

## A ADMINISTRATIVIZAÇÃO DO DIREITO PENAL EM FACE DA SOCIEDADE DO RISCO E A FLEXIBILIZAÇÃO DOS PRINCÍPIOS E GARANTIAS JURÍDICO-PENAIIS

### ADMINISTRATION OF CRIMINAL LAW IN RISK SOCIETIES AND THE FLEXIBILIZATION OF PRINCIPLES AND PENAL-JUDICIAL GUARANTEES

*Édina Maria dos Santos Machado\**

*A lei não consegue conter o mal; pois a liberdade do homem é tal que ele consegue fazer do cumprimento da lei um instrumento do mal.*

*Reinhold Niebuhr*

**Resumo:** O presente trabalho consiste em um estudo, a partir de pesquisa bibliográfica, acerca da nova conceituação do Direito Penal, que busca não somente a repressão de condutas típicas, mas, sobretudo, a prevenção de condutas que se apresentam aparentemente arriscadas, expandindo ampla e desregradamente o seu âmbito de atuação, de maneira a flexibilizar os princípios fundamentais do Direito Penal tradicional, analisando-se, assim, a viabilidade da modernização do Direito Penal em face da sociedade do risco, diante da mitigação dos princípios da legalidade e da intervenção mínima.

**Palavras-chave:** Sociedade do risco. Direito Penal. Princípio da legalidade. Princípio da intervenção mínima.

**Abstract:** This article is based on a bibliographical research about the new conceptualization of criminal law that aims not only to repress certain attitudes, but also prevent attitudes that are risky and have been expanding as never before, so as to flexibilize the fundamental principles of traditional criminal law. Thus, the article analyzes the viability of the modernization of criminal law in a risk society in face of the reduction of the principles of legality and minimum intervention.

**Keywords:** Risk society. Criminal law. Principle of legality. Principle of minimum intervention.

---

\* Especialista em Direito do Trabalho e Processo do Trabalho pela Universidade Estadual de Ponta Grossa (UEPG). E-mail: <edinamachado@gmail.com>

## 1 Introdução

Com a chegada da pós-modernidade e o avanço científico e tecnológico dela decorrentes, apresentam-se, também, novas facetas da criminalidade capazes de produzir a vitimização em massa. São delitos praticados contra a ordem econômica, a ordem ambiental, entre outros que atentam contra os chamados bens transindividuais (SMANIO, 2009).

O rol de condutas capazes de produzir resultados lesivos evoluiu significativamente com as facilidades propiciadas pela globalização, pelo avanço da tecnologia e da comunicação, promovendo um desassossego coletivo, e ainda colocando em crise o atual Direito Penal.

A sociedade está a alardear a sensação de insegurança e perigo que a assola, clamando por medidas protetivas vindas do Estado, capazes de prevenir e conter os riscos oriundos da atividade humana na sociedade pós-moderna ou pós-industrial (SILVA SÁNCHEZ, 2002. p. 33).

Isso porque, atualmente,

[...] não está o Direito Penal, por outra parte – argumenta-se –, preparado para a tutela dos grandes riscos se teimar em ancorar a sua *legitimação substancial* no modelo de contrato social rousseaniano, fundamento último de princípios político-criminais até agora tão essenciais. (DIAS, 2001. p. 159-60, grifo do autor)

Eis que a iminência de uma catástrofe natural, somada aos acidentes de grandes proporções, cada vez mais frequentes, causados por falhas tecnológicas e/ou científicas, além das novas condutas delitivas extremamente complexas, praticadas, em sua

maioria, por organizações criminosas com grande arsenal tecnológico, têm causado inquietação em toda a coletividade, que, conseqüentemente, reflete em inovações legislativas, principalmente no âmbito do Direito Penal.

Tais circunstâncias têm causado polêmica, haja vista que os novos mecanismos introduzidos pelo Direito Penal ocasionam o despreendimento dos princípios e garantias individuais que concernem a este ramo do direito.

Com isso, vê-se que o que se pretende é proporcionar um Direito Penal totalmente funcionalizado, que atue como gestor de riscos e guardião da coletividade, ocorrendo, assim, uma antecipação da tutela penal que caracteriza um direito preventivo, calcado nos princípios da precaução e da prevenção.

Ocorre, entretanto, que os novos rumos traçados pelo Direito Penal estão em sentido contrário à noção tradicional que dele se tem. Eis que outrora ele se diferenciava das demais áreas do direito justamente em razão das garantias e liberdades individuais, limitadoras do poder estatal, as quais o regiam.

Com a versão administrativizada ou funcionalizada do Direito Penal, ocorre a abnegação de vários dos princípios e garantias individuais peculiares a este ramo do direito, tais como intervenção mínima, legalidade, personalidade, presunção de inocência, por exemplo.

Nesse ínterim, discute-se acerca das modificações que ora se apresentam, apontando a flexibilização dos referidos princípios jurídico-penais como obstáculo à modernização proposta.

Com isso, este trabalho trata da administrativização do Direito Penal frente à

sociedade do risco em confronto com a base principiológica do Direito Penal clássico.

## 2 A sensação de insegurança coletiva e a administrativização do direito penal

A reformulação do Direito Penal apresenta-se, principalmente, a partir da maximização do alcance de sua tutela, mediante a intervenção antecipada em condutas potencialmente perigosas.

Assim, “fica aberto o espaço para a incidência do Direito Penal sobre condutas arriscadas, produzidas pelo comportamento humano que, cada vez mais, ameaçam bens e interesses fundamentais para a vida em comum” (BOTTINI, 2007, p. 36).

Com isso, o Direito Penal incorpora a função de instrumento de controle social, muito próximo, portanto, do direito administrativo, com o único diferencial na característica punitiva apresentada pelo primeiro.

Sobre a matéria, esclarece Silva Sanchez:

Com isso, tem-se produzido certamente a culminação do processo: o Direito Penal, que reagia *a posteriori* contra um fato lesivo individualmente delimitado (quanto ao sujeito ativo e passivo), se converte em um direito de gestão (punitiva) de riscos gerais e, nessa medida, está “administrativizado”. (SILVA SANCHEZ, 2002, p. 114)

Com a administrativização do Direito Penal, os conceitos de *ilícito penal* e *ilícito administrativo*, outrora distintos e bem delimitados, passam a se confundir, porquanto a tutela penal se volta para situações de risco, que por vezes sequer chegam a concretizar lesões.

Todavia, é certo que a incidência do Direito Penal se revela extraordinariamente onerosa em relação ao direito administrativo sancionador. Eis que a simples submissão do acusado ao Judiciário, ainda que para imposição de pena de caráter predominantemente administrativo, evidencia o rigor estatal avançando contra os princípios e garantias jurídico-penais vigentes.

Ademais, o Direito Penal se identifica, principalmente, por sua característica de limitador das liberdades e garantias individuais, atuante em situações excepcionais, o que, por si só, torna-o medida extrema, aplicável tão somente depois de esgotados todos os demais meios de controle social.

Com isso, resta notório que o embate entre o Direito Penal clássico, de intervenção mínima, conflita com o Direito Penal administrativizado, fruto da sociedade do risco e pautado nos princípios da precaução e da prevenção.

Nesse sentido, esclarece Dias acerca das novas propostas a que se presta o Direito Penal como instrumento de gerenciamento de riscos:

Dispõe-se nesse contexto já de uma diversidade de propostas e ensaios de caminhos de solução que, todavia, parece poderem reconduzir-se às direções que atrás ficaram referidas: alteração do modo próprio de produção legislativa em matéria penal, retirando cada vez mais aos parlamentos a reserva de competência que em tal matéria normalmente lhe assiste, para atribuir aos Executivos; antecipação da tutela penal para estádios prévios (e inclusivamente ainda muito distanciados) da eventual lesão de um interesse socialmente significativo, até ao ponto em que se perde, ao menos para

a generalidade dos destinatários das normas, toda a ligação entre a conduta individual e o bem jurídico que em definitivo se intenta a proteger; alterações dogmáticas básicas, no sentido de “enfraquecimento” ou “atenuação” de princípios como os que classicamente presidem à individualização da responsabilidade, à imputação objetiva, à culpa, à autoria; consequente extensão, em suma, do âmbito da tutela penal em assumida contradição com o princípio político-criminal da intervenção mínima ou moderada. (DIAS, 2001, p. 167-68)

Assim, o Direito Penal do risco está pautado em um ideal prevencionista, visando, principalmente, a impedir que sejam praticadas as condutas consideradas causadoras de riscos. Com isso, abandona-se a ideia primordial de um ramo do direito, cuja aplicação é a última medida da qual se lança mão para transformá-lo em um mecanismo, quase administrativo, de prevenção de possíveis lesões.

Tal situação é intensificada pelo clamor social, haja vista que a coletividade, impelida pelo sensacionalismo da mídia e a rapidez com que são espalhadas as informações, desacredita dos demais meios de controle social e invoca a intervenção penal com extremo fervor, movimentando a máquina estatal no sentido de tornar mais abrangente um direito tradicionalmente mínimo.

Sobre o tema, leciona Bottini:

A sociedade de riscos demanda um Estado de segurança que amplie os âmbitos de contenção de atividades para responder a uma situação de emergência estrutural, derivada da própria organização produtiva. Este clamor social sensibiliza o discurso político e leva a juridicização da opi-

ção pública, ou seja, o público deixa de ser um simples destinatário da norma jurídica, para se tornar, ao mesmo tempo, um elemento indutor da expansão deste sistema, interferindo na produção legislativa e orientando a construção de um novo Direito Penal. (BOTTINI, 2007, 90)

Tal situação é um problema para o sistema penal, uma vez que a coletividade age impelida pelas sensações oriundas de fatos ocorridos no dia a dia, utilizando-se não de um senso de justiça e ponderação, mas tão somente de um temor pela própria segurança, ou mesmo de uma revolta ou comoção por presenciar fatos que considera reprováveis.

É certo que o direito emana da movimentação social. Todavia, em virtude das modernidades trazidas pela sociedade pós-industrial, intensificou-se a sensação de insegurança, bem como os riscos de grandes proporções, fator que motiva a coletividade a interceder junto ao Estado pela elaboração de mecanismos capazes de amenizar tal situação.

Ocorre, entretanto, que tais riscos não desaparecerão na medida em que a ciência e a tecnologia tendem a avançar, adentrando em novos campos de conhecimento e descobrindo novas modernidades, úteis e até mesmo necessárias à atual conjuntura, de maneira que, dificilmente, a incidência severa do Direito Penal conseguiria contê-los totalmente.

Segundo Silva Sanchez, a problemática envolvendo a modernização do Direito Penal consiste na administrativização do fenômeno delitivo, fazendo com que o Direito Penal clássico seja afastado para dar lugar a uma antecipação de tutela penal, de modo

a prevenir lesões oriundas dos riscos que se apresentam à coletividade (SILVA SANCHEZ, 2002, p 130).

Dá-se, portanto, uma antecipação das medidas de proteção penal, ou seja, o Direito Penal, que reagia somente após o cometimento da conduta ilícita, passa a atuar no controle administrativizado de riscos de lesão a bens jurídicos que pretende tutelar.

Na concepção de Bottini, com a administrativização do Direito Penal

A norma criminal é chamada a cumprir o papel de controle de riscos e, por isso mesmo, sofre o paradoxo que incide sobre os demais mecanismos de contenção de atividades inovadoras. A dúvida sobre a medida e o grau da pena, sobre quais comportamentos arriscados realmente interessam ao Direito Penal, os conflitos políticos subjacentes à atividade de gestão de riscos far-se-ão presentes em todas as etapas, da construção à aplicação dos tipos, da atividade legislativa ao labor interpretativo. A demanda pela expansão do Direito Penal sobre os novos riscos vem acompanhada de uma contra-argumentação de ordem econômica, que sugere a retratação dos âmbitos de abrangência das normas criminais, sob pena de paralisação de todas as atividades produtivas. Mais uma vez vê-se o gestor de riscos, que pode ser o legislador ou o juiz, em meio a um conflito que perpassará toda a atividade política criminal. (BOTTINI, 2007, p. 85-86)

A antecipação da tutela penal proposta pelo Direito Penal funcionalizado ilide o caráter genérico das normas penais, haja vista que prima pela individualização da conduta criminosa e o bem jurídico sob ameaça, ingerindo de forma significativa na

vida privada e acarretando clara violação do princípio da intervenção mínima.

Isso porque a nova proposta de tutela penal que ora se apresenta está ligada à ideia de se tornar um instrumento de governo na sociedade, de modo que seria praticamente impossível distingui-lo de um direito administrativo.

Sobre o tema, elucida Reale Júnior:

A administrativização do Direito Penal torna a lei penal um regulamento, sancionando a inobservância a regras de conveniência da administração pública, matérias antes de cunho disciplinar. No seu substrato está a concepção pela qual a lei penal visa antes a “organizar” do que a proteger, sendo, portanto, destituída da finalidade de consagrar valores e tutelá-los. (REALE JUNIOR, 2004, p. 21)

Com essa nova tendência do Direito Penal de se tornar cada vez mais efetivo diante das novas condutas criminais, traz-se necessariamente à sua administrativização, a partir da elaboração de novas modalidades de sanções diferenciadas da pena de prisão, inevitavelmente, a mitigação dos princípios e garantias penais.

Daí a grande controvérsia. Eis que o Direito Penal está entre a agitação social que clama pela segurança de bens jurídicos tutelados ameaçados por novos perigos, decorrentes da própria e indispensável atividade humana, e a impossibilidade de atropelar as garantias mínimas decorrentes dos princípios jurídico-penais estabelecidos.

### 3 As três velocidades do direito penal

Segundo Silva Sanchez, é possível classificar o quadro atual do Direito Penal em três velocidades: Direito Penal de primeira, de segunda e de terceira velocidade (SILVA SANCHEZ, 2002, p. 144-51).

Para o referido autor, o Direito Penal de primeira velocidade é tido como o modelo tradicional, pautado pelos princípios e garantias fundamentais, muito embora utilize, principalmente, a pena privativa de liberdade.

O Direito Penal de segunda velocidade, por sua vez, caracteriza-se pela flexibilização das garantias político-criminais somada à criação de punições que equivalem a sanções administrativas, como multas e penas restritivas de direitos, por exemplo, assemelhando-se ao direito administrativo. Ocorre que, sob este prisma, o Direito Penal objetiva ampliar o alcance de tutela penal estatal por meio da mitigação de garantias, utilizando-se, por exemplo, de medidas como a responsabilização objetiva de administradores e/ou proprietários de pessoas jurídicas incursas em condutas criminosas. Entretanto, neste modelo de Direito Penal, não há cominação de penas de prisão, mas tão somente de medidas de caráter administrativo.

Há ainda o Direito Penal de terceira velocidade, tido como aquele que preza pela antecipação da tutela protetiva, com penas tão rigorosas quanto as de um Direito Penal de primeira velocidade, com a consequente flexibilização dos princípios e garantias jurídico-penais. Por isso, é também denominado *Direito Penal do Inimigo*, conforme esclarece Santos (2009):

O Direito Penal do Inimigo é o Direito Penal que deve ser atribuído ao inimigo e não ao cidadão. Logo, o inimigo, por não agir como cidadão, não deve ser encarado sequer como ser humano, mas como mero indivíduo, pois se insere em categoria de inimigo da própria humanidade em si. Estes inimigos potenciais da raça humana, entre eles os terroristas e os membros dos grandes cartéis organizados do crime, teriam contra si o peso das ações estatais na implementação de políticas criminais supranacionais, não gozando dos mesmos direitos de defesa pertencentes ao cidadão comum. Assim, garantias processuais menores ou mesmo ausência de qualquer garantia, antecipações de tutelas prisionais, penas exacerbadas, desprezo ao Direito Penal da culpa em prol do Direito Penal da periculosidade, dentre outras, estavam entre as linhas de implementação de suas medidas contra o “inimigo”.

Tal concepção do Direito Penal somente pode ser empreendida em situações de extrema emergência, conforme esclarece Silva Sanchez (2002, p. 150):

Constatada a existência real de um Direito Penal de tais características – sobre o que não parece caber dúvida alguma –, a discussão fundamental versa sobre a legitimidade do mesmo. Certamente ela teria que se basear em situações de absoluta necessidade, subsidiariedade e eficácia, em um contexto de emergência.

Todavia, ainda que em situação emergencial, há que se averiguar se a atuação do Direito Penal de terceira velocidade, ou Direito Penal do Inimigo, dadas as suas características, poderia perder a sua característica de direito para adotar um caráter meramente vingativo, ou de retribuição.

Daí a necessidade de que tal concepção do Direito Penal somente seja aplicada se verificada a existência de delitos extremamente gravosos, capazes de lesionar bens jurídicos de grande valor, adotando-se para isso critérios de proporcionalidade, a fim de que a aplicação do Direito Penal não se torne arbitrária e desmedida de maneira que já não se possa retornar ao “Direito Penal da normalidade” (SILVA SANCHEZ, 2002, p. 150).

Como se vê, Silva Sanchez propõe uma solução para a controvérsia instaurada acerca das três velocidades do Direito Penal afirmando que somente se legitima a aplicação do Direito Penal do Inimigo quando este, embora agressivo e rigoroso, apresentar-se como o “mal menor” (SILVA SANCHEZ, 2002, p. 151) diante do potencial ofensivo do fenômeno delitivo.

Ainda quanto ao Direito Penal de primeira e segunda velocidades, Silva Sanchez assim ensina:

Em conclusão, pode-se afirmar que certamente existe, como mencionado no princípio, um espaço de expansão razoável do Direito Penal. O espaço da expansão razoável do Direito Penal da pena de prisão é dado pela existência de condutas que, por si sós, lesionam ou põem em perigo real um bem individual; eventualmente, cabe admitir o mesmo a propósito de bens supraindividuais, sempre que efetivamente lesionados ou colocados em perigo real pela conduta do sujeito em concreto. [...]

Mas a admissão da *razoabilidade* dessa segunda expansão, que aparece acompanhada dos traços de flexibilização reiteradamente aludidos, exigiria inevitavelmente que os referidos ilícitos não recebessem penas de prisão.

(SILVA SANCHEZ, 2002, p. 147, grifo do autor)

Nesse contexto, constata-se que, atualmente, é possível encontrar nas decisões dos tribunais brasileiros julgamentos pautados pelas três velocidades do Direito Penal, variando de acordo com as circunstâncias do caso concreto.

Tal situação indica uma inclinação dos tribunais a expandirem o Direito Penal, adotando critérios de proporcionalidade e razoabilidade, sem torná-lo demasiadamente arbitrário.

#### 4 Considerações finais

Tem-se portanto que, em razão do avanço social e tecnológico que hoje se verifica, a sociedade se vê assolada por inusitadas situações causadoras de riscos que, por vezes, tendem a se concretizar em danos de grandes proporções.

Há ainda a ampliação das possibilidades de cometimento de ilícitos de alta complexidade e de difícil percepção e repressão. Com isso, a coletividade tem batido às portas do Legislativo, suplicando por novos mecanismos legais capazes de apaziguar a constante sensação de insegurança que a acomete.

Assim, tal situação tem impulsionado o Estado a modernizar o Direito Penal, tornando-o mais amplo e intervencionista, a fim de que possa alcançar todas as camadas sociais e conter a criminalidade nas suas mais diversas facetas.

Entretanto, esse novo modelo de Direito Penal que ora se apresenta colide diretamente com princípios e garantias fundamentais consagrados, limitadores do

poder estatal, gerando grande controvérsia e inquietação.

O fato é que o Direito Penal clássico aparenta fragilidade e impotência diante da atual conjuntura social. Todavia, como se sabe, em tempos remotos ele jamais foi capaz de conter totalmente a criminalidade.

Por isso, “esperar que o sistema penal acabe com a ‘criminalidade’ é esperar em vão” (HULSMAN; CELIS, 1993, p. 108). Eis que em tempo algum o Direito Penal conseguirá satisfazer completamente as expectativas da sociedade. Além disso, “trabalhos comparativos mostram que não há qualquer relação entre a frequência e a intensidade dos acontecimentos violentos produzidos num contexto dado e o caráter repressivo e a extensão do sistema penal” (HULSMAN; CELIS, 1993, p. 108).

Ademais, é temerário encontrar a motivação para a criminalização exacerbada e para a antecipação da tutela penal no clamor social, haja vista que a aplicação da tutela penal transmite à coletividade falsa sensação de segurança: “as pessoas que cresceram numa cultura de alarmes contra ladrões tendem a ser entusiastas naturais das sentenças de prisão e de condenações cada vez mais longas” (BAUMAN, 1999, p. 131).

Sendo assim, não se pode criminalizar desregradamente todas as condutas arriscadas, sob pena de se estar suprimindo as características e princípios essenciais do Direito Penal.

Dáí a relevância da discussão, considerando que a função dos princípios garantistas que permeiam o Direito Penal é justamente impedir a atuação desmedida do Estado a partir de um direito violento.

A aplicação da tutela e de punições de natureza penal é extremamente agressiva

e capaz de marcar a vida do indivíduo, haja vista existirem

[...] estudos científicos, sérios e reiterados, mostrando que as definições legais e a rejeição social por ela produzida podem determinar a percepção do eu como realmente “desviante” e, assim, levar algumas pessoas a viver conforme esta imagem, marginalmente. (HULSMAN; CELIS, 1993, p. 69)

A problemática envolvendo o Direito Penal do risco e a afronta aos princípios jurídico-penais da legalidade e da intervenção mínima ainda é matéria bastante controversa entre a doutrina, dada a relevância dos princípios ameaçados, bem como dos bens jurídicos que se pretende tutelar com maior abrangência a partir de novos mecanismos e de uma inovadora política criminal calcada, principalmente, na prevenção.

Todavia, ocorre que o caráter intervencionista do Direito Penal somente fará ampliar o rol de condutas criminosas que hoje se tem e, fatalmente, o número de criminosos, o que, certamente, causará uma sobrecarga no atual sistema penal.

É fato, ainda, que o Direito Penal, por mais intervencionista que seja, não conseguirá pacificar todos os conflitos sociais, tampouco eliminar todos os riscos que ameaçam a coletividade, o que torna questionável a proposta de expansão que ora se apresenta.

Com isso, é de se questionar a viabilidade da aludida expansão em detrimento dos princípios e garantias inerentes ao Direito Penal clássico, uma vez que não se pode garantir a sua eficácia diante da atual conjuntura social se considerarmos a própria evolução social e o constante avanço científico e tecnológico.

Com a administrativização do Direito Penal teríamos, basicamente, um mecanismo estatal cuja finalidade é a prevenção e gestão de riscos, e não um instrumento para a promoção da paz social com peculiaridades próprias, utilizável somente em casos específicos e bem delimitados, e ainda como último recurso.

Tal situação faria esvaecer totalmente aquilo que hoje se conhece por *Direito Penal*, ensejando uma total reformulação e a abnegação dos princípios garantistas que hoje vigem.

#### Referências

BAUMAN, Zygmunt. **Globalização: as consequências humanas**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1999.

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

DIAS, Jorge de Figueiredo. **Temas básicos da doutrina penal**. Coimbra: Coimbra, 2001.

HULSMAN, Louk; CELIS, Jacqueline Bernat de. **Em busca das penas perdidas: o sistema penal em questão**. Rio de Janeiro: Luam, 1993.

REALE JUNIOR, Miguel. **Instituições de Direito Penal: parte geral**. V. 1. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

SANTOS, Fábio Antonio Tavares dos. **“Direito Penal do Inimigo” permeia decisões da justiça**. Disponível em <<http://www.conjur.com.br/2009-mai-05/direito-penal-inimigo-permeia-decisoes-criminais-justica>>. Acesso em: 18 jun. 2009.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **A expansão do Direito Penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

SMANIO, Gianpaolo Pagioo. **O conceito de bem jurídico penal difuso**. Disponível em: <<http://www.mundojuridico.adv.br/cgi-bin/upload/texto801.rtf>>. Acesso em: 09 jul. 2009.