

JOÃO BAPTISTA NOGUEIRA NETO

**A SANÇÃO ADMINISTRATIVA APLICADA PELAS AGÊNCIAS
REGULADORAS: INSTRUMENTO DE PREVENÇÃO DA
CRIMINALIDADE ECONÔMICA**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito, como requisito parcial à obtenção do grau de Mestre, Setor de Ciências Jurídicas e Sociais da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná.

**Orientador:
Prof. Dr. João Gualberto Garcez Ramos**

CURITIBA

2005

TERMO DE APROVAÇÃO

JOÃO BAPTISTA NOGUEIRA NETO

A SANÇÃO ADMINISTRATIVA APLICADA PELAS AGÊNCIAS REGULADORAS:
INSTRUMENTO DE PREVENÇÃO DA CRIMINALIDADE ECONÔMICA

Dissertação aprovada como requisito parcial para obtenção do título de Mestre no Curso de Pós-Graduação em Direito, Setor de Ciências Jurídicas e Sociais da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná, pela seguinte banca examinadora:

Orientador: Prof. Dr. João Gualberto Garcez Ramos
Universidade Federal do Paraná

Curitiba, janeiro de 2005

A
Vanessa,
pelo amor, incentivo e compreensão.

*Paola e João Pedro,
por simplesmente existirem.*

*Meus pais,
por minha formação e carinho.*

*Meu padrinho,
pela amizade eterna.*

AGRADECIMENTOS

Ao professor, orientador, amigo e incentivador Doutor João Gualberto Garcez Ramos, pelo acompanhamento, incentivo e ensinamentos, sem os quais não teria sido possível realizar o presente trabalho.

Ao primo Paulo Nogueira Artigas por me incentivar na busca do aperfeiçoamento jurídico

SUMÁRIO

| | |
|--|-----|
| RESUMO | vi |
| ABSTRACT | vii |
| INTRODUÇÃO | 1 |
| 1 A CRISE DO DIREITO PENAL | 5 |
| 1.1 AS ESCOLAS PENAIS | 11 |
| 1.2 OS MOVIMENTOS ATUAIS | 28 |
| 1.2.1 Teoria Estrutural-Funcionalista | 30 |
| 1.2.2 O <i>Labeling approach</i> | 31 |
| 1.2.3 O Neo-Retribucionismo | 32 |
| 1.2.4 O Direito Penal do Inimigo | 37 |
| 1.2.5 O Abolicionismo | 40 |
| 1.2.6 O Anarquismo | 46 |
| 1.2.7 O Positivismo Jurídico | 47 |
| 1.2.8 O Direito Penal Mínimo | 48 |
| 2 AS NOVAS ESTRATÉGIAS DO DIREITO PENAL | 54 |
| 2.1 A DESCRIALIZAÇÃO | 56 |
| 2.2 O DIREITO PENAL NA PROTEÇÃO DA DIGNIDADE HUMANA | 78 |
| 2.3 O CARÁTER SUBSIDIÁRIO DO DIREITO PENAL | 86 |
| 3 O DIREITO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR | 98 |
| 3.1 O DIREITO SANCIONADOR NO ESTADO CONTEMPORÂNEO | 111 |
| 3.2 AS SANÇÕES PENAL E ADMINISTRATIVA | 127 |
| 3.3 PRINCÍPIOS APLICÁVEIS ÀS SANÇÕES ADMINISTRATIVAS | 132 |
| 3.4 AS SANÇÕES ADMINISTRATIVAS E AS LEIS PENAIS | 136 |
| 3.5 AS AGÊNCIAS REGULADORAS NOS DIREITOS NORTE-AMERICANO E EUROPEU | 142 |
| 3.6 A APLICAÇÃO DAS AGÊNCIAS REGULADORAS NO DIREITO BRASILEIRO COMO INSTRUMENTO DE PREVENÇÃO CRIMINAL | 154 |
| CONCLUSÕES | 163 |
| REFERÊNCIAS | 164 |

RESUMO

Não há como ver o Direito Penal senão como *ultima ratio* na defesa dos bens jurídicos fundamentais, visto inexistir qualquer correlação entre um sistema penal amplo e a diminuição da criminalidade. Nas palavras de Beccaria, "proibir grande quantidade de ações diferentes não é prevenir delitos que delas possam nascer, mas criar novas". O mundo moderno busca alternativas para sancionar os delinqüentes. A prisão deve limitar-se aos casos graves e aos homens de grande periculosidade. Não devemos isolar os que podem continuar produzindo em favor da sociedade e, concomitantemente, reparando-a pelo mal cometido. Não é por acaso que o Princípio da Intervenção Mínima vem sendo instrumento presente na prática atual do Direito Penal mundial, muito embora não seja único. Quando levado pela "emoção", nosso Direito Penal adere à ideologia repressiva de "Lei e Ordem". Assim é que, ao mesmo tempo em que vivemos a descriminalização, vivemos instantes de radicalização e intensa intervenção penal. O Direito Penal deve se apresentar somente quando os demais ramos do Direito se demonstrarem ineficientes na proteção dos bens jurídicos. Também não se pode questionar que, em muitos casos, com muito mais eficiência, é possível reprimir e sancionar ações ilícitas mediante a aplicação de sanções de cunho administrativo. À aplicação do Direito Penal Preventivo, vemos nas Agências Reguladoras um instrumento indispensável à efetivação de políticas de controle e fiscalização social, promovendo ações dinâmicas e eficientes na busca da verdadeira adequação social, como eficiente anteparo à atuação do Direito Penal.

ABSTRACT

It is impossible to consider Criminal Law as something else than the *ultima ratio* in defense of legal rights, due to the fact that there is no relation between a broad criminal system and the reduction of crime rates. According to Beccaria, "to prohibit a large quantity of different actions is not to prevent crimes that could result from them, but simply to create new ones." The modern world seeks alternatives to punish offenders. Prison should be restricted to the most serious offenses and to the most periculuous criminals. The ones who can be useful in benefit of society compensating it for the damaged they had caused, should not be isolated. It is not by chance that all over the world the Principle of Minimum Intervention is being applied in the current practice of criminal law, even though it is not the only one. As mentioned before, when affected by emotion, our Criminal Law follows the repressive idea of "Law and Order". Therefore, at the same time we face the decriminalization, we live moments of radical and intense criminal intervention. The Criminal Law should be present only when the other branches of Law are inefficient to protect legal rights. In addition, it is unquestionable that we may deter and punish illegal actions in a much more effective way by applying administrative sanctions. By the use of the preventive Criminal Law, we observe that the Regulatory Agencies represent an indispensable role in the application of social control and monitoring policies, promoting dynamic and effective actions in the search of an actual social adaptation, as a support to the applicability of the Criminal Law.

INTRODUÇÃO

A Sanção Administrativa aplicada pelas Agências Reguladoras como instrumento de prevenção da criminalidade econômica – quando começamos a fomentar a idéia e o desejo de produzir um trabalho de pós-graduação, sempre e sempre nos direcionamos ao Direito Penal e à repercussão de sua ação preventiva em favor da Coletividade. Ainda nos anos de graduação, tivemos a oportunidade de ler *Dos Delitos e das Penas*, obra que nos alertou para a importância da ação preventiva do Direito Penal.

Ao tratar da necessária moderação das penas e dos meios de prevenir as infrações penais, Cesare Beccaria afirmava ser mais importante afastar os demais do caminho do crime, do que aplicar as penas para a exclusão do criminoso do convívio social. Já naquela época, preocupava-se com a prevenção do ato ilícito.

No passo de Eugenio Raúl Zaffaroni e José Henrique Pierangeli, o Direito Penal é "um instrumento de viabilização da existência humana..." e "...forma de assegurar a coexistência".¹ Coexistência que será preservada e aprimorada quanto mais buscarmos o efetivo monitoramento das relações entre os homens, e destes com o Estado, na prevenção da ocorrência do fato penal.

Por aí percorremos, porém, no trato das sanções administrativas como moderno instrumento de luta contra a prática ilícita. E mais, nos limites da disciplina e controle das agências reguladoras.

A recente "Reforma Administrativa", além de trazer o sabor da novidade, ao conferir terminologia norte-americana às autarquias reguladoras (denominando-as "agências"), revigorou-lhes o *status* na fiscalização dos assuntos ligados a sua área de ação.

Como bem argumentou Celso Antônio Bandeira de Mello, não estamos, a rigor, a falar de novidade alguma. No passado vivemos a experiência de autarquias

¹ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p.94.

com funções reguladoras, tais como o Departamento Nacional de Águas e Energia Elétrica (DNAEE). Igualmente, a Constituição da República dispôs dos serviços públicos usando as concessões e permissões públicas, e adotando a experiência norte-americana de regulamentação efetiva de serviço de utilidade pública.

Aqui agiganta-se o tema em questão.

A tendência atual de redução do Estado, em movimento às privatizações, alterou a natureza e a razão de sua intervenção. Ou seja, as agências reguladoras, em princípio, submetem os sujeitos a diversos controles, verificando a regularidade de atividades no meio social. Quando não, exercem papel fiscalizatório sobre atividade exercida pelo particular, que não serviço público, mas sim atividade economicamente relevante.

Assim, é ampla a coexistência das possibilidades de controle que estes novos tempos trazem.

Desse modo, iremos refletir sobre "a aplicação do Direito Penal Preventivo por parte das Agências Reguladoras", para que impeçam a ocorrência do fato penal de modo eficiente e eficaz, orientem a execução dos serviços, e, quando não, produzam, dentro da melhor técnica, a constatação da prática do ato ilícito.

O Estado Democrático de Direito procura garantir aos seus cidadãos a prestação de serviços seguros e eficientes, sob constante guarda das autoridades competentes, incumbidas de prevenir a prática irresponsável e oportunista de alguns.

É recente a legislação a respeito das Agências Reguladoras. As diversas leis que as instituem, dispõem que atuarão no exercício de competência-meio para a obtenção da competência-fim do Estado. Ou seja, através de conhecimento técnico-científico e habilidades especiais, exercerão competência regulatória estatal transparente, no controle do exercício do poder.

Esse controle transparente pode ser efetivo na prevenção de atos ilícitos, e, quando não, na ocorrência dos mesmos, na apuração imediata dos seus responsáveis, para a adoção da solução mais adequada, prevenindo-se a continuidade desastrosa.

Iremos nos referir à aplicação das sanções administrativas na efetiva otimização da estrutura e condições de validade – eficácia geral e preventiva – das sanções, no trato dos atos de desrespeito.

Muito se discute sobre o alcance dos poderes normativo e fiscalizador das agências, mas nada se expõe da importância de sua ação na comprovação e materialização da conduta criminal.

Para concluir, não podemos deixar de ressaltar que todo o trabalho buscará demonstrar a importância do Direito Penal de Prevenção.

Procuramos no Direito Penal a solução para as mais diversas questões sociais. Trata-se de intolerável prática que, ao invés de reconhecer a importância das normas penais, as desprestigia.

Vivemos a multiplicação legislativa, ora criminalizando e penalizando severamente, ora despenalizando e descriminalizando, ambas vertentes radicais e incoerentes.

Como dito por René Ariel Dotti, estamos "diante da proliferação legislativa e da tendência evolutiva de criminalização e de neocriminalização de comportamentos ilícitos que seriam muito melhor enfrentados pelas normas de Direito Administrativo (compreendendo as relações disciplinares, de consumo, do meio ambiente, financeiras, etc.)".² Assim, cabe à sociedade reavaliar as conseqüências do crime, bem como a função e as finalidades da pena.

Como salientou Jescheck, os últimos três decêndios apontaram a baixa eficácia da prisão, que nada mais fez do que tornar as pessoas piores, produzindo alto grau de reincidência. Tal constatação levou o Reino Unido, no ano de 1991, a promover uma reforma penal materializada no *Criminal Justice Act*, estabelecendo restrições à privação da liberdade, limitando-a aos casos em que o juiz considere a infração absolutamente séria e imprescindível à proteção do público.

²DOTTI, René Ariel. **Proposta para uma nova consolidação das leis penais**. Disponível em: <http://www.foreense.com.br/Atualida/Artigos_DP/350dou10.htm>. Acesso em: 13 jan. 2004. p.3.

Não é de hoje que os penalistas se preocupam com os rumos do Direito Penal e seu instrumento primacial, a pena. Já no século XVIII, avaliava-se a validade da violência institucional posterior como resposta à violência particular anterior.

As promessas de cumprimento da função instrumental da defesa social e do controle efetivo da criminalidade, períodos filosófico e jurídico, respectivamente, representados pelos clássicos Beccaria e Carrara, bem como a pretensão de ressocialização (prevenção especial positiva), desenvolvida a partir da Escola Positiva italiana – visando à eficaz defesa social frente ao delinqüente, tendo por representante Enrico Ferri –, apenas foram inserindo na sociedade uma nova vítima, o condenado.

1 A CRISE DO DIREITO PENAL

O Direito Penal clássico baseava-se no contrato social, vendo o homem como detentor de direitos naturais (vida, integridade física, honra, etc.) e o Estado como o protetor destes bens. Assim, o Direito Penal era uma obrigação fundamental estatal, com atribuição de punir as agressões praticadas no meio social.

Era enorme o poder que se concentrava no Direito Penal, que, ao mesmo tempo em que protegia a liberdade, a violava. Para Hassemer, constituía o "centro ideal do direito penal". Dizia o referido Mestre: *"Esto se relaciona com el hecho de que el derecho penal dispone de las sanciones más severas frente a las lesiones normativas: privación, desapoderamiento patrimonial, en forma de penas de multa, tratamientos coactivos..."*.³

O direito nasceu como solução para os conflitos entre os homens, como meio de assegurar o bem-estar, o convívio e a justiça social. Como disse Pontes de Miranda, "a função social do direito é dar valores e interesse a bens da vida e regular-lhes a distribuição entre os homens".⁴

A missão do Direito Penal é proteger os bens jurídicos fundamentais ao indivíduo e à comunidade, por meio do conjunto de normas incriminadoras, conformadoras da sanção penal, definindo as condutas ofensivas à vida, à liberdade, à segurança, ao patrimônio e a outros bens protegidos. De outra parte, se além às condutas impuníveis ou tratadas como lícitas, excludentes de ilicitude e isentantes de pena.

Na defesa da sociedade, o Direito Penal vem enfrentando a proliferação de leis, fruto do imediatismo político, no mais alto desprezo da sua estabilidade,

³HASSEMER, Winfried. **Crítica al Derecho Penal de Hoy**: norma, interpretación, procedimiento. Límites de la prisión preventiva. Traducido por Patricia S. Ziffer. Buenos Aires (Argentina): AD.HOC, 2003. p.19.

⁴MIRANDA, Pontes de. **Tratado de direito privado**. Rio de Janeiro: Borsoi, 1954.

buscando soluções ocasionais, em substituição da ausência e omissão estatais em outras áreas de sua responsabilidade. Com ações mágicas, o Direito Penal serve, simbolicamente, como resposta do Estado a uma situação pontual, servindo, as leis, para garantir falsas efetividade e eficiência.

Tal inflação legislativa, mãe do *Direito Penal do terror*, provoca a intensificação da responsabilidade criminal, como se a intervenção estatal pelo Direito Penal fosse capaz de resolver todos os problemas sociais.

Doutrinadores de hoje defendem que o Direito Penal deve ser o Direito da Intervenção mínima e efetiva, sempre que possível de forma secundária e de reserva, somente utilizada quando for inviável o emprego de outros meios, a exemplo da reparação de natureza civil e da sanção de natureza administrativa.

Como versava Nabor Bulhões:

Nenhum sistema de justiça penal pode ter a pretensão de solver todos os conflitos penais potenciais, sob pena de inviabilizar-se, sob pena de revelar a face cruel da impunidade, pela impossibilidade de um sistema solver, a um só tempo, pelos mecanismos ordinários, as infrações de menor potencialidade ofensiva, as infrações de média potencialidade ofensiva e as infrações graves. Propôs, então, que se extinguisse a punibilidade mediante consenso em determinadas hipóteses.⁵

Ao mesmo tempo em que atropela os princípios e mandamentos do Direito Penal, o legislador institui juizados especiais. Ou seja, reconhece, como na maior parte do mundo, que o encarceramento é para os perigosos, e que o melhor método

⁵BULHÕES, Nabor. Valor das limitações processuais e constitucionais do direito a prova. Apud MELO, Yure Gagarin Soares de. **As novas perspectivas do direito penal brasileiro**. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2003. p.8.

É precisa a posição de Bulhões, que acrescenta: "Todos sabemos que um dos maiores desafios do constitucionalismo moderno é a compatibilização de garantias conflitantes; é a resolução das chamadas colisões da Constituição de 1988, parece-me que, se algo devesse prevalecer em face do princípio da razoabilidade ou da proporcionalidade ou da intervenção mínima do direito penal, não seria negar-se ao condenado por crimes graves benefícios que estão na base de todos os sistemas democráticos do mundo, como, por exemplo, repita-se, a anistia, a progressão da pena, etc. – que significam a perspectiva de ressocialização em um sistema comprometido com a reeducação do delinqüente. Logo, tem-se irrefragável contradição na manifestação do legislador constituinte...".

de prevenção é a ressocialização do criminoso, visto que a restrição da liberdade fracassou em sua tarefa.

Constata-se que a pena privativa de liberdade está sendo substituída. Busca-se a efetiva redução da criminalidade e da população carcerária, com maior agilização da Justiça.

E assim deve ser, visto que o sistema penitenciário brasileiro vive, desde o início do século XXI, o caos gerencial. Presos se pisoteiam em cubículos desumanos. Não há como manter-se o senso de dignidade e honra pessoal. Ou seja, a prisão não serve.

Nas palavras de Nilo Batista:

o processo de mudança social, dos resultados que apresentem novas ou antigas propostas de direito penal, das revelações empíricas propiciadas pelo desempenho das instituições que integram o sistema penal, dos avanços e descobertas da criminologia, surgem princípios e recomendações para a reforma ou transformação da legislação criminal e dos órgãos encarregados de sua aplicação. A esse conjunto de princípios e recomendações denomina-se política criminal.⁶

O mundo moderno busca alternativas para sancionar os criminosos. A prisão deve limitar-se aos casos graves e aos delinqüentes de grande periculosidade. Não devemos isolar os que podem continuar produzindo em favor da sociedade e, concomitantemente, repará-la pelo mal cometido.

Não é por acaso que o princípio da intervenção mínima vem sendo instrumento presente na prática atual do Direito Penal brasileiro, mas não único. Como já dito, quando levado pela "emoção", nosso Direito Penal adere à ideologia repressiva da "Lei e Ordem". Assim é que, ao mesmo tempo em que vivemos a descriminalização, descarcerização e despenalização, vivemos momentos de radicalização e intensa intervenção penal.

⁶BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**. 8.ed. Rio de Janeiro: Revan, 2002. p.34.

Nas palavras do Professor René Ariel Dotti, na clássica lição da doutrina, apoiada pela jurisprudência, o Estado somente deve recorrer à pena criminal quando não houver, no ordenamento positivo, meios adequados para prevenir e reprimir o ilícito. Somente quando a sanção de outra natureza (civil, administrativa, tributária, etc.) não se apresenta eficaz para a reintegração da ordem jurídica é que surge a necessidade da mais grave resposta estatal consistente na pena criminal.

A pena traduz restrições ou sacrifícios relevantes aos direitos fundamentais da pessoa humana, cujo respeito é um dos deveres essenciais do Estado. Daí por que sua utilização deve ser limitada aos casos de extrema necessidade.

A Declaração Dos Direitos do Homem e do Cidadão (1789) proclamou que a lei deve estabelecer

penas estrita e evidentemente necessárias (art. 8.^o). Diante disso, a legislação penal e processual penal (incluindo a matéria de execução penal) deve ser objeto de leis complementares, que devem ser aprovadas por maioria absoluta nas duas Casas do Congresso Nacional (CF, art. 69). Somente dessa forma será possível limitar o furor legiferante que se manifesta ao sabor de acontecimentos episódicos, de interesses conjunturais ou de grupos de poder. Afinal, soa como intolerável paradoxo a verificação de que a lei complementar é utilizada, por exemplo, no setor tributário, cujos valores e interesses, por mais destacados que possam ser, não se sobrepõem aos direitos humanos que são imanentes à legislação penal e processual penal.⁷

Quando nos referimos ao Direito Penal não mais podemos fazê-lo sob a ótica do pensamento clássico que surgiu com a burguesia francesa, em que bastavam a existência do fato criminoso e a sua retribuição. Devemos saber até que ponto o Direito Penal é capaz de garantir os direitos humanos fundamentais, e quais seriam as razões da aplicação das sanções criminais.

A verdade é que o Estado Social de vanguarda deve utilizar o Direito Penal não como instrumento de Justiça, mas de realização e harmonização social.

A sociedade precisa acreditar que o sistema penal funciona. As normas penais devem produzir nas pessoas a sensação de garantia, de proteção contra os

⁷DOTTI, **Proposta...**, op. cit.

verdadeiramente criminosos, e não como arma de intimidação, nas mãos do Estado, para impor a muitos o modelo liberal de poucos.

Controlar o crime, reprimi-lo e combatê-lo, mediante a utilização de um sistema movido pelo contraditório e pela ampla defesa nem sempre será suficiente para garantirmos à sociedade a aplicação de critérios racionais e igualitários de ação da Justiça Criminal.

Muito embora façamos parte de uma sociedade que se apresenta formalmente como democrata, ou igualitária, é certo que ela dá claros sinais de que não se presta a todos. Alguns ficam com muito, e muitos ficam com muito pouco – e com a sanção penal.

Na há dúvida de que o crime é ato qualificado, não preexistente, fruto da vontade dos que conduzem o Estado. Assim, estamos falando de um poder seletivo, nas mãos dos poucos que muito têm, e que estabelecem como realidade qualificada esta ou aquela violação de regra. O Estado, em verdade, está representado pela vontade desta minoria. E é assim que estabelece as múltiplas funções do Direito Penal e suas penas. Seja a retribuição, seja a prevenção, quer de natureza geral negativa – em que se espera que a ameaça de aplicação da pena gere no indivíduo o temor em cometer o delito –, quer de natureza geral positiva, quando o Estado reafirma aos seus a manutenção dos valores sociais ao aplicar as penas previstas, o que produziria uma estabilização das sensações comunitárias.

Se o fator seletivo é o elemento-chave de elaboração das sanções penais e dos tipos penais, e este é fruto da vontade estatal, gerida por poucos, que desenvolvem o seu modelo criminal em atenção ao seu interesse e não no interesse da maioria oprimida, como podemos reconhecer a qualidade preventiva do Direito Penal, se o mesmo não está em consonância com as necessidades da maioria?

Assim sendo, o Estado preocupa-se com o fato criminoso e com a punição do seu autor, mas não atenta para os motivos que levaram este ao seu cometimento. Nada se diz a respeito de como se produziu um criminoso.

A falta de educação, emprego, lazer e cultura gera o incremento da criminalidade. Não foi outra a constatação a que se chegou em 1995, na cidade do Cairo, no IX Congresso das Nações Unidas sobre Prevenção do Crime e Tratamento de Delinqüentes. Quanto pior a distribuição da renda, maior a criminalidade.

Não é razoável, nem tampouco igualitário, usarmos das sanções criminais para tratarmos dos excluídos sociais, como se nenhuma culpa tivesse o Estado.

Também não seria efetivo prevenir-se a prática criminosa, fruto da falta de oportunidades no convívio social, com a imposição de sanção penal, mesmo que sob efeito das hipóteses de despenalização ou aplicação alternativa. Não deixaríamos de tratar como delito aquilo que é fruto da própria ausência do Estado.

Bem anda Nilo Batista ao tratar da chamada co-culpabilidade, reconhecimento do estreito vínculo entre certa espécie de criminalidade e as mazelas sociais, donde devemos creditar "uma responsabilidade geral do estado que lhe vai impor a pena", fazendo "sentar no banco dos réus, ao lado dos mesmos réus, a sociedade que os produziu".⁸ Assim, ao mesmo tempo em que o Estado impõe um controle social sobre todos, dando qualidade aos atos tidos por criminosos, deveria gerar as oportunidades de vida e dignidade.

A prevenção não pode se dar pela idéia da retribuição, que é no mínimo anticientífica. O Direito Penal não vige tendo por objeto a vingança, mas sim a proteção do bem jurídico.

De igual modo, a idéia de prevenção especial exacerbada – segundo a qual quanto mais tempo na prisão, melhor – não é democrática. Dadas as condições com que se pratica a política criminal em nosso país, como podemos acreditar que a pena trará a reeducação do indivíduo?

O Direito Penal, a nosso ver, vem tão-somente dispondo de capacidade preventiva especial negativa. Apenas retira o criminoso do convívio social. Confiná-lo, para que aprenda, na verdade, novas práticas criminosas: violência e malandragem.

⁸BATISTA, op. cit., p.105.

O discurso oficial está muito longe da realidade social. De um lado está a fala de que o objetivo da pena criminal é evitar crimes futuros, dando à sociedade a tranqüilidade da punição; de outro, está a constatação de que nada mais se faz do que vender à população a simbologia, gerando na mente das pessoas a certeza de que o Estado está agindo.

Esta é a razão pela qual o Estado só deve intervir nas questões absolutamente necessárias, deixando para o Direito Administrativo a punição das condutas que prejudiquem as políticas sociais.

1.1 AS ESCOLAS PENAIS

Das culturas mais distantes aos dias atuais, deparamo-nos com as mais diversas formas de punição. Das cinco penas chinesas, relatadas por Zaffaroni, aplicadas nos primórdios históricos, às penas previstas na Tailândia atualmente, para os casos de tráfico de entorpecentes, convivemos com as mais brutais formas de punição. Castração, amputação de membros e marcas a ferro foram e são realidades mundiais.

Não podemos imaginar que nas culturas antigas se tivesse analisado o problema da justificação da pena. "O espírito místico que domina os agrupamentos arcaicos envolve a suas normas em religioso mistério, fazendo-as ditadas pela divindade ou em íntima relação com as exigências mágicas da sua concepção do mundo."⁹

Também não podemos deixar de reconhecer que, ao longo dos séculos, os sistemas penais se humanizaram. O fim da imensa maioria das penas cruéis, a limitação das mesmas às pessoas de seus autores e a observância da prévia disposição a respeito dos fatos a serem punidos confirmam, sem dúvida alguma, a sua evolução.

⁹BRUNO, Anibal. **Direito penal**: parte geral. 3.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984. p.34.

Na Índia, desde o séc. XIII a.C., já se via a pena como instituto de evolução moral, usado na purificação das pessoas. O poder de punir era divino e exercido por autoridade terrena por delegação de Brahma.

Egito, Japão e Coréia também viveram sistemas penais de origem teocrática, em defesa de suas divindades.

Nas palavras de Zaffaroni:

No Egito, o Estado foi também uma organização teocrática e, portanto, as condutas que afetavam a religião ou o Faraó eram punidas com a morte, que podia ser simples ou qualificada (com tortura), por força, crucificação, decapitação etc., sofrendo a mesma sorte os pais, filhos e irmãos. Ademais, eram aplicadas penas de mutilação, desterro, confisco e escravidão, como também o trabalho forçado nas minas. A falsificação era punida com a amputação das mãos, o estupro com a castração, o perjúrio com a morte, a revelação de segredos com a amputação da língua etc. Mais tarde, substituiu-se a pena de morte pela amputação do nariz, na maioria dos delitos. Em seguida foi introduzido o desterro.¹⁰

A Babilônia conheceu o código do rei Hammurabi. Os hebreus tiveram seu direito marcado pelo talião. E o que conhecemos como direito penal mosaico – de Moisés – é fruto das disposições dos Dez Mandamentos.

Os germânicos criaram o *compositio*, indenização que era o preço do sangue, o preço da paz. Este pagamento possuía duas vertentes: o *manngeld* ou *busse*, preço de satisfação do ofendido, e o *friegeld*, para satisfação do príncipe.

Seguindo os ensinamentos de Luiz Alberto Machado:

O Direito Penal grego teve duas fases: na primeira o crime era considerado uma fatalidade inafastável, uma imposição dos deuses, por isso a pena tinha caráter sacral; na segunda, o crime, em consequência da doutrina do livre arbítrio de Aristóteles, incompatível com o determinismo absoluto da fatalidade, passou a ser considerado como um acontecimento humano evitável, e a pena caracterizou-se pelo caráter público e aplicação individual.¹¹

Na Judéia, o Direito Criminal era de origem divina. Já em Roma o mesmo era basicamente casuísta, de caráter religioso e, depois, público quanto à pena e ao

¹⁰ZAFFARONI, Eugenio Raul; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal:** parte geral. 4.ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p.182.

¹¹MACHADO, Luís Alberto. **Direito criminal:** parte geral. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987. p.21.

crime. Era centrado nas mãos do *pater*, que acumulava os *status* de chefe, juiz e sacerdote familiar.

Recorrendo, novamente, às palavras de Machado, verificamos que o Direito Criminal romano apresentou-se em três períodos: Realeza, República e Império.

No período da Realeza, separou-se a religião do Direito. Os crimes eram públicos ou privados. A *Delicta publica* previa o *perduellio* e o *parricidium*; posteriormente, o incêndio doloso, o falso testemunho, o suborno do magistrado, dentre outros. Já *delicta privata* eram o dano, a injúria e as ofensas corporais. As penas eram a morte e o desterro. O talião punia o adúltero e o ladrão.

Na República, poucos crimes mantiveram a natureza privada. As penas eram infamantes, de desterro, corporais, privativas de liberdade, de trabalhos forçados e de internação em minas.

Já no Império, verifica-se um poder absoluto do Imperador. A cognição substitui o casuísmo. Não mais qualquer um acusa; apenas o magistrado.

Diz Machado:

Podem ser apontadas como características gerais do Direito Criminal romano, além do empirismo (ausência de sistema), em relação à teoria do delito: a) uma doutrina da culpabilidade que, até hoje, influencia os penalistas causalistas; b) ilicitude do fato (excluída pela legítima defesa até a morte; estado de necessidade até ataque à propriedade alheia; cumprimento do dever legal; consentimento do ofendido, nos delitos privados); c) omissão só punível em determinados casos; d) inexistência de uma teoria sobre a tentativa; e) reconhecimento da co-autoria; f) equiparação do ato à ação; g) prescrição apenas da ação penal; h) pena submetida ao arbítrio judicial; i) direito penal público; j) diferenciação entre imputáveis e inimputáveis.¹²

Os germânicos possuíam um direito extremamente objetivo, baseado na vingança de sangue, e sua extensão a toda a extirpe do delinqüente; no estado de guerra; no processo penal popular; na composição; e na perda da paz ou proscricção.

¹²MACHADO, op. cit., p.22.

Neste passo, chegamos ao Direito Canônico, fruto da mescla do Direito romano e do Direito germânico. Inicialmente voltado para os embates eclesiásticos, o Direito Canônico estabelece com Constantino a religião cristã como religião do Estado, o que restou oficializado por Teodósio.

O Codex Juris Cannonicis previa os *delicta mera ecclesiastica*. Os delitos religiosos eram públicos. E ao Estado cabia a sua execução.

Em 1140, em Bolonha, pelo Decretum Gratiani, fez-se a separação entre o Direito e a teologia.

Nas palavras de Machado, o Direito Canônico enfrentou o Direito Penal, bárbaro, as ordalias, os duelos judiciários. Entre suas características, estão: a pena pública, a igualdade das partes perante Deus, a correção e emenda como fins concretos da pena, a introdução da pena privativa de liberdade e as concepções religiosas quanto aos fins da pena.

Quanto ao Direito Criminal medieval, cabe dizer que se tratava de uma composição dos direitos romano, germânico e canônico, preponderando o primeiro, segundo Savigny, tendo por principais características: a) a teoria romana do *dolus*, mais o *versari in re illicita* – teoria da culpabilidade; b) a teoria da tentativa; c) a culpa lata; d) a teoria da participação; e e) a instrução criminal secreta.

O fato é que é bastante difícil descrever o período medieval. Para os românticos, estaríamos diante do período mais esplendoroso de nossa História. Para os positivistas, estaríamos frente a uma época de obscuridades. Permitimo-nos dizer que não há período "sem valia". Também podemos afirmar que o período medieval baseou-se na filosofia fundada na idéia de Deus, o que não limitou-se ao pensamento cristão medieval, influenciando os pensadores judeus e mulçumanos.

Recorremos a Santo Agostinho para nos referirmos ao pensamento medieval:

O respeito de Santo Agostinho pela consciência individual foi enorme, rejeitando qualquer gênero de coação em matéria de fé e sustentando que o direito e o Estado são necessários porque fazem a regulação social, mas sem ver neles nada de teocrático, exceto no simples nível da possibilitação da vida espiritual (...) Para o bispo de Hipona a ordem jurídica é uma questão terrena, que resolve problemas práticos de coexistência. O

Estado e o direito são quase um mal necessário, porque sua existência deriva da corrupção, mas não se trata de algo em si corrupto. (...) Santo Agostinho também reivindica o respeito para com a pessoa humana ao distinguir a vontade do conhecimento e dotá-la de autonomia. Para ele, a liberdade não consiste na possibilidade de fazer qualquer coisa; isto é o arbítrio, mas não a liberdade.¹³

Com a Revolução Industrial verificamos uma fabulosa transformação socioeconômica, que possibilita, por sua vez, uma mudança cultural profunda. As pessoas vão para as cidades, e lá vivem em condições de miséria, disputando os poucos e péssimos empregos existentes. Com o deslocamento do campo para a cidade, acentua-se a violência urbana, uma verdadeira ameaça à classe emergente dos capitalistas.

Nessa época, cabia à nobreza, controladora do Estado, a tarefa de controlar as massas. Poder que se estendia sobre os capitalistas. Receio que ensejou a adoção da ideologia do *contrato social*, como referência para adequar os conflitos.

O chamado período humanitário teve início com as obras dos filósofos do Direito natural, confundindo direito e moral (Grotius, Tommasus), e dos enciclopedistas (Diderot, D'Alembert, Montesquieu, Rousseau, Voltaire).

Foi Cesare Bonesana, o Marquês de Beccaria, que, amparado nos pensamentos de Rousseau e Montesquieu, fundamentou o direito de punir no contrato social. Através do seu *Dei Delitti e delle Pene* (1764), defendeu o abrandamento das punições, a par de um Direito Criminal liberal, mas sempre e sempre aplicado através de penas fixadas pela lei – não cabendo aos juízes da Nação fixá-las, mas somente pronunciá-las. Ademais, propugnava pela igualdade e personalidade das mesmas – iguais para todos e na proporção de seus atos. Foi absolutamente contra as penas de morte, de confisco e infamantes.

Beccaria inicia a renovação do Direito Penal italiano, e favorece o surgimento da escola clássica.

Para Beccaria, a finalidade da pena seria apenas a de evitar que o delinqüente voltasse à prática criminosa, bem como de que outros nele se

¹³ZAFFARONI e PIERANGELI, *Manual...*, 4.ed., op. cit., p.253.

espelhassem. Toda e qualquer punição somente poderia ser aplicada quando absolutamente necessária. Adota uma concepção relativa da pena, justificada pelos seus fins, visando unicamente impedir o réu de produzir os danos.

Outra personalidade humanista foi Jean Jacques Marat. Com seu *Plano de Legislação Criminal*, propôs a proporcionalidade e humanização da pena, além de um sistema de coleta de provas mais justo e confiável. Em 1790, sua proposta foi encampada pela Assembléia Nacional francesa, como projeto para o Código de Delitos e de Penas do Estado francês, o que não restou concretizado.

Com a Revolução Francesa, o Direito Criminal passou a repudiar a pena de confisco, refutou as barbáries e estabeleceu a prisão como pena. E, acima de tudo isso, declarou a igualdade de todos perante a lei.

Nas palavras de Machado, a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão incluiu a anterioridade da lei penal e a igualdade de classes.

Chegamos às Escolas Penais.¹⁴

Para Aníbal Bruno, embora sejam muitas as variantes apresentadas, apenas dois grandes grupos podem ser classificados: o das escolas de teoria

¹⁴"As realidades jurídicas sobre as quais se constrói o Direito Penal, e mais que tudo a pena, suscitam problemas em relação com determinadas concepções do homem e da vida, a que não pode ficar estranho o pensamento filosófico. A atividade dirigida a investigá-los na sua essência e nos seus fundamentos pertence à Filosofia, em particular à Filosofia jurídica, não ao Direito Penal. Para o jurista propriamente dito, o que é a pena e quais as suas características é questão que se resolve precisamente nos termos do Direito positivo. Não pede o jurista justificação para o Direito. Toma o sistema jurídico e as suas implicações como uma realidade que existe e exerce a sua função normativa prescindindo de qualquer indagação de legitimidade. A Filosofia é que opõe a essa posição empírica uma exigência de justificação racional, que acompanha toda construção jurídica, do mesmo modo que outras instituições sociais, e faz transpor as conclusões da sua atividade especulativa ao domínio do Direito. E não se pode negar importância a essas conclusões na construção do Direito Penal e dos seus diversos institutos. O que o legislador julgue dever ser a pena, os seus fundamentos e objetivos irá determinar a linha inteira de orientação do sistema penal. Por isso, hoje voltam essas conclusões a impor-se aos penalistas, dando-lhes a razão final porque divergem as correntes em que se divide o pensamento jurídico-penal. Daí as chamadas teorias da pena, que são ao mesmo tempo teorias de Direito Penal, porque, desde que neste ramo do Direito o mais característico e relevante é a sanção que protege a norma e, em função dela, os seus pressupostos, as teorias que servem para a justificação da medida punitiva, para a elucidação da sua essência, e dos seus objetivos, servem aos mesmos fins em relação ao Direito Penal)." (BRUNO, op. cit., p.29-32).

retributiva, também chamadas absolutas, e o das escolas preventivas, conhecidas por relativas.

As teorias absolutas vêem na pena a recomposição do injusto pela retribuição – a retribuição justa do mal injusto. Já as teorias relativas ou finalistas, têm a pena como instrumento de segurança social.

Para os absolutistas, a razão da pena está no passado. Motivos de ordem moral, religiosa ou jurídica forçam castigar. O crime é a razão de punir.

Já os relativistas vêem no crime apenas um pressuposto, visto que a pena está ou na prevenção geral (intimidação) ou na prevenção especial (exclusão do indivíduo do convívio social).

A primeira das Escolas foi denominada "Clássica" pelos positivistas, em referência pejorativa a todos os juristas que os antecederam. Aplicava as idéias fundamentais do Iluminismo, ao longo dos séculos XVIII e XIX.

A pena era meio de defesa social, imprescindível à sociedade, ao passo que o crime era a ofensa a direitos naturais ou civis. Na Itália, estão entre os clássicos Filangieri, Mario Pagano, Romagnosi e Carmignani.

Na Alemanha surge Feuerbach, autor do CP bávaro de 1813, e que, para alguns, foi o pai do Direito Penal alemão. Para ele a pena possuía caráter de inibidor psicológico, sendo medida preventiva e não retributiva. Seria o instrumento político a impedir a prática de novos crimes.

Já Bentham, fundador do Utilitarismo, e autor da obra *Teoria das Penas e das Recompensas* (1827), vê a pena como instrumento predominante de prevenção.

De outro lado, Kant atribui à pena apenas a justa retribuição – fim em si mesma. Nas palavras de Aníbal Bruno, a pena fecha o seu destino de exigência de justiça, que é preciso cumprir mesmo quando já não haja razão prática que a justifique.

O moralismo exacerbado do pensamento de Kant faz da pena um "imperativo categórico", em que só o talião poderia atender às necessidades sociais – o mal retribuído pelo mal.

Se Kant não influenciou o desenvolvimento do Direito Penal, o mesmo não se pode dizer a respeito de Hegel (morto em 1831), que concebia a pena como recomposição do direito, retribuição jurídica. Hegel influenciou diversos autores, dentre eles Mezger.

Hegel desconsidera a punição moral de Kant, transformando-a em retribuição jurídica. A pena seria a reafirmação do Direito negado pelo crime.

Na França, segundo Aníbal Bruno, verifica-se a primeira construção sistemática do Direito Penal, o *Traité de Droit Penal* (1824), de Pellegrino Rossi. Para este, o Direito Penal funda-se na justiça moral. O crime é a violação de um dever, e a pena a retribuição para tal mal.

Na Itália, temos a figura de Francisco Carrara (morto em 1888), que se tornaria o maior mestre de sua época. É de sua autoria o *Programa do Curso de Direito Criminal*, obra que representou o marco inicial da chamada *Escola Jurídica Italiana*. Carrara baseou-se no direito natural, afirmando, nas palavras de Heleno Cláudio Fragoso,

a existência de uma lei eterna de ordem, formulada por Deus, da qual deriva a sociedade, a autoridade, e o direito desta para proibir e castigar. Considerado em abstrato, o direito de punir tem como único fundamento a justiça, mas quando é considerado como ato humano, seu fundamento é a defesa da sociedade. Assim, o direito de castigar funda-se no princípio de justiça, mas é limitado pela necessidade de defesa.¹⁵

Os princípios básicos da Escola Clássica seriam os seguintes: a) o crime seria um ente jurídico, uma violação do direito, como exigência racional; b) a responsabilidade penal calcada no livre-arbítrio; c) a pena seria retribuição jurídica e recomposição da ordem externa agredida; d) por fim, o método lógico-abstrato no estudo do Direito Penal.

A Escola Positiva aparece no final do século passado, quando já dominava o meio filosófico. Darwin, Lamarck e Haeckel se opunham ao racionalismo

¹⁵FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de direito penal**. 14.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1993. p.43.

dominante. Surge a sociologia, com Augusto Comte, ciência natural, estudando indutivamente os acontecimentos da vida social.

No âmbito penal, o positivismo busca substituir a função do sistema, fazendo-a não mais repressiva-retributiva, mas sim um sistema de prevenção especial, amparado no estudo antropológico do homem e do crime como acontecimento social.

O positivismo inicia-se com Lombroso (1909), o maior expoente do período criminológico, médico que escreveu *L'Uomo Delinquente*, na busca causal da prática criminal. Criou a Antropologia Criminal, na defesa da existência do perfil morfológico do criminoso. Sua crença decorria da autópsia que realizara em famoso bandido italiano (Villela), quando detalhou e comparou sua fosseta occipital à de animais inferiores.

Raffaele Garofalo é o jurista da primeira fase da Escola Positiva. Publica um estudo sobre a restrição das penas nos crimes de sangue. Nas palavras de Frago:

...como diz Grispigni, já se continha em seu núcleo fundamental a doutrina da Escola Positiva: a prevenção especial (pena visando à correção e adaptação do réu ou sua neutralização) junto à prevenção geral (intimidação), como prevalência da prevenção especial em caso de contraste, e, sobretudo, o que é característico da nova escola, a periculosidade do réu (temibilidade), como critério e medida da repressão criminal.¹⁶

Na Itália, os positivistas negavam a idéia de retribuição da pena e, de modo objetivo, faziam da mesma um instrumento de defesa social. Destaca-se, dentre os positivistas, Enrico Ferri. Em 1878 edita sua tese *La negazione del libero arbitrio e la teoria della imputabilità*, em que defende a impossibilidade de se fundar no livre-arbítrio o Direito Penal. Acolhe as posições de Garofalo sobre a prevenção especial.

Nesse sentido, devemos dizer que coube à Escola Positiva o início dos trabalhos e estudos antropológicos e criminológicos, considerando os fatos sociais e o criminoso, e seus aspectos biológicos e contexto social. Num primeiro momento, com maior ênfase ao aspecto criminológico (Lombroso), e num segundo momento, mais jurídico, representado por Garofalo e Ferri.

¹⁶FRAGOSO, *Lições...*, op. cit., p.46.

Para a Escola Positiva, os criminosos estariam inclinados à prática de crimes quando possuíssem determinadas características físicas.¹⁷

São princípios da Escola Positiva:

(a) - o crime é fenômeno natural e social, estando sujeito às influências do meio e aos múltiplos fatores que atuam sobre o comportamento. Exige, portanto, o método experimental ou o método positivo para explicação de suas causas; (b) - a responsabilidade penal é responsabilidade social (resultado do simples fato de viver o homem em sociedade), tendo por base a periculosidade do agente; (c) - a pena é exclusivamente medida de defesa social, visando à recuperação do criminoso ou à sua neutralização, nos casos irrecuperáveis; (d) - o criminoso é sempre psicologicamente um anormal, de forma temporária ou permanente, apresentando também muitas vezes defeitos físicos; (e) - os criminosos podem ser classificados em tipos (ocasionais, habituais, natos, passionais e enfermos da mente).¹⁸

Com Carnevale, Alimena e Impallomeni nasce a Terceira Escola Italiana – *Terza Scuola*, vendo a imputabilidade como responsabilidade moral, individual, sem, contudo, reconhecer o livre-arbítrio. Ao mal-estar da pena acresce-se um fim de defesa social. Heleno Cláudio Fragoso não chegou a vê-la como escola, mas como um movimento de algumas opiniões.

Sob influência da Escola Positiva, surge, na Alemanha, a chamada Escola Moderna alemã. Seu precursor foi o austríaco Von Liszt, falecido em 1919. Em sua obra *Tarefas Político-Criminais*, sustentou a necessidade de se pesquisar a criminalidade, tema imprescindível à correta aplicação da pena. Contrário a

¹⁷Por partir da teoria evolucionista de Darwin, a Escola positiva entendia que o homem podia, ativamente, ser destinado ao crime (criminoso nato); esse atavismo configurar-se-ia pela assimetria do crânio, pela presença da fosseta occipital média, pelo maior desenvolvimento da região occipital em relação à frontal, pela fronte fugidia, pela assimetria facial, pela proeminência dos seios frontais e das arcadas superciliares, pelo predomínio da grande envergadura sobre a estatura, pelo mancínismo (uso predominante da mão esquerda), pela disvulnerabilidade (recuperação rápida e quase instantânea dos ferimentos).

(...)

A classificação de Enrico Ferri: natos (assassinos, ladrões), loucos (loucura moral), habituais (de ocasionais a habituais), ocasionais, passionais. A de Garofalo: natos ou instintivos e ocasionais ou fortuitos. Essas categorias comportam os seguintes grupos: assassinos, violentos, ímprobos e cínicos.

A Escola Positiva tem como caracteres: a) método experimental; b) responsabilidade social; c) delito como fenômeno social e natural; d) pena como meio de defesa social." (MACHADO, op. cit., p.30).

¹⁸FRAGOSO, *Lições...*, op. cit., p.47.

Lombrosio, Liszt repudia a idéia do criminoso nato. Para ele, as relações sociais seriam a origem do crime, razão pela qual sua escola também foi denominada Escola Sociológica Criminal. Negava, igualmente, o livre-arbítrio, vendo na pena o caráter preventivo, finalisticamente voltada à personalidade do criminoso. Em 1888, juntamente com Van Hamel (holandês) e Prins (belga), fundou a União Internacional de Direito Penal, ao estudo do delito e à sua adequada repressão – a função da pena seria o combate do crime como fenômeno social.

A Escola Moderna surgiu como solução conciliatória para os conflitos verificados entre as Escolas Clássica e Positiva. Nas palavras de Machado, a pena retributiva, de castigo, fora substituída pela pena fim, com função preventiva geral e especial.

Von Liszt - pós-Primeira Guerra Mundial passou a admitir reformas no sistema penal da culpa, ao eficiente combate da criminalidade. A pena estaria para a culpa assim como a medida de segurança estaria para a periculosidade do agente.

A Escola Moderna refletiu fortemente nas legislações penais, em particular no Código Penal brasileiro, tendo, dentre seus principais seguidores, Max Ernst Mayer, Goldschmidt e Mezger.

Com Manzini, nasce a Escola Técnico-Jurídica. Por sua vez, é com Arturo Rocco (aula magna proferida em 1905, na Universidade de Sassari, Itália), influenciado por Binding e Carrara, que se verifica a sua profusão. Para Aníbal Bruno, estaríamos mais propriamente frente a um movimento de renovação metodológica, do que a uma Escola jurídica.

Sua proposta foi a de retorno ao jusnaturalismo: "...a imputabilidade, portanto, não se fundava nem no livre-arbítrio dos clássicos, nem no determinismo absoluto dos positivistas. A crítica também estava fora do Direito Criminal, só lhe restando a exegese e a dogmática. Combateu indistintamente aos clássicos e aos positivistas".¹⁹

¹⁹MACHADO, op. cit., p.33.

Em verdade, o movimento técnico-jurídico nada mais foi do que o momento italiano da corrente positiva alemã (do notável Karl Binding). Pode-se dizer que o Direito Penal inicia-se por força das considerações formuladas por Binding – *As Normas e sua Transgressão* (1872), *Manual de Direito Penal* (1885), *Compêndio de Direito Penal* (1902) e *Tratado* (1903).

Nas palavras de Mezger, apresentadas por Fragoso, "Binding pertence àqueles escritores criminalistas que exigem, do modo mais terminante, a derivação dos conceitos penais dos preceitos do direito positivo, e que, em verdade, a realizam da forma mais conseqüente e resoluto".²⁰

A história do Direito brasileiro surge com a aplicação das leis portuguesas. Por ocasião do seu descobrimento estavam em vigor as Ordenações Afonsinas e, logo em seguida, as Manuelinas. Pouco ou quase nada representaram ao sistema brasileiro que vivia o sistema das Capitanias, que primavam pela ausência do poder público limitado e por um mínimo de proposta repressiva.

Portugal do século XII conheceu a legislação foral, fruto das diversas legislações da variadas regiões do Reino, que, por sua vez, baseavam-se nos usos e costumes locais.

Em 1211, com D. Afonso, e em 1251, com D. Afonso III, surgem as primeiras "Leis Gerais".

Nas palavras de Fragoso:

Por essa época o direito da Igreja adquiriu forma definitiva, a partir da publicação das Decretais de Gregório IX (que tiveram grande influência na aplicação do direito em vários lugares), e o direito romano renasceu, pela obra dos glosadores, em Bolonha. A partir do reinado de D. Diniz (1279-1325), a influência desse direito em Portugal foi considerável, tendo acrescido de numerosas leis, inspiradas também na legislação de Castela (Lei das Sete Partidas), muito vulgarizada no Reino.²¹

²⁰FRAGOSO, *Lições...*, op. cit., p.56.

²¹FRAGOSO, *Lições...*, op. cit., p.56.

Assim apresentava-se o Direito português no reinado de D. João I (1384-1433).

Já sob o Reinado de D. Afonso V, aparecem as Ordenações Afonsinas, compiladas em 1446, em cinco livros. No Livro V encontramos o direito penal e o direito processual penal, com grande influência do direito romano-canônico. Coelho da Rocha, citado por Fragoso, referiu-se nos seguintes termos ao comentar o Livro V, das Ordenações Afonsinas: Os defeitos dos códigos criminais da Idade Média estão na mistura do direito romano e canônico. O legislador não visava aos fins da pena, e à sua proporção, mas sim a conter os homens por meio do terror e do sangue.

A pena de morte é fortemente aplicada. O processo acusatório (originário do direito romano) não é o único utilizado. A ele juntam-se os processos previstos para as querelas e para as inquirições devassas (do direito canônico).

O direito romano, as leis imperiais e o direito canônico são fontes de aplicação subsidiária.

O que há de formidável nas Ordenações Afonsinas é a sua codificação, sendo o primeiro código completo a surgir na Europa.

Com D. Manoel I, em 1521, surgem as Ordenações Manuelinas, que na esteira das Ordenações Afonsinas contam com alguns novos provimentos e algumas correções.

Com a anexação de Portugal a Espanha, em 1580, surgem, por ordem de D. Felipe I, e já no Reino de D. Felipe II (1603), as Ordenações Filipinas. Estas não trazem inovações, e permanecem em vigor em Portugal durante o Reino de D. João IV (já independente da Espanha). Com a rainha D. Maria (1778), surge notável trabalho de autoria de Mello Freire, que, contaminado pelas idéias dominantes na Europa, à época, dentre elas as idéias de Beccaria, compila o que se chamou de Código criminal intentado pela rainha D. Maria I, o qual, infelizmente, não se tornou lei.

No Brasil Colônia, a partir dos governos gerais, aplicou-se o Direito Penal do Livro V, das Ordenações Afonsinas. Cabia ao Ouvidor-Geral a aplicação do Direito Penal, inclusive com poder para mandar matar. As Ordenações Afonsinas

eram terríveis. A morte era uma pena comum, aplicada na maioria dos casos, e executada com extrema crueldade – pelo fogo, pelo enforcamento.

Aos 16 dias do mês de dezembro do ano de 1830, nasce o primeiro Código Penal autônomo da América Latina, o nosso "Código Criminal de 1830". Decorrência de nossa independência e da Carta Constitucional de 1824, transforma o sistema criminal brasileiro, sendo abolidas todas e quaisquer penas cruéis, como açoites, torturas, marca de ferro quente, etc.

Sob total influência do Iluminismo, exclui a aplicação da pena de morte e limita a pena à pessoa do delinqüente.

Em 1890, em decorrência da abolição da escravatura (em 1888), verifica-se a necessidade de readequação do Código Penal de 1830. Assim, já sob a influência do positivismo, nasce, por decreto de 11 de outubro de 1890, o novo Código Penal de 1890. Nas palavras de Heleno Fragoso, o Código de 1890 já nascia atrás de seu tempo, com enormes erros de técnica.

A influência da Escola Positivista, nos anos da Primeira República, particularmente a presença da obra de Ferri, deixava claro, já naquela época, que

...a criminalidade não poderia ser esbatida através de medidas penais de extrema severidade. Analisando os substitutivos penais expostos num plano geral envolvendo diversas ordens (econômica, política, científica, legislativa, administrativa, religiosa, familiar e educativa), o criminalista Viveiros de Castro concorda com o grande sociólogo e jurista italiano. E reconhece a ineficácia da pena que perdia a força de intimidação apregoada pela Escola Clássica: "A penalidade torna-se mais forte e a criminalidade cresce em proporção ainda maior", dizia ele, admitindo ser 'tempo de mudar de rumo'.²²

O Código de 1890 não previa as medidas de segurança, e aplicava-se, à quase totalidade dos crimes, a pena de prisão celular, que se caracterizava pelo isolamento combinado com a obrigação de trabalhar em estabelecimento especial. Já a pena de reclusão era executada em fortalezas, postos de guerra ou instalações militares. Eram previstas, também: a prisão disciplinar (menos de 21 anos, para

²²DOTTI, René Ariel. **Curso de direito penal**: parte geral. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p.195.

execução em estabelecimentos industriais); e a prisão com trabalho obrigatório (prevista para os chamados vadios, para cumprimento em penitenciárias agrícolas). O banimento, a interdição, a suspensão e perda de emprego público e a multa somavam-se ao elenco das sanções penais.

No ano de 1927, apresenta-se o projeto de autoria do Desembargador Virgílio de Sá. Este propõe a divisão das penas em duas classes: principais (multa, exílio, detenção, prisão e relegação – pena indeterminada substitutiva da pena de morte e da prisão perpétua) e acessórias (interdição de direitos, publicação de sentença, confisco de objetos pessoais e expulsão de estrangeiro).

Com o Movimento Revolucionário de 1930, já no ano de 1931, inicia-se a revisão da legislação em vigor, com o objetivo de se apresentar novas codificações, a serem submetidas ao Poder Legislativo, pelo Governo Provisório.

Com a promulgação da Carta Constitucional de 1934 (em 16.07.1934), proíbe-se a aplicação das penas de banimento, morte, confisco e caráter perpétuo.

Nos anos de 1935 e 1936, debate-se intensamente o projeto de autoria do Desembargador Virgílio de Sá Pereira. Em 1935, a Faculdade de Direito do Recife designa Comissão para avaliação do referido projeto. Suas conclusões são publicadas em 1937, referendando os trabalhos de Sá Pereira.

O sistema proposto era dualista (penas e medidas de segurança). As penas, como já mencionado, eram divididas em acessórias e principais, aplicando-se o procedimento de substituição das penas de prisão (quando curtas) por penas de multa, perdão judicial, *sursis* e custódia doméstica.

O projeto Sá Pereira é aprovado pela Câmara dos Deputados e encaminhado ao Senado, em 1937.

Acontecimentos sociais e políticos nos levam ao Estado Novo. O Congresso Nacional é fechado, o Parlamento é destituído e o País inicia um movimento de convergência ao pensamento e às forças de direita.

A Carta Constitucional de 1937 reintroduz a pena de morte para as hipóteses não militares, alcançando as infrações políticas e os homicídios praticados por motivo fútil e com extrema perversidade.

Francisco Campos, ministro da Justiça, designa Alcântara Machado para estudos e mudanças da legislação penal. Seu projeto de Código Criminal conta com 390 artigos. As penas previstas eram: a reclusão (de um a trinta anos), a detenção (seis dias a três anos), a segregação, e a multa. Coube a Nelson Hungria, Vieira Braga, Marcelio de Queiroz e Roberto Lyra a análise do anteprojeto de Alcântara Machado.

Aos 31 dias do mês de dezembro de 1940 é publicado o novo Código Penal (Decreto-lei n.º 2.848, de 07 de dezembro de 1940). Em mais de 300 artigos previam-se as penas de detenção e reclusão, sendo poucas as hipóteses de substituição da privação da liberdade pela multa. O processo de humanização proposto pelo anteprojeto Sá Pereira, relativamente à execução penal, não foi mantido pela Comissão do anteprojeto Alcântara Machado, e, por conseguinte, não constou do Código Penal de 1940.

Segundo René Ariel Dotti:

O exame dos textos legislativos de natureza complementar revelava que a perda da liberdade física era a sanção por excelência, um verdadeiro monocórdio a interpretar a sinfonia do bem e do mal. Mais de 170 hipóteses de ilícitos descritos no Código Penal eram punidos com a detenção, enquanto que em mais de 130 casos se aplicava a reclusão. Não havia alternativas dentro ou fora da pena de prisão e apenas em casos raros a multa poderia substituir a privação da liberdade.²³

No regime do Código Penal de 1940, pena e medida de segurança estavam lado a lado, conforme dito por Nelson Hungria. Ambas eram previstas, em movimento de substituição ou complementação, quando não sucessivamente, no caso de condenado perigoso (duplo binário).

Indo à frente, no ano de 1942, com o Decreto n.º 4.865, proibiu-se a suspensão condicional da pena imposta aos estrangeiros.

²³DOTTI, **Curso...**, op. cit., p.201.

Em 1961, o ministro da Justiça, Pedroso Horta, convoca Nélson Hungria para elaborar um anteprojeto de reforma do Código Penal de 1940. Com 391 artigos, o mesmo introduz novas figuras penais, e reafirma as tendências da época, favoráveis à criminalização.

No ano de 1964, Comissão instituída pelo Ministério da Justiça inicia os trabalhos de análise do anteprojeto Hungria. Novamente, a instabilidade política, sempre presente e marcante em nossa História, retarda e prejudica os trabalhos. Ora o famigerado golpe militar, o que leva Roberto Lyra, presidente e membro da Comissão, a renunciar à tarefa de revisão.

Somente em fevereiro de 1965, com designação, por parte do ministro Milton Campos, de nova Comissão, composta por Nélson Hungria, Hélio Tornaghi, Aníbal Bruno e Heleno Fragoso, reiniciam-se os trabalhos de análise do projeto Hungria. No final de 1965, os trabalhos encontram-se parcialmente realizados, mas não prosseguem. Particularmente, após a morte de Hungria.

O professor Alfredo Buzaid é designado para coordenar a Comissão Revisora. Prontos os trabalhos, o Código Penal de 1969 é promulgado pela Junta Militar (21 de outubro de 1969 – Decreto-lei n.º 1.004).

Por inúmeras vezes prorrogou-se sua entrada em vigor, até que, por meio da Lei n.º 6.578, de 11.10.78, revogou-se definitivamente sua possível vigência, restaurando-se o Código Penal de 1940.

Já em 1980, sob a presidência de Francisco de Assis Toledo, constitui-se comissão para elaboração de novo anteprojeto de Código Penal. Compõem-na, além de seu presidente, Francisco Serrano Neves, Miguel Reale Júnior, René Ariel Dotti, Ricardo Antunes Andreucci, Rogério Lauria Tucci e Hélio Fonseca. Com a Lei n.º 7.209, de 11.06.84, surge a nova parte geral do Código Penal.

No ano de 1998, com a edição da Lei n.º 9.714, de 25 de novembro, inicia-se grande alteração no sistema das penas restritivas de direito. Dá-se grande importância às penas de prestação pecuniária e perda de bens e valores, além de admitir-se a prestação de serviço em favor de entidades públicas.

1.2 OS MOVIMENTOS ATUAIS

O Direito Penal moderno, como já dito, deve representar mais do que a aplicação dos princípios clássicos. Franz von Liszt, em 1882, já anunciava, com o seu Programa de Marburgo, que o Direito Penal deveria perseguir fins sociais e atuar como um instrumento do Estado para a realização dos seus fins.

O Direito Penal Clássico era programa condicional (Niklas Luhmann), determinado em seus fins, mas absolutamente indiferente às conseqüências políticas, sociais e individuais de suas ações.

Com afirmava Hans Welzel, "a missão do Direito Penal é proteger os valores elementares da vida em comunidade" e deve ser conceituado como "aquela parte do ordenamento jurídico que determina as características da ação delituosa e impõe penas ou medidas de segurança. Missão da ciência penal é desenvolver e explicar o conteúdo destas regras jurídicas e sua conexão interna, é dizer, 'sistematicamente'. Como ciência sistemática estabelece a base para uma administração de justiça igualitária e justa".²⁴

Para von Liszt, "se o direito tem como missão principal o amparo dos interesses da vida humana, o direito penal tem como missão peculiar a defesa mais enérgica dos interesses especialmente dignos e necessitados de proteção por meio da ameaça e execução da pena, considerada como um mal contra o réu".²⁵

Modernamente, deve ser visto como um instrumento de política social para a obtenção de certos objetivos – tudo pode e deve ser protegido por ele. Tudo pode punir, desde que o faça com justiça (como afirmava von Liszt). E, por justiça, devemos entender ações estatais necessárias e efetivas, a serem aplicadas quando outras medidas de política social se mostrarem inoperantes.

²⁴WELZEL, Hans. **Derecho penal alemán**: parte geral. 11.ed. Tradução alemã e notas por: Diego Manuel Luzón Pena, Miguel Díaz y García Conlledo e Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 1997. p.1.

²⁵LISZT, Franz von. **Tratado de derecho penal**. Tradução: S. Mir Puig e F. Muñoz Conde, Bosch. Barcelona: Casa Editorial, 1981. p.5.

Nas palavras de Sebastian Scheerer:

O direito penal moderno precisou de muito tempo até que a idéia tornou-se realidade. Na Alemanha, por exemplo, apenas se pode falar da realidade de um moderno direito penal de uns trinta anos pra cá. Do ponto de vista de épocas criminologistas, trinta anos parecem não ser um longo período. Mas de certa forma o é. Pois o frescor juvenil, que estava arraigado às idéias de Franz von Liszt há tanto tempo – até que estas se realizassem –, está exaurido. A modernidade penal está esgotada. Não em sua vitalidade, mas na sua falta de orientação, que a incita, como que sob o efeito de uma hipnose forçada, a produzir cada vez mais leis penais, mais comportamentos delituosos e mais reclusos.²⁶

Neste mesmo passo manifesta-se Hassemer:

El sistema jurídico de la sociedad moderna, caracterizado por la capacidad de elaborar problemas complejos y de tomar posición em forma flexible frente a los câmbios veloces del mundo exterior, naturalmente, tiene dificultades com estos principios. El legislador tiene menos movilidad que la jurisprudência, o, incluso, que el poder administrador. Una adecuación del sistema jurídico al cambio social mediante la modificación de las reglas legales – tal como lo exigen los principios de la codificación y de la división de poderes – es cada vez más anacrónica. Por ello – y porque las decisiones del legislador en un mundo de inseguridad normativa son cada vez menos probables – el legislador se abandona cada vez más a la complementación de su tarea por parte de quien aplica la ley: las leyes no son claras, y el ámbito para la decisión es mayor.²⁷

Segundo a lição do professor Scheerer, da Universidade de Hamburgo, Alemanha, a hipertrofia do Direito Penal moderno é fruto da sua instrumentalização política, da sua utilização na proteção dos bens jurídicos de consumo e do predomínio da idéia de prevenção.

Em verdade, a máquina estatal não suporta mais o excesso de leis sem qualquer efetividade, meramente simbólicas. Os tempos contemporâneos nos mostram que vivemos a crise do sistema penal. De modo pendular, assistimos a várias propostas de consolidação da política criminal, apregoando diversas formas de solucionar a questão.

²⁶SCHEERER, Sebastian. Prólogo. In: QUEIROZ, Paulo de Souza. **Do caráter subsidiário do direito penal**: lineamentos para um direito penal mínimo. 2.ed. rev. e atual. Belo Horizonte: Del Rey, 2002. p.14-15.

²⁷HASSEMER, op. cit., p.17.

Dos movimentos intervencionistas aos não-intervencionistas, propugna-se pela ampliação do controle estatal pelo Direito Penal, e pela sua eliminação ou, pelo menos, pela sua diminuição.

Passamos da Teoria Estrutural-Funcionalista à Teoria do *Labeling Approach* (Teoria do Etiquetamento). Seguimos pelo Neo-Retribucionismo, e vamos ao Abolicionismo Radical, tendo por ponto final de equilíbrio o Direito Penal Mínimo.

1.2.1 Teoria Estrutural-Funcionalista

A chamada Teoria Estrutural-Funcionalista, iniciada por Durkheim e desenvolvida por Robert Merton, representou a primeira alternativa ao pensamento dos caracteres diferenciais biopsicológicos do delinqüente, fruto de revisão crítica da criminologia de orientação biológica. Cada sociedade, a seu tempo, elege suas práticas criminosas, de acordo com seus padrões sociais e culturais, sendo essas práticas a expressão de seus conflitos.

Durkheim, contrariando o pensamento positivista criminológico de Lombroso, Ferri e Garafalo, escreve, em 1895, e sustenta a normalidade e funcionalidade do delito e do delinqüente, em detrimento à teoria da manifestação patológica, descredenciando as características pessoais do autor do delito e imputando a prática delituosa ao contexto social.

Merton, na esteira de Durkheim, afirma que o comportamento divergente é fruto das estruturas sociais, que levam o indivíduo à adoção de condutas, costumes e tendências psicológicas que não podem ser vistos propriamente como disfunções. Vai além, afirmando que algumas condutas nada mais são do que novos movimentos de alguns subgrupos, que possivelmente substituirão o modelo institucional vigente. Ou seja, o chamado inconformismo momentâneo não pode ser visto como uma disfunção.

Tem, enfim, sua análise funcional, a estrutura social e cultural como uma estrutura ativa, produtora de novas motivações, já que geram pressão favorável ao comportamento socialmente desviado sobre as pessoas inseridas nesse ambiente. A cultura e a estrutura sociais, observa, operam como propósitos cruzados. Nesse contexto, e pretendendo explicar por que algumas estruturas sociais exercem uma pressão definida sobre certas

pessoas da sociedade, para que sigam conduta não-conformista, em vez de trilharem o caminho conformista, assinala que a estrutura social estabelece metas culturais e fixa normas institucionais, fora das quais se tem o comportamento como ilegítimo (desviado), posto que cada grupo social, invariavelmente, liga seus objetivos culturais a regulamentos, enraizados nos costumes ou nas instituições, de procedimentos permissíveis para a procura de tais objetivos. E é essa estrutura social, assim, que define, regula e controla os modos aceitáveis de alcançar esses objetivos.²⁸

Cinco seriam as formas de adaptação do indivíduo: conformidade, inovações, ritualismo, retraimento e rebelião.

O conformismo seria a total adaptação aos padrões culturais e sociais vigentes. Difere da inovação, uma vez que esta busca os padrões vigentes por meios não autorizados.

As outras formas seriam excepcionais: o ritualismo representaria o abandono dos padrões existentes em favor das aspirações de cada componente da sociedade; o retraimento seria a rejeição dos meios institucionais; e, a rebelião, a total repulsa aos mesmos, com a busca de novo modelo social.

1.2.2 O *Labeling approach*

O *labeling approach* surge nos Estados Unidos, ao longo dos anos 70, e seus postulados, conforme García-Pablos, citado por Queiroz, seriam:

a) interacionismo simbólico e construtivismo social. A realidade social é construída sobre a base de certas definições e sobre o significado que lhes é atribuído mediante complexos processos sociais de interação. Por isso o comportamento humano é inseparável da interação social, e sua compreensão não pode prescindir da referida mediação simbólica. O conceito que o indivíduo tem de si mesmo, de sua sociedade e da situação que nela ostenta são fundamentais no significado da conduta criminal; b) introspecção simpatizante como técnica de aproximação da realidade criminal para compreendê-lo desde o mundo do desviado e captar o verdadeiro sentido que ele atribui a sua conduta; c) natureza definitorial do delito. O delito carece de substrato material ou ontológico: uma conduta não é desviada in se ou per se (qualidade negativa inerente a ela), nem seu autor é um delinqüente por mecanismos objetivos (nocividade do fato, patologia da personalidade); o caráter delitivo de uma conduta e de seu autor depende de certos processos sociais de definição, que lhe atribuem tal caráter, e de seleção, que etiquetam o autor como delinqüente; d) caráter construtivo do controle social. A criminalidade é criada pelo

²⁸QUEIROZ, Paulo de Souza. **Do caráter subsidiário do direito penal**: lineamentos para um direito penal mínimo. 2.ed. rev. e atual. Belo Horizonte: Del Rey, 2002. p.34-35.

controle social. As instâncias ou repartições do controle social (política, juízes etc.) não detectam ou declaram o caráter delitivo de um comportamento, senão que o geram ou produzem ao etiquetá-lo como tal; e) seletividade e discricionariedade do controle social. O controle social é altamente discriminatório e seletivo. Enquanto os estudos empíricos demonstram o caráter majoritário e ubíquo do comportamento delitivo, a etiqueta de delinqüente, sem embargo, manifesta-se como fator negativo, que os mecanismos do controle social repartem com o mesmo critério de distribuição dos bens positivos (fama, riqueza, poder etc.): levando em conta o *status* e o papel das pessoas. De modo que as chances ou riscos de o indivíduo ser etiquetado como delinqüente não dependem tanto da conduta executada (delito), senão da posição dele na pirâmide social (*status*). Os processos de criminalização, ademais, vinculam-se ao estímulo da visibilidade diferencial da conduta desviada em sociedade concreta, isto é, guiam-se mais pela sintomatologia do conflito que pela etiologia do mesmo (visibilidade *versus* latência); f) efeito criminógeno da pena. A reação social não só é injusta, senão intrinsecamente irracional e criminógena. Longe de fazer justiça, de prevenir a criminalidade e de reinserir o desviado, seu impacto real converte a pena em uma resposta intrinsecamente irracional e criminógena, porque exacerba o conflito social em lugar de resolvê-lo; potencia e perpetua a desviação, consolida o desviado em seu *status* de delinqüente e gera os estereótipos e etiologias que se supõem que pretende evitar, ensejando, desse modo, um círculo vicioso (*self fulfilling prophecy*). A pena, pois, culmina em uma escala dramática e um ritual de cerimônias de degradação do condenado, estigmatizando-o com o selo de um *status* irreversível. O condenado assumirá, assim, uma nova imagem de si mesmo e redefinirá sua personalidade em torno do papel de desviado, desencadeando-se a denominada desviação secundária; g) paradigma do controle. A natureza definitorial da criminalidade impõe a substituição do paradigma etiológico pelo do controle. Os fatores que podem explicar a desviação primária do indivíduo carecem de interesse, como sucede com o próprio enfoque etiológico tradicional. O decisivo é o estudo dos processos de criminalização que atribuem a etiqueta de delinqüente ao indivíduo, isto é, os processos de definição e os de seleção.²⁹

1.2.3 O Neo-Retribucionismo

O Neo-Retribucionismo, movimento de política criminal inspirado na ideologia "*law and order*"³⁰, é baseado na repressão máxima, em favor da maior

²⁹García-Pablos. Criminologia: uma introdução a seus fundamentos teóricos. Tradução: Luiz Flavio Gomes. São Paulo: RT, 1992. p.243-245. Apud QUEIROZ, op. cit., p.37 e segs.

³⁰Induvidosamente, ciências que tocam tão de perto a cidadania como o Direito Penal e o Direito Processual Penal tendem a assumir as feições do povo ao qual pertencem seus professores e estudiosos. Assim, é quase inevitável que se faça, no Brasil, um Direito Penal tipicamente brasileiro. Nisso não vai nenhum mal, até porque se ele tem de ter algum rosto, melhor que tenha o nosso, pois o alemão e o italiano são bons precisamente na Alemanha e na Itália. O mal nasce e medra se o Direito Penal assume a pior faceta, o pior ângulo da face desse povo. É trabalho que compete aos

produção de leis incriminadoras, acreditando que tal levará à diminuição da criminalidade. A pena, a prisão, a punição e a penalização de grande quantidade de condutas ilícitas são seus objetivos.

Este movimento de repressão máxima ensejou a implantação de inúmeros programas sociais fundados na ideologia de "Lei e Ordem", com a participação das populações das cidades em diversos países da Europa. Inglaterra, França e Holanda vivenciaram os chamados programas de intervenção preventiva, que, a nosso ver, muito se assemelham aos movimentos americanos de "tolerância zero", em que a atividade policial contava e conta com grande participação da comunidade para a diminuição da criminalidade.

Nos Estados Unidos, programas televisivos, como *Lei e Ordem*, reafirmam a inutilidade da prática criminosa, que não compensaria, atitude "que plasma a justificação da estratificação social inerente ao espírito do capitalismo, com âncoras no calvinismo e no pietismo, temas essenciais do universo conceitual weberiano e da investigação em torno do papel do direito e da burocracia na sociedade moderna".³¹

Neste particular cabe ressaltar que duas são as correntes do Direito Penal e Processual Penal americanos: a *crime control model*, que prega um sistema de tolerância mínima, centrado na absoluta e radical defesa da sociedade; e a corrente

estudiosos, que de diferente do povo têm apenas o fato de poderem ver um palmo adiante do nariz procurarem simplesmente a melhor parte da "alma popular" para seus Direito Penal e Processual Penal. Um aspecto da personalidade do povo latino que, indubitavelmente, influenciou o Direito Penal, é o de enfrentar as agressões emocionalmente, através de contra-ataques virulentos, na procura constante de uma arma suficientemente potente para enfrentá-las, como se a potência fosse garantia de eficiência. Esse procedimento muito tem de estratégia militar, sendo que a emoção prejudica, indubitavelmente, a visão tranqüila. Assim nasceu e vicejou, lamentavelmente, o "Direito Penal do Terror", que não é expressão nossa, mas que vem sendo cada vez mais utilizada para designar a paranóia que tomou conta da experiência penal. Quais são suas características? Muitas, embora se possa obter consenso sobre as principais, a saber: criação de um clima de guerra, em que o criminoso é visto como um inimigo a ser alvejado, sanções penais violentas, discurso penal marcado pela demagogia, criação de tipos penais sem critério que não a necessidade contingente e, por vezes, falsa ou tendenciosa, de obter, da população, condutas ou omissão de condutas etc." (RAMOS, João Gualberto Garcez. **Textos selecionados: a inconstitucionalidade do "direito penal do terror"**. Curitiba: Juruá, 1991. p.33-34).

³¹GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. **Direito nos Estados Unidos**. Barueri: Manole, 2004. p.29.

do *duel process model*, que se centra nos direitos dos acusados, de conteúdo liberal e humanista. Sua maior incidência se deu nos anos 60, com a presidência de Earl Warren na Suprema Corte Americana. A corrente *crime control model* está vinculada ao Partido Republicano americano, composto por conservadores mais de direita, que se fizeram representar na Suprema Corte nas décadas de 70 e 80, sob as presidências, respectivamente, de Warren Burger e William Rehnquist.

Na Inglaterra, no ano de 1985, surge o primeiro programa de prevenção criminal, que inicialmente abrangeu cinco cidades, o chamado "*Five Cities*". No ano de 1988, este é ampliado, envolvendo vinte cidades britânicas, sendo denominado "*Safer Cities*".³²

Idealizado pelo Ministério do Interior inglês (*Home Office*), o referido programa buscava minimizar os problemas sociais e econômicos dos grandes centros urbanos ingleses. Era comandado pela divisão de prevenção criminal daquele Ministério, mas contava com base local em cada um dos municípios envolvidos. Além de medidas absolutamente salutares, como a recuperação de edifícios, a melhoria das instalações de iluminação pública e programas educativos, os trabalhos se caracterizavam pelo desenvolvimento de política de prevenção comunitária, ou seja, pelo envolvimento dos moradores de uma determinada zona ou bairro, através da vigilância das ocorrências locais. Nada mais do que a repetição dos programas "*Neighbourhood Watch*", aplicados nos Estados Unidos e no Canadá.

Se, por um lado, a vigilância de bairro representa um estímulo ao contato social e à interação das comunidades, por outro, representa o risco da criação de força policial informal, próxima dos modelos de intervenção penal, conformadora de distúrbios locais, visto que a vigilância da vizinhança normalmente se dá com a participação da classe média, já predisposta contra os hispânicos e negros.

Na França, no ano de 1983, através da *Commision des Maires sur la Sécurité*, formada pelos prefeitos dos quatro maiores partidos nacionais, produz-se

³²ZACKSESKI, Cristina. Da prevenção penal à "nova prevenção". Temas atuais de criminologia. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v.8, n.29, p.167-191, jan./mar. 2000.

relatório a respeito da segurança no país – Relatório *Bonnemaison*, do qual decorre a criação de conselhos de segurança: Conselho Nacional de Prevenção da Delinqüência, os Conselhos Departamentais de Prevenção da Delinqüência e os Conselhos Comunais da Prevenção da Delinqüência. Referidos conselhos estavam comprometidos com o controle das ações de segurança, definindo os objetivos e as ações a serem intentadas.

O clima de parceria entre as agências governamentais e os entes locais se mostrou cooperativo, mas não tão eficiente. A falta de recursos e a descentralização excessiva dos trabalhos foram os principais obstáculos.

Na Holanda, os programas de política de segurança foram mais fortemente intensificados no ano de 1985, com o Comitê Interdepartamental para a Prevenção Social do Crime, sob a coordenação do Diretor Geral de Polícia e Imigração do Ministério da Justiça, através do financiamento de projetos municipais de prevenção da criminalidade. Entre 1986 e 1990, mais de 200 projetos foram apresentados, a maioria deles voltada à prevenção de atos de vandalismo.

No ano de 1990, o Ministério da Justiça holandês lançou o plano de diretrizes para os cinco anos seguintes, chamado de *Direito em Transformação*. No ano seguinte, o Parlamento holandês lançou o programa de prevenção criminal Redes de Trabalho de Prevenção da Criminalidade. O que é preciso ser dito é que todos os planos e programas holandeses se basearam na participação popular, através do esforço de vigilância sobre as pessoas, ou seja, da vigilância de umas sobre as outras.

Todos os esforços de envolvimento dos cidadãos na diminuição da criminalidade devem ser bem trabalhados, a fim de evitar o desgaste entre os membros de uma comunidade, dada a possibilidade, inclusive, do nascimento de nova forma de violência, como forma de vingança pela delação ou denúncia às agências de segurança pública. De outra parte, observa-se que a participação dos cidadãos na vigilância de seus pares pode gerar o fenômeno de "massas atemorizadas", levando à perda do bem-estar social ante o constante acompanhamento da criminalidade.

Esta é a razão pela qual o chamado Neo-Retribucionismo e seus desmembramentos ideológicos (como o movimento "Lei e Ordem", e sua ramificação, "Tolerância Zero") devem ser vistos com absoluta rejeição pelas comunidades jurídicas.

Rogério Greco manifesta-se a respeito do movimento de Tolerância Zero:

Sempre vem a lume o exemplo norte-americano, principalmente do movimento denominado *Tolerância Zero*, criado no começo da década de 90, na cidade de Nova York. Naquela oportunidade, o então prefeito de Nova York, Rudolph Giuliani, após o sucesso de sua campanha eleitoral, em 1993, assume o cargo de chefe do Poder Executivo municipal, dando início ao plano denominado *Tolerância Zero*, juntamente com o chefe de polícia Willian Bratton. Nas precisas colocações de Loïc Wacquant, essa teoria, jamais comprada empiricamente, serve de álibi criminológico para a reorganização do trabalho policial empreendida por Willian Bratton, responsável pela segurança do metrô de Nova York, promovido a chefe de polícia municipal. O objetivo dessa reorganização: refrear o medo das classes média e superiores – as que votam – por meio da perseguição permanente dos pobres nos espaços públicos (ruas, parques, estações ferroviárias, ônibus e metrô etc.). Usam para isso três meios: aumento em 10 vezes dos efetivos e dos equipamentos das brigadas, restituição das responsabilidades operacionais aos comissários de bairro com obrigação quantitativa de resultados, e um sistema de radar informatizado (com arquivo central sinalético e cartográfico consultável em microcomputador a bordo dos carros de patrulha) que permite a redistribuição contínua e a intervenção quase instantânea das forças da ordem, desembocando em uma aplicação inflexível da lei sobre delitos menores tais como embriaguez, a jogatina, a mendicância, os atentados aos costumes, simples ameaças e outros comportamentos anti-sociais associados aos sem-teto, segundo a terminologia de Kelling.³³

Na verdade, a política de Tolerância Zero é uma ramificação do movimento de Lei e Ordem. Nada mais do que um movimento político-criminal que deposita no Direito Penal toda a responsabilidade pela proteção dos bens existentes na sociedade.

Segundo Jock Yong, a política de Tolerância Zero seria uma

...manobra que objetiva limpar as ruas de 'destroços' humanos; como parte do processo de exclusão concomitante à emergência de uma sociedade com grande população marginalizada e empobrecida, a qual deve ser denominada e contida – um processamento atuarial que se preocupa mais com saneamento do que com justiça. Pois os felizes compradores nos shoppings não podem ser perturbados pelo grotesco dos despossuídos, que bebem em pleno dia.³⁴

³³GRECO, Rogério. **Direito penal do equilíbrio**: uma visão minimanista do direito penal. Niterói: Impetus, 2005. p.17-18.

³⁴GRECO, op. cit., p.18.

Dá-se a falsa impressão de que o Direito Penal está solucionando o problema da criminalidade moderna. Ou pior, ensina-se aos cidadãos que condutas de pouca representatividade devem ser tratadas gravemente pelo Direito Penal, que se torna uma mera simbologia.

Nas palavras de René Ariel Dotti:

A ocorrência de um imenso número de fatores determinantes da criminalidade violenta em nível mundial, por um lado, e a liberdade de informação, por outro lado, têm provocado vagas de insegurança coletiva que são multiplicadas ao infinito pelos meios de comunicação por satélites. A reação a esse fenômeno, no plano interno, tem como resposta imediata o acréscimo de propostas de medidas repressivas. Os crimes classificados como hediondos são apresentados pelos mass media e por alguns políticos como um fenômeno terrível, gerador de insegurança e causado pela suposta dulcificação da lei penal. O remédio contra esse mal não seria outro senão o implemento de reformas ditadas pela ideologia da repressão, fulcrada em severos regimes punitivos e que aparecem sob a capa de movimento de lei e de ordem. Os defensores desse pensamento partem do pressuposto maniqueísta de que a sociedade está dividida entre bons e maus. A violência destes somente poderia ser controlada através de leis mais severas, impondo longas penas de prisão, quando não a morte. Estas duas seriam as únicas reações adequadas para enfrentar a criminalidade crescente e intimidar as tendências criminógenas.³⁵

1.2.4 O Direito Penal do Inimigo

Ainda dentro da visão maximizada do Direito Penal, encontramos a proposta do professor Günter Jakobs, desenvolvida na metade da década de 90. O chamado *Direito Penal do Inimigo*, que procura distinguir um Direito Penal do Cidadão e um Direito Penal do Inimigo. O primeiro, desenvolvido com permanente respeito aos direitos e garantias fundamentais do cidadão; e o segundo, atuante sem qualquer respeito aos referidos direitos, considerando-os verdadeiros inimigos do Estado.

Estaríamos vivendo em um verdadeiro estado de guerra, segundo exposição de Rogério Greco. De acordo com Jakobs, na guerra as regras do jogo são diferentes, "o Direito penal conhece dois pólos ou tendências de suas

³⁵DOTTI, **Curso...**, op. cit., p.21.

regulações. Por um lado, o trato com o cidadão, em que se espera até que este exteriorize seu fato para reagir, com o fim de confirmar a estrutura normativa da sociedade, e por outro, o trato com o inimigo, que é interceptado prontamente em seu estágio prévio e que se combate por sua perigosidade".³⁶

Exemplo mais possível de nossa legislação com tal conformação é a lei que dispõe sobre a utilização de meios operacionais para a prevenção de ações praticadas por organizações criminosas (Lei n.º 9.034, de 3 de maio de 1995).

Segue Jakobs, dizendo que há pessoas que decidiram viver no submundo do crime, seja em grupos terroristas seja em organizações criminosas. Para eles o Direito Penal deveria se antecipar, sendo a pena um instrumento de repressão a fatos futuros. Um "indivíduo que não admite ser obrigado a entrar em um estado de cidadania não pode participar dos benefícios do conceito de pessoa. E é que o estado natural é um estado de ausência de norma, que dizer, a liberdade excessiva tanto como de luta excessiva. Quem ganha a guerra determina o que é norma, e quem perde há de submeter-se a essa determinação"³⁷.

Assim, alega-se que o Direito Penal do Inimigo é um direito do futuro. Busca adiantar-se à punibilidade, aplicando-se penas desproporcionais, extremamente altas. E por fim, observa-se a minimização das garantias processuais, quando não a sua supressão.

Rogério Greco afirma que o Direito Penal do Inimigo seria o que se reconhece como "terceira velocidade do Direito Penal". O que se conhece como "processo de expansão do Direito Penal".

³⁶JAKOBS, Güinter; CANCIO MELIÁ, Manuel. Derecho penal del inimigo. Madrid: Civitas, 2003. p.100-101. Apud GRECO, op. cit., p.23.

³⁷JAKOBS, apud GRECO, op. cit., p.23.

Seguindo classificação de Jesús-Maria Silva Sánchez, manifesta-se:

A primeira velocidade seria aquela tradicional do Direito Penal, que tem por fim último a aplicação de uma pena privativa de liberdade. Nessa hipótese, como está em jogo a liberdade do cidadão, devem ser observadas todas as regras garantistas, sejam elas penais ou processuais penais. Numa segunda velocidade, temos o Direito Penal à aplicação de penas não privativas de liberdade, a exemplo do que ocorre no Brasil com os Juizados Especiais Criminais, cuja finalidade, de acordo com o art. 62 da Lei n.º 9.099/95, é, precipuamente, a aplicação de penas que não importem na privação da liberdade do cidadão, devendo, pois, ser priorizadas as penas restritivas de direitos e a pena de multa. Nessa segunda velocidade do Direito Penal poderiam ser afastadas algumas garantias, com o escopo de agilizar a aplicação da lei penal.³⁸

Ante a sua pouca aceitação, devemos ver o Direito Penal do Inimigo como um Direito Penal de terceira velocidade, híbrida, com finalidade de aplicar penas privativas de liberdade (primeira velocidade), sem as amplas garantias processuais (segunda velocidade).

Para Manuel Cancio Meliá, o Direito Penal do Inimigo seria a rejeição total do *princípio do fato*, princípio de natureza liberal, segundo o qual não há como punir-se o pensamento.

Este é o terreno fértil à implantação de projetos inconcebíveis, como foi o projeto nacional-socialista sobre o tratamento dos estranhos à comunidade, do Estado alemão, em 1944, sob o comando de Hitler. Previa-se desde a castração de homossexuais à esterilização dos considerados sociais e inúteis.

Não podemos deixar qualquer espaço para tal pensamento no meio social. Não há como se conceber uma sociedade em que alguns sejam cidadãos e outros sejam inimigos. São precisas as palavras de Greco:

O que não se pode é desistir do homem, sob o falso argumento de ser incorrigível, de possuir um defeito de caráter, que o impede de agir conforme os demais cidadãos. Tanto o projeto criado durante o regime absurdo do nacional-socialismo como o que agora se discute com um das frentes mais radicais do Direito Penal Máximo, ou seja, o Direito Penal do Inimigo, devem ser repudiados pela nossa sociedade.³⁹

³⁸GRECO, op. cit., p.24-25.

³⁹GRECO, op. cit., p.29.

Para muitos, e para nós inclusive, depois do Direito Constitucional não há como negar importância diferenciada ao Direito Penal frente a outros ramos do Direito. Também não podemos negar o peso de suas normas, bem como a fúria do legislador que o faz substituto do Estado Social.

"A crueldade do Direito Penal, a sua natureza seletiva, a incapacidade de cumprir com as funções atribuídas às penas (reprovação e prevenção), a característica extremamente estigmatizante, a cifra negra correspondente às infrações penais que não foram objeto de persecução pelo Estado"⁴⁰ fazem com que os abolicionistas radicais afirmem que o Direito Penal gera mais efeitos negativos do que positivos. E assim, melhor seria a sua eliminação total, o seu desaparecimento, e sua substituição por soluções civis, acordos e outros.

1.2.5 O Abolicionismo

Para os abolicionistas, o sistema penal fracassou na prevenção e ressocialização do criminoso. Alegam que o cárcere não melhora o homem, apenas o reintroduz na sociedade mais perturbado do que quando a deixou.

Para o presente movimento, a solução punitiva é irracional, podendo ser suportada apenas se aplicada nos moldes da intervenção mínima, e até que os seus conceitos amadureçam junto às instituições e à sociedade civil.

Os abolicionistas vêem o Direito Penal como algo ilegítimo, indicando as medidas pedagógicas e os meios de controle social como o caminho para sua erradicação. Para eles, o crime não possui realidade ontológica e, por isso, os problemas sociais devem ser resolvidos pelos envolvidos diretos. O Direito Penal seria um sistema intruso, causador de males sociais e novos problemas. A conciliação, a reparação do dano e a pacificação social não seriam alcançadas pelo Direito Penal.

⁴⁰GRECO, op. cit., p.11.

De acordo com o pensamento abolicionista, conciliação, mediação e reparação passam a um primeiro plano, como mecanismos substitutivos e alternativos, mesmo que transitórios, à intervenção do Direito Penal clássico e do sistema legal.

Conforme destacado por Nilo Batista, Zaffaroni, Alagia e Slokar:

o abolicionismo é um movimento impulsionado por autores do norte da Europa, embora com considerável repercussão no Canadá, Estados Unidos e na América Latina. Partindo da deslegitimação do poder punitivo e de sua incapacidade para resolver conflitos, postula o desaparecimento do sistema penal e sua substituição por modelos de solução de conflitos alternativos, preferencialmente informais. Seus mentores partem de diversas bases ideológicas, podendo ser assinalada de modo prevalentemente a fenomenológica, de Louk Hulsman, a marxista, da primeira fase de Thomas Mathiesen, a fenomenológico-histórica, de Nils Christie e, embora não tenha formalmente integrado o movimento, não parece temerário incluir neste a estruturalista, de Michel Foucault.⁴¹

Propugna-se pelo fim do sistema penal com a criação de instâncias intermediárias de solução dos conflitos. Não mais falaríamos em crime e criminalidade, mas em "acontecimentos problemáticos". Criam-se microorganismos sociais baseados na solidariedade e na fraternidade, sob fiscalização da própria sociedade. Não se busca a utilização de outros ramos do Direito, mas sim a sua não incidência.

Como observa Paulo de Souza Queiróz, desde o neomarxismo até o liberalismo, desde o humanismo até o "anti-humanismo" (à maneira de Foucault), observamos a metodologia e a estratégia abolicionistas.⁴²

Nos anos 70, surge nos Estados Unidos da América, como nova vertente da chamada nova criminologia ou criminologia crítica, o que já se dera, na década de 60, na Europa ocidental.

⁴¹GRECO, op. cit., p.11-12.

⁴²QUEIROZ, op. cit.,

Nas palavras de Alberto Silva Franco:

A proposta da abolição do controle social penal foi posta em xeque não apenas pelos movimentos, feminista e ecológico, mas principalmente pelos criminólogos que constituíram o grupo denominado "novos realistas" ou "realistas de esquerda". Eram exatamente os fracos, os débeis do sistema social, diziam, que sofriam as conseqüências das ações delitivas, de forma que a supressão do mecanismo penal servia para atingi-los em primeiro lugar. Era preciso, portanto, lutar contra o crime e para este combate deveria ser empregado o próprio instrumento repressivo, submetido, no entanto, a um controle menos seletivo.⁴³

Não há dúvida de que o abolicionismo é o movimento que maiores críticas faz ao Direito Penal. A maior delas, a de que tudo estaria previsto no sistema penal.

Segundo Queiroz, estaríamos diante de uma criminalidade oculta, praticada diariamente, sem qualquer atuação do sistema, quer por seu desconhecimento, quer por sua inoperância. Assim é que cairiam por terra todos os princípios conformadores do sistema penal – a igualdade perante a lei, a segurança, a punição do criminoso como realização da justiça.

Neste particular, permitimo-nos discordar da posição dos abolicionistas. Se a chamada "cifra negra" da criminalidade estaria à margem do sistema penal, não vemos como, e de que modo, a mesma seria preservada pelo sistema de acomodação social.

Outra consideração dos abolicionistas é que o sistema penal estaria reservado aos pertencentes às camadas mais pobres da população. Afirmam que o risco da prisão aumenta significativamente na proporção inversa da condição socioeconômica.

Para Roberto Lyra, o Direito Penal apresenta caráter fragmentário, que pune duramente condutas que são típicas dos grupos marginalizados e despreza condutas graves praticadas pela casta dominante. O sistema penal seria corrupto, e, propositadamente, incapaz de cuidar de imensa maioria dos fatos delituosos, limitando-se a atuar nas persecuções dos mais frágeis.

⁴³ZAFFARONI e PIERANGELI, **Manual...**, 4.ed., op. cit., p.7.

Para os abolicionistas, o princípio da intervenção geral seria incapaz de convencer e persuadir as pessoas a não delinquir, dada a sua formalidade de ação.

Seja como for, desconhecemos a existência de um Estado abolicionista. E o fato está em que, à sua existência se fazem necessárias condições mais especiais do que pertencentes aos sistemas criminais.

Sem igualdade social, econômica e cultural, não há como se estabelecer o equilíbrio e capacidade de negociação entre os envolvidos na busca da solução privada. Aqui, melhor o insensível e formal sistema penal, capaz de garantir o mínimo de garantias ao delinqüente. Não há quem duvide de que a proposta abolicionista, sem as condições ideais de atuação, resultará num sistema mais repressivo e irracional do que o atual.

Para os abolicionistas, apenas a intervenção mínima se apresentaria como alternativa possível às suas pretensões.

Quanto ao sistema penal tradicional, reconhecida sua importância no combate às torturas e penas capitais, não mais restaria legítimo como instrumento de regulação social.

Sem definir os contornos de sua aplicação, o movimento abolicionista cede espaço ao princípio da intervenção mínima, que em pouco tempo apresenta-se como hipótese real de controle social. Ou seja, o Direito Penal somente deve intervir nos casos graves, deixando que outros ramos do Direito resolvam os conflitos mais leves.

Esta é a lição de Luiz Regis Prado:

O princípio da intervenção mínima ou da subsidiariedade estabelece que o Direito Penal só deve atuar na defesa dos bens jurídicos imprescindíveis à coexistência pacífica dos homens e que não podem ser eficazmente protegidos de forma menos gravosa. Desse modo, a lei penal só deverá intervir quando for absolutamente necessário para a sobrevivência da comunidade, como *ultima ratio*. E de preferência, só deverá fazê-lo na medida em que for capaz de ter eficácia. Aparece ele como uma orientação político-criminal restritiva do *jus puniendi* e deriva da própria natureza do Direito Penal e da concepção material de Estado de Direito democrático. O uso excessivo da sanção criminal (inflação legislativa) não garante uma maior proteção de bens, ao contrário, condena o sistema penal a uma função meramente simbólica e negativa. Já pelo postulado da fragmentariedade, corolário do primeiro, tem-se que a função maior de proteção de bens jurídicos atribuída à lei penal não é absoluta. O que faz com que só devem eles ser defendidos penalmente frente a certas formas de agressão, consideradas socialmente

intoleráveis. Isso que dizer que apenas as ações ou omissões mais graves endereçadas contra bens valiosos podem ser objeto de criminalização. Desse modo, opera-se uma tutela seletiva do bem jurídico, limitada àquela tipologia agressiva que se revela dotada de indiscutível relevância quanto à gravidade e intensidade da ofensa. Esse princípio impõe que o Direito Penal continue a ser um arquipélago de pequenas ilhas no grande mar do penalmente indiferente.⁴⁴

Não se trata de só punir o que for grave, deixando para os demais ramos do Direito o restante das intervenções do Estado, mas sim de não punir penalmente, de modo excessivo, sendo a aplicação da pena privativa de liberdade vista como *ultima ratio*. Assim, na esteira do princípio da intervenção mínima faz-se necessária a existência de penas e medidas alternativas, aplicáveis nos casos de pouca gravidade, em substituição à pena privativa de liberdade.

É certo que o legislador brasileiro optou pelo princípio da intervenção mínima.

De outra parte, historicamente, são inúmeras as leis especiais que, desordenadamente, invadem o mundo jurídico. Perdemos a referência dos códigos, que dominavam o início do século XX.

A reforma da parte geral do Código Penal, em 1984, corrobora nossa afirmação. Através da Lei n.º 7.209, de forma moderada, inseriram-se as penas restritivas de direito, como já mencionado. De outra parte, em nossa Constituição Federal de 1988, podemos verificar a adoção do abolicionismo moderado, expressamente disposto em vários artigos: a igualdade (artigos 3.º e 5.º, *caput*); a dignidade (artigo 1.º, inciso III); a proporcionalidade (artigos 1.º e 5.º, *caput*, II, XXXV e LIV); e o devido processo legal (artigo 5.º, inciso LIV).

Isto não impediu a ocorrência de momentos de pouca ou nenhuma felicidade, por parte do legislador, tais como o da edição da comentada Lei dos Crimes Hediondos.

⁴⁴PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro**: parte geral. 2.ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p.84.

Felizmente, podemos contar com produções minimalistas, como as recentes Lei n.º 9.099/95, que dispôs sobre os Juizados Especiais Criminais, e Lei n.º 9.714/98, que tratou das penas restritivas de direitos.

Para Zaffaroni, não há aplicação punitiva sem que ocorram ações estatais com certa violência e irracionalidade, razão pela qual o sistema penal deve ser mínimo.

Não simpatizamos com sua posição. Ao tratarmos, como trataremos, das alternativas de utilização das sanções administrativas como instrumentos de prevenção da criminalidade, o fazemos por acreditar no Direito Penal, na sua importância social e, acima de tudo, na sua indispensabilidade.

Ensina Hulsman que "o desaparecimento do sistema penal abrirá, num convívio mais sadio e dinâmico, os caminhos de uma nova justiça, uma vez que, segundo Dúrso, daria lugar aos ajustes espontâneos realizados pela própria comunidade".⁴⁵

Na esteira de René Dotti:

O *abolicionismo* é uma expressão de liberdade do ser humano. Ao pregar a abolição da escravatura ou das penas cruéis, os movimentos abolicionistas se preocupam em resgatar a dignidade do ser humano contra as mais variadas formas de opressão. Dentro dessa perspectiva, pode-se afirmar que na Declaração Universal dos Direitos do Homem (Paris, 1948) existem preceitos que identificam o movimento abolicionista como, por exemplo, os arts. IV e V (...) o abolicionismo tem se constituído, ao longo dos séculos, num esforço para humanizar as práticas legais e judiciárias. A revogação do sistema do *duplo binário*, i.e., a imposição sucessiva de pena e medida de segurança; a eliminação do isolamento celular diuturno e a extinção da pena de publicação de sentença no CP, são alguns dos muitos exemplos de abolicionismo.⁴⁶

Tendo por seu maior expoente o crítico holandês Louk Hulsman, os abolicionistas não acreditam na existência de uma realidade ontológica do crime, mas em fatos elencados pelo legislador como delitos. Fatos que seriam os

⁴⁵HULSMAN, Luk; CELIS, Jacqueline Bernat. **O sistema penal em questão**. Rio de Janeiro: Luam, 1997.

⁴⁶DOTTI, **Curso...**, p.26.

chamados "eventos criminalizáveis", que, por sua vez, não indicariam um padrão seguro a separar ações negativas de ações positivas.

Sua posição pode ser vista como fenomenológica. Seu posicionamento é de que o sistema penal se caracteriza como um problema em si mesmo, como uma enorme inutilidade, incapaz de resolver os problemas que se propõe a solucionar.

Para Hulsman, o sistema penal deve ser imediatamente abolido. As partes envolvidas no conflito é que devem solucioná-lo. Não devemos mais utilizar expressões como *crime* e *criminalidade*. Não que entenda ser possível eliminar o crime, mas busca reestruturá-lo em forma de *problemas sociais*.

Para Thomas Mathiensen, o sistema penal é algo inacabado, e, como tal, não é teoria perfeita. Para ele, o Estado possui enorme capacidade de seduzir os seus, implantando pólos e posições de aceitação, para bem controlar e manipular o grupo social de acordo com sua política de dominação e controle.

Com fundamento no marxismo, Mathiensen cria elementos e condições que garantirão o desenvolvimento do sistema que propõe: uma permanente situação de oposição e competição com o poder dominante.

Michel Foucault, muito embora não seja visto como um abolicionista, pode ser tomado como um abolicionista de concepção estruturalista. Pauta seu pensamento numa consideração do sujeito cognoscente como um produto do poder. Para Zaffaroni, Foucault apresenta considerações a favor do abolicionismo quando se refere à debilidade que sofre o poder ao se utilizar de violência, técnica do lutador que, ao se utilizar da força do adversário, em substituição da própria força, emprega o pensamento da "não violência".

1.2.6 O Anarquismo

Indo à frente, deparamo-nos com os anarquistas, que atribuem ao homem o direito de usufruir de todas as liberdades, sem qualquer restrição por normas, no tempo e no espaço. Buscam a liberdade sem a presença da autoridade estatal.

Todavia, não são contrários à organização social. Somente não aceitam a coerção pela sanção, e, por conseguinte, a aplicação do Direito Penal.

No pensamento de René Ariel Dotti, não podemos radicalizar, sob pena de assumirmos o maniqueísmo das teorias e das doutrinas radicalizantes. Desse modo, devemos observar os aspectos positivos e negativos do sistema penal, analisando suas normas e sua correlação com princípios constitucionais. Segundo ele,

Um dos mais notáveis e sensíveis penalistas da atualidade, Novoa Monreal, em obra crítica do direito positivo, adverte que ao longo de séculos os conhecedores do Direito, i.e., os juristas, têm se apresentado a si mesmos como os conservadores de uma ciência induzida, destinada a garantir como verdade tudo aquilo que se relaciona com as regras de organização de uma sociedade humana, com a disciplina de comportamento das pessoas que vivem dentro dela e com a solução dos conflitos que brotam da vida social.⁴⁷

1.2.7 O Positivismo Jurídico

O positivismo jurídico, por sua vez, movimento de todas as doutrinas, focado para a realidade jurídica contida nos códigos e leis extravagantes, vê apenas em si a validade do direito positivo. Nada antecede ao Estado, que apenas deve observar as normas jurídicas, com desprezo a todas as demais fontes de Direito, como o costume.

O positivismo jurídico teve campo fértil em momentos de doutrina totalitária, como o nacional-socialismo. Os princípios: "as ordens são ordens" e "antes de tudo é preciso cumprir a lei" embasam sua prática, que figura também nas democracias.

As nefastas conseqüências desse descaminho estão bem à vista em nossos dias, não apenas nos regimes totalitários, mas, também, nos regimes democráticos. Verifica-se que num e noutro caso se confunde o Direito com a lei – seja esta a expressão da vontade do chefe, do partido ou do povo – e se promulgam leis desconformes com a natureza das coisas, os direitos humanos e, em suma, com as exigências da justiça (Mário Bigotte Chorão - "Positivismo jurídico", em *Polis*, vol. 4, p.1.426).⁴⁸

⁴⁷DOTTI, **Curso...**, p.31.

⁴⁸DOTTI, **Curso...**, p.33.

Ademais, deparamo-nos com a maximização do Direito Penal, o que, na esteira do pensamento de René Dotti, não seria nada mais do que o processo de sua vulgarização e conseqüente desprestígio. O Estado, ante a comoção social ou vontade legislativa de exacerbação da repressão, usa-o como resposta imediata para socorrer seus fracassos e despreparos, normalmente decorrentes da sua reiterada omissão.

A inflação legislativa, seja inovando o ordenamento jurídico penal, seja estabelecendo tipos especiais, acaba por criar a modalidade intitulada de direito penal do terror.

João Gualberto Garcez Ramos, ao tratar da inconstitucionalidade do "Direito Penal do Terror", diz:

Tal espécie de normas penais incriminadoras se constitui numa clara violação do princípio da legalidade, da tipicidade e, não raro, da anterioridade da lei penal incriminadora, cuja admissibilidade somente se admite excepcionalíssimamente, ou seja, quando é impossível, tecnicamente, para o legislador penal, registrar todos os elementos do tipo no tipo e quando, evidentemente, a gravidade das condutas justificar essa violação (*minima non curat praetor*). Se a impossibilidade inexistir e a conduta descrita no tipo se constituir numa transgressão de regras morais ou técnicas, ou num ilícito não-penal, é insofismável que os tipos são inconstitucionais. Uma visão tradicional dos mencionados princípios, contudo, vem impedindo semelhantes conclusões.⁴⁹

1.2.8 O Direito Penal Mínimo

Já sem tempo, nos referimos ao movimento do abolicionismo moderado, também denominado Direito Penal mínimo, o qual, sem desconsiderar o Direito Penal e sua importância vital para a sociedade, busca dimensioná-lo em favor da mesma, e em seu próprio. Como diz Zaffaroni, a "mínima intervenção, com máximas garantias". Garantias que não só fluem em favor dos cidadãos, mas da manutenção do Direito Penal.

⁴⁹RAMOS, **Textos...**, op. cit., p.49.

Diz o citado autor que

o argumento iluminista da necessidade do sistema penal para prevenir a vingança pública ou privada nunca se confirmou, pois no plano real ou social a experiência indicaria que já parece estar bem demonstrada a desnecessidade do exercício do poder do sistema penal para evitar a generalização da vingança, porque o sistema penal só atua em reduzidíssimo número de casos e, por onde, a imensa maioria de supostos impunes não generaliza vinganças ilimitadas. Ademais, na América Latina se tem cometido cruéis genocídios que têm ficado praticamente impunes, sem que tenham havido episódios de vingança massiva.⁵⁰

Zaffaroni afirma que não há como os sistemas penais respeitarem a legalidade, a culpabilidade, a humanidade e, acima de tudo, a igualdade, já que se constroem com o intuito de desrespeitá-los. Assim, entende que o Direito Penal deve programar-se para minimizar a violência e a arbitrariedade que produz, com limites toleráveis da criminalização estabelecida.

Com as mesmas objeções apresentadas pelos abolicionistas – no que tange à realidade do Direito Penal –, os minimalistas entendem como sendo absolutamente necessária a existência do mesmo. É o mal que se faz necessário.

Nas palavras de Ferrajoli, declarado opositor da manutenção das penas privativas de liberdade, o Direito Penal só pode ser concebido, nos moldes da tradição clássica, como um instrumento garantista, que sirva, de um lado, à prevenção de delitos e, de outro, à prevenção de penas informais. Ou seja, institucionaliza-se o sistema punitivo, com a garantia da sua minimização e correta utilização, evitando-se as arbitrariedades.

Em síntese, a pena não serve apenas para prevenir a prática criminosa, mas também para evitar a aplicação de castigos injustos. Razão pela qual, para Ferrajoli:

Um sistema penal está justificado só se a soma das violências – delitos, vinganças e castigos arbitrários – que está em condições de prevenir é superior às violências constituídas por delitos não prevenidos e pelas penas estabelecidos para estas. Naturalmente, um cálculo deste tipo é impossível. Pode dizer, porém, que a pena está

⁵⁰ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Em busca de las penas perdidas: deslegitimación y dógmatica jurídico-penal. Bogotá: Temis, 1990. p.83. Apud QUEIROZ, op. cit., p.53-54.

justificada como *mal menor* – o que é tanto como dizer *só se é menor*, ou seja, menos aflitivo e menos arbitrário – face a outras reações não jurídicas que é lícito supor que se produziriam em sua ausência; e que, em geral, o monopólio estatal da potestade punitiva está tanto mais justificado quanto mais baixos sejam os custos do *direito penal* aos custos da *anarquia punitiva*.⁵¹

O Direito Penal passa a ser a *ultima ratio*, utilizada apenas quando outras soluções não vingarem. Antes, deve-se priorizar a solução dos conflitos mediante a utilização de institutos de outros ramos do direito.

Rogério Greco discorre:

O princípio da intervenção mínima, que serve de norte para o legislador na escolha dos bens a serem protegidos pelo Direito Penal, assevera que nem todo e qualquer bem é passível de ser por ele protegido, mas somente aqueles que gozem de certa importância. Nessa seleção de bens, o legislador abrigou, a fim de serem tutelados pelo Direito Penal, a vida, a integridade física, o patrimônio, a honra, a liberdade sexual, etc.⁵²

Como já dito, a preocupação do Direito Penal deve ser os bens mais importantes para a vida em sociedade, cabendo ao legislador, seu representante, no uso do poder político, e de acordo com o momento e anseios sociais, executar e laborar as normas penais, sempre fazendo-o com a escolha das condutas que não possam ser amparadas por outros ramos do Direito que não o Penal. Conforme preleciona Muñoz Conde: "O poder punitivo do Estado deve estar regido e limitado pelo princípio da intervenção mínima. Com isto, quero dizer que o Direito Penal somente deve intervir nos casos de ataques muito graves aos bens jurídicos mais importantes. As perturbações mais leves do ordenamento jurídico são objeto de outros ramos do Direito."⁵³

O 'minimalismo' penal de Alessandro Baratta é, sem dúvida alguma, uma das maiores expressões e aprofundamento criminológico dos tempos

⁵¹FERRAJOLI, Luigi. Derecho y razón: teoría del garantismo penal. Tradução: Perfecto Ibáñez et al. Madrid: Trotta, 1995. p.332-333. Apud QUEIROZ, op. cit., p.53.

⁵²GRECO, op. cit., p.177.

⁵³MUÑOZ CONDE, Francisco. **Introducción al derecho**. Barcelona: Bosch, 1975. p.59-60.

contemporâneos. Procura dar sustentação à posição das chamadas "classes subalternas" como fonte de alternativa política. Diz que enquanto as classes hegemônicas pretendem conter o desvio em parâmetros pouco comprometedores, as classes subalternas estão empenhadas na luta radical contra os comportamentos socialmente negativos (a criminalidade econômica, a poluição, os crimes de poder, etc.). Baratta reivindica uma ciência que não se limite a descrever desigualdades jurídicas no campo penal, mas que assuma a verdadeira função do sistema penal – reprodução das relações sociais de desigualdade, que superam a desigualdade de bens e valores, alcançando as próprias relações de produção.

As reformas de 1977 e 1984 iniciaram a substituição das penas privativas de liberdade nos casos de menor gravidade, substituindo-as pelas penas de multa e restritivas de direito.

De outra parte, a aplicação do Direito Penal deve ser incrementada pela redução das penas, através de ampla descriminalização, sempre moderada.

O princípio da intervenção mínima tem origem na Revolução Francesa e nos pensadores do século XVIII (e está na Declaração de Direitos dos Homens e dos Cidadãos, de 1789, ao dispor em seu artigo 8.º que a lei somente deve estabelecer penas estrita e evidentemente necessárias), em que o poder do Estado passa a ser limitado ao disposto na lei.

É quando o Direito Penal passa a ser visto como um instrumento importante na defesa dos valores fundamentais da sociedade. Sua intervenção é vista como algo restrito aos ataques a bens imprescindíveis do homem. Ou, seguindo o pensamento de Luiz Luisi, o Direito Penal somente apresenta-se legítimo se necessária a sua interferência na criminalização de conduta praticada em detrimento de bem jurídico determinado. O direito penal mínimo é o direito da necessidade.

Segundo Munhoz Conde, o Direito Penal cumpre a tarefa de sancionar fortemente os ataques inaceitáveis aos bens jurídicos mais importantes.

O Direito Penal é fragmentário, preocupando-se somente com parte das condutas sociais. Cabe a Binding, em seu *Tratado de Direito Penal Alemão* (1896),

ao discorrer sobre sua teoria das normas, afirmando o caráter retributivo e conservador do Direito Penal. Binding buscava a concepção absoluta do Direito Penal. Afirmava que as partes especiais dos códigos penais não previam todas hipóteses criminais, o que possibilitaria a eventual lacuna.

O que representaria para Binding uma falha do Direito Penal (suas eventuais lacunas normativas), na verdade representou uma das suas maiores virtudes. O fato de prever todas as possibilidades e condutas ensejou sua integração com demais ramos do Direito, e a garantia da manutenção de sua importância.

Mais do que respeitar a coletividade, devemos respeitar o indivíduo, sua vida e direitos pessoais, fruto da previsão de um sistema político que garanta a existência de um sistema legal voltado para os ideais iluministas. Ideais que não compactuam com leis de ocasião, que têm por único objetivo responder a situações que causam comoção social à opinião pública, e que sempre levam ao endurecimento de penas, à adoção de política radical, ao corte de direitos e garantias fundamentais.

Esse simbolismo intervencionista enfraquece o Direito Penal. O que parece, em um primeiro momento, a sua imprescindibilidade, garante-lhe, dada a pouca ou nenhuma efetividade para a situação episódica, a sua descrença social.

No pensamento de René Ariel Dotti, a defesa do princípio da intervenção mínima representaria um vigoroso movimento crítico de discussão e avaliação da crise do sistema positivo, reduzindo a hipercriminalização atual.

Tipos penais criados à proteção de bens que não se enquadram dentre os jurídicos fundamentais não é privilégio de nossos dias. Citado por René Ariel Dotti, Montesquieu já fazia referência ao problema, dizendo: "esse número infinito de coisas que um legislador ordena ou proíbe, tornando os povos mais infelizes e nada mais razoáveis".⁵⁴

⁵⁴DOTTI, **Curso...**, p.37.

O princípio da intervenção mínima deságua num direito penal mínimo, para o qual a pena criminal só poderá ser reservada e prevista para os casos de grave lesão aos bens jurídicos fundamentais.

Embora não esteja explicitamente disposto na Constituição Federal de 1988, o princípio da intervenção mínima está representado por muitos outros princípios dispostos nos artigos 1.º e 5.º da referida Carta. Desde a garantia da dignidade da pessoa humana até os direitos à liberdade, à vida, à igualdade e à segurança, todos transpiram o princípio da intervenção mínima por parte do Estado.

Dentro do movimento pendular que muitas vezes observamos no Direito Penal, constatamos que o final do século XIX, em contraponto ao século XVIII (Declaração Universal dos Direitos do Homem e Revolução Francesa), representou um período de criminalização e endurecimento do Direito Penal. Na Europa, buscou-se desacelerar esse movimento mediante a despenalização das bagatelas.

Quanto ao Brasil, não vemos parar o crescimento da parte especial de nosso Código Penal, nem tampouco a aplicação de critério seletivo na elaboração de novas leis extravagantes.

2 AS NOVAS ESTRATÉGIAS DO DIREITO PENAL

Não podemos nos satisfazer com a aplicação das garantias constitucionais. Não basta que o crime esteja previsto em "lei anterior" à sua ocorrência. É imperativo que as normas incriminadoras estejam a proteger bens fundamentais, ou seja, que a sociedade esteja salvaguardada pelo princípio da necessidade.

A inobservância da finalidade da norma incriminadora e da real necessidade da sua edição faz do Direito Penal um instrumento assistemático, um emaranhado de dispositivos legais, em total desarmonia.

Essa vulgarização indiscriminada dos tipos penais leva ao seu descrédito. E mais, faz de suas normas, normas de segunda grandeza, na defesa de bens, igualmente, de menor grandeza.

Dois são os caminhos. A adoção das denominadas sanções penais alternativas e a aplicação da sanção administrativa, como anteparo à prática criminal, e como meio mais eficiente e rápido à solução de várias questões sociais.

Até a sua efetiva aplicação, temos de enfrentar os problemas do sistema penal atual, que se ampliam dia a dia, seja em razão da superlotação carcerária e penitenciária, seja pela sua falta de efetividade na recuperação do delinqüente.

Francisco de Assis Toledo, relator da reforma penal de 1984, Parte Geral do Código, em recente pronunciamento, manifestou uma nova concepção sobre a cominação e aplicação de sanções penais. Para ele, no caso dos denominados crimes de violência, aplicar-se-ia a pena de prisão, em face da brutalidade e estupidez apuradas. De outra parte, nos delitos de astúcia, outras seriam as sanções, como as pecuniárias, as de interdição e atuais penas alternativas.

A nosso ver, aqui se poderia, também, deixar a cargo de outros ramos do Direito, particularmente ao Direito Administrativo, a aplicação de rígidas penas, como a proibição de operação no mercado financeiro, além de ágeis mecanismos de interdição de eventuais ações danosas ao meio ambiente, como adiante trataremos.

As leis não devem estabelecer punições desnecessárias ou que sirvam para saciar o apetite momentâneo do legislador. O Estado deve intervir na vida

social, fazendo-o de modo finalístico, isto é, não deve ser nem insuficiente nem excessivo em sua tarefa punitiva; deve interferir o mínimo possível na vida individual, dentro do critério da necessidade.

Não há como vislumbrarmos um Direito Penal melhor, mais efetivo, justo e eficiente se não atacarmos o atual quadro de anomia que se estabeleceu no sistema criminal. Anomia que somente será superada com ações de desenvolvimento educacional e social. Apenas com a efetiva aquisição da cidadania é que galgaremos melhores ordens jurídica e social.

À aplicação de uma ação governamental de intervenção moderada e razoável, dentro do princípio da intervenção mínima, é imprescindível que levemos adiante, de modo amplo e permanente, o movimento de descriminalização. Assim pensa René Dotti: "Somente por esse caminho será possível resgatar o prestígio do magistério penal, que ficou profundamente abalado nas últimas décadas diante da massificação dos processos de incriminação e da conseqüente ineficácia das reações penais contra o delito".⁵⁵

Some-se a isso a necessária readequação da legislação penal. Entenda-se sua unificação em único diploma legal, eliminando-se as disposições extravagantes.

Não fosse o bastante, fala-se na eliminação de penas privativas de liberdade, que não a de prisão; na eliminação do instituto da suspensão condicional da pena, substituindo-o pelas atuais penas restritivas de direito; em novas regras relacionadas ao funcionamento do sistema penitenciário, etc.

A Constituição Federal de 1988, ao instituir os juizados especiais criminais, já previu a utilização do instrumento da transação para as infrações de menor potencial ofensivo. Em matéria disposta na Lei n.º 9.099/95, ditas infrações contam com a hipótese de composição dos danos e aplicação imediata de pena não privativa de liberdade. Ou seja, estabelecem a proposta constitucional da justiça penal consensual.

⁵⁵DOTTI, **Curso...**, p.37.

Esta mesma Lei previu hipótese de despenalização judicial ao instituir o ato de homologação judicial da proposta de transação oferecida pelo Ministério Público.

A Lei n.º 9.099/95 é a concretização da ideologia do Direito Penal Mínimo, instituída constitucionalmente pelo artigo 98, I (da Constituição Federal), uma vez que estabelece o Direito Penal como última alternativa, buscando aplicar instrumentos alternativos de solução dos problemas sociais, a já citada transação penal e a composição civil.

Assim, a pena privativa de liberdade, instrumento que fracassou nos mais diversos países, na busca da ressocialização do criminoso, começa a ser substituída por mecanismos outros, como as alternativas assim mencionadas, e a descriminalização de condutas, tratando-as como sanções administrativas.

Várias são as propostas mundiais na busca de inovações para o sistema penal, dentre as quais podemos citar: a descriminalização das contravenções; mais intensa utilização do sistema de penas alternativas; a utilização de sanções de natureza administrativa; e a descriminalização, que representam a adoção de um sistema racional e proporcional, no caminho da minimalização da atuação estatal penal.

2.1 A DESCRIMINALIZAÇÃO

Nas palavras de Paulo de Souza Queiroz:

Descriminalizar, como indica o étimo da palavra, significa retirar de uma dada conduta o caráter criminoso. Não o caráter ilícito. Exclui-se tão-somente a competência da Justiça Penal para decidir sobre tais comportamentos, que, por motivos de política criminal, passaram a ser penalmente indiferentes. Corresponde, enfim, à desqualificação de uma conduta como crime. (...) Disso resulta que criminalizar significa disciplinar também criminalmente; descriminalizar não significa, em princípio, liberalizar os comportamentos descriminalizados, e sim reconhecer que tais condutas já não mais dignas de proteção penal ou que possam ou devam ser melhor disciplinadas fora do âmbito penal ou que simplesmente se lhes deva confiar a prevenção às instâncias não-jurídicas de controle social.⁵⁶

⁵⁶QUEIROZ, op. cit., p.111 e segs.

Para Hulsman, a descriminalização pode se dar tanto por ato legislativo, quanto por ato interpretativo. O ato de deixar de aplicar sanções, tendo competência para fazê-lo, é, no entendimento do autor, "descriminalizar". Cabe ressaltar que a descriminalização é "interpretativa" quando o juiz deixa de aplicar a sanção.

O que se deve pressupor é que, ao falarmos de descriminalização, só o fazemos por existir um descontentamento com o funcionamento do sistema penal e com a idéia de que a sua realização melhorará as coisas.

Queiroz cita Figueiredo Dias e Costa Andrade, afirmando que, para estes, uma política criminal racional não pode deixar de concentrar as forças do Estado – recursos humanos e materiais, em área de efetividade. Ou seja, não se pode dispor do Direito Penal e de seus instrumentos de privação social à punição de ilícitos que estejam ao alcance de outros ramos do Direito, os quais, com maior efetividade, podem atuar na defesa social.

Permite-se dizer que não há como criminalizar condutas imorais, bem como todos os ilícitos que não resultem em lesão a bens alheios.⁵⁷

De outra parte, pena e Estado sempre foram conceitos muito próximos, ao ponto de se dizer que para conhecer o modelo penal é preciso conhecer o modelo político-social de seu tempo.

O Estado utiliza-se do Direito Penal para regulamentar a convivência entre os seus cidadãos, muito embora tenha a seu dispor instrumentos outros de controle social.

⁵⁷Pode-se indicar algumas das muitas razões político-criminais que desaconselham a criminalização dessa classe de infrações: a necessidade de se respeitar a vida privada e as implicações da sua violação; as medidas alternativas de controle social, que poderiam ser empregadas no lugar de métodos tradicionais de intervenção do sistema de justiça criminal; as conseqüências negativas da criminalização desse tipo de comportamento; os custos sociais que essa intervenção demanda; e a ineficácia desta, cuja vigência está condicionada à própria vontade das pessoas pretensamente beneficiadas. Assim, o consumo de entorpecentes e a produção e comércio dessas substâncias, que são atos interdependentes e complementares, desde que se realizem entre adultos capazes de autodeterminação, tal como ocorre com as drogas lícitas (QUEIROZ, op. cit., p.113).

Como dito por Cezar Roberto Bitencourt:

Estado, pena e culpabilidade formam conceitos dinâmicos inter-relacionados. Com efeito, é evidente a relação entre uma teoria determinada de Estado com uma teoria da pena, e entre a função e finalidade desta com o conceito dogmático de culpabilidade adotado. Assim como evolui a forma de Estado, o Direito Penal também evolui, não só no plano geral, como também em cada um dos seus conceitos fundamentais.⁵⁸

Segundo Bitencourt, a pena é melhor entendida quando entendemos o Estado onde ela vige. No Estado absolutista, "...eram a identidade entre o soberano e o Estado, a unidade entre a moral e o Direito, entre o Estado e a religião, além da metafísica afirmação de que o poder do soberano era-lhe concedido diretamente por Deus".⁵⁹

Representa a transição entre a baixa Idade Média e a sociedade liberal, o chamado Estado burguês. O Estado passa a representar a soberania do povo, deixando a pena de representar a junção de Deus e soberano, religião e Estado.

Surge o Estado do Contrato Social, com conseqüente redução da atividade em matéria jurídico-penal, restrita a evitar os conflitos entre os indivíduos, visando à manutenção da organização social. Para o referido sistema, a pena tinha como único objetivo a realização da justiça.

A história da prisão representa a humanização do Direito Penal. O que na Idade Média significava mero procedimento de guarda até definição da pena a ser aplicada, normalmente a pena de morte, passou a ser a própria punição do delinqüente.

Quando a prisão se converteu na principal resposta penológica, especialmente a partir do século XIX, acreditou-se que poderia ser um meio adequado para conseguir a **reforma do delinqüente**. Durante muitos anos, imperou um ambiente otimista, predominando a firme convicção de que a prisão poderia ser um meio idôneo para realizar todas as finalidades da pena e que, dentro de certas condições, seria possível reabilitar o delinqüente. Esse otimismo inicial desapareceu e, atualmente, predomina uma certa atitude pessimista, não há muitas esperanças sobre os resultados que se possa conseguir com a prisão

⁵⁸BITENCOURT, Cezar Roberto. **Pena de prisão perpétua**. Disponível em: <<http://www.cjf.gov.br/revista/numero11/PainellV-2.htm>>. Acesso em: 21 dez. 2004.

⁵⁹BITENCOURT, **Pena...**, op. cit.

tradicional. A crítica tem sido tão persistente que se pode afirmar, sem exagero, que a prisão está em crise. Essa crise abrange também o objetivo ressocializador da pena privativa de liberdade, visto que grande parte das críticas e questionamentos que se fazem à prisão referem-se à impossibilidade – absoluta ou relativa – de obter algum efeito positivo sobre o apenado.⁶⁰

O sistema penal conduz à marginalização do delinqüente, o que, sem dúvida alguma, se intensifica ao longo do cumprimento da pena. Condições inadequadas de vida, falta de programas de reeducação e profissionalização fazem da pena privativa de liberdade um sistema de exclusão do convívio social sem qualquer objetivo ressocializador.

Mais do que isso, a pena de prisão, como já dito, dirige-se àqueles que compõem o setor marginalizado da sociedade, não atingindo os agentes da chamada "criminalidade não-convencional", particularmente os criminosos do colarinho branco. Assim, permitimo-nos dizer que a pena de prisão deve ficar reservada para os delinqüentes perigosos, cabendo a todos os demais a sua substituição, seja por medidas penais alternativas, seja por sanções pertencentes a outros ramos do direito que demonstrem maior efetividade na punição de condutas ilícitas. Se o Direito Penal não tem alcançado os delinqüentes não-convencionais, talvez seja possível fazê-lo, par e passo, com outros meios de controle não-penal.

Rául Cervini afirma que a proposta ressocializadora da pena privativa de liberdade fracassou, não conseguiu reabilitar o delinqüente. Em muitos países, as longas penas privativas de liberdade foram abolidas, dada a constatação de que as prisões eram fatores criminológicos, que além de provocar a desagregação social e psíquica do indivíduo também atingem seu círculo familiar.

⁶⁰BITENCOURT, **Pena...**, op. cit.

De outra parte constata que as penas curtas

tampouco conseguem prevenir a reincidência e muito menos readaptar o delinqüente. Um grande número de delinqüentes são ocasionais, de índole meramente circunstancial e não requerem reclusão como tratamento. Outras pessoas, como os doentes mentais, os alcoólatras, os farmacodependentes, não devem cair no âmbito da lei penal, devendo ser feita sua readaptação, caso possível, no plano médico, psiquiátrico etc. Desses e outros aspectos deriva o fracasso da política criminal tradicional (prevenção, controle, tratamento e reabilitação).⁶¹

Para Cervini, três são as descriminalizações possíveis:

A) descriminalização formal, *de iure* ou e sentido estrito, que em alguns casos sinaliza o desejo de outorgar um total reconhecimento legal e social ao comportamento descriminalizado, como por exemplo no caso da relação homossexual entre adultos, do aborto consentido e do adultério. Outras vezes esse tipo de descriminalização responde a uma 'apreciação que difere do papel do Estado em determinadas áreas', ou a uma valoração diferente dos Direitos Humanos que levam o Estado a abster-se de intervir, deixando em muitos casos a resolução desse fato em si mesmo indesejável às pessoas diretamente interessadas (autocomposição). B) descriminalização substitutiva, casos nos quais as penas são substituídas por sanções de outra natureza, como por exemplo, a transformação de delitos de pouca importância em infrações administrativas ou fiscais punidas com multas de caráter disciplinar. Observamos que tanto a descriminalização *stricto sensu* como a que chamamos de substitutiva, a conduta deixa de constituir um ilícito penal, mas na primeira variável a solução é mais radical porque significa a eliminação de toda ilicitude, enquanto que na última hipótese (a substituição), embora o comportamento perca antijuridicidade penal, não fica legalizado nem deixa de ser qualificado como antijurídico e indesejável (...) C) descriminalização de fato, que na Venezuela Aniyar de Castro (1982:220), distanciando-se do critério do Comitê Europeu, coloca dentro das formas de despenalização. Existe descriminalização de fato, segundo a autora, quando o sistema penal deixa de funcionar sem que formalmente tenha perdido competência para tal, quer dizer, do ponto de vista técnico-jurídico, nesses casos, permanece ileso o caráter de ilícito penal, eliminando-se somente a aplicação efetiva da penal.⁶²

Entendemos que a sanção administrativa é a melhor alternativa à descriminalização substitutiva, já que não se aplica às descriminalizações formal e de fato, por razões óbvias.

⁶¹CERVINI, Raúl. **Os processos de descriminalização**. 2.ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p.77.

⁶²CERVINI, op. cit., p.82-83.

O que ocorre na prática da maioria dos países é que muito embora se apregoe a descriminalização, há um crescente processo de criminalização, seja por questões de ordem social ou de política criminal. Um coisa é certa: a falta de critérios explícitos ou implícitos ensejadores da descriminalização acaba favorecendo o processo inflacionário do sistema penal.

Uma das grandes dificuldades que sentimos ao longo dos estudos que realizamos em favor da substituição do Direito Penal pelo Direito Administrativo ou outro ramo que se apresentasse foi a ausência de critério claro que embasasse a saída proposta.

Em vários momentos discutiu-se a respeito das diretrizes a serem seguidas. O Comitê Europeu sobre Problemas da Criminalidade editou, em 1980, Informe e Recomendações ao Conselho da Europa reunido em Estrasburgo. Segundo sugerido, para saber se determinado comportamento deve ser punido penalmente ou descriminalizado, deve-se promover investigação de três níveis:

Em primeiro lugar, deve-se precisar quais são as situações que devem ser consideradas como 'núcleos problemáticos' dentro do conglomerado social de que se trata e, simultaneamente, definir qual é o grau de poder que se deseja que o Estado possua em um determinado campo. Em segundo lugar, o benefício e os custos sociais da criminalização ou descriminalização de cada comportamento devem ser avaliados, incluindo-se nos custos o dano causado pelo sistema à pessoa condenada e à sua família, assim como o deterioramento que a existência da norma penal pode causar ao conglomerado social em seu conjunto. Por último, deve-se prestar especial atenção à capacidade total do sistema penal, levando em conta seus recursos em um dado momento, e compreendendo que quando o sistema está sobrecarregado, produz-se uma deterioração contraproducente na qualidade de seus resultados que, longe de resolver, agudiza os conflitos (Informe do Comitê Europeu sobre Problemas da Criminalidade, 1980).⁶³

Ou seja, o Direito Penal é o último caminho a ser percorrido. Sua subsidiariedade apresenta-se cristalina nas linhas do referido Informe do Comitê Europeu.

Assim já pensavam Beccaria e Bentham. O primeiro, em 1764, com seu *Dos Delitos e das Penas*, a que já nos referimos, e que sem dúvida alguma

⁶³CERVINI, op. cit., p.113-114.

representou a primeira séria tentativa de ver a teoria penal a partir do enfoque utilitarista. Para ele, nada supera a prevenção do crime.

Bentham, citado por Cervini, em sua obra *Introdução da Moral e da Legislação* (1789), militava a aplicação de três princípios:

- a) a lei criminal não deve ser utilizada para castigar o comportamento que não cause dano;
 - b) a lei criminal não deve ser utilizada para realizar-se um propósito que se possa lograr com a mesma efetividade, com menor custo e eficiência, ou, dito de outra maneira: a lei criminal não deve ser utilizada quando medidas que impliquem menos sofrimento sejam tão efetivas, ou quase tão efetivas, para reduzir a freqüência da conduta em questão;
 - c) a lei criminal não deve ser utilizada se o dano causado pela pena é maior do que o dano causado pelo delito.
- Em termos mais modernos: a lei criminal não deve incluir proibições cujas conseqüências sejam mais nocivas do que a conduta que procura coibir.⁶⁴

Em *Sobre a Liberdade*, em 1859, J. S. Mill afirma que há um único objetivo capaz de permitir à sociedade a imposição de penas e força física contra um dos seus, a autoproteção – o impedimento da prática de dano a outros membros da comunidade. Desconsiderando que Mill referia-se a outras formas de coerção, o certo é que em nossos dias o seu posicionamento poderia ser interpretado como: "a lei criminal não deve ser usada com o objetivo de obrigar as pessoas a atuar em seu próprio benefício".

Atualmente vivenciamos a Corrente Abolicionista e a proposta do Direito Penal Mínimo. Para Zaffaroni, aqueles que, juntamente com Hulsman, Mathiesen e Foucault, comungam do projeto abolicionista, apresentam muito poucas indicações que viabilizem a construção de um sistema de "respostas racionais para aqueles que devem operar com os sistemas judiciais presentes".

Podemos incluir neste panorama a novíssima proposta do professor Zaffaroni, que em sua obra *Realismo Marginal* apregoa as propostas do Direito Penal Mínimo, acrescentando desenvolvimentos na perspectiva dos Direitos Humanos, que lhe garantem contornos próprios, em particular na limitação da violência, orientada na crescente desinstitucionalização dos conflitos.

⁶⁴CERVINI, op. cit., p.115.

Cervini refere-se a ambas as propostas, o que faz com absoluta lucidez, sendo de nossa obrigação a transcrição de seu relato:

A consideração específica da Corrente Abolicionista nos permite apontar certos critérios ou diretrizes para não criminalizar, enunciados por Hulsman durante sua participação no Colóquio de Bellagio (Asociación Internacional de Derecho Penal, 1975:52 ss.). Esse autor distingue dois tipos de critérios: absolutos e relativos. A) De acordo com os primeiros considera que não se deve criminalizar em nenhuma circunstância frente aos seguintes casos ou motivações: a) pelo único desejo de impor uma determinada concepção moral; b) visando criar um ambiente propício que dê ao delinqüente um 'tratamento adequado' coercitivo; c) para que o público acredite que solucionou um problema; d) quando supõe exceder a capacidade do aparato administrativo. B) Os critérios relativos funcionam como uma contra-indicação de princípios para criminalizar. Em virtude deles, normalmente não procede criminalizar nos seguintes casos: a) quando se trata de comportamentos que são geralmente próprios de grupos socialmente débeis, ou que são discriminados ou que correm perigo de sê-lo; b) quando se trata de comportamentos que somente a polícia conhece, quando ela investiga por conta própria e não em virtude de denúncia; c) tratando-se de comportamentos demasiado freqüentes ou próprios de um grande número de pessoas (subculturas); d) se é um comportamento que se encontra somente em caso de desajuste social ou psíquico; e) se é um comportamento difícil de definir com precisão; f) quando se trata de um comportamento de esfera privada; g) por último, quando é um comportamento que um grupo numeroso da população considera admissível.⁶⁵

Para Cervini, pertence a Alessandro Baratta a sistematização mais coerente da Proposta de Direito Penal Mínimo. Os Direitos Humanos seriam a chave do sistema alternativo, pois indicariam os limites de ação e o objeto de tutela do Direito Penal. "Os primeiros referem-se às garantias e limites, indicam os requisitos para a introdução e manutenção das figuras delitivas nos textos legais. Os segundos referem-se aos critérios políticos e metodológicos para a descriminalização dos conflitos e dos problemas sociais e a construção de um sistema alternativo ao sistema penal."⁶⁶

Haveria Princípios Intra-Sistemáticos, distribuídos em três grandes categorias: os princípios de limitação formal, os princípios de limitação funcional e os princípios de limitação pessoal. Dentre os princípios de limitação formal estariam os princípios da reserva legal, da taxatividade, da irretroatividade, da supremacia da lei penal

⁶⁵CERVINI, op. cit., p.118-119.

⁶⁶CERVINI, op. cit., p.119.

substantiva. Dentre os segundos (da limitação funcional), teríamos: a) os princípios de resposta não-contingente (a lei penal é uma resposta a conflitos sociais); b) o princípio da proporcionalidade abstrata, para o qual somente as lesões aos Direitos Humanos Fundamentais podem ser objeto de sanção penal e a pena deve expressar proporcionalidade entre o dano social e a punição aplicada; c) princípio da humanidade; d) princípio da subsidiariedade; e) princípio da proporcionalidade concreta, em que os custos sociais causados pela pena não podem significar puro cálculo econômico, mas compensar a desigualdade dos mesmos em relação à classe social do condenado, etc.

Para a terceira classe, dos princípios de Limitação Pessoal observamos, dentre outros, os seguintes princípios: a) da imputação pessoal, segundo o qual não podemos aceitar a responsabilidade objetiva; b) princípio da exigibilidade social do comportamento alternativo com redefinição do critério de culpabilidade, com a construção de duas "séries de critérios para seu estabelecimento judicial: a) critérios para a avaliação do espaço de alternativas de conduta disponíveis para o sujeito; b) critérios para a avaliação dos casos e não-exigibilidade social do comportamento conforme a lei (estado de necessidade e outras causas excludentes)".⁶⁷

Num segundo momento, Cervini refere-se aos Princípios Extra-Sistemáticos, os quais, segundo Baratta, estariam em duas grandes categorias. As primeiras referentes à descriminalização, e as outras relativas a princípios metodológicos da construção alternativa dos conflitos sociais.

Os Princípios Extra-Sistemáticos de descriminalização incluem: a) a não intervenção útil, ou seja, a não incidência penal não pode significar a incidência de outra órbita do Direito. O Estado deve garantir amplo espaço de liberdade, compatível com uma ordem justa; b) princípio da privatização dos conflitos – ajustes entre as partes; c) princípio da politização dos conflitos, com soluções que possam envolver a participação popular; d) princípio da conservação das garantias formais,

⁶⁷CERVINI, op. cit., p.121.

em que, mesmo transferindo-se o fato do campo de ação do Direito Penal para outro ramo, serão preservadas as garantias das pessoas.

Quanto aos Princípios metodológicos de construção alternativa dos conflitos e problemas sociais, inclui-se:

a) Princípio de subtração metodológica dos conceitos de criminalidade e pena. Implica em um experimento lógico que consiste em prescindir, hipoteticamente, desses conceitos para averiguar como os conflitos e problemas seriam construídos se essas categorias não existissem. b) Princípio de especificação dos conflitos e das penas. O sistema penal mostra-se como um aglutinado arbitrário de assuntos totalmente heterogêneos (furtos menores, criminalidade organizada, etc.) que não têm entre si outra coisa em comum do que o fato de serem manejados por meio da resposta punitiva. Esse princípio tem justamente a propensão de que se tente um agrupamento mais coerente dos conflitos e problemas em áreas homogêneas específicas, de acordo com sua diferente natureza, que imponha respostas também diferenciadas. c) Princípio geral de prevenção. Baratta sustenta que uma estratégia alternativa do controle social deve passar das formas mais complexas de controle ativo. O sistema penal está estruturalmente limitado a proporcionar respostas e expressões individuais dos conflitos. Em troca, uma política de justiça social, a satisfação das necessidades reais dos sujeitos de uma comunidade, constituem formas ativas de prevenção e a verdadeira alternativa democrática à política criminal. d) Princípio da articulação autônoma dos conflitos e das necessidades reais. Esse amplo princípio é, segundo o Professor de Saarbrücken, o mais importante dos extra-sistemáticos. Supõe que os portadores de necessidades e direitos se convertam em 'sujeitos ativos da construção de um novo conceito de controle social'.⁶⁸

À conclusão deste tópico, é preciso ser dito, na esteira do que pronunciou Cervini, que, atualmente, todos os problemas fundamentais da criminologia e dos temas da dogmática penal estão vinculados ao debate da criminalização e da descriminalização. O Princípio da Intervenção Mínima do sistema penal, "eixo ideológico de todo esse movimento", significa forte respeito pelo homem e sua realidade. "Dessacralizar o Direito Penal, recuperar seu valor significativo para o homem, única fonte possível de legitimação da norma penal, é uma tarefa que apenas se inicia."⁶⁹

⁶⁸CERVINI, op. cit., p.122.

⁶⁹CERVINI, op. cit., p.8.

Ocorre que na prática, cada país, dadas as suas peculiaridades, apresenta uma alternativa à descriminalização penal. Hulsman, ao comentar a respeito, discorre que suas ponderações são feitas levando em consideração as democracias ocidentais pluralistas, particularmente sua terra natal (a Holanda). Para tanto, apresenta as características do sistema penal holandês:

O Ministério Público pode agir segundo o princípio da oportunidade; ele pode arquivar, sem seguimento, todos os casos penais para os quais ele julga esta solução preferível à ação penal. Os serviços de suspensão condicional da pena são independentes do Ministério da Justiça. Eles são bastante desenvolvidos e profissionalizados. Neste momento, o número de presos (aí compreendidos os sujeitos a detenção preventiva e a população dos hospitais para psicopatas) é de mais ou menos 3.300 para uma população de 13 milhões de pessoas. A duração das penas privativas de liberdade é relativamente breve. A criminalidade registrada consiste de 300.000 registros e delitos na área policial. Em mais de 3/4 destes casos, trata-se de crimes contra o patrimônio. Em 100.000 casos, o autor da infração é descoberto. Em 50.000, instaura-se processo nos tribunais.⁷⁰

Ante o relato de Hulsman, podemos constatar que a Holanda foi campo fértil à aplicação da descriminalização. Penas de pouca duração e práticas ilícitas de baixa periculosidade sem dúvida alguma favorecem a minimização do sistema.

Segue referido autor, dispondo que algumas são as razões que levam os juristas a propugnarem pela descriminalização: a) a diferença entre a capacidade do sistema e os encargos que lhe são confiados se apresenta tanto em seu aspecto quantitativo (zona negra), quanto em seu aspecto qualitativo (aptidão da sanção para alcançar o resultado pretendido); b) o controle do funcionamento do sistema, que primeiramente deveria se dar pelo Judiciário e pelo Legislativo, e, em segundo lugar, pelo Ministério Público e pelo Ministério da Justiça, acaba se concentrando nas mãos da autoridade policial, que é quem efetivamente seleciona os casos tratados. Passa-se à utilização de um critério meramente espontâneo; c) os efeitos negativos do sistema penal são mais intensos do que se imaginava. Os custos sociais resultam na estigmatização do indivíduo e de sua família; d) os custos do sistema recaem sobre os mais pobres e mais frágeis.

⁷⁰HULSMAN, L. H. C. Descriminalização. *Revista de Direito Penal*, n.9/10, p.8-9, jan./jun. 1973.

O sistema penal deve representar um instrumento de solução dos problemas sociais, mas, dadas as peculiaridades acima mencionadas, o mesmo acaba contribuindo para a desigualdade social.

Para ser melhorado, o sistema deve atender a sua real finalidade, que é a prevenção. Ademais, a estigmatização do indivíduo deve ser diminuída, com a aplicação de sanções que apresentem menores inconvenientes. O segundo passo é o de realmente excluir do sistema penal certas condutas. Ações indesejadas passam para o campo da neutralidade, ou mesmo a ser consideradas desejáveis.

Mas como fazê-lo? O primeiro passo para desconsiderarmos uma conduta como ilícita é saber as razões que levaram a mesma a ter sido contemplada pelo sistema penal. Aqui, segundo Hulsman, não haveria registros de critérios de criminalização explícitos, bem como de

outras garantias de ação lógica e coerente na estrutura do processo de criminalização. O relatório de um grupo de trabalho da Universidade de Leyden, que realizou um estudo sobre a motivação das sanções pelo legislador, apresenta claramente este problema na Holanda. A ausência de critérios explícitos e implícitos torna praticamente impossível a avaliação dos processos de criminalização e de suas repercussões sociais.⁷¹

O certo é que sem um processo de avaliação da criminalização, para posterior disposição de descriminalização, observa-se uma tendência ao aumento da produção de tipos penais incriminadores.

Assim, em muitas oportunidades, o legislador, sob pressão da opinião pública, usa do Direito Penal como solução. Faz isto tendo em vista que a mesma desconhece as limitações do sistema e acredita na sua capacidade para solucionar os conflitos. Em outras, por pressão de grupos dominantes e classes sociais, termina por legislar em detrimento de setores mais frágeis, funcionando como instrumento de dominação.

⁷¹HULSMAN, op. cit., p.12-13.

Hulsman é absolutamente preciso ao dispor das condições necessárias à criminalização de condutas sociais:

Os critérios de penalização só podem ser justificados racionalmente se se baseiam em objetivos bem definidos do sistema penal. Estes objetivos não podem ser arbitrários mas devem estar ligados a concepções claras sobre o funcionamento efetivo e potencial desse sistema e não podem ser contrários aos valores aceitos. Evidentemente não é possível aprofundar estas concepções e valores no quadro deste relatório. Impõe-se, no entanto, breve descrição do escopo do sistema penal. Clara distinção deve ser feita entre o escopo do sistema penal e o escopo da sanção, sendo o primeiro muito mais vasto.⁷²

Em sua opinião, para chegarmos à descrição dos objetivos do sistema penal, é necessário trabalhar-se em dois níveis de abstração. Primeiro, em número restrito de categorias e com alto grau de generalização. Já, quando tratarmos de questões concretas de criminalização, os objetivos também devem sê-lo. Como passo seguinte, deve-se apurar a compatibilização entre os objetivos concretos e abstratos. "Vista sob este ângulo, a formação dos objetivos, em nível elevado de abstração, apresenta interesse principalmente enquanto limitação dos subjetivos que podem ser procurados com a ajuda do sistema."⁷³ Estaríamos frente a rol limitado.

Para Hulsman, poucos seriam os objetivos conformadores do sistema penal nas sociedades contemporâneas: a) evolução do Direito; b) solução dos conflitos; c) influência sobre o comportamento; e d) controle de certas formas de poder do Estado.

A sociedade deve ser informada das inovações do sistema penal, particularmente dos tipos incriminadores, ficando a cargo das instituições jurídicas (tribunais) a responsabilidade de interpretar e desenvolver os referidos tipos, de modo evolutivo, ampliando sua eficácia social.

⁷²HULSMAN, op. cit., p.15.

⁷³HULSMAN, op. cit., p.16.

Demais disso, cabe ao Direito Penal a solução dos conflitos. Julgar o fato social, o caráter de sua ilicitude e punibilidade, dizendo quem tem razão e quem está errado no conflito.⁷⁴

A influência do Direito Penal sobre o comportamento do homem dispõe-se tanto de modo geral, quanto de modo individual. A ameaça da sanção atua sobre a maioria das pessoas, particularmente quando tomam conhecimento das conseqüências sofridas por outras ante a prática de conduta delituosa.

O Direito Penal ainda não alcançou as pretensões mais aguardadas pela sociedade. Através de seu instrumento de aplicação, a pena, busca, ao menos em tese, a repressão da conduta ilícita, mas também visa à ressocialização do condenado, além da prevenção. Na prática, a pena vem demonstrando apenas a capacidade punitiva, de expiação.

Em verdade, vivemos um "aumento acentuado do desequilíbrio da distribuição de rendas, da concentração da pobreza, da exploração dos oprimidos, dentre outros fatores similares, repercutindo diretamente no aumento brutal da criminalidade e da insegurança social".⁷⁵ Estamos falando da criminalidade de massa, que, com roubos e outros tipos de violência, produz a insegurança social e o medo coletivo. Este ambiente é propício ao nascimento de políticas populistas e suas leis aberrantes, como a nossa lei dos crimes hediondos.

⁷⁴"Os conflitos que decorrem principalmente de diferenças claras nas concepções relativas às normas e aos valores são abordados sobretudo no quadro do objetivo citado *sub a* (definir e desenvolver as regras de conduta em relação às quais o Estado aceitou certa responsabilidade). O controle de um conflito se realiza com o fato de que o julgamento sobre o caráter ilícito e punível implica uma decisão quanto à questão de saber quem está errado e quem tem razão no conflito. A decisão deste assunto pode constituir uma solução do conflito do momento em que as partes em questão reconhecem a competência do sistema. A possibilidade do sistema penal recorrer aos meios de constrangimento pode, até certo grau, influenciar a disposição das partes em questão para que aceitem a competência do sistema penal. Definindo e desenvolvendo as regras de conduta, o sistema penal deverá se esforçar por criar um clima que evite e limite tanto quanto possível os conflitos sociais e individuais disfuncionais." (HULSMAN, op. cit., p.16).

⁷⁵BITENCOURT, **Pena...**, op. cit.

Assim é que devemos encontrar caminhos alternativos e modernos, na utilização do Direito Penal, e, quando não, o de sua substituição por outros ramos da ciência jurídica.

Esse é o pensamento de Claus Roxin:

Uma outra crítica direciona-se contra a espécie de dogmática resultante da dicotomia liztiana entre direito penal e política criminal: se os questionamentos político-criminais não podem e não devem adentrar no sistema, deduções que dele corretamente se façam certamente garantirão soluções claras e uniformes, mas não necessariamente ajustadas ao caso. Não será preferível uma decisão adequada ao caso concreto, ainda que não integrável no sistema? De que serve, porém, a solução de um problema jurídico, que apesar de sua linda clareza e uniformidade é político-criminalmente errada? Não será preferível uma decisão adequada ao caso concreto, ainda que não integrável no sistema?⁷⁶

Jeschek, por sua vez, ensina:

Não se podem desconhecer os perigos de uma dogmática reduzida a fórmulas abstratas: eles estão no fato de que o juiz passe a confiar no automatismo dos conceitos teóricos, não atentando, portanto, às peculiaridades do caso concreto. O essencial é sempre a solução do problema; exigências sistemáticas, por serem menos importantes, devem recuar para um segundo plano.⁷⁷

O sistema jurídico deve avaliar a realidade social vigente, e readaptar-se, utilizando novos instrumentos de ação.

Os modelos tradicionais de repressão não funcionam mais. Nesse passo, a pena de antes também não pode prosperar. Sem que esqueçamos que o Direito, como dizia Kant, é uma coação universal, que protege a liberdade de todos, devemos nos ater na concepção moderna e iluminista, ou seja:

⁷⁶ROXIN, Claus. **Política criminal e sistema jurídico-penal**. Tradução: Luiz Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p.18.

⁷⁷JESCHECK, Hans-Heinrich. Tratado de derecho penal. 4.ed. Granada: Comares, 1993. p.136. Apud ROXIN, op. cit., p.8.

...o Direito Penal, como objeto de ciência autônoma, nasce com o iluminismo. É nesse momento que o homem moderno toma consciência crítica do problema penal como problema filosófico e jurídico que é. Os temas em torno dos quais se desenvolve a nova ciência são, sobretudo, os fundamentos do direito de punir e da legitimidade das penas (em particular, da pena de morte) na dialética das relações entre os indivíduos, que tomavam consciência de seu intrínseco valor humano, e o Estado, saído do período do absolutismo à procura de diferentes estruturas: o motivo condutor era a concepção jusnaturalista do Estado e do direito. Nessa perspectiva, tem desde logo importância a elaboração do princípio da legalidade e, junto a este, com predominante função de garantia, o tema da sanção penal.⁷⁸

Leciona Basileu Garcia:

Castigar ou punir, expiar, eliminar, intimidar, educar, corrigir ou regenerar, readaptar, proteger ou defender – eis variados verbos que, na diversidade das opiniões, indicam as finalidades possíveis do Direito Penal e, através destas, as raízes da sua existência. Para precisar essas finalidades, elaboraram-se doutrinas, reunindo maior ou menor número de adeptos. E algumas tiveram irradiação tão ampla, que passaram a constituir escolas, as quais intentaram delimitar-se pela fixação de toda uma série de idéias centrais sobre as mais graves questões da nossa matéria.⁷⁹

Alessandro Baratta, ao comentar as hipóteses de uma política reformista eficaz para o Direito Penal, disse:

Um segundo perfil, que consideramos ainda mais importante que o primeiro, ao contrário, refere-se a uma obra radical e corajosa de despenalização, de contração ao máximo do sistema punitivo, com a exclusão, total ou parcial, de inumeráveis setores que enchem os códigos que, como o código italiano, nasceram sob o signo de uma concepção autoritária ética do Estado, dos delitos de opinião à injúria, ao aborto, a alguns delitos contra a moralidade pública, contra a personalidade do Estado etc.⁸⁰

No ano de 1998, o Ministério da Justiça apresentou uma série de considerações, sob o título *Um Novo Modelo Penal*, que motivaram a edição da

⁷⁸LOPES, Maurício Antonio Ribeiro. Alternativas para o direito penal e o princípio da intervenção mínima. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v.87, n.757, p.402, 1998.

⁷⁹GARCIA, Basileu. **Instituições de direito penal**. 4.ed. São Paulo: Max Limonad, 1973. v.1. T.1. p.66.

⁸⁰BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do direito penal**. Tradução: Juarez Cirino dos Santos. 3.ed. Rio de Janeiro: Revan, 2002. p.202.

Lei n.º 9.741/98, conhecida como "Lei das Penas Alternativas". Iniciou afirmando que o aumento de 25% da população carcerária do País havia reduzido em apenas 1% a criminalidade. A seguir, acrescentou que o custo anual médio de manutenção de um preso no Brasil estaria na casa de cinco mil reais, e que eram gastos aproximadamente trezentos milhões de reais, apenas com os detentos de menor potencial ofensivo, valor que seria suficiente para a construção de vinte a quarenta mil casas populares ou mais de seis mil e quinhentos postos de saúde.

Nesse mesmo texto afirma-se que a cada um milhão de dólares norte-americanos investidos em prisões deixam de ocorrer 60 crimes, ao passo que esta mesma importância investida em educação é capaz de evitar 258 delitos.

Some-se a isso a constatação de que os condenados saem das prisões piores do que lá chegaram, uma vez que permanecem confinados em verdadeiras "escolas do crime".

Na década de 90, de todos os jovens com menos de 21 anos de idade que deixaram as prisões do Reino Unido, quase 75% foram condenados por novo crime no espaço de 2 anos.

Desde o ano de 1976, quando a Suprema Corte Americana reconsiderou seu entendimento e passou a admitir que os Estados membros reintroduzissem em seus sistemas penais a pena de morte, observou-se que, em muitos deles, o volume de crimes graves, como o homicídio, havia aumentado. Texas e Luisiana enfrentaram este problema. Já outros Estados que não reimplantaram a pena de morte tiveram seus índices de criminalidade diminuídos, como é o caso do Estado do Havaí, entre os anos de 1990 e 1991.⁸¹

⁸¹MORAES FILHO, Antonio Evaristo. **Nova política penal em face do tráfico de drogas**. Disponível em: <http://www2.uerj.br/~direito/publicacoes/publicacoes/evaristo_moraes/em_1.html>. Acesso em: 07 dez. 2004.

Segue a respeito Túlio Kahn:

Durante muitos anos a pena de prisão foi considerada uma solução economicamente ineficaz e inevitável para o problema do crime, uma vez que, como se constatava quase que universalmente, o crime aumentou continuamente em quase todos os países, mesmo naqueles que enviaram milhares de criminosos para as prisões, a um custo elevado. Tudo parecia indicar uma ausência de correlação entre taxas de encarceramento e taxas de criminalidade ou, pior de que isso, uma correlação positiva entre os dois fenômenos. Os Estados Unidos, com sua enorme população prisional e taxas crescentes de criminalidade nos anos 80, eram a maior evidência do fracasso da pena de prisão. A avaliação sobre a eficácia da pena de prisão começa, contudo, a mudar em meados dos anos 90, quando por uma série de fatores a criminalidade começa a decrescer no Estados Unidos.⁸²

Isso demonstra cristalinamente que o Direito Penal deve humanizar-se, e não buscar sua eficácia nas penas e na prisão. O Estado deve dar tratamento adequado aos seus, afastando-os da prisão, que já demonstrou sua total falência como instrumento de ressocialização.

Segundo Sebastian Scheerer:

...está aumentando o número de prisões e da população penitenciária. E este sistema penal só enche: enche as prisões de negros, de pobres, e de negros quase-pobres, e brancos quase-negros, de pobres quase-brancos-quase-negros (às vezes, as minorias são outras, mas os pobres são os pobres, as prisões são as prisões, e a degradação das condições penitenciárias é global). Mas, diferentemente dos anos 60, quando ainda se acreditava que se poderia fazer das prisões um benefício para os detentores, hoje um manto de resignação silenciosa deitou-se sobre a paisagem penitenciária. E justamente numa época em que se está redescobrimo o ideal de um Estado enxuto, a prisão e o sistema Gulag no mundo inteiro tornaram-se cada vez mais vorazes e obesos.⁸³

A Comissão Parlamentar de Inquérito destinada a proceder ao levantamento da situação penitenciária brasileira, instituída na Câmara Federal em 1975, constatou que grande parte da população carcerária se encontrava confinada em cadeias públicas, presídios, casas de detenção e estabelecimentos análogos, onde prisioneiros de alta periculosidade conviviam em celas superlotadas com criminosos

⁸²KAHN, Túlio. Intimidação, incapacitação ou prevenção? Qual o melhor meio para reduzir a criminalidade. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v.8, n.30, p.197-206, abr./jun. 2000.

⁸³QUEIROZ, op. cit., p.15.

ocasionais, de baixa periculosidade e pacientes de imposição penal prévia (presos provisórios). Constitui, assim, um mito o respeito à presunção de inocência.

A situação de lá para cá só piorou. Em 1988 manifestou-se o professor René Ariel Dotti:

A deterioração do caráter resultante da influência corruptora da subcultura criminal, o hábito da ociosidade, a alienação mental, a perda paulatina da aptidão para o trabalho, o comprometimento da saúde são conseqüências desse tipo de confinamento promíscuo, já definido alhures como sementeiras da reincidência, dados os seus fatores criminógenos.⁸⁴

A prisão não recupera, ela apenas produz e reproduz a criminalidade.

No pensamento de Foucault, a prisão só serve para manter a divisão entre as classes sociais, sendo a garantia do sistema capitalista e de seu poder sobre a classe operária.

O Direito Penal deve rumar na busca da descriminalização, com a criminalização daquilo que efetivamente for nocivo à sociedade. Ao descriminalizar, o Direito Penal estará deixando que outros ramos da ciência tratem, adequadamente, das infrações, sem a necessária intervenção radical que produz com a aplicação da sanção penal.

Não acreditamos que a despenalização seja suficiente para alcançarmos a efetividade do Direito Penal. Não basta tratar como contravenção penal o que antes era visto como crime. O abrandamento da pena, sem a descriminalização, não trará ao Direito Penal instrumentos de efetiva prevenção da ocorrência do ilícito criminal.

Todavia, a opção por sanções diversas da pena privativa de liberdade, tais como as penas alternativas, é a saída para a crise de Política Criminal que o mundo enfrenta na busca de reintegrar o criminoso ao convívio social.

Assim é pensamento de Fábio Medina Osório, para quem devemos buscar outros meios menos drásticos para impor os comandos legais, mas sem acreditarmos que as soluções dentre do próprio Direito Penal serão capazes de resolver a questão. Diz referido autor:

⁸⁴DOTTI, René Ariel. **Bases e alternativas para o sistema de penas**. São Paulo: RT, 1988. p.110-111.

A meu ver, aliás, o direito penal vem sofrendo, desde algum tempo, uma crescente banalização. Falar em penas ou normas criminais já não intimida a maioria dos infratores, visto que notórios são os casos de impunidade e os exemplos de incumprimento de normas e mandados de prisão, sem falar nas penas 'alternativas' que, não raro, se transformam em motivos de 'piada' dos criminosos. Ademais, as desigualdades decorrentes de uma seletiva aplicação das normas repressoras penais ocasionam uma crescente erosão desse sistema punitivo, criando-se e fortalecendo-se a imagem de que somente os 'pobres' e as 'minorias' cumprem e sentem os poderosos efeitos das sentenças penais condenatórias.⁸⁵

Jescheck, ao se referir ao sistema alemão de sanções, dispõe:

*La neva ordenación del sistema de sanciones em el Derecho penal alemán **coincide com las grandes tendencias internacionales de la Política criminal.** Esto se refiere al uso de la pena privativa de libertad como "ultima ratio", a la reducción, pero no eliminación plena, de la pena corta de privación de libertad, a la abolición de la pena de presidio y todas las dirigidas contra el honor, así como al desarrollo de la pena de multa (con inclusión del trabajo subsidiario) y de la multa administrativa, hasta lograr una sanción plenamente válida para la protección de la sociedad en el ámbito de la pequeña criminalidad. La renuncia al centro de terapia como medida judicial no tiene pr qué ser un incinveniente, puesto que aquel se conserva como una modalidad del cumplimiento de la pena privativa de libertad, y continúa empleándose.⁸⁶*

Não há dúvida de que será melhor punirmos os criminosos com penas alternativas e diversas das penas privativas de liberdade – *ultima ratio*. Mas também não há dúvida de que se podemos dar tratamento distinto da reclusão, também poderemos utilizar instrumentos de natureza não criminal, que em muito, se não com maior satisfação, produzirão a ressocialização dos punidos.

Como repisou Jescheck, nos últimos trinta anos a pena de prisão apresentou-se ineficaz como resposta principal para a grande gama de delitos. Como assevera, o paradoxal é que a coletividade vem sendo mantida na ilusão quanto às vantagens das penitenciárias e do próprio Direito Penal. Esquece-se de que o problema é estrutural, com raízes políticas e econômicas.

⁸⁵OSÓRIO, Fábio Medina. **Direito administrativo sancionador**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p.416.

⁸⁶JESCHECK, Hans-Heinrich. **Tratado de derecho penal**: parte geral. Tradução: José Luis Manzanares Samaniego. 4.ed. Granada: Comares Editorial, 1993. p.687.

A pena é a troca jurídica do crime. Como o dinheiro, é fomentada pelo sistema capitalista, que tem na retribuição a moeda de troca da organização social.

E aqui respondemos à indagação que fizemos ao concluir o tópico anterior. Não há dúvida de que aos donos do sistema capitalista interessa o Direito Penal, instrumento de repressão e intimidação dos pobres.

A verdadeira prevenção está em construirmos uma sociedade mais justa, com menos privações, onde a cadeia sirva apenas para aqueles que representem, efetivamente, um risco para a sociedade.

A criminalidade está essencialmente relacionada com a pobreza e as desigualdades econômicas. O desemprego, a urbanização desordenada, a falta de oportunidades e de políticas públicas é que geram o que nos permitimos denominar "falsa criminalidade".

Não estamos aqui a defender os estupradores, nem tampouco os marajás que se perpetuam no poder, produzindo rombos e desperdícios de toda ordem. Buscamos ressaltar os que, sem oportunidades de vida, acabam delinqüindo para sobreviver, seja furtando, enganando ou servindo ao tráfico de drogas.

Nesse sentido caminhou o professor Heleno Fragoso ao tratar do Direito Penal Comparado na América Latina:

A legislação penal da América Latina, fortemente repressiva, reflete a crise generalizada com que hoje se defronta o direito penal e a inadequação às realidades nacionais. O fenômeno da criminalidade, nesta parte do mundo, está intimamente relacionado com as condições de uma estrutura social opressiva, profundamente injusta e desigual. O legislador ingenuamente pretende resolver com o instrumental punitivo problemas sociais, como se pode exemplificar tão bem com as leis de **vagos y maleantes** introduzidas com resultados desastrosos, em vários países, por inspiração da lei espanhola de 1933. (...) Está demonstrado que é impossível alcançar a recuperação social do delinqüente através das penas privativas, reduzidas hoje a *ultima ratio* do sistema.⁸⁷

⁸⁷FRAGOSO, Heleno Cláudio. O direito penal comparado na América Latina. Relatório apresentado ao colóquio realizado pelo Max Planck Instiut für ausländisches und internationales Strafrecht, Freiburg im Breisgau. **Revista de Direito Penal**, Rio de Janeiro, n.24, p.17-25, jan./dez. 1979.

A "falsa criminalidade" é a criminalidade instituída pelos ordenadores de sistema, e que em verdade apenas buscam oprimir os miseráveis, os quais, sem saída e oportunidade, praticam os atos qualificados como criminosos.

De outro lado, acreditamos que outros ramos da ciência jurídica devem apresentar suas propostas de ação. Deve o legislador, antes de criminalizar uma conduta nociva, refletir sobre a possibilidade de encontrar uma resposta distinta fora do Direito Penal, nos sistemas civil e administrativo.

O caminho é a despenalização dos delitos tradicionais, notadamente os cometidos sem o emprego da violência física e moral, e a criminalização dos que realmente impeçam a sociedade de se democratizar e ser mais justa e humana.

Manoel Pedro Pimentel, em memorável trabalho intitulado *Sociedade Criminógena*, afirmava: "qualquer sociedade onde existe liberdade terá que suportar uma taxa de criminalidade". E aludindo Durkheim, advertia: "quando a taxa da criminalidade é inusitadamente alta, como acontece agora no mundo capitalista, esse excesso é de natureza mórbida, revelando que a sociedade está doente".⁸⁸

Com igual vigor manifestou-se o professor Heleno Cláudio Fragoso:

A criminal aumenta, e provavelmente continuará aumentando, porque está ligada a uma estrutura social profundamente injusta e desigual, que marginaliza, cada vez mais, extensa faixa da população, apresentando quantidade alarmante de menores abandonados ou em estado de carência. Enquanto não se atuar nesse ponto, será inútil para os juristas, a elaboração de seus belos sistemas. Aspiramos a um direito penal mais humano. Um direito penal que efetivamente exerça função de tutela de valores de forma justa e igualitária. Isso só será possível numa sociedade mais justa e mais humana, que assegure os valores fundamentais da dignidade humana e da liberdade.⁸⁹

Por fim, não há dúvida de que toda e qualquer intenção de exacerbação penal é um sinal de autoritarismo estatal com uma forte tendência de regressão social.

⁸⁸PIMENTEL, Manoel Pedro. *Sociedade criminógena*. **Revista de Direito Penal**, Rio de Janeiro, n.31, p.95, 1982.

⁸⁹FRAGOSO, O direito..., op. cit., p.16-17.

Nossa sociedade precisa ser permanentemente melhorada, com reformas que levem em conta os interesses de nosso povo. Não sendo assim, de nada valerá todo o garantismo e o formalismo processual previstos. A sociedade precisa aprender a defender seus interesses e o Estado precisa aprender a respeitá-los. Somente assim alcançaremos a verdadeira prevenção criminal.

2.2 O DIREITO PENAL NA PROTEÇÃO DA DIGNIDADE HUMANA

Desde a Revolução Francesa as leis magnas indicam a divisão de poderes e a necessidade de se garantirem direitos mínimos aos componentes das organizações sociais. No passar dos tempos, aprimoraram-se os direitos, que, cada vez mais, passaram a representar a vontade popular e a compor um direito individual, intrínseco a cada cidadão.

O Estado criou o Direito e a ele deve ser o primeiro a se submeter. Este nasceu da necessidade de regulação das relações entre indivíduos, mas, também, como forma de limitar a ação do Estado, fazendo-a sempre legítima e legal.

Não podemos ter no Direito Penal um instrumento de opressão social,⁹⁰ mas sim um mecanismo regulador das disputas, capaz de manter e guardar as garantias constitucionais da cidadania. Não há como efetivá-lo sem que observemos um sistema de bases sólidas, imune a pressões externas momentâneas e casuístas. A falta de coerência e ritmo próprio ao sistema penal, com o inadequado amadurecimento das hipóteses sociais de sua interferência, leva ao descrédito social e à punição, se não injusta, pelo menos temerária do autor de um crime.

O sistema precisa agir legitimamente. Só assim estará respeitando os indivíduos e sua dignidade. Na verdade, o que constatamos é que quando o sistema penal busca atuar legitimamente, o faz através da legalidade (verdadeira ficção jurídica), procurando fundir os dois princípios.

⁹⁰RAMOS, **Textos...**, op. cit., p.56.

Para Zaffaroni, a legitimidade do sistema penal é algo absolutamente utópico. O sistema não passaria de uma complexa manifestação do poder, que se afastaria do *ser* para se utilizar do *dever-ser*. Tal afirmação levaria à constatação de supressão da legitimidade pela legalidade. Ou seja, através da produção de normas reguladoras ante ações predeterminadas.

Afastando-nos da questão teórica, verificamos que não são poucas as vezes em que o sistema penal "legal" se afasta da legalidade quando exercita o poder. Assim, partimos de uma *legalidade formal* para um *exercício ilegítimo e arbitrário*. Como diz Zaffaroni, "os órgãos legislativos, inflacionando as tipificações, não fazem mais do que aumentar o arbítrio seletivo dos órgãos executivos do sistema penal e seus pretextos para o exercício de um maior poder controlador".⁹¹

De outra parte, a violação da dignidade humana pelo sistema penal não se dá apenas na operacionalização ilícita do sistema. A falta de celeridade na conclusão dos processos e o direcionamento do sistema para uma clientela pré-definida também representam a arbitrariedade de sua atuação.

Não são poucos os relatórios de organismos mundiais de direitos humanos que noticiam homicídios, torturas e corrupção por parte de agentes do sistema penal, constituindo, assim, uma ilegítima atuação estatal, com desrespeito à legalidade penal e processual.

Ao se referir ao ambiente necessário à atuação legítima do sistema penal, diz o professor João Gualberto Garcez Ramos:

A cidadania não é plenamente garantida numa sociedade na qual o Direito Penal não possua um mínimo de estabilidade, necessária para que as relações sociais mesmas se desenvolvam. Não é, outrossim, prestigiada numa sociedade em que algumas classes sociais que detêm as concessões de meios de comunicação de massa conseguem influenciar de maneira por demais decisiva o legislador para a criação dos mais diversos tipos penais incriminadores.⁹²

⁹¹ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Em busca das penas perdidas**: a perda da legitimidade do sistema penal. 5.ed. Tradução: Vânia Romano Pedrosa, Amir Lopez da Conceição. Rio de Janeiro: Revan, 2001. p.27.

⁹²RAMOS, **Textos...**, op. cit., p.55-56.

Não são poucos os momentos em que vemos o Estado agindo de modo inconstitucional, e em detrimento da nossa cidadania. Um dos mais claros e citados exemplos é a Lei n.º 8.072, de 25 de julho de 1990. Fruto da pressão de alguns poucos endinheirados – vítimas de violentos crimes contra o patrimônio –, a mesma manifesta total inobservância ao Direito Penal mínimo e ao princípio da proporcionalidade.⁹³

Impediu a concessão de graça, indulto, anistia e liberdade provisória. Pior que isto, proibiu a progressão de regime no cumprimento da pena, a ser cumprida integralmente no sistema fechado.

O Direito Penal deve observar a importância de sua intervenção mínima. Este compromisso está disposto constitucionalmente, como já mencionado. E mais, ao falarmos da necessidade de mantermos o processo permanente de descriminalização, devemos levar em consideração as palavras de Alessandro Baratta, que, superando as garantias formais do cidadão, nos anuncia a realidade penal a que se submetem. Suas alegações fortalecem nossa posição em favor de um Direito Penal Mínimo.

Diz o referido mestre, ao tratar do Direito Penal como um Direito igual, apresentando os resultados da crítica que faz ao mesmo:

O mito da igualdade pode ser resumido nas seguintes proposições: a) o direito penal protege igualmente todos os cidadãos contra ofensas aos bens essenciais, nos quais estão igualmente interessados todos os cidadãos (princípio do interesse social e do delito natural); b) a lei penal é igual para todos, ou seja, todos os autores de comportamentos anti-sociais e violadores de normas penalmente sancionadas têm iguais *chances* de tornar-se sujeitos, e com as mesmas conseqüências, do processo de criminalização (princípio da igualdade).⁹⁴

⁹³RAMOS, **Textos...**, op. cit., p.57.

⁹⁴BARATTA, op. cit., p.162.

E segue apresentando suas considerações críticas:

a) o direito penal não defende todos e somente os bens essenciais, nos quais estão igualmente interessados todos os cidadãos, e quando pune as ofensas aos bens essenciais o faz com intensidade desigual e de modo fragmentário; b) a lei penal não é igual para todos, o *status* de criminoso é distribuído de modo desigual entre os indivíduos; c) o grau efetivo de tutela e a distribuição do *status* de criminoso é independente da danosidade social das ações e da gravidade das infrações à lei, no sentido de que estas não constituem a variável principal da reação criminalizante e da sua intensidade.⁹⁵

Baratta demonstra que o Direito Penal não difere dos demais ramos do Direito. Ou seja, não é menos desigual. E ao mencionar a relação do mesmo com a busca da ressocialização, deixa claro que é vasta a literatura a respeito da realidade carcerária:

A "comunidade carcerária" e a "subcultura" dos modernos institutos de detenção se apresentam à luz destas investigações como dominadas por fatores que, até agora, em balanço realístico, têm tornado vã toda tentativa de realizar tarefas de socialização e de reinserção através destas instituições. Igualmente, a introdução de modernas técnicas psicoterapêuticas e educativas e transformações parciais na estrutura organizativa do cárcere não mudaram, de modo decisivo, a natureza e as funções dos institutos de detenção, na nossa sociedade. Estes constituem o momento culminante e decisivo daquele mecanismo de marginalização que produz a população criminosa e a administra em nível institucional, de modo a torná-la inconfundível e a adaptá-la a *funções próprias* que qualificam esta particular zona de marginalização penitenciária não parecem destinadas a mudar decisivamente a natureza das instituições carcerárias.⁹⁶

É evidente que não basta ao Direito Penal preocupar-se em garantir, formalmente, a observância de todos os princípios que o regem. Não basta tampouco garantir a igualdade de tratamento, de punição e atenção por parte dos órgãos do Poder Judiciário. Para assegurarmos o respeito aos direitos individuais dos cidadãos, precisamos disto e da certeza de que o Estado buscará ressocializar o delinqüente, ainda que para isto tenha que recorrer à sua eficaz exclusão do convívio social.

⁹⁵BARATTA, op. cit., p.162.

⁹⁶BARATTA, op. cit., p.183.

De outra parte, cabe-nos destacar o pensamento de René Ariel Dotti a respeito da proteção penal dos direitos do homem:

O fenômeno da chamada globalização na economia e em outros setores das atividades cotidianas poderá transformar os seres humanos em peças de uma engrenagem sufocante, a lembrar as antológicas denúncias de Charlie Chaplin, em *Tempos Modernos* (1936), e de George Orwell, em *1984* (1950). O gênio do cinema produziu as imagens e as situações que descartavam o Homem como centro do universo da existência e ameaçavam esmagá-lo junto com objetos transportados nas esteiras; e o imortal visionário concebeu a figura do *big brother* que, através das teletelas, invadia a privacidade das pessoas. Mas a globalização ameaça alcançar estágios ainda não imaginados pela arte e pela literatura. Ela poderá tornar irreversível o eclipse do Homem ou fazê-lo desaparecer nas galáxias da informática. Em uma de suas inúmeras entrevistas, Norberto Bobbio foi perguntado sobre as características de nosso tempo que despertam viva preocupação, especialmente quanto ao aumento cada vez maior e descontrolado da população; o progresso cada vez mais rápido e até agora inevitável da degradação do meio ambiente e o aumento cada vez mais rápido e insensato do poder destrutivo das armas. E, ao final, se, em meio a tantas previsíveis causas de infelicidade, ele via algum sinal positivo. Bobbio respondeu que sim, que via pelo menos um desses sinais: 'a crescente importância atribuída, nos debates internacionais, entre homens de cultura e políticos, em seminários de estudo e em conferências governamentais, ao problema do reconhecimento dos direitos humanos'. Essas perspectivas de consagração e efetivação dos Direitos do Homem devem pautar a reforma do sistema penal positivo, especificamente quanto ao processo de seleção dos bens jurídicos protegidos.⁹⁷

Citado por Paulo de Souza Queiroz, Hegel discorre: "O domínio do direito é o espírito em geral; aí, a sua base própria, o seu ponto de partida está na vontade livre, de tal modo que a liberdade constitui a sua substância e o seu destino e que o sistema do direito é o império da liberdade realizada, o mundo do espírito produzido como uma segunda natureza a partir de si mesmo."⁹⁸

Não há nada mais supremo do que o Direito de Liberdade. Assim dispôs a Constituição Federal de 1988, em seu artigo 5.^o, ao dedicar-se a prestigiar todas as formas de liberdade. Sendo assim, não podemos admitir a aplicação de qualquer medida restritiva de liberdade prevista pelo Direito Penal que não tenha por fim reafirmar o Direito à Liberdade. Isto quer dizer que a liberdade é o fundamento e o

⁹⁷DOTTI, **Proposta...**, op. cit., p.4.

⁹⁸HEGEL, G. W. F. Princípios da filosofia do direito. São Paulo: Martins Fontes, 1997. p.12. Apud QUEIROZ, op. cit., p.143.

fim do Direito Penal. Em outras palavras, a repressão do estupro pela defesa da liberdade sexual. A punição do homicídio para garantir a liberdade de viver e preservar o bem jurídico supremo "vida".

O que temos que observar atentamente é,

como dito, a um tempo o fundamento e o fim últimos da intervenção jurídico-penal, é preciso definir, claramente, onde começa e termina o jus puniendi estatal, sob pena de, a pretexto de proteger a liberdade, acabar-se por suprimi-la (tarefa, aliás, particularmente difícil quanto aos crimes contra, em face da liberdade de expressão). Ou seja, é preciso saber quando é legítima, ou não o é, a intervenção do subsistema penal.⁹⁹

Como se afirmou inúmeras vezes, não podemos contar com o Direito Penal quando um dos demais ramos do ordenamento for capaz de proteger o bem jurídico em questão. Igualmente, não se pode falar em Direito Penal equilibrado se sua tarefa não se der através de pena necessária e suficiente. Como afirmou Rogério Greco, as forças de reprovação e prevenção é que ditam a necessidade da pena. A necessidade da pena está co-relacionada com a imputabilidade do agente. Ao inimputável, aplicar-se-á o tratamento, através da medida de segurança. Todavia, não podemos desconsiderar que em algumas situações o Direito Penal não apresenta nenhuma das qualidades propostas.

Assim,

não restam dúvidas de que a dignidade da pessoa humana engloba necessariamente o respeito e a proteção da integridade física e corporal do indivíduo, do que decorrem, por exemplo, a proibição de pena de morte, da tortura, das penas de natureza corporal, da utilização da pessoa humana para experiências científicas (...) Neste sentido, diz-se que, para a preservação da dignidade da pessoa humana, se torna indispensável não tratar as pessoas de tal modo que se lhes torne impossível representar a contingência de seu próprio corpo como momento de sua própria, autônoma e responsável individualidade.¹⁰⁰

⁹⁹QUEIROZ, op. cit., p.145.

¹⁰⁰SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 4.ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p.117.

Como afirma Michel Foucault, a prisão, "em vez de devolver à liberdade indivíduos corrigidos, espalha na população delinqüentes perigosos".¹⁰¹ Seu alerta deixa evidente que somente penas necessárias e suficientes devem ser impostas. Por tal, devemos entender medidas dirigidas aos que efetivamente devam sofrê-las.

Tais princípios deverão ser conjugados, ainda, com o princípio da humanidade ou da dignidade da pessoa humana, que proíbe penas desnecessárias e contrárias ao seu fim utilitário. As penas devem ser, portanto, *qualitativa* e *quantitativamente*, necessárias e suficientes à reprovação e prevenção dos crimes. Podemos dizer que a *qualidade* está para o princípio da necessidade, assim como a *quantidade* está para o princípio da suficiência da pena...¹⁰²

O Princípio da Dignidade Humana exige a aplicação da intervenção mínima do Direito Penal. Somente quando necessário, e na medida suficiente, se deve atuar. Não deve ir além ou aquém da sua necessidade. Pena suficiente é a que não é exagerada. Carrara, citado por Greco, dizia que a pena "...não deve ultrapassar a proporção com o mal do delito. Todo sofrimento irrogado ao culpado além do princípio da pena, que o de dar ao preceito uma sanção proporcionada à sua importância jurídica, é além da necessidade da defesa, que é a de elidir a força moral objetiva do delito, é um abuso de força, é ilegítima crueldade".¹⁰³

A pena deve manter relação com o dano social produzido. Havendo desproporção com o mesmo, sua validade estará ameaçada. Como preconizava Beccaria: "Para que a pena não seja a violência de um ou de muitos contra o cidadão particular, deverá ser essencialmente pública, rápida, necessária, a mínima dentre as possíveis, nas dadas circunstâncias ocorridas, proporcional ao delito e ditada pela lei".¹⁰⁴

¹⁰¹FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir**. 25.ed. Petrópolis: Vozes, 2002. p.221.

¹⁰²GRECO, op. cit., p.116.

¹⁰³CARRARA, Francesco. Programa do curso de direito criminal. Campinas: LZN, 2002. v.2. p.98. Apud GRECO, op. cit., p.117.

¹⁰⁴BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p.139.

Assim, além de necessária e suficiente, a pena deve ser mínima e aplicada rapidamente. Faltando qualquer um dos referidos princípios, estamos agindo em detrimento da dignidade humana, e, portanto, desrespeitando o próprio Direito Penal, que assim não o quer.

Neste sentido, sempre que o Direito Penal não tenha condição de agir nos termos acima mencionados, devemos procurar em outros ramos do Direito o controle e fiscalização da conduta ilícita.

Pimenta Bueno, citado por Alexandre de Moraes, ao referir-se à vedação às penas cruéis pela Constituição do Império, disse: "o homem por ser delinqüente não deixa de pertencer à humanidade; é de mister que seja punido, mas por modo consentâneo, com a razão, próprio de leis e do governo de uma sociedade civilizada".¹⁰⁵

Demais disso, não podemos esquecer que o Direito Penal é seletivo. Escolhe as condutas sobre as quais agirá e os bens que protegerá. Não esqueçamos, igualmente, que vivemos em um país de imensas diferenças e desigualdades sociais, contando com um Estado, a despeito da implantação do Estado de Direito, em que os Direitos Humanos são permanentemente violados por instituições absolutamente precárias. O que devemos buscar é a aplicação equilibrada do Direito Penal, com absoluto respeito da dignidade da pessoa humana, fazendo com que o mesmo intervenha sobre nossa liberdade nos casos estritamente necessários, adotando seu verdadeiro e único caráter subsidiário, imprescindível à sua sobrevivência.

Por último, devemos ter em mente que o Direito Penal equilibrado é a garantia das pessoas de que o Estado tem limites a observar. Se não o faz na prática, ou seja, se os poderes públicos desrespeitam as garantias que prevê, estamos diante de constrangimento e excesso dos meios de coerção. O certo é que o Direito Penal estabelece as medidas a serem impostas ao indivíduo, garantindo que não se ultrapassem os limites da proporcionalidade.

¹⁰⁵BUENO, José Antônio Pimenta. Direito público brasileiro e análise da constituição do Império. Rio de Janeiro: Ministério da Justiça e Negócios Interiores, 1958. Apud MORAES, Alexandre de. **Direitos humanos fundamentais**: teoria geral, comentários aos arts. 1.º a 5.º da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência. 3.ed. São Paulo: Atlas, 2000. p.242.

2.3 O CARÁTER SUBSIDIÁRIO DO DIREITO PENAL

Uma das vertentes do princípio da intervenção mínima está na chamada natureza subsidiária do Direito Penal.

Para Greco:

A criação da figura típica encontra-se limitada pelo princípio da intervenção mínima, considerando-se um dos princípios fundamentais do Direito Penal do Equilíbrio. Por intermédio da vertente que aponta a natureza subsidiária do Direito Penal, o legislador, no momento da escolha do bem, além de ter de aferir sua importância, tanto em nível individual como coletivo ou social, deverá observar, obrigatoriamente, se os outros ramos do ordenamento jurídico se mostram suficientemente eficazes na proteção daquele bem que, de antemão, já fora entendido como importante, para, somente após, caso essa proteção seja entendida como ineficaz ou insuficiente, permitir a intervenção drástica do Direito Penal.¹⁰⁶

Ou seja, para a atuação do Direito Penal, não basta verificarmos a importância do bem atingido, como pensam muitos, ou a gravidade da ação praticada. É preciso que se some a isto a incapacidade de outros ramos do Direito na solução da questão. Lembremos que, além de drástica, a intervenção do Direito Penal pode não ser a mais eficaz, muito embora sempre seja a mais estigmatizante.

O Direito Penal tem como preceito básico a tutela de bens jurídicos penais absolutamente necessários. Nas palavras de Jorge de Figueiredo Dias,

...o caráter *subsidiário* desta tutela em sintonia com o princípio da necessidade, por outro, conduzem à justificação de uma proposição político-criminal fundamental: a de que, para um eficaz domínio do fenômeno da criminalidade dentro das cotas socialmente suportáveis, o Estado e seu aparelho formalizado de controle do crime devem intervir o *menos possível*; e devem intervir só na precisa medida requerida pelo asseguramento das condições essenciais de funcionamento da sociedade. A esta proposição se dá o nome de *princípio da não-intervenção moderada* – corrigindo em parte o princípio da *não-intervenção radical* avançado por Schur – que assim se arvora em trave-mestra de todo um novo programa político-criminal.¹⁰⁷

¹⁰⁶GRECO, op. cit., p.84.

¹⁰⁷DIAS, Jorge de Figueiredo. **Questões fundamentais de direito penal revisitadas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p.81.

Com bastante clareza, Rogério Greco discorre o Direito Penal como *ultima ratio*:

Não bastasse, o princípio da intervenção mínima, com plena aplicação nesse tema, nos ensina que se os demais ramos do Direito forem suficientes à proteção de determinados bens, do Direito Penal, como *ultima ratio*, não deve exercer a sua interferência. Sabemos que demorado é o encerramento de uma ação penal, uma vez que todos os recursos disponíveis são utilizados, em geral, com a finalidade de, em determinadas infrações penais, tentar alcançar a prescrição. Não se aplica qualquer pena sem que haja o devido processo legal, com todas as suas implicações práticas. Conhecemos, por outro lado, a rapidez que possui o direito administrativo no que diz respeito à aplicação de suas sanções no exercício do poder de polícia. Com isto, queremos dizer que o Direito Administrativo é suficientemente forte e rápido, se bem aplicado, para inibir qualquer atividade praticada por pessoa jurídica que venha a causar danos ao meio ambiente.¹⁰⁸

Baratta, citado por Nilo Batista, afirma que quatro serão as "estratégias" aplicadas à política criminal das classes dominantes. Inicialmente, a sociedade não pode se limitar à aplicação da lei penal, nem tampouco de eventuais substitutivos seus. Deve preocupar-se com ações comunitárias e civis mais humanas. Em segundo lugar, por ser o Direito Penal um Direito desigual, cabe-lhe observar duas vertentes: a) instituir a tutela penal em campos que afetem interesses essenciais, como saúde pública, meio ambiente, etc.; b) reduzir ao máximo o sistema penal, "descriminalizando pura e simplesmente ou substituindo por formas de controle legal não estigmatizantes (sanções administrativas ou civis). A esses objetivos corresponderia uma profunda transformação no processo e na organização judiciária".¹⁰⁹

Em seu pensamento, traduzido por Juarez Cirino dos Santos, Baratta afirma: "A estratégia da despenalização significa, também, a substituição das sanções penais por formas de controle legal não estigmatizantes (sanções administrativas, ou civis) e, mais ainda, o encaminhamento de processos alternativos de socialização do controle do desvio".¹¹⁰

¹⁰⁸GRECO, op. cit., p.195.

¹⁰⁹BATISTA, op. cit., p.37.

¹¹⁰BARATTA, op. cit., p.202-203.

Assim, devemos verificar a real capacidade do Direito Administrativo na concretização de um Direito Penal Mínimo.

Lélio Braga Calhau afirma: "por todos os lugares, dentro do Direito Penal Mínimo e de sua intervenção penal mínima ou necessária, tem-se levantado a necessidade de uma releitura dos processos de criminalização, buscando mesmo a descriminalização de certas condutas de ilícitos penais para infrações meramente de natureza administrativa".¹¹¹

É certo que um número expressivo de administrativistas é absolutamente contra a que ilícitos atualmente previstos na lei penal passem, em decorrência de sua descriminalização, a ser regulamentados pelo Direito Administrativo. Alega-se que este não estaria preparado para tal tarefa, dado seu cunho profundamente autoritário. Se, de um lado, a pessoa investigada na esfera penal estaria protegida pelo princípio da presunção de inocência, por outro, na égide do Direito Administrativo, estaria sob a legitimidade do ato administrativo.

Ora, se o Direito Administrativo não está preparado para enfrentar tal situação, seria o caso de inovarmos implantando um novo subsistema, ou de adotarmos a solução lusitana, de sistema misto, que é do direito de ordenação social?

A esse respeito segue dizendo Lélio Braga Calhau:

A desqualificação penal dos delitos de bagatela e das contravenções penais, ofensivas contra o Estado Social de Direito, mereceu uma análise ético-social profunda dos juristas alemães, culminando nas Leis Quadros de Mera Ordenação Social, na adaptação dos órgãos de Administração Pública e tribunais especiais e na reformulação de procedimentos, mais simplificados e mais céleres tanto mais automatizados para solucionar estes litígios de menor potencialidade lesiva e desafogar os tribunais e juízos de primeira instância. Finalizando, a adoção desse novo modelo de direito no Brasil poderia ser um dos caminhos concretos e visíveis para o Direito Penal Mínimo, desde que fosse sujeita à discussão da comunidade científica e os princípios penais de garantia fossem preservados, haja vista que a concepção reducionista de supremacia da Administração Pública vigente no Direito Administrativo não protegeria as pessoas que passariam a esta sob a égide, como o Direito Penal atualmente o faz.¹¹²

¹¹¹CALHAU, Lélio Braga. **Direito administrativo e direito penal mínimo**. Disponível em: <<http://www.neofito.com.br/artigos/art02/penal149.htm>>. Acesso em: 27 dez. 2004.

¹¹²CALHAU, op. cit.

Constitutivo ou meramente sancionador? Muito se questiona a respeito da autonomia do Direito Penal, constituindo ilícitos próprios ou não, limitando-se a intervir na defesa de bens jurídicos fundamentais. É dominante o entendimento de sua natureza sancionadora, subsidiária em relação aos demais ramos do direito.

Como diz Zaffaroni: "Um setor da doutrina afirma que o direito penal tem caráter sancionador, secundário e acessório, enquanto outro sustenta que tem caráter constitutivo, primário e autônomo".¹¹³

Isso não significa que a norma penal não apresente preceitos, limitando-se a sancionar. Mas também não podemos falar em autonomia do injusto penal. De outra parte, pode-se afirmar que o Direito Penal é sancionador e não-constitutivo.¹¹⁴

Citado por Paulo de Souza Queiroz, von Liszt "entendia que se a missão do direito era tutelar direitos humanos, a do Direito Penal era de 'reforçada proteção de interesses, que principalmente a merecerem e dela precisarem, por meio da cominação e da execução da pena como um mal infligido ao criminoso"; e mais, que "o direito penal, complementando e garantindo, acresce a todos os ramos do direito (caráter secundário, complementário, e sancionador das disposições do direito penal)".¹¹⁵

Nesse sentido, é certo que o Direito Penal não cria um sistema próprio de ilicitudes, mas serve a toda a ordem jurídica, que é única. Preocupa-se, sim, em sancionar mais gravemente fatos indesejados e repudiados pelas demais esferas do direito.

¹¹³ZAFFARONI e PIERANGELI, **Manual...**, op. cit., p.101.

¹¹⁴ZAFFARONI e PIERANGELI, **Manual...**, op. cit., p.102, "quer dizer que o direito penal não contribui para a criação de antijuricidade, e sim que se limita a agregar penas às condutas que já são antijurídicas à luz de outros ramos do direito (civil, mercantil, laboral, administrativo etc.). Se, por hipótese, imaginamos que fosse derogada toda a legislação penal, as condutas penalizadas continuariam sendo contrárias ao direito: o homicídio não seria penalizado, mas por seguir sendo antijurídico seria obrigatório indenizar os familiares da vítima (art. 1518 do CC)."

¹¹⁵QUEIROZ, op. cit., p.57.

Como dito por Paulo de Souza Queiroz, o caráter subsidiário do Direito Penal decorre da unidade lógica do sistema jurídico, que precisa contar com uma ação enérgica nos momentos de desrespeito aos bens jurídicos fundamentais e

para cuja repressão não bastem as sanções do ordenamento jurídico "ordinário-principal", demandando, enfim, um plus de gravidade proporcional à gravidade da lesão e à significação social dos danos causados, o que se concretiza pela intervenção, "extraordinária-subsiária", do direito criminal. A natureza secundária do direito penal é uma exigência político-jurídica dirigida ao legislador, disse Maurach.¹¹⁶

Sendo assim, resta cristalino que as sanções penais devem ser a última etapa, o último instrumento jurídico, quando não houver outro mecanismo a ser utilizado. Como usualmente dito pelos doutrinadores pátrios, o Direito Penal, e, por conseguinte, a sanção penal, devem funcionar como o "braço armado" da Constituição.

Tullio Padovani, citado pelo professor Alberto Zacharias Toron¹¹⁷, discorre, em monografia escrita na Itália, que tanto os "clássicos" quanto os "positivistas" foram críticos da inflação legislativa.

De parte dei classici si denunciava il ricorso a sanzioni dei criminali per disciplinare settori estranei alla sfera di competenza del diritto penale, limitata al mantenimento dell'equilibrio tra le posizioni giuridiche individuali e vincolata alla lesività reale (rispetto a beni contolicamente esitenti) della condotta repressa. (...) Da parte dei positivisti, si segnalava piuttosto l'effetto paradossoso di tal espanione, in quanto destinato ad attivare una Vera e propria spirale criminogenetica, moltiplicando in modo del tutto artificioso l'ê violazione, l'ê relative condanne e jornendo cosi vasto alimento al dissenato sviluppo delli pene di breve durata...

Não podemos acreditar que a criminalidade possa ser contida unicamente pelo Direito Penal, visto que a violência não é apenas o crime. Como dito pelo professor Manoel Pedro Pimental, em seu trabalho *Sociedade Criminógena*, para termos liberdade deveremos suportar um taxa de criminalidade, seja de pouca ou muita proporção. Na verdade, devemos equacionar a tutela da segurança pública

¹¹⁶QUEIROZ, op. cit., p.58.

¹¹⁷PADOVANI, Túlio. L' Utopia punitiva. Milão: Giuffrè, 1984. TORON, Alberto Zacharias. Prevenção, retribuição e criminalidade violenta (o "tao" do direito penal). **Revista dos Tribunais**, São Paulo, n.694, p.275-281, ago. 1993.

com o respeito à dignidade da pessoa humana, como bem afirmou o professor Miguel Reale Jr. ou, como dito por Muñoz Conde:

Respectar los derechos del individuo, incluso del individuo delincuente, garantizando, al mismo tiempo, los derechos de una sociedad que vive con miedo, a veces, real, a veces supuesto, a la criminalidad, constituye una especie de cuadratura del círculo que nadie sabe como resolver. La sociedad tiene derecho a proteger sus intereses más importantes, recurriendo a la pena si'ello es necesario; el delincuente tiene derecho a ser tratado como persona y a no quedar definitivamente apartado de la sociedad, sin esperanza de poder reintegrarse a la misma.¹¹⁸

Como tudo, o Direito Penal também decorre da Constituição Federal. Bem jurídico e ilícito, também, encontram-se na Constituição Federal. Ambos são sistematizados e concretizados pela ordem infraconstitucional.

[Daí] por que a definição de crimes contra a vida pressupõe, logicamente, o reconhecimento prévio desse direito à vida; a tipificação de delitos patrimoniais dá-se nos limites e sob as condições em que for, precedentemente, reconhecido o direito de propriedade; a previsão de infrações contra a liberdade consagra, em última instância, esse direito fundamental; a capitulação de direitos contra a administração protege, em sede penal, a administração e o patrimônio público; a catalogação de crimes contra o casamento reforça a proteção civil já conferida à instituição etc. E se faltam os primeiros, é dizer, se faltam os pressupostos lógico-sistemáticos e tal o dirá a ordem não-penal –, não se cogitará de crime. Identicamente, nenhuma conduta se terá por delituosa se realiza de acordo e nos lindes da norma (ou normas) extrapenal, isto é, em consonância com o ordenamento principal.¹¹⁹

Demais disso, a aplicação da lei penal depende de que os fatos em questão continuem a ser recriminados pelos institutos não-penais. Noutra passo, a revogação de tipos penais não terá repercussão no tratamento que o mesmo objeto venha ou receba de outro ramo do direito.

Rocco vê nas figuras penais isoladas a contradição de tudo o que dissemos até aqui. Mas o certo é que as mesmas só confirmam o caráter subsidiário e complementar do Direito Penal.

¹¹⁸MUÑOZ CONDE, Francisco. Derecho Penal y control social. Jerez: Fundación Universitaria de Jerez; 1985. p.124. Apud TORON, op. cit., p.275-281.

¹¹⁹QUEIROZ, op. cit., p.60.

De outra parte, não devemos confundir autonomia e independência do Direito Penal com a autonomia científica do Direito Penal, que é inquestionável. Seus conceitos são próprios, quer quanto ao enfoque da tutela preventiva especial ou repressiva de que necessita a coerção a ser utilizada na tutela jurídica.

Do reconhecer-se o caráter subsidiário do direito penal não se segue, no entanto, que se lhe recuse autonomia científica, pois, como observa *Maggiori*, 'em cada caso, a sanção imprime uma nova forma ao preceito, embora este pertença a um outro ordenamento jurídico. Ademais, convém notar que os ordenamentos jurídicos não são compartimentos estanques e incomunicáveis, e sim que se soldam uns aos outros num sistema comum de direito.¹²⁰

Do que expusemos até o presente momento, podemos concluir que o Direito Penal não cuida de situações de sua exclusiva competência ou que não possam ser tratadas por outros ramos do direito, conjunta ou isoladamente. Sendo o mesmo a mais intensa e radical intervenção sobre os ilícitos, é evidente que somente deve operar nos casos de intensa e radical necessidade, quando outros ramos do direito não o façam com a reação esperada. Se os ilícitos preexistem à sistematização do Direito Penal, significa que todo ilícito penal, antes de sê-lo, é um ilícito não-penal. Assim, como dito por Roberto Lyra, o Direito Penal garante o instrumento a que recorrem outros ramos do direito que, por não terem sanções eficientes, apelam em momentos extremos para o seu amparo.

Ora, se temos ilícitos não-exclusivos do Direito Penal, e recorreremos ao mesmo em situações de absoluta necessidade por não possuímos instrumentos capazes de solucionar os problemas sociais por parte de outros ramos do direito, é certo que se obtivermos sanções outras não-penais que demonstrem sua maior eficiência no combate das ilicitudes, devemos recorrer a essas.

Assim pensamos, e vemos no Direito Administrativo, particularmente no regime das Contra-ordenações, uma saída para minimizarmos o Direito Penal, recuperando-lhe o *status* devido e reconhecendo sua importância e repercussão na vida das pessoas.

¹²⁰QUEIROZ, op. cit., p.62.

Günther Jakobs é preciso ao referir-se à subsidiariedade penal:

Se suelen considerar legítimas las normas jurídico-penales solo cuando su función no la pueden asumir otros instrumentos de regulación del contacto social, sea mediante disuasión policial o asistencia jurídico-pública o responsabilidad civil o autoprotección de la víctima, así como mediante instituciones de control social u otras: el llamado principio de subsidiariedad. La intercambiabilidad de pena y medida de seguridad (§ 67, párrafo 4 del StGB) y la prevalencia del fin de la medida de seguridad (§ 67, párrafo 5 del StGB) representan – junto a otras instituciones de Derecho material ...El principio de subsidiariedad constituye la variante penal del principio constitucional de proporcionalidad, en virtud del cual no está permitida la intervención penal si el efecto se puede alcanzar mediante otras medidas menos drásticas. El principio de proporcionalidad sólo rige, sin embargo cuando los costes de la medida alternativa afectan a una persona que es responsable del conflicto a resolver entendidos los costes en el sentido de cualquier pérdida, incluida la renuncia al contacto social...Dada esta situación, el principio de subsidiariedad sólo puede aplicarse, en tanto que desplaza gravamen, cuando la persona gravada alternativamente es responsable del conflicto con independencia de este principio. Ejemplo: El delincuente es un caso que laramente requiere asistencia, la autoprotección es una medida desde luego conveniente, etc. La relevancia práctica del principio se limita además por la exigencia de que la medida menos drástica debe ser aplicable en general (por grupos de delitos o de autores) si se quieren evitar resultados aleatorios. Por ello se descartan como medidas alternativas, p. Ej., las medidas que sólo se pueden imponer a autores acomodados (confiscación patrimonial en lugar de pena privativa de libertad), aun cuando serían eficaces.¹²¹

À frente exporemos as situações em que a sanção de natureza administrativa, de modo mais eficiente e rápido, é capaz de substituir a intervenção penal. E mais, buscaremos avaliar em quais situações as agências reguladoras poderão auxiliar.

O Direito Penal integra o chamado controle social formal, sendo uma das muitas forças que atuam no controle das relações em sociedade. Como lembra Muñoz Conde, nas palavras de Queiroz,

todo controle social, nem sequer a sua parte mais importante, mas tão-somente a superfície visível de um iceberg em que o que não se vê é quizá o que realmente importa. A ordem jurídica e o Estado, sob essa perspectiva, não são mais que o reflexo ou a superestrutura de uma determinada ordem social incapaz, por si mesma, de regular a convivência de um modo organizado e pacífico.¹²²

¹²¹JAKOBS, Günther. **Derecho penal. Parte general**: fundamentos y teoría de la imputación. Tradução Joaquim Cuello Contreras e José Luís Serrano Gonzalez de Murillo. 2.ed. Madri: Marcial Pons, Ediciones Juridicas, 1997. p.60-61.

¹²²QUEIROZ, op. cit., p.64.

A intervenção do Direito Penal deve se dar nos casos em que há conflitos, sendo descabida sua presença quando estes não estejam presentes. Ou seja, somente nos casos em que as convenções sociais, do público, da moral, da religião, pela assistência social, pela informação, ou nos casos mais graves, pela aplicação de sanções extrapenais, do Direito Civil, do Direito Administrativo, etc.

Nas palavras de Hassemer:

Podría ser que um concepto corto de vista de um derecho penal eficiente tuviera efectos contraproducentes a largo plazo. Las experiencias com los "déficit de ejecución" del derecho penal moderno, y com el "derecho penal simbólico" enseñan que el agravamiento del instrumental del derecho penal (more of the same) nos siempre mejoran su idoneidad para la solución de los problemas; esto puede originarse en que la subsidiariedad de derecho penal en relación con otras estrategias de solución jurídica, o en su caso, estatales o sociales, no es solamente un principio normativo, sino que, además, está bien fundamentado empíricamente; los medios del derecho penal sirven solamente para algunas pocas situaciones problemáticas.¹²³

A subsidiariedade do Direito Penal está intimamente ligada com a severidade de suas sanções, e com o fato de ser a *ultima* ou *extrema ratio* estatal.

A maioria dos autores contemporâneos concorda que o Direito Penal representa uma subsidiariedade sociopolítica. Para Roxin, devemos observar que não se pode castigar através do Direito Penal quando isto for desnecessário. O Direito Penal não pode ser o instrumento principal na luta pela paz social.

Devemos estabelecer mecanismos primários de prevenção do crime, como a adoção de medidas administrativas que impeçam o seu acontecimento, seja impossibilitando sua ocorrência, seja punindo sua prática de modo eficaz. De sorte que, somente quando fracassem as demais opções de política pública, intervirá o Direito Penal, que, como dito por Jescheck, é o mais poderoso instrumento de que dispõe o Estado.

¹²³HASSEMER, op. cit., p.65.

Assim é que o Direito Penal há de

pressupor, necessariamente: a) a utilização e efetivo funcionamento dos instrumentos primários de prevenção do comportamento desviado e ter ainda presente todo o aparato de controle social já existente; b) que tais instrumentos utilizados, racionalmente utilizados, não bastem (fracassem) para dita prevenção e controle; c) possa o direito penal, subsidiando-os, concorrer, utilmente, para redução, a níveis toleráveis, do fenômeno delitivo.¹²⁴

Ao longo de nossa exposição procuramos mostrar os movimentos e as alternativas propostas à superação da crise que hoje vive o Direito Penal. Discorremos a respeito do fracasso da proposta de ressocialização da pena, bem como dos custos pessoais e sociais do delito. Mencionamos a chamada cifra negra da criminalidade. Noticiamos que, na busca de solucionar a crise existente, buscou-se, a partir dos anos 60, a redução do Direito Penal, com o movimento descriminalizador, seu mais importante plano de ação, pura expressão do Princípio de Intervenção Mínima.

Reiteradamente, dissemos que o Direito Penal deve agir de modo subsidiário, reservado quando seja o único meio capaz de evitar o mal maior. Também referimos que muito embora propugne-se mundo afora a diminuição de sua participação na vida social, muitos países vivenciam o incremento dos tipos penais.

Talvez porque vivamos, como dito por Barbero Santos, textos penais originários de sociedades agrícolas para utilização por sociedades industrializadas. Já mencionamos, e à frente o faremos novamente, que ora vivenciamos novas modalidades criminosas, a chamada criminalidade moderna, que, de modo geral, "caracteriza-se pela urbanização, caráter anônimo das relações humanas, falta de transparência das situações, fracasso dos controles sociais e informais e pelas grandes concentrações de poder político e econômico, especialização profissional, domínio tecnológico e estratégia global (característica inerente ao delito organizado)".¹²⁵

¹²⁴QUEIROZ, op. cit., p.70.

¹²⁵CERVINI, op. cit., p.215.

Não foi por acaso que novos tipos penais surgiram no âmbito do Direito Penal, ante uma infinidade de condutas na área da economia, da tecnologia e das finanças.

E não foi casualmente também que descobrimos a inadequação do Direito Penal no trato de muitos dos novos e velhos assuntos. Assim, surgem novas propostas de ação para o Estado. A Alemanha, na década de 70, inicia a adaptação normativa. Portugal e outros países da Europa também procuram alternativas de adequação social. Nasce o Direito das Contra-ordenações. Discorre Hassemer sobre sua proposta de Direito de Intervenção.

Nas palavras de Cervini, "a proposta desinstitucionalizadora tendente à despenalização, descriminalização (em suas diferentes formas) e diversificação na solução dos conflitos sociais é uma das ferramentas, no nosso modo de ver, a de mais urgente utilização nesse esforço necessário de revisão e de racionalização do Direito Penal, a fim de colocá-lo a serviço de uma maior justiça e solidariedade social".¹²⁶

Também nos dedicamos a demonstrar que o Direito Penal deve agir em respeito da liberdade humana, e com observância da sua dignidade, princípio basilar da Constituição Federal de 1988. O Direito Penal deve ser, acima de tudo, a garantia da dignidade humana e instrumento de pacificação social.

Observamos que o legislador deve buscar soluções em outros ramos do Direito, e aplicando suas estratégias extrapenais.

Igualmente, seguindo a posição de Raúl Cervini, não acreditamos que exista caminho único a ser percorrido, com posição radical. "Não se trata de 'branco ou negro'." Mas acreditamos, sim, que a descriminalização e o uso de instrumentos administrativos são o caminho na tarefa de

¹²⁶CERVINI, op. cit., p.217.

descongestionar os pesados códigos e aliviar os tribunais transbordantes de assuntos de pouca relevância ou não sentidos pela vítima ou pela sociedade como delitivos e freqüentemente, inclusive, chamados a intervir sem possibilidade de êxito, em conflitos que podem encontrar solução eficaz em outros foros (...) Com o mesmo sentido, sucessivas etapas despenalizadoras, moldadas na gama de possíveis formas de atenuação e de alternativas penais, deverão ensaiar-se sem demora, mas cuidando sempre de não violentar, com as novas variáveis do controle, o sentimento coletivo, a fim de evitar "recaídas" repressivas.¹²⁷

Demais disso, compartilhamos o pensamento de Zaffaroni, quando diz: "quanto mais sejam os conflitos que uma sociedade atribua para seu sistema penal, maior será a incapacidade para resolvê-los, ao mesmo tempo em que revelará seu grau de desintegração comunitária".¹²⁸

Nesse sentido, passamos a analisar o Direito Administrativo como instrumento de prevenção à utilização do Direito Penal. Sua sanção, como meio mais adequado e efetivo no trato de ações ilícitas, bem como os entes estatais capazes de realizá-la. Apresentamos as propostas de vários Estados na solução de seus conflitos. Enfatizamos o Direito das Contra-ordenações em Portugal, e mostramos a experiência norte-americana na utilização das agências reguladoras.

¹²⁷CERVINI, op. cit., p.217-218.

¹²⁸Informe do Comitê Europeu, 1980:13; Luisi, 1973:215 segs.

3 O DIREITO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR

É inegável que os ordenamentos jurídicos dos Estados contemporâneos já superaram as propostas de normatização das relações ético-sociais da vida em comunidade. Sua intervenção é cada vez maior na vida dos cidadãos. E na área do Direito Administrativo não é diferente. A partir do momento em que se deixou de diferenciar "Ordem jurídica" e "Administração", como dito por Figueiredo Dias, constatou-se que esta última passou a participar plenamente da ordem jurídica.

Mais do que distinguirmos o Direito Administrativo e Direito Penal, não é tarefa fácil a distinção entre o âmbito de incidência do ilícito administrativo, ou do chamado ilícito criminal administrativo, e do ilícito criminal.

Não é de hoje que o Direito Administrativo vem atuando intensamente na ordem social. O Estado da Polícia iluminista representou a tutela imediata dos mais diversos interesses (culturais, econômicos, políticos, etc.), incluindo os mais banais, gerando um irracional crescimento do Direito Administrativo sancionador.

Se por um lado se pode dizer que o neoliberalismo propugna pela redução da presença estatal na economia, por outro exige, cada vez mais, um Estado forte para regular essa própria economia.

As relações de consumo, da segurança, da regulação social, econômica ampliam-se ante o aumento da complexidade das relações em sociedade. Não é outra a razão pela qual a regulação estatal deve aumentar, através da atividade de polícia, fomento e serviços públicos relacionados ao controle dos "riscos" que surgem na sociedade.

De outra parte o Direito Penal deve diminuir sua área de atuação. Como dito por Fábio Medina Osório: "...diminuir seu grau de incidência em sociedades massificadas, atendendo-se ao princípio da intervenção mínima. Os presídios superlotados exigem a 'despenalização' de determinados comportamentos, ampliando-se, nesse ponto, o âmbito de incidência de outros instrumentos punitivos".

É uma realidade, portanto, a expansão do Direito Administrativo Sancionador.

Segue referido autor, em pensamento que nos permitimos reproduzir integralmente:

O direito penal, todavia, não pode ser substituído e muito menos eliminado pelo Direito Administrativo Sancionador. Este é um instrumento pragmático de que dispõe o Estado para a proteção mais eficaz de determinados valores, mas o direito penal persiste, e é o instrumento teoricamente mais severo. Cabe ao direito penal resgatar sua verdadeira vocação punitiva, veiculando penas privativas de liberdade, atento, sem dúvida, aos objetivos de ressocialização, reeducação, retribuição e prevenção, geral e especial. O direito penal tem, de qualquer sorte, suas insuficiências. Não se trata, por exemplo, do melhor instrumento para punir pessoas jurídicas, pois estas não podem ser privadas de suas 'liberdades', liberdades em sentido estrito.

Uma eficaz política repressiva deve conciliar direito penal e Direito Administrativo Sancionador. Essa conciliação há de ser feita à luz dos princípios constitucionais, das regras e dos regimes jurídicos desses dois poderosos instrumentos estatais. A ampliação dos sistemas de responsabilidade não representa abusos ou arbitrariedades, mas uma maior e mais ampla proteção dos direitos fundamentais que são diariamente agredidos por fatos ilícitos de intensa e intolerável gravidade.¹²⁹

Desse modo, o Direito Administrativo Sancionador nasce para suprir as deficiências do aparato penal.

É assim que com a Revolução Francesca modificou-se o raio de penetração do Direito Administrativo, que acabou tendo a função de "proteção antecipada de perigos" para consistência dos direitos subjetivos dos particulares, estes, sim, sob a proteção do Direito Penal.

Neste contexto é que nasce o Direito Penal Policial, posteriormente denominado Direito Penal Administrativo, ao qual competia "a proteção não de direitos subjetivos determinados, mas de uma série mais ou menos indeterminada de perigos de violação daqueles direitos".¹³⁰

A crise global dos anos que se seguiram ao fim da Primeira Guerra Mundial impingiu maior intervenção estatal nas mais diversas áreas da vida social, a começar pelos domínios econômicos. Do lado do Direito Penal tradicional nasce um Direito Penal Administrativo, aplicando penas criminais à violação de ordenações da

¹²⁹OSÓRIO, op. cit., p.414-415.

¹³⁰DIAS, **Questões...**, op. cit., p.168.

Administração. Em decorrência dessa dupla ação, verificou-se uma hiper-criminalização de fatos.

Nos anos 60 buscou-se descriminalizar e, por conseqüência, diferenciar as condutas de "relevância penal" das condutas tidas por "neutras". As primeiras estariam sob a égide do Direito Penal e, as segundas, sob o regime do Direito Administrativo.

Ao lado das faltas administrativas, surge, particularmente na Europa, uma multidão de infrações, cuja violação deixa de ser vista como um verdadeiro ilícito criminal, para ser tida como parte integrante do ilícito criminal administrativo.

Nas palavras de Eduardo Correa:

Com isto fica esboçada, no essencial, a tendência para libertar o ilícito criminal de justiça de um grande número de infracções que, pela sua natureza, lhe não pertencem, e para formar com elas uma outra categoria autônoma de ilícito. Todavia, o caminho de *purificação* do ilícito criminal de justiça não pára aqui. Desde cedo as doutrinas e as legislações se deram conta que as chamadas contravenções constituíam um grupo de infracções com cunho próprio em face dos delitos e dos crimes – o que é particularmente visível num sistema como o nosso, que consagra uma distinção qualitativa e não apenas quantitativa entre crimes e contravenções (art. 3.º do Código Penal).¹³¹

O que se propõe na Europa, particularmente em Portugal, e que se deve estender para todos os Direitos Penais contemporâneos, é a retirada, dos códigos, de eventuais infrações de carácter administrativo que, pelo ramo do Direito Administrativo, possam ser mais bem processadas.

Durante anos buscou-se a elaboração de critério único, capaz de separar os dois ilícitos. De início, aventou-se da utilização do critério puramente quantitativo, de Ferri. Até certo grau de punição estaríamos frente às sanções administrativas, como se todos os tipos de bagatela pertencessem ao Direito Administrativo.

Na esteira de Goldschmidt, todas as vezes que o Estado recorresse às sanções para a consecução de seus fins, estaríamos em face de delitos criminais, se esses fins representassem a realização de valores de justiça, ao passo que

¹³¹CORREA, Eduardo. **Direito criminal**. Ed. reimpressa. Coimbra: Almedina, 2001. v.1. p.22.

estariamos frente a delitos administrativos quando verificássemos a proteção de bem-estar e progresso social.

Em verdade, como já dissemos antes, o fator diferenciador entre as sanções criminais e as administrativas está no objeto de sua defesa. O Direito Penal busca proteger bens fundamentais ao homem, enquanto o Direito Criminal Administrativo se dedica aos valores de criação ou manutenção da ordem social – a persecução de finalidades de ordem policial ou de bem-estar social.

Em consequência dos valores perseguidos, os ilícitos criminais administrativos serão sempre sancionados através de sanções não criminais, aplicadas pela autoridade administrativa. Tais sanções estarão submetidas a regras de punição comum às sanções administrativas: *nulla poena sine lege, nulla oena sine culpa*, etc.

Assim surgiram as contra-ordenações, ou direito administrativo não penal, de ordenação social, próximo da categoria das contravenções do Direito Penal.

Nas palavras de Jorge de Figueiredo Dias,

a função do direito penal, por um lado, e da específica natureza das sanções criminais, por outro, derivam os *limites materiais* do direito penal; limites que ganham particular relevo sob perspectivas várias – desde as jurídico-processuais e outras – e que são produto das especiais exigências da garantia dos direitos dos cidadãos que se fazem sentir em matéria penal. Mas limites que por vezes não são fáceis de traçar e deparam mesmo com graves dificuldades em zonas penumbrosas da distinção. O que tudo deriva da circunstância de também em outros ramos do direito que não o penal – nomeadamente no direito administrativo, no direito disciplinar, no direito processual e mesmo no direito penal.¹³²

É na distinção entre o Direito Penal e o Direito Administrativo de carácter sancionatório que mais observamos questionamentos. Há países em que, mesmo mantendo-se a regra do Estado de Direito, coexistem: o modelo tradicional – do Direito Penal Administrativo e das contravenções (Brasil, Itália e Espanha); e o modelo moderno do Direito de Mera Ordenação Social e das Contra-ordenações (como acontece em Portugal, na Alemanha, na Áustria). Com significado crescente,

¹³²DIAS, **Questões...**, op. cit., p.165.

o Direito Administrativo, sobretudo a partir do momento em que se apagou a oposição entre "Ordem Jurídica" e "Administração", compõe a ordem jurídica.

Para Zaffaroni, Nilo Batista, Alejandro Alagia e Alejandro Slokar¹³³, não se pode aceitar a existência de um Direito Penal Administrativo. Para estes, dada a inflação legislativa atual, com a justaposição de sanções de diversas naturezas, estaríamos enfrentando o pretense surgimento de novos ramos do Direito, quando não de novas disciplinas jurídicas. Tal seria o caso do chamado *Direito Penal Econômico* e do *Direito do Meio Ambiente*. Dizem:

A gravidade não reside em que o legislador assim o faça ou que se pretenda estudar o complexo interdisciplinarmente – o que não seria outra coisa senão uma discussão de técnica legislativa ou expositiva, ou ainda de autonomia acadêmica –, mas em que a doutrina se confunda e, pretendendo abarcar a totalidade, deixe de fazê-lo de um modo interdisciplinar e aplique a todas as disposições legais critérios administrativistas ou, o que é pior, que a administração aproveite essa confusão para arrogar-se a faculdade de exercer poder punitivo, isto é, de impor penas, quando seu único poder legítimo não pode superar o quadro da coerção direta. (...) As confusões aumentam quando se pretende a própria existência de um suposto direito penal administrativo, que encobre essa investida do estado de polícia, tese aventada no começo do século na Alemanha, em correspondência ao planejamento econômico e regulamentar do império guilhermino, utilizada como argumento legitimante da arbitrariedade policial.¹³⁴

¹³³Tradicionalmente, as disciplinas jurídicas se delimitam conforme o modo em que suas sanções procuram resolver ou decidir os conflitos. Quando se renuncia a esse critério, para definir uma área jurídica como um âmbito do mundo abarcado, prescindindo-se da natureza dos conflitos e da maneira de decidi-los ou solucioná-los, produz-se uma inevitável justaposição de sanções e, portanto, mesclam-se as disciplinas jurídicas a elas referenciadas. Isso acontece no direito da criança e do adolescente, no direito militar, assim como quando se reivindica a existência de um direito nuclear, de um direito trabalhista em sentido total (abarcador do direito contratual trabalhista, do direito sindical e da previdência social, dos delitos relacionados etc.), de um direito do transporte, de um direito eleitoral etc." (ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Direito penal brasileiro**: primeiro volume. 2.ed. Rio de Janeiro: Revan, 2003. p.351).

¹³⁴ZAFFARONI, BATISTA, ALAGIA e SLOKAR, op. cit., p.352.

Manzini, já em 1950, manifestava-se a respeito do Direito Penal Administrativo:

Il diritto penale in genere há per scopo único o principale la prevenzione e la repressione della delinquenza considerata in sè, como violazione del l'ordeine giuridico generale. Il diritto penale amministrativo, invece, o interviene per uno scopo meramente sanzionatorio di norme regolanti istituti di diritto amministrativo, o di atti amministrativi (ordini, ecc.), ovvero, quando há carattere costitutivo, riflette interessi di polizia o di finanza, regolati in via principale da norme amministrative.¹³⁵

Para ele, o que caracterizaria o Direito Penal Administrativo não seria o interesse administrativo tutelado, mas sim a essência exclusivamente administrativa do preceito penalmente sancionado.

Dizia, ainda, o mestre:

Il diritto penale amministrativo è bensì distinto altre incircazioni del diritto penale complessivo a cagione dela specialità dei suoi precetti, ma non ne è peraltro, non cessa d'essere diritto penal vero e proprio, nella ofmra, nella sostanza e nello scopo ultimo: giacchè il diritto eterogeneo, Che, in bae a criterî di opportunità, si conglopera intorno ad uma branca della pubblica amministtrazione, non perde per ciò solo la sua natura e non si distacca daí principî generali che gli sono propri.¹³⁶

O fato é que, quanto mais estudamos o Direito, mais nos convencemos da inconveniência de proclamarmos princípios absolutos e soluções definitivas. Muitas são as páginas de livros doutrinários dedicadas a resolver os problemas das sanções e sua correlação com os delitos praticados, ou uma aplicação alternativa, em razão da periculosidade do agente.

Golddschmidt, na Alemanha, e Zanobini, na Itália, acreditavam que as faltas reprimidas através das contravenções seriam ilícitos administrativos e, portanto, deveriam ser retiradas do Direito Penal e prescritas pelo Direito Administrativo. A distinta qualidade das ações a serem punidas é que diriam se caberia a um ou outro destes ramos intervir. Ocorre que não temos como definir o caráter dos atos praticados. Em nossa opinião, está é tarefa do legislador.

¹³⁵MANZINI, Vincenzo. **Trattato di Diritto Penale Italiano**. 9.ed. Torino: Unione Tipográfica – Editrice Torinese, 1950. p.112.

¹³⁶MANZINI, op. cit., p.113.

Nas palavras de Sebastián Soler, quem muito estudou a diferença entre delitos e contravenções, só nos restaria concluir que a distinção é de caráter quantitativo, sendo os delitos mais graves do que as contravenções.

Para os defensores do Direito Penal Administrativo, vários seriam os argumentos a fundamentar a sua autonomia: estaríamos diante de sanções de natureza de tipo objetivo, desprovidas de dolo e culpa; não se buscaria assegurar a vida, como faz o Direito Penal, mas sim interesses sociais; as sanções também não possuiriam índole criminal, mas sim administrativa; a executoriedade das decisões administrativas não estaria submetida à sentença condenatória definitiva; e as sanções administrativas não estariam limitadas ao homem, podendo alcançar as pessoas jurídicas.

Suas peculiaridades, a nosso ver, trazem ao direito a possibilidade de utilizarmos instrumentos sociais de caráter dogmático-valorativo, e não lógico e ontológico, como é o Direito Penal.

Para outros, não há como separar o Direito Penal Administrativo do Direito Penal, mantendo aquele uma estreita vinculação de dependência com este, e, sendo assim, não passando de sub-ramo do mesmo.

No ano de 1953, a Associação Internacional de Direito Penal se manifestou a respeito do objeto do chamado Direito Penal Sócio-Econômico, que, juntamente com o Direito Penal Fiscal, comporia o Direito Penal Especial. Afirmava que os regulamentos responsáveis pelas normas protetoras dos interesses econômicos exigiam redação extremamente precisa, e deveriam indicar instrumentos outros que não a prisão, tais como: interdição de direitos profissionais, procedimentos de seqüestro, além da adoção de medidas de segurança consistentes, capazes de impedir o benefício ilícito, seja para indenizar a vítima, seja para prevenir a reincidência.

Estamos diante de uma proposição da década de 60, que se apresenta absolutamente atual. Do que vale ao Estado, através de suas autarquias ou agências reguladoras, agir apenas para a repressão de ações criminosas? Em que

interessa à sociedade a prisão de criminosos ambientais, depois de destruída a floresta centenária? A eficácia da reação exige que utilizemos sanções rápidas.

Neste sentido, como aplicar sanções penais administrativas, adequando-as aos princípios do Direito Penal? A solução a respeito deste assunto viu-se prejudicada em razão das discussões doutrinárias realizadas a favor da autonomia do Direito Penal Administrativo (Goldschmidt, Zanobini, etc.). Não se aperceberam que, ao romperem com o Direito Penal Clássico, liberaram o novo sub-ramo para a discricionariedade inerente ao Direito Administrativo.

Não foi por outra razão que os participantes do Congresso de Roma se pronunciaram, por unanimidade, a que o Direito Penal Administrativo se submetesse aos princípios do Direito Penal e do Direito Processual Penal. De outra parte, a resolução exarada pelos juristas, igualmente, reconheceu ao referido direito as suas particularidades conformadoras.

Para os viventes do sistema jurídico penal pátrio, não é fácil aceitar a distinção proposta por Goldschmidt entre os delitos e as contravenções, em reconhecimento de um Direito Penal Administrativo autônomo.

Os que não aceitam a autonomia proposta afirmam que a sua aplicação conduz à prática de um sistema de insegurança.

Em el clima descrito, es claro que la académica invención de la nueva ínsula jurídica – el Derecho Penal Administrativo –, tenía que funcionar como un aparato de relojería hermoso y complicado, pero que no ocasionaba apreciables inconvenientes prácticos, Ningún perjuicio traía dar a los doctrinarios el gusto de admitir como válida su pretensión de que eran ontológicamente diferentes los ilícitos penal y administrativo y en emancipar al segundo del viejo tronco del Derecho Penal. Al fin y al cabo se trataba de unas pocas disposiciones, cuyo quantum penal era además reducido, por lo que a nadie asustaba que la regulación y juzgamiento de estas bagatelas jurídicas fuera entregado a la Administración. La seguridad jurídica – o, al menos, la seguridad de las clases dominantes – en nada se veía afectada por la difusión de la teoría del Derecho Penal Administrativo, así elevado a la dignidad de rama autónoma de la enciclopedia jurídica.¹³⁷

¹³⁷AFTALIÓN, Enrique R. **Derecho Penal Administrativo**. Buenos Aires: Ediciones Arayú, 1955. p.79.

Já Goldschmidt dizia que o caráter meramente administrativo de certas infrações levaria o legislador a moderar o *quantum* das penas correspondentes, sendo que a aplicação das mesmas não traria sobre o agente a mesma mácula das sanções penais.

Nos países com origem no sistema jurídico romano, observamos um número cada vez maior de ramos do Direito, fruto da maior complexidade das relações e interesses intersubjetivos. Os legisladores acabam por criar regulamentos jurídicos para as mais diversas especialidades. Assim, vemos surgir o Direito Agrário, o Direito Penitenciário, etc.

Figueiredo Dias, em seu trabalho *O Papel do Direito Penal na Proteção das Gerações Futuras*, afirma que o papel do Direito Penal na proteção das gerações futuras apresenta-se como novidade e contradição. Questiona a legitimidade da intervenção do mesmo, os caminhos escolhidos à sua aplicação e a idoneidade dos instrumentos utilizados. Acrescenta que assistimos a novas formas de criminalidade, de incidência global e de gravíssimas conseqüências: o risco atômico; a destruição da camada de ozônio e o aquecimento da Terra; a criminalidade organizada; e a destruição do ecossistema, dentre outras. Permitimo-nos, aqui, incluir o terrorismo.

Propugna por nova metodologia, nova racionalidade, que os tempos pós-modernos estão a exigir. Continua, afirmando que cabe à filosofia a superação dos novos paradigmas, e às políticas mundiais a sua implantação.

Quanto ao papel do Direito Penal, discorre:

É numa palavra, uma vez postas as coisas ao nível da intervenção jurídica, a tese – hoje assaz difundida – da auto-regulação social como forma por excelência, se não a única viável, de oferecer um futuro à humanidade perante os novos e grandes riscos que sobre ela pesam. É a predição de que o Direito perderá a palavra na sociedade do futuro; numa sociedade onde tanto no domínio dos princípios, como no dos efeitos ou conseqüências não haverá mais lugar para um pensamento que, como o mocho, levanta vôo só ao anoitecer, que deixa as coisas acontecer para depois tentar remediá-las e cuja intervenção é por isso por essência retrospectiva e não prospectiva, conservadora e não propulsora, aniquiladora e não protectora das vítimas do sistema, que somos todos nós. Não parece todavia que esta idéia da auto-regulação social atinja sequer os limiares da utopia, antes é bem possível que nela se trate de um equívoco. (...) A idéia subjacente a esta tese nutre-se do reconhecimento de que a função do Direito de criador de normas de orientação social e de comportamento individual é indispensável à conservação e

desenvolvimento de qualquer sociedade, do presente ou do futuro, e que para ela não existe alternativa. Mas também da convicção de que é impossível ao direito penal desempenhar qualquer papel na contenção de fenômenos globais e de massa. Impossibilidade que derivaria da especificidade dos seus meios de actuação (as penas e as medidas de segurança) e dos seus modelos de aferição da responsabilidade, tendentes à individualização da responsabilidade e zeladores até o limite de direitos das pessoas que se afirmam perante o Estado e, se necessário, contra o Estado.¹³⁸

Figueiredo Dias demonstra claramente que devemos dispor de instrumentos capazes de prevenir a ocorrência penal, não bastando à estabilização da sociedade do futuro que nos limitemos a reprimir as ações delituosas. Particularmente, porque referidas ações poderão ensejar repercussões de grande extensão e proporção. De nada adiantará a punição pura e simples dos culpados. Ou melhor, só a punição destes não garantirá a sobrevivência e harmonia social.

Segue o autor:

Por isso – diz-se – há de conferir a outros ramos de direito a tarefa de oferecer às gerações vindouras hipóteses acrescidas de subsistência e de progresso. Logo ao direito civil, muito mais indulgente que o direito penal na aferição da responsabilidade e muito menos exigente na sua individualização; e de resto, como direito privado, particularmente adequado ao tratamento de questões que, na sua grande maioria, emergem do <<mercado>> e têm nele a sua origem. Mas sobretudo ao direito administrativo – porventura intensificado na sua vertente sancionatória, em nome de um Interventionsrecht –, a quem cabe por excelência, dada a sua natureza de braço executivo da própria Administração, a ponderação de milhares e milhares de situações conflituantes entre os interesses mais vitais da sociedade e os legítimos interesses dos administrados; e que por isso estará em posição inigualável para levar a cabo uma política de prevenção dos riscos globais.¹³⁹

Isto não significa que o Direito Penal não possua papel fundamental na resolução das questões sociais, mas sim de que não lhe cabe esgotar a parcela de envolvimento do Direito – muito embora sua força de estabilização das expectativas comunitárias seja superior à força do Direito Civil e do Direito Administrativo. O que não se pode esperar do Direito Penal é que tenha força de prevenir e controlar os

¹³⁸DIAS, Jorge de Figueiredo. **O papel do direito penal na proteção das gerações futuras**. Disponível em: <<http://www.defensesociale.org/02/9.dpf>>. Acesso em: 27 dez. 2004.

¹³⁹DIAS, **O papel...**, op. cit.

riscos sociais, responsabilidade muito mais de ordenação social do que de intervenção penal.

No pensamento do referido autor, possuímos duas categorias de ofensas à sociedade: as admissíveis e as inadmissíveis. As primeiras estão sob a tutela do Direito Penal; as segundas não ficam a cargo do Direito Administrativo e seus agentes – a acessoriedade administrativa.

A acessoriedade administrativa suscita à dogmática jurídico-penal, é verdade, um longo cortejo de problemas, para alguns dos quais ainda mal se divisam hoje situações consensuais. Mas também neste ponto seria salutar começar para assentar numa tão antiga, como boa verdade: a de que não são as valorações político-criminais que devem subordinar-se ao labor (e às dificuldades, e às limitações em cada momento histórico) da dogmática e ser por ele condicionadas, antes sim é a dogmática, como puro meio construtivo-instrumental, que tem de servir as proposições político-criminais e a elas se adequar.¹⁴⁰

E conclui Figueiredo Dias, referindo-se aos bens coletivos das gerações futuras e sua defesa frente à criminalidade moderna:

Assim postas as coisas, a construção destes delitos como substancialmente delitos contra bens jurídicos colectivos, mas formalmente como delitos de desobediência às prescrições emanadas do direito administrativo e/ou dos seus agentes, parece-me constituir a via talvez mais correcta de corresponder às necessidades de protecção das gerações futuras de desobediência àquelas prescrições, não (se é preciso reacentuá-lo!) em nome de um mero <<dever de fidelidade administrativa>>, mas sim na medida em que prescrições tais visem evitar a produção – mais próxima ou mais longínqua, mas em todo o caso certa ou altamente provável – de danos e lesões e, por aí, de deteriorações importantes das condições fundamentais da vida em sociedade.¹⁴¹

De nossa parte, isso não pode significar a legitimação do abandono das garantias fundamentais do Direito Penal da culpabilidade. Se estamos diante da criminalidade moderna ou não, em que incluímos a econômica – do colarinho branco, não podemos, sob o fundamento da incapacidade do Direito Penal Clássico de atingir os seus autores, flexibilizar radicalmente os princípios garantidores do sistema penal.

¹⁴⁰DIAS, **O papel...**, op. cit.

¹⁴¹DIAS, **O papel...**, op. cit.

Hassemer, por sua vez, propugna pela criação de um novo Direito, ao qual denomina "Direito de Intervenção", que representaria um meio caminho entre o Direito Penal e o Direito Administrativo. Sem o peso das sanções penais, particularmente a pena privativa de liberdade, e, igualmente, sem as mesmas garantias do Direito Penal tradicional (contaríamos com garantias menores). Para Hassemer, a intervenção imediata do Direito Penal, não de modo subsidiário, depois de constatada a incapacidade de outros ramos do Direito e seus meios de controle não-penais, seria a única saída para enfrentarmos o perigo da nova e sofisticada criminalidade dos dias de hoje. Para o *interventionsrecht*, o Direito Penal deixa de ser a *ultima ratio* para se tornar *prima ratio* no controle dos problemas decorrentes da criminalidade moderna. Inoperantes os métodos tradicionais, deveríamos nos orientar pelo perigo em vez do dano, pois com o surgimento deste já seria tarde demais para a adoção das medidas pertinentes.

Afirma Cezar Roberto Bitencourt:

Hassemer, falando sobre um *Direito Penal Funcional*, particularmente sobre a *moderna criminalidade*, reflete: "nestas áreas, espera-se a intervenção imediata do Direito Penal, não apenas depois que se tenha verificado a inadequação de outros meios de controle não penais. O venerável princípio da subsidiariedade ou da *ultima ratio* do Direito Penal se simplesmente cancelado para dar lugar a um Direito Penal visto como *sola ratio* ou *prima ratio* na solução social dos conflitos: a resposta surge para as pessoas responsáveis por esta área cada vez mais freqüentemente como a primeira, senão a única saída para controlar os problemas".¹⁴²

Santiago da Silva também apresenta considerações a respeito do Direito da Intervenção:

Winfried Hassemer, autor alemão que mais tem se debruçado sobre a questão, apresenta essa idéia sob a forma de que ele denomina, embora sempre faça questão de afirmar que a designação é de só menos importância, Direito da Intervenção (*Interventionsrecht*), que seria o acima mencionado novo ramo do Direito, a vir para preservar o Direito Penal da responsabilização individual de perder suas garantias, se retroceder aos marcos autoritários, que outrora o pontuaram, e a conter as condições ideais para a imputação da responsabilidade empresarial. Pondera Hassemer, que esse novo ramo do Direito deveria

¹⁴²BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**: parte geral. 8.ed. São Paulo: Saraiva, 2003. v.1. p.12.

emergir de uma condensação de certos elementos, que no seu ver seriam: a) Direito Penal; b) Fatos ilícitos civis; c) Contravenções; d) Direito de Polícia Fiscal; e) Direito Fiscal; f) Medidas de matiz econômico e financeiro; g) Planejamento de territórios; h) Proteção da natureza; i) Direito Municipal. (...) Acordes com a proposta de um Direito intermediário, como sendo uma terceira via entre a rigidez do Direito Penal e a fluidez do Direito Administrativo, encontramos em solo pátrio os entendimentos de Miguel Reale Júnior, Maurício Zanoide de Moraes e Cezar Roberto Bitencourt.¹⁴³

Mais uma vez, permitimo-nos dizer que um Direito Penal funcional não pode se sobrepor às garantias constitucionais, tais como a responsabilidade penal subjetiva, a presunção de inocência e o devido processo legal. Possibilitar a melhor e mais ágil ação do Direito Penal não pode significar abrimos mão de nossas garantias.

Santiago da Silva questiona se referido Direito estaria restrito às pessoas jurídicas ou se estenderia às pessoas físicas, com conseqüente limitação de garantias e formalidades processuais, também para estas. Afirma que em se adotando o chamado Direito da Intervenção, ficaria esvaziado o chamado Direito Penal Econômico e sua responsabilidade coletiva. E mais, questiona se passaríamos a ter quatro ramos do Direito coexistindo: o Direito Penal tradicional, o Direito Penal Econômico, o Direito da Intervenção e o Direito Administrativo sancionador.

Ousamos assegurar que, da mesma sorte que se tem como certa a existência de um ramo autônomo do Direito Penal, que é o Direito Penal Econômico, é também viável a constatação da presença de um ramo do Direito Administrativo que frui de uma parcela de autonomia, o Direito Administrativo sancionador. Inerente ao Poder de Polícia, é o atributo da coercibilidade, que, nos ensinamentos de Hely Lopes Meirelles, constitui a imposição coativa das medidas adotadas pela Administração Pública, o qual, aliado ao aparelhamento de sanções, é que tornam eficaz e eficiente esse poder. Tais sanções, devido a um outro atributo do Poder de Polícia, a auto-executoriedade, são impostas e executadas pela própria Administração, através de procedimentos administrativos que lhe são próprios.¹⁴⁴

¹⁴³SILVA, Ivan Firmino Santiago da. **Responsabilização penal da pessoa jurídica e um esboço de sistematização do direito punitivo**. Disponível em: <www.puc-rio.br/sobrepuc/depto/direito/revista/online/ver16_ivanf.html>. Acesso em: 28 dez. 2004.

¹⁴⁴SILVA, I. F. S. da, op. cit.

Neste particular, ressalta o autor que o Direito Administrativo nunca apresentou óbice à responsabilização da pessoa jurídica com a aplicação de sanções administrativas eficientes. E mais, que quando decide dar proteção a determinado interesse, nada mais faz do que estender sua tutela sobre um bem que já existia, "pois sua colocação no mundo fático antecede a construção da norma, que ao nascer serve a expressar a valoração que o ordenamento jurídico entendeu depositar nesse bem, podendo-se, a partir de então, falar em bem jurídico".

Mais do que isso, o

Direito Administrativo Sancionador pode incidir em campos distintos, v.g. ilícitos fiscais, tributários, econômicos, de polícia, de trânsito, atentatórios à saúde, urbanismo, ordem pública, e qualquer campo que comporte atuação fiscalizatória e repressiva do Estado. É muito mais amplo do que o direito penal, dado que inclusive atua como instrumento repressivo de múltiplos órgãos e entidades, diferentemente do que ocorre com o direito criminal.¹⁴⁵

De outra parte, a modernização dos instrumentos de atuação do sistema jurídico não pode ensejar a perda de garantias elementares. Somos plenamente favoráveis à utilização de novos métodos de ação, como a participação efetiva do Direito Administrativo na prevenção da criminalidade. Métodos que nos permitirão melhorar a ação do Estado frente à criminalidade. Eles devem ser usados para que o Direito Penal não tenha que se despir de suas garantias e atuar indevidamente.

3.1 O DIREITO SANCIONADOR NO ESTADO CONTEMPORÂNEO

Segundo o italiano Guido Zanobini, a maioria dos escritores do início do século buscava demonstrar a independência entre a pena do direito penal e as penas do direito administrativo (de polícia, fiscais, etc.). Juridicamente, não havia diferença entre os mesmos. Já no aspecto moral, apurava-se uma maior ou menor imoralidade entre um e outro. Reclamando, os primeiros, a necessidade do dolo; e, os segundos, a configuração da simples voluntariedade.

¹⁴⁵OSÓRIO, op. cit., p.17.

Conclui o mestre italiano:

Nós, ao invés, acreditamos que a distinção entre as duas categorias de sanções seja um dever da ciência jurídica; não desconhecemos a zona cinzenta e a passagem gradual, de que fala Massari: o despreparo técnico dos legisladores, a falta de um sistema claro quanto a essa matéria e ainda as exigências da opinião pública e da política punitiva são causas pelas quais, freqüentemente, vêm estabelecidas nas leis administrativas certas penas não muito bem determinadas, postas entre o direito administrativo e o direito penal; mas o intérprete deve estabelecer qual é o caráter decisivo e com base nisso identificar qual a sanção de um e do outro. As conseqüências do caráter penal de uma sanção são muito mais graves, porque nessa demarcação parece lícito basear-se em critérios múltiplos e variáveis, que seriam, segundo a jurisprudência, a comutatividade ou menos de pena, a substituição do sujeito, a jurisdicionalidade, o órgão competente e também a analogia e o agrupamento de situações similares.¹⁴⁶

Na Alemanha de Otto Mayer, verificamos a existência dos chamados Códigos Penais de Polícia da Alemanha, e por decorrência do então Direito Penal Administrativo. Para ele, não haveria razão para diferenciarmos os chamados ilícitos penais dos ilícitos administrativos. O Direito Penal Administrativo se diferenciaria do Direito Penal Tradicional em razão de sua aplicação na regulação das sanções de natureza das obrigações de polícia e de finanças.

Citado por Ferreira, James Goldschmidt apresentou sua teoria sobre os ilícitos,

penais e administrativos, reconhecendo uma dupla posição do cidadão na sociedade. Os primeiros seriam os comportamentos comissivos assim declarados pela lei; os outros seriam constituídos pela não-observância das obrigações positivas decorrentes do convívio em sociedade. A essência do ilícito administrativo estaria, portanto, no fato de ser uma omissão, uma falta de colaboração para com a Administração na consecução do bem público.¹⁴⁷

Na República Federal Alemã, com a promulgação, em 1949, da Lei Penal da Economia e, em 1952, da Lei das Contra-Ordenações, deram-se os primeiros passos na criação da contra-ordenação como categoria

¹⁴⁶FERREIRA, Daniel. **Sanções administrativas**. São Paulo: Malheiros, 2001. p.54-55.

¹⁴⁷FERREIRA, op. cit., p.56.

que visaria à satisfação de três ordens diferentes de necessidades: a de que se retirasse dos quadros do direito penal um larguíssimo número de infrações de nula ou duvidosa relevância ético-social, remetendo-as para os quadros do direito administrativo; a de que essas infrações não fossem ameaçadas com penas criminais, mas com meras "advertências" sociais, sanções ordenativas ou *coimas*, onde ganhasse preponderância o caráter dissuasor próprio das sanções unicamente pecuniárias; e a de que se revestisse o processamento destas infrações de especificidades que permitissem a aplicação das sanções pelos agentes administrativos encarregados da fiscalização e controle das respectivas atividades.¹⁴⁸

Na própria Alemanha, já se admitiu, e se admite, a impossibilidade de delimitar materialmente o ilícito penal e o ilícito de mera ordenação social. Ocorre que, no caso dos crimes, estamos frente a condutas de elementos constitutivos valorados, nos quais já encontramos a valoração da ilicitude. As infrações das contra-ordenações não apresentam correlação imediata da conduta a uma valoração do tipo.

Por isso aliás se terá de condenar a pretensão de distinguir o direito penal e o de mera ordenação social porque só o primeiro, não o segundo, protegeria bens jurídicos. Pode-se afirmar, pelo contrário, *que todo o ilícito ofende um "bem" juridicamente protegido*; mas também isto não obsta a que, enquanto em certas infrações – os crimes – o bem jurídico protegido se contém logo, expressa ou implicitamente, na própria conduta como tal, noutras – as contra-ordenações – eles se encontram fora dela e só se desenham quando a conduta se conexas com a regra legal que a proíbe. Ou para reutilizar aqui a noção já trabalhada anteriormente: tanto o direito penal como o direito de mera ordenação tutela bens jurídico-penais, onde se descortina aquela particular relação com a ordem axiológica jurídico-constitucional que faz de simples bens jurídicos, bens jurídicos *dignos* de tutela jurídico-penal.¹⁴⁹

A Alemanha não prevê qualquer possibilidade de responsabilização penal das pessoas jurídicas, mas encontramos em alguns de seus maiores doutrinadores os grandes defensores da sua responsabilização, dentre eles Klaus Tiedemann.

É neste ambiente que se encaixa o chamado Direito da Intervenção de Hassemer, sobre o qual já nos manifestamos. Estamos frente à incriminação da pessoa jurídica por um Direito intermediário entre o Direito Penal e o Direito Administrativo.

¹⁴⁸DIAS, **Questões...**, op. cit., p.172.

¹⁴⁹DIAS, **Questões...**, op. cit., p.177.

Neste particular cabe ressaltar a posição de Zaffaroni e Nilo Batista a respeito do Direito da Intervenção:

Existe um fenômeno relativamente recente, ou seja, a chamada *administrativização do direito penal*, que se caracteriza pela pretensão de um uso indiscriminado do poder punitivo para reforçar o cumprimento de certas obrigações públicas (em especial no âmbito fiscal, societário, previdenciário etc.), o que banaliza o conteúdo da legislação penal, destrói o conceito limitativo do bem jurídico, aprofunda a ficção do conhecimento da lei, põe em crise a concepção do dolo, vale-se de responsabilidade objetiva, e, em geral, privilegia o estado em sua relação com o patrimônio dos habitantes. Nesta modalidade, o poder punitivo é distribuído mais por acaso do que nas áreas tradicionais dos delitos contra a propriedade, tendo em vista que a situação de vulnerabilidade ante o mesmo depende do mero fato de participar de empreendimentos lícitos. Há suspeitas de que recentes teorizações do direito penal sejam orientadas para explicar tal modalidade em detrimento do direito penal tradicional.¹⁵⁰

De nossa parte, não somos favoráveis a qualquer intervenção do Estado de modo a ensejar a responsabilização objetiva das pessoas, nem tampouco acreditamos no desprestígio e administrativização do Direito Penal. O que consideramos absolutamente viável é a atuação estatal, através do Direito Administrativo, como um anteparo à não ocorrência do fato penal, quando não da sua prevenção efetiva. Mas não podemos desprezar as vantagens da interdisciplinaridade entre os referidos ramos.

Do que nos vale depositar nas mãos do Direito Penal os bens fundamentais à existência humana, levando em consideração o seu *status* de "Direito de maior magnitude", se este apresenta-se, em várias oportunidades, incapaz de proteger e garantir a manutenção desses bens?

Na Argentina, coube a Héctor Villegas a narrativa de um Direito Penal geral, composto por todas as sanções retributivas que se denominam penas. Em monografia intitulada *Direito Penal Tributário*, pretende demonstrar a existência do Direito Penal geral, subdividido em: um comum, e outro de natureza especial.

Ao Direito Penal geral estaria reservada a tarefa de punir as infrações praticadas em detrimento dos direitos naturais e sociais dos indivíduos. Já ao Direito Penal Administrativo ou Contravencional caberia a punição das infrações contrárias

¹⁵⁰ZAFFARONI, BATISTA, ALAGIA e SLOKAR, op. cit., p.50.

à obtenção do bem-estar social. Ou seja, a segurança dos direitos naturais, pelos delitos; e o bem-estar social, pelas contravenções.

Enrique Afatalión, ao se referir ao Direito Administrativo na Argentina, afirmou:

Em este apartado, esbozaremos las razones que nos llevan a sostener que, entre nosotros, e Derecho Penal Administrativo no es otra cosa que un Derecho Penal Especial. Para ello, trataremos el asunto, sucesivamente, em los planos legislativos, doctrinario y jurisprudencial. Sabido es que entre nosotros, además de los delitos del Cód. Penal, existen muchas otras figuras que llevan aparejadas sanciones de tipo penal, que no integran el citado código y que están dotadas de ciertas peculiaridades con respecto a los delitos, sea de orden jurisdiccional o procesal, sua en cuanto a los principios que las gobiernan. Son las faltas o contravenciones, expiraciones que, tomada en un sentido amplio, abarcan no sólo las modestas infracciones locales – policiales o municipales -, sino también otras de alcance nacional – ley correos, de pesas y medidas, de defensa agrícola, comercio de carnes, aduanas, impuestos, precios máximos, control de cambio, etc.-. Es de notar que en los últimos tiempos, como consecuencia de lenda mundial haci la planeación y el intervencionismo estatales, ha crecido notablemente el volumen de estas infracciones, cuyo régimen legal adolece, indudablemente, de una cierta anarquía, que se traduce en frecuentes contradicciones y graves lagunas, sin contar con la dificultad que se presenta a menudo para la búsqueda y conocimiento de las disposiciones aplicables.¹⁵¹

Por fim, os espanhóis Adolfo Carretero Perez e Adolfo Carretero Sanches, ao tratarem do chamado Direito Administrativo sancionador, afirmam que caberia a cada ordenamento jurídico estabelecer as diferenças entre o delito penal e a infração administrativa.

No caso do Portugal, foi de modo formal, através de definição legislativa, que se estabeleceu a diferença entre crime e contra-ordenações. O Decreto-Lei n.º 433/82, em seu artigo 1.º, dispôs: "Constitui contra-ordenação todo o fato ilícito e censurável que preencha um tipo legal no qual se comine uma coima".

A coima é estruturada como uma sanção pecuniária variável entre um limite mínimo e um limite máximo. Os limites abstratamente previstos variam em função da qualidade do agente. Na determinação da coima concreta, de acordo com os princípios que decorrem daquela norma, deve partir-se da fixação do benefício econômico obtido pela ação do agente. Tal benefício condiciona de forma estrutural

¹⁵¹AFTALIÓN, op. cit., p.98-99.

a dimensão da coima. Dadas as indefinições doutrinárias para tal separação, não há dúvida de que o caminho escolhido merece nosso reconhecimento.

As contra-ordenações que, no seu conjunto, conformaram o que se passou a chamar de Direito (Administrativo, não Penal) de mera ordenação social, igualam-se substancialmente à velha categoria das contravenções penais.

Um dos elementos de caracterização do direito das contra-ordenações encontra-se na especificidade da sanção que utiliza para a realização dos seus objetivos globais.

Embora formalmente se aproxime da multa penal, uma vez que ambas – penal e administrativa – se exprimem através de um quantitativo monetário, a sua inserção num ramo do direito independente do Direito Penal projeta-lhe características próprias que o separam daquele tipo de sanção.

O relevo atribuído à sanção administrativa no contexto da autonomização do direito das contra-ordenações é tal que a lei tomou-lhe como paradigma para a classificação de uma infração, como contra-ordenação.

Na verdade, a diferença entre as duas categorias de sanções, a penal e a administrativa, mais do que da sua denominação, resulta dos elementos que se utilizarem para caracterizar o direito das contra-ordenações como um direito autónomo face ao Direito Penal.

Caracterizada a conduta subsumível ao tipo da contra-ordenação como despida de qualquer ressonância ética, axiologicamente neutra, nas palavras de Figueiredo Dias, ao contrário do crime, a coima, como sanção específica da contra-ordenação, vai, igualmente, ser privada de qualquer desvalor ético, de qualquer censura com aquela natureza.

Desta forma, é construída como uma advertência dirigida ao cidadão que omite o cumprimento do dever de colaborar com a Administração na realização das tarefas que a esta incumbe, traduzindo apenas, nas palavras do professor Eduardo Correia, uma censura puramente social.

Não se apresenta, desse modo, como expressão de um juízo de reprovação dirigido pela coletividade a um dos seus membros que põe em causa, através da sua conduta, valores essenciais à normalidade da vida comum, mas apenas como uma censura dirigida pela Administração a um dos membros dessa coletividade, fundada no descumprimento do dever de não obstar à execução da ordem definida.

Assim, a ilicitude própria das contra-ordenações é uma ilicitude de natureza formal, assente numa diretiva administrativa, enquanto a ilicitude penal tem uma natureza material, derivada da ofensa a valores pré-jurídicos que são o fundamento da vida coletiva.

No entendimento de Figueiredo Dias, citado por Maria João Antunes aquele artigo 19.º aplica-se não apenas às situações de concurso ideal mas também a situações de concurso real em que as várias ações que o integram, apesar de autônomas, possam ser consideradas como uma unidade de comportamento. Fora desse condicionalismo, nas situações de concurso real de contra-ordenações, haveria que recorrer às citadas normas do CP para encontrar a pena do concurso.

Ao lado da sanção principal, o Direito das Contra-ordenações consagra igualmente um conjunto de sanções acessórias que desempenham uma função complementar da coima, na realização dos objetivos subjacentes a este ramo do direito.

Os fundamentos para a criação do Direito de Mera Ordenação Social, e do seu reconhecimento como pertencente ao Direito Administrativo, encontram-se na natureza da sanção, do ilícito e do processo administrativo.

Estes fundamentos não podem por isso, ainda hoje, ser desconhecidos mas, pelo contrário, têm de ser aprofundadamente repensados por qualquer ordenamento jurídico que, mantendo a categoria das contravenções e recusando a do ilícito de mera ordenação social, se proponha uma reforma global do direito penal. Por isso os considere em seguida – à luz fundamental do direito penal português, mas esforçando-me por reconduzir a discussão a pontos susceptíveis de generalização nos quadros do Estado de Direito democrático – com algum pormenor.¹⁵²

¹⁵²DIAS, **Questões...**, op. cit., p.175.

Conclui-se que os ilícitos penais e de mera ordenação social são distintos, e que essa distinção é material, e não meramente formal, o que não impede o legislador, como já referido, de acrescentar em algumas hipóteses alguns adicionais de distinção, ou mesmo utilizar-se de critérios qualitativos e quantitativos, como o fez o Código de Estrada português: o dirigir com grau de alcoolemia entre 0,5 e 0,8 g/l constitui uma contra-ordenação "grave" (art. 87); se a alcoolemia apresentar-se entre 0,8 e 1,2 g/l, estamos frente a uma contra-ordenação "muito grave" (arts. 87 e 149); e se a alcoolemia exceder 1,2 g/l, estamos frente a uma conduta que constitui "crime" (art. 292).

Não estamos diante de um critério puramente formal-quantitativo, mas sim de uma conduta que se torna ético-socialmente relevante e passa a constituir substrato susceptível de a ele se ligar a respectiva criminalização.

No Direito português, o não pagamento da coima gera a execução da soma devida, sendo que em hipótese alguma se converterá a mesma em pena de prisão.

O Decreto-Lei português n.º 433/82 permite ao condenado requerer a conversão da pena de pagamento pela prestação de trabalho em favor da comunidade. Conversão que, na maioria dos países, inclusive Portugal, aplica-se nos casos de substituição da pena criminal de prisão.

No Brasil, Eduardo Rocha Dias, citado por Ferreira, diz que o ilícito administrativo não pode ser radicalmente separado do ilícito penal, visto que ambos representam e atuam sobre a ordem social, seja via administrativa, seja via judicial.

Este, por sua vez, apresenta as razões pelas quais o critério do regime jurídico aplicável deve ser observado:

a) ao cientista do Direito não é dado afirmar como deve ser o Direito, mas tão-somente descrever o Direito, *hic et nunc*, em linguagem científica adequada – razão, esta, para, *data venia*, desde logo refutarmos a tese de Susana Lorenzo; b) considerando o ilícito como sendo o *comportamento voluntário, violador da norma de conduta que o contempla, que verifica na sanção sua direta e imediata consequência jurídica*, ressaltar a inexistir diferença essencial entre o delito e infração, tornando-se os mesmos diferenciáveis tão-somente após a verificação do sentido, conteúdo e alcance da referida regra de Direito. O grau de reprobabilidade da conduta praticada, a nosso ver, não altera a sua essência, importando essa indistintamente um "comportamento devido frente ao ordenamento",

como diria Kelsen; c) em terceiro lugar, "dado o ilícito, dever ser a sanção" – ou seja, mesmo em termos lógicos não há por que distinguir os ilícitos entre si (penal, administrativo, civil etc.) e as correspondentes sanções (de mesma tipologia), de maneira que todos os que buscam separações dessa ordem pecam pela própria incongruência lógica do raciocínio.¹⁵³

Suíça, Austrália e Itália, esta já no ano de 1981, com a Lei n.º 689, de 24 de novembro de 1981, iniciaram a adoção do modelo alemão, que sem dúvida alguma mostrou-se como um dos caminhos a ser seguidos para operar uma adequação discriminante aos sistemas jurídicos.

Foi no ano de 1979, com o Decreto-lei n.º 232, de 24 de junho, que introduziu-se no sistema jurídico português o regime das contra-ordenações. Com uma proposta maximalista, que superava a própria proposta alemã, o diploma português eliminou a categoria das contravenções puníveis com pena de multa, ao compará-las às contra-ordenações. Não foi por outra razão que, nesse mesmo ano, através do Decreto-Lei n.º 411-A, revogou-se tal transformação em bloco.

Somente no ano de 1982, ante a constatação das necessidades político-sociais e econômicas, sentiu-se a necessidade de reafirmar a vigência do regime das ordenações. Assim, institui-se o novo regime geral do direito de mera ordenação social e do seu respectivo processo. Nasce o Decreto-Lei n.º 433/82.

António Beça Pereira, ao comentá-lo, bem como suas alterações pelos Decreto-lei n.º 356/89, Decreto-lei n.º 244/95 e Lei n.º 109/2001, diz:

São conhecidas as necessidades de índole político-criminal a que este específico ramo do direito procura dar resposta. Elas foram, aliás, apresentadas, com algum desenvolvimento no relatório que precedia o Decreto-Lei n.º 232/79 em termos que conservaram plenamente a sua pertinência. Resumidamente, o aparecimento do direito das contra-ordenações ficou a dever-se ao pendor crescentemente intervencionista do Estado contemporâneo, que vem progressivamente alargando a sua acção conformadora aos domínios da economia, saúde, educação, cultura, equilíbrios ecológicos, etc. Tal característica, comum à generalidade dos Estados das modernas sociedades técnicas, ganha entre nós uma acentuação particular por força das profundas e conhecidas transformações dos últimos anos, que encontraram eco na Lei Fundamental de 1976. A necessidade de dar consistência prática às injunções normativas decorrentes deste novo e crescente intervencionismo do Estado, convertendo-as em regras efectivas de

¹⁵³FERREIRA, op. cit., p 60.

conduta, postula naturalmente o recurso a um quadro específico de sanções. Só que tal não pode fazer-se, como unanimemente reconhecem os cultores mais qualificados das ciências criminológicas e penais, alargando a intervenção do direito criminal. Isto significa, para além de uma manifesta degradação do direito penal, com a conseqüente e irreparável perda da sua força de persuasão e prevenção, a impossibilidade de mobilizar preferencialmente os recursos disponíveis para as tarefas de prevenção e repressão a criminalidade mais grave. Ora é esta que de forma mais drástica põe em causa a segurança dos cidadãos, a integridade da suas vidas e bens e, de um modo geral, a sua qualidade de vida.¹⁵⁴

O que há de mais importante a ser comentado é a persistência da categoria penal das contravenções a par de um ilícito de mera ordenação social. Ou seja, ou um comportamento apresenta relevância punitiva penal, seja primária ou secundária; ou não a possui e deve ser descriminalizado, e passar, eventualmente, a constituir uma contra-ordenação, punível com uma coima.

A existência deste elemento levou o professor Faria Costa a referir que este critério nos conduz a "*un encadrement - louable à tout titre – qui dépasse la propre compositio*" e a concluir que o critério de determinação da coima aponta para uma total ausência de proporção entre esta e a gravidade do fato e da culpa manifestada pelo agente.

Além do benefício econômico derivado da prática da contra-ordenação, a fixação da coima depende também da gravidade da infração cometida, da culpa manifestada e da situação econômica do infrator.

A maior ou menor intensidade dessa desconformidade é ponderada a partir do conjunto de circunstâncias que tenham rodeado a prática dos fatos e que se lhe refiram. Incluir-se-ão aí também as características decorrentes do modo de execução dos fatos, na parte em que as mesmas se refiram igualmente àquele desvalor.

¹⁵⁴PEREIRA, António Pereira. **Regime geral das contra-ordenações e Coimas**. 5.ed. Coimbra: Amedina, 2003. p.7-8.

Relativamente à culpa, apesar do modo pela qual a mesma é concretizada neste ramo do direito, também aqui ela não poderá deixar de integrar um juízo de censura, dirigido ao agente.

Como sanção de natureza pecuniária, a coima não poderia deixar de ser fixada em função da situação econômica do agente. Terá também este elemento de ser objeto de indagação no processo conducente à prolação de decisão de modo a que a coima o reflita.

Os crescentes controle, acompanhamento e fiscalização do Estado nas atividades privadas, bem como o agigantamento e maior presença da Administração Pública nas ações relacionadas com o meio ambiente, saúde, sistema financeiro, patrimônio público, etc., fizeram com que o sistema jurídico português reavaliasse os momentos e casos de ação do Direito Penal, e as hipóteses de utilização da sanção administrativa.

O Direito Penal, *ultima ratio* da política criminal, deve somente preocupar-se com as ofensas inaceitáveis aos valores fundamentais à convivência humana, não sendo razoável, e até mesmo lícito, utilizá-lo a sancionar infrações que não guardem tal proporção.

António Beça Pereira, ao se referir às condições necessárias ao efetivo funcionamento dos sistemas das contra-ordenações, afirma:

Também o novo Código Penal, ao optar por uma política equilibrada da descriminalização, deixa aberto um vasto campo ao direito de ordenação social naquelas áreas em que as condutas, apesar de socialmente intoleráveis, não atingem a dignidade penal. Mas são, sobretudo, as necessárias reformas em domínios como as práticas restritivas da concorrência, as infrações contra a economia nacional e o ambiente, bem como a protecção dos consumidores, que tornam o regime das contra-ordenações verdadeiramente imprescindível.¹⁵⁵

¹⁵⁵PEREIRA, A. P., op. cit., p.8.

Assim, sob a influência alemã, deu-se início ao movimento de descriminalização no sistema penal português. O já referido Código Penal de 1982 cria o direito de mera ordenação social, distinto do direito penal. Criam-se duas espécies de infrações punitivas: a dos crimes e a das contra-ordenações, sendo certo que ambos os ilícitos são socialmente relevantes.

A Constituição da República Portuguesa, em seus artigos 32, 164, 165 e 227, faz referência ao poder da Administração de aplicar sanções, ao dispor, respectivamente: Art. 32: "Nos processos de contra-ordenação, bem como em quaisquer processos sancionatórios, são assegurados ao argüido os direitos de audiência e de defesa."; Art. 164: "É da exclusiva competência da Assembléia da república legislar sobre as seguintes matérias: ...alínea d) ...disciplina das Forças Armadas."; Art. 165: "É da exclusiva competência da Assembléia da República legislar sobre as seguintes matérias, salvo autorização ao Governo: ...alínea d) Regime geral da punição das infracções disciplinares, bem como dos actos ilícitos de mera ordenação social e do respectivo processo."; e Art. 227: "As regiões autónomas são pessoas colectivas territoriais e têm os seguintes poderes, a definir nos respectivos estatutos: q) definir actos ilícitos de mera ordenação social e respectivas sanções, sem prejuízo do disposto no n.º 1 do artigo 165".

As sanções administrativas no Direito português têm sua origem no movimento de descriminalização, que converteu em ilícito administrativo algumas situações que eram tratadas como ilícito penal.

Não há dúvida de que tal resultou da incapacidade do sistema penal de solucionar todos os casos que lhe eram submetidos, dia a dia com maior intensidade, dado o intervencionismo estatal em áreas como economia, saúde, educação, etc.

Roxin, Arzt e Tiedemann, ao aludirem às sanções administrativas no Direito alemão, dizem:

Las cifras citadas anteriormente se limitan a los delitos. Las llamadas infracciones administrativas (contravenciones del orden), que representan un papel especialmente importante en la circulación no se contienen en aquéllas. Puede detante en las infracciones administrativas constituyen un nivel por debajo de Derecho Penal

extraordinariamente importante en la práctica. Las infracciones administrativas solamente puede castigar-se con una multa administrativa (§ 1.1 OWiG), es decir, están excluidas las penas privativas de libertad y la pena de multa. Las infracciones administrativas que prevé el ordenamiento jurídico son muy numerosas. Se pueden distinguir tres grupos fundamentales: 1) Las que protegen bienes jurídicos importantes como la vida y la integridad corporal contra peligros más o menos débiles. Se cuentan aquí los numerosos preceptos el derecho de circulación, tan conocidos por los automovilistas. Otro ejemplo es el previsto en el § 121.1,1 OWiG conforme al cual comete infracción administrativa quien – permite meroderamente a un animal peligroso. Tal comportamiento, lo mismo que la causación de daños a una señal de stop crea riesgos para la vida y la integridad corporal de otras personas.¹⁵⁶

Para os referidos autores, a importância das sanções administrativas, localizadas abaixo do Direito Penal, está fortemente presente nas questões administrativas, como as relacionadas com o tráfego de veículos. Na Alemanha são aproximadamente 10 mil acidentes mortais e quase 500 mil com feridos. De outra parte, registram-se apenas mil homicídios por ano. Assim, o trânsito produz dez vezes o número de mortes decorrentes de homicídio doloso. Ou seja, *"La protección de bienes jurídicos es algo más que prevención del delito y castigo del delincuente y, por último, la protección de los bienes jurídicos es algo que nos atañe a todos".¹⁵⁷*

Na Itália, destaca-se a índole intelectual dos delinquentes econômicos, habituados a calcular todas as contingências de suas atividades, particularmente a magnitude e as conseqüências penais das infrações orquestradas. De outra parte, ressalta-se o fato de que seus autores não são repudiados nos círculos sociais que freqüentam, e que seriam imitados, se possível.

Esta é a razão pela qual o legislador italiano tratou de tornar efetivas regulamentações econômicas, de modo a prever a mais variada gama de sanções, muitas delas desconhecidas no âmbito do Direito Penal Tradicional.

¹⁵⁶ROXIN, Claus; ARZT, Gunther; TIEDEMANN, Klaus. **Introducción al derecho penal y al derecho penal procesal**. Tradução: Luis Arroyo Zapatero e Juan-Luis Gómez Colomer. Barcelona: Ariel, 1989. p.97-98.

¹⁵⁷ROXIN, ARZT e TIEDEMANN, op. cit., p.99.

Com extremo rigor, aplicam-se, como se faz através do Direito Penal Clássico italiano, penas privativas de liberdade e multas, incidentes mais amplamente, e em valores mais elevados.

A indisponibilidade de bens e a intervenção das empresas favorecidas pelas ações indevidas, mesmo que não se conheça o autor da infração, são algumas das ações desempenhadas pelos organismos de prevenção das referidas práticas.

Tais organizações devem ser compostas por pessoal especializado em crimes econômicos, constituindo um organismo administrativo capaz de prevenir esta espécie de delinquência.

Uma das características mais evidentes no âmbito do Direito Penal Administrativo Continental-europeu apresenta-se através do sub-ramo denominado "Direito Penal Social-Econômico" – especificamente na luta contra a delinquência econômica. Há evidente preocupação do legislador na eficiência, a todo custo, das prescrições das práticas delituosas econômicas. Raciocina-se que nesta esfera de atividade não se pode permitir ações impunes, sem previsão nos regramentos, o que criaria situação favorável a que outras pessoas desobedecessem à lei.

Neste particular, a doutrina europeia é uníssona quanto à necessidade e importância de se implantar os mencionados organismos, capacitando-os com pessoal descaracterizado, "sem uniforme", dotado do preparo e dos recursos indispensáveis para persuadir as pessoas a se manterem no campo.

Encontramos na figura do professor Carlo Enrico Paliero um dos maiores entusiastas do uso das sanções administrativas como instrumento de prevenção da criminalidade. Sobre ele manifestou-se o professor Jacinto Nelson de Miranda Coutinho¹⁵⁸, ao fazer a apresentação de sua obra, traduzida para o português,

¹⁵⁸Carlo Enrico Paliero nasceu em Pavia em 14.02.52 e, em 1974, formou-se em direito na Universidade daquela cidade (**laureato in giurisprudenza**; o que significa dizer: defendeu tese perante banca, razão pela qual o nome **láurea** e, de conseqüência, o título de **dottore in legge**, obtido como conclusão do curso correspondente ao nosso de graduação), tendo concluído seus estudos de pós-graduação (*post lauream*) na mesma Universidade, sob a orientação do professor Giorgio Marinucci e, também, junto ao **Max-Panck-Institut für ausländisches und internationales**

Direito Penal Bancário. Professor da Universidade de Pavia (Itália), tem dentre suas inúmeras produções jurídicas o trabalho publicado na *Rivista Trimestrale Di Diritto Penale Dell' Economia* (1994), sob o título *La Sanzione Amministrativa Come Moderno Strumento Di Lotta Alla Criminalità Economica*, pelo qual discorre a respeito da sanção administrativa como instrumento de combate às práticas ilícitas perpetradas contra o mercado econômico italiano. Paliero analisa os prós e os contras da sua utilização. Afirma que a criminalidade econômica apresenta pouca repercussão social na Itália, o que atinge fortemente a legitimação da intervenção estatal, principalmente por se dar mediante norma de natureza penal, acrescentando existir um desinteresse social geral pelas ações do Estado na repressão dos ilícitos em questão.

*Difetta, rispetto ai comportamenti economici devianti, l'identificazione della collettività nel paradigma della vittima: in quanto <modello consensuale>, la criminalizzazione dei comportamenti economici non attira consenso sociale, perché la loro 'etica' è largamente estranea al clima dei valori tradizionali, comuni all'intera società; in quanto, modello conflittuale>, non viene riconosciuta come tale, giacché i beneficiari della disciplina sanzionatoria non si identificano nel ruolo di vittima e sono pertanto disinteressati ai risultati dell'opzione sanzionatoria.*¹⁵⁹

Para o mestre italiano, a indicação da sanção administrativa para o controle dos comportamentos econômicos decorre de três fatores: o primeiro, dada a capacidade de atingir diretamente (pena pecuniária administrativa) ou indiretamente (revogação de licenças, autorizações, etc.), de modo rápido, tanto o indivíduo quanto a corporação econômica envolvida em práticas ilícitas; segundo, a natureza não estigmatizante das sanções administrativas, o que facilita a atuação das autoridades,

Strafrecht di Freiburg In Breisgau, na Alemanha, pelas mãos do professor Hans-Henrich Jescheck. Desde 1986 era titular da cátedra de Istituzioni di diritto penale e de Diritto penale, na **Università Degli Studi di Macerata**, a bela capital da província do Marche. Em 1989 é nomeado **professore ordinario** e é chamado para ocupar a cátedra de **Diritto penale na Università Degli di Pavia**." (DOLCE, Emilio; PALIERO, Carlo Enrico. **Direito penal bancário**. Tradução: Rodrigo Régnier Chemim Guimarães. Curitiba: Juruá, 2003. p.10).

¹⁵⁹PALIERO, Carlo Enrico. La Sanzione Amministrativa Come Moderno Strumento Di Lotta Alla Criminalità Economica. **Rivista Trimestrale Di Diritti Penale Dell'Economia**. Casa Editrice Dott. Antonio Milani - CEDAM, 1994. p.1.024.

dada, como foi dito, a pouca repercussão que tais ilícitos apresentam frente à sociedade italiana. A sanção administrativa "legitimaria", mais facilmente, a sua ação; e o terceiro fator, a nosso entender, seria a capacidade de otimização da efetividade das sanções administrativas, que apresentariam uma diminuição dos custos (diminuição ou eliminação) de operacionalização do sistema de controle. Reflete a respeito de alguns modelos proporcionais de pena pecuniária ou de confisco, que façam da sanção administrativa um instrumento economicamente vantajoso.

Suas conclusões, as quais nos permitimos interpretar, são de que em tema de correlação e aplicação de responsabilidades individuais e sociais, não há outro caminho que não seja projetar o olhar futurístico da utilização da sanção administrativa em matéria econômica. Este seria, obviamente, o terreno pelo qual ciência e legislação deverão trabalhar intensamente para dotar a Europa de um modelo sancionatório, perfeitamente homogeneizado e funcional aos interesses comuns.

O cenário que se apresenta quanto ao tema parece ser, exatamente, aquele da progressiva homogeneização entre Direito Penal e Direito Sancionatório Administrativo (não muito distante), até a sua fusão em um único regime legislativo, já conhecido na Europa como "ente de categoria autônoma": a nível ideal conceitual, marcadamente, pela doutrina alemã.

Acrescenta que, quando tratamos de sanções não privativas de liberdade, torna-se inevitável confundir os contornos entre esfera penal e administrativa sancionatória. A qualificação jurídica do sistema administrativo sancionatório se apresentaria quase sem diferenças com o sistema penal, mas depurado do estigma que acompanha aquele.

A responsabilidade da pessoa jurídica, com total superação do pensamento tradicional, será a pedra angular para a reconstrução do sistema sancionatório administrativo, o qual, nos anos 70 e 80, há se buscou regulamentar sem sucesso na Itália, de modo apressado.

Quanto ao Brasil, é nosso entendimento que não estamos preparados, bem como nosso sistema jurídico não se compatibiliza, dentre outros, com o Direito de Mera

Ordenação Social português. Ou dispomos de sanções administrativas ou de sanções penais. Não vislumbramos outra hipótese que não seja a utilização das sanções criminais e das sanções administrativas, no combate e prevenção da criminalidade.

Não dispomos de tribunais administrativos investidos de independência, como proposto por Goldschmidt. Nem o presente trabalho possui tal pretensão. O que buscamos, sim, é a aplicação da sanção administrativa por agências públicas eficientes. Diga-se, respeitantes dos direitos dos cidadãos, e que ajam na proteção dos bens jurídicos sociais.

A criação de sub-ramos do Direito Penal não se faz necessária. O que pretendemos, ao discorrer a respeito das inúmeras soluções encontradas por Estados estrangeiros, é demonstrar que a sanção administrativa é um instrumento efetivo de combate à criminalidade. E que podemos, respeitando o sistema jurídico pátrio, utilizá-la em favor da minimalização do Direito Penal.

Para tanto, depositamos na agência reguladora nossa confiança de bem cumprir a tarefa proposta.

3.2 AS SANÇÕES PENAL E ADMINISTRATIVA

Para tratarmos da sanção administrativa penal, devemos inicialmente nos referir às diferenças anotadas entre o ilícito penal (delito) e o ilícito administrativo (infração).

De início, gostaríamos de ressaltar a posição de Miguel Reale Júnior, citando Georges Dellis – que não é só sua, mas de muitos outros doutrinadores nacionais –, que vê o Direito punitivo como cada vez mais único, não havendo diferença essencial entre o ilícito penal e o ilícito administrativo. Assim, para o citado autor a diferença entre o Direito Penal e o Direito Administrativo sancionador é fruto de política legislativa.

Indo à frente, e partindo da constatação mais elementar, cabe-nos dizer que as sanções administrativas são processadas perante a autoridade administrativa, e as

infrações penais se processam perante a autoridade judicial. A primeira, nos termos do processo administrativo, e a segunda de acordo com os Códigos Penal e de Processo Penal.

As sanções administrativas apresentam finalidade punitiva. Punem condutas violadoras de normas protetoras de bens relacionados com a ordem social. Buscam ordenar os comportamentos sociais, reduzindo ao máximo os conflitos.

Como definido por Celso Antônio Bandeira de Mello:

A sanção administrativa é a providência gravosa prevista em caso de incursão de alguém em uma infração administrativa cuja imposição é de alçada da própria Administração. Isto não significa, entretanto, que a aplicação da sanção, isto é, sua concreta efetivação, possa sempre se efetuar por obra da própria Administração. Com efeito em muitos casos, se não for espontaneamente atendida, será necessário recorrer à via judicial para efetivá-la, como ocorre, por exemplo, com uma multa, a qual, se não for paga, só poderá ser judicialmente cobrada.¹⁶⁰

Nesse mesmo passo define Osório:

Consiste a sanção administrativa, portanto, em um mal ou castigo, com alcance geral e potencialmente pro futuro, imposto pela Administração Pública, materialmente considerada, pelo Judiciário, ou por corporações de direito público, a um administrado, agente público, indivíduo ou pessoa jurídica sujeitos ou não a especiais relações e sujeição com o Estado, como conseqüências de uma conduta ilegal, tipificada em norma proibitiva, com uma finalidade repressora ou disciplinar, no âmbito de aplicação formal e material do Direito Administrativo.¹⁶¹

Ao contrário das sanções penais, de aplicação jurisdicional, as sanções administrativas sancionam comportamentos socialmente reprováveis, mas que não apresentam grau de intolerância atribuído às causas penais.

¹⁶⁰BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de direito administrativo**. 17.ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2004. p.744.

¹⁶¹OSÓRIO, op. cit., p.80.

Para Daniel Ferreira: "Ainda assim, como ambos os ilícitos, após cabalmente demonstrados, tendem à aplicação de sanções consoante uma principiologia mínima, mais ou menos uniforme, é de se buscar neles diferenças relevantes, objetivando apartar ou unificar o regime jurídico aplicável".¹⁶²

Segue afirmando que a constatação das diferenças entre o delito e a infração, ou seja, entre a pena e a sanção administrativa, leva ao reconhecimento da inexistência de um direito penal administrativo ou direito administrativo penal, e da existência de um direito administrativo sancionador.

Demais disso, quatro são os elementos fundamentais: a autoridade administrativa (elemento subjetivo); o efeito aflitivo da medida em que se exterioriza (elemento objetivo – com privação de direitos e imposição de deveres); a finalidade repressora; e a natureza administrativa procedimental.

Cabendo ao Direito Administrativo, em um primeiro plano, dispor a respeito da responsabilidade por atos ilícitos, cabe à autoridade executiva competente a adoção das medidas necessárias à imposição da pena pertinente.

Na realidade, a circunstância de ser a ilicitude penal um gênero dentro do qual encontramos delitos e contravenções vem gerando questionamentos a respeito de existir distinções ontológicas entre ambas.

Como já referido antes, para Goldschmidt, entre delitos criminais e infrações administrativas existem diferenças não meramente quantitativas, mas sim, e essencialmente, qualitativas, ontológicas, a saber: os delitos penais estão referidos a valores de justiça, ao passo que as infrações administrativas estão relacionadas a valores de bem-estar público; a infração administrativa seria o dever de obediência aos mandamentos na área do interesse administrativo; a pena criminal apresentaria sentido ético, ao passo que a infração administrativa tem a ver com a ordem, sem apresentar caráter preventivo especial; e os princípios penais, *nullum crimen, nulla poena sine lege* e a retroatividade da lei mais benigna, não teriam relação com as contravenções.

¹⁶²FERREIRA, op. cit., p.53.

Sendo assim, delitos atacariam direitos subjetivos individualizados, e o Direito Administrativo sancionador buscaria a proteção do interesse administrativo. Ou seja, estaríamos a diferenciar direitos subjetivos e interesses. Mas, nas palavras de Jhering, o que são direitos subjetivos senão interesses juridicamente protegidos?

Segundo Fábio Medina Osório:

Sem embargo, sabe-se que o próprio direito penal contém infrações que não se reportam a normas de cultura claramente estabelecidas, tanto que o conhecimento potencial da ilicitude é construído a partir da exigência de que o agente, no desempenhar determinadas atividades, se informe adequadamente. O certo é que, ademais, como diz Suay Rincón, os ilícitos administrativos estão, à semelhança do que ocorre com os ilícitos penais, a serviço de valores substantivos. Não me parece razoável distinguir normas penais de normas administrativas a partir de valores tutelados ou da imoralidade inerente a umas ou outras infrações. Valores éticos podem e devem ser protegidos pelo Direito Administrativo. Inexiste óbice nesse sentido. Basta que a presença reguladora ou sancionadora do Estado seja reclamada pela realidade social.¹⁶³

Na comparação dos elementos entre as infrações penais e administrativas é possível constatar enorme identidade entre seus elementos. Tanto é assim que o ilícito que hoje é penal amanhã pode ser administrativo, ou vice-versa.

Desse modo, nada pode indicar que se adotarmos o caminho da descriminalização estaremos enfraquecendo as hipóteses de atuação do Estado. E, se isto ocorrer, podemos voltar ao Direito Penal. O que devemos, sim, é tentar livrá-lo da maior quantidade possível de tipos incriminadores.

Mais do que isso, nem toda sanção penal parece efetivamente sê-lo. Que o digam as penas de multa, claramente "atípicas", particularmente ante a sua impossibilidade de conversão em pena privativa de liberdade. De outra parte, vemos a "multa administrativa", que, para o leigo, não passaria de dívida de natureza civil.

Andreas Eisele, ao tratar dos Crimes Contra a Ordem Tributária, afirma que a finalidade da sanção penal diverge da administrativa, visto que esta se presta a coagir o agente no sentido de observar o cumprimento da obrigação inadimplida, a

¹⁶³OSÓRIO, op. cit., p.104.

exemplo dos tributos. Ao destacar as diferenças entre as sanções cominadas aos ilícitos penais e administrativos, consigna

que a sanção penal é repressiva, em tese, pois destina-se à proteção dos bens jurídicos; punitiva na finalidade, eis que visa à prevenção geral e individual; e corporal na sua natureza, porque atinge diretamente a pessoa do agente; a sanção administrativa, por seu turno, é coercitiva, em tese, pois pretende garantir a observância da legislação tributária e conseqüente arrecadação; compensatória na finalidade, eis que visa à reparação do dano (amplamente considerado); e patrimonial na sua natureza, atingindo apenas o patrimônio do agente.¹⁶⁴

Estes seriam os motivos pelos quais a sanção penal é preponderantemente privativa de liberdade, ao passo que a sanção administrativa, em princípio, apresenta-se patrimonial. As mesmas não se compensam, e a satisfação de uma não implica a da outra.

Ora, onde estaria o caráter preventivo individual nos Crimes Contra a Ordem Tributária? A nosso ver, prejudicada. As pessoas que praticam tais condutas absolutamente reprováveis a princípio não se encontram fora do contexto social. Não são indivíduos que precisem de ressocialização, como dito pelo professor Carlo Paliero. Ou seja, a pena é aplicada com o intuito de retribuir, retaliar. Assim, perguntamos: será que podemos verificar maior castigo do que intervir no patrimônio do indivíduo autor de crime tributário? Sem dúvida alguma, trata-se de uma bela retribuição, que pode ser aplicada eficazmente pelo Direito Administrativo.

De outra parte, não estamos sugerindo a administrativização do Direito Penal. Nas hipóteses em que se apresente imprescindível, é inquestionável sua intervenção. Naquelas em que possa ausentar-se, usemos o Direito Administrativo, como anteparo a sua utilização. E nas que, infelizmente, tivermos que conjugar suas ações, que o seja.

¹⁶⁴EISELE, Andrés. **Crimes contra a ordem tributária**. São Paulo: Dialética, 1998. p.80-81.

Assim, reiteramos a posição de que o Direito Administrativo sancionador não apresenta diferenciações ontológicas com o Direito Penal, sendo tarefa do legislador, sob critério axiológico, estabelecer os limites e qual a autonomia do mesmo.

Isto não significa que não acreditemos na sua existência, mas sim que ao legislador caberá definir em quais situações se dará a sua aplicação. Tudo isso, levando em consideração as peculiaridades do sistema jurídico brasileiro.

Por último, se pretendemos utilizar-nos de sanções administrativas de natureza penal no combate da criminalidade, estas deverão observar os princípios que norteiam o Direito Penal, sobre os quais nos reportamos a seguir.

3.3 PRINCÍPIOS APLICÁVEIS ÀS SANÇÕES ADMINISTRATIVAS

Não são poucos os doutrinadores pátrios que refutam a necessidade da observância, por parte das sanções administrativas, dos princípios consagrados pelo Direito Penal. Talvez, por não vislumbrarem a utilização das mesmas como normas administrativas sancionatórias de natureza praticamente idêntica à das sanções de natureza penal não privativa da liberdade. Mesmo assim, não descarta-se a necessária observância dos princípios que protegem o sujeito sancionado administrativamente. Como afirma Daniel Ferreira:

O que não se pode logicamente negar, pois, é a existência de um mínimo regime jurídico sancionador, afeto à própria Teoria Geral do Direito e à noção de *função pública*, através do qual, independentemente da natureza da sanção (penal ou administrativa), reconhecem-se alguns princípios como sendo de cogente aplicação. Tais princípios, representativos de normas comuns à atividade punitiva do Estado – seja na esfera judicial, seja na esfera administrativa –, estão dispostos no art. 5.º da Constituição da República.¹⁶⁵

De fato, há que se reconhecer que não podemos falar em *ius puniendi* sem a observância ao direito constitucional limitador, disposto para todo o Direito, qualquer que seja o ramo a exercer a pretensão punitiva.

¹⁶⁵FERREIRA, op. cit., p.86.

Neste sentido, ensina Luciano da Silva Amaro:

...não custa lembrar que os princípios que normalmente informam a aplicação das sanções no direito penal são intocáveis também no âmbito da sanção administrativa. O princípio da legalidade, o princípio do *in dubio pro reo*, a retroatividade benigna, o princípio do devido processo legal, esse feixe de princípios, sem cujo respeito não se pode validamente aplicar a sanção penal, é igualmente imperioso no campo da aplicação das sanções administrativas. Alguma divergência se põe no capítulo do elemento subjetivo, (...). Mas esta característica não tira da sanção administrativa o caráter de uma norma de exceção, de uma norma que deve ter aplicação restrita e que deve ser atenta aos princípios que informam o direito penal: (...); ou seja, não é porque a sanção administrativa é menos severa do que a sanção penal que ela não se deva submeter a esse feixe de princípios que informam a sanção penal.¹⁶⁶

Ou seja, princípios como o *nullun crimen sine lege* e a *nulla poena sine lege* devem correspondência também no *direito sancionatório administrativo*. De outra parte, também não se admite a aplicação de qualquer sanção administrativa que não esteja prevista em lei. A natureza do ilícito e dos tipos de sanções, bem como os seus limites, além das regras gerais do respectivo processo, devem estar previstos.

O princípio da proibição da aplicação retroativa da lei mais desfavorável também há de valer para a sanção administrativa. Não se poderá qualificar como ilícito administrativo fato passado, nem tampouco aplicar-lhe sanções mais graves.

Deve-se, igualmente, observar o direito de ampla defesa e o contraditório. Ademais, a todo aquele a quem se for aplicar uma sanção administrativa se concederá o direito de ser ouvido e se pronunciar sobre ela.

Em linha oposta, encontramos muitos doutrinadores¹⁶⁷ que não admitem a aplicação, por parte do Direito Administrativo, de princípios outros que não os estritamente necessários à aplicação de sanções administrativas. Estariam além do

¹⁶⁶AMARO, Luciano da Silva. *Infrações tributárias*. **Revista de Direito Tributário**, São Paulo, n.67, p.29-30, 1994.

¹⁶⁷Logo, não é de se reportar em nível administrativo, nem por analogia, ao princípio penal *nullum crimen, nulla poena sine lege*, pois além de desnecessário, logicamente proibido. Também neste rumo o *in dubio pro reo* (FERREIRA, op. cit., p.88).

Direito Administrativo princípios como o *in dubio pro reo*, a legalidade e o *nullum crime, nulla poena sine lege*.

Egon Bockmann Moreira, ao discorrer a respeito do processo administrativo no Direito brasileiro, afirma que o Estado, além de observar os princípios gerais do Direito Administrativo (*legalidade, isonomia, moralidade, publicidade, responsabilidade e eficiência*), inerente ao Estado Democrático de Direito, deve, igualmente, ater-se aos princípios clássicos da Teoria Geral do Processo: *devido processo legal, contraditório e ampla defesa*. Ressalta que a Administração não deve se restringir aos mesmos, observando, ainda, os princípios do *formalismo moderado, da gratuidade, da impessoalidade, do juiz natural, da oficialidade e da revisibilidade*.

Se vivemos em um Estado Democrático e Social de Direito, não podemos admitir a falta de lei formal à aplicação de toda e qualquer punição.

De outra parte, Romeu Felipe Bacellar Filho, ao tratar do processo da aplicação de sanções administrativas pela Administração, deixa claro que esta obedece a uma disciplina interna e tem no processo administrativo o instrumento de verificação e aplicação de sanções administrativas. Afirma:

No processo administrativo, a garantia de *status* ativo aos que litigam (com ou perante a Administração) ou são acusados (pela Administração) deixa claro que o contraditório e a ampla defesa, nestes processos, não são menos significativos do que aqueles garantidos no processo judicial. Pelo contrário, o *status activus processualis* corresponde à própria garantia dos direitos fundamentais. Não há justificativa para pretender a realização dos direitos fundamentais no processo judicial em detrimento do administrativo, ou vice-versa.¹⁶⁸

Aqui nos permitimos fazer um parêntese. A descriminalização penal não pode vir seguida de insegurança administrativa. Se pretendemos alcançar a substituição equilibrada de tipos penais por tipos administrativos, não podemos conceber que o instrumento para tal minimização, a sanção administrativa, não venha acompanhada dos princípios garantidores de um sistema jurídico sancionador.

¹⁶⁸BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Processo administrativo disciplinar**. 2.ed. São Paulo. Max Limonad, 2003. p.76.

Assim manifesta-se Marçal Justen Filho, a discorrer a respeito da Lei n.º 9.784/99:

A Lei de Processo Administrativo torna explícitos princípios cuja incidência deriva diretamente da própria Constituição. Isso produz uma situação muito peculiar. A Lei n.º 9784 disciplina o tema do processo administrativo no âmbito federal. Portanto, poderia dizer-se que o diploma não afetaria as demais órbitas federativas, titulares de competência privativa para dispor sobre o tema no seu próprio âmbito. Ocorre que a Lei n.º 9784 torna evidentes certos postulados de natureza constitucional, de observância obrigatória em toda e qualquer atividade administrativa. Logo, os princípios constitucionais explicitados através da Lei n.º 9.784 não podem deixar de ser respeitados pelos demais entes federais: não porque esse diploma tenha natureza de lei complementar, nem porque veicule 'normas gerais', mas por ser essa a única alternativa compatível com a Constituição. Sob esse ângulo, o aplicador (em qualquer segmento da Federação) encontra na Lei n.º 9784 uma espécie de 'confirmação' do conteúdo da Constituição. As regras meramente procedimentais, porém, retratam o poder de auto-organização atribuído a todo e qualquer ente federativo.¹⁶⁹

Ou seja, muito embora o Direito Penal e o Direito Administrativo possuam contornos próprios, regimes jurídicos peculiares, suas diferenças não podem transpor os princípios de direito público.

Não poderia ser de outra forma. Se buscamos a descriminalização de condutas penais, não podemos nos limitar a pensar as sanções administrativas como instrumento de interesse da Administração, para boa gestão do próprio contexto administrativo (constituídas pela não-observância das obrigações positivas decorrentes da vida em sociedade), mas sim como um mecanismo preventivo de comportamentos comissivos declarados em lei, e aplicados com total observância dos princípios conformadores do Estado Democrático de Direito¹⁷⁰.

¹⁶⁹JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**. 7.ed. São Paulo: Dialética, 2000. p.91-92.

¹⁷⁰"Compete ao princípio do devido processo legal garantir ao administrado acusado o direito de contraditar, processual e materialmente, toda e qualquer atuação estatal tendente a despojá-lo de sua liberdade ou de seus bens, isto é, de tudo o que efetivamente a Constituição Federal vigente tratou de socorrer sob o manto dos 'direitos e garantias individuais' (...) Somente afigura-se como válido o ato administrativo sancionador que imponha a sanção, determinada em lei (ou, ao menos, previamente indicada no regulamento, dentre as juridicamente autorizadas), para o respectivo ilícito, como definido em lei (e, conforme o caso, melhor discriminado em regulamento)." (FERREIRA, op. cit., p.192-196).

3.4 AS SANÇÕES ADMINISTRATIVAS E AS LEIS PENAIS

O Estado conta com dois caminhos importantes à punição dos indivíduos: o caminho das sanções penais e o caminho das sanções administrativas, ambos contando com idêntica origem constitucional, submetendo-se a idênticos princípios constitucionais que regem o poder punitivo estatal.

Não são poucas as oportunidades em que esses caminhos se misturam em uma única lei, que traz em seu bojo normas penais e administrativas. Referida prática legislativa pode representar o desconhecimento da melhor técnica por parte do legislador ou, como já dito, a permanente tendência de se criminalizar fatos ilícitos, como bem afirma Ivan Firmino Santiago da Silva:

um fenômeno, que tem se manifestado com bastante intensidade atualmente, vem sendo objeto da percepção de alguns doutrinadores, ao constatarem que a escolha da via penal ou administrativa, para a proteção do bem jurídico, distante está da importância que é atribuída a este. É sabido que o recurso da criminalização de certa conduta atende à importância que é dada ao bem jurídico, que se visa proteger da lesão, ou perigo de lesão, que tal conduta pode causar. Isto se dá, pois o Direito Penal é aquele que mais gravemente pode punir quem comete uma infração. Sendo assim, se a um bem é entendido caber um valor tão profundo, ao Direito Penal é que se deveria recorrer.¹⁷¹

O que observamos, claramente, é a tutela de idênticos bens jurídicos tanto pelo Direito Administrativo quanto pelo Direito Penal.

O Código de Trânsito Nacional e a Lei dos Crimes Ambientais são claros exemplos da criminalização de normas administrativas. Diz o professor René Ariel Dotti, ao comentar o Código de Trânsito brasileiro:

Não parece adequado trazer para o contexto de uma lei criminal toda a imensa gama de normas administrativas, assim como ocorre com a Lei n.º 9.503/97 (Código de Trânsito Brasileiro). Mas é necessário que um diploma dessa natureza, de grande repercussão social e com o objetivo principal de prevenir os genocídios nas estradas, seja melhor redigido para superar não somente as graves deficiências técnicas já apontadas pelos comentadores e os tribunais como também para resolver questões abertas no âmbito penal e processual penal.¹⁷²

¹⁷¹SILVA, I. F. S. da, op. cit.

¹⁷²DOTTI, **Proposta...**, op. cit., p.16.

De idêntica forma procedeu a Lei n.º 9.605/98, ao dispor a respeito dos crimes contra o meio ambiente. Numa mesma lei estabeleceu sanções penais e administrativas às práticas lesivas ao meio ambiente.

Demais disso, diversos ramos do Direito, por inúmeras vezes, protegem o mesmo bem jurídico. O que o fazem de forma menos severa que a sanção penal.

Da análise de alguns diplomas legais, difícil fica o entendimento da natureza da norma em questão, face o bem jurídico que se tutela e a gravidade da sanção que se impõe. Disto são exemplos: a Lei 8.884/94, que em seus artigos 20 e 21, prevê as condutas ditas ilícitas por serem lesivas à ordem econômica e à livre concorrência, e nos artigos 23 e 25, as penas cominadas. Quanto ao bem jurídico protegido, esse, de igual forma, encontra amparo na Lei 8.137/90, no seu artigo 4.º, lei de gravidade indiscutível, sendo de se questionar o porquê de sua aplicação pelo Direito Administrativo? Configuraria esse caso hipótese de uma norma de natureza híbrida, penal e administrativa?¹⁷³

A Lei ambiental nacional previu a punição da pessoa jurídica. Sendo óbvio que esta não poderá cumprir pena de reclusão, limitando-se a sofrer as demais penas previstas no artigo 21, da Lei n.º 9.605/98, quais sejam: I - multa; II - restritiva de direitos; III - prestação de serviços à comunidade, não entendemos o porquê da tal criminalização.

Conforme discorre Greco, a princípio nos sentimos tentados a impor sanção de ordem penal à referida pessoa jurídica, dada a repercussão e a gravidade de suas ações ao meio ambiente. Mas não podemos formar outra convicção que não seja a de que o princípio da intervenção mínima, sob a "vertente da subsidiariedade", foi absolutamente violado.

¹⁷³SILVA, I. F. S. da, op. cit.

Continua o autor:

Em muitas situações o Direito Administrativo demonstrará, inclusive, força superior ao próprio Direito Penal, dada a sua pronta eficácia. O poder de polícia, que é inerente ao Estado, faz com que o Direito Administrativo resolva situações conflituosas com muito mais rapidez do que o Direito Penal. (...) Vejamos a hipótese da criação de tipos penais incriminadores pela Lei n.º 9.605/98 que, em tese, podem ser praticados pelas pessoas jurídicas. O *caput* do art. 54 do mencionado diploma legal proíbe a conduta de "causar poluição de qualquer natureza em níveis tais que resultem ou possam resultar em danos à saúde humana, ou que provoquem a mortandade de animais ou a destruição significativa da flora", punindo o infrator, se pessoa física, com uma pena de reclusão que varia entre um e quatro anos, e multa.¹⁷⁴

É certo que o Direito Administrativo, através de seu poder de polícia, tem melhores condições de, com muito maior rapidez e eficácia, defender o meio ambiente, sem a ação do Direito Penal. Mais do que isso, como já mencionamos, com a real capacidade de prevenir maiores danos. De nada vale a punição tardia, quando a floresta estiver totalmente devastada. "Caso o Direito Penal seja convocado a proteger o meio ambiente, como acontece no Brasil, para que possamos chegar à aplicação de multas ou mesmo à interdição da atividade praticada pela pessoa jurídica, precisaremos recorrer ao *due process of law*, com o necessário contraditório, ampla defesa etc., para, somente após esgotadas todas as vias, chegarmos à determinação de uma sanção."¹⁷⁵

Neste mesmo passo é o pensamento do professor português Fernando Alves Correia, citado por Toshio Mukai, na obra *Direito Penal Sistematizado*, ao se referir ao princípio da prevenção no Direito Ambiental:

Pode ser visto como um quadro orientador de qualquer política moderna do ambiente. Significa que deve ser dada prioridade às medidas que evitem o nascimento de atentados ao meio ambiente. Utilizando os termos da alínea a do art. 3.º da Lei de Bases do Ambiente, as atuações com efeitos imediatos ou a prazo no ambiente devem ser consideradas de forma antecipada, reduzindo ou eliminando as causas, prioritariamente à correção dos efeitos dessas ações ou atividades suscetíveis de alterarem a qualidade do ambiente.¹⁷⁶

¹⁷⁴GRECO, op. cit., p.84-85.

¹⁷⁵GRECO, op. cit., p.87.

¹⁷⁶CORREIA, Fernando Alves. O plano urbanístico e o princípio da igualdade. Coimbra: Almedina, 1989. Apud MUKAI, Toshio. **Direito ambiental sistematizado**. 4.ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004. p.37-38.

Os tribunais portugueses vêm reconhecendo o direito ao meio ambiente como um direito de personalidade, e seus infratores vêm sofrendo severas sanções de natureza não-penal, como a suspensão da atividade industrial.

No Brasil, a Lei n.º 6.938/81, que dispôs da Política Nacional do Meio Ambiente, determina a adoção de providências e ações que previnam o dano ambiental. Aqui, mais uma vez, mostra-se a importância da atuação eficaz e previdente.

De outra parte, Juarez Cirino dos Santos, em trabalho intitulado *A Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica*, formula considerações precisas a respeito da inconstitucionalidade de tal previsão por parte da Lei n.º 9.605/98:

A questão da responsabilidade da pessoa jurídica no Brasil tem origem em duas normas constitucionais, sobre as quais constitucionalistas e ambientalistas, de um lado, e especialistas em direito penal, de outro, possuem interpretações antagônicas. Em primeiro lugar, a norma do art. 173, § 5.º determina ao legislador ordinário instituir a responsabilidade da pessoa jurídica (sem prejuízo da responsabilidade individual de seus dirigentes) por atos contra a ordem econômica e financeira e contra a economia popular. Os constitucionalistas afirmam que onde a Constituição fala de responsabilidade quer dizer, na verdade, responsabilidade penal da pessoa jurídica, por causa da referência sobre 'punições compatíveis com sua natureza'. Ao contrário, os penalistas afirmam que se a Constituição fala de responsabilidade quer dizer, simplesmente, responsabilidade, sem adjetivos, porque a atribuição geral (responsabilidade) não implica a atribuição especial (responsabilidade penal) e o conceito de 'punição' não exclusivo do direito penal, abrangendo, também, sanções administrativas, com fins retributivos e preventivos semelhantes às sanções penais e, às vezes – como no caso das multas administrativas da Lei 9.605/98 –, com poder afliitivo superior às penas criminais substituídas por penas restritivas de direito, ou com início de execução em regime aberto. Enfim, responsabilidade da pessoa jurídica (e de pessoas físicas) tem por objetivo atos contra a ordem econômica e financeira e contra a economia popular, exclusivamente: não inclui o meio ambiente, ainda que sua defesa seja princípio geral da atividade econômica (art. 170, VI, CF) – como pretendem alguns constitucionalistas –, porque então deveria incluir, também, a propriedade privada, a livre concorrência, a defesa do consumidor, etc., igualmente princípios gerais da atividade econômica (art. 170, III, IV, V, CF), o que seria absurdo.¹⁷⁷

Poderíamos acreditar que a Constituição Federal de 1988 teria inadvertidamente excluído da incidência penal as pessoas jurídicas praticantes de atos contra o meio ambiente – tema da maior relevância social? É óbvio que não.

¹⁷⁷SANTOS, Juarez Cirino dos. **A responsabilidade penal da pessoa jurídica**. Disponível em: <http://www.e-juridico.com.br/noticias/exibe_noticia.asp?grupo=5&codigo=3190>. Acesso em: 28 dez. 2004.

A Constituição Federal deixou a cargo das penalidades administrativas-penais, aplicadas pelos órgãos públicos encarregados da fiscalização, combate e proteção do meio ambiente, à proteção da sua manutenção. Fez isto por considerar a forma mais eficiente de proteger a sua integridade, interrompendo rapidamente as ações praticadas em seu detrimento.

Dadas as características do *poder de polícia* do Direito Administrativo, a saber: a) presunção de legitimidade; b) imperatividade; c) exigibilidade; e d) excoutoriedade – esta última, particularmente, em razão de sua capacidade de compelir o administrado, sem necessidade de socorrer-se das vias judiciais à imposição e cumprimento de ordem dirigida, isto faz do Direito Administrativo o instrumento mais efetivo na cessação da atividade danosa, garantindo-se o bem jurídico posto em risco.

Demais disso, como admitir-se a responsabilização penal sem culpa, visto ser absolutamente impossível a previsão da culpa da pessoa jurídica? Roger Merle e André Vitu, mencionados por Sérgio Salomão Shecaira, pensam de forma diferente. Para ambos, a pessoa jurídica apresenta vontade própria, que é decorrente da vontade de cada um de seus membros.

Outra solução que podemos apresentar é a alemã, quanto às infrações de ordem econômica. Tanto a Lei de Direito Econômico de 1949, quanto a Lei de 1952, efetuaram definição tripartida: delitos (sanção penal); infrações (multa administrativa); e atos mistos (reprimidos com pena ou multa). Assim, não temos dúvida de que a proposta de estabelecer uma terceira figura demonstra a total falta de diferenciação entre o delito e a infração.

Trata-se de opção legislativa de conjugação de preceitos administrativos e penais, sobre os quais acima nos referimos.

É oportuno reiterar que, em muitos casos, com muito mais eficiência, podemos reprimir e sancionar ações ilícitas, mediante a aplicação de sanções de cunho administrativo. Particularmente nos ilícitos relacionados ao meio ambiente, quando será muito mais forte e rápido, como já mencionado, o exercício do poder de polícia, para inibir eventuais danos. Neste particular, sendo impossível aplicar à

pessoa jurídica pena privativa de liberdade, todas as demais sanções podem ser aplicadas, na esfera administrativa.

Sanções administrativas tais como: a multa, a perda ou restrição de incentivos e benefícios fiscais concedidos pelo poder público, a perda ou suspensão de participação em linhas de crédito, a suspensão ou redução da atividade, além das já conhecidas, embargo de obras, da atividade junto aos mercados (de capitais, econômico, etc.), a interdição da atividade e o fechamento do estabelecimento, são meios imprescindíveis à aplicação do poder de polícia do Estado, e devem se dar, provisoriamente, nos limites necessários à interrupção da prática lesiva, e, após o devido processo administrativo, de modo definitivo, à manutenção e proteção dos interesses da sociedade.

Conforme Paulo de Souza Queiroz:

Daí por que, para exemplificar, à pretensão de agravar, por exemplo, dos 'crimes de trânsito', há de se preferir e preceder, necessariamente, o construir obras de engenharia de tráfego; há de submeter os condutores de veículos à revisão e provação, periódicas, de habilidade e reflexos para dirigir; há de moralizar, em nome da segurança do tráfego, os órgãos incumbidos dessa função; há de celerizar, diversificar e adequar as sanções administrativas às violações correspondentes. A repressão de danos contra a natureza há de ser racionalmente precedida da criação de reservas e parques ecológicos, do policiamento constante dos agentes responsáveis por tais infrações; há de estruturar os órgãos incumbidos desse mister.¹⁷⁸

Ou seja, devemos dispor dos instrumentos de ordem administrativa, sejam operacionais ou materiais, sejam sanções de ordem direta, que impeçam a ocorrência, quando não consigam interromper os atos ilícitos.

Ora, valorizemos a eficiência!!! Usemos do Direito Penal onde atue com eficiência. Demos destaque ao Direito Administrativo quando razoável. Usemos de agências públicas eficientes, capazes de prevenir o ato penal, evitar o dano social, a destruição da natureza, etc.

¹⁷⁸QUEIROZ, op. cit., p.68.

Anabela Miranda Rodrigues, professora da Faculdade de Direito da Universidade Coimbra, em seu trabalho *Direito Penal do Ambiente. Uma Aproximação ao Novo Direito Penal Português (O Crime de Poluição)*, sintetiza com maestria o pensamento de eficiência que defendemos. Ressaltamos que suas considerações são compatíveis com o Direito de Mera Ordenação do Direito português, o que não nos impede de pensarmos a sua validade no modelo de Direito Administrativo sancionador que vivemos no Brasil:

O que se observa, entretanto, é que o direito ambiental faz em larga medida parte do direito administrativo. E cremos que há razões válidas para que assim seja. Duma maneira geral, esta convicção liga-se ao facto de que trataremos a propósito da natureza jurídica dos crimes ecológicos de pensarmos que a protecção penal do ambiente não deve fazer-se de modo a que esta se configure como uma ordem de protecção totalmente autónoma. Uma política criminal eficaz em matéria de controle de atentados ao ambiente pressupõe mesmo uma regulamentação coerente, integrada e sistemática da matéria no plano jurídico-administrativo. As razões que justificam a idéia que a ordem jurídico-administrativa é a que se encontra melhor colocada para responder ao objectivo de prevenção no domínio ambiental dizem respeito, desde logo, ao facto de esta ordem ser a que se encontra mais próximo e mais estreitamente ligada aos agentes poluidores mais perigosos. Depois, o legislador administrativo, pela facilidade de emitir normas, pela sua proximidade com os processos e os progressos tecnológicos, pela atenção que é obrigado a prestar aos avanços e mudanças técnicas...¹⁷⁹

Por fim, acrescentemos que o Direito Administrativo é o direito da mobilidade e da adequação rápida, ao passo que o Direito Penal tende à permanência e à imutabilidade.

3.5 AS AGÊNCIAS REGULADORAS NOS DIREITOS NORTE-AMERICANO E EUROPEU

Como a doutrina enfatiza, a agência reguladora é fruto da história norte-americana. Como anuncia Marçal Justen Filho:

¹⁷⁹RODRIGUES, Anabela Miranda. **Direito penal do ambiente**: uma aproximação ao novo direito português (O crime de poluição). Disponível em: <http://www.diramb.gov.pt/data/basedoc/txt_D_9279_1_ooo1.htm>. Acesso em: 07 dez. 2004. p.2-3.

Desde os primórdios da Independência, já se configurava que a atividade administrativa desenvolvia-se através de organizações assim denominadas. Um dos autores norte-americanos mais conhecidos afirma que agências existem no Direito norte-americano 'simplesmente porque nós sempre as tivemos'. (...) Talvez fosse mais adequado destacar que a tradição jurídica anglo-saxã sempre comportou a intervenção regulatória estatal, o que importou o desenvolvimento de inúmeras instituições titulares de competência para produzir atos com efeitos normativos gerais e individuais. Essa tradição herdada do regime britânico deu origem, após a independência norte-americana, ao surgimento de órgãos administrativos que passaram a ser identificados como agências.¹⁸⁰

O Direito britânico já conhecia a figura da denominada "agency", o que para nós seria similar ao instituto da representação, através do qual um sujeito ("agent") desenvolve atividade em favor de outro (o "principal").

Aqui nos cabe abrir parêntese relevante. Muito embora o Direito norte-americano tenha suas origens na *common law* britânica, e esta, por sua vez, tenha vivenciado as acima mencionadas "agencies", a verdade é que o desenvolvimento das agências reguladoras no sistema jurídico britânico deu-se de modo bem menos expressivo do que ocorreu nos Estados Unidos. Somente a partir dos anos 80, com o Partido Conservador, iniciou-se o ciclo de reformas que reduziu a forte intervenção direta do Estado britânico no domínio econômico.

A experiência britânica viveu um início de século XIX com forte tendência a um modelo centralizado. Foi apenas com o fim da Segunda Guerra Mundial que surgiram as agências autônomas à fiscalização de empresas e monopólio público de atividade social.

O sistema de agências britânico não é fruto de "critérios de pura lógica dedutiva, refletida numa organização normativa de configuração sistêmica"¹⁸¹, mas sim formado ao longo dos anos, sob a influência dos mais diversos fatores.

Demais disso, não há na estrutura organizacional formal de Poderes do Reino Unido precisão na identificação das atribuições que competem ao Poder

¹⁸⁰JUSTEN FILHO, Marçal. **O direito das agências reguladoras independentes**. São Paulo: Dialética, 2002. p.55.

¹⁸¹JUSTEN FILHO, **O direito...**, op. cit., p.131-132.

Executivo. Não existe único ente que reúna a competência do que corresponderia ao Poder Executivo.

Não fosse o bastante, observamos a chamada *Henry VIII Clause*, instituto que autoriza a delegação do legiferante do Parlamento, em favor de um único ministro de Estado, para que revise a legislação a respeito de determinada matéria. Assim, pulveriza-se a atribuição de legislar, e dificulta-se a sua delegação, quando não se corre o risco de dupla normatização delegada.

Dentre as inúmeras agências inglesas, citamos: a Civil Aviation Authority, a Manpower Services Commission, a Health and Safety Commission, a Commission of Racial Equality e o Committee for the Safety of Medicines. De comitês de segurança de remédios a comissões para a igualdade racial, passando por comissões de competição (Competition Commission), o Estado britânico atua no controle e fiscalização do mercado da livre concorrência, na garantia da igualdade de raças e na qualidade de produtos e serviços, dentre outros setores.

Já a França, por se tratar de Estado Unitário, estrutura-se em torno de uma figura de poder central. "A estrutura do Estado francês foi influenciada – tal como se passou com todos os demais Estados ocidentais – pela teoria da tripartição de poderes de Montesquieu. No entanto, a evolução jurídica conduziu a uma configuração própria e específica, peculiar às circunstâncias francesas."¹⁸²

Inúmeras são as peculiaridades do sistema francês, todas decorrentes da ortodoxa e rigorosa separação dos poderes que formam o Estado. Duas delas têm repercussão na atuação das agências: 1) contencioso administrativo (o juiz não deve julgar atos da administração); e 2) o Conselho Constitucional (o juiz não dispõe de poderes para revisar atos oriundos do Poder Legislativo).

¹⁸²JUSTEN FILHO, **O direito...**, op. cit., p.159.

Assim, o Executivo francês é a Administração Pública por excelência.¹⁸³

Surgem as chamadas "autoridades administrativas independentes": *Commission bancaire* (Comissão Bancária), *Commission de controle des assurances* (Comissão de Seguros), *Commission de la sécurité des consommateurs* (Comissão da Segurança dos Consumidores) e o *Conseil de discipline de la gestion financière* (Conselho de Disciplina da Gestão Financeira).

Tais "autoridades" apresentam-se sob três categorias: as que dispõem de poderes de "regulação para disciplinar a atuação dos agentes socioeconômicos, as que são relacionadas a disciplinar a informação e a comunicação e as de defesa dos interesses dos administrados". Para tanto, contam com poderes de investigação, expedição de recomendações, além de poder regulamentar restrito, de cunho acessório e impedido da produção de regulamentos autônomos.

Na Itália, também observamos a figura das "autoridades administrativas independentes".

Como se passa em muitos países da Europa, na Itália a expressão "agência", apresenta significado distinto daquele por nós entendido. Na esfera privada, corresponde ao nosso contrato de representação comercial, e, na esfera pública, ao que lá se conhece por entidades subordinadas à autoridade ministerial, para atuação em áreas técnicas do Estado.

O primeiro ente (*autoridade administrativa independente*) italiano a gozar de tal autonomia foi a Banca d'Itália, o nosso Banco Central do Brasil.

Muitas outras *autoridades* se destacam: a *Commissione nazionale per le società e la borsa* (Comissão Nacional para as Sociedades e a Bolsa), o *Istituto per la vigilanza sulle assicurazioni private e di interesse collettivo* (Instituto de Fiscalização sobre Seguros Privados e de Interesse Coletivo), a *Autorità garante della concorrenza e del mercato* (Autoridade Garantidora da Concorrência e do Mercado).

¹⁸³JUSTEN FILHO, **O direito...**, op. cit., p.189.

A competência das referidas figuras dispõe-se: a) para a garantia de interesses coletivos (tem por objeto valores e princípios constitucionais fundamentais); b) para a regulação de setor da vida econômica, com poder de fiscalização; e c) autoridades administrativas técnicas, com função de orientação política, coordenação e vigilância.

Indo à frente, vejamos as agências públicas norte-americanas. Por estas devemos entender todos os órgãos governamentais não militares. As *regulatory agencies* (agências reguladoras) regulamentam a vida pública americana, tratando de assuntos como transportes, remédios e alimentos. As *social welfare agencies* (agências de assistência) ocupam-se dos programas de assistência social americanos (idosos, veteranos, etc.). Por fim, observamos agências que se envolvem com tributação (Internal Revenue Service), com comércio (Interstate Commerce Commission), com mercado financeiro (Securities and Exchange Commission), com relações trabalhistas (The National Labor Relations), com comunicação (Federal Communications Commission).

Neste mesmo passo é a explicação do sistema de agências do Direito norte-americano, dividido segundo critério do âmbito de atuação: 1) primeiramente, teríamos as agências de serviços administrativos, encarregadas pelos serviços administrativos e burocráticos do Estado. Exemplificativamente, teríamos a Internal Revenue Service (IRS), que corresponderia à nossa Secretaria da Receita Federal; 2) as agências de desenvolvimento: seriam agências consultivas ou agências de atuação direta na atividade econômica. Dentre as primeiras, estão as que elaboram planos de ação, e, dentre as segundas, as encarregadas da implantação de obras de infra-estrutura (National Park Service, National Science Foundation etc); 3) as agências de bem-estar social: relacionadas a matéria da seguridade social; 4) as agências de regulação da atividade econômica, que agregam os órgãos encarregados pelas políticas macroeconômicas (Federal Reserve Board) e que atuam no âmbito de setores econômicos, como o mercado de bolsa de valores (Securities and Exchange Commission); 5) as agências de regulação social (proteção

da saúde e segurança), responsáveis pelo que se costuma chamar de "regulação social" (Food and Drug Administration, Environmental Protection Agency e Occupational Safety and Health Administration).

As atividades desenvolvidas pelas agências reguladoras estadunidenses transpiram a influência do regime da *common law* inglês que possuía instrumentos para fiscalização, controle e repressão de atos praticados tanto por particulares como pelos servidores do Reino. Nas palavras de Marçal Justen Filho:

A *common law* britânica comportava a possibilidade de responsabilização dos servidores da Coroa (tais com 'bailiffs' e 'sherifs') por atos irregulares. Mas uma característica essencial do sistema da *common law* consiste em que comporta apenas repressão penal ou responsabilização por perdas e danos. Ou seja, a decisão no âmbito da *common law* resulta em decisão no sentido de penalização do infrator ou de indenização em favor da parte lesada.¹⁸⁴

Demais disso, as agências reguladoras norte-americanas alteraram seu âmbito de atuação ao longo da sua história. Foram períodos aos quais Marçal Justen Filho denominou "ondas".

A primeira delas nasce com a depressão de 1929. O liberalismo das duas primeiras décadas é substituído pelo intervencionismo e ativismos estatais. O governo, além de incentivar o mercado privado, desenvolve atividade econômica. "Durante duas décadas, nos anos 30 e 40, foram criadas inúmeras agências federais para atuar nos mais variados e diversos setores da vida econômica norte-americana."¹⁸⁵

A "segunda onda", dos anos 60 e 70, sucedem o fim da Segunda Guerra Mundial. Com a enorme prosperidade americana e o grande fortalecimento do capitalismo local, as agências deixam de produzir e incentivar o fortalecimento econômico, e passam a trabalhar pela eliminação dos efeitos

¹⁸⁴JUSTEN FILHO, **O direito**..., op. cit., p.70-71.

¹⁸⁵JUSTEN FILHO, **O direito**..., op. cit., p.78.

...indesejados do livre jogo das forças de mercado. Foram instituídas inúmeras agências relacionadas com proteção do consumidor e a defesa do meio ambiente, além de afirmar-se a tutela e proteção dos trabalhadores. No período foram criadas por volta de 30 agências. Sua competência abrangia principalmente questões relacionadas ao meio ambiente, à saúde, à segurança do trabalho e aos direitos civis. Essas novas agências foram modeladas segundo princípios distintos daqueles que tinham orientado a criação das primeiras comissões, inclusive com a consagração da participação ampla da comunidade.¹⁸⁶

Arnaldo Sampaio de Moraes Godoy também discorreu a respeito das ondas que se sucederam na evolução das agências do Direito norte-americano.

Passada a ampliação do intervencionismo estatal que marcou o governo de Franklyn Delano Roosevelt e seu plano, o *New Deal*, assim como a presidência de Lyndon Johnson e seu programa, o *Great Society*, o minimalismo serve de base tanto para administrações democráticas (Bill Clinton) quanto republicanas (Ronald Reagan, George Bush e Gorge W. Bush). (...) O pragmatismo norte-americano identifica no direito administrativo o estudo das normas que orientam agências governamentais (*administrative agencies*) e funcionários públicos (*officials*). Dada a falta de significado do municipalismo norte-americano, o direito administrativo daquele país afeta especialmente as administrações federal e estadual. (...) As fontes normativas do direito administrativo estadunidense estão centradas na Constituição, no direito legislado (*statutes*), nas construções jurisprudenciais (*case law*), nas regras das agências públicas (*agency rules*) e nas decisões administrativas (*decisions*).¹⁸⁷

Como visto, as agências subdividem-se em reguladoras e não reguladoras:

As agências reguladoras exercem os poderes normativos e decisórios que lhes foram delegados pelo Congresso norte-americano, incidindo sobre as situações jurídicas dos cidadãos com os quais se relacionam. São entes que estabelecem regras para setores econômicos privados, condicionam os direitos e liberdades dos particulares e têm competência para resolver conflitos intersubjetivos, embora a participação da Administração não produza qualquer efeito modificativo. As agências não reguladoras desempenham funções relativas à prestação de serviços de assistência social aos indivíduos, como a proteção dos trabalhadores ou o pagamento de pensões. Suas atividades se reduzem ao reconhecimento de benefícios e auxílios aos cidadãos, no intuito de promover o bem-estar econômico e social.¹⁸⁸

¹⁸⁶JUSTEN FILHO, **O direito...**, op. cit., p.79.

¹⁸⁷GODOY, op. cit., p.113-114.

¹⁸⁸CUÉLLAR, Leila. **As agências reguladoras e seu poder normativo**. São Paulo: Dialética, 2001. p.68.

As agências norte-americanas possuem atribuições de elaborar e impor regras de atuação. São instituições do Poder Executivo de natureza híbrida: com competência legislativa (*rulemaking*) e adjudicatória (*adjudication*), que se somam a sua competência administrativa.

As agências federais vinculam-se ao Poder Executivo (executive branch), quando dependem de secretaria, ou são independentes (independent agencies), quando coordenadas por grupos diretivos não-governamentais (board). Tais agências legislam formal e informalmente; essa última modalidade é mais comum. A agência legisla informalmente ao noticiar o que pretende regulamentar, recebendo comentários de interessados e exercendo discricionariedade na produção da regra relativa à matéria anunciada. O procedimento é regulamentado por lei, de modo que a atividade legislativa das agências encontra contornos delineados pela especificidade do serviço. 'Os regulamentos fazem as pessoas felizes ou tristes', como escreveu um administrativista norte-americano. Identificam-se os interesses opostos dos grupos atingidos, especialmente em temas ambientais e tributários, nos quais é caudalosa a regulamentação administrativa. Em torno dessas regras gravita o direito administrativo americano.¹⁸⁹

Devemos ressaltar que a ação das agências reguladoras nos Estados Unidos está submetida a salvaguardas para eventuais abusos e arbitrariedades na regulamentação: o *judicial review* e o controle do Poder Legislativo. O Congresso Americano reserva o direito de exigir certas formalidades nos procedimentos aplicados pelas agências (ouvidas de testemunhas, etc.).

Nas palavras de Leila Cuéllar:

Dentre as formas de controle direto do Congresso sobre a atividade das agências, destaca-se o veto legislativo. Trata-se de cláusula que condiciona a entrada em vigor de regulamento à sua revisão e aprovação pelo Congresso. Promulgado em 1996, o *Congressional Review Act (CRA)* fixou um mecanismo pelo qual o Congresso pode, em tese, rever e desaprovar todas as regras emanadas pelas agências federais. O CRA exige que as agências submetam aos dois órgãos representativos do Congresso norte-americano e ao *Comptroller General (CG)* a proposta das regras, acompanhada de sua descrição e seus motivos, e a data da proposta para o início de sua vigência.¹⁹⁰

As agências reguladoras também produzem normas interpretativas. Trata-se de normas para aplicação de regras legislativas em casos especiais, não previstos

¹⁸⁹GODOY, op. cit., p.116.

¹⁹⁰CUÉLLAR, op. cit., p.69-70.

pelo legislador. São as chamadas *Frequent Asked Questions* – modelo de perguntas e respostas.

De igual modo, as agências norte-americanas apresentam função julgadora (*adjudicatories*), podendo determinar direitos e obrigações de particulares. Segundo Bernard Schwartz¹⁹¹, a moderna administração está investida de poderes de decisão, o que ocorreria tanto nos Estados Unidos quanto na Inglaterra. Segundo ele, as decisões das agências administrativas teriam maior impacto do que as produções das autoridades das cortes de Justiça.

As decisões administrativas produzem ordens para as partes e apresentam-se como referências para as decisões futuras.

Porém, como as decisões não são publicadas com regularidade, percebe-se certa relatividade no uso do precedente, do *full stare decisis*. Reclamações de benefício de seguro social (*social security*) e pedidos a autoridades tributárias são exemplos de entornos de julgamentos administrativos. A negativa direita suscita audiência com juiz administrativo (*administrative law judge*), que não é membro da agência envolvida. (...) O processo de audiência é regulamentado, as testemunhas são ouvidas sob juramento (*under oath*), e permitem-se perguntas e re-perguntas (*cross-examination*) de partes e de advogados. Dessa decisão de primeira instância administrativa cabe apelo para conselhos superiores, organizados nas agências governamentais.¹⁹²

O controle de constitucionalidade dos atos praticados pelas agências reguladoras está embasado no caso *Marbury v. Madison* (1803). Quanto William Rehnquist, presidente da Suprema Corte Americana, sacramentou ser da competência do Poder Judiciário o poder de dizer da constitucionalidade das ações dos outros dois Poderes do Estado.

Para exemplificar a ação das agências no Direito norte-americano, referimo-nos a sua atuação na área do Direito Ambiental, que é fruto da questão ambiental que começou a ser tratada pelo Judiciário norte-americano no início do século XX (1906), com o caso *Missouri vs. Illinois*, quando tentou-se comprovar que

¹⁹¹SCHWARTZ, Bernad. An introduction to American administrative law. 2.ed. London: Sir. Isaac Pitman e Sons Ltda., 1962, p.76. Apud GODOY, op. cit., p.118.

¹⁹²GODOY, op. cit., p.118-119.

o depósito de lixo da cidade de Chicago contaminava mananciais de água em Saint Louis. Tal não foi reconhecido pela Suprema Corte Americana.

A primeira geração de leis ambientais americanas é de 1969, com o National Environmental Policu Act. No ano seguinte nasce a Clean Air Act, que exigia da Environmental Protection Agency (EPA, Agência Federal de Proteção Ambiental) a identificação de todos os elementos de poluição do ar, antecipando-se na prevenção de possível risco à saúde e danos ao meio ambiente. Com a adoção de padrões de poluição, iniciou-se no governo Nixon a expedição de recomendações à indústria americana.

Aqui estamos diante da efetiva e concreta utilização das agências reguladoras na prevenção de ações que resultem na prática de crimes ambientais. Tais agências, através da imposição de sanções de ordem administrativa, impedem a ocorrência do fato danoso, e, por conseguinte, da ação criminal, com a verdadeira preservação do meio ambiente.

Outras tantas normas foram editadas nos Estados Unidos na proteção do meio ambiente. Citamos algumas: *The Resource Conservation and Recovery Act* (eliminação de lixo tóxico) e *Comprehensive Environmental Response, Compensation e Liability Act* (com o objetivo de responsabilizar o poluidor pelos custos de recuperação ambiental). Referidas normas depositam nas agências as ações de defesa e fiscalização ambiental.

Agências reguladoras norte-americanas são classificadas como independentes (*independent regulatory agencies* ou *comissions*) ou executivas (*executive agencies*), dependendo da autonomia que se disponha a favor das mesmas, com previsão, por exemplo, da possibilidade de destituição ou não de seus diretores por parte do chefe do poder executivo.

No caso das agências independentes, somente com a ocorrência das hipóteses dispostas pelo ato de sua criação é que se poderá promover a destituição de sua direção por parte do chefe do executivo, mas sempre condicionada à decisão do Congresso. Isto não significa que as agências não possam sofrer intervenção do

Presidente, no que diz respeito à correta coordenação das políticas públicas, ou que não estejam passíveis de formas de controle pelos demais poderes do Estado.

Já as agências executivas se submetem a um acompanhamento mais intenso por parte do executivo, que pode destituir os seus diretores sem qualquer necessidade de aprovação por parte do Congresso.

Tanto nos Estados Unidos quanto nos países europeus acima referidos, as agências reguladoras não se limitam a regular serviços públicos concedidos ou permitidos no controle de sua regular execução pelo particular. Visam, sim, "velar pela liberdade da concorrência e reprimir condutas abusivas que importem restrição à livre concorrência (equivalente ao Cade – Conselho Administrativo de Defesa Econômica) constitui agência reguladora"¹⁹³.

A questão mais tortuosa relativa às agências reguladoras está no fato da delegação de competência legislativa. A Constituição dos Estados Unidos dispõe em favor do Congresso todos os poderes legiferantes. Assim, a princípio, é de se pensar que nenhuma delegação de competência seria possível. Todavia, as leis instituidoras das agências atribuíram-lhes poderes legislativos por via de delegação.

A Suprema Corte Americana apresentou duas posições quanto à delegação de competência pelo Congresso americano em favor das agências reguladoras. A primeira delas, desfavorável à delegação. Com *Field vs. Clark* (1892), buscou reprimir toda e qualquer tentativa de repasse de competência. Segundo Marçal Justen Filho:

Isso não importava na impossibilidade de atribuir a outros órgãos governamentais a incumbência de produzir regulação legislativa. Mas as delegações tinham de ser limitadas em matéria e extensão. Poderiam abranger questões atinentes a negociações internacionais ou a gestão de bens públicos, sem alcançar disciplina de relações jurídicas de que participassem os particulares.¹⁹⁴

¹⁹³CUÉLLAR, op. cit., p.77-78.

¹⁹⁴JUSTEN FILHO, **O direito...**, op. cit., p.87.

Tal posição manteve-se até o marco *New Deal*. Com este ocorreram profundas reformas no sistema estatal americano, inclusive com a delegação de competência legislativa em favor do Presidente ou das agências responsáveis pela regulação econômica.

Recorrendo novamente a Justen Filho:

Uma das leis objeto de questionamento foi o National Industrial Recovery Act, o qual instituiu, inclusive, uma agência (National Recovery Administration – NRA) com amplos poderes de intervenção no domínio econômico. Na aplicação do diploma, surgiram conflitos diversos. Pelo menos dois deles chegaram à apreciação da Suprema Corte, que estabeleceu precedentes marcantes.¹⁹⁵

Como foi dito, de modo lento e paulatino as agências foram se estruturando na sociedade americana, sendo que no ano de 1984 chegaram ao Poder Judiciário, com a United States Sentencing Commission, criada com o fim de estabelecer parâmetros para as decisões em processos criminais. Sua atuação foi questionada sob o argumento de que o Poder Legislativo estaria delegando poderes ao Poder Judiciário. A Suprema Corte acabou decidindo que não havia indevida delegação, prevalecendo o voto do Juiz Blackmun, que sentenciou a aplicação da punição penal que envolvia atribuições dos três poderes do Estado.

Aqui nos cabe ressaltar que, enquanto o sistema de *agências* norte-americano tem por finalidade principal a fiscalização das atividades privadas, as *autoridades administrativas independentes* são utilizadas na França como instrumento de garantia das liberdades, inclusive contra o próprio Estado. Certamente, porque o sistema francês não delega ao setor privado o desenvolvimento de atividades de interesse coletivo. Por sua vez, as agências britânicas apresentam caráter absolutamente regulatório, nos moldes do sistema norte-americano, e preponderantemente de funções executivas. Já quanto às autoridades italianas, ora apresentam-se nos moldes franceses ora apresentam-se de acordo com o sistema inglês.

¹⁹⁵JUSTEN FILHO, **O direito...**, op. cit., p.88.

Por fim, devemos observar que a moderna doutrina administrativa americana nos apresenta alguns enunciados importantes, confirmadores da tese da *delegatio*: "a existência de delegações é inevitável, quer em razão da limitação da capacidade de previsão (de conhecimento) dos legisladores, quer em razão da necessária generalidade e abstração das leis...".¹⁹⁶

Ou seja, o Estado precisa contar com estruturas ágeis e capazes de entender o momento e as medidas necessárias a sua satisfação, seja no sistema americano de delegação de competência, seja no sistema brasileiro de regulamentação e fiscalização pelas agências.

3.6 A APLICAÇÃO DAS AGÊNCIAS REGULADORAS NO DIREITO BRASILEIRO COMO INSTRUMENTO DE PREVENÇÃO CRIMINAL

Tanto o Direito Penal quanto o Direito Administrativo brasileiros foram edificados a partir dos institutos originários do Direito romano-germânico, particularmente dos sistemas continentais europeus. Assim, submetem-se, dentre outros princípios, à legalidade e ao controle jurisdicional dos atos administrativos.

Não imaginamos que ao utilizarmos das sanções administrativas e das agências reguladoras como instrumentos de atuação do Estado na pacificação social estejamos em desacordo com o sistema jurídico nacional.

Não propugnamos a adoção do modelo norte-americano, de forte delegação legislativa do Congresso, em favor das agências. Todavia, não podemos deixar de reconhecer que os novos tempos deixam claro que o Poder Legislativo edita leis com alto grau de abstração e generalidade, e que só isso não basta, fazendo-se necessário o aprofundamento da atuação normativa do Estado.

¹⁹⁶SUNDFELD, Carlos Ari (Coord.). **Direito administrativo econômico**. 1.ed. reimp. São Paulo: Malheiros, 2002. p.334-335.

Como discorre Carlos Ari Sunfeld:

...segundo os novos padrões da sociedade, agora essas normas não bastam, sendo preciso normas mais diretas para tratar das especificações, realizar o planejamento dos setores, viabilizar a intervenção do Estado em garantia do cumprimento ou realização daqueles valores: proteção do meio ambiente e do consumidor, busca do desenvolvimento nacional, expansão das telecomunicações nacionais, controle sobre o poder econômico – enfim, todos esses que hoje consideramos fundamentais e cuja persecução exigimos do Estado.¹⁹⁷

As agências reguladoras representam órgãos de controle e fiscalização de atividades de interesse social. Nas palavras de Celso Antônio Bandeira de Mello, classificam-se as agências reguladoras, no Direito brasileiro, como verdadeiras autarquias sob regime especial, "ultimamente criadas com a finalidade de *disciplinar e controlar certas atividades*".

Para o referido mestre:

Algumas das atividades afetas à disciplina e controle de tais entidades são serviços públicos propriamente ditos (caso da Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL, criada pela Lei n.º 9.427, de 26.12.96, e da Agência Nacional de Telecomunicações – ANATEL, criada pela Lei n.º 9.472, de 16.7.97), ou são simplesmente exercitáveis em decorrência de contrato com o Estado, como é o caso da exploração da indústria do petróleo, cuja disciplina e controle competem à Agência Nacional do Petróleo – ANP, criada pela Lei n.º 9.478, de 6.8.97. Outras são atividades que o Estado também protagoniza (e quando o fizer serão serviços públicos), mas que, paralelamente, são facultadas aos particulares. É o que ocorre com os serviços de saúde, que os particulares desempenham no exercício da livre iniciativa, sob disciplina de controle da Agência Nacional de Vigilância Sanitária – ANVS, criada pela Lei n.º 9.782, de 26.1.99 (hoje denominada ANVISA, por força da Medida Provisória n.º 2.134-25, de 28.12.2000), e da Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS, criada pela Lei n.º 9.961, de 28.1.2000. Finalmente o que sucede com a Agência Nacional de Águas (ANA), criada pela Lei n.º 9.984, de 17.7.2000.¹⁹⁸

Segue afirmando que as autarquias com funções de agências reguladoras não são novidade. Muito embora a terminologia seja nova, com ares norte-americanos, a verdade é que as atividades já vêm sendo desempenhadas como o

¹⁹⁷SUNDFELD, op. cit., p.27.

¹⁹⁸BANDEIRA DE MELLO, **Curso...**, op. cit., p.133.

fazia o Departamento de Águas e Energia Elétrica (DNAEE), cujas funções hoje competem à Agência Nacional de Energia Elétrica (Aneel).

O que ora há de novidade é o elevado grau de autonomia em favor das mesmas (desvinculação da Administração Direita e capacidade técnica e financeira), garantindo forte estabilidade a seus dirigentes e especialização funcional.

Neste sentido, buscou-se a atuação eficiente das agências reguladoras, livrando-as das ingerências político-partidárias, dos entraves burocráticos e das constantes interrupções de recursos. Tudo a possibilitar-lhes a expedição de normas operacionais ágeis, ao encontro dos anseios populares e da aplicação de sanções com rapidez.

Ou seja, o legislador partiu de determinadas premissas que exigiam a transposição da situação 'rígida' das tradicionais autarquias. Visou à instituição de ente com autonomia, orçamento fixo e certo, capacidade decisória e pequena escala hierárquica, mais ágil e consentânea com os anseios da sociedade. Sem dúvida, trata-se dos modelos organizacionais 'ortodoxos' brasileiros. Basta aferir a necessidade da implantação desses novos perfis administrativos, para que se chegue à conclusão de que necessária era a mudança.¹⁹⁹

Dada sua natureza autárquica (Constituição Federal, art. 37, inc. XIX), as agências reguladoras somente podem ser criadas por lei específica, que disponha a respeito de suas competências e sua estrutura (órgãos, cargos, etc.).

Oportunamente, no que tange à sua competência, é preciso que se diga que as agências reguladoras brasileiras ainda apresentam características de agências que se destinam a fiscalizar a correta execução dos serviços públicos concedidos e permitidos. Particularmente, de fiscalizar a atuação dos particulares que os prestam. Desempenham timidamente outras funções, como dito acima, nos casos norte-americano e francês, quando promovem a fiscalização dos processos de concorrência e repressão de condutas abusivas à restrição da liberdade de competir. Ou atuam no sistema econômico e ambiental, como se propõe na Itália e em Portugal.

¹⁹⁹CUÉLLAR, op. cit., p.88.

Segundo Leila Cuéllar:

Mesmo no Brasil, o âmbito de atuação das agências não se restringe aos serviços públicos (privatizados ou não). A Agência Nacional do Petróleo, a Agência Nacional de Vigilância Sanitária e a Agência Nacional de Saúde Suplementar, por exemplo, possuem objetivo diverso, pois não regulam, controlam ou fiscalizam um serviço público, mas se referem a uma atividade economicamente relevante (algumas das atividades que eram realizadas sob regime de monopólio estatal, no caso da ANP).(…) Os objetivos imediatos das agências reguladoras estão diretamente relacionados com a própria criação destes entes e decorrem da instituição de um novo modelo de Estado. Em relação aos serviços públicos, pode-se concluir que o que se busca, inicialmente, é a manutenção nas mãos do Estado, ainda que indiretamente, do controle dos serviços públicos. Assim, as agências reguladoras são criadas para que a transferência da titularidade para prestação dos serviços, através das privatizações, não inclua o controle das atividades, e no intuito de controlar preço, eficiência etc.²⁰⁰

Assim, podemos dizer que, no Brasil, existem órgãos reguladores, que têm por objeto a regulação da prestação de serviços públicos (visando à eficiência na sua prestação, bem como à defesa do mercado e da competitividade na sua prestação). Aqui, as agências dirigem, regulam e fiscalizam o serviço público. Num segundo momento observamos as agências que atuam na atividade econômica em sentido estrito, regulando, normatizando, controlando e fiscalizando as atividades desenvolvidas por particulares, e que são de absoluto interesse social (a saúde, por exemplo, no caso da Agência Nacional de Saúde Suplementar e da Agência Nacional de Vigilância Sanitária). Acrescente-se a defesa "...dos interesses dos consumidores, almejando a manutenção da qualidade dos serviços e produtos ofertados, os preços justos, o respeito aos menos privilegiados e às minorias etc."²⁰¹

Alexandre Santos de Aragão, em sua obra *Agência Reguladora e a Evolução do Direito Administrativo Econômico*, afirma, ao discorrer a respeito dos interesses tutelados pelas mesmas:

²⁰⁰CUÉLLAR, op. cit., p.78.

²⁰¹CUÉLLAR, op. cit., p.80.

As agências reguladoras expressam como poucas instituições as diversas mudanças que vêm caracterizando o Direito Público Econômico contemporâneo (Capítulo III supra). Entre estas podemos destacar a pluralidade de interesses públicos e privados que têm sob a sua tutela.

Com efeito, pode-se constatar na legislação das agências reguladoras que devem buscar a realização de interesses múltiplos e díspares como a universalização dos serviços sob sua regulação, a proteção dos consumidores, o desenvolvimento tecnológico nacional, a atração de investimentos estrangeiros, ampliação da concorrência, a garantia do equilíbrio econômico-financeiro (em se tratando de agência reguladora de serviço público).²⁰²

Acrescenta que "as atividades fiscalizatórias das agências são expressão de alguns modelos mais modernos de fiscalização, (...) que não são, contudo, exclusivos das agências reguladoras, estando também presentes em diversos setores da Administração Pública em geral, especialmente naqueles que lidam com a economia, o meio ambiente ou o urbanismo".²⁰³

Todavia, o certo é que as agências reguladoras brasileiras desempenham funções tipicamente executivas (o que não as impede de exercer, restritivamente, algumas funções atípicas,²⁰⁴ do mesmo modo que se dá na relação entre os três poderes do Estado). E mais, que estão muito mais próximas dos modelos francês e italiano do que do modelo norte-americano.

As agências reguladoras brasileiras, com entes que se enquadram na Administração Pública, atuam na fiscalização de entidades privadas e no cumprimento e respeito às demais determinações legais que lhes sejam atribuídas, além da elaboração normativa de sua competência. Aqui, entenda-se, o poder de produzir normas de conduta (comandos intersubjetivos), e não de competência legislativa na

²⁰²ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Agências reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico**. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p.291.

²⁰³ARAGÃO, op. cit., p.317.

²⁰⁴"Logo, seria impossível escolher critério material que permitisse, com alguma segurança, inserir uma agência no âmbito de algum dos Poderes. Por outro lado, teria de se resolver outra questão, igualmente problemática, consistente na definição da natureza das competências atribuídas às agências. (...) Costuma-se aludir que as agências se peculiarizam pela conjugação de competências administrativas, quase-legislativas e quase-judiciárias." (JUSTEN FILHO, **O direito...**, op. cit., p.417).

produção de norma jurídica (cunho legislativo), reservada exclusivamente ao Poder Legislativo. Ou seja, às agências reguladoras não é dado delegar a competência do Poder Legislativo, como verificamos no sistema norte-americano.

Neste particular, no que tange à aplicação das sanções administrativas como instrumento de substituição dos tipos penais, estamos frente à garantia de que somente condutas legalmente tipificadas estarão no âmbito de atuação das agências reguladoras. Ilícitos administrativos ambientais, econômicos, entre outros, continuarão a demandar, como até hoje demandaram, previsão legal prévia.

Indo à frente, o modelo regulatório adotado pela União Federal preconiza a constituição de agências reguladoras diferenciadas por área de especialidade, cada qual atuando nos limites de sua capacidade técnica: energia, petróleo, telecomunicações, etc.

Já os Estados membros brasileiros vêm adotando fórmula de constituição genérica, com suas agências com capacidade para regular várias atividades econômicas desenvolvidas pelos particulares.

Como dito por Zaffaroni,²⁰⁵ as agências não são novidade no sistema penal, sendo parte do sistema penal institucionalizado não judicial. Cita as agências executivas nos serviços de policiamento e investigação criminal. Também menciona a existência de algumas agências executivas não militarizadas, tais como os bancos centrais, as diretorias alfandegárias, as administrações de fronteiras e migração.

Feitas nossas considerações iniciais, podemos nos centrar na questão da utilização das agências reguladoras como instrumento de fiscalização e prevenção da criminalidade.

Com a existência de agências eficientes, detentoras dos mecanismos necessários, poderemos utilizar das sanções administrativas na punição e repressão de condutas ilícitas. E, assim, deixarmos para o Direito Penal o que não se puder resolver no âmbito administrativo, como dito e sugerido pelo professor Carlo Enrico Paliero.

²⁰⁵ZAFFARONI e PIERANGELI, **Em busca...**, op. cit., p.137-138.

Com a disposição de agências como o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade), cujo perfil encontra-se na Lei n.º 8.884, de 11.6.1994, ou a instituição de uma "superagência", que reúna as suas atribuições com as da Secretaria de Direito Econômico (Ministério da Justiça) e da Secretaria de Política Econômica (Ministério da Fazenda), estaremos dando um enorme passo no controle dos atos contra a Ordem Econômica, com a aplicação de sanções administrativas eficientes, e com o Direito Penal na condição de verdadeiro "Soldado de Reserva".

O Direito Penal, como reiteradas vezes já enfatizamos, não tem condições de resolver todas as questões sociais atuais. Ou melhor, não pode ser usado como instrumento de acomodação social, como tábua de salvação da sociedade.

O Estado não pode se limitar a editar leis gerais penais que vigorem por tempo indeterminado e desatualizado, e depois sair falsamente resolvendo os conflitos individuais e sua repercussão social, com a aplicação da pena criminal.

Recorrendo mais uma vez a Carlos Ari Sundfeld:

Só o planejamento e seu gerenciamento constante e diário permitem a solução deste choque de interesses. E a sociedade, a cada dia, torna-se mais e mais complexa. Não só porque as pessoas se juntaram todas no mesmo espaço urbano, mas porque ela é sempre mais e mais exigente. As pessoas não mais se satisfazem só com a diminuição da poluição; elas querem ser protegidas também enquanto consumidoras (assunto que era irrelevante no passado), querem um controle sobre o poder econômico para evitar a concentração empresarial (preocupação desconhecida antigamente), querem a democratização do acesso aos serviços que as colocam em conexão com o mundo, como os de telecomunicações (coisa que sequer se punha no século passado). Para harmonizar esses valores, é preciso um gerenciamento constante. E esse gerenciamento se faz pela contínua edição e substituição de normas e, a seguir, por sua aplicação concreta por um órgão administrativo, o qual deve, também, realizar atos de controle prévio.²⁰⁶

Não esqueçamos que não há respeito ao princípio da dignidade humana quando o Direito retarda sua tarefa de proteger os bens tutelados, ou o faz com ineficiência. O que querem as pessoas é que os conflitos sejam tratados por entidades imparciais, capazes de resolvê-los. Do que vale a condenação criminal,

²⁰⁶SUNDFELD, op. cit., p.29-30.

sem que a indústria poluidora deixe de lançar no rio os dejetos que são consumidos juntamente com a água por seus vizinhos?

Outro ponto que nos chama atenção diz respeito ao mercado de consumo de serviços e produtos (educação, saúde, planos de saúde, medicamentos, etc.). Criemos agências, super Procons, que atuem na proteção dos consumidores, na mesma esteira da Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVS), que trabalha na repressão da produção e da comercialização de produtos farmacêuticos maléficos à saúde, com a utilização das medidas de interdição, multa, suspensão e proibição de atuação.

Assim, inúmeras são as hipóteses de atuação do Direito Administrativo, bem como muitas são as vantagens da aplicação da sanção administrativa ao invés da intervenção penal. Utilizemos das agências reguladoras e busquemos uma maior harmonização do contexto social.

Já finalizando, não poderíamos deixar de mencionar que, quanto às agências reguladoras, observamos inúmeras interpretações, algumas positivas (opção na evolução e produção de conquistas sociais, econômicas e políticas), outras extremamente negativas, negando-lhes a condição de instrumento de realização de valores essenciais em um Estado democrático.

O certo é que são uma realidade mundial.

A disseminação do modelo das agências foi propiciada pela insuficiência da estrutura política clássica. A arquitetura da organização estatal se afigura como insatisfatória, na medida em que o postulado da soberania popular é insuficiente para produzir governos legítimos e a realização efetiva de valores fundamentais e dos fins de interesse comum. A teoria da tripartição de poderes não apresenta soluções que permitam o adequado controle do poder político. O modelo das agências surgiu como uma proposta que poderia realizar promessas que não foram cumpridas através de outras fórmulas de organização do poder estatal. Resta examinar, portanto, se é possível estruturar um modelo de agências apto a atender essas expectativas e a promover valores e princípios fundamentais. É indispensável verificar se se trata de um simples produto de moda ou de um meio de destruição de uma concepção democrática do poder político. Enfim, cabe enquadrar a figura da agência no cenário do Estado em que vivemos para verificar se pode propiciar a evolução para um Estado mais desejável.²⁰⁷

²⁰⁷JUSTEN FILHO, **O direito...**, op. cit., p.285.

De nossa parte, queremos crer que a criação de uma entidade administrativa autônoma, como é a agência reguladora brasileira, poderá significar um grande avanço na atuação administrativa do Estado, que, sem a ingerência política, e com o conhecimento técnico pertinente, poderá realizar enormes serviços ao povo brasileiro.

Por último, nos permitimos dizer que é preciso que trabalhem, dia após dia, em favor do Direito Penal – pela manutenção da sua dignidade como ciência jurídica, e, principalmente, como instrumento do Estado na pacificação dos conflitos sociais. Não deixemos que se vulgarize a sua atuação com a produção de leis oportunistas e/ou populistas, e com a inflação legislativa, que em certos momentos orienta o legislador nacional. Não esqueçamos que a menos cruel das penas criminais é mais estigmatizante e cruel do que a pior das sanções administrativas, muito embora nem sempre seja mais efetiva.

CONCLUSÕES

No presente trabalho, procuramos discorrer a respeito da história do Direito Penal, dos problemas que enfrenta na atualidade e das propostas e soluções em utilização em outros Estados.

Concluimos que os discursos extremados que pregam a aplicação máxima ou a eliminação completa do Direito Penal não encontram ambiente nos dias atuais, e que a única posição a ser adotada é a posição intermediária, que procura resolver os conflitos sociais com serenidade, somente protegendo os bens mais importantes e necessários ao convívio social – o caminho do Direito Penal Mínimo.

Sabemos o quão é estigmatizante a pena criminal, e o quão é possível a sua substituição, em inúmeras hipóteses, por outros ramos do Direito. Sabemos, também, que o Direito Administrativo constitui, sem dúvida, uma das soluções à disposição do Estado para pôr fim à hiperinflação legislativa penal.

Com grande agilidade e rapidez e, principalmente, sem estabelecer preconceitos, a sanção administrativa pode prevenir práticas que atuem em detrimento, dentre outras ordens, às ordens econômica e ambiental.

As agências reguladoras estão aí para regulamentar e fiscalizar atividades do interesse social (livre concorrência, poluição ambiental, direito dos consumidores). Sua atuação terá como brilho máximo a função de evitar condutas ilícitas ou eliminá-las, prevenindo a ocorrência do fato penal e, por conseguinte, a aplicação do Direito Penal, que passa efetivamente à condição de *ultima ratio* da sociedade moderna.

Concluindo, já sem tempo, é hora de adotarmos um Direito Penal equilibrado, em prol de uma sociedade mais justa e harmoniosa, com a mínima coerção e com a máxima efetividade.

REFERÊNCIAS

- AFTALIÓN, Enrique R. **Derecho penal administrativo**. Buenos Aires: Ediciones Arayú, 1955.
- AGUILLAR, Fernando Herren. **Controle social de serviços públicos**. São Paulo: Max Limonad, 1999.
- AMARO, Luciano da Silva. Infrações tributárias. **Revista de Direito Tributário**, São Paulo, n.67, p.25-42, 1994.
- ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Agências reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico**. Rio de Janeiro: Forense, 2003.
- BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Princípios constitucionais do processo administrativo disciplinar**. São Paulo: Max Limonad, 1998.
- BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Processo administrativo disciplinar**. 2.ed. São Paulo. Max Limonad, 2003.
- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de direito administrativo**. 17.ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2004.
- BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do direito penal**. Tradução: Juarez Cirino dos Santos. 3.ed. Rio de Janeiro: Revan, 2002.
- BARROSO, Luís Roberto. A intervenção do Estado no domínio econômico: o Estado como agente normativo e regulador na exploração de atividades econômicas. A prestação de serviço público. **Boletim de Direito Administrativo**, São Paulo: NDJ, n.8, 1997.
- BARROSO, Luís Roberto. **Temas de direito constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.
- BASTOS, Celso et al. **Grupos de pressão no Brasil**. Brasília: PRND, 1985.
- BASTOS, Celso et al. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 1998.
- BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**. 8.ed. Rio de Janeiro: Revan, 2002.
- BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal: parte geral**. 8.ed. São Paulo: Saraiva, 2003. v.1.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. **Pena de prisão perpétua**. Disponível em: <<http://www.cjf.gov.br/revista/numero11/PainellV-2.htm>>. Acesso em: 21 dez. 2004.
- BOBBIO, Norberto. **Liberalismo e democracia**. Tradução: Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Brasiliense, 1988.

BOBBIO, Norberto. **Estado, governo, sociedade para uma teoria geral da política**. Tradução: Marco Aurélio Nogueira. 4.ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1992.

BOSCHI, José Antônio P. **Persecução penal**. Rio de Janeiro: Aide, 1987.

BREYER, Stephen G.; STEWART, Richard B. **Administrative Law and regulatory policy: problems, test, and cases**. Boston: Little, Brown Company, 1992.

BRUNO, Anibal. **Direito penal: parte geral**. 3.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

CALHAU, Lélío Braga. **Direito administrativo e direito penal mínimo**. Disponível em: <<http://www.neofito.com.br/artigos/art02/penal149.htm>>. Acesso em: 27 dez. 2004.

CANOTILHO, J. J. **Direito constitucional**. 5.ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1992.

CARNELUTTI, Francesco. **As misérias do processo penal**. Tradução: José Antônio Cardinalli. São Paulo: Conan, 1995.

CERVINI, Raúl. **Os processos de descriminalização**. 2.ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

CHOUKR, Fauzi Hassan. **Garantias constitucionais na investigação criminal**. Belo Horizonte: Lúmen Iuris, 2001.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. **A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro**. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

CORRÊA JR., Alceu. **Pena e constituição**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

CORREA, Eduardo. **Direito criminal**. Ed. reimpressa. Coimbra: Almedina, 2001. v.1.

CROSSMAN, R. H. S. **Biografia del Estado moderno**. Mexico: Fundo de Cultura Econômica, 1992.

CUÉLLAR, Leila. **As agências reguladoras e seu poder normativo**. São Paulo: Dialética, 2001.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 12.ed. São Paulo: Atlas, 2000.

DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito processual penal**. Coimbra: Ed. Coimbra, 1984.

DIAS, Jorge de Figueiredo. **Questões fundamentais de direito penal revisitadas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

DIAS, Jorge de Figueiredo. **O papel do direito penal na proteção das gerações futuras**. Disponível em: <<http://www.defensesociale.org/02/9.dpf>>. Acesso em: 27 dez. 2004.

DINIZ, Maria Helena. **Compêndio de introdução à ciência do direito**. 5.ed. São Paulo: Saraiva, 1993.

DOLCE, Emilio; PALIERO, Carlo Enrico. **Direito penal bancário**. Tradução: Rodrigo Régner Chemim Guimarães. Curitiba: Juruá, 2003.

- DOTTI, René Ariel. **Bases e alternativas para o sistema de penas**. São Paulo: RT, 1988.
- DOTTI, René Ariel. **A reforma penal e penitenciária**. Curitiba: Livraria Ghignone, 1999.
- DOTTI, René Ariel. **Declaração universal dos direitos do homem e notas da legislação brasileira**. 2.ed. Curitiba: JM, 1999.
- DOTTI, René Ariel. **Curso de direito penal: parte geral**. Rio de Janeiro: Forense, 2001.
- DOTTI, René Ariel. **Proposta para uma nova consolidação das leis penais**. Disponível em: <http://www.forense.com.br/Atualida/Artigos_DP/350dou10.htm>. Acesso em: 13 jan. 2004.
- DROMI, Roberto. **Empresas públicas: de estatais a privadas**. Buenos Aires: Ediciones Ciudad Argentina, 1997.
- EISELE, Andréas. **Crimes contra a ordem tributária**. São Paulo: Dialética, 1998.
- FERREIRA, Daniel. **Sanções administrativas**. São Paulo: Malheiros, 2001.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **A democracia possível**. 5.ed. rev. São Paulo: Saraiva, 1979.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **A reconstrução da democracia: ensaio sobre a institucionalização da democracia no mundo contemporâneo e em especial no Brasil**. São Paulo: Saraiva, 1979.
- FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir**. 25.ed. Petrópolis: Vozes, 2002.
- FRAGOSO, Heleno Cláudio. O direito penal comparado na América Latina. Relatório apresentado ao colóquio realizado pelo Max Planck Institut für ausländisches und internationales Strafrecht, Freiburg im Breisgau. **Revista de Direito Penal**, Rio de Janeiro, n.24, p.17-25, jan./dez. 1979.
- FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de direito penal**. 14.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1993.
- GARCIA, Basileu. **Instituições de direito penal**. 4.ed. São Paulo: Max Limonad, 1973. v.1. T.1.
- GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. **Direito nos Estados Unidos**. Barueri: Manole, 2004.
- GOMES CANOTILHO, J. J. **Direito constitucional**. Coimbra: Almedina, 2000.
- GRECO, Rogério. **Direito penal do equilíbrio: uma visão minimanista do direito penal**. Niterói: Impetus, 2005.
- GUÉHENNO, Jean Marie. **O fim da democracia**. Rio de Janeiro: Bertrams Brasil, 1994.
- GUIMARÃES, Isaac Sabbá. **Dogmática penal e poder punitivo**. Curitiba: Juruá, 2000.
- HASSEMER, Winfried. **Crítica al Derecho Penal de Hoy: norma, interpretación, procedimiento. Límites de la prisión preventiva**. Traducido por Patricia S. Ziffer. Buenos Aires (Argentina): AD.HOC, 2003.

- HORTA, Raul Machado. **Estudos de direito constitucional**. Belo Horizonte, Del Rey, 1995.
- HULSMAN, L. H. C. Descriminalização. **Revista de Direito Penal**, n.9/10, p.7-26, jan./jun. 1973.
- HULSMAN, Luk; CELIS, Jacqueline Bernat. **O sistema penal em questão**. Rio de Janeiro: Luam, 1997.
- JAKOBS, Günther. **Derecho penal. Parte general**: fundamentos y teoría de la imputación. Tradução Joaquim Cuello Contreras e José Luís Serrano Gonzalez de Murillo. 2.ed. Madri: Marcial Pons, Ediciones Juridicas, 1997.
- JESCHECK, Hans-Heinrich. **Tratado de derecho penal**: parte geral. Tradução: José Luis Manzanares Samaniego. 4.ed. Granada: Comares Editorial, 1993.
- JUSTEN FILHO, Marçal. **Concessões de serviços públicos**. São Paulo: Dialética, 1997.
- JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**. 7.ed. São Paulo: Dialética, 2000.
- JUSTEN FILHO, Marçal. **O direito das agências reguladoras independentes**. São Paulo: Dialética, 2002.
- KAHN, Túlio. Intimidação, incapacitação ou prevenção? Qual o melhor meio para reduzir a criminalidade. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v.8, n.30, p.197-206, abr./jun. 2000.
- KERWIN, Cornelius M. **Rulemaking**: how government agencies write law and make policy. 2.ed. Washington: C.Q. Press, 1999.
- LAWSON, Gary. **Federal Administrative Law**. St. Paul: West Group, 1998.
- LISZT, Franz von. **Tratado de derecho penal**. Tradução: S. Mir Puig e F. Muñoz Conde, Bosch. Barcelona: Casa Editorial, 1981. v.1 e 2.
- LOPES JUNIOR, Aury Celso Lima. **Sistemas de investigação preliminar no processo penal**. Rio de Janeiro: Lumes Juris, 2001.
- LOPES, Maurício Antonio Ribeiro. Alternativas para o direito penal e o princípio da intervenção mínima. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v.87, n.757, 1998.
- MACHADO, Luís Alberto. **Direito criminal**: parte geral. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987.
- MALCHER, J. L. da Gama. **Manual de processo penal**. 2.ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1999.
- MANZINI, Vincenzo. **Trattato di Diritto Penale Italiano**. 9.ed. Torino: Unione Tipografico – Editrice Torinese, 1950. 1v.
- MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 24.ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

MELO, Yure Gagarin Soares de. **As novas perspectivas do direito penal brasileiro**. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2003.

MIR PUIG, Santiago. **Introducción a las bases del derecho penal**. 2.ed. Buenos Aires: Euros Editores S.R.L., 2003.

MIRABETE, Júlio Fabbrini. **Processo penal**. 9.ed. São Paulo: Atlas, 1999.

MIRABETE, Júlio Fabbrini. **Manual de direito penal**. 17.ed. São Paulo: Atlas, 2001.

MIRANDA, Pontes de. **Tratado de direito privado**. Rio de Janeiro: Borsoi, 1954.

MORAES FILHO, Antonio Evaristo. **Nova política penal em face do tráfico de drogas**. Disponível em: <http://www2.uerj.br/~direito/publicacoes/publicacoes/evaristo_moraes/em_1.html>. Acesso em: 07 dez. 2004.

MORAES, Alexandre de. **Direitos humanos fundamentais**: teoria geral, comentários aos arts. 1.º a 5.º da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência. 3.ed. São Paulo: Atlas, 2000.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Mutações do direito administrativo**. 2.ed. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

MOREIRA, Egon Bockmann. **Processo administrativo**: princípios constitucionais e a lei n. 9.784/99. São Paulo: Malheiros, 2000.

MUKAI, Toshio. **Direito ambiental sistematizado**. 4.ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004.

MUÑOZ CONDE, Francisco. **Introducción al derecho**. Barcelona: Bosch, 1975.

OSÓRIO, Fábio Medina. **Direito administrativo sancionador**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

PALIERO, Carlo Enrico. La Sanzione Amministrativa Come Moderno Strumento Di Lotta Alla Criminalità Economica. **Rivista Trimestrale Di Diritti Penale Dell'Economia**. Casa Editrice Dott. Antonio Milani - CEDAM, 1994.

PENTEADO, Jaques de Camargo et al. **Justiça penal**: críticas e sugestões: provas ilícitas e reforma pontual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

PEREIRA, António Pereira. **Regime geral das contra-ordenações e Coimas**. 5.ed. Coimbra: Amedina, 2003.

PEREIRA, Luiz Alberto Ferracini. **Da prova penal**. São Paulo: Livraria de Direito, 1995.

PIERANGELLI, José Henrique. **Escritos jurídicos penais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.

PIMENTEL, Manoel Pedro. Sociedade criminógena. **Revista de Direito Penal**, Rio de Janeiro, n.31, 1982.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro**: parte geral. 2.ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

QUEIROZ, Paulo de Souza. **Do caráter subsidiário do direito penal**: lineamentos para um direito penal mínimo. 2.ed. rev. e atual. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

RAMOS, João Gualberto Garcez. **Textos selecionados**: a inconstitucionalidade do “direito penal do terror”. Curitiba: Juruá, 1991.

RAMOS, João Gualberto Garcez. **Audiência processual penal**: doutrina e jurisprudência. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.

RAMOS, João Gualberto Garcez. **A tutela de urgência no processo penal brasileiro**: doutrina e jurisprudência. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.

RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**. Tradução: Vamireh Chacon. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1981.

REALE, Miguel. **Filosofia do direito**. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 1957.

REALE, Miguel. **Pluralismo e liberdade**. São Paulo: Saraiva, 1963.

RODRIGUES, Anabela Miranda. **Direito penal do ambiente**: uma aproximação ao novo direito português (O crime de poluição). Disponível em: <http://www.diramb.gov.pt/data/basedoc/txt_D_9279_1_0001.htm>. Acesso em: 07 dez. 2004.

ROJAS, Francisco Villar. **Privatización de servicios públicos**. Madrid: Tecnos, 1993.

ROXIN, Claus. **Política criminal e sistema jurídico-penal**. Tradução: Luiz Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

ROXIN, Claus; ARZT, Gunther; TIEDEMANN, Klaus. **Introducción al derecho penal y al derecho penal procesal**. Tradução: Luis Arroyo Zapatero e Juan-Luis Gómez Colomer. Barcelona: Ariel, 1989.

SANTOS, Juarez Cirino dos. **A criminologia radical**. Rio de Janeiro: Forense, 1981.

SANTOS, Juarez Cirino dos. **A responsabilidade penal da pessoa jurídica**. Disponível em: <http://www.e-juridico.com.br/noticias/exibe_noticia.asp?grupo=5&codigo=3190>. Acesso em: 28 dez. 2004.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 4.ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

SCHEERER, Sebastian. Prólogo. In: QUEIROZ, Paulo de Souza. **Do caráter subsidiário do direito penal**: lineamentos para um direito penal mínimo. 2.ed. rev. e atual. Belo Horizonte: Del Rey, 2002. p.14-15.

SILVA, Ivan Firmino Santiago da. **Responsabilização penal da pessoa jurídica e um esboço de sistematização do direito punitivo**. Disponível em: <www.puc-rio.br/sobrepuc/depto/direito/revista/online/ver16_ivanf.html>. Acesso em: 28 dez. 2004.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 16.ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do direito. 3.ed. rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SUNDFELD, Carlos Ari (Coord.). **Direito administrativo econômico**. 1.ed. reimp. São Paulo: Malheiros, 2002.

TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos de direito penal**. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 1991.

TORON, Alberto Zacharias. Prevenção, retribuição e criminalidade violenta (o “tao” do direito penal). **Revista dos Tribunais**, São Paulo, n.694, p.275-281, ago. 1993.

TORRES, João Carlos Brum. **Figuras do estado moderno**. CNPq. São Paulo: Brasiliense, 1989.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo penal**. 12.ed. São Paulo: Saraiva, 1990.

WELZEL, Hans. **Derecho penal alemán**: parte geral. 11.ed. Tradução alemã e notas por: Diego Manuel Luzón Pena, Miguel Díaz y García Conlledo e Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 1997.

WELZEL, Hans. **Estudios de derecho penal**. Tradução: Gustavo Eduardo Aboso y Tea Löw. Buenos Aires: Editorial IbdeF, 2003.

ZACKSESKI, Cristina. Da prevenção penal à “nova prevenção”. Temas atuais de criminologia. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v.8, n.29, p.167-191, jan./mar. 2000.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Direito penal brasileiro**: primeiro volume. 2.ed. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Em busca das penas perdidas**: a perda da legitimidade do sistema penal. 5.ed. Tradução: Vânia Romano Pedrosa, Amir Lopez da Conceição. Rio de Janeiro: Revan, 2001.

ZAFFARONI, Eugenio Raul; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal**: parte geral. 4.ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.