

4

Qual o Sistema Penal Adequado ao Estado Democrático de Direito do Século XXI: o expansionismo da tutela penal ou minimalismo penal?

É chegada a hora, então, da pergunta: qual o sistema penal que atende aos postulados de um Estado Democrático de Direito do nosso tempo? É necessário e adequado alargar o raio de ação de um direito penal ou seria mais indicado – racional - evitar a hipertrofia do mesmo e reservar sua ingerência àqueles casos que a requeiram?

De fato, a solução para tão tormentosa indagação passa por uma reflexão acerca das conquistas do direito penal, que ensejaram a limitação do mesmo, bem como por uma constatação de que vivemos em um mundo globalizado -sociedade do risco -, onde as formas de violência e o impacto global da mesma têm se mostrado estrondosos, fatos que induzem a que todos repensem o sistema penal, suas funções, seus objetivos e, fundamentalmente, a adequação de suas respostas aos problemas sociais de ontem e de hoje.

Decerto que a intervenção penal ainda segue sendo absolutamente necessária. A questão é: necessária para quem? Necessária por quê? A resposta parece mesmo estar condicionada aos princípios penais construídos ao longo dos séculos anteriores: o Estado deve intervir, com o direito penal, sempre que houver uma afetação ou ameaça de afetação, real, efetiva e significativa, aos bens jurídicos individuais protegidos, só e quando os demais ramos do direito não puderem fazê-lo.

Contudo, ainda que se admita uma tal configuração do direito penal - clássico -, como reprimir, eficazmente, os fatos atentatórios aos bens jurídicos coletivos, tais como: a saúde pública, o meio ambiente equilibrado e o sistema financeiro e econômico?

Como visto, a resposta a esta última indagação não pode ser encontrada em um direito penal constitucional, ou seja, aquele informado pelos princípios da *ultima ratio*, da subsidiariedade, da responsabilidade penal subjetiva ou pessoal, da legalidade etc.

Partindo-se desta constatação, a de que o direito penal, tal como configurado no Estado Democrático de Direito, não pode se prestar à proteção de bens jurídicos

coletivos, já que, desse modo, haveria uma preterição odioso ao sistema de garantias constitucionais em vigor, e, ainda, da necessidade de que tais bens, pela sua dignidade e significação, merecem a tutela eficaz e eficiente do Estado, o problema parece insolúvel.

A discussão acerca de como proteger, de forma efetiva, os bens jurídicos coletivos e apaziguar a sociedade do risco ocupam lugar de destaque nos debates sociais, políticos, jurídicos e filosóficos, por todo o mundo. De fato, é uma preocupação da maioria dos países do planeta. Algumas soluções foram apresentadas. As posições difundidas por Silva Sánchez e Winfried Hassemer parecem ser os mais razoáveis, embora sejam, absolutamente distintas. O fundamento e objetivo das mesmas serão discutidos nos próximos tópicos.

4.1

Novos Critérios da Racionalidade Penal para o combate a fatos atentatórios aos bens jurídicos coletivos

4.1.1

O Direito Penal de duas velocidades

A partir da conscientização de que os bens jurídicos coletivos merecem uma proteção, mas que essa tutela não pode desconsiderar os princípios e garantias do Estado Democrático de Direito e, ainda, de outro lado, assumindo a inidoneidade de outros ramos do direito na realização da referida tutela de forma efetiva, pugna Silva Sánchez por um direito penal de duas velocidades: um direito penal da pena privativa de liberdade, absolutamente submetido aos princípios do direito penal clássico, e um direito penal que, não oferecendo como resposta a pena corporal - privativa de liberdade -, se veria, relativamente, livre das amarras do garantismo penal e poderia reprimir, penalmente, com a aplicação de outras modalidades de pena, os fatos atentatórios aos bens jurídicos coletivos.

A posição de Sánchez leva em conta a pena privativa de liberdade como elemento violento que é. Não havendo imposição de uma tal pena, o direito penal poderia afastar-se, razoavelmente, de uma exigência severa de atendimento aos princípios da responsabilidade subjetiva, da subsidiariedade etc.

A crítica que se faz a tal teoria é a de que, afastando-se o direito penal da pena privativa de liberdade, haveria o intolerável afastamento de uma de suas mais importantes funções: o caráter expressivo-comunicativo da pena de prisão; o qual funciona, apesar das críticas consistentes em sentido contrário, como prevenção à prática de crimes. Ou seja, em assim sendo – não se aplicando penas privativas da liberdade -, os indivíduos não recuariam praticar determinados crimes, uma vez que não haveria a possibilidade de terem suas liberdades afetadas.

No entanto, ainda que não se tenha intacto o caráter expressivo-comunicativo da pena, a questão que se coloca é que ele não é anulado.¹

Poder-se-ia sintetizar a posição do autor, ao pugnar por um direito penal de duas velocidades, utilizando-se suas próprias palavras, da seguinte maneira:

O conflito entre um Direito Penal amplo e flexível (convertido em um indesejável *soft law*) e um Direito Penal mínimo e rígido – certamente impossível – deve achar assim uma solução no “ponto médio” da configuração dualista. Com efeito, não parece que a sociedade atual esteja disposta a admitir um Direito Penal orientado ao paradigma do “Direito Penal mínimo”. Mas isso não significa que a situação nos conduza a um modelo de Direito Penal máximo. A função racionalizadora do Estado sobre a demanda social de punição pode dar lugar a um produto que seja, por um lado, funcional e, por outro lado, suficientemente garantista. Assim, trata-se de salvaguardar o modelo clássico de imputação e de princípios para o núcleo intangível dos delitos, aos quais se assinada uma pena de prisão. Em contrapartida, a propósito do Direito Penal econômico, por exemplo, caberia uma flexibilização controlada das regras de imputação (a saber, responsabilidade penal das pessoas jurídicas, ampliação dos critérios de autoria ou da comissão por omissão, dos requisitos de vencibilidade do erro etc.), como também dos princípios político-criminais (por exemplo, o princípio de legalidade, o mandato de determinação ou o princípio de culpabilidade). Tais princípios, efetivamente, são suscetíveis de uma acolhida gradual e, da mesma forma que se dá hoje entre o Direito Penal e o Direito Administrativo sancionador, não teriam por que ser integrados em idêntica medida nos dois níveis de Direito Penal, com ou sem penas de prisão.² (Sánchez, 2002, p. 145/146)

Com Marta Rodrigues temos que:

¹ Certamente, tal força expressiva-comunicativa está relacionada com o velho Direito Penal nuclear (vinculado a penas de morte, corporais ou de prisão) e a sua referência a um mínimo ético. Ambos aspectos faltariam em múltiplas infrações do moderno Direito Penal socioeconômico. Sem embargo, levando-se em conta a osmose existente entre ambos os grupos de infrações enquanto submetidas à mesma jurisdição, poder-se-ia confiar na manutenção e em uma relevante capacidade comunicativa, ainda no caso de que as penas que se impusessem fossem – nos delitos econômicos nos quais se flexibilizem as regras de imputação ou os princípios de garantia – distintas da pena privativa de liberdade. Ainda que certamente tal força comunicativa não fosse da mesma intensidade daquela que é própria da prisão. Sánchez, Jesús-Maria Silva. A Expansão do Direito Penal, Trad. Luiz Otavio de Oliveira Rocha. Ed.RT, 2.ed.2002. pág. 145.

² Idem, pág. 145/146.

Em outras palavras, o autor assume que a resposta à demanda punitiva, no campo da chamada criminalidade moderna, deve resolver-se por intermédio de uma ampliação do direito penal. Assim, não questiona substancialmente que, dada a natureza dos objetos de proteção, a expansão resulte mesmo em flexibilização de regras de imputação e princípios de garantias, desde que essa ampliação não baseie sua força comunicativa na imposição de penas de prisão.³ (MACHADO, 2002, p. 195-196)

O inconveniente da opção por um direito penal de duas velocidades é o afastamento ou a flexibilização, nos casos em que se tutela os bens jurídicos supra-individuais, das regras de imputação do direito penal e o aviltamento ao sistema de garantias que integra as constituições da maioria dos países centrais e periféricos do mundo, cuja origem remonta ao direito penal clássico ou liberal. De qualquer modo, é uma solução, em alguma medida, aceitável, sobretudo à vista das atuais soluções oferecidas no presente momento.

4.1.2 Direito de Intervenção

Outra solução, igualmente oferecida para aplacar a nova criminalidade, que nasceu e ora se desenvolve pelo mundo ao ensejo da chamada sociedade do risco, é o direito de intervenção. Seu idealizador é o estudioso alemão Winfried Hassemer.

Contrariamente à construção de Sánchez, a qual promove uma evidente aproximação do direito penal nuclear ao direito administrativo, na medida em que flexibiliza regras de imputação e afasta a aplicação da ultrajante pena de prisão do âmbito de proteção aos mencionados bens jurídicos coletivos, difusos ou supra-individuais, a teoria de Hassemer cria um novo ramo do direito.

O autor alemão não pretende que os referidos interesses coletivos (drogas ilícitas, crimes econômicos e meio ambiente equilibrado) sejam protegidos pelo direito penal, mas que a tutela se efetive em outro ambiente; que se situe entre os direitos administrativo e civil e o direito penal.

Ao cuidar do tema, assevera a doutrina moderna:

Opondo-se a todas as tendências do direito penal do risco, Hassemer defende a redução do direito penal a um *direito penal nuclear*, formado apenas por delitos de lesão a clássicos bens jurídicos individuais ou a bens jurídicos supra-individuais estritamente

³ Machado, Marta, Sociedade do Risco e Direito Penal, págs.195/196.

vinculados à pessoa, delitos de perigo concreto graves e evidentes e por regras de imputação rígidas e princípios de garantia clássicos. Dessa forma, a proteção aos bens jurídicos supra-individuais em face dos novos riscos tecnológicos seria definitivamente afastada do direito penal, evitando-se, assim, qualquer tentativa de expansão da tutela penal – e, também, não ficaria, simplesmente, a cargo do direito administrativo.⁴ (MACHADO, 2002, p. 197)

De se ver que a diferença das teorias de Hassemer e Silva Sánchez reside no fato de que a proteção aos bens jurídicos coletivos pensada pelo autor alemão, diferentemente do direito penal de duas velocidades cunhado por Sánchez, dar-se-ia por meio de um direito de intervenção e não se situaria dentro do direito penal.

Hassemer ao definir, em breves linhas, seu intento, preconiza que:

É de grande significado que se afaste do direito penal os problemas que nos tempos atuais foram nele introduzidos. Poder-se-ia aconselhar, quanto àqueles problemas da sociedade moderna, que provocam a modernização do direito penal, de que fossem regulados em um direito de intervenção especial, o qual está situado entre o direito penal e o direito da contrariedade à ordem pública, entre o direito civil e o direito público, o qual dispõe, na verdade, de garantias e de regramentos processuais menos exigentes do que o direito penal, mas que, em contrapartida, está equipado com sanções menos intensas diante do indivíduo. Um direito de natureza “moderna” não seria somente menos grave normativamente, ele seria também, de fato, mais adequado para recepcionar os problemas especiais da sociedade moderna.⁵ (HASSEMER, 2007, p. 52)

A nota em comum das teorias (direito penal de duas velocidades e direito de intervenção) discutidas é que em ambas há o afastamento da pena de prisão, sendo certo que em Sánchez, como dito, o direito penal ainda continua tutelando os interesses supra-individuais, no que se mantém a força comunicativa do discurso penal, quando, em Hassemer, o direito penal é desobrigado do dever de prevenção e/ou punição a atos ou fatos que atentem contra os citados interesses, criando-se um direito que se localiza entre o direito civil ou o direito administrativo e o direito penal, cuja configuração ainda se encontra em estágio embrionário.

⁴ *Idem*, pág.197.

⁵ Hassemer, Winfried. *Direito Penal Libertário*, Tra. Regina Grev, Ed. Del Rey. 1ed., 2007, pág.52.