo, ainda que de forma eventual; VIII - as demais entidades cujo funcionamento dependa de autorização de órgão regulador dos mercados financeiro, de câmbio, de capitais e de seguros; IX - as pessoas físicas ou jurídicas, nacionais ou estrangeiras, que operem no Brasil como agentes, dirigentes, procuradoras, comissionárias ou por qualquer forma representem interesses de ente estrangeiro que exerça qualquer das atividades referidas neste artigo; X - as pessoas físicas ou jurídicas que exerçam atividades de promoção imobiliária ou compra e venda de imóveis; (Redação dada pela Lei nº 12.683, de 2012) XII - as pessoas físicas ou jurídicas que comercializem bens de luxo ou de alto valor ou exerçam atividades que envolvam grande volume de recursos em espécie. (Incluído pela Lei nº 10.701, de 9.7.2003) XII - as pessoas físicas ou jurídicas que comercializem bens de luxo ou de alto valor, intermedieiem a sua comercialização ou exerçam atividades que envolvam grande

operarem, e manter registros de todas as operações econômicas não habituais, das quais se suspeite sejam provenientes de atividades ilícitas. Estas informações deverão ser posteriormente remetidas às autoridades competentes, quais sejam, o Conselho de Controle de Atividades Financeiras (Coaf), Banco Central, Comissão de Valores Mobiliários (CVM), Superintendência de Seguros Privados (SUSEP), ou Secretaria de Previdência Complementar (SPC).

Os profissionais sensíveis têm a obrigação de informar não somente as atividades anormais aos órgãos de controle, mas também de remeter ao Coaf um relatório de todas as atividades, inclusive as “normais”, conforme prevê o art. 11, II.

O art. 12 da Lei elenca o rol de sanções administrativas impostas aos entes descritos no art. 9º (os mencionados profissionais de setores sensíveis à lavagem) que deixem de cumprir as referidas obrigações de informar sobre transações consideradas suspeitas, ou que se abstenham de manter os registros de atividades descritas no art. 10 da lei em comento.

4.3.2 Sanções administrativas

As sanções previstas no art. 12⁶⁰⁰ são: advertência, multa pecuniária, inabilitação temporária, e cassação ou suspensão da autorização para o exercício da atividade. Há,

volume de recursos em espécie; (Redação dada pela Lei nº 12.683, de 2012) XIII - as juntas comerciais e os registros públicos; (Incluído pela Lei nº 12.683, de 2012) XIV - as pessoas físicas ou jurídicas que prestem, mesmo que eventualmente, serviços de assessoria, consultoria, contabilidade, auditoria, aconselhamento ou assistência, de qualquer natureza, em operações: (Incluído pela Lei nº 12.683, de 2012) a) de compra e venda de imóveis, estabelecimentos comerciais ou industriais ou participações societárias de qualquer natureza; (Incluída pela Lei nº 12.683, de 2012) b) de gestão de fundos, valores mobiliários ou outros ativos; (Incluída pela Lei nº 12.683, de 2012) c) de abertura ou gestão de contas bancárias, de poupança, investimento ou de valores mobiliários; (Incluída pela Lei nº 12.683, de 2012) d) de criação, exploração ou gestão de sociedades de qualquer natureza, fundações, fundos fiduciários ou estruturas análogas; (Incluída pela Lei nº 12.683, de 2012) e) financeiras, societárias ou imobiliárias; e (Incluída pela Lei nº 12.683, de 2012) f) de alienação ou aquisição de direitos sobre contratos relacionados a atividades desportivas ou artísticas profissionais; (Incluída pela Lei nº 12.683, de 2012) XV - pessoas físicas ou jurídicas que atuem na promoção, intermediação, comercialização, agenciamento ou negociação de direitos de transferência de atletas, artistas ou feiras, exposições ou eventos similares; (Incluído pela Lei nº 12.683, de 2012) XVI - as empresas de transporte e guarda de valores; (Incluído pela Lei nº 12.683, de 2012) XVII - as pessoas físicas ou jurídicas que comercializem bens de alto valor de origem rural ou animal ou intermedeiem a sua comercialização; e (Incluído pela Lei nº 12.683, de 2012) XVIII - as dependências no exterior das entidades mencionadas neste artigo, por meio de sua matriz no Brasil, relativamente a residentes no País. (Incluído pela Lei nº 12.683, de 2012)

⁶⁰⁰ Art. 12. Às pessoas referidas no art. 9º, bem como aos administradores das pessoas jurídicas, que deixem de cumprir as obrigações previstas nos arts. 10 e 11 serão aplicadas, cumulativamente ou não, pelas

assim, uma progressão na gravidade das penas, que vão da advertência à cassação da autorização.

Dentre elas, a advertência é, sem dúvida, a sanção administrativa mais branda, aplicável no caso de descumprimento das obrigações de identificar os clientes, manter o cadastro atualizado das atividades financeiras, e registrar as transações em moeda nacional ou estrangeira, envolvendo títulos e valores mobiliários que ultrapassem o limite fixado pela autoridade.

A segunda modalidade de pena é a multa, aplicável quando os agentes financeiros elencados no art. 9º agirem com culpa ou dolo em relação às seguintes infrações: deixar de sanar as irregularidades que tenham sido objeto de advertência anterior; não proceder à identificação dos clientes e a manutenção do cadastro atualizado, ou não manter registro das transações em moeda nacional ou estrangeira; deixar de adotar procedimentos de controle e prevenção internos, de acordo com o porte da instituição, não registrar-se ou não manter cadastro atualizado junto ao Coaf; deixar de prestar informações aos órgãos fiscalizadores e reguladores (ou, na falta destes, ao Coaf) dentro da forma e prazo por eles estabelecidos; ou que descumpram a vedação (proibição de informar ao cliente que sua atividade foi reportada ao Coaf).

A previsão legal da pena de multa é que esta seja variável, não superior ao dobro do valor da operação, ao dobro do lucro real obtido ou que presumivelmente seria obtido pela realização da operação, ou ao valor de *vinte milhões de reais*.

autoridades competentes, as seguintes sanções: I - advertência; II - multa pecuniária variável não superior: (Redação dada pela Lei nº 12.683, de 2012) a) ao dobro do valor da operação; (Incluída pela Lei nº 12.683, de 2012) b) ao dobro do lucro real obtido ou que presumivelmente seria obtido pela realização da operação; ou (Incluída pela Lei nº 12.683, de 2012) c) ao valor de R\$ 20.000.000,00 (vinte milhões de reais); (Incluída pela Lei nº 12.683, de 2012) III - inabilitação temporária, pelo prazo de até dez anos, para o exercício do cargo de administrador das pessoas jurídicas referidas no art. 9º; IV - cassação ou suspensão da autorização para o exercício de atividade, operação ou funcionamento. (Redação dada pela Lei nº 12.683, de 2012) § 1º A pena de advertência será aplicada por irregularidade no cumprimento das instruções referidas nos incisos I e II do art. 10. § 2º A multa será aplicada sempre que as pessoas referidas no art. 9º, por culpa ou dolo: (Redação dada pela Lei nº 12.683, de 2012) I – deixarem de sanar as irregularidades objeto de advertência, no prazo assinalado pela autoridade competente; II - não cumprirem o disposto nos incisos I a IV do art. 10; (Redação dada pela Lei nº 12.683, de 2012) III - deixarem de atender, no prazo estabelecido, a requisição formulada nos termos do inciso V do art. 10; (Redação dada pela Lei nº 12.683, de 2012) IV - descumprirem a vedação ou deixarem de fazer a comunicação a que se refere o art. 11. § 3º A inabilitação temporária será aplicada quando forem verificadas infrações graves quanto ao cumprimento das obrigações constantes desta Lei ou quando ocorrer reincidência específica, devidamente caracterizada em transgressões anteriormente punidas com multa. § 4º A cassação da autorização será aplicada nos casos de reincidência específica de infrações anteriormente punidas com a pena prevista no inciso III do caput deste artigo.

Dentro da hipótese aventada neste trabalho, é significativa a avaliação da pena de multa prevista para aqueles que descumprirem as regras administrativas de informação, cadastro etc., especialmente quando comparada à pena de multa prevista aos autores do crime de lavagem.

4.3.3 Cotejo com a sanção penal

A pena de multa aplicável ao agente da lavagem de dinheiro deve ser regulada pelos artigos 49 a 52 do Código Penal vigente, variando entre 10 e 360 dias de multa, que deve ser fixada no intervalo de um trigésimo a cinco vezes o salário mínimo. A fixação da pena de multa deverá obedecer também os critérios previstos no art. 59 do Código Penal (antecedentes, culpabilidade, etc.) e à capacidade econômica do agente.

Considerando-se o salário mínimo vigente (R\$622,00)⁶⁰¹, a máxima pena de multa que poderá ser imposta ao autor da lavagem de dinheiro, aplicando-se a pena de 360 dias-multa, e considerando-se cinco vezes o valor do salário mínimo para calcular cada um dos dias multa é de R\$1.119.600,00 (um milhão cento e dezenove mil e seiscentos reais). Mesmo com a previsão máxima do Projeto de Código Penal⁶⁰² (dez vezes o valor do salário mínimo para o cálculo do dia-multa, e previsão de até 720 dias-multa), a multa aplicada seria de R\$ 4.478.400,00.

A sanção administrativa, por outro lado, prevê a imposição de multas que variam do dobro do valor da operação de lavagem de dinheiro até o teto de vinte milhões de reais.

Assim, tem razão Barros ao afirmar que o critério utilizado para a “pena” pecuniária de natureza administrativa é muito mais rigorosa do que aquele destinado ao próprio agente “lavador”⁶⁰³.

⁶⁰¹ Decreto nº 7.655, de 23 de dezembro de 2011.

⁶⁰² O Projeto de Reforma do Código Penal (PL 236/2012) estabelece, no art. 67, que a pena de multa deverá ser de no mínimo 30 e no máximo 720 dias-multa, calculados entre um trigésimo e dez vezes o valor do salário mínimo. Insere também o Projeto o art. 66, que determina o perdimento de bens oriundos da prática delitiva ou referentes ao prejuízo causado. Vale ressaltar que, a nosso ver, o Projeto de Código resgata a importância da pena de multa, delimitando novos intervalos de valores – dentre motivos de política criminal expressamente mencionados pela Comissão – também em virtude da inserção da regra de responsabilidade penal da pessoa jurídica, e da inserção de muitos delitos de cunho patrimonial, que poderão ser compensados pela restituição mediante a multa, como os inúmeros delitos previstos contra os consumidores, por exemplo.

⁶⁰³ BARROS, Marco Antonio. *Lavagem de capitais e obrigações civis correlatas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 405.

Bottini e Badaró também observam o disparate entre as sanções, ao afirmarem que as sanções pecuniárias aplicáveis às pessoas infratoras (físicas e jurídicas) elencadas no art. 9º, podem chegar até o valor de vinte milhões de reais, ao passo que as sanções penais aplicadas aos agentes que promoveram a lavagem são limitadas a 5.400 salários mínimos⁶⁰⁴.

4.3.4 Desproporcionalidade entre as previsões em abstrato

A comparação acima é suficiente para indicar a falta de proporcionalidade entre a previsão administrativa e penal das sanções cominadas, e tem como objetivo evidenciar a gravidade da sanção administrativa imposta em abstrato, que poderá, em muitos casos, equiparar-se à imposição da multa penal, ou mesmo vir a superá-la⁶⁰⁵.

Mas não é só a quantidade da pena/sanção que traduz a desproporcionalidade de tratamento. Isto porque existe a possibilidade de que o autor da lavagem de dinheiro, considerando a punição isoladamente deste delito (isto é, não cumulada com as penas de eventuais delitos antecedentes), substitua a pena de prisão por pena restritiva de direitos, nos termos do art. 44 do CP, caso sua condenação não ultrapasse os quatro anos previstos no mencionado artigo, cumulada com a multa, e limitada conforme os parâmetros mencionados.

É importante ressaltar, nesta discussão, que as penas mínima e máxima impostas em abstrato pela lei aos sentenciados por lavagem de dinheiro já é demasiadamente alta, uma vez que desconsidera o delito anterior, prevendo a imposição da mesma pena àquele que pratique a lavagem de rendimentos resultantes de delitos de menor potencial ofensivo e àquele que lave os rendimentos provenientes do tráfico de drogas. Este dado só realça a severidade da sanção administrativa prevista na lei.

⁶⁰⁴ BOTTINI e BADARÓ, op. cit., p. 153

⁶⁰⁵ É digno de nota que em nenhuma hipótese esta comparação sugere, segundo nosso ponto de vista, o aumento da sanção penal prevista, já bastante grave. Neste sentido, vale destacar, inclusive, que a previsão da pena de prisão de três a dez anos prevista pela lei brasileira supera em muito a pena máxima imposta para o delito de lavagem de dinheiro em países com Alemanha e França, nos quais a pena máxima é de cinco anos. A Itália é exceção, com penas que variam de quatro a 12 anos. Cf. GOMES, Luís Flávio; CERVINI, Raúl, TERRA DE OLIVEIRA, William. *Lei de lavagem de capitais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 191 e ss. Na Argentina, recente alteração legislativa estabeleceu a pena para o delito entre seis meses a três anos (Lei nº 25.246).

Diante da punição administrativa por imprudência, ademais, é possível que a pessoa física ou jurídica que presta serviços para viabilizar a lavagem de dinheiro receba uma punição menor do que aquela pessoa que, negligentemente, deixe de fornecer dentro do prazo determinado as informações exigidas pelos órgãos específicos de controle de atividades financeiras ou pelo Coaf.

A aproximação das sanções penal e administrativa, nesse sentido, é capaz de demonstrar o que afirmamos nos capítulos anteriores, de que existe uma zona de difícil delimitação entre as sanções penais e administrativas de determinada gravidade.

Como vimos, é possível encontrarmos alguma equivalência na gravidade das sanções aplicadas em caso de dolo, e em hipóteses de culpa, em discordância com o princípio de proporcionalidade. Isto pois a prática dolosa do delito de lavagem tem como consequência uma elevada pena de multa, acompanhada por uma pena restritiva de direitos, enquanto a conduta imprudente ou negligente é sancionada com uma pena de multa no valor do dobro da operação realizada (que pode chegar a 20 milhões de reais).

Além disso, a previsão da Lei de lavagem implementa a lógica preventiva característica do “Direito penal moderno”, pela via de imposição de graves sanções, ainda que restringindo as penas privativas de liberdade aos autores do branqueamento de capitais⁶⁰⁶.

Barros afirma que o legislador “cometeu um deslize”⁶⁰⁷ ao impor penas de multa mais severas ao sujeito-obrigado do que ao autor do delito de lavagem. Não estamos convencidos de que se trate de um deslize do legislador, mas sim de uma aspecto programado da lei com a finalidade de dissuadir a eventual participação de profissionais (notários, corretores de valores etc.) na lavagem de dinheiro, de tornar o risco da atividade demasiado alto para que colaborem com a atividade de inserção de dinheiro ilícito no mercado.

⁶⁰⁶ Conforme Zaffaroni e Pierangeli, ao impor-se uma multa, persegue-se o objetivo de reparar o dano que a falta acarreta à administração e provocar uma privação de bens jurídicos a fim de motivar o sujeito para que no futuro não volte a repetir a mesma conduta (prevenção especial). *Manual de Direito penal brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 150.

⁶⁰⁷ BARROS, op. cit., p. 405.

O viés preventivo da norma administrativa pode, aqui, ser destacado como um dos elementos de prevenção técnica apontados por Hassemer como integrante do Direito de intervenção.

Nesse sentido, Silva Sánchez aponta para a pertinência de uma análise econômica do delito (teoria da escolha racional), mencionando que a regulamentação detalhada das infrações administrativas e a ampliação do Direito penal neste setor tem especialmente a intenção de aumentar os custos da lavagem de dinheiro, tanto porque facilita a obtenção de provas para o processo criminal, quanto pela perda gerada pela imposição de multas⁶⁰⁸.

Demonstra, dessa forma, a importante vertente preventiva da lei, que integra elementos de Direito administrativo sancionador e de Direito penal, para a proteção de bens jurídicos coletivos e, especialmente, diante do protagonismo das agências administrativas, especialmente o Coaf, para se atingir os objetivos da lei.

4.3.5 Prevenção técnica

Outra modalidade de pena estabelecida pela Lei de lavagem é a inabilitação temporária, aplicável por dez anos aos agentes de “setores sensíveis”, impedindo-os de atuarem como administradores das pessoas jurídicas descritas no art. 9º da Lei. O § 3º prevê a inabilitação para agentes que cometerem infrações graves no cumprimento das normas administrativas de prevenção, ou que apresentarem reincidência específica em alguma das infrações acima descritas. A reincidência, neste caso, é a repetição da irregularidade administrativa, ou seja, o descumprimento do dever de informar às autoridades fiscalizadoras⁶⁰⁹.

O art. 12, §4º prevê a cassação da autorização nas hipóteses de reincidência específica na infração que tenha gerado anteriormente a pena de inabilitação temporária.

À semelhança do que analisamos nos comentários à Lei de Improbidade Administrativa, trata-se da imposição de uma sanção grave, cujos efeitos podem se prolongar por mais tempo do que a previsão penal, e que por isso exigirá da jurisprudência

⁶⁰⁸ Expansión del Derecho penal y blanqueo de capitales...cit., p. 134.

⁶⁰⁹ BARROS, op. cit., p. 406.

a construção de parâmetros decisórios para a cassação da autorização, assim como de prazos e hipóteses para a solicitação de nova autorização.

A razoabilidade da sanção, bem como critérios de proporcionalidade, devem ser incorporados pela autoridade sancionadora⁶¹⁰. As agências fiscalizadoras, contudo, são independentes entre si para o combate à lavagem de dinheiro, o que as permite estabelecer critérios próprios de sanção disciplinar, de acordo com a área específica em que atuam⁶¹¹. Como mencionado, no entanto, isso não significa que possam afastar-se dos critérios de proporcionalidade entre si, já que as regras e sanções previstas devem guardar coerência entre si.

Dentro da mencionada discricionariedade e independência das agências fiscalizadoras, verificamos que cada uma delas possui suas próprias normas, estabelecendo os prazos e detalhes do fornecimento de informações sobre operações suspeitas, completando a previsão sancionadora administrativa da Lei de lavagem.

As já mencionadas agências competentes para a reunião de informações sobre lavagem de dinheiro, e repasse destas à serviços de inteligência (como o COAF ou outros órgãos internacionais) são o Banco Central, a Comissão de Valores Mobiliários (CVM), a Superintendência de Seguros Privados (SUSEP), a Secretaria de Previdência Complementar (SPC) e, na falta de um órgão regulador específico para o setor (comércio de joias, objetos de arte e antiguidades, metais preciosos), o próprio Coaf.

O Banco Central, em complemento às normas do COAF e da Lei de lavagem, editou a circular 2.852/98⁶¹² que, em grande medida, reproduz o conteúdo da lei federal. A circular traduz para as entidades bancárias o detalhamento⁶¹³ da fiscalização e fornecimento de informações sobre operações consideradas suspeitas, orientando sobre a

⁶¹⁰ Ressalte-se também que o processo sancionador deve obedecer ao contraditório e à ampla defesa, pois se trata de máxima constitucional. O COAF é o órgão regulador do procedimento administrativo, que será instaurado, mediante despacho de seu presidente, em prazo não superior a 10 dias, contado do conhecimento da infração ou do recebimento das comunicações a que se refere o art. 11, II da Lei de Lavagem, conforme o Regimento interno do COAF, disposto na Portaria 330/98 do Ministério da Fazenda.

⁶¹¹ BARROS, op. cit., p. 407.

⁶¹² Disponível em http://www.bcb.gov.br/pre/normativos/circ/1998/pdf/circ_2852_v2_L.pdf. Acesso em 27.09.2012.

⁶¹³ A Circular complementar 2.826/98 indica que são automaticamente suspeitas atividades que revelem aumentos substanciais no volume de depósito de qualquer pessoa física ou jurídica, sequências de pequenos depósitos que, em conjunto, alcancem grandes somas, troca de grandes quantidades de notas de pequeno valor por notas de grande valor, propostas de câmbio de grandes quantias, ou mesmo depósito de grandes quantias via caixas eletrônicos.

necessidade de que seja averiguada a compatibilidade entre movimentações de recursos e a capacidade financeira (art. 1º, II). A Circular inclui também no rol de agências reguladas as administradoras de consórcios, pessoas autorizadas a operar no mercado de cambio de taxas flutuantes, e agências de turismo⁶¹⁴. Estabelece também a necessidade de registro de operações realizadas com uma mesma pessoa, em relação ao mesmo conglomerado, que superem, dentro de um mês, o limite de 10 mil reais. (art. 1º, §3, I c.c. art. 4º, I). Estas mesmas regras são reproduzidas pelas instruções 301/99 e 325/00 da Comissão de Valores Mobiliários – CVM, e pela Resolução CNSP 9/2002, que estabelece os parâmetros da sanção disciplinar impostos pela Superintendência de Seguros Privados – SUSEP.

A Circular 3339/06, também do Banco Central, estabelece os parâmetros para a reunião de informações sobre transações financeiras de pessoas publicamente expostas. A Carta Circular 2.826/98, por sua vez, evidencia o caráter preventivo da norma administrativa, regulando todas as transações de conta corrente que devem observar os bancos, a fim de informar a possibilidade de que estejam sendo utilizadas para a lavagem de dinheiro⁶¹⁵.

⁶¹⁴ “Parágrafo 3. Independentemente do estabelecido no inciso III do caput, deverão ser registradas: I - as operações que, realizadas com uma mesma pessoa, conglomerado ou grupo, em um mesmo mês calendário, superem, por instituição ou entidade, em seu conjunto, o limite estabelecido no art. 4., inciso I; II - as operações cujo titular de conta corrente apresente créditos ou débitos que, por sua habitualidade, valor e forma, configurem artifício que objetive burlar os mecanismos de identificação de que se trata”.

⁶¹⁵ II - situações relacionadas com a manutenção de contas correntes; a) movimentação de recursos incompatível com o patrimônio, a atividade econômica ou a ocupação profissional e a capacidade financeira presumida do cliente; b) resistência em facilitar as informações necessárias para a abertura de conta, oferecimento de informação falsa ou prestação de informação de difícil ou onerosa verificação; c) atuação, de forma contumaz, em nome de terceiros ou sem a revelação da verdadeira identidade do beneficiário; d) numerosas contas com vistas ao acolhimento de depósitos em nome de um mesmo cliente, cujos valores, somados, resultem em quantia significativa; e) contas que não demonstram ser resultado de atividades ou negócios normais, visto que utilizadas para recebimento ou pagamento de quantias significativas sem indicação clara de finalidade ou relação com o titular da conta ou seu negócio; f) existência de processo regular de consolidação de recursos provenientes de contas mantidas em várias instituições financeiras em uma mesma localidade previamente as solicitações das correspondentes transferências; g) retirada de quantia significativa de conta até então pouco movimentada ou de conta que acolheu depósito inusitado; h) utilização conjunta e simultânea de caixas separados para a realização de grandes operações em espécie ou de cambio; i) preferência a utilização de caixas-fortes, de pacotes cintados em depósitos ou retiradas ou de utilização sistemática de cofres de aluguel; j) dispensa da faculdade de utilização de prerrogativas como recebimento de crédito, de altos juros remuneratórios para grandes saldos ou, ainda, de outros serviços bancários especiais que, em circunstâncias normais, seriam valiosas para qualquer cliente; l) mudança repentina e aparentemente injustificada na forma de movimentação de recursos e/ou nos tipos de transação utilizados; m) pagamento inusitado de empréstimo problemático sem que haja explicação aparente para a origem dos recursos; n) solicitações frequentes de elevação de limites para a realização de operações; o) atuação no sentido de induzir funcionário da instituição a não manter, em arquivo, relatórios específicos sobre alguma operação realizada; p) recebimento de recursos com imediata compra de cheques de viagem, ordens de pagamento ou outros instrumentos para a realização de pagamentos a terceiros; q) recebimento de depósitos em cheques e/ou em espécie, de várias localidades, com transferência para terceiros; r) transações envolvendo clientes não residentes; s) solicitação para facilitar a concessão de financiamento - particularmente de imóveis quando

Chama a atenção o limite estabelecido pelo Banco Central, em grande medida seguido pela CVM e SUSEP, do valor de dez mil reais como parâmetro mínimo de repasse de informações dos bancos e outras entidades descritas na Lei de lavagem, pois com base em um dever de informação tão amplo (pensemos no número de transações diárias de um banco ou corretora de valores que supera este patamar) são grandes as possibilidades de infração, a título de culpa (por negligência, imprudência etc.), do dever de informar, incorrendo nas graves sanções administrativas já comentadas.

Ademais, cumpre observar também que a sanção do órgão regulador, em determinados setores, como o bancário, já pode significar o descrédito importante desta instituição perante os potenciais clientes, representando, por si só, o agravamento da sanção administrativa prevista.

Outra não é a observação de Barros, para quem a só a divulgação do envolvimento da empresa com a lavagem de dinheiro, ainda que culposa, é suficiente para denegrir gravemente sua reputação no mercado ⁶¹⁶.

Assim, como indicado, a Lei de lavagem de dinheiro estabelece os dois tipos básicos de prevenção técnica: centralizada, com a criação do COAF como órgão unificador das políticas de prevenção à lavagem de dinheiro; e descentralizada, impondo aos administrados (atuantes em áreas sensíveis ao delito) o dever de colaborar com o fornecimento de informações e implementação de *compliance officers* para evitar que empresas ou outras entidades sejam instrumentalizadas para a lavagem de dinheiro.

A previsão de regras intensivas exigindo a colaboração do setor privado na lavagem de dinheiro acaba por transformar todos os agentes atuantes em setores sensíveis à lavagem

a fonte de renda do cliente não está claramente identificada; t) abertura e/ou movimentação de conta por detentor de procuração ou qualquer outro tipo de mandato; u) abertura de conta em agência bancária localizada em estação de passageiros - aeroporto, rodoviária ou porto internacional ou pontos de atração turística, salvo se por proprietário, sócio ou empregado de empresa regularmente instalada nesses locais; v) proposta de abertura de conta corrente mediante apresentação de documentos de identificação e número do Cadastro de Pessoa Física (CPF) emitidos em região de fronteira ou por pessoa residente, domiciliada ou que tenha atividade econômica em países fronteiriços x) movimentação de contas correntes que apresentem débitos e créditos que, por sua habitualidade, valor e forma, configurem artifício para burla da identificação dos responsáveis pelos depósitos e dos beneficiários dos saques

⁶¹⁶ GOMES et al., op. cit., p. 367. No mesmo sentido, Cf. LOBO DA COSTA, Helena. *Proteção penal do meio ambiente*. São Paulo: Saraiva, 2010.

em garantes do não cometimento deste crime, expandindo as responsabilidades penais⁶¹⁷. E o faz, ainda, mediante a ampliação das regras administrativas e penais.

Um dos principais elementos sugeridos por Hassemer, na formulação do Direito de intervenção é justamente este aspecto, a saber, a transferência de tipos de prevenção geral do Direito penal para este novo ramo, com a imposição de penas que não necessariamente serão proporcionalmente mais brandas.

Nesse sentido, a exacerbação das sanções administrativas buscando a prevenção do delito, bem como a agravação das penas criminais permitem-nos vislumbrar que a gravidade das consequências jurídicas impostas tanto aos agentes de lavagem, quando aos administrativamente obrigados, aproxima as áreas penal e administrativa e, principalmente, pode indicar que os indícios de flexibilização de garantias processuais em troca de exclusão da pena de prisão já é uma realidade no cenário normativo brasileiro.

Deve-se ressaltar que este processo de aproximação pode ser verificado precisamente em uma das principais áreas de expansão do Direito penal, evidenciando uma expansão paralela e concomitante das sanções administrativas.

4.4 Caso Siemens

Em 15 de Novembro de 2006, por volta de 200 agentes policiais, procuradores e fiscais da receita federal alemã conduziram uma grande operação de busca e apreensão nos escritórios do conglomerado Siemens AG. Descobre-se um extenso esquema de corrupção de agentes públicos e privados para fraudar licitações em diversos países e conseguir, assim a assinatura de contratos de prestação de serviços e vendas de mercadorias. Estas operações teriam mobilizado, através de caixa dois, 1.3 bilhões de euros.

Com consequência das investigações e processos, o conglomerado pagou desde

⁶¹⁷ Conforme menciona Silva Sánchez: “al menos a ciertos sujetos especialmente obligados se les imponen deberes de garante cuyo objeto es la propia evitación del blanqueo y no ya su denuncia”. *Expansión del Derecho penal y blanqueo de capitales...cit.*, p. 135.

então mais de 1 bilhão de euros em multas para as autoridades alemãs e estadunidenses.⁶¹⁸ Uma publicação de negócios alemã estima que os gastos com multas e honorários advocatícios, somados ao pagamento dos impostos que haviam sido sonegados do montante do caixa dois, elevam a soma a mais de 2 bilhões de euros⁶¹⁹ dispendidos pela empresa, somando as defesas e custos dos processos penal, administrativo e tributário.

A investigação iniciada na Alemanha desvendou uma série de atos de corrupção em países como Alemanha, Argentina e Grécia. O primeiro escândalo de corrupção descoberto envolvia uma série de transferências milionárias para a organização sindical *Arbeitsgemeinschaft Unabhängiger Betriebsangehöriger* (AUB) de postura condescendente com os empregadores e opositora do sindicato combativo IG Metal. O fomento a esta organização sindical visava diminuir as demandas por direitos trabalhistas por parte de seus funcionários.

No caso referente ao sindicato, o membro do conselho de administração Johannes Feldmayer foi condenado a dois anos de pena restritiva de direitos e ao pagamento de multa de 28.800 Euros, por incorrer no crime de abuso de confiança (§ 266 do StGB) e evasão fiscal. Feldmayer teria sido responsável por fechar o acordo entre a empresa e o sindicato. O líder do sindicato AUB, Wilhelm Schelsky, por sua vez, foi condenado a 4 anos e meio de prisão por estelionato, como partícipe no crime de abuso de confiança e delitos fiscais (a sentença foi diminuída para 29 meses) perpetrados por Feldmayer. Entre Janeiro de 2011 e 2006 o sindicalista teria recebido mais de 30 milhões de Euros da Siemens para constituir a organização sindical.⁶²⁰ A acusação por estelionato leva-o a cumprir pena de prisão.

Além das acusações referentes à destinação de recursos para suprimir as demandas trabalhistas por meio de um novo sindicato, apura-se que grande parte da rede de corrupção de que participava a empresa estava centralizada na área de telecomunicações. Nesta área se concentravam a maior parte dos desvios para pagamento de propina.

Thomas Ganswindt, membro do comitê executivo da Siemens AG entre 2004 e

⁶¹⁸ *Bewährungsstrafe für Ex-Vorstand Feldmeyer*, Zeit Online, 11.05.2009. Disponível em <http://www.zeit.de/online/2008/48/siemens-urteil>. Acesso em 10 Outubro de 2012.

⁶¹⁹ *Siemens Saubermann und Söhne*, Handelsblatt Online, 26.10.2010. Disponível em <http://www.handelsblatt.com/unternehmen/industrie/vier-jahre-korruptionsskandal-siemens-saubermann-und-soehne/3574096.html>. Acesso em 10 de Outubro de 2012.

⁶²⁰ *Bewährungsstrafe für...*, Zeit Online, 23.11.2010

2006 e responsável pela área de telecomunicações da empresa, foi responsabilizado pelos atos de corrupção desta área. Na sequência das operações policiais que evidenciaram as práticas da empresa alemã, Ganswindt chega a ser preso preventivamente durante dez dias por suspeita de crimes de corrupção e incitação à corrupção, acusações que acabam não provadas.

Ganswindt é acusado de não cumprimento do dever de vigilância, uma vez que podia descobrir e evitar os atos de corrupção realizados por seus funcionários. Ele teria sido omissos na fiscalização de seus subordinados, acusados dos delitos de abuso de confiança e pagamento de suborno (§ 299 do StGB) relativos ao pagamento de 11,8 milhões de euros pagos à duas empresas de fachada que serviriam de caixa dois para pagamento de propina na Nigéria e na Rússia.

O principal elemento de prova para a acusação de Ganswindt baseou-se no conhecimento da ilicitude praticada por seus funcionários, sem que tivesse agido para impedir a continuidade dos atos de corrupção. Isto porque o administrador sabia muitos de seus funcionários haviam se recusado a assinar um termo de responsabilidade de que agiam dentro da legalidade e das regras da empresa.

A acusação de não-cumprimento do dever de vigilância não tem caráter penal na Alemanha, e integra Lei geral das contra-ordenações, na qual são previstas penas de multa.

Ganswindt foi acusado também por evasão fiscal, em autoria mediata, pela constituição de fundos de caixa dois.⁶²¹ No bojo deste processo criminal, realiza um acordo, e compromete-se ao pagamento de multa de 175.000 euros para instituições de interesse social (StPO §153a)⁶²². Em virtude do acordo, há suspensão do processo quanto

⁶²¹ *Ganswindt knickt nicht ein*, Die Zeit, 31.3.2011, n. 14. Disponível online em <http://www.zeit.de/2011/14/Siemens-Ganswindt>. Acesso 10 Outubro de 2010

⁶²²“Der mit großem Brimborium in diesem Frühjahr gestartete Strafprozess gegen Ganswindt, dem vorsätzliche Verletzung der Aufsichtspflicht und Steuerhinterziehung vorgeworfen worden war, wurde überraschend im Mai gegen Zahlung von 175.000 Euro an eine gemeinnützige Organisation beendet. Das Verfahren wurde nach Paragraph 153a Strafprozessordnung eingestellt, was Juristen als eine ziemliche Niederlage für die Ermittlungsbehörden werteten. Die etwaige Schuld des Angeklagten wurde aufgrund der im Prozess gewonnenen Erkenntnisse geringer eingestuft, als ursprünglich absehbar war. Damit sei, wie es das Landgericht München damals formulierte, die Weisung geeignet, das öffentliche Interesse an der Strafverfolgung zu beseitigen”. *Spekulationen über außergerichtliche Einigung*, Frankfurter Allgemeine Zeitung, 18.10.2011 - Disponível em <http://m.faz.net/aktuell/wirtschaft/siemens-prozess-spekulationen-ueber-aussergerichtliche-einigung-11497424.html> Acesso em 10 de Outubro de 2012.

ao delito de evasão fiscal.⁶²³

Pelo mesmo ato de evasão fiscal de que são acusados Ganswindt e demais administradores, e pelo delito de corrupção, a empresa foi condenada, já em 2007, pela procuradoria de Munique, ao pagamento de 201 milhões de euros (além de 179 milhões em impostos não pagos), juízo que acatou após decisão de primeira instância, isto é, declinando a possibilidade de questionamento da sentença em cortes superiores⁶²⁴.

A cifra é composta por 1 milhão de euros de multa penal, que é o valor máximo previsto, e 200 milhões de multa administrativa, referentes à compensação pelos lucros assegurados com os pagamentos irregulares, bem como o aumento na fatia de mercado da empresa conquistado irregularmente. Diante do pagamento desta elevada multa administrativa, são suspensas as investigações penais.

Outras penas de multa viriam a partir da entrada das autoridades norte-americanas nas investigações, focando outros casos, como veremos a seguir.

Em um segundo momento, a empresa moveu ações civis contra a maioria dos dirigentes implicados (ou considerados indiretamente responsáveis) pelos pagamentos de propina. O presidente do conselho de administração da Siemens AG na época, Heinrich von Pierer, assinou um acordo extra-judicial de 5 milhões de euros, pagos ao seu antigo empregador como reparação de danos.

Também neste quesito o caso Siemens teve caráter inédito: nenhuma empresa com ações na bolsa alemã DAX havia movido ações contra ex-dirigentes para reparação de danos.⁶²⁵

O principal executivo de finanças da empresa, Heinz-Joachim Neubürger, também foi processado civilmente pela Siemens, com pedido de reparação de 15 milhões de euros. O executivo teve as queixas contra ele retiradas após pagar 400.000 euros para instituições

⁶²³ *Ex-Siemens-Vorstand kommt mit Geldzahlung davon*, Spiegel Online, 19.05.2011. Disponível online em <http://www.spiegel.de/wirtschaft/unternehmen/schmiergeldaffaere-ex-siemens-vorstand-kommt-mit-geldzahlung-davon-a-763651.html>. Acesso em 10 de Outubro de 2012

⁶²⁴ (Siemens muss 201 Millionen Euro Strafe zahlen, Frankfurter Allgemeine Zeitung, 4.10.2007. Disponível em <http://www.faz.net/aktuell/wirtschaft/unternehmen/schmiergeldskandal-siemens-muss-201-millionen-euro-strafe-zahlen-1492644.html>. Acesso em 10 de Outubro de 2012.)

⁶²⁵ *Die Gewinner und Verlierer der Korruptionsaffäre*, Wirtschafts Woche Online, 14.11.2011. Disponível em <http://www.wiwo.de/unternehmen/industrie/siemens-die-gewinner-und-verlierer-der-korruptionsaffaere/4714954.html>. Acesso em 10 de Outubro de 2012

de interesse social. Em virtude do pagamento, na seara administrativa, não foi processado penalmente, nem segundo a lei de contra-ordenações⁶²⁶. Ele havia sido acusado de saber do caixa 2 e não interrompê-lo, ignorando uma série de indícios da existência de práticas de corrupção. Também no caso do sindicato AUB semelhantes acusações foram retiradas.

De acordo com o *Frankfurter Allgemeine Zeitung*, o processo civil movido pela Siemens contra seus antigos dirigentes dificulta a retomada da carreira dos últimos, o que levou a maioria deles a firmar acordos com seu antigo empregador com pagamentos milionários de reparação de danos⁶²⁷.

Os processos ainda não foram todos concluídos. A procuradoria de Munique, responsável pelas ações do caso Siemens, acusou outro ex-membro do conselho, Uriel Sharef, por saber de pagamentos ilegais para representantes do governo da Argentina, no caso de corrupção do novo sistema de identificação dos cidadãos argentinos, que comentaremos a frente.⁶²⁸

Outro caso de pagamento de propina descoberto a partir das investigações de 2006 envolveu a divisão de geração de energia da Siemens AG e a empresa italiana do setor elétrico Enel em um contrato de compra de turbinas.

O tribunal da cidade de Darmstadt concluiu que dois ex-dirigentes da Siemens administravam um caixa 2 que teria desviado 6 milhões de euros da empresa para pagamento de propina a funcionários da empresa italiana Enel. Entre 1999 e 2002 isto teria garantido a conquista de contratos de compra de turbinas para geração de energia que teriam gerado por volta de 100 milhões de euros de lucros para a empresa.⁶²⁹

No julgamento em primeira instância do caso, o executivo Andreas Kley, ex-dirigente financeiro da divisão envolvida nas irregularidades, foi condenado a dois anos de pena restritiva de direitos e ao pagamento de 400.000 euros para organizações de interesse social (incluindo 50.000 euros para uma ONG anti-corrupção) por corrupção e abuso de confiança. A empresa, por sua vez, foi condenada ao pagamento de 38 milhões de euros como compensação aos ganhos aferidos ilegalmente. Os negócios garantidos pelo

⁶²⁶ Spekulationen über..., FAZ, 18.10.2011

⁶²⁷ Spekulationen über..., FAZ, 18.10.2011

⁶²⁸ Spekulationen über..., FAZ, 18.10.2011.

⁶²⁹ *Bewährungsstrafe für Ex-Siemens Manager*, Zeit Online, 23.11.2010.

pagamento de propina para a Enel chegariam, contudo, a 338 milhões de euros.⁶³⁰

A pena de multa de 400.000 foi posteriormente reduzida pela corte federal alemã (*Bundesgerichtshof*) para 150.000 euros. As razões para a reforma da pena foram o fato de que o executivo não teria agido em proveito próprio e que seus atos se deram em um contexto de generalizado, dentro da empresa, de prática de caixa 2. Além disso, levou-se em conta o fato de que o acusado teria perdido o emprego como consequência do escândalo na Siemens.⁶³¹

O caso de corrupção na Grécia chama a atenção pelo comportamento de dois executivos responsabilizados pelo pagamento de propina. O volume de propina neste caso foi de 100 milhões de dólares, destinados a funcionários do governo grego e políticos, para assegurar um contrato de digitalização da rede telefônica do país e, posteriormente, para fornecer sistemas de comunicação e vigilância durante as olimpíadas de 2004.⁶³²

Os executivos foram acusados de corrupção pela justiça grega e a uma longa pena de prisão. Por isso, fogem para a Alemanha, preferindo ser acusados pelas autoridades deste país. Um deles, Michael Christoforakos (possuidor de dupla-cidadania), é preso por três meses após chegar na Alemanha. As acusações por corrupção de funcionários públicos são retiradas após o pagamento de multa de 350.000 euros. A acusação de co-autoria em crime de abuso de confiança resulta em pena restritiva de direitos durante nove meses. Em 2010, este mesmo executivo chegou a um acordo, no processo civil de indenização movido pela Siemens, e pagou 1.2 milhão de euros em danos para seu antigo empregador.⁶³³ Ou seja, o valor a que este executivo compromete-se a pagar na área civil (por reparação de danos) é quase três vezes maior do que a multa administrativa (de 350 mil euros). A sanção penal, por sua vez, é restrita aos nove meses de pena restritiva de direitos.

O caso de corrupção da filial argentina da Siemens AG compreendeu o pagamento de propina de 1998 a 2007 a funcionários públicos e políticos deste país, o que assegurou ao conglomerado alemão um contrato para a renovação e modernização de todo o sistema

⁶³⁰ *Ex-Manager kommen mit Bewährung davon - Siemens muss 38 Millionen Euro zahlen*, Süddeutsche Zeitung Online, 19.05.2010. Disponível em <http://www.sueddeutsche.de/wirtschaft/korruptionsprozess-ex-manager-kommen-mit-bewahrung-davon-siemens-muss-millionen-euro-zahlen-1.916283>

⁶³¹ *Bewährungsstrafe für...*, Zeit Online, 23.11.2010

⁶³² *Ex-Manager von Siemens Griechenland verhaftet*, Zeit Online, 25.06.2009. Disponível em <http://www.zeit.de/online/2009/27/siemens-manager-gefasst>. Acesso em 10 de Outubro de 2012.

⁶³³ *Die Gewinner und Verlierer...* Wirtschafts Woche Online, 14.11.2011

de emissão de carteiras de identidade argentino. O contrato valia cerca de 1 bilhão de dólares. Durante o período citado, a Siemens fez pagamentos para uma empresa de consultoria argentina de fachada, para entidades controladas por membros do governo argentino e outras empresas, no valor de mais de 100 milhões de dólares.⁶³⁴

Em 2008, a Siemens se declarou culpada e, acusada com base na Lei de práticas de corrupção no exterior (Foreign Corrupt Practices Act-FCPA), foi condenada ao pagamento de multa de cerca de 450 milhões de dólares e, subsequentemente, de mais 1.150 milhão de dólares em um acordo celebrado com o S.E.C (Securities Exchange Commission) e a procuradoria de Munique. O fato de que parte dos fundos utilizados para o pagamento de propina passou por instituições financeiras norte-americanas permitiu que a justiça dos E.U.A. tivesse jurisdição sobre o caso.⁶³⁵

Em fins de 2010, contudo, o S.E.C. moveu uma ação civil e criminal contra seis executivos da empresa alemã, entre eles Uriel Sharef, e dois de seus intermediários na Argentina pelas práticas de corrupção. As acusações criminais incluem a violação do FCPA, fraude cometida por meios eletrônicos e lavagem de dinheiro. As penas de prisão nos Estados Unidos podem chegar a 20 anos no caso do crime de lavagem de dinheiro. As novas acusações são vistas por parte da imprensa norte-americana como uma clara resposta às críticas de que o S.E.C. só perseguia pessoas jurídicas, nos casos de violação da FCPA, e não os executivos envolvidos.⁶³⁶

Um dado curioso das acusações da Siemens em território norte-americano é o fato das autoridades locais utilizarem os dados e documentos provenientes das auditorias feitas pela própria empresa alemã nas acusações contra ela e, principalmente, seus executivos. Por não ter recursos para conduzir as caras investigações nestes casos, o S.E.C. conta com as auditorias conduzidas pelas próprias empresas após os escândalos de corrupção para fazer suas acusações, algo aceito pelas empresas, pois a cooperação com as autoridades

⁶³⁴Memorando de sentença do Departamento de Justiça dos EUA, EUA vs. Siemens AG e subsidiárias disponível em <http://www.stepto.com/assets/html/documents/DOJSentencingMemorandum.PDF>. Acesso em 11.07.2012.

⁶³⁵*Former Siemens Executives Are Charged With Bribery*, New York Times, 13.12.2011. Disponível em http://www.nytimes.com/2011/12/14/business/global/former-siemens-executives-charged-with-bribery.html?_r=0. Acesso em 20 de Outubro de 2012.

⁶³⁶U.S. Charges Ex-Siemens Executives in Alleged Bribery Scheme, *The Wall Street Journal Online*, 14.12.2011. Disponível em <http://online.wsj.com/article/SB10001424052970203430404577096283680373586.html>. Acesso em 20 de Outubro de 2012

norte-americanas tem posteriormente efeitos positivos nas sanções ministradas.⁶³⁷

O escândalo de corrupção da Siemens AG também gerou punições por parte do Banco Mundial, financiador de muitos projetos estatais da qual a Siemens era beneficiária. A empresa se comprometeu a pagar 5 milhões de dólares por 15 anos para organizações de combate à corrupção.⁶³⁸ Este acordo evitou uma moratória de até 8 anos em projetos financiados pela organização multi-lateral e uma multa sobre o faturamento da empresa alemã proveniente dos financiamentos do Banco Mundial (estimados em 100 milhões de dólares).⁶³⁹

Os múltiplos processos envolvendo a empresa Siemens, como resultado das investigações de corrupção apontam, no sentido do que vimos argumentando desde o início deste capítulo, que há uma superação substancial das sanções administrativas em relação à penal. No caso de alguns dos ex-administradores, o que verificamos é que as compensações pagas em sede civil são ainda superiores à sanção administrativa. Esta estratégia sancionadora coaduna-se com o vislumbrado por Hassemer, diante do Direito de intervenção.

A previsão das baixas penas restritivas de direitos, a que são condenados alguns poucos acusados, acaba por diluir-se no conjunto das multas impostas. O potencial preventivo geral das penas, nesse caso, é bastante limitado. O papel do Direito penal, assim, é meramente simbólico e demonstra, na esteira do afirmado nos itens anteriores, a superação da sanção administrativa, em termos de gravidade.

O exemplo aqui colacionado é interessante, especialmente, por demonstrar que a conjugação de esforços internacionais de investigação e a imposição de multas severas teve impacto na reformulação das estratégias internas de combate à corrupção dentro da empresa, ou seja, alcançou um efeito preventivo especial, na medida em que esta passa a

⁶³⁷ *Justice Department, SEC investigations often rely on companies' internal probes*, The Washington Post, 22.05.2011, Disponível em: http://www.washingtonpost.com/business/economy/justice-department-sec-investigations-often-rely-on-companies-internal-probes/2011/04/26/AFO2HP9G_story.html. Acesso em 20 de Outubro de 2012

⁶³⁸ A empresa transformou esta sentença em uma espécie de iniciativa de marketing para restaurar sua imagem denominada “Siemens Integrity Initiative”. A alocação dos 100 milhões de dólares de multa envolve uma chamada de projetos e um processo seletivo. Cf. “Integrity Initiative”. Disponível em <http://www.siemens.com/sustainability/en/core-topics/collective-action/integrity-initiative/index.php>. Acesso em 20 de Outubro de 2012.

⁶³⁹ *Siemens zahlt Ablass*, Zeit Online 02.07.2009. Disponível em <http://www.zeit.de/online/2009/28/siemens-weltbank>. Acesso em 20 de Outubro de 2012

adotar campanhas internas e externas (auditoria, mudanças de práticas internas, implementação de programas de *compliance*) para transformar-se em uma empresa ética.

A soma vultosa das multas impostas à Siemens, e a mudança de comportamento provocada na empresa após as sanções administrativas indica que o Direito administrativo sancionador pode ser um meio eficiente de combate à corrupção, desde que dotado de meios efetivos de investigação e cobrança das sanções.

A efetividade da investigação, todavia, é requisito essencial desta atuação, tendo em vista que, conforme pesquisa divulgada pela revista “The Economist”, os rendimentos que uma empresa pode ter quando pratica corrupção podem superar em até 10 vezes o valor das propinas⁶⁴⁰.

O que ressaltamos, por fim, é que a ameaça de pena de prisão, na forma como existiu nestes processos, foi irrelevante para a consecução dos fins indicados.

4.5 Conclusões preliminares

As elevadas quantias que as sanções administrativas têm alcançado são uma realidade que não está restrita ao território nacional. Conforme menciona Blanca Lozano, esta é uma característica também do Direito espanhol, verificável ainda no Direito comparado europeu⁶⁴¹.

Uma das explicações, segundo a autora, para as vultosas quantias das multas – especialmente quando decorrentes de cálculo proporcional ao dano causado, ou ao

⁶⁴⁰ Segundo a pesquisa, a corrupção é uma prática extremamente vantajosa, “um bom investimento”. Conforme notícia a revista, professores da Universidade de Hong examinaram “166 casos notórios de corrupção desde 1971, compreendendo pagamentos de propina feitos em 52 países por empresas listadas em 20 mercados de ações diferentes. Os pagamentos irregulares geraram um retorno de 10 a 11 vezes sobre o valor de propina pago para vencer um contrato, o que foi medido pelo salto no valor de mercado quando o contrato era ganho. O Departamento de Justiça dos EUA encontrou um grau semelhantemente alto de retorno nos casos que ajuizou”. *You get who you pay for: the economic case for bribery*, The Economist, 02.06.2012. Disponível em <http://www.economist.com/node/21556255>. Acesso em 20 de Outubro de 2012. Tradução livre.

⁶⁴¹ LOZANO CUTANDA, Blanca. La tensión entre eficacia y garantías en la represión administrativa: aplicación de los principios constitucionales del orden penal en el Derecho administrativo sancionador con especial referencia al principio de legalidad. In: *Cuadernos de derecho judicial*, nº 11, 1997, p. 55.

benefício obtido – pode ser encontrada, em primeira instância, na relevância dos bens jurídicos que hoje suscitam a intervenção administrativa, tais como a saúde pública, meio ambiente e as transações financeiras. Outro importante fator que contribui para este cenário é a existência de responsabilidade da pessoa jurídica na seara administrativa, o que justificaria a imposição de multas muito altas, para que assim possa ser perseguida a finalidade preventiva e evitada a transformação das sanções pecuniárias em mais um item contábil a integrar o custo de produção das empresas⁶⁴².

Para a autora, diante dos montantes significativos impostos a título de sanção administrativa, não poderíamos mais afirmar, hoje, que estas estariam ainda revestidas de pouca importância.

O que se evidencia neste capítulo, nesse sentido, é que a falta de coordenação entre os sistemas penal e administrativo sancionador têm causado a sobreposição de graves sanções e, nos exemplos analisados, a previsão de sanções administrativas por vezes mais graves do que as penais.

A gravidade das sanções administrativas, contudo, não se vê acompanhada por um sistema estruturado de garantias, vulnerando os direitos dos acusados.

É, portanto, válida e atual para o Direito brasileiro a famosa⁶⁴³ denúncia de García de Enterría, de que o Direito administrativo sancionador, nos moldes em que existe atualmente, representa um “derecho represivo pré-beccariano”⁶⁴⁴, isto é:

um direito repressivo primário e arcaico, onde ainda se aplicam grosseiras técnicas de responsabilidade objetiva, versare in re illicita, de previsões cujas sanções não estão legalmente delimitadas, presunções, inversão do ônus da prova, indeterminação das sanções, e não aplicação de técnicas corretivas de responsabilidade, como o concurso de delitos, causas de exclusão da antijuridicidade, de tipicidade ou de culpabilidade, de sistemas atenuantes, etc.⁶⁴⁵

⁶⁴² Ibid., p. 57.

⁶⁴³ GOMEZ TOMILLO Manuel e SANZ RUBIALES, Iñigo. *Derecho administrativo sancionador: parte general*. Cizur Menor: Aranzadi, 2010, p. 34.

⁶⁴⁴ Conforme García de Enterría: “Se ha afirmado, en una idea posteriormente repetida hasta la saciedad, que el Derecho administrativo sancionador constituía hasta hace muy poco tiempo un Derecho represivo de características prebeccarianas”. El problema jurídico de las sanciones administrativas....cit., p. 409.

⁶⁴⁵ Ibid., p. 409.

A conclusão que se extrai destas linhas, desta maneira, é a de que a intersecção entre áreas sancionadoras, onde dificilmente haverá pena de prisão, cumulada com graves sanções pecuniárias ou restritivas de direitos, pode representar a aproximação, na prática, entre o Direito administrativo sancionador e o Direito de intervenção.

CAPÍTULO 5 - DIREITO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR COMO DIREITO DE INTERVENÇÃO

Pretendemos, neste capítulo final, apontar as relações que ficaram sugeridas ao longo do texto para, a partir das considerações dos capítulos anteriores, fundamentar nossa hipótese de que algumas manifestações do Direito administrativo sancionador brasileiro aproximam-se do Direito de intervenção proposto por Hassemer.

Seguramente um e outro não encontram absoluta similitude, o que, em si, não é problemático, uma vez que o modelo de intervenção do professor de Frankfurt nunca foi posto em prática. O Direito de intervenção ainda é um *tipo ideal*⁶⁴⁶, no qual nos baseamos para realizar a comparação dos rumos que o Direito penal e o Direito administrativo sancionador vêm seguindo no país.

As transformações recentes do Direito penal, o fortalecimento das agências administrativas sancionadoras e o agravamento das sanções por elas impostas, além dos rumos contemporâneos da opinião doutrinária, que com grau crescente de consenso aponta para o fato de que não há diferenças qualitativas entre os ilícitos administrativo e penal, permitem uma conclusão preliminar: que o espaço intermediário de gravidade entre os Direito penal e administrativo clássicos é ocupado por uma mistura de regras e procedimentos (normas ou técnicas de imputação e investigação) provenientes tanto do Direito administrativo quanto do Direito penal, que guardariam semelhanças consideráveis com a ideia de Direito de intervenção, como proposta por Hassemer.

5.1 Expansão do Direito penal e do administrativo sancionador

⁶⁴⁶WEBER, Max. *Metodologia das ciências sociais*. São Paulo: Cortez, 2001, v. 1, p. 137-8: “Não é pelo estabelecimento de uma média dos princípios econômicos que realmente existiram em todas as cidades examinadas, mas, antes, pela construção de um tipo ideal [...] obtém-se um tipo ideal mediante a acentuação unilateral de um ou de vários pontos de vista, e mediante o encadeamento de grande quantidade de fenômenos isoladamente dados, difusos e discretos, que se podem dar em maior ou menor número, ou mesmo faltar por completo, e que se ordenam segundo os pontos de vista unilateralmente acentuados, a fim desse formar um quadro homogêneo de pensamento. *É impossível encontrar empiricamente, na realidade, este quadro, na sua pureza conceitual, pois trata-se de uma utopia.* A atividade historiográfica defronta-se com a tarefa de determinar, em cada caso particular, a proximidade ou o afastamento entre a realidade e o quadro ideal...”

Procuramos assentar, nos capítulos anteriores, algumas bases do fenómeno de expansão do Direito penal, bem como do aumento de gravidade das sanções administrativas decorrente das novas funções conferidas ao Direito administrativo sancionador. Este itinerário de pesquisa permite-nos observar que a “zona cinzenta” à qual nos referimos por diversas vezes ao longo deste trabalho denomina a área de intersecção entre um Direito penal expandido (“moderno”), mais flexível, e um Direito administrativo sancionador mais severo e incisivo.

Como já argumentamos, esta intersecção, a nosso ver, e especialmente a partir das considerações sobre a sanção administrativa, aproxima-se do Direito de intervenção sugerido por Hassemer. Quando se coadunam regras de imputação e investigação mais flexíveis – características do Direito administrativo sancionador – e graves sanções pecuniárias ou restritivas de direitos – características das sanções penais (numa lógica que invade agora o sistema administrativo sancionador, com a imposição de graves multas) – sem a previsão de penas de prisão, poderíamos estar diante de uma realização material, ainda que fragmentária, do Direito de intervenção.

Nesse sentido, verificamos que, durante a transição do modelo de Estado liberal para o de Bem-estar social na Europa, aqueles países que não contavam com o sistema sancionador administrativo assistiram a uma proliferação da legislação penal especial, a uma “hipertrofia do Direito penal”, dentre outras, com as consequências de debilitação da função preventivo-geral (pelo excessivo recurso à sanção penal), e de sobrecarga do sistema judiciário⁶⁴⁷.

Assim, a expansão do Direito penal, que buscamos delinear no capítulo terceiro, é comumente referida pela doutrina como uma tendência de fuga *para* o Direito penal⁶⁴⁸, em expressão que contrapõe a chamada fuga *do* Direito penal (para as regras de contravenções

⁶⁴⁷ Exceção feita ao sistema sancionador espanhol que, como vimos, de forte caráter repressor desde suas origens, acompanhado também pela expansão penal. LOZANO CUTANDA, Blanca. La tensión entre eficacia y garantías en la represión administrativa: aplicación de los principios constitucionales del orden penal en el Derecho administrativo sancionador con especial referencia al principio de legalidad. In: *Cuadernos de derecho judicial*, nº 11, 1997, p. 41-78. (Ejemplar dedicado a: *Las fronteras del Código penal y el derecho administrador sancionador*. PICO LORENZO, Celsa (Org.)), p. 46.

⁶⁴⁸ Cf. SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. Nuevas tendencias político-criminales y actividad jurisprudencial del Tribunal Supremo. In: ROMEO CASABONA, Carlos María (org.). *Dogmática penal, política criminal y criminología en evolución*. La Laguna: Universidad de Tenerife, Centros de estudios criminológicos, 1997, pp. 309-324.

ou para o Direito administrativo), característica da doutrina de intervenção mínima dos anos 1970, a que fizemos referência, também naquela oportunidade⁶⁴⁹.

Esta fuga *para* o Direito penal incorpora tipos de pouca lesividade, que não são necessariamente acompanhados de ameaça real de penas de prisão⁶⁵⁰, e provoca a alteração das estruturas básicas da teoria do delito, como também pudemos fundamentar no mencionado capítulo terceiro. Desse modo, além de inverter a tendência despenalizadora dos anos 1970, este fenômeno aproxima-o da lógica preventiva do Direito administrativo, bem como instrumentaliza a norma penal para finalidades de reforço da regulamentação administrativa e resposta às demandas sociais por segurança⁶⁵¹. Tal fenômeno é sintetizado pela doutrina com a expressão “administrativização do Direito penal”⁶⁵², conferindo a este ramo também a tarefa de organizar, antes de proteger, conforme destaca Miguel Reale Jr.⁶⁵³.

⁶⁴⁹ Alguns autores identificam, nesse sentido, que há elaborações doutrinárias pressionando o Direito penal, ao mesmo tempo, pela sua ampliação e diminuição. Tomillo e Rubiales mencionam que este tensionamento ocorre tanto “desde baixo, como para cima”. Para cima, a partir de formulações como a de Jakobs, com relação aos comportamentos mais graves, que deveriam integrar uma regulação própria de um Direito penal do inimigo, e para baixo, pelos movimentos abolicionistas, e inclusive pela proposta do direito de intervenção de Hassemer. Cf. TOMILLO, Manuel Gomez; RUBIALES, Íñigo Sanz. *Derecho administrativo sancionador. Parte general*. Cizur Menor: Aranzadi, 2010, p. 65.

⁶⁵⁰ Exemplo emblemático deste argumento são as previsões de extinção do processo pelo pagamento do tributo, características da Lei n. 8.137/90.

⁶⁵¹ Hassemer afirma que “el Estado ha cambiado fundamentalmente su papel, de una amenaza a los derechos individuales y se ha convertido ahora en un garante de la seguridad”. HASSEMER, Winfried. *El derecho penal en los tiempos de las modernas formas de criminalidad*. In: ALBRECHT, Hans-Jörg et al. *Criminalidad, evolución del derecho penal y crítica al derecho penal en la actualidad*. Buenos Aires: Del Puerto, 2009, p. 15-28. Citação à p. 20.

⁶⁵² Conforme descreve Silva Sánchez: “puede afirmarse que es una característica del Derecho penal de las sociedades postindustriales el asumir en amplia medida, tal forma de razonar, tradicionalmente propia de lo administrativo. Es esto lo que se quiere indicar cuando se alude al proceso de ‘administrativización’ en que, a nuestro juicio, se halla inmerso el Derecho Penal. Ello podría llevarse incluso más lejos: así, no sólo en cuanto a afirmar que el Derecho penal asume el modo de razonar propio del Derecho administrativo sancionador, sino que incluso se convierte en un derecho de gestión ordinaria de problemas sociales”. *La expansión del derecho penal: Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*. Buenos Aires: B de F, 2008, p. 130.

⁶⁵³ “A administrativização do Direito penal torna a lei penal um regulamento, sancionando a inobservância a regras de conveniência da Administração Pública, matérias antes de cunho disciplinar. No seu substrato está a concepção pela qual a lei penal visa antes ‘organizar’ que a proteger, sendo, portanto, destituída de finalidade de consagrar valores e tutelá-los”. REALE JÚNIOR, Miguel. *Instituições de Direito penal, parte geral*. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 21. Diante do cenário comentado por Reale Jr., Donini indica que a administrativização penal pela qual passa a Itália é também fortemente marcada pela inserção de regras administrativas nos preceitos penais, por meio da simples incorporação de algum elemento adicional ou seletivo, como um acréscimo de sanção penal acrescentado a uma conduta administrativa. *El Derecho penal frente a los desafíos de la modernidad*. Lima: Ara, 2010, p. 367. Silva Sánchez identifica também no Direito penal um desvio para a tutela administrativizada das condutas lesivas, e afirma: “el derecho penal, que reaccionaba a posteriori contra un hecho lesivo individualmente delimitado (en cuanto al sujeto activo y al pasivo), se ha convertido en un Derecho de gestión (punitiva) de riesgos generales y, en esa medida, se ha administrativizado”. Cf. *La expansión...* cit., p.134.

Este fenômeno expansivo pelo qual passa o Direito penal é também vivido pelo Direito administrativo sancionador nas últimas décadas. Em pesquisa empírica comparativa dos sistemas sancionadores europeus, Franck Moderne chega à conclusão que a sanção administrativa ocupa hoje lugar significativo em *todos* os sistemas jurídicos ocidentais, com tendência de aumento nos próximos anos. Ou seja, o Direito administrativo sancionador acompanha a expansão penal, com fortes indicações para a manutenção deste ritmo de crescimento⁶⁵⁴.

Além disso, nunca é demais mencionar que este movimento do Direito administrativo sancionador é marcado pela imposição de sanções severas que, em muitos casos, como indicado no capítulo anterior, equipara-se em gravidade à sanção penal⁶⁵⁵.

5.2 O Direito de intervenção como alternativa

Um dos principais problemas suscitados por este contexto, a nosso ver, é a expansão do ordenamento punitivo como um todo, de modo que se sobrepõem sanções administrativas e penais, decorrentes da falta de coordenação entre as duas áreas, acompanhadas ainda pela diminuição das garantias processuais e de imputação⁶⁵⁶.

Diante deste cenário, restam ao legislador e à ciência do Direito penal duas alternativas principais: a) a opção primordial pelo recurso ao Direito penal, (com aumento das penas previstas, flexibilização de regras processuais etc.); ou b) a busca de *novas alternativas* à imposição da pena de prisão, a partir do cotejo com a realidade social

⁶⁵⁴ Cf. LOZANO CUTANDA, Blanca. La tensión entre eficacia y garantías...cit., p. 51.

⁶⁵⁵ Vários autores chamam atenção para tal fenômeno. Para Casermeiro, a “expansión cuantitativa en general, resulta preocupante que el derecho administrativo sancionador compita con el derecho penal en afflictividad. A excepción de las penas privativas de libertad, cuya imposición, directa o subsidiariamente se prohíbe a la administración por imperativo de la Constitución, se puede decir que tanto las sanciones pecuniarias como las privativas de otros derechos superan en muchas ocasiones en gravedad y afflictividad a las penales”. RANDO CASERMEIRO, Pablo. *La distinción entre el Derecho penal y el Derecho administrativo sancionador*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2010, p. 28. Gerges Dellis, por sua vez, destaca que: «Dans une deuxième temps, il a été reconnu que même les mesures non privatives de la liberté ont un degré de sévérité suffisant pour être considérées comme des condamnations pénales, comme une amende transactionnelle assortie d’une peine de fermeture provisoire d’un magasin ou certaines amendes administratives». DELLIS, George. *Droit pénal et Droit administratif: l’influence des principes du droit pénal sur le droit administratif répressif*. Montchrestien: LGDJ, 1998, p. 49.

⁶⁵⁶ Menciona RANDO CASERMEIRO que “la realidad es que nunca hasta ahora los límites entre derecho penal y derecho administrativo sancionador han estado tan difuminados y, por tanto, tan necesitados de delimitación”. Op. cit., p. 24.

contemporânea, e do debate público e democrático sobre a possibilidade de implementação de propostas como as de Hassemer ou Silva Sánchez.

Apontamos a busca de novas alternativas, por identificar que o notável esforço da doutrina direcionado a refrear as ameaças de imposição de penas restritivas de liberdade não foi suficiente para fazer frente a estas. A concretização de um Estado menos punitivo, nesse sentido, é tarefa que demandaria esforços coordenados de setores sociais, políticos e acadêmicos. Ela extrapola os limites da crítica exclusivamente penal⁶⁵⁷.

É neste marco que sustentamos que adquire relevância a consideração das propostas de Hassemer e Silva Sánchez.

Não nos convencemos, contudo, pela hipótese de segunda velocidade de Silva Sánchez, dentre os argumentos já apresentados em capítulo próprio, porque este autor não objetiva restringir o uso do Direito penal como um todo, mas apenas a pena de prisão.

Hassemer, por outro lado, ao buscar a exclusão dos tipos intermediários do Direito penal, pode forçar a contribuição das outras áreas jurídicas no combate a condutas violadoras de bens jurídicos importantes para o convívio social. Esta colaboração entre áreas, inclusive, é um dos pressupostos do Direito de intervenção.

A nosso ver, o Direito de intervenção poderia encontrar viabilidade prática na sistematização do conjunto de normas que integram a área intermediária entre o Direito penal e administrativo sancionador, nos moldes do analisado no capítulo anterior, incorporando as proibições e sanções já existentes neste último ramo.

Sistematizar o Direito de intervenção, contudo, não pode significar a criação de mais uma área jurídica repressora, mas sim a unificação das sanções intermediárias situadas entre o núcleo do Direito penal e as sanções administrativas muito leves, de menor interferência nos direitos individuais.

⁶⁵⁷ Tal afirmação não significa trasladar toda a responsabilidade por um Estado menos punitivo para as mãos do legislador, como se a ciência criminal não mais fosse capaz de contribuir, na crítica muito acertada de Díez Ripollés. Evidentemente, a postulação por um Estado menos punitivo é uma tarefa na qual a crítica do Direito penal é protagonista, mas depende também de um consenso social advindo de outras áreas formadoras de opinião. Cf. DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. *Política criminal y derecho penal. Estudios*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2003, *passim*.

Esta proposta é viável, quando observamos que não houve, ao longo da história, uma fronteira muito bem delimitada entre as condutas menos graves previstas na legislação penal e as mais graves previstas no regime sancionador administrativo.

É possível identificar um limite superior no Direito penal, sempre bem definido, determinado pelas ações mais graves (delitos contra a vida, integridade física etc.), sobre o qual se estrutura a teoria do delito. Contudo, quando observamos as franjas mais baixas da tutela penal, podemos observar sua instabilidade, e o trânsito de determinadas condutas, indistintamente, entre a categoria de delitos, contravenções ou infrações administrativas.

Conforme destaca Cerezo Mir, haveria uma gradação entre diversos grupos de bens jurídicos, tutelados tanto pelo Direito penal quanto pelo Direito administrativo, em uma linha de continuidade: dentro do próprio Direito penal, não tem a mesma relevância a vida, a liberdade sexual ou a fé pública, do mesmo modo que no Direito administrativo há uma diferença de graus entre infrações econômicas e regras de segurança no trânsito⁶⁵⁸.

Concordamos com mencionado autor quando observa que “desde el núcleo del Derecho penal, hasta las últimas faltas penales o administrativas discurre una línea continua de un ilícito material que se va atenuando, pero que nunca llega a desaparecer del todo”.⁶⁵⁹

Nesta fronteira mais branda do Direito penal e na esteira do que consignado por Hassemer como característica do Direito de intervenção, é importante considerarmos a capacidade de contribuição dos institutos sancionadores administrativos para a redução da incidência penal.

⁶⁵⁸Nesse sentido, acompanhamos as reflexões de Moccia: “Concepción meramente sancionadora del derecho penal tributario cuyos preceptos, reiteramos, acaban por tener que adaptarse, más que a la ofensa del bien, a varios momentos de peligro ligados a la especialidad de los diversos impuestos.” MOCCIA, Sergio. *El derecho penal entre ser y valor: función de la pena y sistemática metodológica*. Buenos Aires: B de F, 2003, p. 302.

⁶⁵⁹*Curso de Derecho penal*. Madrid: Tecnos, 2004, p. 54. Nesse mesmo sentido, observa Alejandro Nieto “se va elaborando un sistema de varios niveles: el de los ilícitos, el de sus regulaciones legales y el de sus aparatos teóricos, todos los cuales van corriendo paralelamente o, mejor dicho, convergiendo hacia un techo común que será el Derecho público punitivo del Estado”. NIETO GARCIA, Alejandro. *Derecho administrativo sancionador*. Madrid: Tecnos, 2012, p. 125.

Neste sentido, para Donini, é importante e útil para todos os ordenamentos, em via formal ou de fato, um modelo de ilícito penal menor, cuja futura elaboração teórica é tarefa da ciência⁶⁶⁰.

Esta posição também é a de Feijoo Sanchez, que afirma que devem ser dedicados esforços para fortalecer a gestão de políticas e modelos conjunturais pelo Direito administrativo sancionador (e não penal), “o de un ordenamiento sancionador extrapenal”. Entendemos que o ordenamento sancionador extra-penal, neste caso, pode ser viável nos moldes do Direito de intervenção.

Segundo o autor, o aperfeiçoamento deste sistema intermediário obrigaria o legislador a desenvolver a diferenciação das funções “propias de la pena, de otras funciones que le corresponden al Derecho administrativo como ordenamiento más vinculado a las decisiones políticas cotidianas”⁶⁶¹.

Aproveitar os recursos de prevenção geral e proteção de bens jurídicos que podem ser disponibilizados pelo Direito administrativo sancionador significa cumprir, ainda que obliquamente, com os objetivos despenalizadores que visa Hassemer quando formula o Direito de intervenção.

5.6 Direito administrativo sancionador como Direito de intervenção

Verificamos, ao final, que não há demonstração cabal possível de que o Direito administrativo sancionador constitua a concretização do Direito de intervenção, até mesmo por seu caráter abstrato, tratando-se de um modelo exclusivamente teórico.

Podemos afirmar, todavia, que a aproximação entre o Direito penal e o administrativo sancionador é significativa, e especialmente evidenciada pela gravidade das sanções administrativas, e incorporação de garantias e princípios do Direito penal. Acreditamos que esta zona de contato entre as duas áreas citadas aproxima-se, em grande

⁶⁶⁰ DONINI, Massimo. *El derecho penal frente a los desafíos de la modernidad*. Peru: Ara Editores, 2010, p. 59

⁶⁶¹ FEIJOO SANCHEZ, Bernardo. *Retribución y prevención general*. Montevideo: B de F, 2008, p. 446.

medida, do modelo delineado por Hassemer e autoriza a proposta de sua sistematização concreta.

Esta, inclusive, é também a reflexão de uma parte da doutrina que, atenta a este processo que descrevemos, também aventou a hipótese de que do Direito administrativo sancionador materialize muitos dos intentos de Hassemer com o Direito de intervenção.

Para Gomez Tomillo, o Direito administrativo sancionador é precisamente uma faceta do Direito de intervenção. Observando serem as diferenças entre os injustos puramente quantitativas, entende que as sanções administrativas poderiam vir a coincidir com o campo de aplicação do Direito de intervenção proposto por Hassemer.⁶⁶²

Diante desta possibilidade, afirma Julio Maier que não é absurda nem má a idéia do direito intermediário, porém prefere “ser más simple y obedecer al prestigio del Derecho administrativo, que parece dispuesto a conquistar gran parte del Derecho privado y del penal”⁶⁶³

Este mesmo raciocínio é desenvolvido por Miguel Reale Jr., quando considera as reflexões de Hassemer como alternativa real ao recurso à lei penal. Neste sentido, sustenta a descriminalização de diversos tipos penais contra a ordem econômica e o meio ambiente, constituindo o que chamou de Direito penal administrativo, cuja regulação se daria por uma lei garantidora de alguns princípios, como o da legalidade, não retroatividade etc.⁶⁶⁴

A nosso ver, o Direito administrativo sancionador, hoje, somente não reúne todas as características do Direito de intervenção por não contar um sistema estruturado de garantias, pois acaba cumprindo a função, prescrita por Hassemer, de precaução e gestão setorial de riscos, e conta com força sancionatória suficiente para influenciar na prevenção geral das infrações. Todavia, esta deficiência pode ser sanada, sem maiores dificuldades, pela previsão unificada de garantias.

Nesse sentido, Maier propõe que o sistema contravencional, ou administrativo sancionador, seja estruturado como um sistema preventivo, preferencialmente, em vez de

⁶⁶² TOMILLO, Manuel Gomez. Consideraciones en torno al campo límite entre el derecho administrativo sancionador y el derecho penal. In: *Revista Actualidad Penal*, nº 4, 2000, p. 69-89. Citação à p. 80.

⁶⁶³ MAIER, Julio. El Derecho contravencional como Derecho administrativo sancionador. In: PÁSTOR, Daniel; GUZMÁN, Nicolás (Orgs.). *Problemas actuales de la Parte general del Derecho penal*. Buenos Aires: Ad Hoc, 2010, p. 46.

⁶⁶⁴ *Instituições de Direito penal, parte geral...cit.*, p. 26.

repressivo, por meio da imposição de faltas, que se valha dos métodos de conciliação e mediação, reconhecendo os esforços do autor por regressar ao status anterior ao delito⁶⁶⁵.

Ao revés, a esse respeito, Stratenwerth⁶⁶⁶ questiona se a vantagem de excluir alguns tipos penais (para manter os princípios do Direito penal tradicional) seria somente não perturbar a teoria do delito. Nossa resposta à Stratenwerth é negativa. Advogar a restrição do Direito penal, por meio do Direito de intervenção, não tem como objetivo manter sua pureza dogmática.

Considerá-lo como alternativa possível à expansão do Direito penal, na esteira do sustentado pelos autores acima citados, a nosso ver, representa a adoção de um posicionamento favorável à despenalização, à possibilidade de reorganização da teoria geral do Direito penal, e consequentemente, o resgate do foco desta área para aqueles que representam seus “clientes” tradicionais (autores de crimes contra o patrimônio, contra a vida, tráfico).

O sentido do Direito de intervenção, assim, é altamente despenalizador e, no contexto de expansão irrefreada do Direito penal, representa uma opção de relevo. Deve-se dizer, ainda, que é importante a reflexão de que nem todas as condutas que atentem a bens jurídicos devem obrigatoriamente ser sancionadas por esta área, pois há recursos muitas vezes tão eficientes quanto o Direito penal em outros ramos do ordenamento jurídico⁶⁶⁷.

No contexto desta discussão, verificamos que o Direito de intervenção de Hassemer, poderia ser o destino das normas penais menos graves, nos moldes do que ocorre hoje com as condutas que atualmente encontrariam guarida na tutela administrativa.

⁶⁶⁵ Segundo Maier, um Direito contravencional pode ser convertido em um Direito Administrativo sancionador, que deve seguir seu exercício dentro da lei e sem qualquer imposição arbitrária de sanções. Esta seria uma via de se alcançar um processo de relativa, porém importante, descriminalização. Conforme o autor: “He propuesto, por ello, un Derecho de la privación de la libertad – que comprendería también a otras instituciones o consecuencias jurídicas aun fundadas en un título distinto al de la pena (prisión preventiva, medidas) – substitutivo del hoy llamado Derecho penal, que respete al extremo todas las garantías jurídicas propias del Estado de Derecho, separado del Derecho administrativo sancionatorio que, sin negar el Estado de Derecho, puede responder a la consecuencia jurídica de menor gravedad, factible con la reparación sencilla en caso de error en la aplicación”. MAIER in PÁSTOR e GUZMÁN, op. cit., p. 47

⁶⁶⁶ Stratenwerth constrói uma crítica muito interessante, perguntando qual seria a grande vantagem de retirar determinados delitos do Direito penal: não perturbar a teoria do delito? Seria isso somente o que estaríamos postulando diante de uma concepção de Direito penal moderno? Cf. Zukunftssicherung zum Mitteln des Strafrechts. In: *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, v. 105, 1993, p. 337-346.

⁶⁶⁷ Nesse sentido, afirma Gerges Dellis : « Même s’il existe un noyau dur d’infractions que sont réservées par les textes constitutionnels à la répression pénale, ceci ne veut pas dire que toute infraction commise appartenant à cette catégorie doive obligatoirement être sanctionnée ». DELLIS, op. cit., p. 92.

Evidenciar tal processo de aproximação gradativa entre sanções administrativas e Direito de intervenção pode ter como consequência evitar o que a doutrina consensualmente determina como “fraude de etiquetas”⁶⁶⁸. Ou seja, atribuir a uma sanção o título de *administrativa* para obliterar sua natureza eminentemente penal, ou ainda, dissuadir a interpretação de que simboliza o criticado Direito de intervenção.

Como ressalta Fernandez Bautista, a linguagem, as “etiquetas”, são tudo o que dispomos para definir o Direito penal, por isso, tratar os institutos penais e sancionadores pelos seus devidos títulos é o primeiro passo para a sistematização da crítica e compreensão do fenômeno estudado⁶⁶⁹.

Definir tal “etiqueta”, em nosso caso, é apontar que em muitos momentos o Direito administrativo sancionador atua, de fato, como um Direito de intervenção, como um Direito penal mais brando, mas em todo caso mais grave que o Direito administrativo tradicional, situando-se neste intermédio proposto por Hassemer, na tutela de bens jurídicos não essenciais.

5.4 Contraposição de críticas: do Direito de Intervenção ao Direito administrativo sancionador

A consequência de apontarmos esta aproximação entre o Direito de intervenção e o Direito administrativo sancionador é buscar a sistematização dos sistemas sancionadores, refletindo-se, abertamente, sobre a hipótese de que as críticas direcionadas ao Direito de intervenção são, em grande parte, aplicáveis ao sistema sancionador administrativo.

Assim, o que propomos, com a aproximação entre o Direito administrativo sancionador e o Direito de intervenção é, principalmente, trazer para as normas sancionadoras as críticas que são formuladas aos modelos de Hassemer e Silva Sánchez.

⁶⁶⁸ Mireille Delmas Marty apud CASERMEIRO, op. cit., p. 28

⁶⁶⁹ Cf. FERNÁNDEZ BAUTISTA, Silvia. La adscripción de un hecho a su autor: la pertenencia del hecho. Especial referencia al administrador. In: LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel (Org.). *Derecho penal del estado social y democrático del derecho (Libro homenaje a Santiago Mir Puig)*. Madrid: La Ley, 2010, p. 563-598 e ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura. Relaciones entre derecho penal y derecho administrativo sancionador ¿hacia una "administrativización" del derecho penal o una "penalización" del derecho administrativo sancionador? In: ZAPATERO, Luis Alberto Arroyo e GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio Berdugo (Orgs.). *Homenaje al dr. Marino Barbero Santos: «in memoriam»*, v. 1, p. 1417-1444.

Visa ainda expor o fato de que a intersecção entre áreas reguladas pela administração e pelo Direito penal permite interpretar as sanções administrativas como modalidade de intervenção penal, aproximando-as do conceito penal de injusto.

Observar o Direito administrativo sancionador como materialização de um Direito penal (de intervenção) tão severamente criticado pela doutrina penalista, nos permite olhar com mais cautela para as sanções administrativas e exigir que sejam respeitadas garantias penais na imposição das mesmas.

Além disso, esta abordagem do direito administrativo sancionador permite observar com mais clareza a formalização de um recorte de classe no sistema punitivo, que vai mais além do estigma social denunciado pela criminologia crítica, uma vez que assistimos ao delineamento progressivo de uma área sancionadora exclusiva para os autores de delitos econômicos, ambientais, e demais áreas externas ao núcleo duro do Direito penal.

Desse modo, as manifestações contemporâneas do sistema repressivo estatal nos apontam o pior de dois mundos: o Direito de intervenção, classista e liberal, representado pelo Direito administrativo sancionador, acompanhado de um Direito penal “moderno”, expandido, com todos os problemas de efetivação de garantias e de imputação que lhe são característicos.

Nesse sentido, temos que concordar com Schünemman, quando aponta que estamos ante dois becos sem saída, que marcam as principais tendências do Direito penal contemporâneo: “el individualismo de Frankfurt esta abocado a exprimir en demasía un único principio, convirtiéndolo así, en vez de un elemento positivo, en un obstáculo; el normativismo de Jakobs, por su parte, necesariamente conduce a una capitulación incondicional ante la práctica política imperante en cada momento en la actividad del legislador o en la jurisprudencia⁶⁷⁰”.

A alternativa para este impasse, a nosso ver, passa pela necessidade de sistematização das áreas sancionadoras do Estado, como um todo, reorganizando-as, e remetendo ao Direito administrativo sancionador as mesmas ressalvas que são elaboradas ao Direito de intervenção, com o intuito, principalmente, de buscar amenizar as insuficiências apresentadas por este ramo.

⁶⁷⁰ SCHÜNEMANN, Bernd. *Consideraciones críticas sobre la situación espiritual de la ciencia jurídico-penal alemana*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1998, p. 14.

A sistematização tem como contribuir, de diversas maneiras, para a preservação dos direitos dos cidadãos perante o poder punitivo, organizando as normas que pertencem a uma ou outra área, definindo uniformemente as estratégias preventivas à cargo da Administração, e fortalecendo o princípio de subsidiariedade do Direito penal.

Sobretudo, esperamos que o reconhecimento das proximidades do Direito administrativo sancionador com o Direito de intervenção possa despertar novamente o debate sobre o caráter seletivo da imposição da pena privativa de liberdade no país, resgatando o prestígio das teorias criminológicas no labor legislativo.

Pode-se inclusive questionar a pertinência de estudar o Direito de intervenção hoje, mais de 20 anos após sua idealização por Hassemer, tratando-se inclusive de uma proposta que o próprio autor parece ter abandonado.

O que este estudo nos mostra, contudo, é que independentemente da discussão de fundo sobre a possibilidade de expansão ou não do Direito penal, esta vem acontecendo sem uma reflexão uniforme por parte da doutrina. E, o que é mais preocupante, propostas altamente rechaçadas, como o Direito de intervenção, vêm tomando corpo na realidade da produção jurídica nacional e internacional, por meio do Direito administrativo sancionador, das contra-ordenações em Portugal e na Espanha, sem contar com o quadro atual de Estados cada vez mais repressores.

Preocupante, também, é que parte das reflexões acadêmicas sobre o rumo das transformações do Direito penal de nosso tempo limitem-se a mencionar o caráter irreversível de determinadas mudanças na formulação dos aparatos repressores (como faz, por vezes, Silva Sánchez). Seguramente, a crítica acadêmica tem um potencial transformador limitado na realidade da aplicação do Direito penal, porém, este potencial existe, e pode ser sentido a longo prazo nos métodos de criação, aplicação e interpretação dos tipos delitivos.

Está muito longe deste trabalho pretender abordar exaustivamente esta conjuntura de transformações, e avaliar os autores de primeiro escalão que vem se ocupando deste tema. O que tínhamos como objetivo era apresentar o paralelo entre um fenômeno de expansão sancionadora e um sistema teórico problemático (que é o Direito de intervenção) de maneira a salientar que a falta de posicionamento da doutrina, a crítica dispersa aos

modelos sancionadores existentes, obscurece a situação real do Direito penal, sua expansão e “modernização”.

5.4 Excurso - Justificativa à escolha pelo Direito de intervenção: a pena de prisão

Vislumbrar a efetividade do Direito de intervenção, na esteira do que vem sendo discutido, não representa defender a intervenção mínima do Direito penal com base em argumentos puristas, de preservação da teoria do delito mais tradicional (crítica que pode inclusive ser direcionada à Hassemer), mas formular a exigência de um método novo para que a ciência do Direito penal, para que esta volte novamente o olhar para o sentenciado à pena de prisão, em especial diante da realidade carcerária brasileira, e da seletividade do sistema penal de nosso país.

No capítulo anterior, pudemos verificar a falta de proporcionalidade de algumas sanções administrativas em relação às penas, diante da gravidade que as primeiras vêm alcançando em nosso Direito administrativo.

Muito se discute, nesse sentido, que os efeitos da divulgação, em meios específicos de comunicação, da existência de uma investigação administrativa (no CADE, p.ex.), podem ser mais graves do que as consequências penais, diante das possibilidades de penas alternativas no seio do Direito penal. Argumenta-se que a gravidade desta divulgação para a imagem da empresa, ou mesmo a imagem do profissional vinculado ao processo, acarreta para os acusados consequências repressivas e preventivo-gerais semelhantes às alcançadas pelo processo penal. O caso Siemens é paradigmático nesse sentido, e agrega subsídios a algumas destas hipóteses.

Porém, dificilmente esta comparação poderia ser feita diante de uma séria e efetiva ameaça de pena. Seguramente, o cumprimento de uma pena de prisão significativa é mais grave para o empresário do que o descrédito de seu nome no mercado, ou a alta multa decorrente da sanção de uma agência reguladora. Mesmo porque a pena restritiva de liberdade traz consigo efeitos estigmatizantes por todos conhecido.

Duas conclusões são possíveis a partir destas considerações: a de agravamento das penas, ou a de descriminalização de todas as condutas que possam ser efetivamente reprimidas por meio de métodos sancionatórios da Administração.

É importante evidenciar qual a nossa posição, no contexto desta discussão e do Direito de intervenção. Em companhia de toda a literatura de criminologia crítica, e de constatações de grande parte da doutrina penal, podemos afirmar com segurança que o acréscimo nas penas não é a solução para a maior efetividade do Direito penal no combate à condutas da criminalidade contemporânea. Aliás, aumento das penas não é o método preventivo geral mais adequado para nenhum grupo de crimes, pois, como já enfatizou Roxin, este efeito é alcançado pela certeza do cumprimento/execução da pena, não pela sua previsão em abstrato.

Nesse sentido, a opção que nos parece adequada para solucionar os problemas de proporcionalidade entre sanção penal e administrativa, de eliminação do uso do direito penal com finalidade meramente simbólica, é a ampla descriminalização de todo o grupo de delitos de gravidade intermediária, para os quais não seja aplicável a pena de prisão, transportando-as para o Direito administrativo sancionador ou, quiçá, o Direito de intervenção.

Este seria um mecanismo eficaz de conter a expansão do Direito penal, limitando a manobra política do recurso à pena com fins de pacificação de expectativas, de demonstração social de que um bem jurídico caro à sociedade está protegido a partir da criação da lei penal.

Um importante efeito favorável deste movimento, cremos, é a preservação do sistema penal do efeito contaminador que a flexibilização de garantias e critérios pode trazer para o restante dos crimes mais tradicionais. Ou seja, pode evitar que a adaptação da teoria do delito delineada para os delitos econômicos (e em geral para a nova criminalidade) e a diminuição de garantias processuais, passem a ser utilizados também para a interpretação de condutas da criminalidade de massas (como furto, roubo, tráfico), aumentando ainda mais a gravidade e extensão da punição deste tipo de delitos⁶⁷¹.

⁶⁷¹ Este é um efeito destacado por Helena Lobo da Costa. *Proteção penal ambiental: viabilidade, efetividade, tutela por outros ramos do Direito*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 214.

Somente após a constatação da falta de efetividade deste sistema administrativo para lidar com as novas modalidades de crimes, característicos da nova configuração econômico-social global em que vivemos é que, então, estaria legitimado o recurso ao Direito penal.

A constatação de eficácia – para que se respeite o princípio de fragmentariedade do Direito penal – pode ser informada pelas reservas já levantadas quando da crítica ao Direito de intervenção, de que a falta de imparcialidade da Administração Pública para julgar delitos nos quais tem interesse direto (como alguns casos de infrações urbanísticas, ambientais, ou de direito penal do trabalho) exija a transferência destes para o Direito penal.

Esta ponderação de eficácia também pode ocorrer quando se constate que a imposição de graves multas por parte da Administração não tem potencial dissuasório da prática do ilícito, em virtude do setor onde forem aplicadas. Há casos em que a multa pode ser incorporada ao custo da atividade, repassando o valor da sanção ao preço final do produto, por exemplo. Os casos de fraude à concorrência, ou de infrações contra o consumidor são emblemáticos nesse sentido.

Hassemer defende, como apontado em capítulo próprio, que mesmo nestas hipóteses deve-se buscar, antes do recurso à lei penal, métodos de inibição diversificados destas infrações, tais como a divulgação pela autoridade sancionadora de informações sobre a infração e as penalidades impostas, até a adoção de medidas mais radicais, como a cassação da autorização de funcionamento no país, imposição de obrigações de reparar o dano, dentre outras que possuam efeito preventivo específico de cada área de atuação. A dotação de recursos e capacidade de execução das sanções pela Administração pública, nesse sentido, são essenciais para a possibilidade de funcionamento deste sistema.

No entanto, uma vez tomadas todas as providências acima elencadas, entendemos que, se a última opção disponível ao legislador for o Direito penal, este deve vir acompanhado de ameaça efetiva de pena privativa de liberdade, para que este ramo não se deixe aprofundar nas tendências de simbolismo e prevenção, sem real intento de punição⁶⁷².

⁶⁷² TORÍO LÓPEZ, Angel. Injusto penal e injusto administrativo: presupuestos para la reforma del sistema de aranceles. In: MARTÍN-RETORTILLO, Sebastián (Org.). *Estudios sobre la Constitución española*:

Assim, insistimos que, quando muitos autores mencionam que os efeitos negativos da contra propaganda podem ser tão graves quanto a sanção penal, isso evidencia o descrédito do Direito penal, a depreciação da noção de pena, pois ninguém há de duvidar que passar anos em regime carcerário fechado é mais grave que a perda de patrimônio. Além disso, não podemos desconsiderar o fato de que o efeito estigmatizante, que pode ser grave no caso da sanção administrativa (que poderia equipará-la em gravidade à penal), é muito mais grave nos casos de penas de prisão.

CONCLUSÃO

1. O minimalismo da Escola penal de Frankfurt é o marco político-filosófico do Direito de intervenção. Este representa a alternativa formulada por Hassemer para restringir o Direito penal ao paradigma clássico, contra a expansão.
2. O Direito de intervenção visa proteger bens jurídicos coletivos através de mecanismos de prevenção técnica e orgânica. Afasta a pena de prisão em contrapartida à flexibilização de garantias e critérios de imputação.
3. Aspectos problemáticos do Direito de intervenção são: seu recorte social, a indefinição de fronteiras, e o discurso de resistência
4. O Direito penal deve restringir-se ao núcleo duro, a partir de critérios estritos de subsidiariedade, e não por refletir valores sociais.
5. O processo de expansão do Direito penal é acompanhado pela expansão do Direito administrativo sancionador.
6. Não há critérios definidores rígidos sobre a sanção administrativa. Este fator dificulta a distinção desta com a pena.
7. A tese qualitativo-quantitativa fornece melhores subsídios para distinguir o Direito penal e o Direito administrativo sancionador. Privilegia a descriminalização e reforça o sentido da pena.
8. É possível reproduzir, no Brasil, o movimento despenalizador europeu por meio do Direito administrativo sancionador.
9. A unidade do *ius puniendi* do Estado obriga a transposição de garantias constitucionais e penais para o Direito administrativo sancionador. As mínimas garantias devem ser: legalidade, proporcionalidade, presunção de inocência e *ne bis in idem*. Outras garantias podem ser moduláveis conforme a área de atuação da Administração pública
10. A expansão do Direito penal brasileiro ocorre especialmente nos setores de proteção à economia. Muitas normas conjugam regras penais e administrativas. O Projeto de reforma do Código Penal apresenta substantivas modificações na regulação deste setor.
11. O processo de expansão do Direito penal é resultado do aumento do número de leis, da mudança nos critérios de interpretação de princípios constitucionais e, também, pelas alterações promovidas pela doutrina na teoria do delito.

12. A severidade das sanções previstas pela Lei de Improbidade Administrativa representa uma aproximação prática com o Direito de intervenção.

13. A Lei de Lavagem de Dinheiro aproxima-se do Direito de intervenção por estabelecer regras técnicas sancionadas, e pela gravidade das sanções administrativas previstas.

14. A falta de sistematização dos sistemas sancionadores no país ocasiona a superposição de instâncias e sanções.

15. O Direito de intervenção serve de alternativa para conferir uniformidade ao conjunto sancionador fora do Direito penal, e também para promover um processo de redução das fronteiras desta área.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABEL SOUTO, Miguel. *El blanqueo de dinero en la normativa internacional*. Santiago de Compostela: Universidade de Santiago de Compostela, 2002.

ALBRECHT, Peter-Alexis. El derecho penal en la intervención de la política populista. In: Vv. Aa. *La insostenible situación del derecho penal*. Instituto de ciencias penales de Frankfurt, Universidad Pompeo Fabra. Granada: Comares, 2000.

ALBRECHT, Hans-Jörg et al. *Criminalidad, evolución del derecho penal y crítica al derecho penal en la actualidad*. Buenos Aires: Del Puerto, 2009

ALONSO, Jaime. Errores y sesgos cognitivos en la expansión del Derecho penal. In: DÍAZ-MAROTO y VILAREJO Julio (Org.). *Derecho penal y justicia penal en el siglo XXI: liber amicorum en homenaje al Profesor Antonio Gonzáles-Cuéllar García*. Madrid: Colex, 2006

COSTA ANDRADE, Manuel. A dignidade penal e a carência de tutela penal. In: *Revista Portuguesa de ciência criminal*, n. 2, abr-jun. 1992.

ANDRADE, Manuel da Costa et al. (Orgs.). *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Peter Hünerfeld*. Coimbra: Universidade de Coimbra, 2012.

ARMAZA ARMAZA, EMÍLIO J. (Org.) *La adaptación del Derecho penal al desarrollo social y tecnológico*. Granada: Comares, 2010.

BACIGALUPO, Silvina e BAJO, Miguel(Orgs.) *Política Criminal y blanqueo de capitales*. Barcelona: Marcial Pons, 2009.

BACIGALUPO, Silvina e CANCIO MELIÁ, Manuel. (Orgs.). *Derecho Penal y política transnacional*; Barcelona: Atelier, 2005.

BALDÓ LAVILA, Francisco. Observaciones metodológicas sobre la construcción de la teoría del delito. In: SILVA SANCHEZ, Jesús-Maria. (Org.) *Política criminal y nuevo derecho penal (Libro homenaje a Claus Roxin)*. Barcelona: Bosch, 1997.

BARROS, Marco Antonio. *Lavagem de capitais e obrigações civis correlatas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

BECK, Ulrich. *Risikogesellschaft*. Frankfurt a.M.: Suhrkamp, 1986.

BLANCO CORDERO, Isidoro. *El delito de blanqueo de capitales*. Navarra: Aranzadi, 2012.

BOLEA BARDON, Carolina. Tendências sobre autoría y participación en el ámbito de la criminalidad empresarial. In: LUZÓN PEÑA, Diego Manuel (Org.). *Derecho penal del estado social y democrático del derecho*. Madrid: La Ley, 2010.

BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Crimes de perigo abstrato e princípio de precaução na sociedade do risco*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

BOTTINI, Pierpaolo C e BADARÓ, Gustavo H. *Lavagem de dinheiro: aspectos penais e processuais penais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

BOTTINI, Pierpaolo Cruz; ESTELLITA, Heloísa. *Alterações na legislação de combate à lavagem de dinheiro: primeiras impressões*. Boletim IBCCRIM. São Paulo: IBCCRIM, ano 20, n. 237, 2012.

BRITO SANTOS, Carlos Frederico. *Improbidade administrativa*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

CANCIO MELIÁ, Manuel e GÓMEZ, Mario. El Derecho penal español ante la inmigración: un estudio político-criminal. In: BACIGALUPO, Silvina e CANCIO MELIÁ, Manuel. (Orgs.). *Derecho Penal y política transnacional*; Barcelona: Atelier, 2005.

CAPEZ, Fernando. *Limites constitucionais à lei de improbidade*. São Paulo: Saraiva, 2010.

CEREZO MIR, José. Límites entre el Derecho penal y Derecho administrativo. In: *Anuário de Derecho Penal y Ciencias Penales*, tomo 28, nº 3, 1975, pp. 159-75.

_____. *Curso de Derecho penal. Parte general. Tomo I: introducción*. Madrid: Tecnos, 2004.

CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL. Seminário Internacional sobre lavagem de dinheiro. In: *Série Cadernos do Conselho da Justiça Federal*, Brasília, vol. 17, 2000.

CORCOY BIDASOLO, Mirentxu. *Delitos de peligro y protección de bienes jurídico-penales supraindividuales: nuevas formas de delincuencia y reinterpretación de tipos penales clásicos*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1999.

_____. Protección penal del medio ambiente: legitimidad y alcance. Competencia penal y administrativa en materia de medio ambiente. In: CORCOY BIDASOLO, Mirentxu (Org.). *Derecho penal de la empresa*. Navarra: Universidad de Navarra, 2002, p. 613-49.

_____. *El delito imprudente, criterios de imputación del resultado*. Buenos Aires: B de F, 2005.

_____. Concepto dogmático y jurisprudencial de dolo. Su creciente aproximación a la imprudencia en nuestra jurisprudencia. In: *Revista de doctrina y jurisprudencia penal*. Bogotá: Universidad de los Andes, a. 2., n. 4, p. 1-26, 2011.

_____. Imputación objetiva y principio de lesividad. In: *Revista Argentina de Derecho Penal y Procesal Penal* - Universidad Austral, 2011. Disponível em http://www.ijeditores.com.ar/abm_news_publicacion.php?idpublicacion=18&idedicion=83. Acesso em 15.10. 2012.

COSTA JR., Paulo José e PAGLIARO, Antônio. *Dos crimes contra a Administração Pública*. São Paulo: Malheiros, 1997.

DELLIS, George. *Droit pénal et Droit administratif: l'influence des principes du droit pénal sur le droit administratif répressif*. Montchrestien: LGDJ, 1998.

DIAS, Jorge de Figueiredo. Sobre a autonomia dogmática do Direito penal econômico: uma reflexão à luz do novo Direito penal econômico português. In: *Revista de estudos penales y criminológicos*, nº 9, 1984-1985, p. 37-70.

_____. O papel do Direito penal na proteção de gerações futuras. In: Vv. Aa. *Direito penal econômico europeu: textos doutrinários*. Coimbra: Coimbra Editora, 1998.

DÍAZ-MAROTO y VILAREJO Julio (Org.). *Derecho penal y justicia penal en el siglo XXI: liber amicorum en homenaje al Profesor Antonio Gonzáles-Cuéllar García*. Madrid: Colex, 2006.

DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. *La racionalidad de las leyes penales*. Madrid: Trotta, 2003.

_____. *La política legislativa penal iberoamericana en el cambio de siglo*. Montevideo, Buenos Aires: B de F, 2008.

DONINI, Massimo. *El derecho penal frente a los desafíos de la modernidad*. Peru: Ara Editores, 2010.

ESTIARTE, Carolina. *El delito de trata de seres humanos, una incriminación dictada desde el Derecho Internacional*. Navarra: Thomson Reuters, 2011.

FEIJOO SANCHEZ, Bernardo. Sobre la administrativización del derecho penal en la sociedad de riesgos. In: VILLAREJO, J. Díaz-Maroto (Org.). *Derecho y justicia penal en el siglo XXI*. Madrid: Colex, 2006.

_____. *Retribución y prevención general*. Montevideo: B de F, 2008.

FELIP I SABORIT, David. *La 'expansión' diez años después*. In: ROBLES PLANAS, Ricardo e SÁNCHEZ-OSTIZ GUTIÉRREZ, Pablo (Orgs.). *La crisis del derecho penal contemporáneo*. Barcelona: Atelier, 2010, p. 63-85.

FERNANDEZ, María Lameiras; CANLE, Inés Iglesias (Orgs.). *Violencia de género: la violencia sexual a debate*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2011

FERNÁNDEZ BAUTISTA, Silvia. *El Administrador de hecho y de derecho: aproximación a los delitos con restricciones en sede de autoría*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2007.

_____. La adscripción de un hecho a su autor: la pertenencia del hecho. Especial referencia al administrador. In: LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel (Org.). *Derecho penal del estado social y democrático del derecho (Libro homenaje a Santiago Mir Puig)*. Madrid: La Ley, 2010, p. 563-598.

FERNÁNDEZ-MAYORALAS, Pedro Sorya . Derecho administrativo sancionador y derecho penal. In *Revista Actualidad penal*, nº 28/48, vol. 2, 1987, pp. 1985-1992.

FERRARI, Eduardo Reale. Legislação penal antitruste: Direito penal econômico e sua acepção constitucional. In: FARIA COSTA, José de; MARQUES DA SILVA, Marco Antônio (Orgs.). *Direito penal especial, processo penal e direitos fundamentais, visão luso-brasileira*. São Paulo: Quartier Latin, 2006, p. 581-625

FIGUEIREDO, Marcelo. *Proibidade administrativa: comentários à lei 8.429/92*. São Paulo: Malheiros, 2009.

FLICK, Uwe. *Introdução à pesquisa qualitativa*. Porto Alegre: Artmed, 2009.

FUNDAÇÃO GETÚLIO VARGAS. Análise das justificativas para a produção de normas penais. *Série Pensando o Direito*, São Paulo, nº 32, 2010.

GARCÍA ALBERO, Ramón. La relación entre ilícito penal e ilícito administrativo: texto y contexto de las teorías sobre la distinción de ilícitos. In: PRATS, Fermín Morales e OLIVARES, Gonzalo Quintero (Orgs.). *El nuevo Derecho penal español, estudios penales en memoria del Profesor José Manuel Valle Muñiz*, Aranzadi, 2001, pp. 295-401.

GARCÍA CAVERO, Percy. *Derecho penal económico. Tomo I: parte general*. Lima: Grijley, 2007.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. El problema jurídico de las sanciones administrativas. *Revista española de derecho administrativo*, nº 10, 1976, p. 399-430.

GIMBERNAT ORGEIG, Enrique. *Tiene un futuro la dogmática juridicopenal?* Lima: Ara, 2009.

GOLDSCHMIDT, James. *Derecho, derecho penal y proceso I. Problemas fundamentales del derecho*. Barcelona: Marcial Pons, 2010.

GOMES, Luís Flávio; CERVINI, Raúl, TERRA DE OLIVEIRA, William. *Lei de lavagem de capitais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

GRACIA MARTIN, Luis. *El actuar en lugar de otro en Derecho penal*. Zaragoza: Prensa Universitária, 1986.

_____. *Prolegómenos para la lucha por la modernización y expansión del derecho penal y para la crítica del discurso de resistencia*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2003

_____. *Estudios de derecho penal*. Lima: Idemsa, 2004.

_____. *La polémica en torno a la legitimidad del Derecho penal moderno*. Ciudad de Mexico: Ubijus, 2011.

GRECO, Luis. *Cumplicidade através de ações neutras. A imputação objetiva na participação*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

HASSEMER, Winfried. Lineamientos de una teoría personal del bien jurídico. In: *Doctrina penal: teoría y practica en las ciencias penales*, vol. 12, n. 45/48, 1989.

_____. Derecho penal y filosofía del derecho en la Republica Federal de Alemania. In: *Doctrina penal: teoría y práctica en la ciencias penales*, vol. 14, n. 53, 1991.

_____. Crisis y características del moderno derecho penal. In: *Revista Actualidad Penal*, n. 43, v.2, 1993.

_____. Perspectivas de uma moderna política criminal. In: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, ano 2, n. 8, 1994.

_____. Posibilidades jurídicas, policiales y administrativas de una lucha más eficaz contra la corrupción. In: *Revista Pena y Estado*, vol. 1, n.1, 1995

_____. Límites del estado de derecho para el combate contra la criminalidad organizada. In: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, ano 6, nº23, 1998, pp. 25-31.

_____. Perspectivas del derecho penal futuro. In: *Revista Penal*, ano 1, nº 1, 1998, pp. 37-41.

_____. *Persona, mundo y responsabilidad*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1999.

_____. La persecución penal: legalidad y oportunidad. In: *Revista de derecho penal*, n. 2, 2001.

_____. Los derechos humanos en el proceso penal. In: *Revista de Derecho penal*, n.1, 2001, p. 195-205.

_____.Perspectivas de una nueva política criminal. In: *Revista de Derecho penal*, n. 1, 2002.

_____. Características e crise do moderno Direito penal. In: *Revista Síntese de Direito penal e Processual Penal*, ano III, n. 18, fev-mar 2003, p. 144-157.

_____. Processo penal e direitos fundamentais. In: *Jornadas de direito processual penal e direitos fundamentais*. Lisboa: Almedina, 2004.

_____. Bienes jurídicos en el Derecho penal. In: BAIGÚN, David et al. *Estudios sobre la Justicia Penal: homenaje al Prof. Julio B. J. Maier*. Buenos Aires: Del Puerto, 2005, pp. 63-74

_____. *Introdução aos fundamentos do Direito penal*. Porto Alegre: SAFE, 2005.

_____. Contra el abolicionismo penal, acerca de por qué no se debería suprimir el Derecho penal. In: *Revista de Derecho penal*, n. 2, 2007, pp. 709-29

_____. Líneas de desarrollo del derecho penal alemán, desde la época de pos-guerra hasta la actualidad. In: VALDÉS, Carlos García et al. (Orgs.). *Estudios penales en homenaje a Enrique Gimbernat*. Madrid: Edisofer, 2008, v. 1, p. 371-388.

_____. *Direito penal: fundamentos, estrutura, política*. Porto Alegre: Safe, 2008.

_____. El derecho penal en los tiempos de las modernas formas de criminalidad. In: ALBRECHT, Hans-Jörg et al. *Criminalidad, evolución del derecho penal y crítica al derecho penal en la actualidad*. Buenos Aires: Del Puerto, 2009, p. 15-28.

_____. *Warum Strafe sein muss: ein Plädoyer*. Bremen: Ullstein, 2009.

HASSEMER, Winfried; MUÑOZ CONDE, Francisco. *Introducción a la criminología y al Derecho penal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1989.

_____. *La responsabilidad por el producto en Derecho Penal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1995.

HASSEMER, Winfried; NAUCKE, Wolfgang; LÜDERSEN, Klaus. *Principales problemas de la prevención general*. Buenos Aires: B de F, 2006

HEFENDEHL, Roland (Org.). *La teoría del bien jurídico: fundamento de legitimación penal o juego de abalorios dogmático?* Madrid: Marcial Pons, 2007.

HORTAL IBARRA, Juan Carlos. A vueltas sobre el bien jurídico-penal protegido en los mal llamados Delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros. In: MIR PUIG, Santiago; CORCOY BIDASOLO, Mirentxu. (Orgs.). *Política criminal y reforma penal*. Madrid: Edisofer, 2007.

HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1958, vol. 1, tomo II.

JALIL, Mauricio Schaun. *Criminalidade econômica e novas perspectivas de repressão penal*. São Paulo: Quartier Latin, 2009.

JAKOBS, Günther. *Estudios de Derecho penal*. Madrid: Civitas, 1997

_____. *Injerencia y dominio del hecho: dos estudios sobre la parte general del Derecho penal*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2001.

_____. *Sobre la normativización de la dogmática jurídico-penal*. Madrid: Civitas, 2003.

_____. *Sociedad, norma y persona en una teoría de un derecho penal funcional*. Madrid: Civitas, 2006

JESCHECK, Hans-Heinrich. *Tratado de Derecho penal, parte general*. Granada: Comares, 1993.

KAUFMANN, Armin. *Dogmática de los delitos e omisión*. Madrid: Marcial Pons, 2006.

LAMAS LEITE, Andre. *As “posições de garantia” na omissão impura*. Coimbra: Coimbra Editora, 2007.

_____. “Nova penologia”, *punitive turn* e Direito Criminal: *quo vadimus?* Pelos caminhos da incerteza (pós-) moderna. In: ANDRADE, Manuel da Costa et al. (Orgs.). *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Peter Hünnerfeld*. Coimbra: Universidade de Coimbra, 2012.

LASCURAÍN SÁNCHEZ, Juan Antonio. Por un derecho penal sólo penal: derecho penal, derecho de medidas de seguridad y derecho administrativo sancionador. In: Vv. Aa. *Homenaje al Profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo*. Madrid: Thomson, Civitas, 2005, p. 587-626.

LEITE, Alaor. Erro, causas de justificação e causas de exculpação no novo projeto de Código penal. In: *Revista Liberdades, edição especial sobre a reforma do Código penal*. São Paulo: IBCrim.

LOBO DA COSTA, Helena Regina. *A dignidade humana: teorias da prevenção geral positiva*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

_____. O sancionamento de condutas entre a judicialização e a administração. In: *Estudos de direito público*, nº1, 2009, pp. 562-7

_____. *Proteção penal ambiental: viabilidade, efetividade, tutela por outros ramos do Direito*. São Paulo: Saraiva, 2010.

LOSEKANN, Luciano André. *Justiça em números*. Brasília: CNJ, 2010. Disponível em www2.mp.pr.gov.br/cpcrime/boletim79/cep_b79_n_22.ppt. Acesso em 19.set.2012.

LOZANO CUTANDA, Blanca. Panorámica general de la potestad sancionadora de la administración en Europa: “despenalización” y garantía. In: *Revista de Administración pública*, n. 121, 1990.

_____. La tensión entre eficacia y garantías en la represión administrativa: aplicación de los principios constitucionales del orden penal en el Derecho administrativo sancionador con especial referencia al principio de legalidad. In: *Cuadernos de derecho judicial*, nº 11, 1997, p. 41-78. (Ejemplar dedicado a: *Las fronteras del Código penal y el derecho administrador sancionador*. PICO LORENZO, Celsa (Org.)).

LÜDERSEN, Klaus. *Abschaffen des Strafens?* Frankfurt a. M.: Suhrkamp, 1995.

LUZ, Yuri Corrêa da. O combate à corrupção entre o Direito penal e direito administrativo sancionador. In *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, nº 89, vol 19, pp. 429-470.

LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel (Org.). *Derecho penal del estado social y democrático del derecho (Libro homenaje a Santiago Mir Puig)*. Madrid: La Ley, 2010.

MACHADO, Marta Rodriguez de Assis. *Sociedade do risco e Direito penal: uma avaliação de novas tendências político-criminais*. São Paulo, IBCCRIM, 2005.

MAIER, Julio. El Derecho contravencional como Derecho administrativo sancionador. In: PÁSTOR, Daniel; GUZMÁN, Nicolás (Orgs.). *Problemas actuales de la Parte general del Derecho penal*. Buenos Aires: Ad Hoc, 2010.

MARTÍNEZ-BUJAN PEREZ, Carlos. *Derecho penal económico y de la empresa, Parte General*. Valencia: Tirant lo Blach, 2011.

MARAVÉR GOMEZ, Mario. *El principio de confianza em derecho penal*. Madrid: Tirant lo Blanch, 2009.

MARZAGÃO Jr., Laerte (Org.). *Tráfico de pessoas* São Paulo: Quartier Latin, 2010.

MATTES, Heinz. *Problemas del Derecho penal administrativo, historia y derecho comparado*. Madrid: Editoriales de Derecho Reunidas, 1979.

MIR PUIG, Santiago. *Derecho penal, parte general*. Barcelona: Repertor, 2011.

MIR PUIG, Santiago; CORCOY BIDASOLO, Mirentxu. (Orgs.). *Política criminal y reforma penal*. Madrid: Edisofer, 2007.

MENDOZA BUERGO, Blanca. *Los límites dogmáticos y político-criminales de los delitos de peligro abstracto*. Comares: Granada, 2001.

_____. *.. El derecho penal en la sociedad del riesgo*. Madrid: Civitas, 2001.

MOCCIA, Sergio. De la tutela de bienes a la tutela de funciones: entre ilusiones postmodernas y reflejos iliberales. In: SILVA SÁNCHEZ, Jesus María (Org.). *Libro homenaje a Claus Roxin*. Barcelona: Bosch, 1997.

_____. *.. El derecho penal entre ser y valor: función de la pena y sistemática metodológica*. Buenos Aires: B de F, 2003.

MONTANER, Raquel. *Gestión empresarial y atribución de responsabilidad penal: a propósito de la gestión medioambiental*. Barcelona: Atelier, 2008.

MOREIRA, Romulo de Andrade. A Lei Maria da Penha e suas inconstitucionalidades. In: *Revista Magister de Direito penal e Processual Penal*, n. 19, v. 4, 2007, pp. 67-91.

MUÑOZ CONDE, Francisco. El derecho penal y la protección de los derechos fundamentales a finales del siglo XX. In: *Derechos y libertades: Revista del Instituto Bartolomé de Casas*, año 1, nº 2, 1993-1994, págs. 309-316.

_____. *.. Derecho penal, parte general*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2010.

NAUCKE, Wolfgang. *Die Wechselwirkung zwischen Strafziel und Verbrechensbegriff*. Stuttgart: Wierbaden, 1985

NIETO GARCIA, Alejandro. *Derecho administrativo sancionador*. Madrid: Tecnos, 2012

ORTIZ DE URBINA, Iñigo. *Delitos contra la administración pública. La reforma del cohecho por la ley 5/2010: contexto y contenido*. Barcelona: Universidad Pompeu Fabra, mimeo.

OSÓRIO, Fábio Medina. Direito Administrativo sancionador e Direito penal: quais os limites do ius puniendi estatal na repressão aos atos de improbidade administrativa. In: *Revista Ibero Americana de Ciências Penais*, vol. 1, nº 1, 2000, pp. 67-89.

_____. *Teoria da improbidade administrativa: má gestão pública, corrupção, ineficiência*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

_____. *Direito administrativo sancionador*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

PASCHOAL, Janaina Conceição. *Ingerência indevida – os crimes comissivos por omissão e o controle pela punição do não fazer*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2011.

PAZZAGLINI FILHO, Marino. *Lei de improbidade administrativa comentada*. São Paulo: Atlas, 2007.

PERSAK, Nina. *Criminalizing harmful conduct: the harm principle, its limits and continental counterparts*. New York: Springer Science, 2007.

PORTILLA CONTRERAS, Guillermo. *El derecho penal entre el cosmopolitismo universalista y el relativismo posmodernista*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2007.

PRADO, Luís Regis. *Direito penal econômico*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004

POZUELO PÉREZ, Laura. De nuevo sobre la denominada "expansión" del derecho penal: una relectura de los plantamientos críticos. In: Vv. Aa. *El funcionalismo en derecho penal: libro homenaje al profesor Günther Jakobs*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003, p. 107-133.

_____. Notas sobre la denominada 'expansión del derecho penal': un análisis al hilo de los delitos contra la ordenación del territorio. In: *Revista de derecho y proceso penal*, n. 15, 2006, p. 167-196.

PUIGPELAT, Oriol Mir. *Globalización, Estado y Derecho: las transformaciones recientes del Derecho administrativo*. Madrid: Civitas, 2004.

QUEIJO, Maria Elizabete; RASSI, João Daniel. Tráfico internacional de pessoas e o tribunal penal internacional. In: MARZAGÃO JR, Laerte (Org.). *Tráfico de pessoas* São Paulo: Quartier Latin, 2010.

RAGUÉS Y VALLÉS, Ramón. *La ignorancia deliberada en Derecho penal*. Barcelona: Atelier, 2008.

RANDO CASERMEIRO, Pablo. *La distinción entre el derecho penal y el derecho administrativo sancionador*. Valencia: Tirant lo blanch, 2010.

RASSI, João Daniel. *Imputação das ações neutras e o dever de solidariedade no Direito penal brasileiro*. 2012. Tese (Doutorado em Direito Penal). Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2012.

REALE Jr., Miguel. *Instituições de Direito penal*. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

_____. Despenalização do direito penal econômico: uma terceira via entre o crime e a infração administrativa? In: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo, v. 7, n. 28, 1999, p. 116-129.

ROBLES PLANAS, Ricardo. *La participación en el delito: fundamento y límites*. Barcelona: Marcial Pons, 2003

ROBLES PLANAS, Ricardo e SÁNCHEZ-OSTIZ GUTIÉRREZ, Pablo (Orgs.). *La crisis del derecho penal contemporáneo*. Barcelona: Atelier, 2010.

ROMEO CASABONA, Carlos María, et al. Informe sobre los intentos de adaptación del derecho Penal al desarrollo social y tecnológico: líneas de investigación y conclusiones. In: ARMAZA ARMAZA, EMÍLIO J. (Org.) *La adaptación del Derecho penal al desarrollo social y tecnológico*. Granada: Comares, 2010.

ROXIN, Claus. *Problemas fundamentais de Direito penal*. Lisboa: Universidade Direito e Ciência, 1993.

_____. *Autoría y dominio del hecho em Derecho penal*. Madrid: Marcial Pons, 2000.

_____. *Política criminal e sistema de Direito penal*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

_____. *Derecho penal, parte general. Tomo I*. Madrid: Civitas, 2007.

SÁ, Alvino Augusto de. *Criminologia clínica e execução penal: proposta de um modelo de terceira geração*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

SAAD DINIZ, Eduardo. *Reglas de proporcionalidad y oportunidad en la interpretación penal*. Mimeo, 2012.

SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. *Finalidades da pena, conceito material de delito e sistema penal integral*. 2008. Tese (Doutorado em Direito Penal). Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2008. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2136/tde-17022009-160214/>>. Acesso em: 2012-10-17.

SANZ HERMIDA, Agata. Víctimas de violencia de género: el reconocimiento y protección de sus derechos. In: FERNANDEZ, María Lameiras; CANLE, Inés Iglesias (Orgs.). *Violencia de género: la violencia sexual a debate*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2011.

SARCEDO, Leandro. *Crítica constitucional às tendências político-criminais aplicáveis aos crimes econômicos na sociedade contemporânea*. 2010. Dissertação (Mestrado em Direito Penal) Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2010.

SARRABAYROUSE, Eugenio C. El sistema alemán de contravenciones. In: PÁSTOR, Daniel e GUZMÁN, Nicolás (Orgs.). *Problemas actuales de la Parte general del Derecho penal*. Buenos Aires: Ad Hoc, 2010, pp. 53-81.

_____. Frankfurt y sus dos escuelas: un estudio comparativo de la escuela penal y la filosófica. In: BAIGÚN, David et al. *Estudios sobre la Justicia Penal: homenaje al Prof. Julio B. J. Maier*. Buenos Aires: Del Puerto, 2005, p. 925-956.

SCHÜNEMANN, Bernd. *Consideraciones críticas sobre la situación espiritual de la ciencia jurídico-penal alemana*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1998

_____. *Temas actuales y permanentes del Derecho penal después del milenio*. Madrid: Tecnos, 2002.

_____. El principio de protección de bienes jurídicos como punto de fuga de los límites constitucionales de los tipos penales y de su interpretación. In: HEFENDEHL, Roland. *La teoría del bien jurídico: fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?* Madrid: Marcial Pons, 2007, pp. 197-226.

SESMA LANDRIN, Nicolás. Franquismo: Estado de derecho? Notas sobre la renovación del lenguaje político de la dictadura durante los años 60. *Pasado y memoria: Revista de Historia Contemporánea*, nº 5, 2006, p. 45-58.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. Nuevas tendencias político-criminales y actividad jurisprudencial del Tribunal Supremo. In: ROMEO CASABONA, Carlos María (org.). *Dogmática penal, política criminal y criminología en evolución*. La Laguna: Universidad de Tenerife, Centros de estudios criminológicos, 1997, pp. 309-324.

SILVA SÁNCHEZ, Jesus María (Org.) *Política criminal y nuevo derecho penal (Libro homenaje a Claus Roxin)*. Barcelona: Bosch, 1997.

_____. *Normas y acciones en derecho penal*. Buenos Aires: Hammurabi, 2003.

_____. Hacia el derecho penal del ‘estado de la prevención’. La protección penal de las agencias administrativas de control en la evolución de la política criminal. In: SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. (Org.) *Libertad económica o fraudes punibles?: riesgos penalmente relevantes e irrelevantes en la actividad económico-empresarial*. Barcelona: Marcial Pons, 2003, p. 307-332.

_____. Los principios inspiradores de las propuestas de un derecho penal europeo, una aproximación crítica. In: *Revista penal*, nº 13, 2004.

_____. *El delito de omisión: concepto y sistema*. Buenos Aires: B de F, 2006.

_____. *La expansión del derecho penal: Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*. Buenos Aires: B de F, 2008.

_____. *Aproximación al derecho penal*. Buenos Aires: B de F, 2010

_____. Expansión del Derecho penal y blanqueo de capitales. In: SOUTO, Miguel Abel e STEWART, Nelson Sánchez (Orgs.). *II Congreso sobre la prevención y represión del blanqueo de dinero*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2011.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús María e MONTANER, Raquel. *Los delitos contra el medio ambiente*. Barcelona: Atelier, 2012

SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Direito penal económico como Direito penal de perigo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Responsabilidade penal da pessoa jurídica*. São Paulo: Método, 2003.

SOUZA, Luciano Anderson de. *Expansão do Direito penal e globalização*. São Paulo: Quartier Latin, 2007.

_____. *Direito penal econômico: fundamentos, limites e alternativas*. São Paulo: Quartier Latin, 2012.

STRATENWERTH, Günther. Zukunftssicherung zum Mitteln des Strafrechts. In: *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, v. 105, 1993, p. 337-346.

_____. *Derecho penal, parte general*. Cizur Menor: Thompson/Civitas, 2005.

TAVARES, Juarez. La reforma penal en Brasil. In: DÍEZ RIPOLLÉS, José Luís. *La política legislativa penal iberoamericana en el cambio de siglo*. Montevideo, Buenos Aires: B de F, 2008.

TERRADILLOS BASOCO, Juan María. Sistema penal y empresa. In: TERRADILLOS BASOCO, Juan María; ACALE SÁNCHEZ, María. (Orgs.). *Nuevas tendencias en Derecho penal económico*. Cádiz: Universidad de Cádiz, 2008.

TEIXEIRA, Elisabeth. *As três metodologias*. Petrópolis: Vozes, 2005.

TIEDEMANN, Klaus. Presente y futuro del Derecho Penal económico. In: Vv. Aa. *Hacia un derecho penal económico europeo. Jornadas en honor del profesor Klaus Tiedemann*. Madrid: BOE, 1995, pp. 29-42.

_____. Nuevas tendencias en la responsabilidad penal de personas jurídicas. In: ÁVALOS RODRÍGEZ, C. Carlos; QUISPE VILLANUEVA, Alejandro Emilio (Orgs.). *Dogmática penal del tercer milenio: libro homenaje a los profesores Eugenio Raúl Zaffaroni y Klaus Tiedemann*. Lima: Ara, 2008, pp. 397-417.

_____. *Manual de Derecho penal económico, parte general y especial*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2010.

TOMILLO, Manuel Gomez. Consideraciones en torno al campo límite entre el derecho administrativo sancionador y el derecho penal. In: *Revista Actualidad Penal*, nº 4, 2000, p. 69-89.

TOMILLO, Manuel Gomez; RUBIALES, Íñigo Sanz. *Derecho administrativo sancionador. Parte general*. Cizur Menor: Aranzadi, 2010.

TORÍO LÓPEZ, Angel. Injusto penal e injusto administrativo: presupuestos para la reforma del sistema de aranceles. In: MARTÍN-RETORTILLO, Sebastián (Org.). *Estudios sobre la Constitución española: homenaje al profesor Eduardo García de Enterría*. Madrid: Civitas, 1991, v. 3, pp. 2529-46.

Vv. Aa. *La insostenible situación del derecho penal*. Instituto de ciencias penales de Frankfurt, Universidad Pompeo Fabra. Granada: Comares, 2000.

VILARDI, Celso Sanchez et al. (Orgs.). *Direito econômico: análise contemporânea*. São Paulo: Saraiva, 2009.

WEBER, Max. *Metodologia das ciências sociais*. São Paulo: Cortez, 2001, v. 1.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl e PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito penal brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl et al. *Derecho Penal, Parte General*. Buenos Aires: Ediar, 2000.

ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura. Relaciones entre derecho penal y derecho administrativo sancionador ¿hacia una "administrativización" del derecho penal o una "penalización" del derecho administrativo sancionador? In: ZAPATERO, Luis Alberto Arroyo e GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio Berdugo (Orgs.). *Homenaje al dr. Marino Barbero Santos: «in memoriam»*, v. 1, p. 1417-1444.